مجلة
معهد القضاء

مجلة دورية قانونية تصدر عن معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية – السنة التاسعة – العدد الثامن عشر (ذو الحجة ١٤٣٠هـ – ديسمبر ٢٠٠٩م)

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِي ٱلۡأَمۡرِ
مِنكُمۡۖ فَإِن تَنَٰزَعۡتُمۡ فِي شَيۡءٖ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ إِن كُنتُمۡ
تُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلۡيَوۡمِ ٱلۡأٓخِرِۚ ذَٰلِكَ خَيۡرٞ وَأَحۡسَنُ تَأۡوِيلًا ٥٩

(سورة النساء : الآية ٥٩)

كلمات خالدة

ولعل في طليعة المسؤوليات الملقاة
على عاتق كل مواطن التزامه بدينه ،
واعتزازه بوطنيته، والتمسك بما يدعو إليه
من مكارم الأخلاق ، والبعد عن الفتنة والفاحش
من القول والعمل ، واحترام القوانين التي
ارتضيناها لأنفسنا ، وشرعناها لحفظ الحقوق ،
وبيان الواجبات، وتنظيم شؤون المواطنين، والتي
علينا الالتزام بها ، وتطبيقها على الجميع .

كلمة حضرة صاحب السمو أمير البلاد
الشيخ صباح الأحمد الجابر الصباح
بمناسبة العشر الأواخر من شهر رمضان الكريم
١٣ سبتمبر ٢٠٠٩ م

المحتويات

افتتاحية

مدير التحرير ٦

كلمة العدد

المستشار/ عادل بورسلي ٧

البحوث القانونية:

١. مفهوم القضاء الإداري في النظام اللاتيني والانجلو سكسوني وموقف الفقه الإسلامي من القضاء الإداري

المستشار/ محمد الأدهم حبيب ٨

٢ . القضاء الإداري ودوره الإنشائي

المستشار/ عبد القادر هاشم النشار ٤٣

٣. دور القضاء الإداري الكويتي في الحقوق والحريات العامة

المستشار/ جودة فرحات ٥٧

٤. القضاء الإداري وأعمال السيادة

المستشار/ د. خالد عبد الحميد ٨٠

٥ . القرار المضاد

المستشار/ د. حسني درويش ٨٨

٦. ولاية الإلغاء والتعويض في القضاء الإداري

المستشار/محمد أمين المهدي ١٠٧

٧. أثر حكم الإلغاء

المستشار/ عليوه فتح الباب ١٣٦

٨. مكنات القاضي الإداري في منازعات العقود

المستشار/ محمد عبد القادر ١٦٣

مجلة معهد القضاء

مجلة دورية تصدر عن معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية

رئيس هيئة التحرير

المستشار/ عبدالله علي العيسى

رئيس التحرير

المستشار/ جمال حمد الشامري

أعضاء هيئة التحرير

المستشار/ خالد سالم

المستشار/ عادل بورسلي

المستشار/ عبدالمنعم إبراهيم

الأستاذ الدكتور/ أحمد الملحم

أسرة التحرير

المستشار/ محمد رشدي

عضو المكتب الفني بالمعهد

محمد الزموري

سارة الفضلي

منى البصري

مدير التحرير

عنان يوسف المطوع

التدقيق اللغوي

محمد السلومي

للمراسلة والاستفسار

تليفاكس: ٢٢٤٥٨٢١٨ - مباشر: ٢٢٣٠٠١١٦

ص.ب: ٥٣٧٨ الصفاة - رمز بريدي ١٣٠٥٤ الكويت

www.kijs.gov.kw

E.mail:magazine@kijs.gov.kw

المحتويات

٩. القضاء الإداري في مجال تأديب الموظفين
المستشار/ أحمد سعدالدين ٢٠٥

١٠. القضاء الإداري ومنازعات الضرائب والرسوم
الدكتور/ خليفة الحميدة ٢٢٧

١١. الإجراءات في الدعوى الإدارية
المستشار/ د. محمد ظهري ٢٤٨

١٢. الإثبات في الدعوى الإدارية
المستشار/ أيمن عبد الرحمن ٢٨٦

جولة في دولة ٣١٤

المعجم القانوني ٣٢٣

من مكتبة المعهد
عرض كتاب
للدكتور / داود الباز ٣٢٥

جولة في مجالات القانون العام ٣٣١

مبادئ وأحكام قضائية ٣٤٧

آخر المطاف
رئيس التحرير المستشار/ جمال الشامري ٣٧٢

ملحق العدد: مختارات من قوانين القضاء الإداري

الإفتتاحية

عنان المطوع

(مدير التحرير)

من المسلم به أنه يتعين على السلطة الإدارية أن تخضع للقانون لكي يصبح نظام الحكم ديمقراطياً؛ أي أن تحترم الإدارة مبدأ المشروعية ومبدأ سيادة القانون.

فالسلطة الإدارية تمارس عدة أنشطة بواسطة ما تملكه من وسائل، تتمثل في الأعمال القانونية، ألا وهي القرارات الإدارية من ناحية والعقود الإدارية من ناحية أخرى.

ويتعين على الإدارة أن تقوم بإصدار القرارات في الشكل الذي حدده لها القانون وأن تبتغي بها تحقيق المصلحة العامة دون حيف أو افتئات على حقوق الأفراد كما تلتزم في إبرام العقود الإدارية وفي تنفيذها بمقتضيات تسيير المرافق العامة بانتظام واطراد دون إخلال بحقوق المتعاقدين، لهذا استلزم الأمر إيجاد رقابة قضائية على أعمال السلطة الإدارية للتأكد من صدورها وفقاً لمبدأ المشروعية.

وتنقسم الدول المعاصرة في تنظيمها لهذه الرقابة إلى نظامين قانونيين رئيسيين؛ النظام الأنجلوسكسوني والنظام اللاتيني، وكان لإنشاء مجلس الدولة الفرنسي في بداية القرن التاسع عشر الفضل في إيجاد قضاء إداري مستقل عن القضاء العادي، متخصص في الفصل في المنازعات الإدارية، وعلى هذا المبدأ والأساس تجمعت البحوث والمقالات حول هذا الموضوع الهام لنناقش مفهوم القضاء الإداري في النظامين المذكورين سابقاً، وفي الفقه الإسلامي واتجاهاته المختلفة وموضوعاته المتنوعة، ومن ثم نوضح ذلك الدور المهم الذي يسلكه القضاء وخاصة الكويتي في الرقابة على أعمال الإدارة.

ونأمل من العزيز المقتدر أن يكون مما تضمنه هذا العدد من أبحاث وإسهامات ما تعم به الفائدة لكل القراء.

ونؤكد أن انصرام عام ما هو إلا توثيق وترسيخ لموضوعات بقيت في ذاكرة التاريخ، وإيذان باقتراب طرح كل ما هو مميز وجديد ،،،

القضاء الإداري في دولة الكويت

المستشار / عادل بورسلي

وكيل محكمة الاستئناف

ورد مصطلح « القضاء الإداري» في المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ بإنشاء دائرة بالمحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية بقولها: « يعهد بالقضاء الإداري إلى دائرة تخصص لهذا الغرض في المحكمة الكلية ، على أن يراعى في تكوينها أن تكون مشكلة من ثلاثة قضاة ؛ نظراً لما يتميز به قضاء الإلغاء من مقومات، أهمها أنه ليس قضاءً تطبيقياً، وإنما هو قضاء تبتدع فيه الحلول المناسبة للمنازعات التي تنشأ بين الإدارة والأفراد وهي تختلف بطبيعتها عن منازعات القانون الخاص».

وقد بشر دستور دولة الكويت الصادر عام ١٩٦٢ بميلاد القضاء الإداري بالمادتين ١٦٩ و ١٧١ منه ، بعد أن كفل حق التقاضي للناس كافة في المادة ١٦٦ مؤكداً خضوع الدولة بشعبها وسلطاتها العامة ، حكامها ، ومحكوميها ، للقانون وفقاً لمقتضيات مبدأ المشروعية.

فالقضاء بوجه عام هو ميزان المشروعية في الحياة الاجتماعية.

والتقاضي حق دستوري أصيل ، وهو دعامة الحريات الأساسية التي تحتمها طبيعة الدولة القانونية.

ومن أهم أنماط المنازعات التي تعرض على القضاء (المنازعات الإدارية)، وهي التي تتصل بالإدارة والعمل الإداري ، وبات من المستقر أن تخضع السلطة التنفيذية للقانون ومبدأ المشروعية ؛ ولضمان ذلك تم تمكينها وتمكين الأفراد من التنازع فيما بينهما.

وبعد أن حجر القانون رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ في شأن تنظيم القضاء على المحاكم ولاية الإلغاء جاء القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ بإنشاء دائرة بالمحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية معلناً التنظيم التشريعي الأول في البلاد (لقضاء الإلغاء) وقصره في بادئ الأمر على الطعون المرفوعة من الموظفين المدنيين في مسائل محددة على سبيل الحصر.

ولا غرو أن المشرع في دولة الكويت استن منهج التدرج في بداية العهد في قضاء الإلغاء.

فسارع عام ١٩٨٢ إلى إحداث تعديل مؤثر؛ إذ أضاف بمقتضى القانون رقم (٦١) إلى اختصاص الدائرة الإدارية الطلبات التي يقدمها الأفراد أو الهيئات بإلغاء القرارات الإدارية النهائية.

ونلحظ بسهولة تزايد أعداد الدعاوى الإدارية وإحصائياتها ، ولا سيما بعد أن حرص رجال القضاء ممن ارتقوا منصة الدائرة الإدارية – سواء في المحكمة الكلية أم محكمة الاستئناف أم محكمة التمييز – على تقديم عصارة فكرهم في اجتهادات محمودة عملت على توسيع دائرة اختصاصات الدائرة ، انسجاماً مع رغبة المشرع في اعتبار « قضاء الإلغاء» في طور التجربة ، فإذا أسفرت عن نجاح هذا القضاء وتزايد عدد القضايا المنظورة أمامه ، أمكن إعادة النظر واختيار الحل الملائم في ضوء ما يستجد من ظروف.

وبعد مرور أكثر من ربع قرن على بدء العمل بقانون إنشاء الدائرة الإدارية لا نتردد في دعوة المشرع إلى الوفاء بما وعد بما في المذكرة الإيضاحية لقانون إنشاء الدائرة الإدارية ، وإعادة النظر فيه بعد أن توافرت متطلبات إعادة النظر على نحو لا محيص معه من النص على اختصاص الدائرة بسائر المنازعات الإدارية لضمان العدالة وكفالتها.

وتناول هذا العدد من مجلة «معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية» دراسات وأبحاثاً مركزة ومعمقة حول القضاء الإداري في دولة الكويت باعتباره بحاجة دائمة للبحث والمناقشة ، واعتبار صلاحيته وقابليته لدراسات حرة تستكمل في المستقبل ممن قدموا أفكارهم في هذا العدد أو من غيرهم باعتباره موضوعاً مفيداً ذا أثر دائم.

نشأة القضاء الإداري وتطوره في النظام الإنجلوسكسوني والنظام اللاتيني ونظام قاضي المظالم في الشريعة الإسلامية

المستشار/ محمد الأدهم محمد حبيب

محكمة التمييز

مقدمـة :

لكي يكتمل النظام القانوني للدولة لابد أن تكون هناك رقابة قضائية على أعمال الإدارة ؛ فسيادة القانون لا تتحقق دون أن يخضع لها الحكام والمحكومون على حد سواء؛ بحيث يستطيع الأفراد داخل المجتمع طلب إلغاء أو وقف تنفيذ القرارات الإدارية التي يعتقدون عدم مشروعيتها[١]، ويعد خضوع الدولة للقانون . بحكامها ومحكوميها – أفضل الحلول للتوفيق بين ما تتمتع به الهيئات الحكومية من سلطات لا غنى عنها لضمان سير المرافق العامة بنظام واطراد بما يحقق الصالح العام وبين حريات الأفراد التي يصونها لهم الدستور.

كما أن الدولة القانونية التي يسود فيها القانون على الحكام والمحكومين إنما تستلهم مصادر القانون من الدستور والقانون الذي يصدر عن البرلمان، ومن مبادئ الشريعة الإسلامية حتى لا تقطع الصلة بين المجتمع وتقاليده وديانته ، وقد عبر الدستور الكويتي الصادر في عام ١٩٦٢ عن هذه الحقيقة بأن نص في مادته الثانية على أن «دين الدولة الإسلام والشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع «وقد ورد في المذكرة التفسيرية للدستور حول هذا النص أنه يُحمل المشرع أمانة الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية ما وسعه ذلك ، ويدعوه إلى هذا النهج دعوة صريحة واضحة.

وتنظيم الرقابة القضائية على أعمال الإدارة التي تضطلع بها المحاكم تختلف بشأنها الدول وفقاً لتاريخها السياسي وظروفها الاجتماعية وتقاليدها. فالدول الإنجلوسكسونية . مثل انجلترا وأمريكا – رأت إخضاع المنازعة بين الأفراد والإدارة للمحاكم العادية ومنحتها اختصاصاً كاملاً في الفصل في المنازعات التي تكون الإدارة أحد أطرافها ، وكان هديها في ذلك أن القضاء العادي بتكوينه واختصاصاته يحقق أكبر ضمانة للأفراد؛ إذ لا سلطان للإدارة عليه، كما أنها أخذت بالتفسير الضيق لمبدأ الفصل بين السلطات الذي يقوم – في رأيها – على تخصص كل سلطة واستئثارها بوظيفة معينة؛ مما يفترض عقد الاختصاص للسلطة القضائية القائمة، هذا إلى جانب اعتراضات شكلية قد تظهر عند استحداث نظام قضاء مستقل للفصل في المنازعات الإدارية، أهمها ما يتعلق بتوزيع الاختصاص بين المحاكم؛ مما يترتب عليه إضاعة الوقت والمال[٢].

أما في النظام اللاتيني الذي تقف فرنسا على قمته، فقد اتجه رجال الثورة الفرنسية . تحت تأثير الاعتبارات التاريخية القائمة على تعسف المحاكم القديمة وإسرافها في التدخل في شئون الإدارة – إلى إخراج المنازعات الإدارية من رقابة المحاكم العادية التي أنشئت بعد الثورة الفرنسية والأخذ بنظام القضاء المزدوج بقصد حماية الإدارة وإسباغ امتياز خاص لها[٣].

إلا أنه بعد تطور كبير – سوف نعرض له في موضعه . أنشأت فرنسا مجلس الدولة الذي أصبح قاضي القانون العام في المنازعات الإدارية، وكان للمجلس الفضل الأكبر في ابتداع وتأكيد معظم المبادئ والقواعد والنظريات التي قام عليها القانون الإداري حتى أضحى اليوم فرعاً مهماً من فروع القانون العام الداخلي للدول التي تعتنق هذا النظام أخذاً من النظام الفرنسي. وكان استقرار الأمر لمبدأ تخصص القاضي الإداري نتيجة تنوع المنازعات الإدارية واختلاف المعايير القانونية التي تحكمها ، فضلاً عن اتساع دور الدولة وهجرها دور الدولة الحامية إلى الدولة الفاعلة التي تتدخل في توجيه النشاط الاقتصادي، خاصة مع ازدياد الأزمات الاقتصادية،

---

(١) – د. محمود الجبوري – عميد كلية القانون والشريعة في جامعة إربد الأهلية– القضاء الإداري – دراسة مقارنة ،ط ١٩٥٨، ص٢٢.

(٢) – العميد د. سليمان محمد الطماوي – القضاء الإداري، الكتاب الأول ،قضاء الإلغاء، ط١٩٨٦ ،ص٢٤.

(٣) – د. محمود محمد حافظ – القضاء الإداري (دراسة مقارنة) الطبعة الثالثة، ١٩٦٦ ،ص١٠٨.

كما برز دورها الاجتماعي حتى إن الدول التي تعتنق فكرة القضاء الموحد اتجهت إلى إنشاء محاكم إدارية اختصتها بالفصل في بعض المنازعات الإدارية، ونادى بعض الفقهاء في إنجلترا بضرورة إنشاء قضاء إداري متخصص يكون أكثر قرباً من طبيعة المنازعة الإدارية ولو كجهة استئنافية لقرارات اللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي التي اتسع عددها في المملكة المتحدة. (١)

وقد أصبح القضاء الإداري حصناً وملاذاً للحريات العامة والذود عن حقوق الأفراد ، وتمثل منازعات الحقوق والحريات العامة المجال الخصب الذي تأكد فيه دور القاضي الإداري، وقد عبر حكم محكمة القضاء الإداري في مصر الصادر في ١٩٥١/٦/١٦ عن ذلك بقوله: «إن النصوص التي تقرر الحقوق العامة للمصريين في الدستور إنما هي خطاب من الدستور للمشرع، يقيد فيه حرية المشرع ذاته، فتارة يقرر الدستور الحرية العامة ويبيح للمشرع تنظيمها من غير نقص أو إنقاص، وطوراً يطلق الحرية إطلاقاً لا سبيل له إلى تقييدها أو تنظيمها ولو بتشريع ... على أنه متى أبيح له تنظيمها في حدود حريات الغير والمصلحة العامة دون أن ينقضها أو ينتقص منها وإلا كان ذلك خروجاً على قواعد الدستور... وتنتهي المحكمة إلى القول بأن الحريات العامة في مصر ، إذا أجاز الدستور تقييدها فإنها لا تقيد إلا بتشريع، وهذا هو أيضاً المبدأ الذي انعقد عليه إجماع رجال الفقه الدستوري...»(٢)

كما عبرت المذكرة الإيضاحية لقانون مجلس الدولة المصري رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ عن دور القضاء الإداري ووظيفته بأنه « ليس مجرد قضاء تطبيقي كالقضاء المدني بل هو في الأغلب قضاء إنشائي يبتدع الحلول المناسبة للروابط القانونية التي تنشأ بين الإدارة في تسييرها للمرافق العامة وبين الأفراد، وهي روابط تختلف بطبيعتها عن روابط القانون الخاص..».

والمبادئ العامة التي يسير عليها القضاء الإداري والنظريات التي ابتدعها إنما تجد معينها في أحكام الشريعة الإسلامية، تلك الأحكام التي لا تقتصر على العبادات وإنما تتناول أيضاً المعاملات وصون حرية الإنسان والحفاظ على كرامته ، وتتميز المشروعية الإسلامية عن المشروعية الوضعية بالثبات والاستقرار النابعين من ثبات واستقرار مصدرها الأصيل المتمثل في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، كما تتميز بالمرونة التي تحقق حاجة الناس في كل زمان ومكان، فضلاً عن شمولها المخاطبين بها كافة ﴿ وَمَآ أَرۡسَلۡنَٰكَ إِلَّا كَآفَّةٗ لِّلنَّاسِ بَشِيرٗا وَنَذِيرٗا وَلَٰكِنَّ أَكۡثَرَ ٱلنَّاسِ لَا يَعۡلَمُونَ ﴾. سورة سبأ: الآية ٢٨. وقوله تعالى: ﴿ثُمَّ جَعَلۡنَٰكَ عَلَىٰ شَرِيعَةٖ مِّنَ ٱلۡأَمۡرِ فَٱتَّبِعۡهَا وَلَا تَتَّبِعۡ أَهۡوَآءَ ٱلَّذِينَ لَا يَعۡلَمُونَ ﴾». سورة الجاثية: الآية ١٨. (٣)

وقد نشأ في كنف النظام الإسلامي قضاء المظالم الذي تطور في مراحله الأخيرة إلى الأخذ بنظام القضاء المزدوج ومبادئه العامة ونظرياته التي لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، ويعتبر نظام ديوان المظالم المطبق حالياً في المملكة العربية السعودية امتداداً عصرياً لولاية المظالم في الدولة الإسلامية في أوج ازدهارها، وبمقتضى المادة الأولى من نظام الديوان الذي صدر في سنة ١٤٠٢هـ فإن «ديوان المظالم هيئة قضاء إداري مستقلة ترتبط مباشرة بجلالة الملك ويكون مقره مدينة الرياض..» وقد تحقق لديوان المظالم في المملكة ولاية إلغاء القرارات الإدارية المعيبة والتعويض عنها بموجب أحكام قضائية، لها ما لسائر الأحكام القضائية من حجية وقوة تنفيذ. (٤)

---

(١) – د. ماجد راغب الحلو – القضاء الإداري، مبدأ المشروعية وتنظيم القضاء الإداري، ط١٩٨٥ ،ص ٧٥.

(٢) – مشار إليه في كتاب د. فاروق عبد البر (نائب رئيس مجلس الدولة) عن دور مجلس الدولة المصري في حماية الحقوق والحريات العامة ط ١٩٨٨، الجزء الأول، ص١٨٧. وهذا الحكم صدر عن الدائرة برئاسة الدكتور عبد الرزاق السنهوري رئيس مجلس الدولة وعضوية المستشارين / حبشي إبراهيم سمري ومحمود عفت والسيد إبراهيم الديواني وحسين أبو زيد.

(٣) – لقد عنيت الشريعة الإسلامية عناية شديدة بحماية حقوق الأفراد وحرياتهم من تسلط الولاة وظلمهم، وكان الرسول. صلى الله عليه وسلم. يحث أصحابه على إبلاغه بمظالم الناس وحاجاتهم ، وكان. عليه الصلاة والسلام. يستمع إلى شكاوى الناس بشأن عماله ويستجيب للحق منها (د. ماجد الحلو – المرجع السابق ،ص١٠.)

(٤) – د. علي شفيق – (الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في المملكة العربية السعودية) ،ط سنة ٢٠٠٢ ،ص ٤٨ ، ٤٩.

وسوف نتناول ماتقدم في ثلاثة مباحث؛ الأول منها يتناول نشأة النظام الإنجلوسكسوني وتطوره نحو إنشاء محاكم متخصصة لنظر المنازعات الإدارية في ظل القضاء الموحد، والثاني نشأة القضاء الإداري وتطوره في الدول اللاتينية التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج، كما هو الحال في فرنسا ومصر.

هذا، مع استعراض لبعض النظريات والسوابق القضائية التي أسهمت في ازدهار القضاء الإداري ، وتسليط الضوء على دور القاضي الإداري في احترام الحقوق والحريات العامة.

وفي المبحث الثالث نخصصه لنظام قاضي المظالم في الشريعة الإسلامية وأخيراً نورد خاتمة نوجز بها مضمون البحث.

المبحث الأول:

نشأة النظام الإنجلوسكسوني وتطوره (القضاء الموحد):

تعد انجلترا والولايات المتحدة الأمريكية المثال التقليدي لدراسة هذا النظام، الذي يعتنق مبدأ وحدة القضاء، ويقضي القانون العرفي[١] في انجلترا (The common Law) باختصاص المحاكم العادية بنظر جميع أنواع المنازعات سواء نشأت فيما بين الأفراد أم نشأت بينهم وبين الإدارة؛ فلا يخرج نزاع إداري من اختصاص المحاكم العادية إلا بناء على نص صريح مكتوب في القانون (The statute Law). [٢]

إلا أنه نتيجة تضخم دور الدولة واتساعه في إنجلترا وزيادة عدد القضايا التي تنظرها محاكم القانون العادية، فضلاً عن تميز المشكلات الإدارية ذات الطابع الفني واحتياجها إلى متخصصين من ذوي الخبرة، فقد أنشئت المحاكم الخاصة بالإدارة بصفتها جهات متخصصة في حل منازعات على سبيل الحصر، ومن هذه المحاكم محاكم التأمينات الاجتماعية ومحاكم الخدمات الصحية والضمان الاجتماعي ومحكمة الأراضي.[٣]

وسوف يشمل هذا المبحث المطالب الآتية:

المطلب الأول – النظام القانوني والقضائي في إنجلترا.

المطلب الثاني – النظام القانوني والقضائي في الولايات المتحدة الأمريكية.

المطلب الثالث – تقدير النظام الإنجلوسكسوني.

---

(١) – تتعدد التسميات للمبادئ العامة التي أطلق عليها (The Common LOW) فمن الفقهاء من يسميها بالقانون العام أي المستمد من المواثيق الكبرى وقواعد العدالة ومنهم من يطلق عليها القانون العرفي في مقابلة القانون المكتوب .

(٢) – د. محمود محمد حافظ – القضاء الإداري – دراسة مقارنة ، ط ١٩٦٦ ،ص ٩٠.

(٣) – د. عمر محمد الشوبكي رسالة بعنوان – رقابة القضاء على قرارات الإدارة العامة في إنجلترا مع المقارنة بالنظام الأردني عام ١٩٨٨، ص١١٢ و١١٤.

المطلب الأول:

النظام القانوني والقضائي في إنجلترا:

الفرع الأول - النظام القانوني في إنجلترا:

يتميز النظام الإنجليزي بأنه يقوم على دستور غير مكتوب، كونت السوابق القضائية وقواعد العدالة وامتيازات التاج المحاور الأساسية في نشأته ، وقد سطرت بعض مبادئه العامة من خلال وثيقتين مهمتين؛ الأولى يطلق عليها الميثاق الكبير أو (الماجنا كارتا)، وصدرت سنة ١٢١٥ في عهد الملك جون، وتضمنت مبادئ مهمة في ضمان الحريات الفردية ، ثم وثيقة الحقوق الإنجليزية English Bill of Rights التي صدرت في الثالث والعشرين من فبراير ١٦٨٨ في شكل إعلان للحقوق والحريات التي يجب أن يتمتع بها الشعب الإنجليزي[١] .

والسلطات الثلاث في انجلترا لا تعرف نظام الفصل التام بينها؛ فالسلطة التنفيذية يطلق عليها حكومة صاحبة الجلالة ، والوزراء وزراء صاحبة الجلالة، والقضاة قضاتها، وتصدر الأحكام باسم الملكة، ثم إن مجلس الوزراء والوزراء أعضاء في السلطة التشريعية، والقضاة في إنجلترا هم أصحاب العدالة ،ولهم دور تشريعي بحكم عضويتهم في مجلس اللوردات ، ورئيس القضاة Lord Chancellor يعين من قبل التاج بناء على توصية رئيس الوزراء ، وهو وزير في الحكومة ورئيس للسلطة القضائية وعضو فعال في مجلس الوزراء.[٢]

والتاج في إنجلترا هو العنصر المشترك بين هذه السلطات، وهو رمز لكل شيء عند الإنجليز من الناحية السياسية والدستورية.[٣]

وفي القانون الإنجليزي فإن الملكة هي التاج ،والتاج يعني حكومة صاحبة الجلالة أو الدولة، وتعبير امتيازات التاج Royal Prerogative تعني سلطات التاج التي يمارسها على رعاياه خلافاً لأعمال السيادة أو أعمال الحكومة التي يمارسها في مجال العلاقات الخارجية، ويستمد التاج سلطاته من الشريعة العامة الإنجليزية بالإضافة إلى ما يصونه له القانون المدون.

وقد تطورت امتيازات التاج فأصبحت تمارس من خلال الحكومة المركزية وجميع أجهزتها المتعددة، ولا يقصد بها شخص الجالس على العرش ، باعتبار أن الملكة تملك ولا تحكم، وقد درج القضاة على إطلاق عبارة امتيازات التاج على أي نوع من أعمال الحكومة لا يستمد من القوانين المدونة، وقد وصف الفقيه دايسي Dicey امتيازات التاج بقوله: « إنها البقية المتبقية من السلطة التقديرية في يد التاج سواء قامت الملكة بممارستها بنفسها أم من قبل وزرائها .. وإن كل عمل قانوني تمارسه السلطة التنفيذية دون الاستناد إلى قانون صادر عن البرلمان يكون قد صدر عنها بمقتضى امتياز التاج».[٤]

ويرى الفقيه هود فيليبس (Hood Philips) في رأي دايسي مطابقة للواقع في إنجلترا؛ إذ إن البرلمان يستطيع أن يجرد التاج من أي امتياز بإصدار قانون يتعارض معه وقد فعل ذلك مراراً.[٥]

وعلى الرغم من أن القضاء في بعض الأحيان يستبدل عبارة (المصلحة العامة) بامتيازات التاج فإن هذه الامتيازات (أو البقية منها)

---

(١) - الأستاذ الدكتور/ عبدالغني بسيوني - مبدأ المساواة أمام القضاء، ص ٧٨ و ٧٩.
(٢) - د. عمر الشوبكي، المرجع السابق، ص ١٦.
(٣) - د. عمر الشوبكي، المرجع السابق ،ص ١٧.
(4) - Dicey, A.V.,– the law of the constitution,10 th Edition, 1957
(5) - Hood Philips & paul jackson , constitutional and Administrative law – 6 the Edition 1987 . p267

ما زالت موجودة في فقه القانون العام في إنجلترا وتصونها سوابق قضائية عديدة .[١]

وإن كان لا يوجد في إنجلترا دستور مكتوب باعتباره المصدر الأعلى للقواعد القانونية فإن هذا الدستور موجود في الواقع بالمعنى الموضوعي، كمجموعة من القواعد التي تتعلق بتوزيع ممارسة السلطات الحاكمة لمهامها وعلاقة هذه السلطات بعضها ببعض وعلاقة الأفراد بها ، كما أن هذه القواعد تتضمن اختيار من يجلس على العرش ، كما كفلت (الماجنا كارتا) ووثيقة الحقوق الإنجليزية حماية الأفراد من تعسف الإدارة ومساواتهم أمام القضاء ؛ فقد تضمن الميثاق الأول مبادئ منها « لن ننكر على أحد حقه في الالتجاء إلى القضاء « . « لن نؤخر حصول أحد على حقه « .» لا يجوز التعرض لتطبيق القانون العادي أو عرقلة تنفيذه إلا عن طريق أوامر أو خطابات صادرة عن الملك نفسه، ولا يجوز تأخير تطبيق قوانين البلاد؛ لأنها هي الملجأ الأمين لحماية المواطن الإنجليزي « . وتضمنت وثيقة الحقوق «إن وقف القوانين أو منع تنفيذها بمقتضى أمر ملكي دون موافقة البرلمان عمل غير قانوني ، وإن الإعفاء من الخضوع للقوانين بأمر ملكي عمل غير قانوني» . « إن على البرلمان أن يتمسك بما ورد في الوثيقة من حقوق وحريات وإنه لا يجوز إصدار أي إعلان أو حكم أو اتخاذ أي إجراء يضر بالشعب بالنسبة لأي من الحقوق والحريات المتقدمة».[٢]

ويندمج القانون الدستوري بالقانون الإداري من حيث اتصالهما بالسلطات الحاكمة في الدولة؛ أي بالوظيفة التي تتولاها الحكومة، ونشأ عن ذلك اتصالهما بمكونات القانون العام Public Law؛ فالقانون الدستوري يتناول الأعمال الحكومية وتكوين السلطات الأساسية في الدولة، أما القانون الإداري فإنه يتناول عمل الهيئات العامة وما تمارسه من نشاط وهي بصدد تقديم الخدمات المرفقية والإشراف على تنظيم عمل تلك المرافق، كما أن هناك فارقاً مهماً بينهما؛ فالقانون الدستوري في نظر المواطن العادي يكفل ضمان حرياته الأساسية وحقوقه في مواجهة السلطة الإدارية طبقا للمبادئ الواردة في إعلانات الحقوق، والنيل منها يمثل عدواناً يتم الطعن فيه بدعوى تجاوز السلطة The Ultra Vires Action، ويجمع الفقه والقضاء في إنجلترا على وجود مصدرين أساسيين للقاعدة القانونية في القانون الإنجليزي؛ الأول: مبادئ الشريعة العامة، والثاني: قوانين البرلمان الإنجليزية. ومنذ بداية القرن الثامن عشر أصبحت القوانين التي تصدر عن البرلمان هي المصدر الأساسي للقاعدة القانونية وهي التي تستمد منها الجهات الإدارية سلطتها في إصدار القرارات الإدارية وتقديم الخدمات العامة.[٣]

والقوانين التي تصدر عن البرلمان الإنجليزي تعتبر أعلى منزلة في التطبيق، وتُقدم على قواعد الشريعة العامة عند تعارضهما، بل يمكن الأستناد إلى القوانين الصادرة عن البرلمان لإلغاء قواعد الشريعة العامة التي تجاوزها الزمن، أو تعديلها بما يواكب القيم المتغيرة في المجتمع.[٤]

- السوابق القضائية:

واحتراماً لحجية الأحكام القضائية واستقراراً للمبادئ التي سارت عليها المحاكم أصبحت السوابق القضائية في إنجلترا موضع احترام في التطبيق، ويرجع إليها القاضي ليطبق ما ورد فيها من قواعد قانونية على القضية المطروحة عليه من خلال الفهم الصحيح لتلك القواعد والسوابق، مع الأخذ في الاعتبار أن وظيفة القاضي هي الفصل في النزاع طبقاً للقواعد القانونية القائمة، وكانت المحاكم في إنجلترا تتبنى الأخذ بالسوابق القضائية على سبيل الاستدلال؛ فيجوز للقاضي أن يأخذ بها أو يرفضها في ضوء قوة اقتناعه بها واجتهاده في المسألة المطروحة عليه، وظل هذا الاتجاه سائداً حتى القرن التاسع عشر حين بدأت المحاكم تتبنى نظرية السوابق

(١) - رسالة د. عمر الشوبكي ،المرجع السابق، ص ٧٠ .
(٢) - د. عبد الغني بسيوني، المرجع السابق، ص ٨٠ حتى ٨٣.
(٣) - د. عمر الشوبكي، المرجع السابق ،ص ٢٧ و٢٨
(٤) - د. عمر الشوبكي ، المرجع السابق ،ص ٣٣ و٣٤ .

القضائية لمحكمة القانون، واعتبرتها ملزمة للمحاكم الدنيا كافة، وفي سنة ١٨٦١ قرر مجلس اللوردات بعبارات صريحة أن «المحاكم لا تستطيع الخروج على قراراته السابقة».

وبذلك أصبحت الأحكام والقرارات التي أصدرها مجلس اللوردات . باعتباره أعلى محكمة في إنجلترا . ملزمة لجميع المحاكم في النظام القضائي ، إلا أن هذه القاعدة الجامدة في ظاهرها أصبحت أكثر مرونة في التطبيق العملي؛[١] ذلك أن القضاة اعتبروا أنهم يمكنهم الخروج على تلك السوابق إذا اقتضت ضرورات العدالة ذلك، وحتى يمكن تطوير القواعد القانونية، وقد تنبه مجلس اللوردات إلى هذا الأمر، فعدل موقفه في عام ١٩٦٦ حين أعلن رئيس القضاة من خلال مذكرة وضعها مستشارو الاستئناف «أن قضاة محكمة مجلس اللوردات يعتبرون السوابق القضائية قاعدة لا غنى عنها لتحديد ما هو القانون الواجب التطبيق وإنزال حكمه على الوقائع في القضايا الفردية بما يوفر درجة من الثقة واليقين يعتمد عليها الأفراد في شئونهم وتعاملاتهم إلا أنها في ذات الوقت تعتبر أساساً منظماً لتطوير القواعد القانونية ..»[٢]

. أما التشريع اللائحي أو التشريع الفرعي:

فإنه . فيما عدا سلطات الملكة بإصدار مراسيم من خلال مجلسها الخاص بموجب صلاحيتها المستمدة من امتيازات التاج . فإن التشريع اللائحي ينحصر في نطاق اللوائح التنفيذية التي تصدر من السلطات الإدارية لتنفيذ القوانين التي يصدرها البرلمان؛ لأنه ليس للإدارة في إنجلترا اختصاص تشريعي أصيل مستمد من الدستور، كما هو الحال في فرنسا .[٣]

وتأخذ اللوائح التي تصدر بمقتضى سلطة التشريع المفوض في النظام الإنجليزي عدة أسماء، منها المراسيم الصادرة عن مجلس الملكة أو اللوائح التنظيمية ولوائح السلطات المحلية، وتُعد اللوائح التي تصدر عن مجلس الوزراء والوزراء أكثر أهمية عن غيرها من اللوائح عدا ما يصدر عن مجلس الملكة ، وتتصف اللوائح المفوضة أو التشريع الفرعي بالعمومية من حيث التطبيق، وتأخذ مكانها بجانب التشريع الصادر عن البرلمان، وإن كانت أدنى منه مرتبة، وتظل متمتعة بقوة الإلزام القانوني حتى يتم إلغاؤها بقرار صادر عن محكمة القانون.

وتأخذ اللوائح مكانها إلى جانب القاعدة الصادرة عن البرلمان بعد استكمال إجراءات نشرها، وينص قانون أدوات التشريع اللائحي الصادر عام ١٩٤٦ على ضرورة إرسال اللوائح بمجرد الانتهاء من وضعها في صورتها النهائية إلى المسئول عن طباعة قوانين البرلمان، أو إلى مراقب مكتب المطبوعات؛ وذلك لتسجيل اللائحة وإعطائها رقماً وطباعتها ونشرها وتوزيعها بالسرعة الممكنة.[٤]

ونظراً لأن بعض اللوائح تتضمن جوانب فنية فإن القانون يلزم الوزير قبل إصدار اللائحة التي يفوضه في إصدارها ضرورة استطلاع رأي جهة فنية متخصصة في المسألة التي تتناولها اللائحة، من ذلك وجوب عرض مسودات مشاريع اللوائح الخاصة بالتأمينات الاجتماعية على اللجنة الاستشارية للتأمينات، وترفق رأيها باللائحة عند عرضها على البرلمان.

---

(١) – د. عمر الشوبكي– القضاء الإداري دراسة مقارنة عمان – دار الثقافة، ط ٢٠٠٦ ، ص ٤٤ و ٤٥.

(٢) – د. عمر الشوبكي – المرجع السابق ،ص ٤٧.

(٣) – ذلك أنه بصدور الدستور الفرنسي للجمهورية الخامسة أصبحت الوظيفة التشريعية موزعة بين البرلمان والسلطة التنفيذية حتى أصبح اختصاص البرلمان وارداً على سبيل الحصر، وقد حددت المادة (٣٤) من الدستور الفرنسي نطاق القانون على سبيل الحصر، ثم قررت المادة (٣٧) منه أن باقي المسائل الخارجة عن نطاق القانون تصدر بها لوائح من السلطة التنفيذية. راجع د. محسن خليل – القضاء الإداري اللبناني : دراسة مقارنة . ط بيروت عام ١٩٨٢.

(٤) – في إحدى القضايا تم الاعتراض على لائحة صدرت بموجب قانون السلامة على الطرق في عام ١٩٦٧ على أساس أنها لم توثق ولم تنشر بواسطة مكتب المطبوعات ، وقام وزير الداخلية بإصدار تعميم إلى دوائر الشرطة والمحاكم بموافقته على اللائحة المطعون في صحتها، إلا أن المحكمة لم تأخذ بهذا التعميم مما اضطر الوزير إلى سحب اللائحة وإرسالها لمكتب مطبوعات صاحبة الجلالة لتسجيلها وتوثيقها ونشرها بحسب الأصول المرعية . راجع الدكتور عمر الشوبكي، المرجع السابق ،ص ٥٠.

كما أن البرلمان يراقب اللائحة عند وضعها أمامه لمدة أربعين يوماً قبل إصدارها، ويمكن لأي عضو في البرلمان التقدم بالتماس للملكة لإلغاء اللائحة، فإذا حصل هذا الالتماس على موافقة أربعين عضواً في مجلس العموم أو ثلاثين صوتاً في مجلس اللوردات تستطيع الملكة سحب اللائحة بقرار يصدر عن مجلسها الخاص.

وتستطيع محاكم القانون إبطال اللوائح مثل أي عمل أو قرار إداري تتخذه الإدارة أو تتجاوز به حدود اختصاصها أو تتجاوز حدود التفويض التشريعي الصادر لها.

الفرع الثاني - النظام القضائي في إنجلترا :

تتألف السلطة القضائية في إنجلترا (التي تأخذ بنظام القضاء الموحد)، من محاكم القانون التي يقف على رأسها مجلس اللوردات (House of Lords) بصفته أعلى محكمة قانون ذات اختصاص استئنافي نهائي، سواء بالنسبة للقضايا المدنية أم الجزائية.

ويضطلع المجلس المخصوص للملكة بما يقوم به مجلس اللوردات بالنسبة لبعض أقطار الكومنولث والمستعمرات التي ما زالت ترتبط بإنجلترا.

وتأتي بعد مجلس اللوردات محكمة الاستئناف (Court of Appeal) التي تعتبر مرجعاً استئنافياً أدنى من مجلس اللوردات.

ثم يلي ذلك محكمة العدل العليا أو المحكمة العليا، ثم محاكم المقاطعات، وأنشئت في عام ١٩٧٢ المحاكم الجزائية بصفتها جزءاً من محاكم القضاء العالي، وتختص بنظر الاستئنافات عن الأحكام الصادرة عن محكمة الصلح وتتولى اختصاص محكمة أول درجة بالنسبة للجرائم الاتهامية.

ثم محكمة الجنايات المركزية (Central Criminal Court)، وتمارس اختصاصات محكمة التاج بالنسبة لمدينة لندن الكبرى.

وهذا التنظيم القضائي يطلق عليه محاكم القانون ،وتنظر جميع القضايا المدنية والجزائية وتباشر الرقابة القضائية على أعمال السلطات الإدارية، وسيرد تفصيل ذلك في موضعه، ويستثنى منها الدعاوى الموجهة ضد التاج، كما تفصل في دعاوى المسئولية عن أعمال السلطة التنفيذية في حالة تجاوز حدود السلطة ،وتتسع سلطة المحاكم في إنجلترا على أعمال الإدارة فلا تقتصر على مجرد مراقبة مشروعية هذه الأعمال وإنما يمكن أن تتناول مدى ملاءمتها ،وتصل إلى حد توجيه الأوامر إلى الإدارة للقيام بعمل أو الامتناع عن عمل، حتى إن بعض الفقه يشبه سلطة القضاء البريطاني على الإدارة بالسلطة الرئاسية.[١]

ويخفف من سلطة القضاء الإنجليزي على الإدارة أن المبدأ السائد في إنجلترا هو عدم مسئولية الإدارة عن أعمال موظفيها، بحيث تُرفع الدعاوى على الموظفين بصفتهم الشخصية احتراماً للقاعدة القديمة أن الملك لا يخطئ، ولأن الدولة تندمج في التاج وتتجسد فيه فضلاً عن أن علاقة الموظف بالدولة هي علاقة وكالة، والموكل لايسأل عن أخطاء الوكيل إذا خرج عن حدود وكالته[٢]، ويلتزم الموظف بدفع التعويض من ماله الخاص.

ويضاف إلى تلك المحاكم محاكم الصلح (Magistrates Courts) التي تنتشر في أرجاء إنجلترا ، وكذلك محاكم المقاطعات، وهي محاكم جزئية تمارس اختصاصاً قضائياً مدنياً على سبيل الحصر تستمده من القوانين المدونة فقط.

وتستأنف أحكام محاكم المقاطعات ومحاكم الصلح أمام المحكمة العليا ، وتتولى المحكمة العليا من خلال دائرة الطعون بها الاختصاص

(1) - M. Waline , le controle Jurisdictionnel de l› administration.p 34.

(٢) - د. ماجد راغب الحلو - المرجع السابق ،ص ٧٤ و٧٥.

بالفصل في الطعون الخاصة بإلغاء القرارات الإدارية بصفتها محكمة الدرجة الأولى ضمن القضاء العالي، ولها اختصاص استئنافي وآخر إشرافي لإعادة النظر في قرارات الإدارة العامة والمحاكم الخاصة بالإدارة والمحاكم الدنيا، وهو اختصاص موروث يعود في جذوره إلى العصور الوسطى حين كانت محكمة مجلس الملك في (ويستمنستر) تمارس هذه الولاية باسم الملك للتأكد من أن جميع الجهات الدنيا تراعي أحكام القانون، وتقوم بواجباتها العامة دون أن تتجاوز حدود سلطتها.

ويشمل اختصاص المحكمة العليا رقابة جميع الأوامر القضائية المعروفة بتدابير القانون العام، وكذلك الأوامر المستندة إلى امتياز التاج، ولها أن تصدر أمر الإحضار أو أمر رفع اليد أو أمر الإلغاء أو أمرالمنع.[١]

ويبين من ذلك أن دائرة الطعون في المحكمة العليا هي صاحبة الاختصاص الأصيل في الرقابة على قرارات الإدارة العامة بصفتها محكمة أول درجة، أما مجلس اللوردات فهو مرجع استئنافي نهائي أعلى لها، وتتولى محكمة الاستئناف الفصل في الطعون في بعض أحكام المحاكم الخاصة فتستأنف أمامها مباشرة قرارات محكمة المواصلات وقرارات محكمة الأراضي وقرارات مفوضي الضمان الاجتماعي وقرارات محكمة استئناف قضايا العمل .[٢]

وتمارس المحاكم الخاصة في انجلترا دوراً معاوناً لمحاكم القانون، ونشأت تلك المحاكم بموجب قوانين صادرة عن البرلمان ، وتفصل في المنازعات الإدارية وغيرها من المنازعات المرتبطة بها، كما قد يطلق عليها لجان مثل لجان تقدير المساكن ومحاكم الأراضي الزراعية، وجميع هذه المحاكم أو اللجان هي جهات ذات اختصاص قضائي، ويشرف على هذه المحاكم الخاصة مجلس يسمى مجلس المحاكم الخاصة بالإدارة، وليس له سلطة قضائية أو تنفيذية وإنما له دور استشاري فقط؛ [٣] والمحاكم الخاصة بالإدارة في إنجلترا تتشكل من عناصر من أهل الخبرة والاختصاص كأعضاء ومن أحد رجال القانون رئيساً. وقد زاد عدد هذه المحاكم حتى بلغ ألفي محكمة ولجنة تنظر حوالي خمسين نوعاً من المنازعات المتخصصة مع تبسيط الإجراءات وقلة الرسوم المقررة لنظر الشكاوى أمامها.

وبموجب الإصلاح الذي أدخل على تشكيل المحاكم الخاصة في عام ١٩٧١ أصبح ثلثا قضاة المحاكم الخاصة يعينون إما من قبل قاضي القضاة مباشرة وإما من قبله بالتفويض بطريق غير مباشر ، وتضمن الإصلاح وضع ضوابط تحول دون تدخل الوزراء أو أعضاء السلطة التنفيذية في عملها، كما تم وضع بعض القواعد العامة الواردة في ضمانات التقاضي وإجراءاته لتأكيد حسن سير العدالة فيها وتسهيل الوصول للحق دون تعقيد الإجراءات.[٤]

الفرع الثالث - تنظيم الرقابة القضائية على القرارات الإدارية :

تنقسم القرارات الإدارية إلى نوعين أساسيين ؛ الأول: القرارات التنظيمية أو اللائحية، والثاني : القرارات الفردية؛ ونظراً لأن الوظيفتين الحكومية والإدارية تندمجان بشكل واضح في النظام الإنجليزي؛ فالوزير في ظل النظام السياسي في إنجلترا عضو في البرلمان وفي الحزب الحاكم وفي مجلس الوزراء، وهو القائد الإداري في وزارته، ويجلس على قمة السلطة فيها، ويتحمل المسئولية السياسية عن الأعمال الإدارية لوزارته أمام البرلمان؛ كما أن دور الوزراء من الناحية السياسية يندمج مع دورهم الإداري بما يوجب أن ينسق الوزير مع معاونيه ومستشاريه الأمور الرئيسية في العمل تحقيقاً لأهداف الحكومة الرشيدة.

---

(١) – رسالة د. عمر الشوبكي، ص١٥.
(٢) – المرجع السابق ،ص ١٤.
(٣) – رسالة د. عمر الشوبكي، المرجع السابق ،ص ١٥.
(٤) –د. علي شفيق – الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في المملكة العربية السعودية ،المرجع السابق، ط ٢٠٠٢ ،ص٢٢.

وطبقاً للمعيار الشكلي الذي يأخذ به القانون الإنجليزي فإن جانباً من الفقه يُعرف القرار الإداري بأنه «كل ما يصدر عن السلطات الإدارية في إنجلترا من أعمال قانونية من جانب واحد بمقتضى سلطتها العامة المستمدة من القوانين المدونة أو من الشريعة العامة الإنجليزية بغض النظر عن صبغة هذه القرارات» .[١] ويشمل هذا التعريف جميع أنواع القرارات التي تصدر عن الإدارة سواء كانت فردية أم لائحية أم ذات طابع تشريعي.

والقضاء الإنجليزي يمارس من خلال محاكم القانون سلطة واسعة في رقابة القرارات الإدارية التي تصدرها الإدارة في أي شكل قانوني أو إداري، ويمكن للقاضي أن يصدر أمر منع يحول بين الإدارة وبين القرار الذي تنوي اتخاذه كما يشمل كذلك رقابة أعمال الإدارة السابقة على تنفيذ المشروعات العامة لمنعها من الاستمرار في عمل غير مشروع.[٢]

وتعرف دعوى الإلغاء في إنجلترا باعتبارها دعوى تجاوز حدود السلطة، وتتضمن أربعة أوجه للإلغاء؛ هي: عيب عدم الاختصاص، وعيب مخالفة الشكل، وعيب مخالفة مبادئ العدالة الطبيعية، وعيب إساءة استعمال السلطة.

وعلى الرغم من أن عيب مخالفة القانون يصاحب القرار الإداري منذ صدوره وهو ما يجعله باطلاً لا يرتب ثمة أثر قانوني فإن القاعدة في إنجلترا عدم رجعية أثر إلغاء القرار الإداري؛ إذ يفقد أثره بالنسبة للمستقبل وذلك على خلاف عيب تجاوز حد السلطة إذ ينظر القضاء لهذا العيب باعتباره يبطل القرار بأثر رجعي ولا يرتب أي أثر منذ صدوره.

وتختص دائرة الطعون بالمحكمة العليا في إنجلترا بالفصل في الطعن الموجه للقرار الإداري بسبب تجاوز حدود السلطة أو الخطأ في القانون ،ويكون قرارها قابلاً للاستئناف أمام محكمة الاستئناف وأمام مجلس اللوردات.

وتشترط المادة (٣١) من قانون محكمة القضاء العالي لسنة ١٩٨١ حصول صاحب الشأن على إذن من المحكمة العليا قبل رفع دعوى الإلغاء، ويقدم الطلب تحت عنوان (إعادة النظر قضائياً في القرار الإداري) الصادر عن إحدى السلطات العامة باعتبار أن دور المحكمة لا يقتصر على إلغاء القرار بل يشمل إصدار أمر للإدارة بتصويب الوضع سواء بعمل شيء أو الامتناع عن عمله ، كما تشترط المادة المشار إليها والمادتان الثالثة والرابعة من لائحة الإجراءات أمام المحكمة العليا وجود مصلحة كافية للطاعن تبرر منازعة القرار الإداري[٣] . وبعد حصوله على هذا الإذن يجب عليه رفع الدعوى خلال أربعة عشر يوماً، كما يمكن تقديم الطلب للحصول على الإذن برفع الدعوى في غرفة المشورة، ويصدر القرار عن قاضي فرد، وفي حالة رفض الطلب يمكن لصاحب الشأن الطعن في هذا القرار أمام المحكمة العليا بجلسة علنية، فإذا رفضت طلبه فإنه يمكنه الطعن مرة ثانية أمام محكمة الاستئناف ويكون قرارها نهائياً فلا يرفع لمجلس اللوردات.

أما القرارات الإدارية التي تمس المصلحة العامة فإن المواطن الإنجليزي لا يستطيع . بصفته أحد أفراد الشعب . التقدم بالطلب مباشرة لمحكمة القانون؛ لأن هذه المسائل تعتبر من اختصاص التاج الأمين على المصلحة العامة للبلاد ، ويكون طريقه إلى ذلك تقديم الطلب للنائب العام الذي له أن يتقدم باسمه شخصياً أو بالانضمام إلى أحد الأفراد بعد أن يحصل على إذن مسبق من النائب العام من أجل

---

(1) - Wade,H.W.R., Adminstrative law.oxford 4 the Edn.1977 pp.334- 335

مشار إليه في د. عمر الشوبكي ،ص١٧٨ ،وانظر تعريف De smith ، ص ١٨٥.

(٢) – الدكتور عمر الشوبكي، ص١٧٨ وص١٨٦ .

ويشير الباحث إلى مثال على ذلك أن مفوض الكهرباء بمدينة لندن أعلن عن نية المدينة إنشاء مجمعات لتوليد الطاقة الكهربائية وأنها تنوي عمل استقصاء بين الجمهور تمهيداً للحصول على تصديق من وزير النقل قبل عرضه على البرلمان إلا أن أصحاب الشأن طعنوا في هذه الإجراءات وفي القرار المزمع اتخاذه، وأصدرت محكمة الاستئناف قراراً بوقف اتخاذ القرار؛ لأنه سوف يكون غير مشروع نظراً لخروجه عن اختصاص مفوض الكهرباء.

(٣) – ينظر القضاء لشرط المصلحة بالمعنى الواسع بمعنى أن القرار يؤثر على مصلحة للطاعن في الحال أو المآل أو ينتقص من امتيازاته وحقوقه المستمدة من القانون . الدكتور عمر الشوبكي، المرجع السابق، ص١٨٨.

تحريك دعوى الإلغاء.

وتستطيع أية سلطة محلية بموجب المادة (٢٢٢) من قانون الحكم المحلي لسنة ١٩٧٢ أن ترفع دعوى الإلغاء باسمها لمنازعة قرارات السلطة العامة إذا تعارضت مع مصالح السكان في منطقتها دون حاجة للانضمام إلى النائب العام ، كما يجوز لمدقق الحسابات في المقاطعة بموجب المادة (١٦١) من قانون الحكم المحلي أن يطلب استصدار حكم تقريري لإعلان بطلان أية مصروفات أو نفقات غير قانونية تقوم بعقدها السلطة المحلية.

وبذلك تتوزع المصلحة كشرط لقبول دعوى الإلغاء في القانون الإنجليزي بين كل من:

١ . الأفراد والجهات الخاصة.

٢ . السلطات المحلية.

٣ . النائب العام في طعون المصلحة العامة التي يرعى شئون الدفاع عنها.

المطلب الثاني:

النظام القانوني والقضائي في الولايات المتحدة الأمريكية:

الفرع الأول - المرحلة الأولى قبل الاستقلال:

كانت الولايات المتحدة الأمريكية تأخذ قبل الاستقلال – بصفة عامة – بالنظام المطبق في إنجلترا؛ إذ إن المهاجرين الانجليز الأوائل نقلوا القانون الإنجليزي معهم إلى القارة الأمريكية إلا أنه في البداية لم يلق ترحيباً من سكان المستعمرات؛ إذ وجدوا في القانون الانجليزي العرفي Common low شدة في التطبيق واحترام للشكليات لا تتناسب مع الحياة الجديدة المتحررة من القيود، التي تتطلب السرعة التي تناسب التطور وسيادة روح المغامرة في ظل الاندفاع لاستغلال الثروات الطبيعية إلا أن القرن السابع عشر شهد اقتناع السكان بالقانون الإنجليزي وقبوله، ورحبوا بتطبيق مبادئ الحقوق والحريات التي قررها الميثاق الكبير (ماجنا كارتا) ، كما كان للتقدم الاقتصادي والحضاري السريع الذي حققته المستعمرات وازدهار التجارة والمبادلات الدولية أثر كبير في اعتناق القانون الإنجليزي، ونصت قوانين بعض الولايات على وجه صريح منذ القرن الثامن عشر على وجوب الأخذ بالقانون الإنجليزي وتطبيق أحكامه وعدم إصدار قوانين تتعارض مع قوانين إنجلترا.[١]

بل إن بعض قوانين المستعمرات كانت تشير بوضوح إلى أن جميع التشريعات التي تقرر حريات الأفراد، وتنظم حمايتها طبقاً للقانون الإنجليزي تمتد إلى إقليم المستعمرة وتعتبر نافذة فيه [٢]، ومن خلال المحامين الذين درسوا القانون في لندن تعالت أصواتهم منادية بتطبيق المبادئ العامة ذاتها للحقوق والحريات في القانون الإنجليزي.

وقد أخذ التنظيم القضائي يتبلور قبيل منتصف القرن السابع عشر عندما أصبحت الوظيفة القضائية في مستعمرة ماسوتش من، اختصاص مجلس معين يسمى Court of Assistants، سنه ١٦٣٦، وأنشئت في هذا العام محاكم عرفت باسم Commissioners Courts،

(١) – د. عبد الغني بسيوني – مبدأ المساواة أمام القضاء، المرجع السابق، ص ٨٥.
(٢) – المرجع السابق، ص ٨٦ .

وكانت تتكون من موظف قضائي وثلاثة أفراد، وتنعقد باجتماع اثنين منهم.

كما أنشئت محاكم لنظر المنازعات الجزائية وتستأنف أحكامها أمام المحاكم التي تصدر أحكامها في المسائل المدنية.

وباشر المجلس الخاص (Privy Council) رقابة عامة على الجهات القضائية وعلى المستعمرات؛ حيث كان يراجع القوانين الصادرة في المستعمرات لضمان مطابقتها للقانون الإنجليزي من جهة وباعتباره جهة استئنافية للأحكام الصادرة عن محاكم المستعمرات.

وهكذا بسط المجلس الخاص رقابته وسيطرته على الحياة التشريعية والقضائية للمستعمرات، ووجد التاج الإنجليزي في المجلس وسيلته للتحكم في التطور القضائي والقانوني للمستعمرات. [١]

وتختص المحاكم العادية في الولايات المتحدة الأمريكية كما في النظام الإنجليزي بنظر جميع المنازعات إدارية أو مدنية أو جزائية فنظام المحاكم الإدارية المستقلة غير مقرر في هذا النظام. كما تأخذ المحاكم الأمريكية بمبدأ مسئولية الموظف الشخصية عما يسببه من ضرر للأفراد، ويتمتع القاضي الأمريكي في مواجهة موظفي الإدارة بسلطة واسعة فيملك إصدار أوامر مكتوبة بعمل شيء أو الامتناع عن عمل شيء أو بتعديل قراراتهم. [٢]

الفرع الثاني - المرحلة الثانية بعد الاستقلال:

أما بعد الاستقلال فقد صدرت عدة إعلانات للحقوق، ويُعد إعلان فرجينيا للحقوق الذي صدر في عام ١٧٧٦ أول وثيقة أمريكية في هذا الشأن، ثم تبعه عدة إعلانات أخرى ، منها إعلان ولاية ماريلاند الذي صدر بعد الإعلان الأول بعدة شهور، ثم إعلان ولاية ماسوتش الصادر عام ١٧٨٠.

وقد تضمن الدستور الأمريكي الصادر في عام ١٧٨٧ عدة نصوص تنظم حق التقاضي، وتنص المادة الثالثة منه على أن (تتكون السلطة القضائية للولايات المتحدة الأمريكية من محكمة عليا واحدة ومن محاكم أقل طبقاً لما يأمر به الكونجرس وينشئه من وقت لآخر. ويشغل القضاة . سواء في المحكمة العليا أم في المحاكم الدنيا – مناصبهم ما داموا متمتعين بحسن السلوك، ويتقاضون مقابل خدماتهم وفي أوقات معينة مكافآت لا تُنتقص طوال مدة بقائهم في مناصبهم).

كما أدخلت عدة تعديلات على الدستور لتأكيد احترام حقوق المواطنين وكفالة محاكمات عادلة وإجراء تحقيق يُسمع فيه الشهود، وحظرت إعادة محاكمة أي شخص يصدر حكم ببراءته طبقاً للقانون. [٣]

وفي عام ١٨٨٩ وتنفيذاً للمادة الثالثة من الدستور الأمريكي أنشئت المحكمة العليا الاتحادية لتكون على رأس المحاكم الاتحادية ومقرها واشنطن، وُيختار رئيس المحكمة العليا وأعضاؤها من بين الشخصيات السياسية بصفة أساسية، ويشغلون مناصبهم مدى الحياة وإن كان يجوز لهم طلب الإحالة للتقاعد في سن السبعين بعد عشرة أعوام من العمل بالمحكمة مع احتفاظهم برواتبهم كاملة عند إحالتهم للتقاعد.

وللمحكمة اختصاص منفرد أو بالاشتراك مع المحاكم الاتحادية الأخرى، ويحدد الدستور الأمريكي الاختصاص الأصلي للمحكمة ويشمل الدعاوى التي يثور فيها النزاع بين ولايتين أو أكثر، وتكون حكومة الولاية خصماً في الدعوى أو الدعاوى التي ترفع ضد السفراء

(١) – المرجع السابق ص . ٨٧ ، ٨٨.
(٢) – د. محمود محمد حافظ – القضاء الإداري : دراسة مقارنة، ط ٣ س ١٩٦٦ ،ص ٩٤ – ٩٦.
(٣) – د. عبدالغني بسيوني ، المرجع السابق ،ص ٩١ ، ٩٢.

ووزراء الدول الأجنبية وقناصلها.

كما تشترك المحكمة العليا مع المحاكم الاتحادية الأخرى في نظر الدعاوى التي يقيمها السفراء ووزراء الدول الأجنبية أو التي يكون أحد أطرافها القناصل التابعين لإحدى الدول الأجنبية؛ أو المنازعات التي تنشأ بين الحكومة الاتحادية وإحدى الولايات أو بين مواطني إحدى الولايات ومواطني ولاية أخرى.

كما أن للمحكمة العليا اختصاص نظر الطعون في أحكام محاكم الاستئناف الاتحادية، وذلك فيما يتعلق بتفسير الدستور أو التشريعات الاتحادية والمعاهدات الدولية؛ ولها اختصاص النظر في الطعون بعدم دستورية القوانين الاتحادية أو أي قانون صادر عن إحدى الولايات في حالة الادعاء بمخالفته للدستور الاتحادي.

وقد أدى هذا الاختصاص الواسع والمكانة المرموقة للمحكمة العليا في النظام الأمريكي إلى اضطلاعها بدور تاريخي كبير في توجيه الحياة القانونية والسياسية وحماية المبادئ الدستورية التي قام عليها الاتحاد .[١]

الفرع الثالث - تطور الرقابة على أعمال الإدارة في النظام الأمريكي:

يباشر البرلمان رقابة على أعمال السلطة الإدارية، ويفصل في مطالبات الأفراد لتقرير مسئولية الدولة أو الأجهزة الإدارية التابعة لها إذا كانت تقتصر على المطالبة بالتعويض أو حقوق مالية أخرى، ويجب أن يرفع الطلب في شكل عريضة تقدم إلى البرلمان الذي يحيله من الناحية العملية إلى لجان داخلية أطلق عليها محاكم المطالبات (Courts of claims)، وتقوم بفحص هذه الطلبات وتقديم تقرير عنها إلى البرلمان، وهذه اللجان التي أطلق عليها محاكم يتمتع أعضاؤها ببعض امتيازات الهيئات القضائية كعدم القابلية للعزل إلا أنها تفتقر إلى سلطة اتخاذ القرار النهائي؛ إذ أن رأيها يظل استشارياً والكلمة النهائية تكون للبرلمان وفي مرحلة لاحقه تطور دور محاكم المطالبات نتيجة كثرة الطلبات المقدمة للبرلمان في الولايات وتحولت من هيئة استشارية إلى محاكم قضائية بالمعنى الصحيح، ومُنحت سلطة إصدار قرارات أو أحكام نهائية لا معقب عليها ومن جهة أخرى يتم الطعن في أحكامها أمام المحكمة العليا التي توجد على رأس جهة القضاء العادي، وقد انتزعت لنفسها اختصاص الفصل في بعض المنازعات الإدارية الأخرى .[٢]

وفيما عدا المطالبات التي ترفع من الأفراد ضد الإدارة بطلب تقرير حق مالي أو أمام محاكم المطالبات في الولايات المتحدة على النحو المشار إليه، فإن محاكم القانون العادية تنظر طعون الأفراد بطلب إلغاء القرارات الإدارية التي تمس مصالحهم أو مراكزهم الذاتية، وكما هو الحال في النظام الإنجليزي فإن المحاكم العادية لها سلطة واسعة في إلغاء القرار المطعون فيه أو تعديله أو إصدار أمر للإدارة، إلا أنه يشترط لقبول الطعن استنفاد مراحل النزاع أمام اللجان الإدارية التابعة للجهات الإدارية وهي تشبه نظام المحاكم الخاصة في النظام القضائي الإنجليزي، كما أن أحكامها تقبل الطعن أمام المحكمة العليا التي توجد على رأس جهة القضاء العادي، وبذلك لا تنفصل عن محاكم القضاء العادي.

---

(١) – د. عبدالغني بسيوني ، المرجع السابق، ص ١٠٤.

(٢) د. محمود محمد حافظ المرجع السابق، ص٩٦، ويشير في هامش الصفحة إلى أن الدكتور فؤاد العطار في مؤلفه (القضاء الإداري) ط ١٩٦٣ من ص ١٩ إلى ص ١٨٤ يذهب إلى أن محاكم المطالبات بعد اتساع دورها واستقلالها بالتقرير في المنازعات المالية والإدارية التي تنظرها بالاستثناء من الاختصاص المقرر للقضاء العادي تعتبر نوعاً من المحاكم الإدارية، بالمعنى الوارد في النظام الفرنسي.
وراجع بحث الدكتور السيد خليل هيكل : القانون الإداري الأمريكي – الجزء الثالث – كيفية الرقابة على القرار الإداري الأمريكي – مجلة العلوم الإدارية، عدد أغسطس ١٩٧٤ ،ص ١٠٥.

المطلب الثالث - تقدير النظام الإنجلوسكسوني:

تتولى المحاكم العادية في النظام الإنجلوسكسوني الفصل في المنازعات كافة سواء كانت قائمة فيما بين الأفراد أو بينهم وبين جهة الإدارة من خلال قانون واحد في الدولة يخضع له الحكام والمحكومون وهذا يمثل . في نظر بعض الفقهاء . أكمل صورة لتطبيق مبدأ المشروعية وضمان حقوق الأفراد وحرياتهم ضد اعتداء الإدارة، ويتميز هذا النظام بالبساطة في الإجراءات ويتجنب منازعات عدم الاختصاص أو التعارض في الأحكام.

وكان هذا القول يصدق عندما كانت مهام الدولة تقتصر على أداء الخدمات العامة وحماية أمنها في الداخل والخارج، إلا أنه نتيجة تدخل الدولة في بعض أوجه النشاط الاقتصادي وتعدد وظائفها واتساع دائرة الرعاية الاجتماعية للمواطنين أصبحت مبادئ القانون العادي لا تفي بالحماية الواجبة لحقوق الأفراد، لأن هذه المبادئ وضعت في الأصل لتنظيم علاقة الأفراد بعضهم ببعض، وهي علاقة قائمة على أساس مبدأ المساواة التامة، في حين أن الإدارة تعمل باسم الصالح العام ويجب أن تكون لها امتيازات ترجح كفتها في حالة النزاع مع الأفراد، ونتيجة لهذا التضييق تضاءلت حرية القاضي العادي في تحقيق وجه الصالح العام في المنازعات الإدارية التي ينظرها، وتوقف اجتهاده عند تفسير قواعد القانون التي يطبقها على النزاع؛ إذ لا يتصور أن تطبق المحاكم على المنازعات التي تنظرها قواعد قانونية تختلف عن القانون الواجب التطبيق الذي يلتزم القاضي بتطبيقه احتراماً لمبدأ الفصل بين السلطات. ومن شأن ذلك أن تقصر مهمة القاضي العادي عن ابتكار قواعد جديدة لحل المنازعات المتنامية في التضخم بين الأفراد والإدارة، ومن جهة أخرى فإن القاضي العادي في نظام القضاء الموحد يفرض على الإدارة الالتزام باتباع القواعد المدنية كما لا يقتصر دوره على رقابة مدى مشروعية القرار الإداري عند صدوره من السلطة المختصة بل يمكن أن تمتد رقابته . كما سبق القول . على الإجراءات السابقة لاتخاذ إجراء عام في إطار اضطلاعه بأهداف الصالح العام أو توجيه الأوامر للإدارة للقيام بعمل أو الامتناع عن عمل. [١]

وقد دفع هذا النقد النظام القضائي الإنجليزي إلى إنشاء محاكم ولجان خاصة في كل جهة إدارية تتولى الفصل في المنازعات المتعلقة بتطبيق القواعد الإدارية على النزاع، كما تنامى هذا الفهم الصحيح لطبيعة المنازعات الإدارية سواء بإصلاح نظام المحاكم الخاصة والحيلولة دون تدخل الإدارة في عملها أو بإنشاء مجلس للمحاكم الخاصة لتوحيد المبادئ التي تسير عليها، وأنشئت في عام ١٩٨١ دائرة للطعون الإدارية في محكمة العدل العليا تضم قضاة متخصصون في الشئون القانونية الإدارية، وأطلق عليها قائمة دائرة التاج (Crown Office Liste) [٢]، و تحولت محاكم الطلبات في بعض الولايات التابعة للولايات المتحدة الأمريكية إلى محاكم قضائية بالمعنى الصحيح؛ إذ منحت سلطة إصدار أحكام نهائية تقبل الطعن فيها أمام المحاكم العليا وتوسعت في اختصاصها حتى إنها قبلت الطعن في بعض الإجراءات الإدارية. ويرى بعض الفقهاء أنها أصبحت محاكم إدارية بالمفهوم الوارد في النظام الفرنسي. [٣]

إلا أن هذا النظام لا يجعل لجوء الأفراد للمحاكم بطلب إلغاء القرارات الإدارية أمراً ميسوراً ؛ إذ إنه طبقاً لقانون تنظيم إجراءات نظر دعوى الإلغاء في إنجلترا الصادر في عام ١٩٧٧ فإنه يجب استئذان المحكمة العليا أو القاضي الفرد في غرفة المشورة أو استئذان النائب العام في دعاوى إلغاء القرارات التي تطول الصالح العام.

ومن جهة أخرى فإن علاقة الموظف بالدولة في هذا النظام ليست علاقة لائحية، والمبدأ المقرر في النظام الإنجليزي هو عدم مسئولية

---

(١) - راجع الدكتور عمر الشوبكي - المرجع السابق، ص ١٧٨ ،و ص ١٨٦.

(٢) - من الأمثلة على المحاكم واللجان الخاصة ما ورد بقانون الصحة العامة الصادر عام ١٨٧٥ الذي جعل من اختصاص اللجان التي يشكلها وزير الصحة سلطة الفصل في الطعون المقدمة ضد إجراءات البوليس الصحية التي تتخذها السلطات المحلية وقانون التعليم الصادر سنه ١٩٢١ الذي يمنح مجلس التعليم اختصاصاً قضائياً واسعاً في الطعون الموجهة ضد قرارات إنشاء المدارس الخاصة وقانون تخطيط وتجميل المدن الصادر عام ١٩٤٦. وجميع هذه المنازعات تخرج من اختصاص المحاكم العادية، وقد زاد عددها حتى بلغت تلك اللجان والمحاكم ألفي محكمة ولجنة.

(٣) - د. فؤاد العطار -القضاء الإداري ،ط ١٩٦٣ / ١٩٦٤ ص ١٦٩ - ١٨٤.

الدولة عما يسببه الموظفون من أضرار للغير نتيجة قيامهم بوظائفهم سواء باعتبارهم تابعين للدولة التي يمثلها الملك وهو طبقاً لهذا النظام لا يخطئ. أو بحكم طبيعة العلاقة بين الموظف والدولة وهي في نظر هذا النظام علاقة تعاقدية أو علاقة موكل بوكيل فإن تجاوزها الموظف (الوكيل) فإن الدولة وهي (الموكل) لا تسأل عن أعماله الخاطئة. وقد عمل المشرع على التضييق من نطاق عدم مسئولية الدولة بتقريره المسئولية في حالات معينة، منها حالة الاستيلاء على أملاك الغير بموجب أمر إداري أو حسن نية الموظف الذي يجوز أن تتحمل عنه الدولة بعض التبعة ، كما أورد قانون حماية السلطات العامة الصادر عام ١٨٩٣ المعدل في عام ١٩٣٩ قيوداً على حق الأفراد في مقاضاة الموظفين، وذلك بتحديد ميعاد قصير لرفع الدعوى في خلال سنة من تاريخ وقوع الفعل الضار.

وهكذا نجد أن النظام الإنجلوسكسوني يتطور على استحياء في اتجاه اعتناق المبادئ التي يسير عليها نظام القضاء المزدوج، ويتبنى بعض مبادئه، وأقوى دليل على ذلك أن المشرع الإنجليزي اتجه نحو التضييق من اختصاص المحاكم العادية في نظر المنازعات الإدارية، وذلك بإخراج أنواع متعددة منها من اختصاصه وجعلها من اختصاص المحاكم الخاصة واللجان الإدارية، كما أن الإصلاحات المستمرة في نظام الوظائف يتجه لاعتناق فكرة الخطأ المرفقي، وقد طور القضاء الإنجلوسكسوني المبادئ التي تحكم علاقة الموظف بالدولة بما يؤمن حقوق الأفراد والموظف حتى يتسنى للمضرور الرجوع على الدولة باعتبارها الطرف المليء في مواجهة ضعف الإمكانيات المالية للموظف، وإن كان اجتهاده في هذا الشأن مستمداً من قواعد القانون المدني (مسئولية المتبوع عن أعمال تابعيه).

وإزاء اختلاف المبادئ التي تحكم علاقة الفرد بالإدارة في أدائها لواجباتها التي تستهدف تحقيق الصالح العام فإن القانون الإداري أصبحت له ذاتية مستقلة عن القانون المدني، ويظهر ذلك جلياً في مجال تنفيذ العقود الإدارية، إذ إن القانون المدني يأخذ بمبدأ سلطان الإرادة وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ولم يأخذ بنظريات العقد الإداري التي تحقق التوازن في العلاقة بين الطرفين دون افتئات على المصلحة العامة مثل نظرية الظروف الطارئة، وعدم جواز الدفع بعدم التنفيذ وحق الجهة الإدارية في تعديل شروط التعاقد في أثناء تنفيذ العقد؛ فوجود القانون الإداري الذي يستقل بذاتيته عن القانون المدني يتطلب وجود قاضٍ متخصص، إذ إن القاضي الإداري عند نظر المنازعة الإدارية لا يفصل فيها على أساس قواعد القانون المدني التي تقوم على مبدأ المساواة وإنما يراعي الظروف التي يؤدي المرفق فيها عمله والامتيازات المخولة للإدارة لتسهيل هذا العمل ومدى التزامها بتحقيق الصالح العام دون اعتداء على حقوق الأفراد. ومن ثم ظهر اتجاه قوي في انجلترا ينادي بإنشاء قضاء إداري متخصص يكون أكثر قرباً من طبيعة المنازعات الإدارية ولو كجهة استئنافية لقرارات المحاكم الخاصة ذات الاختصاص القضائي. [١]

وتجدر الإشارة إلى أن دولة الكويت تأخذ بنظام القضاء الموحد، وينص الدستور الكويتي في المادة (١٦٩) على أن «ينظم القانون الفصل في الخصومات الإدارية بواسطة غرفة أو محكمة خاصة يبين القانون نظامها وكيفية ممارستها للقضاء الإداري شاملاً ولاية الإلغاء وولاية التعويض بالنسبة إلى القرارات الإدارية المخالفة للقانون».

كما أجاز الدستور في المادة (١٧١) إنشاء مجلس دولة يختص بوظائف القضاء الإداري والإفتاء والصياغة المنصوص عليها في المادة السابقة.

وقد صدر تنفيذاً لذلك المرسوم بالقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ المعدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٢ بإنشاء دائرة بالمحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية، حددت المادتان الأولى والثانية اختصاصها على سبيل الحصر.

ومن المأمول أن تكون تلك الخطوة مقدمة للأخذ بنظام القضاء المزدوج وإنشاء مجلس الدولة بالكويت باعتباره. طبقاً لما ورد بتوصيات مؤتمر الكويت الذي ضم رجال القانون الإداري في أقطار العالم العربي عام ١٩٦٥ تحت عنوان (دور القضاء الإداري في نشاط الجهاز

(١) – راجع د. ماجد الحلو، المرجع السابق، ص ١١ و ص ٧٥ ،وبحث الدكتور السيد خليل هيكل – القانون الإداري الأمريكي – الجزء الثالث – المرجع السابق، ص ١٠٥.

الحكومي) . النظام الأمثل لتحقيق العدالة الإدارية الذي يجمع بين رعاية المصلحة العامة وتوجيه نشاط الجهاز الإداري إلى ما فيه خير المجتمع وبين حماية الحقوق والحريات الفردية. [١]

المبحث الثاني:

نشأة النظام اللاتيني وتطوره (القضاء المزدوج):

مقدمة عن نشأة مجلس الدولة الفرنسي:

يقوم نظام القضاء الإداري في الدول اللاتينية التي تمثل فرنسا المصدر التاريخي لها على أساس ازدواج جهة القضاء واختصاص المحاكم الإدارية ومجلس الدولة بالفصل في المنازعات الإدارية، ومنع المحاكم العادية من الفصل في المنازعات الإدارية، وكان هذا الفصل يمثل في بدايته امتيازاً للسلطة التنفيذية التي رأت بعد قيام الثورة الفرنسية في عام ١٧٨٩ وجوب استقلال الإدارة فيما تتخذه من إجراءات عن السلطة القضائية لما يمثله ذلك في نظر رجال الثورة من احترام لمبدأ الفصل بين السلطات، فأعلنوا صراحة في قانون أغسطس ١٧٩٠ في شأن التنظيم القضائي أن المحاكم لا تستطيع أن تسهم . بطريق مباشر أو غير مباشر . بأي قدر في مزاولة السلطة التشريعية، ولا تستطيع أن تعوق تنفيذ مراسيم الهيئة التشريعية أو توقف تنفيذها وأن (الوظائف القضائية مستقلة، ويجب أن تظل دائماً مستقلة عن الوظائف الإدارية وأن القضاة لا يستطيعون بأي وسيلة كانت عرقلة العمليات الإدارية).

ونتيجة لذلك تولت الإدارة بنفسها الفصل في المنازعات التي تقوم بينها وبين الأفراد، فأصبحت تمثل الخصم والحكم، وهو ما عرف بنظام الإدارة القاضية أو الوزير القاضي.

وعندما صدر دستور السنة الثامنة في عهد نابليون بونابرت نص في المادة (٥٢) منه على إنشاء مجلس الدولة، وحددت المادة اختصاصه على سبيل الحصر بإعداد مشروعات القوانين ولوائح الإدارة العامة وحل المشكلات التي تنشأ في المجال الإداري. أي أن المجلس في بداية نشأته كان بمنزلة مستشار للإدارة يتولى صياغة القوانين وإصدار الفتاوى وإبداء الرأي والمشورة في المسائل القانونية. وقد عقد المجلس جمعيته الأولى في ٢٥ ديسمبر ١٧٩٩.

ثم أنشأ دستور السنة الثامنة مجالس الأقاليم، وعهد إليها بالنظر في بعض المنازعات الإدارية، وتتولى دراستها وتقديم الحل المناسب للرئيس الإداري لاعتماده. وكان يطلق على هذه الفترة القضاء المحجوز. [٢]

وفي عام ١٨٠٦ أنشئ في المجلس القسم القضائي تحت مسمى (لجنة القضاء)، وتتكون من مجموعة من النواب والمندوبين، تقوم بتحضير الدعوى واقتراح الحكم فيها، ثم تعرض ذلك على الجمعية العمومية للمجلس لتصدر قرارها في الموضوع.

---

(١) – ومن الدول التي اعتنقت النهج ذاته الجماهيرية الليبية التي أنشأت دائرة إدارية في محكمة الاستئناف، والإمارات المتحدة التي أنشأت دوائر إدارية في المحاكم الاتحادية، والمغرب التي أنشأت غرفة إدارية تابعة للمجلس الأعلى للقضاء، والأردن قبل عام ١٩٨٩.

(٢) – العميد الدكتور سليمان الطماوي – القضاء الإداري –الكتاب الأول، قضاء الإلغاء ، طبعة ١٩٨٦ ،ص ٣٨ و ٣٩ .
و د. ماجد الحلو – المرجع السابق ،ص ٨٥ و د. مصطفى أبو زيد فهمي – القضاء الإداري ومجلس الدولة ،الجزء الأول، قضاء الإلغاء – دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية، ص ١٥ وما بعدها.
– راجع حكم كادو في مؤلف د. أحمد يسري – رئيس مجلس الدولة سابقاً أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي – الناشر منشأة دار المعارف بالإسكندرية ص٤٤ وما بعدها.

وقد ظل دور مجلس الدولة ومجالس الأقاليم محدوداً عند نظر المنازعات الإدارية؛ فلم يكن يصدر عنهما أحكام واجبة النفاذ بل كانا يقترحان حلولاً تعرض على رئيس الدولة أو الوزراء، ولا يكون رأيهما نافذاً إلا بعد اعتماده ،وهي المرحلة التي أطلق عليها القضاء المقيد. (١)

وقد عاش مجلس الدولة الفرنسي منذ إنشائه في عام ١٧٩٩ مرحلة القضاء المقيد إلى أن جاءت الجمهورية الثانية في عام ١٨٤٨ فأصدرت قانوناً يجعل المجلس مفوضاً في إصدار الأحكام مثل القضاء العادي، ولا يتوقف نفاذها على تصديق من الرئيس الإداري. وعقب قيام نابليون الثالث بانقلابه الذي أدانه المجلس أصدر نابليون مرسوماً في ديسمبر ١٨٥١ بحل المجلس، ثم صدر مرسوم بإعادة تنظيمه في العام التالي بالعودة إلى نظام القضاء المقيد. وفي ظل الجمهورية الثالثة صدر القانون المنظم لمجلس الدولة في ٢٤ مايو ١٨٧٢ الذي أعاد المجلس مرة ثانية إلى نظام القضاء المفوض. كما أنشئت في العام ذاته محكمة تنازع الاختصاص الذي انحصر دورها في وضع حلول للاختصاص الولائي بين جهتي القضاء العادي ومجلس الدولة، ولكنها لا تملك أن تفرض وجهة نظرها في التفسير الموضوعي للقوانين التي تطبقها كل من جهتي القضاء.

وقد أنشئت في عام ١٨٣١ هيئة مفوضي الدولة لتكون بمنزلة نيابة عامة لدى مجلس الدولة تتولى تحضير الدعوى،وقد بدأ أعضاؤها كمندوبي الحكومة لدى المجلس يدافعون عن وجهة نظر الإدارة ثم تطورت أفكارهم مع تطور نظام المجلس حتى أصبحوا ينظرون للمسائل التي تعرض عليهم بشكل محايد ،وغدا رأي مفوضي الدولة موضع احترام كبير أمام قضاة المجلس.

وقد ظلت الإجراءات أمام مجلس الدولة تحوطها معوقات إدارية فإن الفرد الذي يريد أن يطعن في مدى صحة قرار إداري عليه أن يلجأ أولاً إلى الوزير نفسه للتصريح له برفع الدعوى قبل أن يلجأ إلى المجلس إلا إذا وجد نص صريح يتيح له رفع المنازعة مباشرة، وظل الحال كذلك إلى أن أصدر المجلس أحكاماً عديدة منذ قضية Cadot في عام ١٨٨٩ التي قبل فيها الطلب من صاحب الشأن دون حصوله على موافقة الوزير، وقد أقرت محكمة التنازع موقف المجلس، فأصبح منذ هذا التاريخ قاضي القانون العام في المنازعات الإدارية.

وبعد صدور مرسوم ٣٠ سبتمبر ١٩٥٣ أصبحت مجالس الأقاليم القائمة محاكم إدارية، تفصل في المنازعات الإدارية كمحكمة أول درجة على أن تستأنف أحكامها أمام مجلس الدولة، كما احتفظ مجلس الدولة بالاختصاص بالفصل في منازعات أخرى باعتباره محكمة أول وآخر درجة لما تتمتع به من أهمية خاصة ، أو لاتصالها بالاختصاص الإقليمي لأكثر من محكمة إدارية، وكذلك الطعن في الأعمال اللائحية والمنازعات المتعلقة بالموظفين المعينين بموجب مراسيم خاصة والدعاوى ضد القرارات الإدارية التي تخرج عن الاختصاص المحلي للمحكمة الإدارية. (٢)

ونتيجة للأزمة التي حدثت بين مجلس الدولة والجنرال ديجول عقب صدور حكم المجلس في ١٩ أكتوبر ١٩٦٢ في قضية الثائر الجزائري كانال الذي حكمت عليه المحكمة العسكرية المختصة (بمحاكمة الفاعلين الأصليين والشركاء في جرائم محددة تتصل بأحداث الجزائر ومقاومة السلطات الفرنسية) بالإعدام ،وعند الطعن في الحكم أمام مجلس الدولة رأى المجلس أن ما تنص عليه المادة العاشرة من الأمر الصادر في أول يونيو ١٩٦٢ بإنشاء المحكمة العسكرية من حرمان المحكوم عليه من الطعن في أي قرار للمحكمة العسكرية يتضمن إخلالاً تاماً بحق الدفاع، وينتهك المبادئ العامة للقانون الجنائي، وانتهى المجلس إلى الحكم بإلغاء هذا الأمر الذي صدر بإنشاء هذه المحكمة.

وقد أحدث هذا الحكم ضجة هائلة في فرنسا ؛ فشكلت الحكومة لجنة خاصة تنظر في أوضاع مجلس الدولة وتقترح ما تراه من

(١) – الدكتور سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٣٩.

(٢) – د. سليمان الطماوي – المرجع السابق، ص ٨٥.

ويمارس مجلس الدولة دوراً مهماً في تعيين الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية؛ وتوحيد المبادئ القضائية التي تسير عليها تلك المحاكم باعتباره محكمة نقض بالنسبة له.

تعديلات لما تضمنه قرار تشكيل تلك اللجنة من مسوغات، أهمها أن المجلس كان يميل في السنوات الأخيرة (قبل عام ١٩٦٢) لتغليب مصالح الأفراد واحترام حقوقهم الخاصة على اعتبارات الصالح العام، وأن قضاته لا يعيرون الظروف التي يؤدي فيها المرفق الاعتبار الكافي.

وقد صدر عقب ذلك قانون مجلس الدولة الجديد في ١٥ سبتمبر ١٩٦٣ الذي جعل جميع أعضاء القسم القضائي بالمجلس يشتركون في أعمال الأقسام الإدارية حتى يلمسوا عن قرب المشكلات الإدارية التي تضطلع بها الإدارة العاملة. كما جعل أعضاء الأقسام الإدارية يسهمون في العمل القضائي حتى يوضحوا لزملائهم المشكلات الإدارية العملية وما تتطلبه من ضرورات حسن الإدارة .[١]

ونظراً لزيادة العبء الواقع على مجلس الدولة وكثرة عدد القضايا، فقد صدر قانون جديد في ٣١ ديسمبر ١٩٨٧ تضمن إنشاء المحاكم الإدارية للاستئناف تختص كل منها بالطعون الاستئنافية لعدد معين من المحاكم الإدارية وأخرج منها مجموعة من الطعون كالطعون في الأعمال اللائحية أو تقدير المشروعية، وهكذا أنشئت مرحلة وسط بين مجلس الدولة والمحاكم الإدارية ووجد قاضي أول درجة نفسه مرتبطاً بقضاء الاستئناف وأصبح مجلس الدولة بمنزلة قاضي نقض وقاضي أول وآخر درجة بالنسبة لبعض المنازعات.

وهكذا كان إنشاء مجلس الدولة الفرنسي نتيجة لتطورات تاريخية شهدتها فرنسا في نهاية القرن الثامن عشر وأوائل القرن التاسع عشر حتى رسخت أقدامه وساهم مساهمة كبيرة في حل المشكلات الإدارية من خلال نظريات عظيمة كونت في مجملها ما يطلق عليه مبادئ القانون الإداري، كما وقر دوره في حماية الحريات العامة للمواطنين مع مراعاة مقتضيات العمل الإداري. [٢]

وبعد هذه المقدمة الموجزة في نشأة نظام مجلس الدولة الفرنسي فإننا سنعرض في هذا المبحث للمطالب الآتية:

المطلب الأول : معيار توزيع الاختصاص بين القضاءين العادي والإداري في ظل القضاء المزدوج .

المطلب الثاني: أهم النظريات التي أنشأها مجلس الدولة الفرنسي.

المطلب الثالث: مدى تأثر مجلس الدولة في جمهورية مصر العربية بالنظام الفرنسي.

المطلب الرابع: تقدير نظام القضاء المزدوج .

المطلب الأول:

معيار توزيع الاختصاص بين جهتي القضاء العادي والإداري في النظام الفرنسي:

يجدر الإشارة إلى أن بعض الدول مثل ألمانيا حتى عام١٩٤٥ كانت تنظم توزيع الاختصاص بين جهتي القضاء العادي والإداري طبقاً للتشريع الذي يحدد على سبيل الحصر اختصاص المحاكم الإدارية، ويحدد كذلك اختصاص المحاكم العادية، وهذه الطريقة كانت تعطل الفصل في بعض المنازعات التي تستجد ولاسيما تلك التي تختلط فيها الصبغة المدنية بالصبغة الإدارية.

---

(١) – د. مصطفى أبو زيد فهمي – المرجع السابق، من ص ٢٢ إلى ص ٢٥.
وقد ترتب على هذا التعديل أن أصبح لقضاة مجلس الدولة الفرنسي خبرة عملية بأعمال الإدارة؛ مما أثر على تكوينهم المهني، وترك صداه في النظريات التي ابتدعوها فيما بعد والتي أصبحت تميز القانون الإداري عن القانون المدني.

(٢) – وقد أخذ عن النظام الفرنسي (القضاء المزدوج) عدد كبير من الدول، منها إيطاليا وهولندا وبلجيكا ولوكسمبورج والنمسا وإسبانيا، ومن الدول العربية مصر والجزائر والمغرب وتونس ولبنان وسوريا والعراق والأردن.

وقد خالف النظام الفرنسي هذا النهج بأن جعل المحاكم الإدارية ذات اختصاص عام شامل بنظر المنازعات الإدارية منذ عام ١٩٥٣ بما يكفل تحقيق العدالة على وجه كامل ، ويضمن للأفراد وجود محكمة مختصة بنظر جميع المنازعات التي تنشأ بينهم وبين الإدارة فلا يتعرضون لإنكار العدالة.[١]

إلا أنه قد تثور مسألة الاختصاص بنظر النزاع بين الجهتين، وقد تنبه النظام الفرنسي . كما سبق . لهذا الأمر بإنشائه محكمة التنازع في عام ١٨٧٢ ،وكان دور تلك المحكمة ميسوراً في بداية نشأتها ؛لأن قضاء مجلس الدولة آنذاك كان قضاء محجوزاً وله دور استشاري ولم يكن قد جُعل له اختصاص الفصل النهائي فيما يعرض عليه من قضايا، كما أن دورها انحصر في وضع قواعد الاختصاص ولكنها لم تكن تملك أن تفرض وجهة نظرها في التفسير الموضوعي للقاعدة التي تطبقها محاكم إحدى الجهتين (مجلس الدولة أو محكمة النقض) ولو كان مخالفاً لوجهة نظر سبق لها إبداؤها مما كان يترك مسألة الاختصاص في بعض المنازعات معلقاً بين الجهتين، كما في المنازعات المتعلقة بالاستيلاء على العقارات؛ فأحياناً تتجاوز الإدارة سلطتها المقررة قانوناً دون أن يهبط القرار إلى حد غصب ملكية العقار والمنازعات المتصلة بأعمال التعدي المستندة إلى قرار إداري والمنازعات المتصلة بحالة الأفراد مثل تعديل الاسم وإثبات الموطن والتبني وغيرها فإنها تنطوي في بعض تطبيقاتها على اختصاص الجهتين.

ومن جهة أخرى فإن تعبير المنازعات الإدارية كان فهمه ميسوراً في بداية نشأة الرقابة القضائية على أعمال الإدارة ،والتي كان يحكمها فكرة التخصص؛ فالمحاكم القضائية العادية هي الأقدر على تطبيق قواعد القانون الخاص بينما تتولى المحاكم الإدارية ومجلس الدولة الفصل في المنازعات الإدارية التي تخضع للقانون العام إلا أنه ثار التساؤل عن الأساس المنضبط في تعريف المنازعة الإدارية، وقد اجتهد الفقه الفرنسي في الإجابة عن هذا التساؤل بوضع معايير تحديد المنازعة الإدارية التي يختص بها القضاء الإداري والتي تتجلى في المعايير الآتية:

أولاً – معيار السلطة العامة :

وأول معيار طبق في هذا الشأن هو معيار السلطة العامة وامتيازات القانون العام وذلك بالتفرقة بين الأعمال التي يتجلى فيها سلطان الإدارة ،الذي لا يمكن أن تخضع فيه الإدارة للقانون الخاص؛ لأن هذا القانون يحكم علاقات بين أطراف متساوين بينما سلطة الإدارة تستهدف الصالح العام وهو المعيار الراجح، وتخضع لأحكام القانون العام الذي يقرر لها بعض الامتيازات، ومن ثم تندرج المنازعة في اختصاص المحاكم الإدارية إلا أن هذا المعيار لم يصمد طويلاً بعد أن اتسع دور الدولة، وتدخلت في بعض الأمور الاقتصادية التي يباشرها الأفراد، كما سمحت للأفراد بالتدخل في النشاط الإداري بتنفيذ المشروعات الضخمة أو منحهم عقود الامتياز لاستغلال الثروات العامة أو قيامهم بالدور الرئيسي الذي كانت تقوم به الدولة مثل الرعاية الصحية والتعليمية بمختلف مراحلها التي كانت تعتبر مظهراً من مظاهر السلطة العامة التي تحتكر الدولة القيام بها لتحقيق الصالح العام. الأمر الذي جعل ذلك المعيار يفقد توازنه في التطبيق ،وتناله سهام النقد حتى سقط العمل به.

ثانياً – معيار المرفق العام:

وهو المعيار الذي ساد فترة طويلة في فرنسا، وقد عرف الفقه المرفق العام بأنه كل مشروع تنشئه الدولة بقصد تحقيق النفع العام وتحتفظ بالكلمة العليا في إدارته.[٢]

(١) – د. محمود محمد حافظ – المرجع السابق، ص ١٣٠.
(٢) – د . سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٣٠.

وقد أيد القضاء الإداري هذا المعيار في كثير من أحكامه، من أهمها قضية تيريه Terrier سنة ١٩٠٣ ، وأيدته محكمة التنازع في قضية بلانكو Blanco عام ١٨٧٢.

وظل هذا المعيار موضع احترام في التطبيق العملي عند توزيع الاختصاص بين الجهتين (القضاء العادي والإداري) إلى أن ظهرت إلى جانب المرافق الإدارية التقليدية مرافق عامة أخرى ذات صبغة اقتصادية مثل المرافق الصناعية والتجارية التي لا تختلف في طبيعة نشاطها عن طبيعة المشروعات الخاصة ونشاطها، وبعد أن لجأت الإدارة في تشغيلها إلى اتباع وسائل القانون الخاص مع ما يستتبع ذلك من خضوعها للقضاء العادي؛ الأمر الذي جعل هذا المعيار يدور في حومة النقد وبات الاستناد إليه بمفرده غير صالح لتحديد اختصاص القضاء الإداري تحديداً دقيقاً. (١)

ويرى بعض الفقهاء أن اختصاص القضاء الإداري أصبح اليوم في حاجة إلى معايير أخرى داخل نطاق معيار المرفق العام مع وضع شروط منضبطة لهذا المعيار. (٢)

كما أن التغير الذي طرأ على دور الدولة مما يتداعى بآثاره على المكانة التي كانت تشغلها نظرية المرفق العام كمبدأ يقوم عليه بنيان القانون الإداري. (٣)

ثالثاً ـ معيار القواعد الموضوعية:

ويرى الفقيه ريفيرو Rivero أن المعيار الأساسي في تحديد اختصاص القضاء الإداري في مجال نشاط الإدارة هو طبيعة القواعد التي تطبق على موضوع النزاع، وطبقاً لهذا المعيار فإن كل المنازعات المتعلقة بالقرارات الإدارية إلغاء وتعويضاً تدخل في اختصاص القضاء الإداري، ولا يستثنى منها إلا حالات مباشرة الإدارة الاختصاص المتفرع عن النشاط القضائي مثل صفة الضبطية القضائية وإدارة الدولة ممتلكاتها الخاصة والإعانات الاجتماعية.

ويدخل في اختصاص القضاء الإداري العقود التي تبرمها الإدارة بغرض تنفيذ مشروعات النفع العام أو تنفيذ مرفق عام إذا تضمن العقد شروطاً غير مألوفة في عقود الأفراد.

كما يختص القضاء الإداري بالنشاط المادي للإدارة إذا كان هذا النشاط متعلقاً بمرفق إداري.

أما باقي المنازعات فإنه يرجع في تحديد الاختصاص في شأنها بحسب كل حالة على حدة، ويقترب من هذا المعيار ما سارت عليه بعض الدول التي تطبق النظام الفرنسي بتحديد اختصاص محاكم القضاء الإداري على سبيل الحصر، ويترتب على هذه الطريقة أن الجهة التي حدد المشرع اختصاصها على سبيل الحصر، تكون عادة ذات اختصاص ضيق والجهة الأخرى هي المعتبرة ذات الاختصاص العام.

---

(١) – جان ريفيرو – القانون الإداري ،ط ١٩٧٠ ،ص ١٥٧ وما بعدها، مشار إليه بمؤلف د.ماجد الحلو – المرجع السابق، ص ١٧١–١٧٢.

(٢) – ويرى د. مصطفى أبو زيد فهمي. المرجع السابق ،ص ٣٢٧. أنه يمكن اتباع إحدى الطريقتين إما الطريقة الكلية التي تنظر إلى عمل المرفق العام باعتباره كتلة واحدة يتصل بنشاط مرفق عام وإما الطريقة التحليلية التي تختلف من حالة لأخرى كما في تحديد مدى الاختصاص بنظر المنازعة العقدية أو تحديد المسئولية بحسب أسلوب الإدارة التي يلجأ إليها المرفق سواء باستعمال وسائل القانون العام أم وسائل القانون الخاص.

(٣) . الأستاذ المستشار/ محمد أمين المهدي. منهج القاضي الإداري ،مطبوعات معهد الكويت للدراسات القضائية على ٢٠٠٨/٢٠٠٩ ، ويرى سيادته أن على القاضي الإداري أن يبادر بالكشف عن القيمة الكلية الأساسية التي يكون له استخلاصها من مجموع التشريعات وروحها؛ ذلك أن طبيعة القانون الإداري ذاتها تفترض حتماً وتتطلب دوماً قيمة كلية تكون أساساً تبنى عليه الأحكام التفصيلية ،ومن أهمها ضمان توفير وحماية حقوق الإنسان على الصعيدين السياسي والإداري على خلفية من الحق في الإدارة الرشيدة بعد أن تجاوز الواقع المعاصر مفهوم الدولة الراعية . ص ٣٢ .

ويلاحظ أن الدول التي أخذت بنظام القضاء الإداري تبدأ عادة تنظيم اختصاص المحاكم الإدارية على سبيل الحصر، و من ثم تعتبر هذه الطريقة بمنزلة مرحلة انتقالية في حياة المحاكم الإدارية؛ إذ لاتلبث أن تنقلب إلى محاكم إدارية ذات اختصاص عام، وهو ما اتبعه المشرع في جمهورية مصر العربية عند إصداره قانون مجلس الدولة الأخير في عام ١٩٧٢. (١)

وفي تطبيق هذا المعيار الموضوعي فإن بعض المنازعات تخرج عن اختصاص القضاء الإداري، ومنها :

- المنازعات التي يختص بها القضاء العادي بنص القانون .
- المنازعات المتعلقة بالأعمال التي تباشرها الإدارة باتباع أساليب القانون الخاص .
- منازعات التعدي المادي على حقوق الأفراد .
- المنازعات المتعلقة بحالة الأفراد المدنية. (٢)

المطلب الثاني:

أهم النظريات التي أنشأها مجلس الدولة الفرنسي:

لقد كان للنظريات القضائية التي أنشأها مجلس الدولة الفرنسي دور مهم في تعميق فهم القانون الإداري واستقلاله وتميزه عن القضاء المدني. وقد سارت الدول التي اعتنقت مبدأ ازدواجية النظام القضائي على الدرب ذاته مراعية في التطبيق أوضاعها السياسية والاجتماعية والاقتصادية ، وسوف نلمس في هذه النظريات روح العدالة ومراعاة الصالح العام الذي هو سمة الفقه الإسلامي الذي سبق بعض هذه النظريات بغض النظر عن مسمياتها مثل نظرية الظروف الطارئة في العقود ونظرية الظروف الاستثنائية ونظرية السلطة التقديرية وغيرها من النظريات التي لها مصدرها الأصلي في الفقه الإسلامي . وهو ما يجعلنا عند دراسة التطور التاريخي لأي علم من العلوم أن نعرج على تاريخ هذا العلم في سعة الفقه والقضاء الإسلامي، كما وصفه الإمام الماوردي في كتابه القيم الأحكام السلطانية (يخرج من ضيق الوجوب إلى سعة الجواز فيكون الناظر فيه (أي قاضي المظالم) أفسح مجالاً وأوسع مقالاً) (٣) .

ونظراً لكثرة النظريات التي أنشأها قضاء مجلس الدولة الفرنسي فإننا سنختار منها أهم هذه النظريات من وجهة نظرنا مع الإشارة المناسبة لتطبيقها في الشريعة الإسلامية وقضاء مجلس الدولة المصري حتى تكتمل للنظرية مصدرها الحقيقي ومدى رسوخها واستقرارها في التطبيق العملي في قضاء مجلس الدولة المصري .

أولاً - نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية :

تعد نظرية الظروف الطارئة من أقدم النظريات التي عرفها النظام القانوني القديم منذ مصر الفرعونية حيث عثر على عدة وثائق من الأسرة الثامنة عشرة تتضمن: (أنه إذا حالت ظروف الرقيق دون قيامه بالخدمة المطلوبة فيكون على المؤجر أن يعوض المستأجر عن مدة التعطيل).

---

(١) . د. سليمان الطماوي. المرجع السابق ،ص ٣١ .
(٢) . راجع في تفصيل هذه الحالات . د. ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص ١٧٢ . ص ١٩٠.
(٣) . الماوردي،الأحكام السلطانية،ص ٩٠ .

وفي القانون الإغريقي والبطلمي كان من حق المستأجر تخفيض قيمة الإيجار إذا تعذر عليه استغلال الأرض بسبب خارج عن إرادته مثل عدم توفير المياه اللازمة لري الأرض.(١)

وطبق القانون الكنسي نظرية الظروف الطارئة من منطلق ديني، قوامه العدل والإنصاف، وعلى أساس وجود شرط ضمني قالوا: إن العقد يتضمنه مؤداه بقاء الأمور على ماهي عليه عند إبرام العقد أما إذا تغيرت هذه الظروف بحيث أصبح تنفيذها جائراً بالنسبة لأحد المتعاقدين فإنه يجب تعويض الطرف المرهق وذلك بتعديل آثار العقد بما يعالج هذا التغيير. (٢)

إلا أن هذا التطبيق انتكس في أوروبا بعد صدور القانون المدني الفرنسي القديم الذي أخذ بمبدأ سلطان الإرادة وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين . ولم يأخذ بنظرية الظروف الطارئة . كما لم يأخذ القانون المدني الفرنسي في عهد نابليون بتلك النظرية . وقد حاولت المحاكم الفرنسية تطويع نصوص القانون المدني بتطبيق تلك النظرية في بعض أحكامها إلا أن محكمة النقض الفرنسية كانت لها بالمرصاد فأصدرت حكمها بتاريخ ١٩٠٠/٨/٨ المتضمن « أن أي اعتبار للعدالة لايجيز للقضاة أن يُعدلوا الاتفاقيات التي أبرمها الطرفان والتي تقوم بينهما مقام القانون».

وقد ارتبطت النظرية بعد ذلك بحكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ٣٠ مارس ١٩١٦ في قضية غاز بوردو، التي خرج فيها على القواعد القانونية المدنية محاولاً التوفيق بين الصالح العام والاعتبارات الاقتصادية والاجتماعية التي سادت عقب نشوب الحرب العالمية الأولى، وكان سنده في تطبق تلك النظرية أن القواعد المدنية لاتقيده في ابتداع وابتكار الحلول والنظريات التي تنسجم مع طبيعة القضايا التي تعرض عليه. (٣)

ويعتبر الفقه حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية غاز بوردو المرجع الأساسي لنظرية الظروف الطارئة في مجال العقود الإدارية.

ولم يقف مجلس الدولة الفرنسي في تبريره لنظرية الظروف الطارئة عند حد استمرارية المرفق العام (أي في أثناء تنفيذ العقد) وإنما أعلن في حكمه بتاريخ ١٢ مارس ١٩٧٦ في قضية (department des hautes pyrénées) إمكانية منح التعويض عند توافر الظروف الطارئة على الرغم من انقضاء العقد وسواء كان ذلك بسبب الفسخ أم وصول العقد لنهايته الطبيعية.

وقد وجدت الإدارة في فرنسا نفسها ملتزمة بتحمل النصيب الأكبر من الخسائر المترتبة على الظروف الطارئة دون أن تكون مسئولة عن إحداث هذه الظروف في العديد من الحالات.

وقبل إنشاء مجلس الدولة في مصر فإن القانون المدني القديم لم يأخذ بتلك النظرية للاعتبارات ذاتها التي قام عليها قضاء محكمة النقض الفرنسية، وهي ضرورة احترام مبدأ لزوم العقد مادامت لا توجد استحالة تنفيذه لقوة قاهرة. وقد رفضت المحاكم تطبيق هذه النظرية ليس على عقود الأفراد فحسب بل على العقود الإدارية التي كانت آنذاك في ولاية القضاء المدني. (٤)

وقد ظل الحال كذلك حتى صدر قانون التزامات المرافق العامة رقم ١٩ لسنة ١٩٤٧ الذي أقر العمل بهذه النظرية بالنسبة لعقود الالتزام. ثم اعتنق القانون المدني المصري الجديد في المادة (١٤٧) منه هذه النظرية بالنص على أن «العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين».

---

(١) – د. محمود سلام زناتي : تاريخ القانون المصري، ط ١٩٧٣ ،ص ١٩٤ ،وص ٣٢٤ .

(٢) – د. سليمان مرقس ، شرح القانون المدني، ج ٢ ،الالتزامات، ط ١٩٦٤ ،ص٢١٩.

(٣) – د. سعيد السيد علي . نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية والشريعة الاسلامية ط٢٠٠٥ دار أبو المجد بالهرم . ود.أحمد يسري-المرجع السابق ص ١٦٣ – ١٧٠.

(٤) – د. سعيد السيد علي، المرجع السابق، ص ٣١ .

ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين؛ بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول «ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك»، وبذلك أصبح تطبيق هذه النظرية يشمل جميع العقود مدنية أو إدارية أوعقود الخدمات، وقد عرفت الشريعة الإسلامية نظرية الظروف الطارئة قبل أن يعرفها القانون الوضعي بمئات السنين تطبيقاً للتوجيه القرآني الحكيم ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾ سورة الحج: الآية (٧٨) .وقوله تعالى ﴿ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾ سورة البقرة الآية: (١٨٥) ،وقول الرسول . صلى الله عليه وسلم . :

« إذا بعت من أخيك ثمراً فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً ، بما تأخذ مال أخيك من غير حق « صحيح مسلم، ج ١٠ ،ص ٢١٦ وقوله . صلى الله عليه وسلم . «لاضرر ولا ضرار». وقد طبق الفقه الإسلامي هذه النظرية في ثلاثة مواضع :

الأول : العذر الذي يطرأ للمتعاقد فيجيز له طلب فسخ العقد أو الخروج على أحكامه، على أن يُقدر دفع الضرر بالقدر المناسب لمواجهة الظرف الطارئ .

الثاني : الجائحة التي تصيب الثمار لحديث الرسول . صلى الله عليه وسلم . السالف الإشارة إليه.

الثالث : تقلّبُ قيمة النقود كما إذا صدر أمر من ولي الأمر يخفض قيمة النقود التي يسدد منها قيمة العقد (١)، بشرط أن يكون ذلك بمنزلة مفاجأة للعامة لُبعدهم عن مصدر القرار .

ثانياً ـ نظرية الموازنة بين المصلحة العامة والضرر العام :

أقر مجلس الدولة الفرنسي هذه النظرية بحكم أصدرته الجمعية العامة للقسم القضائي في قضية (المدينة الجديدة الشرقية) في ٢٨ مايو ١٩٧١، وتخلص وقائع القضية في أن الحكومة الفرنسية قررت في عام ١٩٦٦ إخراج التعليم العالي التابع لجامعة (ليل) من وسط المدينة وإنشاء مجمع عمراني جامعي يستوعب أكثر من ٣٠ ألف طالب مع إنشاء مدينة أخرى حول المجمع، وهذا المشروع يحتاج إلى مساحة تبلغ ٥٠٠ هكتار، ونزع ملكية ٢٥٠ منزلاً ، منها مائة مسكن تم إنشاؤها حديثاً طبقاً لتراخيص مبان سُلمت في السنة السابقة مباشرة . ونظراً للأضرار الجسيمة التي تلحق بأصحاب المساكن شُكلت جمعية للدفاع عن مصالحهم، وقد استجابت الحكومة لبعض مطالب الجمعية، وقصرت الإزالة على ٨٨ منزلاً ، إلا أن الجمعية أصرت على إلغاء القرار الإداري الصادر بنزع الملكية لصالح المشروع ولجأت للمحكمة الإدارية، ثم رفع الأمر لمجلس الدولة كقاضي استئناف. وقد تناول مفوض الدولة (جي بريبان) المبدأ من زاوية أهداف المنفعة العامة التي تجيز نزع الملكية والتي تغياها المشرع فجاء في تقريره: « إنه لم يعد يوجد فقط السلطة العامة والصالح العام في ناحية وفي الأخرى الملكية الخاصة ، و إنما توجد في حالات عدة وبصورة واضحة خلف نازعي الملكية والمنزوعة ملكيتهم مصالح عامة مختلفة . فقد تتصور الإدارة أنها تخدم المنفعة العامة ويكون الأفراد أكثر خدمة للمصلحة العامة منها وقد يحدث أن يكون تأثير المصالح الخاصة المستفيدة من العملية أكثر ثقلاً في إجراءات القرار وتكوينه من المصالح العامة التي قد تضار من ذلك. ثم أضاف أنه لايمكن، إذن الاكتفاء بمعرفة إذا ما كانت العملية تمثل بنفسها منفعة عامة بل يجب أن يوضع في الميزان مضارها مع مزاياها، وتكاليفها مع عائدها، وكما يقول الاقتصاديون عدم نفعها مع نفعها ..». (٢)

وقد أصدرت الجمعية العامة للقسم القضائي حكمها الذي عرضت فيه لفكرة المفوض بقولها (لايمكن قانوناً اعتبار عملية ما ذات

(١) يراجع في تفصيل ذلك د. سعيد السيد علي، المرجع السابق من ص ٦١ إلى ص ٧٦ و ص ٩٢ .
(٢) راجع د. مصطفى أبو زيد فهمي، المرجع السابق ،ص ٧٨٨ ، ٧٨٩ . و د. أحمد يسري – المرجع السابق أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي ص٦٣٢.

منفعة عامة إلا إذا كان ما تضمنه من مساس بالملكية الفردية والتكاليف المالية والمضار الممكنة على المستوى الاجتماعي غير باهظة بالنسبة للمصلحة التي تمثلها .... ثم أضافت أنه بمراعاة أهمية مجموع المشروع فليس من شأن اختفاء مائة مسكن نزع صفة المنفعة العامة عن المشروع « وبذلك رفضت دعوى الإلغاء. (١)

إلا أن مجلس الدولة أعمل نظرية الموازنة في المصالح عند تقرير نزع الملكية للمنفعة العامة في قضية (الشركة المدنية سانت ماري)، التي كانت تدور وقائعها حول إنشاء طريق سريع شمال مدينة نيس يربطها بإيطاليا هي والمناطق المحيطة بها ، وكان يقتضي ذلك نزع ملكية المستشفى الوحيد للأمراض النفسية بالمنطقة . وعند الطعن في القرار قدر مجلس الدولة أن المنفعة الثانية . وهي الإبقاء على المستشفى . أولى من إنشاء الطريق، وانتهى إلى إلغاء القرار .

وقد عرف القضاء الإداري بمجلس الدولة في مصر هذه النظرية في قضية عزبة خير الله بمنطقة دار السلام، وذلك في حكم شهير بتاريخ ١٩٨٤/٣/١٥ تخلص وقائعه في أن محافظ العاصمة كان أصدر قراراً بإزالة عشرين ألف مسكن مقامة على مساحة من أملاك الدولة دون ترخيص مع هدم المساكن وتسليم الأرض لصالح شركة المعادي للتنمية والتعمير . وعندما طعن في هذا القرار قالت المحكمة: «إنه وإن كان من المسلم قانوناً أن للجهة الإدارية حق إزالة ما يقع من تعديات على أملاك الدولة بالطريق الإداري إلا إن سلطتها في ذلك وإن كانت سلطة تقديرية فإنها تخضع لرقابة القضاء الإداري .... وأن استهداف القرار المطعون فيه مصلحة عامة لاريب فيها قوامها الحفاظ على أملاك الدولة إلا أنه في الجانب الآخر فإن القرار سوف يضحي بوجه مصلحة عامة أخرى تتمثل في وجوب عدم تشريد عدد كبير من المواطنين وتركهم دون مأوى أو متاع ....».

وقد تأيد هذا الحكم لدى المحكمة الإدارية العليا في الطعنين رقمي ١٨٧٥ ، ١٩١٤ لسنة ٣٠ ق بجلسة ١٩٩١/٣/٩ . (٢)

ومجلس الدولة الفرنسي أدخل بهذه النظرية قدراً من الرقابة الفنية الحكيمة التي تحدد للجهة الإدارية الاتجاه الصائب وتعينها على حسن الاختيار بين المصالح العامة التي قد تتعارض عند تنفيذ قراراتها المشروعة مع مصلحة الأفراد الذين استقرت أوضاعهم.

وهذه الرقابة القضائية الواعية تجد صداها في الشريعة الإسلامية تحت عنوان (درء المفاسد مقدم على جلب المصالح)، فعند وجود مصلحتين متعارضتين يجب اختيار أكثرهما قرباً من تحقيق المنفعة العامة للحاكم والمحكوم على حد سواء . وإذا اجتمع في أمر واحد منفعة ومفسدة فيقدم درء المفسدة على جلب المنفعة أو المصلحة، ويقول الرسول الكريم . صلى الله عليه وسلم . : «إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم وإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه».

كما أنها تدخل في عموم الأمر بالعدل الذي زخرت به آيات القرآن الكريم والتي يلتزم بها القاضي أو ناظر المظالم في الإسلام لحسن سير الدولة التي يجب أن تتوخى العدل بجانب الصالح العام الذي هي قوامة عليه.

---

(١) – تراجع المبادئ التي تناولها هذا الحكم الهام في مؤلف الدكتور / أحمد يسري . أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي طبعة عام ١٩٩١، من ص٦٣٢ إلى ص ٦٤٥، مطبعة منشأة المعارف بالاسكندرية.

(٢) – راجع الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي . المرجع السابق، ص ٧٩٢ ،ومن المفيد أن ننوه إلى أن محكمة القضاء الإداري المصري قد طبقت مبادئ النظرية في قضيتي نقل سوق روض الفرج وسوق الأسماك إلى المدن الجديدة التي أنشأتها الدولة على أطراف مدينة القاهرة (الحكم الصادر بجلسة ١٩٩٢/٤/٢ و١٩٩٢/٧/١٦) ،إلا أنه عند الطعن في الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري لم تأخذ المحكمة الإدارية العليا بما سبق أن قضت به في قضية عزبة خير الله، وساقت أسانيد بعيدة عن مضمون هذه النظرية.
راجع تعقيب د. مصطفى أبو زيد فهمي على هذا الحكم.
المرجع السابق ،ص ٧٩٥ .

ثالثاً . نظرية الظروف الاستثنائية :

مضمون هذه النظرية في الفقه الفرنسي أنه إذا كانت الإدارة تلتزم بالخضوع للقوانين العادية في جميع أعمالها وتصرفاتها فإن هذا الالتزام لا يسري إذا استجدت ظروف غير طبيعية كالكوارث ومنع انتشار وباء عام والحروب، وإن بعض الأعمال الإدارية التي تعد غير مشروعة في الظروف العادية يمكن أن تصبح مشروعة في الأحوال الاستثنائية لحفظ النظام العام وضمان استمرار المرافق العامة في أداء رسالتها للصالح العام ، وهو المبدأ الذي أقره الفقه الإسلامي كذلك من «أن الضرورات تبيح المحظورات»، و«المشقه تجلب التيسير».

وقد طبق الرسول الكريم . صلى الله عليه وسلم . نظرية الضرورة أو الظروف الاستثنائية حينما نهى عن قطع الأيدي في الغزو .كما روي عن عمر بن الخطاب . رضي الله عنه . أنه أعفى السارق في عام المجاعة من القطع ؛لأنه سرق لسد جوعه وإحياء نفسه، فكانت هذه ضرورة ظرف استثنائي، ولقوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱضۡطُرَّ غَيۡرَ بَاغٖ وَلَا عَادٖ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٞ رَّحِيمٞ ﴾ . سورة النحل : الآية : ١١٥ .

وقد اعتبرها مجلس الدولة الفرنسي مشروعة لصدورها في ظروف غير عادية لحماية النظام العام ، كما أضفى المجلس المشروعية على القرارات الصادرة بالامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية الحائزة لقوة الشيء المقضي إذا كان يترتب على تنفيذها إخلال بالأمن والنظام العام ،وهو ما قرره المجلس في حكم (كوياس) . وحكم شركة (سان شارل) لصناعة الورق والكرتون بإنهاء إضراب العمال في مصنع الشركة .

وقد عزز قانون الأحكام العرفية الفرنسي الصادر سنة ١٨٤٩ حق السلطة التنفيذية في اتخاذ إجراءات عاجلة لمواجهة الظروف الاستثنائية وأيضاً قانون الاستعجال الصادر سنة ١٩٥٥ لمواجهة الظروف الاستثنائية عند اندلاع ثورة الجزائر .

كما نص دستور الجمهورية الفرنسية الخامسة في المادة (١٦) منه على هذا الحق لرئيس الجمهورية؛ إذا أصبحت أنظمة الجمهورية أو استقلال الوطن وسلامة أراضيه أو تنفيذ تعهداته الدولية مهددة بخطر جسيم وحال، فيتخذ رئيس الجمهورية الإجراءات التي تقتضيها هذه الظروف بعد التشاور مع الوزير الأول ورئيس المجلسين والمجلس الدستوري بصفة رسمية، و يحيط الأمة علماً بذلك برسالة .

وقد يحكم مجلس الدولة الفرنسي بالتعويض في حالة الظروف الاستثنائية بناء على مسئولية الدولة على أساس المخاطر (١)

ونظرية الظروف الاستثنائية تمثل . بلا شك . خطراً على الحريات العامة ، وإن كانت الرقابة القضائية عليها تحد من هذا الخطر؛ لأنه كما تقول محكمة القضاء الإداري . « تخضع في جميع أحوالها لرقابة القضاء ليرى ما إذا كانت أركان الضرورة متوافرة حتى تنتفي المسئولية عن الجهة الإدارية».

كما اشترط القضاء الإداري المصري التزام الإدارة بضوابط محددة منها :

١ – أن يكون هناك خطر جسيم مفاجئ يهدد النظام العام والأمن .

٢ – أن يكون عمل الضرورة الذي صدر من الإدارة هو الوسيلة الوحيدة، لدفع الخطر .

٣ – أن يكون العمل لازماً حتما وتقضي به الضرورة .

٤ – أن يصدر من موظف مختص .

وجاء في حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ٣٠ يونيو ١٩٥٢ في القضية رقم ٥٦٨ لسنة ٣ ق « أن نظام الطوارئ في مصر وإن كان نظاماً

(١) . راجع د. عبد الغني بسيوني . مبدأ المساواة أمام القضاء ،المرجع السابق ،ص ٧٢ ، ٧٣ .ود. محسن خليل . القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة، ط ١٩٦٨ ،ص ٦٦٤ .

استثنائياً إلا أنه ليس بالنظام المطلق بل هو نظام مهما كان مصدره التاريخي الذي استقاه منه المشرع هو نظام خاضع للقانون، وضع الدستور أساسه، وبين القانون أصوله وأحكامه، ورسم حدوده وضوابطه، فوجب أن يكون إجراؤه على مقتضى هذه الأصول والأحكام وفي نطاق هذه الحدود والضوابط وإلا كان مايتخذ من التدابير والإجراءات مجاوزاً لهذه الحدود أو منحرفاً عنها وعملاً مخالفاً للقانون فتنبسط رقابة هذه المحكمة عليه ...» .

وأشارت المحكمة في حكم آخر في شأن المادة الثامنة من القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٥٠ إلى أن منع سماع الدعوى في أي تصرف أو أمر أو قرار صدر عن السلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية كما تقضي بذلك المادة الثانية من القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٥٠ هو إعفاء لهذه السلطة من أية مسئولية ترتبت على تصرفاتها المخالفة لقانون الأحكام العرفية ذاته. (١)

كما أشارت المحكمة في حكم آخر إلى أنه «وإذا كان المشرع يرى أن هناك ضرورات تقتضي سرعة استقرار بعض القرارات الإدارية فإن سبيل ذلك هو تنظيم طريق معين للطعن وتحقيق الأغراض السابقة أما إغلاق كل سبيل للطعن القضائي فهو غير دستوري فضلاً عن أنه لامصلحة في حماية الأوضاع غير المشروعة». (٢)

ويلاحظ أن النظام الفرنسي في تنظيم الأحكام العرفية الذي أخذت به مصر منذ الاحتلال الانجليزي بإصدارها أول قانون للأحكام العرفية برقم ١٥ لسنة ١٩٢٣ يأخذ بمبدأ وضع قانون سابق على حدوث ما يبرر إعلان هذه الأحكام في حين أن النظام الإنجليزي حتى عام ١٩٢٠ لم يكن ينظم حالة الطوارئ بقانون سابق لكنه يُرخص للسلطة التنفيذية كلما دعت الظروف أن تلجأ إلى البرلمان لتستصدر منه قانوناً لمواجهة هذه الظروف ، ثم صدر في عام ١٩٢٠ قانون سلطة الطوارئ عن طريق أنظمة وتعليمات تصدرها تلك السلطة تحت رقابة البرلمان. (٣)

رابعاً . نظرية أعمال السيادة:

وقد أنشأ مجلس الدولة الفرنسي وتابعه مجلس الدولة المصري تلك النظرية ليوازن بها مبدأ المشروعية والرقابة القضائية على أعمال الإدارة، وقد ظهرت تلك النظرية في العهد الملكي حتى يتجنب المجلس الفرنسي الصدام مع الملكية وخشية إلغائه .

وباعتبار أن مجلس الدولة الفرنسي عند بداية نشأته كان جزءاً من السلطة التنفيذية ومنح اختصاص استشاري، وأعضاؤه قابلون للعزل مما كان يقتضي مهادنة الإدارة حتى لاتتوجس خيفة من التدخل في نشاطها السياسي ، إلا أن مجلس الدولة وإن سلم بالفكرة فإن قضاءه حصرها في مجموعة من الأعمال على سبيل الحصر وتشمل «الأعمال المنظمة لعلاقة السلطة التنفيذية بالبرلمان ، والأعمال المتصلة بشئون الدولة الخارجية، والأعمال المتعلقة بظروف الحرب ،وأخيراً التدابير الخاصة بأمن الدولة الداخلي».

وهذه الأعمال بطبيعتها تصطبغ بالطابع السياسي، وتخضع لرقابة السلطة التشريعية لا السلطة القضائية على عكس الأعمال الإدارية التي تستهدف إشباع حاجات المجتمع وتنظيم سير المرافق العامة والتطبيق اليومي للقوانين وتنظيم علاقة الأفراد بالإدارة ، وقد تبنت لائحة ترتيب المحاكم المختلطة في مصر . لأول مرة عند تعديلها بالمرسوم الصادر في ٢٦ مارس ١٩٠٠ . نظرية أعمال السيادة بالنص على أنه «وليس لها (أي للمحاكم المختلطة) أن تحكم في أعمال الحكومة التي تجريها بموجب سلطتها العامة أو التي تتخذها بناء على قوانين ولوائح الإدارة العمومية وتنفيذاً لتلك القوانين واللوائح» .

---

(١) . حكم محكمة القضاء الإداري بجمهورية مصر العربية بتاريخ ١٩٥٦/٥/٢٠ ،س ١٠ ،بند ٣٤٦ ،ص ٣٣٤ .

(٢) . حكم محكمة القضاء الإداري في ١٩٥٧/٦/٢٥ في القضية رقم ٣١٧ لسنة ٩ ق ،مجموعة أحكام السنة ١١، بند رقم ٣٦٢ ،ص ٥٩ .

(٣) . د. فاروق عبد البر . المرجع السابق . ص ٤٧٤ وما بعدها، والمرجع نفسه من ص ٤٦١ إلى ص ٤٨٥ – ود. عمر الشوبكي . القضاء الإداري دراسة مقارنة، المرجع السابق ،ص ٧٨ حتى ص ٨٣ .

ثم جاءت المادة ١٥ من المرسوم بالقانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٣٧ في شأن لائحة ترتيب المحاكم الأهلية والمختلطة بنص جديد تضمنت صياغته « وليس لهذه المحاكم (المختلطة والأهلية) أن تنظر بطريق مباشر أو غير مباشر في أعمال السيادة»، وبذلك أغلق هذا النص إمكانية طلب التعويض عن تلك الأعمال.

وعندما أنشئ مجلس الدولة المصري بالقانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ تضمنت المادة السادسة منه النص على عدم قبول الطعن في هذه الأعمال مع إيرادها في البند (١) من المادة على سبيل المثال ثم أردفت وعلى العموم سائر الطلبات المتعلقة بعمل من أعمال السيادة.

إلا أن رقابة مجلس الدولة على القرارات الإدارية تناولت ماهية أعمال السيادة وحددت ماليندرج في هذه الأعمال وما لايعد منها. (١)

ولقد وقف مجلس الدولة في مصر من ادعاءات الحكومة موقفاً صلباً لتقديره بأن التوسع في هذه الأعمال يمثل خطراً شديداً على الحرية التي يصونها الدستور، ويهدد مبدأ المشروعية. وقد استفاد مجلس الدولة المصري من أحكام مجلس الدولة الفرنسي، فرفض الأخذ بمعيار الباعث السياسي وتبنى طبيعة العمل وضيق من قائمة أعمال السيادة. (٢)

وسوف يقتصر البحث على هذه النظريات. ومن نافلة القول أن مجلس الدولة الفرنسي قد أنشأ العديد من النظريات القضائية التي زخرت مؤلفات القضاء الإداري باستعراضها والتعليق عليها ،والتي سوف يجد الباحث عند الرجوع إليها معيناً له لفهم القانون الإداري والقضاء الإداري باعتباره قضاء مستقلاً عن القضاء المدني، يتطلب من القاضي الإداري الخلق والإبداع؛ نظراً لأن نظرياته الكبرى غير مقننة وفي كثير من الأحيان تعز على التقنين . ويؤيد ذلك أن الرقابة القضائية في مصر قبل إنشاء مجلس الدولة كانت رقابة قاصرة عن أن تبلغ المدى الذي بلغته الرقابة القضائية في النظام الفرنسي أو حتى النظام الإنجلوسكسوني.(٣)

دور القاضي الإداري:

والقاضي الإداري له دور مهم عندما يفصل في قضايا الحقوق والحريات العامة، وهو غير بعيد عن الظروف التي يعيش فيها مجتمعه في النواحي السياسية والاقتصادية والاجتماعية خاصة إذا لم يوجد نص قانوني ينظم المسائل التي يفصل فيها؛ حيث تكون له حرية كبيرة في ابتداع الحلول المناسبة للروابط القانونية في علاقة الحكومة وهي (الطرف القوي) بالفرد المقيدة حريته، وله أن يأخذ من النظريات المستقرة في القضاء الفرنسي أو من القواعد المدنية ما يتلاءم مع المنازعة المعروضة عليه.

وإذا كان التوفيق بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة قد دفع القاضي الإداري في كل من فرنسا ومصر إلى ابتكار نظرية الظروف الطارئة وفعل الأمير ونظرية الصعوبات المادية في مجال العقد الإداري، ووضع لها شروطاً مُحكمة للتطبيق ، كما فرق بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي وأنشأ نظرية الغلو في توقيع الجزاء الإداري في مجال علاقة الموظف بالجهة الإدارية، التي يعمل بها ، كما أنشأ نظرية التعويض على أساس المخاطر بلا خطأ من جانب الجهة الإدارية، ونظرية الظروف الاستثنائية وغيرها ، وهي أمور تفسح للقاضي الإداري باب الاجتهاد وتفسير النصوص القانونية تمهيداً لتطبيقها، إلا أنه يجب تأكيد أن ذلك

(١) . راجع د. فاروق عبد البر ،المرجع السابق، والأمثلة العديدة التي تناولها والأحكام التي أصدرتها محكمة القضاء الإداري في مجالات عديدة خاصة في مجال حماية الحريات الشخصية التي ادعت الإدارة عند الطعن في قراراتها أنها تندرج ضمن أعمال السيادة باعتباره الميزان الذي تحاول من خلاله أن تفلت من الرقابة القضائية على أعمالها . لذا كان موقف مجلس الدولة من أعمال السيادة موقف المضيق منها بمنزلة انتصار لحقوق الإنسان وحرياته. (من ص٥٢٦ إلى ص ٥٤٠).

(٢) . المرجع السابق ،ص ٥٤٠ .

(٣) . راجع د. مصطفى أبو زيد فهمي. المرجع السابق ص ٥٠، ٥١ . ومن النظريات التي عرض لها هذا المؤلف نظرية أعمال الغصب والتفرقة بينها وبين الاعتداء المادي على حق الملكية أو الحريات العامة، ص ١٦٤ بند ١٦٩ وبند ٣٢٥ ص ٣٢١ ، ونظرية أو فكرة الغلو في القرارات التأديبية، بند ٨٧٩ ص٧٧٦ وما بعدها، والرقابة على السلطة التقديرية للإدارة، بند ٨٩٣ .

الاجتهاد لايجوز أن يتعارض مع نص صريح في الدستور أو القانون أو لائحة صدرت وعمل بها تقرر قواعد عامة ملزمة فإنه يكون ملزماً بتطبيق النص الذي وضعه المشرع ولا يتحمل القاضي الإداري تبعته؛ إذ إن السلطة التشريعية – طبقاً لمبدأ الفصل بين السلطات . هي التي تراقب أوضاع التشريع مالم يأخذ المشرع في التنظيم القضائي بإنشاء رقابة على القوانين من خلال المحكمة الدستورية .

المطلب الثالث ـ مدى تأثر مجلس الدولة في جمهورية مصر العربية بالنظام الفرنسي :

قبل إنشاء مجلس الدولة المصري بمقتضى القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ كان النظام القضائي في مصر يأخذ بنظام القضاء الموحد، وفي ظل هذا النظام لم تأخذ مصر بالرقابة الواسعة التي عرفها النظام الإنجلوسكسوني ، كما كانت المادة (١٥) من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية والمادة ٤٣ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة تحظر على المحاكم أن تتعرض بالإلغاء أو التأويل للقرار الإداري أو توقف تنفيذه وإنما لها أن تقضي بالتعويض عن الإجراءات الإدارية المخالفة للقانون واللوائح .

دور محكمة النقض المصرية:

وقد بدأت النهضة القضائية بعد إنشاء محكمة النقض المصرية في عام ١٩٣١، حيث أسست اللبنة الأولى في بنيان القضاء الإداري بتعريفها للقرارات الإدارية والأعمال الإدارية ، وفرقت بينها وبين أعمال الإدارة المادية واعتبرت أن فصل أحد موظفي مجلس البرلمان من وظيفته لايخرج عن كونه قراراً إدارياً يدخل في رقابة المحاكم، وأن صدوره من مجلس له صفة تشريعية لا يجعله عملاً برلمانياً، وأن القرارات الصادرة من مجالس التأديب من قبيل القرارات الإدارية التي تخضع لرقابة التضمين . وفرقت بين أعمال الحكومة السياسية والأعمال الإدارية، واعتبرت أن تعطيل جريدة طبقاً لقانون المطبوعات الصادر سنة ١٨٨١ هو قرار صادر من سلطة حكم لا ولاية للمحاكم عليه ، كما فرضت رقابتها على أسباب القرار الإداري للتحري عن الأسباب الواقعية التي بني عليها ، واعتبرت عقود الالتزام بالمرافق العامة من عقود القانون العام التي تختلف عن العقود المدنية، وعلى الرغم من أن ولاية المحاكم كانت تقتصر على دعاوى التعويض فإن القاضي المدني قرر من خلال رقابة التضمين دوراً مهماً في إنشاء بعض مبادئ القانون الإداري .

وثم نشأ مجلس الدولة بالقانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ كقاض ذي اختصاصات محدودة على سبيل الحصر ، وتم ضم اللجنة الاستشارية التي كانت تتولى صياغة القوانين واللوائح والأوامر الإدارية إلى قسم التشريع بالمجلس ، وشكل القسم القضائي في البداية من محكمة القضاء الإداري، ثم وسعت بعض اختصاصاتها بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ ،وأنشئت المحاكم الإدارية بجوارها بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٤، واستكمل القسم القضائي مراحله التامة بإنشاء المحكمة الإدارية العليا بالقانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ .

وقد أدخلت عدة تعديلات على قانون مجلس الدولة بالقوانين أرقام ٥٥ لسنة ١٩٥٩ بعد الوحدة مع سوريا ،ثم صدر القانون الأخير رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ الذي نص في البند الرابع عشر من مادته العاشرة على اختصاص مجلس الدولة بسائر المنازعات الإدارية ،وبذلك أصبح مجلس الدولة هو قاضي القانون العام المختص بالفصل في المنازعات الإدارية والدعاوى التأديبية بعد أن كان قاضياً ذا اختصاصات محددة على سبيل الحصر، وهي المراحل نفسها التي مر بها مجلس الدولة الفرنسي .

المطلب الرابع. تقدير نظام القضاء المزدوج:

إن وجود قضاء إداري مستقل يتفق وما تتميز به العلاقات التي تقوم بين الإدارة والأفراد من طبيعة مغايرة لتلك التي تتصل بعلاقات الأفراد فيما بينهم، ومن شأن وجود هذا القضاء المتخصص في المسائل الإدارية أن يكفل تحقيق العدالة في علاقة غير متساوية ، كما أن إسناد المنازعات الإدارية لقضاة متخصصين وغير مُقيدين بنصوص القانون المدني من شأنه أن يحفز القضاة لوضع الحلول المناسبة لما يعرض عليهم من منازعات، ويطبقون عليها القواعد والمبادئ التي تحقق التوفيق بين حاجات الإدارة ومقتضيات الصالح العام من جهة، وحقوق الأفراد وحرياتهم من جهة أخرى .

ولذا كان لزاماً في نظام القضاء المزدوج أن تمنح المحاكم الإدارية سلطة كاملة في نظر المنازعات الإدارية كافة دون تقييد اختصاصها بمنازعات على سبيل الحصر ، إذ إن مرحلة تقييد الاختصاص قد تجاوزها التطور لنظام مجلس الدولة والمحاكم الإدارية .

والرقابة القضائية على أعمال الإدارة هي رقابة مشروعية فحسب فلا يملك القضاء إلا الحكم بسلامة التصرف الإداري المشكو منه أو بعدم صحته، وفي الحالة الأخيرة فإنه يملك القضاء بإلغاء التصرف المعيب أو إبطاله والتعويض عنه .

وقد ابتدع قضاء مجلس الدولة الفرنسي من خلال مبادئ ونظريات عديدة ما يحقق حسن أداء الإدارة لدورها ، وأقر لها بعض الامتيازات التي تعينها على تحقيق أهدافها مما قرره لها من سلطة تقديرية تختار من خلالها وقت تدخلها ووسيلة تدخلها وتقدير خطورة بعض الحالات التي تمتنع عن التدخل فيها ، كما حصن بعض إجراءاتها من الرقابة القضائية حين لمس فيها الصبغة السياسية أو الحكومية الظاهرة كما في الحالات التي أطلق عليها أعمال السيادة، وخفف الرقابة على قراراتها في الظروف الاستثنائية التي تستوجب سرعة التصرف محافظة على النظام العام وحسن سير المرافق العامة. (١)

ومما يؤيد استقلال القاضي الإداري عن القاضي المدني طبيعة المنازعات الإدارية باعتبارها منازعة موضوعية تتعلق في المقام الأول باحترام الإدارة للقانون وضمان الحقوق والحريات واحترام مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص بين أصحاب المراكز المتماثلة، وهو ما يستنهض في القاضي الإداري عند نظرها دوره الإيجابي الخلاق للقواعد القانونية التي تحكم المنازعة الإدارية؛ لأنه مهما كان أمر تعلقها بشخص المدعي بأن كان تصرف الإدارة ماساً بمصلحة معتبرة له فإنها في حقيقتها القانونية ماهي إلا تطبيق من تطبيقات احترام الشرعية وسيادة القانون .(٢)

المبحث الثالث:

نظام قضاء المظالم في الشريعة الإسلامية:

لقد تطور قضاء المظالم منذ عهد الرسول . صلى الله عليه وسلم . وخلفائه الراشدين . رضوان الله وبركاته عليهم . وأصبح له من السوابق والأحكام ما يعتبر مثالاً يُحتذى، وسوف نعرض بعجالة في ثلاثة مطالب أولها لمراحل تطور هذا القضاء ،وفي الثاني نورد المعيار العام لتحديد نطاق اختصاص قاضي المظالم وبيان هذه الاختصاصات بصفة عامة حتى نصل في المطلب الثالث إلى التطبيق الحالي لهذا النظام في المملكة العربية السعودية، الصادر به المرسوم الملكي رقم (م/٥١) بتاريخ ١٤٠٢/٧/١٧هـ الذي يعد أهم إصلاح إداري في مجال تنظيم المنازعات الإدارية بالمملكة، والذي لم يقتصر على السوابق القضائية والمبادئ التي سطرتها الأنظمة في عصورها

(١) . راجع د . ماجد الحلو. المرجع السابق، ص ٨٠ ،ود . محمود محمد حافظ . المرجع السابق، ص ١٣٠ ، ١٣١ . ود . سليمان الطماوي . المرجع السابق ، ص ٣٤ .
(٢) . الأستاذ المستشار/ محمد أمين المهدي . منهج القاضي الإداري . المرجع السابق ،ص ٩٠ ، ٩١ .

المشرقة وإنما أضاف لها ما يناسبها من النظريات والمبادئ التي اضطرد عليها القضاء في الدول الأوروبية والتي استلهمت معينها من الشرع الإسلامي الحكيم.

المطلب الأول. التطور التاريخي لقضاء المظالم في الإسلام:

لقد نشأ قضاء المظالم منذ زمن الرسول . صلى الله عليه وسلم . والخلفاء من بعده كقضاء موحد فكان الرسول . صلى الله عليه وسلم . يقضي في منازعات الأفراد فيما بينهم وبين أصحاب السلطات، وسار الخلفاء الراشدون من بعده . صلى الله عليه وسلم . في نظر المظالم بأنفسهم بوصفهم رؤساء للسلطتين القضائية والتنفيذية ملتزمين بمبدأ الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وإنزال حكم الشرع مما ورد في الكتاب والسنة المطهرة، وكان يجمع قاضي المظالم بين القضاء وتنفيذ الأحكام، وفي هذه المرحلة كان الناس معاصرين للرسول . صلى الله عليه وسلم . فكان إذا حدث نزاع بينهم ردوه إلى الله وإلى الرسول . صلى الله عليه وسلم . وكانت المنازعات محدودة وتجري بينهم في أمور متشابهة.

إلا أنه منذ مرحلة الدولة الأموية تجاهر الناس بالظلم ولم تكفهم زواجر العظة، فاحتاجوا في ردع الظالمين وإنصاف المغلوبين إلى نظر المظالم ، الذي تمتزج فيه قوة السلطان بنصف القضاء[1].

وكان عبد الملك بن مروان أول من أفرد للنظر في الظلامات (أي الشكاوى) يوماً يتصفح فيه قصص المتظلمين من غير مباشرة قاضٍ، فكان إذا وقف منها على مشكلة أو احتاج إلى رأي ومشورة رده إلى قاضيه أبي إدريس الأزدي فنفذ فيه أحكامه بمعرفة أمير المؤمنين.

وظل الأمر كذلك في عهد عمر بن عبدالعزيز فأنصف الناس ورد إلى المظلومين حقوقهم من كبار رجال الدولة من ولاة بني أمية وكبرائهم، وفي هذه الفترة ظهر قضاء الإلغاء والتعويض في أمثلة عديدة، نذكر منها :

١ – رد أمير المؤمنين عمر بن عبدالعزيز ضيعة لرجل يمني اغتصبها الوليد بن عبدالملك بعد أن رجع إلى سجلات الأملاك ،ولم يحتج فيها إلى شهود . كما أطلق له ضعف نفقته وينطوي ذلك على قضاء الإلغاء والتعويض.

٢ – وحادثة أهل سمرقند حين جار عليهم قتيبة بن مسلم وباغتهم في ديارهم فقدموا إلى عمر بن عبدالعزيز وقدموا له شكواهم فأرسل إلى عامله سليمان بن السري.» فإذا أتاك كتابي هذا فأجلس لهم القاضي فلينظر في أمرهم. فإن قضى لهم فأخرجهم؛ (أي المسلمين) من معسكرهم كما كانوا وكنتم قبل أن يظهر عليهم قتيبة..».

فلما جلس لهم القاضي وسمع ادعائهم أمر أن يخرج عرب سمر قند إلى معسكرهم وينابذوهم كما ورد في القرآن الكريم على سواء ﴿ وَإِمَّا تَخَافَنَّ مِن قَوْمٍ خِيَانَةً فَانبِذْ إِلَيْهِمْ عَلَىٰ سَوَاءٍ ۚ إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْخَائِنِينَ ﴾ سورة الأنفال: الآية ٥٨ .

فيكون صلحاً جديداً أو ظفراً عنوة. فقال أهل البلد بعد أن سمعوا الحكم العادل بل نرضى بما كان ولا نجدد حرباً .

وهذه القضية تضمنت:

١ – التظلم الرئاسي بتقديم شكوى أهل البلد للخليفة.

٢ – تشكيل مجلس قضاء لنظر المظالم بتفويض من الخليفة.

(١) الماوردي . الأحكام السطانية، ص ٨٠.

٣ – تفويض القاضي في إلغاء التصرف الإداري وإعادة الحال إلى ما كانت عليه[١].

إلا أن ظلم بني أمية زاد بعد عصر الخليفة العادل عمر بن عبدالعزيز فعادت لهم سطوتهم حتى أزال الله ملكهم وحكم مكانهم بني العباس، وفي هذا العهد العباسي سمت مكانة ديوان المظالم وكان خلفاء بني العباس يجلسون بأنفسهم للفصل في المظالم وإلى جانبهم قضاتهم ومستشاروهم وكُتابهم. وممن اهتم كثيراً بديوان المظالم أبو جعفر المنصور والخلفاء من بعده المهدي والهادي فالرشيد والمأمون.

وكان من خلفاء بني العباس من يعهد أحياناً بأمر النظر في المظالم إلى وزرائه؛ فقد عهد الرشيد بذلك إلى جعفر بن يحيى البرمكي ، والمأمون إلى يحيى بن أكثم، وفي مصر استقل ابن طولون بالحكم في عام ٢٥٧ هـ فجلس للمظالم بنفسه يومين في الأسبوع ، ثم صار خلفاؤه من بعده يولون من يقوم بها دونهم.

ولما فتح الفاطميون مصر وبنوا القاهرة اهتموا بأمر المظالم ولم يَقل اهتمامهم عن اهتمام العباسيين، فجلس لها القائد جوهر الصقلي، ولما ضعف الفاطميون أصبح وزرائهم هم الذين يجلسون لنظر المظالم.

وفي عهد الدولة الأيوبية بنى الولاة داراً للمظالم سموها (دار العدل) اقتداء بما فعله الملك العادل نور الدين الزنكي في دمشق، وكانوا يحترمون منصب النظر في المظالم، فكانوا إذا جلسوا لنظرها لا يجلسون على العرش وإنما على كرسي بجانبه وحولهم قضاة من المذاهب الأربعة ووكيل المال وأمراء العسكر، وكان الظاهر بيبرس يتولى نظر المظالم بنفسه.

وفي عهد السلطان قلاوون ابتنوا ما يسمى بالإيوان لنظر المظالم.

وفي تلك الحقبة أصدر قضاة المظالم ما يظهر حرصهم على العدل التام مهما كانت النتائج من ذلك:

١ – رد الخليفة المهتدي الكسور التي كان الولاة يطالبون الناس بدفعها دون النظر في ذلك إلى التفاضل في وزن النقود، فلما فسد الناس صاروا يدفعون النقد الأقل وزناً وهو الطبرية، ويتمسكون بالوافي الذي وزنه وزن مثقال إلا أن عدالة عمر بن عبدالعزيز أسقطتها ومن جاء من بعده حتى أيام المنصور الذي أعاد النظر في أمر الجباية، فلما فهم المهتدي وضع الكسور وما بها من ظلم للناس قال: «معاذ الله أن ألزم الناس ظلماً تقدم العمل به أو تأخر فأمر بإسقاطها، وكانت تدر على الخزانة العامة ١٢ مليون درهم». وهذا الحكم يتضمن قضاء الإلغاء وإزالة آثار القرار الباطل كافة [٢].

واستمر قضاء المظالم على هذا النهج حتى أيام حكم المماليك وقيام الدولة العثمانية فأنشأت مجلس شورى الدولة العثمانية عام ١٨٦٥، الذي كان ينظر في الظلامات من الولاة في الأقاليم التابعة للدولة العثمانية.

المطلب الثاني. المعيار العام لتحديد نطاق اختصاص قاضي المظالم وبيان هذه الاختصاصات :

إن قضاء المظالم . كما قال الماوردي . يحتاج في إحقاقه الحق إلى (نصف القضاء وقوة السلطنة) وما يتطلبه ذلك من علم وخبرة بالأحكام الشرعية ممزوجين بالقوة والهيبة حتى يستطيع قاضي المظالم رد الحق إلى أهله، وغالباً ما يكون أحد المتنازعين أو كلاهما من ذوي القوة والجاه والنفوذ.

(١) د . عبدالحميد الرفاعي . القضاء الإداري بين الشريعة والقانون المرجع السابق ص ١٢٧ . ١٢٩ .
وكتاب الأستاذ/علي علي منصور. نظم الحكم والإدارة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، الطبعة الأولى سنة١٩٦٥،ص٣٣ . والأستاذ الدكتور / محمود الجبوري . القضاء الإداري . دراسة مقارنة، المرجع السابق ،ص ٨.

(٢) د . عبدالحميد الرفاعي . المرجع السابق ،ص ١٣٢ وص ١٣٣ .

والمنازعة الإدارية – كما هو معروف. يكون أحد أطرافها الجهة الإدارية، ويستمد العاملون فيها قوتهم ونفوذهم باعتبارهم تابعين للدولة التي تدير المرافق العامة وتشرف عليها، وتستخدم وسائل وامتيازات قررها لها القانون، وقد ينجرف هؤلاء الموظفون عن جادة القانون أو يسيئون استخدام سلطاتهم؛ مما يوجب توفير حماية متميزة للأفراد في مواجهتهم. وقد عدد الماوردي المعيار العام الذي يحكم اختصاص قاضي المظالم بأنه يقوم على أساس:

١ – أن هذا النوع من القضاء يختص بالنظر في الخصومات التي يكون أحد طرفيها أو كلاهما من ذوي القوة والنفوذ كالولاة والعمال والكتاب الذين يعملون في دواوين الدولة.

فمعيار السلطة العامة هو الذي يسود في تحديد الاختصاص بنظر المنازعة، ويمتزج أحياناً بمعيار المرفق العام عندما تستخدم الدولة وسائل القانون العام كامتياز التنفيذ المباشر بالقوة الجبرية فيما يجبيه عمال الدولة من الأموال[١] ،والمتضرر عليه أن يلجأ إلى جهة الإدارة نفسها أو إلى قاضي المظالم إذا لم تنصفه الإدارة.

٢ – احترام مبدأ المشروعية التي سار عليها الخلفاء الراشدون منذ مقولة سيدنا أبي بكر الصديق. رضي الله عنه .: « أطيعوني ما أطعت الله فيكم فإن عصيته فلا طاعة لي عليكم» [٢]، فقاضي المظالم يضع هذا المبدأ بكامل أبعاده أمام عينيه ويرصد جميع التصرفات التي تصدر عن عمال الدولة ومرافقها العامة. وإذا ترجمنا هذا المبدأ في الفقه الإسلامي فإنه يعني في مفهوم الدولة العصرية سيادة القانون؛ أي احترام أحكامه وسريانها على الحكام والمحكومين،وهو ما أصبح مظهراً من مظاهر الدولة الديمقراطية.

وقد عدد الإمام الماوردي اختصاص قاضي المظالم بأن جعلها عشرة أقسام ، هي:

١ – النظر في تعدي الولاة على الرعية: وهذا الاختصاص لا يحتاج في كل الأحوال إلى ظلامة متظلم؛ فهو أمر من النظام العام للدولة؛ إذ إن لولي الأمر ولقاضي المظالم الحق في التفتيش على الولاة والتحقق من التزامهم برعاية مصالح الناس.

٢ – جور العمال فيما يجبونه من الأموال : ويرجع فيه إلى القوانين العادلة ويلزم العمال بها وينظر فيما استزادوه فيرده إلى أصحابه، وإن أخذوه لأنفسهم ظلماً رده كذلك لمن أخذ منه.

٣ . مراقبة كتاب الدواوين : وذلك لأنهم أمناء المسلمين على ثبوت أموالهم فيما يستوفونه ويوفونه منها.

٤ – تظلم المسترزقة من نقص أرزاقهم: (أي أصحاب الرواتب والمعاشات): ويرجع إلى ديوانه في فرض العطاء العادل فيجريه عليهم.

٥ – رد الغصوب: فإذا كانت تلك الغصوب سلطانية، وهي من النظام العام، فإنه يردها لأصحابها سواء تقدموا بشكوى أم علم بها والي المظالم أما الغصوب التي تغلّب عليها أصحاب الأيدي القوية وتصرفوا فيها تصرف الملاك بالقهر والغلبة فهذه تتوقف على تظلم أصحابها.

٦ – الوقوف العامة والخاصة: والأولى لا يتوقف تصفحها على تقديم شكوى والثانية يتوقف فصله فيها على تقديم تظلم من أهلها عند التنازع فيها.

---

(١) راجع الإمام الماوردي. الأحكام السلطانية، ص ٨٠ و ٨١.

(٢) إن مضمون المشروعية الإسلامية يمكن من خضوع جميع السلطات والهيئات العامة والأفراد في المجتمع لأحكام الشريعة الإسلامية مصداقاً لقوله تعالى: (مَنْ أَحْسَنُ مِنَ اللّهِ حُكْمًا لِّقَوْمٍ يُوقِنُونَ) سورة المائدة: الآية ٥٠ وقوله تعالى: (وَكَلِمَةُ اللّهِ هِيَ الْعُلْيَا) سورة التوبة الآية ٤٠ وراجع في معنى المشروعية الإسلامية كتاب رمضان محمد بطيخ. الرقابة على أداء الجهاز الإداري في النظم الوضعية والإسلامية ،ص ١٤٧.

٧ – النظر فيما عجز الناظرون عنه من الحسبة في المصالح العامة: كالمجاهرة بمنكر ضُعف عن دفعه أو التعدي في طريق عجُز عن منعه.

٨ – تنفيذ ما وقف القضاة من الأحكام عن إنفاذها؛ وذلك لتعزز وقوة المحكوم عليه أو لعلو قدره ونفوذه: فلا بد أن يكون قاضي المظالم أقوى يداً فينفذ الحكم عليه أو ينتزع الحق منه.

٩ – رد الافتئات على حقوق الله: من ذلك مراعاة العبادات الظاهرة كالُجمع والأعياد والحج والجهاد ورد أي تقصير فيها فإن حقوق الله أولى بأن تستوفى وفروضه أحق أن تؤدي.

١٠ – النظر بين المتشاجرين والحكم بين المتنازعين: فلا يخرج النظر بينهم عن موجب الحق ومقتضاه.

.موقف قضاء المظالم من دعوى الإلغاء والتعويض:

لقد عرفت الدولة الإسلامية منذ عهد الرسول . صلى الله عليه وسلم . قضاء الإلغاء والتعويض كما حدث في حادثة بني جذيمة التي أخطأ فيها خالد بن الوليد فهم موقف القوم حين حضروا إليه يريدون السلم ، إلا أنه لما رآهم يحملون سيوفهم أمرهم بوضعها فوضعوا سلاحهم فظن خالد أنها خدعة منهم لما عرف منهم ذلك فيما سبق، وأنهم آمنوا بألسنتهم ولم تؤمن قلوبهم، فأمر بكتفهم ثم أخذ السيف فقتل منهم من قتل، فانفلت منهم رجل وأتى الرسول . صلى الله عليه وسلم . فحكى له ما كان من أمر خالد، فقال . عليه الصلاة والسلام . «اللهم إني أبرأ إليك مما صنع خالد بن الوليد» ثم استدعى علياً وأمره أن يخرج إلى بني جذيمة ومعه مال يعوضهم عما لحقهم من ضرر، وهذا الخطأ كما تصرف فيه رسول الله . صلى الله عليه وسلم . يندرج في قضاء التعويض كما أنه . عليه الصلاة والسلام . لم يعزل خالداً مما يندرج ضمن مفهوم الخطأ المرفقي الذي تسأل عنه الدولة من بيت المال. وتم تقريع خالد عما فعله.

وقد تكررت تلك الحوادث في العهود التالية من إلغاء قرارات الولاة وتعويض من ناله ظلم ،كما في حالة رد أرض الرجل اليمني في عهد عمر بن عبدالعزيز وتعويضه عما تكبده من مشقة الحضور إلى مقر الخلافة.

ونظراً لأن دعوى الإلغاء في الفقه الحديث توجه إلى قرار إداري غير مشروع سواء كان القرار صريحاً أم ضمنياً مكتوباً أم شفهياً، أما في الفقه الإسلامي فإن التصرفات التي يكون مصدرها القرار الإداري إما أن تكون مخالفة لنص قطعي الدلالة والثبوت وهو ما ينحدر بالقرار أو العمل الإداري إلى درجة الانعدام لقوله صلى الله عليه وسلم : « كل عمل ليس عليه عملنا فهو رد»، أو أن تكون مخالفة لنص ظني كما لو كان قطعي الدلالة ظني الثبوت أو العكس أو كان ظنياً فيهما، فإن القرار يكون مشوباً بالبطلان ولا يترتب عليه آثاره القانونية[١].

ومن الأمثلة على قضاء الإلغاء رد الخليفة المهتدي للكسور وإلغاء إجراءات التحصيل التي كان يقوم بها الجباة، ودعوى أهل سمرقند التي سبق الإشارة إليها.

وأما قضاء التعويض فمن الأمثلة عليه، قيام الرسول . صلى الله عليه وسلم . بجبر الضرر الذي ألحقه خالد بن الوليد ببني جذيمة.

وتعويض عمر بن عبدالعزيز للرجل اليمني عن غصب الوليد بن عبدالملك ضيعته وردها له والأمثلة العديدة التي حوتها كتب الفقه[٢].

ومن السمات التي يتمتع بها قاضي المظالم عند نظره طلب الإلغاء أو التعويض أنه يقضي ويدير؛ فله أن يتدخل في أعمال الإدارة

(١) راجع في تعريف القرار الإداري في الإسلام د . عبدالحميد الرفاعي، المرجع السابق ، ص ١٧٨ و ١٧٩.
(٢) راجع في ذلك مؤلف الدكتور / داود الباز . أصول القضاء الإداري في الإسلام (أساسه وتميزه) طبعة دار الفكر الجامعي بالإسكندرية سنة ٢٠٠٤ ،ص ٨٥ وما بعدها.

وأن يصدر إليها أوامر بعمل شيء أو الامتناع عن عمل شيء ، وله أن يحل محل الإدارة في إصدار القرار الإداري أو يعدل فيه أو يغير مضمونه، وذلك حتى يجعله متفقاً مع أحكام الشريعة الإسلامية؛ أي أنه يبحث في أساس الحق المدعى به ومداه[١].

وهو اختصاص واسع يشبه إلى حد كبير ما عليه القاضي في النظام الإنجلوسكسوني، حسبما سبق عرضه في المبحث الأول.

ومن سماته أيضاً أنه يجمع بين القضاء والتنفيذ من أجل تحقيق غاية وصول الحق إلى صاحبه دون معوقات؛ فهو يجمع بين قوة الإدارة وعدالة القضاء بهدف رفع الظلم ودفع جور العمال وذوي القوة والجاه. فهو الحارس الأمين على مبدأ سيادة المشروعية الإسلامية والالتزام بأوامر الشرع وجعلها فوق الإدارة والأفراد.

ولقاضي المظالم سلطة واسعة في تحقيق الدعوى واستدعاء الشهود والتحري عن أمانتهم وله أن يُحلف الشهود حتى يثق في شهاداتهم. وذلك على خلاف القاضي العادي الذي يلتزم بمبدأ البينة على المدعي وإلا سقط حقه في إثبات دعواه[٢].

الفرق بين قاضي المظالم وقاضي الحسبة:

الحسبة في التعريف الشرعي هي الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

ويذكر النويري أهم الفروق بين القضاء ووالي الحسبة- أن الحسبة واسطة بين أحكام القضاء وأحكام المظالم، فأما موافقتها للقضاء فمن وجهين:

الأول: جواز الاستعداء إليه وسماعه دعوى المستعدين في دعاوى معينة، تشمل بخس وتطفيف الكيل والميزان أو الغش والتدليس في المبيع والثمن، أو المطل في سداد الدين مع المكنة، وهذه الدعاوى الثلاث تنطوي على منكر ظاهر.

والثاني : الدعاوى التي أوجبت باعتراف أو إقرار مع الإمكان واليسار ، فيُلزم المقر الموسر بدفعها إلى مستحقها.

أما اختلافها عن أحكام القضاء فمن وجهين، **الأول:** أنه لا ينظر في العقود والمعاملات وسائر الحقوق إلا أن يطلب الطرفان منه النظر فيها.

والثاني: أنها مقصورة على الحقوق المعترف بها، أما ما يداخله جحد وإنكار فلا ولاية له في نظرها[٣].

المطلب الثالث:

نشأة وتنظيم ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية:

بدأت نشأة ديوان المظالم في المملكة منذ تسلم المغفور له الملك عبدالعزيز آل سعود مقاليد الحكم ؛ حيث فتح بابه لاستقبال أصحاب المظالم وسماع الشكوى منهم تأسياً بما كان عليه السلف الصالح من الخلفاء الراشدين والتابعين في العصور الإسلامية الزاخرة بالعدل، ومنع الظلم إلا أنه لما كثر الشاكون ولم يستوعب نظره كل شكاواهم فقد أصدر في عام ١٣٦٤ هـ الموافق ١٩٢٦م إعلاناً حث فيه الناس

(١) راجع د . داود الباز . المرجع السابق ،ص ١١٢.
(٢) المرجع السابق ،ص ١١٨.
(٣) نهاية الأرب ، ج ٦ ،ص ٢٧٣ و ٢٧٤ ،والأحكام السطانية للمحاور ،ص ٨٠ . ٨٣.

كافة على تقديم شكاواهم في الصندوق الذي يوضع على باب دار الحكومة، وجعل مفتاحه لدى جلالته شخصياً ،ونظم في هذا الإعلان طريقة تقديم الشكوى.

وحين صدر أول نظام لمجلس الوزراء بالمملكة في ١٢ رجب ١٣٧٣ هـ الموافق لعام ١٩٥٤م جعل بحث (المظالم) إحدى شعب مجلس الوزراء الخمس، ونظمت لائحة ُشعب المجلس أحكاماً أكثر تفصيلاً لديوان المظالم بأن نصت على أن « تشكل بديوان مجلس الوزراء إدارة عامة باسم (ديوان المظالم) ويشرف على هذه الإدارة رئيس يعين بأمر ملكي، وهو مسئول أمام جلالة الملك وتتولى تلك الإدارة التحقيق في الشكاوى المقدمة إليها أو التي تحال إليها وتقديم تقرير مشفوع برأيها واقتراحاتها إلى جلالة الملك ليصدر أمره فيها».

واستمر ديوان المظالم تابعاً لمجلس الوزراء حتى صدر المرسوم الملكي رقم ٨٧٥٩/١٣/٢ بتاريخ ١٣٧٤/٩/١٧ هـ الموافق لعام ١٩٥٥ الذي ينص على جعل ديوان المظالم هيئة مستقلة يرأسها رئيس بدرجة وزير يعين بأمر ملكي، ويكون مسئولاً أمام جلالة الملك، ويكون جلالته المرجع الأعلى للديوان، وبذلك تحقق استقلال ديوان المظالم كهيئة مستقلة، وهو ما أعطاه مرونة وسرعة في تحقيق العدالة ورد الحقوق لأصحابها[١].

وكانت اختصاصات الديوان بالنسبة للشكاوى التي تقدم ضد السلطات الإدارية والحكومية تنحصر في التحقيق واقتراح الإجراء المناسب ،ويرفع هذا التقرير للوزير المختص، وفي حالة اختلافه مع الديوان في الرأي يرفع الأمر لجلالة الملك ليصدر أمره فيه، ومن ثم كان اختصاص الديوان في تلك الفترة بمنزلة سلطة تحقيق إدارية، وله رأي استشاري في المسألة المعروضة عليه، ولا يرقى إلى الاختصاص القضائي.

أما ما ورد في المادة (٧) من النظام الداخلي للديوان من أن « كل قضية ترفع إلى الديوان بصورة دعوى على شخص ما يكون في المملكة مرجع مختص لرؤيتها» فإن المراد من هذا النص هو ما يعرف بالتظلم الولائي أو الرئاسي وأن المقصود (بشخص ما) هو إحدى الجهات الإدارية ؛ لأن التظلمات المرفوعة إلى الديوان يجب أن يكون أحد طرفيها جهة إدارية وليست خصومة بين شخصين عاديين[٢].

وقد أُسندت للديوان اختصاصات لا تتعلق بشكاوى ضد الإدارة وإنما تدخل في مجال الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر مثل نظام مكافحة الرشوة ونظام مكافحة التزوير، واختصاص آخر شبه قضائي وهو تنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة من جامعة الدول العربية طبقاً للاتفاقية المنظمة لاتفاقية الأحكام بين الدول العربية[٣]، كما أسند للديوان الفصل بصفة نهائية في طلبات التعويض المقدمة من المقاولين عن عقودهم مع جهات حكومية بادعاء وجود مسئولية تقصيرية ألحقت ضرراً أو خسارة بالمقاول. واستمر اختصاص الديوان في الاتساع حتى شمل منازعات من طبيعة قضائية كالتي تنشب بين المؤسسات الأجنبية التي تعمل في المملكة والتي تطعن في قرارات وزير التجارة التي تصدر وفق نظام استثمار رؤوس الأموال الأجنبية أو التي تتعلق بتصفية شركة أجنبية أو سحب الترخيص منها بأن يكون للشركة المعنية حق الاعتراض على القرار المتخذ ضدها خلال شهر من تاريخ صدوره،ويكون قرار الديوان في موضوع الخلاف نهائياً وقطعياً.

وقد خطت المملكة خطوة مهمة في سنة ١٤٠٢ هـ بإعادة تنظيم ديوان المظالم كهيئة قضاء إداري مستقلة ترتبط مباشرة بجلالة الملك، ويكون مقرها مدينة الرياض، ويجوز بقرار من مجلس الديوان إنشاء فروع له بحسب الحاجة. فأصبح الديوان بمنزلة جهة قضائية

---

(١) وهذا التنظيم يشبه قضاء المظالم في عهد عبدالملك بن مروان الذي كان يتصفح المظالم بنفسه أو بمعاونة قاضيه أبي إدريس الأزدي.
. راجع في نشأة ديوان المظالم بالمملكة العربية السعودية د. عبدالحميد ،الرفاعي المرجع السابق ،ص ٢٤٠ و ٢٤١ ، ود.علي شفيق ،المرجع السابق ،ص ٤٦ و ٤٧.

(٢) د. عبد الحميد الرفاعي، المرجع السابق ص ١٦٤ و ٢٤٧.

(٣) د. علي شفيق، المرجع السابق، ص ٤٧ و ٤٨.

مستقلة لنظر المنازعات الإدارية. وأوجبت المادة (٤٩) من نظامه الجديد أن تصدر لائحة تنظم قواعد المرافعات والإجراءات أمام الديوان وقد صدرت تلك اللائحة بموجب قرار مجلس الوزراء بالمملكة رقم (١٩٠) بتاريخ ١٤٠٩/١١/١٦هـ ، وتضمنت الإجراءات الواردة بها جملة القواعد التي تنظم إجراءات رفع الدعوى الإدارية والطعن من القرارات الإدارية.

خاتمة البحث:

تناولنا في هذا البحث الموجز الاختصاص القانوني والقضائي في النظام الإنجلوسكسوني الذي يعتنق مبدأ وحدة القضاء، ولمسنا أن هذا النظام لا يفرق بين المنازعة الإدارية والمنازعة المدنية؛ إذ يختص بهما القضاء العادي، وكان من أثر ذلك أن المحاكم أصبحت تفصل في المنازعات والقرارات الإدارية على أساس القواعد المدنية، فلا تقتصر على مجرد مشروعية هذه الأعمال وإنما تتدخل في ملاءمتها وتصل إلى حد توجيه الأوامر إلى الإدارة بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل، إلا أنه تحت ضغط الزيادة المستمرة في المنازعات الإدارية فقد أنشئت محاكم إدارية في معظم الوزارات تختص بالفصل في الأمور التي تدخل في اختصاص تلك الوزارات والمصالح.

وهذا النظام يتجاهل طبيعة المنازعات الإدارية ودور الدولة في تحقيق الصالح العام؛ إذ إنها لا تقف على قدم المساواة مع الأفراد وإنما يترك لها قدر من حرية التقدير أو الامتيازات التي تساعدها على تحقيق أهدافها دون معوقات تعرقل عملها.

وأما نظام القضاء المزدوج الذي ظهر في فرنسا لأسباب تاريخية حتى استقرت أركانه بإنشاء مجلس الدولة والمحاكم الإدارية فإن هذا النظام يكفل حماية مبدأ المشروعية على أساس وجود قواعد صارمة تلتزم الإدارة باحترامها حماية لحقوق الأفراد المتعاملين معها دون أن تغل يد الإدارة في ممارسة قدر من السلطة التقديرية يتسع أو يضيق بحسب ما تحتاجه من أدوات تيسر لها أداء وظيفتها، وقد أنشأ مجلس الدولة الفرنسي العديد من النظريات التي توازن مبدأ المشروعية، وضبط شروطها من خلال معيار المرفق العام وأدواته ردحاً من الزمان، ثم خرج عن هذا المعيار بعد اتساع دور الدولة وتدخلها في أوجه النشاط التي كانت مقصورة على النشاط الخاص. وقد تناولنا في هذا المبحث دور القاضي الإداري في خلق مبادئ القانون الإداري وابتداعها، وحماية الحريات العامة للأفراد في مواجهة الحكومة وهي الطرف القوي، وهو الدورذاته الذي قام به قاضي المظالم في النظام الإسلامي.

وقد تناولنا في شرح نظام قاضي المظالم تطور نشأته واختصاصاته حتى أصبح في وضعه الحالي في المملكة العربية السعودية بمنزلة هيئة قضائية مستقلة تمزج بين مبادئ الشريعة الإسلامية والقضاء الإداري في النظم العصرية.

الطبيعة الإنشائية للقضاء الإداري

المستشار/ عبد القادر هاشم النشار

محكمة الاستئناف

مقدمة

القانون الإداري أحد فروع القانون العام وأهمها ، فهو القانون الذي ينظم ويحكم نشاط الإدارة في إدارتها للمرافق العامة ومختلف أوجه نشاط الدولة، بوصفها سلطة إدارة، سواء في علاقتها مع الأفراد من موظفين لديها أو متعاملين معها ، أم في علاقات الأجهزة الإدارية ذاتها فيما بينها. ويتميز القانون الإداري عن سائر فروع القانون الخاص بسمات أهمها :

أولاً: المرونة وتلبية التطورات المتلاحقة في طبيعة نشاط الدولة والتوجهات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية لها .

ثانياً: أن أغلب أحكامه وقواعده غير مقننة ؛ أي غير محصورة في نصوص تشريعية. سواء كانت قوانين أم لوائح. وإنما أرساها القضاء الإداري بأحكامه.

ثالثاً: أن القانون الإداري – خلافاً للقانون الخاص. يواجه بأحكامه مصلحتين غير متكافئتين ، هما المصلحة العامة من ناحية ومصالح الأفراد الخاصة من ناحية أخرى، ولا يتصور عقلاً أو منطقاً أن تتكافأ المصلحتان ، فالمصلحة العامة هي مصلحة الجماعة، في حين تخص الثانية فرداً أو عدة أفراد محددين، ولاريب أنه إذا تعارضت المصلحتان كانت المصلحة العامة هي الأولى بالاعتبار.

ومن أجل هذه السمات الذي يتميز بها القانون الإداري آثرت بعض الدول أن تفرد لنظر المنازعات الإدارية قضاء خاصاً ومحاكم خاصة، تتراوح بين الاستقلال التام عن المحاكم العادية أو وجود صلات بينهما مع تميز كل منها عن الأخرى.

ففي جمهورية مصر العربية يستقل القضاء الإداري برسالته متمثلاً في مجلس الدولة، وللمجلس قانونه الخاص، وإجراءاته الخاصة عند نظر الدعوى الإدارية، في حين نجد في النظام الأنجلو سكوني. كبريطانيا والولايات المتحدة – أن القضاء الإداري يتحد والقضاء العادي ، وفي الكويت نص الدستور في المادة (١٧١) منه على أنه « يجوز بقانون إنشاء مجلس دولة يختص بوظائف القضاء الإداري والإفتاء..»

ولأن ذلك الأمر قد يستدعي وقتاً طويلاً فقد واجه الدستور موضوع تنظيم قضاء إداري بدولة الكويت ، ونص في المادة (١٦٩) على أن «ينظم القانون الفصل في الخصومات الإدارية بواسطة غرفة أو محكمة خاصة يبين القانون نظامها وكيفية ممارستها للقضاء الإداري شاملاً ولاية الإلغاء وولاية التعويض بالنسبة إلى القرارات الإدارية المخالفة للقانون «ونفاذاً لهذا النص صدر بتاريخ ١٩٨١/٢/١٧ مرسوم بقانون رقم ١٩٨١/٢٠ – عدل بعد ذلك بالقانون رقم ١٩٨٢/٦١ . ونص على أن تنشأ بالمحكمة الكلية دائرة لنظر المنازعات الإدارية، وعمل بهذا القانون اعتباراً من أول أكتوبر سنة ١٩٨١ ، وحدد القانون اختصاص الدائرة، وبين قواعد وإجراءات نظر الدعوى أمامها وطرق الطعن في الأحكام التي تصدرها ، وهو ما يعني أن دولة الكويت قد عرفت نظام القضاء الإداري بمعناه المتميز اعتباراً من أول أكتوبر سنة ١٩٨١، تاريخ العمل بالقانون رقم ١٩٨١/٢٠.

ونرى أن يكون تقسيم هذا البحث إلى قسمين يخصص القسم الأول لدراسة الدور الإنشائي للقضاء الإداري، والقسم الثاني للتطبيقات العملية التي تؤكد هذا الدور.

القسم الأول : الدور الإنشائي للقضاء الإداري:

من المعلوم أن دور القاضي في مجال القوانين العادية معروف بأنه يقتصر على تطبيق القانون ، أياً كانت عيوبه ، بحيث لا يلجأ إلى قواعد العدالة المجردة والقانون الطبيعي إلا إذا لم يوجد نص، والقاضي الإداري في أداء مهمته كالقاضي العادي ، إلا أن دوره أبعد مدى؛ فهو في بحثه عن نقطة التوازن بين المصالح العامة والخاصة، كثيراً ما يجد نفسه مضطراً إلى صياغة مبادئ تشريعية لا تستند إلى نص تشريعي، وذلك بسبب صعوبة تقنين القانون الإداري لطبيعته المتغيرة لمواجهة الملابسات السياسية والاقتصادية والاجتماعية المتقلّبة أخذاً في الاعتبار أن قواعده ليست مقصورة على التشريع البرلماني وإنما تمتد لتشمل أنواع اللوائح المختلفة .

وإذا كانت مهمة القاضي عموماً ثقيلة بطبيعتها لا يقدر عليها إلا أولو العزم ، فإنها تعد أكثر ثقلاً بالنسبة لقاضي المنازعة الإدارية الذي يناط به السهر على حماية المشروعية في ظل غياب نصوص وأحكام تسعفه في مواجهة المنازعات التي تعرض عليه ومعالجتها ليفصل فيها، وهي تتعلق غالباً بتسيير شئون الحكم والإدارة، وما يتصل بذلك من ذود عن الحقوق والحريات المقررة ، وغاية ذلك تحقيق استقرار المجتمع وأمنه وأمان أفراده.

فمهمة القاضي الإداري هي الكشف عن الأحكام القانونية التي منها يتكون النسيج المتكامل للقانون الإداري ، إذ إن هذا الفرع من القانون ليس مقنناً في الغالب – كما هو الحال في القوانين الأخرى –، وحتى بالنسبة للأحكام المقننة فهي تتطلب رؤية خاصة تتيح للقاضي الإداري أن يُعمل صحيح القانون على ما يعرض عليه من منازعات بحيث يجد أساساً وسنداً لشرعية حكمه فيما يستخلصه من قواعد ابتغاء تحقيق الهدف المنشود ، وهو تحقيق الصالح العام.

فالقضاء الإداري ليس مجرد قضاء تطبيقي – كالقضاء المدني – مهمته فقط تطبيق نصوص مقننة سلفاً ، بل هو على الأغلب قضاء إنشائي لا مندوحة له من خلق وابتداع الحلول المناسبة للروابط القانونية التي تنشأ بين الإدارة في تسييرها للمرافق العامة وبين الأفراد، وهي روابط تختلف بطبيعتها عن روابط القانون الخاص، ومن ثم ابتدع القضاء الإداري نظرياته التي استقل بها في هذا الشأن أو سبق بها القانون الخاص سواء في علاقة الحكومة بالموظف أو في المرافق العامة وضرورة استدامتها وحسن سيرها ، أو في العقود الإدارية أو في المسئولية أو في غير ذلك من مجالات القانون العام، ولا يحول ما تقدم دون تطبيق القضاء الإداري لبعض القواعد الواردة في القانون المدني ما دامت لا تجافي اعتبارات القانون العام المشار إليها، وأبرز مثال لذلك الأخذ بالقواعد المقررة في القانون المدني في خصوص القوه القاهرة والحادث الفجائي على النحو الذي سيأتي تفصيله عند الحديث عن القسم الثاني من هذا البحث .

وقد أدرك المشرع الكويتي حقيقة أن القضاء الإداري هو قضاء إنشائي وليس قضاءً تطبيقياً – كما هو الحال في القضاء العادي – ولذا فقد أفصحت المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٩٨١/٢٠ الذي أنشأ دائرة بالمحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية بما نصه «يعهد بالقضاء الإداري إلى دائرة تخصص لهذا الغرض في المحكمة الكلية، على أن يراعى في تكوينها أن تكون مشكلة من ثلاثة قضاة؛ نظراً لما يتميز به قضاء الإلغاء من مقومات، أهمها أنه ليس قضاءً تطبيقياً وإنما هو قضاء يبتدع الحلول المناسبة للمنازعات التي تنشأ بين الإدارة والأفراد، وهي تختلف بطبيعتها عن منازعات القانون الخاص»

وقد تولدت فكرة أن يضطلع القضاء الإداري بمهمته الإنشائية حينما تبين أن العلاقات التي تقوم بين الإدارة وأشخاص القانون الخاص لا تقوم على أساس مبدأ المساواة القانونية على غرار العلاقات بين الأشخاص الخاصة، فالإدارة تتمتع بامتيازات قانونية تخرج عن القواعد العامة، وبسبب هذه الامتيازات لا يتساوى الأفراد مع الإدارة، ويرجع عدم المساواة إلى أن الإدارة يجب أن تحقق المصلحة العامة حتى ولو على حساب المصالح الخاصة عند الاقتضاء. ويأتي دور القضاء الإداري من حيث إنه يمثل مقابلاً لعدم المساواة في العلاقات بين الإدارة والأفراد ، بمعنى أن تدخل القاضي الإداري في المنازعات الإدارية بهدف أن يفرض على الإدارة

احترام القواعد القانونية التي تنظم سلطاتها ووضع امتيازاتها في نطاق الحدود التي تفرضها القواعد القانونية، وأن يمكن الأفراد من ثم من المحافظة على حقوقهم في مواجهة متقضيات النشاط الإداري ، ومن هنا يحقق القضاء الإداري التوازن بين مقتضيات النشاط الإداري وحقوق الأفراد ، ومقتضى ذلك أن يلجأ القاضي الإداري إلى ابتداع الحلول اللازمة للفصل في المنازعة الإدارية المعروضة عليه، حتى ولو لم يسعفه نص في التشريع وهو ما يقتضي للفصل في هذه المنازعات قضاء متخصصاً .

وغير صحيح القول إن القاضي الإداري يميل في قضائه لصالح الإدارة أكثر من الأفراد، وإنه يعد حامياً لامتيازات الإدارة ، مستنداً إلى ما تتمتع به الإدارة من سلطة تقديرية واسعة في كثير من قراراتها من شأنها أن تقصر رقابة القضاء على رقابة المشروعية دون رقابة الملاءمة ، وأيضاً حرص القاضي على المالية العامة للدولة جعله يعوض بشح عن الأضرار الناشئة عن النشاط الإداري ، ووجه عدم الصحة فيما تقدم أن التطور الظاهر الذي لايمكن إنكاره أو جحده في أحكام القضاء . كنتيجة لطبيعته الإنشائية . أدت بشكل ملموس إلى تقييد السلطة التقديرية للإدارة بابتداع مبادئ جديدة مثل مبدأ الموازنة بين المنافع والأضرار في منازعات نزع الملكية للمنفعة العامة ، ومبدأ التناسب بين الخطأ والجزاء في منازعات التأديب في الوظيفة العامة، والتوسع في حالات مسئولية الإدارة حتى دون خطأ ، وهو ما سيكون مجاله في القسم الثاني من هذا البحث، بمشيئة الله تعالى.

وتعتبر أحكام القضاء الإداري بطبيعتها الإنشائية مصدراً مهماً للقانون الإداري لأنها تضع قواعد قضائية عامة ، فمهما كانت أهمية النصوص التشريعية ، فإنها تختلف في مجال القضاء الإداري عن مجال القضاء المدني ، فالنصوص التشريعية في مجال القضاء الإداري ضئيلة مقارنة بالنصوص الواردة في قانون المرافعات، إذ إن النصوص التشريعية للقضاء الإداري لاتتضمن إلا الأسس العامة التي تتعلق بتكوين محاكم القضاء الإداري ، والمبادئ العامة للإجراءات القضائية الإدارية ؛ مما يمكن معه وصف هذه المبادئ بأنها ذات طبيعة تنظيمية أكثر من كونها قاعدية.

وعلى سبيل الإيضاح، فإن دعوى إلغاء القرار الإداري التي تعتبر الاختصاص المهم للقضاء الإداري ، وتثير كثيراً من المشكلات ، لم تحظ إلا بعدة نصوص قليلة سواء في قانون مجلس الدولة المصري أو في القانون الكويتي بإنشاء دائرة إدارية لنظر المنازعات الإدارية المشار إليه ، هذه النصوص تتعلق بميعاد رفع الدعوى، وحالات عدم قبول الدعوى، وأوجه الطعن في القرار الإداري، ووقف تنفيذ القرار المطعون فيه، وحجية حكم الإلغاء ،ومن هنا جاء دور القاضي الإداري في استنباط قواعد قضائية عامة وليس مجرد تطبيق للنصوص الإجرائية ، وقد قيل في هذا الصدد إن القاضي الإداري لا يطبق القانون نفسه ولكن القانون الذي يفسره كما يراه ، وذلك بتفسير تلك النصوص تفسيراً واسعاً يحقق الهدف المنشود، وهو الصالح العام ، وباختصار، فإن القاضي الإداري يقوم بوظيفة شبه تشريعية وسنده في ذلك أنه ملزم دائماً الفصل في المنازعات المعروضة عليه وإيجاد الحلول المناسبة لها حتى في حالة عدم وجود نص يسعفه، وإلا أصبح منكراً للعدالة ، ومما تتميز به القواعد الإنشائية التي يصفها القضاء الإداري أنها تتمتع بالمرونة والقابلية للتعديل ، كما أن ظهورها يتم بشكل تدريجي غير مفاجئ مما يؤدي إلى قبولها بسهولة ويسر .

وقد استطاع القضاء الإداري بمهارة فائقة أن يكسب ثقة الأفراد بقضائه المستنير الخلاق ، حتى رأوا فيه ملاذاً لحرياتهم وصوناً لحقوقهم، ولو قنع هذا القضاء بأن ينظر إلى الأمور بمنظار القاضي العادي لوقف القانون الإداري حيث كان، أو على الأقل لما وصل إلى ما وصل إليه الآن من تعدد في نظرياته ووفرة في قواعده وأسسه ، وهو ما دعاه إلى النظر في كل ما يتعلق بالإدارة من أفق أرحب وأوسع؛ فالقاضي العادي لا يعنيه إلا أن يقيم حكم القانون ، لأنه أمام مصالح متساوية ، أياً كانت النتائج العملية التي تترتب على ذلك ، أما القاضي الإداري فقد أدرك أن له دوراً آخر أخطر أثراً ، وأبعد مدى ، وهو أن يصل إلى نقطة التعادل بين المحافظة على حقوق الأفراد وحرياتهم المشروعة وبين تحقيق ما يستلزمه حسن الإدارة ، وتمكين رجالها من الإشراف على سير المرافق العامة بانتظام

واستمرار ، ولهذا لم يسلم القضاء الإداري بضرورة تطبيق القانون المدني على أقضية الإدارة ، بل رأى أن تلك الأقضية لها طبيعة خاصة تستلزم أن تحكمها نصوص خاصة ، تتفق وما يجب أن تتمتع به المصلحة العامة من رعاية وحماية ، فالقانون المدني ما وضع إلا لحماية مصالح الأفراد، وهي نظرة سواء ؛ لأنه لامعنى لأن يفضل القانون مصلحة خاصة على مصلحة خاصة أخرى ، ولهذا كانت قواعده صارمة في تحقيق المساواة ، أما بالنسبة للقضاء الإداري فإن في مراعاة تلك المساواة وفي تطبيق القواعد المدنية على العلاقات الإدارية ، ما يهدد بعرقلة سير المرافق العامة أو على الأقل ما يعوقها عن أن تؤدي للأفراد خدماتهم على أحسن وجه ممكن ، ولهذا رأى هذا القضاء التحلل من تلك القواعد ، ولما لم يكن المشرع قد صاغ نصوصاً خاصة لمواجهة كل إشكالات الإدارة، فقد راح القضاء الإداري يضع قواعد جديدة يبنيها أحياناً على روح القانون العام وأحياناً أخرى على قواعد العدالة، وتارة على مصلحة المرفق العام دون أي اعتبار آخر، وعلى هدي ذلك تكون من هذا القضاء قانون غني بنظرياته، له خاصيته ، وله ما يميزه عن سائر القوانين ولاسيما القانون المدني.

وانسجاماً مع ما تقدم فقد جرى القضاء الإداري في أحكامه . بما له من سلطة إنشاء بعض القواعد القانونية المتفقه مع طبيعة أحكام القانون الإداري والدعوى الإدارية – على وجوب تنحية قواعد الإجراءات المقررة في قانون المرافعات إذا كانت تتعارض مع طبيعة الدعوى الإدارية وطريقة سير العمل أمام المحاكم الإدارية، و من ذلك – على سبيل المثال – ما هو مقرر من أن غالبية الدفوع في مجال الدعوى الإدارية . وبالذات في دعوى الإلغاء – هي من النظام العام، وللمحكمة أن تقضي فيها من تلقاء نفسها .

وأيضاً، فإن الإجراءات في الدعاوى الإدارية تخضع لتوجيه القاضي، وهي بذلك تتميز عن الإجراءات المدنية والتجارية التي يهيمن عليها الخصوم إلى حد كبير، فيكفي أن تصل الدعوى إلى القاضي الإداري ليحمل عبء السير بها حتى نهايتها؛ فهو الذي يأمر بالسير في إجراءاتها، وبالتحقيق فيها إذا كان له موضع، ويفحص الوثائق والأوراق المقدمة، ويقرر متى تعتبر الدعوى صالحة للفصل، ويقدر ما يقدم إليه من وسائل إثبات بحرية، ويأمر بإدخال خصم في دعوى، وقد ترتب على هذا الطابع الإنشائي الذي اتسمت به الإجراءات الإدارية أن تجردت الدعوى إلى حد كبير من لدد الخصومة، وأضحت وسيلة فعالة للبحث عن الحقيقة.

وكذلك فإن ما تتميز به الإجراءات الإدارية أنها ذات صبغة كتابية ؛ بمعنى أن القضاء الإداري هو قضاء أوراق، ويعتمد الحكم الذي يصدر في الدعوى الإدارية على ما حواه ملف الدعوى من مذكرات وتقارير ومستندات، وفي هذا الصدد قضى بأن الإثبات في المنازعة الإدارية يعتمد أساساً على الأدلة الموضوعية؛ أي التي تستمد الثقة فيها منها ذاتها كالأوراق والقرائن، أما الأدلة الشخصية أو الذاتية كالشهادة أو اليمين فلا يؤخذ بها في القضاء الإداري اللهم إلا في القضاء التأديبي فقط . فالقضاء الإداري يعتمد في الإثبات على ما هو ثابت في الملفات والأوراق، فهي تمثل ذاكرة الإدارة ووعيها وتنفصل بذلك عن ذاكرة الموظف ووعيه؛ لأنه شخص طبيعي منفصل بكيانه عن الشخص القانوني، وهو الإدارة، فلا تختلط الذاكرة الذاتية للموظف بما قد يعتريها من نسيان أو زيغ ، فالذاكرة المادية الموضوعية للإدارة والمسجلة في دفاترها وملفاتها هي الأساس الذي ترتكز عليه أحكام القضاء الإداري .

وأخيراً، فإن ما تتميز به الإجراءات في الدعوى الإدارية . بالإضافة إلى ما سبق قوله من هيمنة القاضي الإداري على سير الدعاوى وإجراءاتها بهدف سرعة الفصل فيها تحقيقاً لاستقرار الحياة الإدارية ولدواعي الصالح العام . أن القضاء الإداري تقديراً منه لمركز المدعي من حيث صعوبة تحصله على أدلة إثبات ادعائه ، قد يرتب آثاراً على عدم تقديم الإدارة ما قد يكون تحت يدها من مستندات وأوراق ذات تأثير في الدعوى، وقد يصل اقتناع القاضي إلى حد تقدير أن النكول في حد ذاته يعد بمنزلة القرينة على صحة الادعاء ، وذلك إذا لم يقتنع القاضي بما تتعلل به الجهة الإدارية لعدم تقديم ما يطلب منها تقديمه من مستندات أو بيانات بأن تأكد من أن هذا

النكول إنما يخفي دليل إثبات طلبات المدعي، ولا شك أن ما تقدم يؤكد الطبيعة الإنشائية الخاصة للمنازعة الإدارية التي تبسط آثارها على أمور الإثبات؛ بحيث يكون للقاضي الإداري الحرية في أن يأخذ بهذا الطريق أو ذاك من طرق الإثبات منوطاً باتفاقه مع طبيعة الدعوى الإدارية.

(حكم المحكمة العليا في الطعن رقم ٦٧٧٧ لسنه ٤٢ ق. عليا - جلسة ٢٠٠١/١٢/٣٠)

(حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٩٧/٤٣ تجاري/١ - جلسة ١٩٩٧/١٢/٨)

القسم الثاني: تطبيقات عملية للطبيعة الإنشائية:

أولاً - الموظف الفعلي أو الواقعي:

يجب أن يصدر القرار الإداري من الشخص أو الهيئة التي حددها المشرع، ومن ثم يجب أن يكون لمصدر القرار وجود قانوني (أي شرعي) وأن تكون له سلطة التعبير عن إرادة الدولة، وتثبت هذه السلطة لعضو الإدارة بقرار تعيينه إذا كان فرداً، وبالقرار الصادر بتشكيله إن كان هيئة أو لجنة، ومن ثم تتوقف الشرعية الصادرة من عضو الإدارة أو الهيئة الإدارية على شرعية قرار التعيين أو التشكيل وصحته.

وما تقدم هو الأصل والقاعدة إلا أن الاعتبارات العملية من ضرورة سير المرافق العامة سيراً منتظماً ألجأت القضاء الإداري إلى ابتداع ما أصبح يطلق عليه نظرية الموظف الفعلي أو الواقعي، والموظف الفعلي ليس موظفاً عاماً بالمعنى القانوني، وإنما هو موظف بحكم الواقع، وأن إسباغ المشروعية على قراراته وتصرفاته هو أمر اقتضاه مبدأ ضرورة استمرار المرافق العامة بانتظام واطراد، وعدم الإضرار بذوي الشأن حسني النية ممن يتعاملون مع المرافق بهذه الصفة، ومثال ذلك المأذون وهو موظف عام، إذا شاب القرار الصادر بتعيينه بطلان، فلا يمكن أن يترتب على هذا البطلان أن تبطل عقود الزواج أو إشهارات الطلاق التي يقوم بتوثيقها، وكذلك الحال إذا شاب قرار تعيين الموظف عيب وقضى ببطلان القرار لسبب لا دخل له فيه، فإن ما تقاضاه من مرتب مقابل عمله يعد سليماً لا يجوز استرداده باعتباره موظفاً فعلياً قبل الحكم ببطلان تعيينه.

وفي الأوقات العادية بنيت هذه النظرية في فرنسا على فكرة الظاهر؛ بمعنى ألا يعتبر الموظف غير المختص موظفاً فعلياً إلا إذا كان قرار تعيينه الباطل من شأنه أن يعذر الجمهور معه إذا لم يدرك سبب بطلانه، بصرف النظر الموظف عما إذا كان حسن النية أو سيئها.

أما في الأوقات الاستثنائية فقد بنيت هذه النظرية على ضرورة سير المرافق العامة؛ فقد لا يكون قد صدر قرار مطلقاً بتعيين الموظف مصدر القرار، والمثال النموذجي لهذه الحالة اختفاء السلطات الشرعية بسبب من أسباب الغزو الخارجي كما حدث من غزو غاشم لدولة الكويت في ١٩٩٠/٨/٢، فحينئذ قد يحل بعض الأفراد العاديين محل تلك السلطات في ممارسة المهام الضرورية وتأمين سير المرافق الحيوية، وتكون الأعمال أو القرارات الصادرة عنهم في هذه الظروف مشروعة، ويستحقون عنها أجراً ، وذلك كقيام بعض الأطباء بالعمل أثناء الغزو حتى مع القول بانفساخ عقود غير الكويتيين بالدولة بقوة القانون بسبب ذلك الغزو ، وكذلك أفراد الشرطة الذين عملوا مع الجيش الكويتي أو مع اللجان التي عملت بالخارج أثناء الاحتلال العراقي للبلاد واستمروا في العمل إلى ما بعد التحرير فقد قضت محكمة التمييز باستحقاقهم لرواتبهم طبقاً لنظرية الموظف الفعلي.

« تمييز رقم ١١٥٥ لسنة ٢٠٠٥ إداري جلسة ٢٠٠٧/٥/١٥ ، ١٠١ لسنة ٢٠٠٦ إداري جلسة ٢٠٠٧/١٢/٢٥ ، ٥٢٠ لسنة ٢٠٠٠ إداري »

وقد صدرت أحكام من مجلس الدولة الفرنسي بهذا المعنى بالنسبة للأعمال التي قام بها الموظفون الفرنسيون عقب هرب السلطات الرسمية عند غزو الحلفاء لفرنسا خلال الحرب العالمية الثانية، وكذلك في حالات الثورات الشعبية.

ثانياً- شرط المصلحة في دعوى الإلغاء:

من التطبيقات العملية الواضحة للطبيعة الإنشائية للقضاء الإداري، ما جرت عليه أحكام القضاء الإداري من تفسير خاص وواسع لشرط المصلحة، فالقاعدة العامة والمبدأ المستقر في فقه القانون أنه حيث لا مصلحة فلا دعوى، والمادة (٢) من قانون المرافعات المدنية والتجارية تقرر هذا المبدأ بنصها : « لا يقبل أي طلب أو دفع لا يكون لصاحبه فيه مصلحة يقرها القانون...»، غير أنه إذا كان من المتفق عليه بين الفقهاء أنه في قانون المرافعات وأمام المحاكم العادية فإن المصلحة التي تسوغ قبول الدعوى يجب أن تستند إلى حق اعتدي عليه، أو مهدد بالاعتداء عليه، فإن المصلحة في دعوى الإلغاء لا يشترط فيها أن تستند إلى حق لرافعها اعتدت عليه السلطات العامة أو مهدد بالاعتداء عليه، وإنما يكفي لتحقق المصلحة في دعوى الإلغاء أن يمس القرار الإداري حالة قانونية بالطاعن تجعل له مصلحة أدبية أو مادية في طلب إلغائه، ومرد ذلك الطبيعة العينية أو الموضوعية لدعوى الإلغاء، وإذا كان القضاء الإداري يشترط المصلحة الشخصية المباشرة كشرط لقبول الدعوى، فإنه أضفى عليها سمة وطبيعة تختلف عن المصلحة بالنسبة للدعاوى العادية، وقد قُضي بأن المصلحة في رفع دعوى الإلغاء تتوافر عندما يكون رافعها في حالة قانونية يؤثر فيها القرار المطعون فيه تأثيراً مباشراً؛ حيث تكون له مصلحة شخصية مباشرة في طلب الإلغاء، كما قضي أيضاً بأن شرط المصلحة الواجب تحققه لقبول الدعوى يتعين أن يتوافر للمدعي من وقت رفع الدعوى، وأن يستمر قيامه حتى يفصل فيها نهائياً.

والدفع بانعدام المصلحة أو عدم توافرها هو دفع موضوعي وليس من الدفوع الشكلية التي تسقط بالتكلم في الموضوع، ومن ثم يجوز إبداؤه في أيه حالة تكون عليها الدعوى.

ويكفي لقبول دعوى الإلغاء توافر مصلحة مادية أو أدبية والمصلحة المادية لا تحتاج إلى تبيان، أما الأدبية فمثلها أن لكل منتمٍ لدين معين مصلحة في طلب إلغاء قرار الإدارة الصادر بإغلاق أماكن عبادة مخصصة لممارسة طقوس هذا الدين.

كذلك يتوافر شرط المصلحة لقبول الدعوى حتى ولو كانت محتملة وليست محققة، وفي هذا الصدد تتميز دعوى الإلغاء أيضاً عن الدعاوى العادية؛ لأن الأصل في الدعاوى الأخيرة على ما نصت عليه المادة الثانية من قانون المرافعات سالفة الذكر أن تكون المصلحة لرافع الدعوى مصلحة قائمة يقرها القانون، وإن أجاز القانون الاكتفاء بالمصلحة المحتملة في حالة إذا ما كان الغرض من الدعوى الاحتياط لدفع ضرر محدق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه، أما بالنسبة لدعوى الإلغاء فالمصلحة المحتملة كافيه لقبول الدعوى، ومرد ذلك إلى طبيعة الدعوى الإدارية من حيث عينيتها وتعلقها بتحقيق المشروعية.

(حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٦٧٣ /٤٣ ق- جلسة ٢٠٠١/١١/١١)

(والطعن رقم ١٦٦٥ / ٢٨ ق جلسة ١٩٨٩/٢/١١)

وفي هذا الصدد تقرر محكمة التمييز «أن دعوى الإلغاء تعتبر دعوى عينية تستهدف القرار الإداري، إلا انه ينطبق في شأنها الشروط العامة في رفع الدعاوى وأخصها شرط المصلحة، والقضاء الإداري ولئن كان قد توسع في معنى المصلحة كشرط لقبول هذه الدعوى إلا أنه لم يصل إلى حد يجعلها من دعاوى الحسبة بل استلزم في طالب الإلغاء أن يكون في حالة قانونية خاصة بالنسبة إلى القرار المطعون فيه من شأنها أن تجعله مؤثراً تأثيراً مباشراً في مصلحته الشخصية، وهو ما نصت عليه المادة الثالثة من قانون إنشاء الدائرة الإدارية رقم ١٩٨١/٢٠ المعدل بالقانون رقم ١٩٨٢/٦١ (حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ١٩٨٦/٩٣ تجاري جلسة ١٩٨٧/١/١٤) ، كما قضت أيضا بأنه «من المقرر أن شرط المصلحة الشخصية المباشرة اللازم توافرها لقبول دعوى الإلغاء باعتبار أنها دعوى ذات طابع عيني تستهدف مخاصمة القرار الإداري في ذاته تحقيقاً لمبادئ المشروعية – لا يقف عند حد وجود حق يكون القرار المطلوب إلغاؤه قد أهدر أو مس به – كما هو الحال بالنسبة إلى دعاوى التعويض وسائر الدعاوى الحقوقية، وإنما يتجاوز ذلك بالقدر الذي يتفق ويسهم في تحقيق مبادئ المشروعية، فيتسع شرط المصلحة لكل دعوى إلغاء يكون رافعها في مركز قانوني خاص أو حالة قانونية خاصة بالنسبة إلى القرار المطعون فيه، من شأنها أن تجعل هذا القرار مؤثراً في مصلحة جدية له سواء أكانت مادية أم أدبية، ولا شك أن للجمعيات والهيئات التي تتمتع بالشخصية المعنوية الحق في رفع دعاوى الإلغاء طعناً في القرارات الإدارية التي تمس الأهداف والأغراض التي أنشئت من أجلها والمصالح الجماعية التي يقوم عليها».

(حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ١٤ / ١٩٨٨ تجاري - جلسة ١٩٨٨/٧/٤)

ثالثاً - التظلم من القرار الإداري قبل رفع الدعوى:

تنص المادة (٧) من القانون رقم ١٩٨١/٢٠– معدلاً بالقانون رقم ١٩٨٢/٦١ على أن «ميعاد رفع دعوى الإلغاء ستون يوماً من تاريخ نشر القرار الإداري المطعون فيه في الجريدة الرسمية أو في النشرات التي تصدرها المصالح الحكومية أو إعلان صاحب الشأن به أو ثبوت علمه به يقينياً، وينقطع سريان هذا الميعاد بالتظلم إلى الجهة الإدارية التي أصدرت القرار أو الجهات الرئاسية لها ، ويجب أن يبت في التظلم خلال ستين يوماً من تاريخ تقديمه، وإذا صدر القرار بالرفض وجب أن يكون مسبباً ويعتبر فوات ستين يوماً على تقديم التظلم بمثابة رفضه، ويحسب ميعاد رفع الدعوى من تاريخ الرفض الصريح أو الضمني حسب الأحوال» .

وما يهمنا في هذا الصدد أن ميعاد رفع دعوى الإلغاء ينقطع بالتظلم الإداري إذا قدم خلال ميعاد رفع الدعوى (الستين يوماً) ويظل منقطعاً إلى أن يبت في التظلم صراحة بالرفض أو القبول أو تمضي مدة ستين يوماً على تقديمه دون بت فيعتبر مضي هذه المدة بمثابة رفض حكمي للتظلم، وإذا كانت القاعدة– طبقاً لما تقدم– أن فوات ميعاد الستين يوماً على تقديم التظلم دون أن تجيب عنه السلطات المختصة هو بمنزلة قرار ضمني برفض التظلم، فإن القضاء الإداري قد ابتدع حكماً يهدف من ورائه إلى تحقيق العدالة ورفع العنت عن كاهل صاحب الشأن الذي له حق مشروع، وعدم الوقوف عند النص الجامد وإنما تحري وجه تطبيق روح النصوص مؤكداً الدور الإيجابي للقاضي الإداري، وما دامت أن الجهة الإدارية تبحث التظلم بحثاً جدياً يشير إلى أنها سلكت مسلكاً إيجابياً في سبيل إجابة المتظلم إلى تظلمه وأنها استشعرت حقه في التظلم، فليس عليه من حرج أن يتريث حتى يتبين على وجه اليقين موقف الجهة الإدارية، وهذا النحو من التفسير يكشف عن موقف مستقر للقضاء الإداري في عدم الوقوف عند النص الجامد في حالة سكون وإنما يتحرى وجه تطبيق النص طبقاً لروحه والهدف منه بما يخدم– في المقام الأول – مبدأ

المشروعية، وتضحي الدعوى مقبولة ولو بعد فوات الستين يوماً مادام ثبت للقاضي الإداري من خلال الدلائل والقرائن أن جهة الإدارة كانت في سبيل إجابة المدعي إلى تظلمه.

(حكم الإدارية العليا في الطعن رقم ١٢٤٢ / ٤٣ ق.ع جلسة ٢٠٠١/١١/٢٠)

(حكم محكمة التمييز في الطعنين رقمي ٤٢٧ ، ٤٣٣ / ٢٠٠٤ إداري- جلسة ٢٠٠٥/٥/١٦)

(حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ١٧٨ / ٢٠٠٥ إداري- جلسة ٢٠٠٦/٤/١١)

رابعاً- فكرة الجزاء المقنع:

ابتدع القضاء الإداري فكرة الجزاء المقنع ليمد اختصاصه إلى قرارات النقل والندب حتى لا تكون بمنأى عن رقابة القضاء مع ما قد يكون لها من خطورة، وكان الباعث على هذه الفكرة هو الرغبة في توسعة اختصاصات محاكم القضاء الإداري لتشمل قرارات النقل والندب بعد أن كانت هذه القرارات تخرج من رقابة القضاء لو لم يأخذ القضاء الإداري بهذه الفكرة، وقد كان أساس هذه الفكرة أن الإدارة قد تتخذ من النقل أو الندب ستاراً يخفي قراراً آخر، والعبرة في ذلك بالإرادة الحقيقية لمصدر القرار وليس بالمظهر الخارجي للقرار، ومن أمثلة هذه القرارات أن يصدر قرار بنقل الموظف إلى وظيفة أدنى في السلم الإداري من حيث سعة اختصاصاتها ومزاياها، أو أن يصدر قرار بنقل الموظف إلى جهة أخرى لإبعاده عن دائرة المتطلعين للترقية، فعندئذ يكون النقل سبيلاً للتخطي ووسيلة للحيلولة دون صاحب الدور والحصول على حقه في الترقية بالأقدمية.

وكانت هذه الفكرة مطبقة في قضاء مجلس الدولة المصري إبان الفترة التي كان اختصاصه محدداً على سبيل الحصر، إذ كان يقضي بعدم اختصاص محكمة القضاء الإداري في بادئ الأمر بنظر القرارات الصادرة بالنقل أو الندب، ثم ما لبث أن تطور هذا القضاء ليوسع اختصاصه ليشمل هذه القرارات إذا كانت ستاراً يخفي قراراً مما يختص المجلس بطلب إلغائه، وقد انتهى هذا الوضع بعد أن اعتبرت قرارات النقل والندب من قبيل المنازعات الإدارية التي أصبح فيها مجلس الدولة صاحب ولاية عامة في المنازعات الإدارية، ولم يعد اختصاصه محدداً على سبيل الحصر، وفي دولة الكويت ما زال اختصاص القضاء الإداري بها محدداً على سبيل الحصر، وهو ما يظل معه تطبيق فكرة الجزاء التأديبي المقنع وارداً ومقبولاً لدى الدوائر الإدارية بالمحاكم على اختلاف درجاتها.

(حكم دائرة توحيد المبادئ بالمحكمة الإدارية العليا في الطعنين رقمي ١٢٣٢، ١٢٠١ لسنة ٢٨ قضائية جلسة ١٩٨٥/١٢/١٥)

وفي هذا الشأن تقرر محكمة التمييز « أن اختصاص الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية في مجال طلبات إلغاء القرارات الإدارية المتعلقة بالموظفين طبقاً لنص المادة الأولى من القانون رقم ١٩٨١/٢٠ المعدل بالقانون رقم ١٩٨٢/٦١ بإنشاء دائرة بالمحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية يقتصر على طلبات إلغاء قرارات التعيين والترقية، وإنهاء الخدمة وتوقيع الجزاءات التأديبية، ومن ثم يخرج عن اختصاصها طلبات إلغاء قرارات النقل والندب إلا أن تكون منطوية على قرارات أخرى مقنعة مما تختص الدائرة أصلاً بنظره كأن ينطوي القرار على جزاء تأديبي مقنع، وهو يكون كذلك إذا كشفت الأوراق وظروف الدعوى أن القرار لم يكن يستهدف المصلحة العامة، وأن القصد منه هو عقاب الموظف. فنقل الموظف من مكان إلى آخر أو من وظيفة لأخرى وإن كان حقاً لجهة الإدارة بما لها من هيمنة على تنظيم العمل فإن هذا الحق مشروط بأن يكون النقل إلى وظيفة معادلة للوظيفة المنقول منها سواء من حيث الدرجة أو المستوى الوظيفي في سلم التدرج الإداري الوظيفي أو المجموعة الوظيفية التي تنتمي إليها وظيفته، فإذا لم يتم النقل وفقاً لهذه الضوابط بأن

كان إلى وظيفة أدنى في الدرجة أو في المرتبة أو في المجموعة الوظيفية فإن القرار يكون في حقيقته ساتراً لجزاء تأديبي قصد به عقاب الموظف وليس نقلاً، إذ العبرة هي بحقيقة القرار ومرماه لا بصيغته ومبناه»

(حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٢٠٠٥/٣١٥ - جلسة ٢٠٠٦/٣/١٤)

(حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٢٠٠١/٨٣٢ إداري - جلسة ٢٠٠٣/٢/٢٢)

خامساً- ملائمة العقوبة التأديبية للمخالفة:

إن الجزاء التأديبي يجب أن يكون عادلاً وملائماً للذنب الإداري، وذلك بأن يخلو من الإسراف في الشدة، أو الإمعان في الرأفة؛ لأن كلا الأمرين مجاف للمصلحة العامة، ولقد ذهب القضاء الإداري في فجر إنشائه، إلى أن ملاءمة الجزاءات التأديبية؛ أي اختيار العقوبة للذنب، من إطلاقات السلطة التأديبية بغير معقب عليها من القضاء، ولهذا لم تكن المحكمة تبسط رقابتها على خطورة الذنب الإداري أو مناسبة الجزاء لهذا الذنب، على أساس أن ملائمة الجزاء التأديبي تدخل في نطاق السلطة التقديرية لجهات التأديب.

ومع ذلك فقد خرجت أحكام القضاء الإداري على المبدأ المذكور، وابتدعت نظرية جديدة استطاعت من خلالها ألا يقتصر دور الرقابة القضائية على مشروعية القرار التأديبي بل يتعداه إلى بحث ملاءمة القرار، واعتبرته شرطاً من شروط المشروعية، وباشرت رقابتها على ملاءمة هذه القرارات لتتحقق من التكافؤ بين الذنب الإداري والعقوبة الموقعة؛ بحيث لا يشوب تلك العقوبة غلو، وأضحت تراقب هذه القرارات التأديبية إذا ما اتسمت بعدم الملاءمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الإداري وبين نوع الجزاء ومقداره، وقد اعتنقت محاكم القضاء الإداري هذا المذهب الحديث في الرقابة على الجزاءات التأديبية وهو ما يعتبر مبدأ جديداً ابتدعه القضاء الإداري دونما حاجة إلى النص عليه تشريعياً باعتباره يحقق العدالة التي لا تحتاج إلى نص يقررها، ومن الحالات التي ذهب فيها القضاء الإداري إلى إلغاء العقوبة لعدم تناسبها مع الذنب المرتكب بالنظر إلى شتى الاعتبارات التي تتصل بالجريمة وملابساتها أن يكون الفعل تافهاً أو أن تكون جسامة الضرر منعدمة أو بالنظر إلى الاعتبارات التي تتصل بشخص المخالف وحالته كشيخوخته أو مرضه أو حداثة سنه أو شرف البواعث على ارتكاب الجريمة.

وقد بدأ قضاء مجلس الدولة المصري في الاعتراف لنفسه بحق رقابة ملاءمة توقيع الجزاء ومقداره، وذلك في حالة وجود غلو شديد أو عدم ملاءمة ظاهرة بين درجة خطورة الجريمة التأديبية وبين نوع الجزاء ومقداره، وتأكد هذا القضاء في الاتجاه ذاته، حيث قالت المحكمة الإدارية العليا : إنه « لئن كان للسلطات التأديبية ومن بينها المحاكم التأديبية سلطة تقدير خطورة الذنب الإداري وما يناسبه من جزاء بغير معقب عليها في ذلك إلا أن مناط مشروعية هذه السلطة شأنها كشأن أية سلطة تقديرية أخرى ألا يشوب استعمالها غلو، ومن صور هذا الغلو عدم الملاءمة الظاهرة مع الهدف الذي تغياه القانون من التأديب، فهو . بوجه عام . تأمين انتظام المرافق العامة ولا يتأتى هذا التأمين إذا انطوى الجزاء على مفارقة صارخة، فركوب متن الشطط في القسوة يؤدي إلى إحجام عمال المرافق العامة عن حمل المسئولية خشية التعرض لهذه القسوة الممعنة في الشدة، والإفراط المسرف في الشفقة يؤدي إلى استهانتهم بأداء واجباتهم طمعاً في الشفقة المغرقة في اللين، فكل من طرفي نقيض ،لا يؤمن انتظام سير المرافق العامة، ومن ثم يتعارض مع الهدف الذي رمى إليه القانون من التأديب، وعلى هذا الأساس يعتبر استعمال سلطة تقدير الجزاء في هذه الصورة مشوباً بالغلو، فيخرج التقدير من نطاق المشروعية إلى نطاق عدم المشروعية، ومن ثم يخضع لرقابة هذه المحكمة، ومعيار عدم

المشروعية في هذه الصورة ليس معياراً شخصياً وإنما هو معيار موضوعي، قوامه أن درجة خطورة الذنب الإداري لا تتناسب البتة مع نوع الجزاء ومقداره».

(حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢٩٣٥ لسنة ٣٥ ق جلسة ٨ / ٢ / ١٩٩٢)

وقد قضى بأنه إذا كان من الثابت أن ما وقع من المتهم هو وجود إهمال . وليس اختلاساً . فإن جزاء العزل يكون بعيداً عن الملاءمة من الذنب الإداري الذي ارتكبه، وقضي أيضاً بأنه لما كان الثابت من الأوراق أن الموظف المتهم قد أمضى في خدمة الهيئة حوالي أربعة عشر عاماً، ولم يتبين من الأوراق أن جزاء ما وقع عليه خلال تلك المدة، ومن ثم فإن أخذه بالشدة المتناهية وتوقيع أقصى العقوبات المقررة عليه، تخرج هذه العقوبة من نطاق المشروعية.

حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٤١٢ / ٨ ق جلسة ٢٦ / ١ / ١٩٦٣، حكمها في الطعن رقم ١٠٧ / ٩ ق جلسة ١٦ / ١١ / ١٩٦٣)

وفي هذا الشأن تقرر محكمة التمييز في أكثر من حكم لها « أنه ولئن كانت للسلطات التأديبية سلطة تقدير خطورة الذنب الإداري وما يناسبه من جزاء بغير معقب، إلا أن مناط مشروعية هذه السلطة ألا يشوب استعمالها غلو، ومن صوره عدم الملاءمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الإداري وبين نوع الجزاء ومقداره، فيخرج التقدير من نطاق المشروعية إلى نطاق عدم المشروعية، ومعيارها ليس شخصياً، وإنما هو معيار موضوعي، قوامه أن درجة خطورة الذنب الإداري لا تتناسب مع نوع الجزاء ومقداره ومن ثم يخضع لرقابة المحكمة».

(حكم محكمة التمييز في الطعنين رقمي ٢٤٠ ، ٢٤٤ لسنة ١٩٨٨ تجاري. جلسة ١٣ / ٣ / ١٩٨٩ والطعن رقم ٢٩٢ / ١٩٨٩ تجاري جلسة ٥ / ٣ / ١٩٩٠).

سادساً . العقود الإدارية:

تتميز العقود الإدارية بأنه يتجلى فيها امتيازات السلطة العامة نظراً إلى مقتضيات سير المرافق العامة، ولا تزال النظرية العامة للعقود الإدارية في مجموعها قضائية مستمدة من القضاء الإداري، ومن ثم فإن أحكامها في تطور مستمر استجابة لحاجات المرافق العامة المتجددة، ولهذا فإنه لا يكفي لاعتبار العقد إدارياً أن تكون الإدارة طرفاً فيه أو أن يتصل العقد بمرفق عام، وإنما يتعين أيضاً كشرط جوهري أن تتصرف إرادة المتعاقدين إلى انتهاج وسائل القانون العام وأساليبه، سواء في إبرام العقد أو فيما يتضمنه من أحكام تنفيذه أو انتهائه، وتتجلى هذه الإرادة فيما تتضمنه أحكام العقد من شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص تظهر استخدام الإدارة الامتيازات والحقوق المقررة لها بوصفها سلطة عامة، ويمكن القول إن هذه الشروط الاستثنائية غير المألوفة هي حجر الزاوية في تعرف طبيعة العقود الإدارية وجعلها من وضع القضاء الإداري وابتداعه.

(حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣١٢٨ لسنة ٣٥ق جلسة ٢٤ / ١ / ١٩٩٥) (وحكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٤٣ لسنة ٩٧ تجاري جلسة ٨ / ١٢ / ١٩٩٧).

ومن أمثلة الشروط الاستثنائية غير المألوفة ما يلي:

أ . سلطة الإدارة في إنهاء العقد من جانب واحد دون خطأ من المتعاقد، وقد أخذ القضاء الإداري بهذه السلطة الخطيرة تحت تأثير

فكرة المصلحة العامة التي تتجسد في توفير احتياجات المرافق العامة وضمان سيرها بصورة طبيعية ومنتظمة؛ فهذه المصلحة هي التي تمثل دواعي التعاقد أو الاستمرار فيه أو إنهائه، فمن غير المعقول أن تبقى الإدارة على تسيير مرفق عام أصبح غير مفيد أو أن تستمر في تنفيذ عقد لم تعد في حاجة إليه، ومع ذلك فإن التسليم بحق الإدارة في الإنهاء المبتسر لعقودها تحت تأثير دواعي المصلحة العامة لا ينبغي أن يقع على عاتق المتعاقد معها الذي اعتمد على استمرار عقده مع الإدارة فترة زمنية تم تحديدها في العقد، ولذا فإن سلطة الإدارة في الإنهاء مشروط بعدم التضحية كلية بمصالح المتعاقد معها، وللتوفيق بين اعتبارات الصالح العام ومصلحة المتعاقد مع الإدارة، فقد سار القضاء الإداري على تقرير حق المتعاقد في الحصول على التعويض المناسب عن الأضرار التي لحقته نتيجة الإنهاء المبتسر، كما أجيز للمتعاقد من ناحية أخرى حق الطعن في مشروعية قرار الإدارة بالإنهاء المبتسر بحيث تخضع سلطة الإدارة لرقابة قاضي العقد وفقاً للضوابط التي وضعها واستقر عليها قضاؤه.

(حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣٩٨٦ لسنة ٣٥ق جلسة ١٥ / ١١ / ١٩٩٢).

ب. من الشروط الاستثنائية أيضاً ، ويعد من وضع القضاء الإداري، ما يخول المتعاقد مع الإدارة سلطات استثنائية في مواجهة الغير، وكثيراً ما تتضمن عقود امتياز المرافق العامة شروطاً تخول الملتزمين حق ممارسة بعض سلطات الإدارة أو حق نزع الملكية، أو فرض اتفاقيات معينة، كما أن المقابل الذي يتقاضاه الملتزم من المنتفعين قد يأخذ أحياناً شكل رسم يخضع لأحكام القانون العام، وقد يخول الملتزم بمقتضى العقد استعمال المرفق العام واستغلاله بطريقة تجعله صاحب احتكار فعلي.

ويضاف إلى ذلك أيضاً اشتراك المتعاقد مع الإدارة مباشرة في تسيير المرفق العام، وأبرز الأمثلة على هذا الشرط الاستثنائي هو عقود امتياز (أو التزام) المرافق العامة، وهذه العقود هي بطبيعتها عقود إدارية؛ لأنها قد تؤدي إلى اشتراك الملتزم في إدارة المرفق العام بنفسه.

وعقد امتياز المرافق العامة (أو الالتزام) هو عقد يتعهد بمقتضاه أحد الأفراد أو الشركات بالقيام على نفقته وتحت مسئوليته المالية بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية وطبقاً للشروط التي توضع له بأداء خدمة عامة للجمهور وإدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله لمدة محدودة مقابل عوض يأخذ شكل رسم يتقاضاه من المنتفعين، مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة فضلاً عن الشروط التي تضمنها الإدارة عقد الامتياز، وما تقدم من امتيازات للمتعاقد مع الإدارة لا يمنع الإدارة من التدخل في شئون المرفق العام كلما اقتضت المصلحة العامة ذلك؛ لأن الدولة تظل هي المسئولة قبل أفراد الشعب عن المرفق العام وإدارته، وهي الضامنة لأداء الملتزم، ومن ثم فإن هذه الشروط وإن تم الاتفاق عليها عند بدء منح الالتزام بين الإدارة والملتزم، فإنها لا ترقى إلى اعتبارها عقداً، بل هي تنشئ مركزاً قانونياً أو لائحياً يكون للدولة فيه حق التعديل بإرادتها المنفردة.

ج. حق الإدارة في الرقابة على المتعاقد:

وهذا الحق يتجاوز معنى الإشراف على تنفيذ العقد؛ إذ يسمح بحق الرقابة؛ بمعنى تدخل جهة الإدارة في أوضاع تنفيذ العقد وتوجيه المتعاقد إلى تغييرها أو استعمال طريقة تراها الإدارة مناسبة للتنفيذ غير التي يتبعها المتعاقد، بل إن للإدارة حق التعديل وهو أخطر من الرقابة؛ لأن الإدارة تتدخل بما لها من حق التعديل في الالتزامات التعاقدية المنصوص عليها في العقد إما بالزيادة وإما بالنقصان سواء بالنسبة لكمية الأعمال أو الأشياء محل التعاقد أو شروط التنفيذ المتفق عليها ومدته، ولا شك أن هذه السلطات تمثل خروجاً على القاعدة المقررة في العقود المدنية وهي قاعدة إلزام العقد لطرفيه وأن العقد شريعة المتعاقدين، ولكن القضاء الإداري وضع في الوقت ذاته ضوابط وقيوداً يجب على الإدارة الالتزام بها عند استخدام سلطتها في التعديل للحد من المخاوف من أن تجاوز حدودها وأهم هذه الشروط أن تكون ثمة ظروف استجدت بعد إبرام العقد تسوغ التعديل مع احترام قواعد المشروعية بأن يصدر التعديل من

السلطة المختصة بإجرائه ووفقاً للإجراءات الشكلية المقررة، وأخيراً ألا تتجاوز الإدارة في تعديلها لشروط العقد الحدود المعقولة؛ فلا يجوز لها أن تعرض على المتعاقد شروطاً جديدة من شأنها تغيير موضوع العقد في جوهره أو محله أو قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب أو الإخلال بتوازنه المالي، وفي المقابل يحق للمتعاقد المطالبة بالتعويض أو إبطال الإجراءات والقرارات الخاصة بالتعديل إذا كانت غير مشروعة.

(حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٥٦ / ٣٥ ق جلسة ٢٨ / ٤ / ١٩٩٢، والطعن رقم ٥٥٦ / ٣١ ق جلسة ١ / ٣ / ١٩٨٦).

د . حق توقيع جزاءات على المتعاقد:

وهو ما أخذ به القضاء الإداري، وهذه الجزاءات إما أن تكون مالية وهي مبلغ من المال يلزم به المتعاقد إذا أخل بالتزامه وإما استخدام وسائل ضغط وإكراه تستهدف إجبار المتعاقد المقصر أو المتخاذل على الوفاء بالتزاماته، وإما الفسخ بإنهاء الرابطة العقدية، وهذه الجزاءات تتسم بخصائص مشتركة، فالإدارة تستطيع توقيعها بنفسها دون حاجة إلى الالتجاء للقضاء مقدماً، وإن كانت تمارس تحت رقابة القضاء بطبيعة الحال، كما أنها تتمتع بحق توقيع الجزاء ولم لم ينص عليه في العقد.

وقد ذهبت محكمة التمييز إلى أنه « من المقرر أن العقود الإدارية تخضع لنظام قانوني خاص يختلف عن النظام القانوني الذي تخضع له العقود المدنية نظراً لما يمثله كل من طرفي العقد الإداري من مصالح غير متعادلة، إذ تنوب الإدارة فيه عن المصلحة العامة بينما يمثل المتعاقد معها صالحه الخاص بما يحق لجهة الإدارة أن تضمن عقودها الإدارية مع الأفراد أو الأشخاص المعنوية من الجزاءات المالية غير المألوفة في عقود القانون الخاص ما تستهدف به تأمين المرافق العامة وضمان سيرها باطراد وكفالة احترام المتعاقد معها لشروط العقد وبذل العناية والدقة في تنفيذه».

(حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ١٩٣ لسنة ١٩٨٨ تجاري. جلسة ٢٥ / ١٢ / ١٩٨٨).

وحول المعنى ذاته تقول المحكمة الإدارية العليا: «من المسلم به أن العقد الإداري يتميز ضمن ما يتميز به باحتوائه على شروط غير مألوفة في العقود المدنية، الغرض منها ضمان حسن سير المرافق العامة، ومن ثم فإن البند الذي يخول الإدارة الحق في توقيع العقوبات على المخالف جائز قانوناً».

(حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٦٢ / ٩ ق جلسة ١٣ / ٥ / ١٩٦١).

ومن أبرز الجزاءات التي تملك جهة الإدارة توقيعها على المتعاقد معها غرامة التأخير، فقد ابتدع القضاء الإداري هذه الغرامة لضمان حسن سير المرافق العامة، وقد استقر هذا القضاء على أن غرامات التأخير في العقود الإدارية تختلف عن الشرط الجزائي في العقود المدنية؛ ذلك أن الشرط الجزائي في العقود المدنية هو تعويض متفق عليه مقدماً يستحق في حالة إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه، فيشترط فيه ما يشترط لاستحقاق التعويض بوجه عام من وجوب حصول ضرر للمتعاقد الآخر وإعذار للطرف المقصر وصدور حكم به وللقضاء أن يخفضه إن ثبت أنه لا يتناسب والضرر الذي لحق بالمتعاقد، بينما الحكمة من الغرامات التي ينص عليها في العقود الإدارية هي ضمان تنفيذ هذه العقود في المواعيد المتفق عليها حرصاً على حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد، فللإدارة حق توقيعها بمجرد حصول التأخير ولم لم يترتب عليه ضرر دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أية إجراءات قضائية أخرى، ومن ثم، فإن الجهة الإدارية توقعها بنفسها دون حاجة إلى حكم بذلك إذا

أخل المتعاقد بالتزامه قبلها، ولا يقبل منه إثبات عدم حصول ضرر لها من تأخيره في تنفيذ التزامه، فاقتضاء الغرامة منوط بتقديرها باعتبارها القوامة على حسن سير المرافق العامة.

(حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١١٣٠ لسنة ٣٣ ق جلسة ٢٠ / ٤ / ١٩٩٣)

(الطعن رقم ١١٣٣٦ لسنة ٤٦ ق. عليا. جلسة ١٤ / ٦ /٢٠٠٥ (الدائرة الثالثة. عليا)).

وقد أرست محكمة التمييز مبدأ جديداً بالنسبة لغرامة التأخير؛ فقررت أنه إذا لم يتضمن العقد نصاً صريحاً يضع حداً أقصى للغرامة التي يجوز توقيعها على المتعاقد، فإن نسبة الـ ١٠٪ من قيمة العقد تكون هي النسبة الملائمة التي يتعين ألا تتجاوزها قيمة الغرامات الموقعة على المتعاقد؛ ذلك أن مبادئ العدالة تأبى أن تكون مثل هذه الغرامات مصدر إثراء لذمة الجهة الأدارية على حساب المتعاقد معها، كما لا يتفق مع هذه المبادئ أن تصل هذه الغرامات إلى حد يستغرق قيمة العقد ذاته وقد تفوقها مادامت خلت من حد معين تقف عنده.

(حكم محكمة التمييز (الدائرة التجارية الأولى والإدارية)

طعن رقم ٣٣٧ / ٢٠٠٠ تجاري جلسة ١٥ / ١ / ٢٠٠١).

سابعاً ـ نظرية القرارات الإدارية المتصلة العقد:

استحدث القضاء الإداري نظرية جديدة – لحماية الغير الأجنبي عن العقد الذي لا يستطيع استخدام دعوى العقد بحجة نسبية آثاره، وله مصلحة في إلغاء بعض القرارات المتعلقة بالعقد – وهي نظرية القرارات الإدارية المنفصلة، ومؤدى هذه النظرية أنه يجب التفرقة بين العقد ذاته وبين القرارات الإدارية التي ينبني عليها انعقاده، فهذه القرارات تعتبر مستقلة عن العقد، ويجوز الطعن فيها بالإلغاء في المواعيد وبالشروط المقررة للطعن بالإلغاء ما دام العقد لم يصبح نهائياً قبل صدور الحكم بالإلغاء أما إذا صار العقد نهائياً فتصبح جميع القرارات المساهمة في تكوينه جزءاً لا يتجزأ من بنيانه وتكون العملية التعاقدية وحدة لا تقبل عناصرها الانفصال أو التجزئة، والواقع أن المتتبع لقضاء مجلس الدولة، سواء في فرنسا أو مصر أو الكويت، يلحظ أن المرحلة التمهيدية التي يمر بها العقد الإداري قبل صيرورته نهائياً تمثل المجال الخصب والرئيسي لفكرة القرارات القابلة للانفصال على وجه الخصوص الطعون المقدمة من المتنافسين والغير الأجنبي عن العقد.

ولقد جرى قضاء مجلس الدولة الفرنسي على أنه يجوز الطعن بالإلغاء على القرارات المنفصلة عن العقد . من غير المتعاقد . بحسبان أنها قرارات إدارية، إلا أن صدور حكم بالإلغاء لا يؤدي بذاته إلى إلغاء العقد أو فسخه بل يبقي العقد سليماً ونافذاً حتى يتمسك أحد أطرافه بالحكم الصادر بالإلغاء أمام قاضي العقد.

هذا وقد سار على النهج ذاته كل من قضاء مجلس الدولة المصري وقضاء محكمة التمييز بالكويت، فمن قضاء المحكمة الإدارية العليا أنه «ينبغي التمييز في مقام التكييف بين العقد الذي تبرمه الإدارة وبين الإجراءات التي يمهد بها لإبرام العقد، فإن مثل هذه الإجراءات ما يتم بقرار إداري من الجهة الإدارية المختصة كوضع الإدارة لشروط المناقصة أو المزايدة، وقرارات لجنة البت والقرار بإرساء المناقصة أو المزايدة، ومثلها في تحديد شخص المتعاقد مع الإدارة في عقد المساهمة في نفقات مشروع ذي نفع عام بتخصيص قطعة الأرض التي سيقام عليها المشروع، وكلها قرارات إدارية منفصلة عن العقد يجوز الطعن فيها بالإلغاء استقلالاً.

(المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣٤٤٥ لسنة ٣٧ ق جلسة ٣١ / ١ / ١٩٩٣).

وذهبت محكمة التمييز إلى أنه « من المقرر أنه وإن كان للقضاء الإداري ولاية القضاء الكامل بالنسبة للعقود الإدارية قبل نفاذ القانون رقم ٦١ / ١٩٨٢ إلا أن القرارات الإدارية التي تستهدف التمهيد لإبرام هذه العقود أو السماح بإبرامها أو تحول دون إبرامها هي قرارات منفصلة عنها، ولا يجوز الطعن فيها بالإلغاء إلا إذا كانت صدرت بعد سريان القانون الأخير . القانون رقم ٦١ / ١٩٨٢ معدلاً لأحكام القانون رقم ٢٠ / ١٩٨١ بإنشاء دائرة إدارية بالمحكمة الكلية».

(حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٢٠٥ / ١٩٨٤ تجاري. جلسة ٥ / ٦ / ١٩٨٥).

الحقوق والحريات العامة في القضاء الإداري الكويتي

المستشار/ جودة فرحات
محكمة التمييز سابقاً

مقدمة:

تعتبر الكويت رائدة في تطورها السياسي في الفترة الوجيزة التي أعقبت الاستقلال في يونيو ١٩٦١؛ فقد أصدر سمو أمير البلاد وأحد بناة نهضتها الحديثة الشيخ / عبد الله السالم الصباح في قصر السيف في ١٤ جمادى الآخرة ١٣٨٢ هـ الموافق ١١ نوفمبر ١٩٦٢م دستور دولة الكويت بناء على ما قرره المجلس التأسيسي، رغبة في استكمال أسباب الحكم الديمقراطي، وإيماناً بدور الوطن في ركب القومية العربية وخدمة السلام العالمي والحضارة الإنسانية، وسعياً نحو مستقبل أفضل ينعم فيه المواطن بمزيد من الرفاهية والحرية السياسية والمساواة والعدالة الاجتماعية، ويتبوأ فيه الوطن المكانة الدولية المرموقة بين الأمم، ويرسي الدعائم والأصول والتقاليد التي جبلت عليه النفس العربية من اعتزاز بكرامة الفرد والحرص على صالح الجماعة، والأخذ بمبادئ الشورى، والمحافظة على سلامة الوطن ووحدته واستقراره(١).

وقد عبرت عن ذلك المذكرة التفسيرية للدستور حيث قالت : « امتثالاً لقوله تعالى ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي ٱلْأَمْرِ﴾ واستشرافاً لمكانة من كرمهم الله في كتابه العزيز بقوله ﴿وَأَمْرُهُمْ شُورَىٰ بَيْنَهُمْ﴾ وتأسياً بسنة رسول الله في المشورة والعدل، ومتابعة لركب تراثنا الإسلامي في بناء المجتمع، وإرساء قواعد الحكم، وبرغبة واعية في الاستجابة لمقتضيات التطور، والإفادة من مستحدثات الفكر الإنساني، وعظات التجارب الدستورية في الدول الأخرى ... بهدي ذلك كله، وبوحي هذه المعاني جميعاً وضع دستور دولة الكويت، ولقد تلاقت هذه الأضواء، وتلك المعاني المتكاملة، عن أصل جوهري في بناء العهد الجديد، قام بمنزلة العمود الفقري لهذا الدستور، وهو الحفاظ على وحدة الوطن واستقراره، فلقد امتاز الناس في هذا البلد عبر القرون بروح الأسرة، تربط بينهم كافة، حكاماً ومحكومين، ولم ينل من هذه الحقيقة ذات الأصالة العربية ما خلفته القرون المتعاقبة في معظم الدول الأخرى من أوضاع مبتدعة ومراسم شكلية باعدت بين حاكم ومحكوم، ومن هنا جاء الحرص في الدستور الكويتي على أن يظل رئيس الدولة أباً لأبناء هذا الوطن جميعاً....»

وإذا كان ما تقدم، فإن الأمر يقتضي منا أن نلقي نظرة على مواد الدستور التي ترتبط بهذا البحث، بعد هذه المقدمة الضرورية ذات الصلة العضوية الوثيقة به برباط متين.

ومن اللافت للنظر أن جناحي البحث «الحقوق والحريات العامة» و«القضاء الإداري» قد نالا نصيباً وافراً من الرعاية والاهتمام من المشرع الدستوري، نأمل أن يكون بهذا المستوى في التطبيق العملي لمواد الدستور في هذا الشأن.

والأمر الجدير بالإشارة في هذا الصدد،هو أنه قد يطلق على الحقوق والحريات العامة تسميات أخرى، من ذلك مثلاً « الحقوق والحريات الفردية » وأحياناً تسمى «الحقوق المدنية »، وقد اختار الدستور الكويتي تسميتها بـ « الحقوق والواجبات العامة»، وذلك على اعتبار ما تتضمنه هذه الحقوق والحريات من التزامات تقع على عاتق الدولة تجاه المواطنين ومن واجبات على هؤلاء الأخيرين تجاه المجتمع والوطن.

(١) انظر ديباجة الدستور الكويتي.

وهكذا، سوف ينقسم هذا البحث إلى قسمين رئيسيين هما: الحقوق والحريات الواجبات العامة، والقضاء الإداري الكويتي وموقفه منها.

القسم الأول:

الحقوق والحريات الواجبات العامة:

إن هذه الدراسة ذات علاقة جوهرية بشأن تعامل الفرد مع السلطة، وبيان وضعه في المجتمع السياسي الذي يعيش فيه؛ ذلك أنه يترتب على وجود الفرد في مجتمع ما، نشوء روابط وصلات وتداخل في المصالح سواء بينه وبين قرنائه في المجتمع، أو بينه وبين السلطات الحاكمة فيه، والأصل أن مبدأ سلطان الإرادة هو الذي يحكم روابط الأفراد بعضهم ببعض، ومؤداه أن محور الالتزام يقوم على قاعدة التراضي بين طرفي تلك العلاقات والروابط، أما الشق الآخر الذي يتصل بالعلاقة بالدولة والسلطات فيها، فإنه يرتكز على مبدأ السلطة العامة؛ بمعنى أنه بغرض تحقيق الصالح العام المشترك، ينبغي الالتزام بما تمليه سلطة الدولة وتنفيذ أوامرها ونواهيها، وهو الأمر الذي انبثق منه الصراع بين السلطة والحرية، واستتبع ذلك تقسيم المجتمع السياسي إلى فئتين: إحداهما فئة الحكام، والأخرى فئة المحكومين. ويضع القانون الأساسي في الدولة المعاصرة، وهو الدستور، الضوابط المنظمة لعلاقة الحكام بالمحكومين، وتحديد شكل هذه العلاقة (نظام الحكم) وتنظيم السلطات العامة، وبيان اختصاصاتها ومركز الأفراد في مواجهاتها [١] وكانت الدساتير في الماضي تقتصر على بيان الشكل الخارجي لأنظمة الحكم وتنظيم السلطات العامة، دون الاهتمام بأهداف السلطة، وغاياتها ومجالات نشاطها، ودون التطرق للقوى الاقتصادية والاجتماعية المؤثرة في توجيه السلطات العامة؛ ويرجع ذلك إلى أن مجال السلطة العامة؛ في الدولة الحارسة كانت محددة، والغرض منها إقامة العدل، والحفاظ على الأمن الداخلي والخارجي، وكان إشباع الحاجات الجماعية موكولاً للنشاط الفردي، وقيل إن الإنسان كان يمكن أن يولد، وتمضي به الحياة دون أن يلتقي الدولة؛ أي بمن يمثل أية سلطة فيها، ويستوي في ذلك أن يكون الفرد من ساكني العاصمة أو أحد الأقاليم بها، إلا أن ذلك الوضع قد تغير بعد أن تعددت حاجات الناس وتشعبت، وزاد تدخل الدولة في تنظيم أمور المجتمع، فأصبح المواطن يلتقي أجهزة الدولة وسلطاتها حين يصبح وحين يمسي، بل حتى بعد أن يغادر الحياة!!

ويقول أحد أساتذة القانون الإداري في هذا الخصوص: « لقد كانت الدولة بالأمس هي البوليس، وشرطة الحراسة، والقاضي، وفي حدود ضيقة بعض المرافق الاقتصادية الأساسية، ولكن اليوم احتلت الدولة مكانة جديدة على الإطلاق؛ فهي تعلم، وتعالج، وتنتج، وتمارس التجارة .... إلخ ..» [٢] وغني عن البيان أن فكرة الحقوق والحريات العامة من السمات البارزة في الشريعة الإسلامية السمحاء؛ إذ جاء الإسلام حاملاً شعلة الحرية والمساواة بين البشر، فالكل تحت راية الإسلام سواء[٣].

وفي هذا الصدد يقول (كات ستيفنز) . وهو إنجليزي اعتنق الإسلام عام ١٩٨٤، وأصبح اسمه (يوسف إسلام) . : إن الحرية في المفهوم الغربي حرية أن تخطئ على أساس أن يخوض الإنسان تجارب عديدة قبل أن ينتهي إلى الطريق السليم.. في حين أن الله في الإسلام اختصر الطريق أمام المسلم... وبدلاً من أن يضيع حياته في تجارب الصواب والخطأ، فإنه يكشف له بعلمه اللامحدود أقصر الطرق

---

(١) يقول الدكتور عبد الحميد متولي: « إن الفرع من فروع القانون العام الذي يبين نظام الحكم في الدولة، ويعرف النظام السياسي لبلد من البلاد، هو الذي يتناول شرحه علم القانون الدستوري». (انظر مؤلفه في القانون الدستوري والأنظمة السياسية الجزء الأول . ط ٤ . س ١٩٦٥ ص ١٨ . ٢١).

(٢) الدكتور عبد المنعم محفوظ . علاقة الفرد بالسلطة . المجلد الأول والثاني، الطبعة الأولى . ص ١٦ .

(٣) انظر كتاب الدكتور شمس مرغني – القانون الدستوري – دراسة مقارنة بين المبادئ والأنظمة السياسية المعاصرة، وبعض مبادئ الشريعة الإسلامية – طبعة ١٩٧٨ – ص ٦٥٤.

وأفضلها.. وهو ما يعني أن الإسلام اعتنق حرية الصواب؛ لأن الله أراد أن يكرم الإنسان [١].

ويقول الدكتور/ صوفي أبو طالب في البحث المقدم منه عن الوسطية كأساس للتشريع الإسلامي، وذلك في المؤتمر الثالث عشر للمجلس الأعلى للشئون الإسلامية عام ٢٠٠١ تحت عنوان «تجديد الفكر الإسلامي» ما يلي: «إن الإسلام خاتم الرسالات السماوية، خاطب البشر أجمعين بصرف النظر عن جنسهم أو لونهم أو لغتهم أو دينهم»، فسبحانه وتعالى يقول في سورة سبأ: ﴿ وَمَآ أَرۡسَلۡنَٰكَ إِلَّا كَآفَّةٗ لِّلنَّاسِ﴾ الآية : ٢٨؛ فهو لا يخاطب شعباً بعينه، على خلاف الشريعة اليهودية فهي تخص بني إسرائيل ولا تطبق على غيرهم، وتميز في المعاملة بين بني إسرائيل وغيرهم من الشعوب الأخرى، ولذلك ساد الشريعة الإسلامية مبدأ التسامح مع غير المسلمين، فهي لا تميز بين المسلم وغير المسلم، ولفظت التمييز العنصري والديني بجميع صورهما، إعمالاً لقوله تعالى في سورة الحجرات: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ إِنَّا خَلَقۡنَٰكُم مِّن ذَكَرٖ وَأُنثَىٰ وَجَعَلۡنَٰكُمۡ شُعُوبٗا وَقَبَآئِلَ لِتَعَارَفُوٓاْۚ إِنَّ أَكۡرَمَكُمۡ عِندَ ٱللَّهِ أَتۡقَىٰكُمۡ ﴾ الآية:١٣. صدق الله العظيم.

وقد تناول الدستور الكويتي «الحقوق والواجبات العامة» في الباب الثالث منه (المواد من ٢٧ حتى ٤٩)؛ حيث نصت المادة ٢٧ على أن الجنسية الكويتية يحددها القانون، ولا يجوز إسقاطها أو سحبها إلا في حدود القانون.

كما نصت المادة ٢٨ على أنه لا يجوز إبعاد كويتي عن الكويت أو منعه من العودة إليها.

ونصت المادة ٢٩ على مبدأ المساواة في الكرامة الإنسانية، وفي الحقوق والواجبات العامة، ولقد خصت بالذكر أهم تطبيقات هذه المساواة، ألا وهي عدم التمييز بين الناس بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين[٢].

وجاء بالمذكرة التفسيرية للدستور أن هذه المادة آثرت ألا تضيف عبارة « أو اللون أو الثروة» على الرغم من ورودها في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان؛ ذلك لأن شبهة التفرقة العنصرية لا وجود لها في البلاد، فضلاً عن كفاية النص لدفع هذه الشبهة، وأن التفرقة بسبب الثروة أمر منتف بذاته في المجتمع الكويتي، فلا حاجة للنص على نفيه بحكم خاص.

وتضمن الدستور في المادة ٣٠ مبدأ أن الحرية الشخصية مكفولة [٣]، وفي المادة ٣١ نص على أنه لا يجوز القبض على إنسان أو حبسه أو تفتيشه أو تحديد إقامته أو تقييد حريته في الإقامة أو التنقل إلا وفق أحكام القانون، وعلى ألا يعرض أي إنسان للتعذيب أو للمعاملة المحطة بالكرامة، وجاء بالمادة ٣٢ أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة للعمل بالقانون الذي ينص عليها، وفي المادة ٣٣ على أن العقوبة شخصية، وذلك تطبيقا لقوله تعالى في سورة الأنعام –الآية ١٦٤–: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٞ وِزۡرَ أُخۡرَىٰ﴾،

---

(١) جريدة الأهرام بتاريخ ١٩٨٤/١٠/٣ – مقال للأستاذ/ صلاح منتصر.

(٢) يقول الدكتور صوفي أبو طالب في بحثه السابق الإشارة إليه: «جرى الفقهاء على استعمال لفظ العدل للدلالة على المساواة اشتقاقاً من المعنى اللغوي لهذه الكلمة التي تدل على التسوية في المعاملة، والعدل بهذا المعنى هو ما يعبر عنه في المصطلحات الحديثة بتعبير المساواة أمام القانون، والأمر بالعدل– نقيض الظلم – موجه إلى الحاكم والمحكوم، فبالنسبة إلى الحاكم وردت عدة نصوص في القرآن والسنة»، منها قوله تعالى في سورة النساء– الآية ٥٨ : ﴿ ۞إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا وَإِذَا حَكَمۡتُم بَيۡنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحۡكُمُواْ بِٱلۡعَدۡلِ﴾، وفي الحديث الشريف « أحب الخلق إلى الله إمام عادل» وبالنسبة للمحكوم يقرر الحديث الشريف أنه « إنما أهلك من قبلكم أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد.. »
والحكم بالعدل واجب حتى بالنسبة للخصوم والأعداء لقوله تعالى في سورة المائدة – الآية ٨–: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُونُواْ قَوَّٰمِينَ لِلَّهِ شُهَدَآءَ بِٱلۡقِسۡطِۖ وَلَا يَجۡرِمَنَّكُمۡ شَنَـَٔانُ قَوۡمٍ عَلَىٰٓ أَلَّا تَعۡدِلُواْۚ ٱعۡدِلُواْ هُوَ أَقۡرَبُ لِلتَّقۡوَىٰ﴾، ومن تطبيقات العدل في الإسلام إقرار مبدأ المساواة بين المسلمين وغير المسلمين دون تمييز.

(٣) ويتصل بهذا المبدأ ما أثاره بعض النواب بمجلس الأمة بخصوص الزي للنائبات الأربع بالمجلس، حيث إن هذا الموضوع كثير الطرح في البلاد الإسلامية، ومنها مصر، وقد جاء بجريدة الأهرام يوم ٢٠٠٩/١٠/٢٨ لأحد الكتاب مقال بعنوان نستمع لمن؟ جاء فيه « هناك من يقولون إن النقاب فريضة، ومن هؤلاء من لا يتورع عن رمي المصريات غير المنتقبات بأبشع الأوصاف... وهناك من يقولون إنه سنة وآخرون يقولون إنما هو فضيلة.. وهناك ما يجعلونه مجرد عادة.. ولا شك أن لدينا علماء متبحرين وفقهاء متمكنين، لكن العلم وحده لا يكفي والعالم قد يفتن بالدين، وقد يفتن بالسياسة، فيضع نفسه في موضع لا يستطيع فيه أن يخلص لسيدين، وهو في هذه الحالة مضطر لأن يختار سيداً واحداً يخلص له ولا يشرك معه سيداً آخر، والمنقذ من هذا الضلال هو الإخلاص للدين وحده.. بأن نضع أشخاصنا في خدمة الإسلام، لا أن نضع الإسلام في خدمة أشخاصنا؛ أي أن نخلص لقيم الإسلام والمثل العليا التي يبشر بها.. لأننا أحوج ما نكون للطهارة، والصدق والشجاعة في الحق والعدالة والحرية». بقلم الأستاذ أحمد عبد المعطي حجازي.

وقوله تعالى في سورة النساء . الآيتين ١١١- ١١٢: ﴿ وَمَن يَكْسِبْ خَطِيئَةً أَوْ إِثْمًا ثُمَّ يَرْمِ بِهِۦ بَرِيٓـًٔا فَقَدِ ٱحْتَمَلَ بُهْتَٰنًا وَإِثْمًا مُّبِينًا ﴾.

وأكد الدستور في المادة ٣٤ أن المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية لممارسة حق الدفاع، ويحظر إيذاء المتهم جسمانياً أو معنوياً، والمقصود من ذلك المحافظة على آدمية الإنسان وكرامته، مادام لم يثبت إدانته بالطريق الذي رسمه القانون، أما إذا أدين، وفقاً للقانون، كان الأمر عقاباً لما اقترفت يداه، فلا يعد تعذيباً أو أمر إيذاء أو حطاً للكرامة الإنسانية، وكان لهذا العقاب ضماناته المكفولة بالمواد ٣٢ و ٣٣ و٣٤ من الدستور.

وقد أقرت المادة ٣٥ من الدستور حرية العقيدة، مادامت في نطاق الاعتقاد؛ أي السرائر، حيث إن مردها إلى الله . سبحانه وتعالى . ولو لم يكن للشخص عقيدة في دين من الأديان، أما إذا جاوز الأمر نطاق السرائر، وظهر في صورة شعائر، فينبغي أن تظل وفقاً للعادات المرعية، ودون الإخلال بالنظام أو الآداب العامة، والمقصود بلفظ الأديان هي الأديان السماوية الثلاثة : الإسلام والمسيحية واليهودية، ومعنى ذلك أن يكون لمنتسبي الأديان غير السماوية الحق في ممارسة شعائرهم، وفقاً لتقدير السلطة العامة في البلاد، وبالضوابط الواردة بتلك المادة من الدستور، دون اتخاذها سنداً للحرية المطلقة في ذلك.

ثم تناولت المادتان ٣٦، ٣٧ حرية الرأي والبحث العلمي والصحافة والطباعة والنشر، فأوضحت المادة ٣٦ بأن لكل إنسان حق التعبير عن رأيه ونشره بالقول أو الكتابة أو غيرهما، وفقاً للشروط والأوضاع التي يبينها القانون، وكفلت المادة ٣٧ حرية الصحافة والطباعة والنشر، في الحدود والأوضاع، ووفقاً للشروط التي ينظمها القانون.

أما عن حرمة المساكن، فإنها مكفولة، وفقاً للمادة ٣٨، فلا يجوز دخولها بغير إذن أهلها، إلا في أحوال معينة يحددها القانون، ويبين كيفيتها.

وفي إطار المحافظة على الحقوق والحريات الشخصية تعرض الدستور في المادة ٣٩ لواحدة من هذه الحريات، وهي حرية المراسلة بأنواعها المختلفة، وكفالة سريتها، ومنع مراقبة الرسائل.

كما تكفل الدستور في المادة ٤٠ بحق التعليم للكويتيين، ووضعه على عاتق الدولة، وفقاً للقانون، وفي حدود النظام والآداب، ونص على أن التعليم إلزامي ومجاني في مراحله الأولى، وعلى أن يتم وضع الخطة اللازمة للقضاء على الأمية، واهتمام الدولة بتنمية الشباب بدنياً وخلقياً وعقلياً.

وجاء في المذكرة التفسيرية للدستور: «يقصد بالمراحل الأولى في التعليم ما يبلغ نهاية التعليم المتوسط، ولا ينبغي أن يتجاوز هذه المرحلة؛ لأن في هذا التجاوز مساساً بحرية الوالدين في توجيه أولادهما، فضلاً عن تعذر تقدير هذا الإلزام للبنات في تلك السن، وبمراعاة واقع التقاليد في هذا الخصوص، وحيث يكون الإلزام يجب أن تكون كذلك المجانية؛ إذ لا يتصور مع الإلزام تحميل ولي الأمر المصروفات الدراسية، وبذلك جاء حكم المجانية مكملاً للنص الخاص بالإلزام، أما موضوع المجانية في غير نطاق الإلزام، فأمر يختص بتنظيمه المشرع العادي، وتفصله قوانين التعليم، وليس في هذا النص الدستوري ما يمنع البتة من أن تمتد المجانية إلى كل مراحل التعليم الأخرى كما هو الحال الآن، وكما يرجى أن يبقى دوماً».

وكفلت المادة ٤١ من الدستور لكل كويتي الحق في العمل واختيار نوعه، بما يوثق حرية المواطن في العمل في التجارة أو الصناعة أو الزراعة أو السياحة، فهو الذي يختار نوع النشاط الحر، دون أن يفرض عليه العمل في مجال معين، وليس المراد من هذا النص إلزام الدولة أن توفر عملاً لكل مواطن، إذ إن التزام أي دولة بهذا، مهما اتسعت مواردها وكبرت إمكانياتها، من المحال تنفيذه، ولذلك فإن العبارة الأخيرة من هذه المادة تنص على أن : «تقوم الدولة على توفيره للمواطنين»، ولم تأت العبارة على هذا النحو: « وتوفر الدولة العمل للمواطنين».

وأعلنت المادة ٤٤ حظر السخرة بالنص على أنه : «لا يجوز فرض عمل إجباري على أحد إلا في الأحوال التي يعينها القانون لضرورة قومية وبمقابل عادل»، ومن الجدير بالاعتبار أن تعيين هذه الحالات الاستثنائية التي تقتضيها الضرورات القومية يجب أن يتم بموجب القانون، ومن ثم يكون من غير الجائز تحديدها بأداة أدنى من ذلك.

وتضمنت المادة ٤٣ حرية تكوين الجمعيات والنقابات على أسس وطنية، وبوسائل سلمية، وفقاً للشروط والأوضاع التي يبينها القانون، دون إجبار أحد على الانضمام إليها، وإنما يكون ذلك وفق حر إرادته، وجاء في المذكرة التفسيرية شرح لهذه المادة بأن: «النص لم يتطرق إلى حرية تكوين الأحزاب، حتى لا يستفاد الإلزام بإباحة إنشائها، وليس معنى ذلك تقرير حظر دستوري يمنع المشرع من السماح بتكوين الأحزاب، فالنص غير ملزم، لا بالحرية ولا بحظرها...».

وحرصت المادة ٤٤ على تقرير حق الأفراد في الاجتماع، دون حاجة لإذن من السلطات، أو الإخطار بذلك، بل تضمن النص على أنه لا يجوز لقوات الأمن فرض نفسها على الحضور في هذه الاجتماعات الخاصة، أما الاجتماعات العامة والمواكب والتجمعات، سواء كانت في مكان معين، أم في ميدان أو طريق عام، فلا تكون إلا وفقاً للشروط والأوضاع المبينة في القانون، وعلى أن تكون وسائلها سلمية وغير منافية للآداب العامة.

وقررت المادة ٤٥ حق كل فرد أن يخاطب السلطات العامة كتابة وبتوقيعه.

ونصت المادة ٤٦ على أن تسليم اللاجئين السياسيين محظور، والمادة ٤٧ على أن الدفاع عن الوطن واجب مقدس، وأداء الخدمة العسكرية شرف للمواطن ينظمه القانون، والمادة ٤٨ على أن أداء الضرائب والتكاليف العامة واجب، وفقاً للقانون، وأن إعفاء الدخول الصغيرة ينظمه القانون، بما يكفل عدم المساس بالحد الأدنى اللازم للمعيشة(١)، وأخيراً نصت المادة ٤٩ على أن مراعاة النظام العام واحترام الآداب العامة واجب على جميع سكان الكويت.

الآن، وبعد سرد مواد الدستور المتعلقة بالحريات والواجبات العامة، فإنه لزاماً علينا أن نعرج على كيفية تطبيقها في القضاء الدستوري الكويتي، قبل أن نلج إلى القسم الثاني من هذا البحث، الذي يعالج القضاء الإداري الكويتي، وموقفه من تلك الحقوق والحريات العامة.

وإنه لمن سرف القول أن المبادئ التي كرستها المحكمة الدستورية في هذا المجال من الصعب أن تقع تحت حصر، لذا فسوف نقوم بالتركيز والإيضاح لمجموعة منها في مختلف أنواع الحقوق والحريات العامة وضروبهما(٢).

---

(١) يقرر الفقهاء في الشريعة الإسلامية أن سد نفقات المجتمع يكون « على بيت المال ثم على القادرين، ولو تعذر استيعابهم خص به الوالي من شاء منهم» . يراجع البحث سابق الإشارة إليه للدكتور / صوفي أبو طالب.

(٢) « إن قضاء المحكمة الدستورية هو قول فصل تستنفد ولايتها بإصداره، وهو ملزم للكافة لا يقبل تعقيباً أو تأويلاً أو تعديلاً أو تبديلاً، وتثبت الحجية المطلقة له، بما يحول دون مراجعته أو المجادلة فيه أو السعي إلى نقضه، ويمتنع الطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن، تأكيداً لما تمليه المصلحة العامة من استقرار للروابط القانونية، وحسن سير العدالة، بوضع حد للتقاضي والحيلولة دون تجديد النزاع بلا نهاية». من كلمة الأستاذ المستشار / عبدالله علي العيسى رئيس مجلس القضاء الأعلى الأسبق في مقدمة موسوعة أحكام المحكمة الدستورية بدولة الكويت.

«وإن نصوص الدستور ليست مجرد نصوص سطرت على الورق، فذلك لا يصون حقاً ولا يردع باغياً، وإنما لا بد من استقرار أمر احترام وتقدير هذه النصوص في النفوس، باعتبارها المعبرة عن الإرادة العامة للشعب، التي ارتضاها سراجاً ينير به طريقه، ويكفل به حقوقه، وإذا كانت الدساتير حريصة على كفالة حقوق الأفراد والذود عنها، فمن يتكفل بحماية النصوص الدستورية، أمن يكون عليها وكيلاً؟ إذ ليس هناك بد من تواجد الجهة التي تقوم على حمايتها عند التعدي عليها، بانتهاك الحقوق والتعدي على الحرمات والحريات، وهو من الأهداف المطلوبة من كافة مؤسسات الدولة، ومنها القضائية، وعلى رأسها المحكمة الدستورية، حماية للشرعية الدستورية». انظر الدراسة المقدمة من الباحث / حمود الشامي إلى / معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية حول موضوع المحكمة الدستورية بدولة الكويت.

المبدأ الأول:

١ - حق التقاضي - المادة ١٦٦ من الدستور - كفالة حق التقاضي - جواز تنظيمه تشريعياً مشروط بألا يؤدي ذلك إلى حظر هذا الحق أو مصادرته.

٢ - حق الناس في المساواة لدى القانون في الحقوق والواجبات العامة - المادة ٢٩ من الدستور - إنه في حرمان طائفة منهم من الحق في التقاضي ينطوي على إهدار لمبدأ المساواة، في حال تحقق المناط في ذلك، ألا وهو قيام المنازعة على حق من الحقوق.

٣ - المرسوم بقانون رقم ٤ لسنة ١٩٨٧ في شأن التعليم العام - النص في المادة ١٧ منه على عدم خضوع القرارات بإجراءات ونتائج الامتحانات للطعن أمام القضاء. عدم دستورية هذا النص - أساس ذلك.

«لما كان من المسلم به - كأصل عام لا يدع مجالاً للجدل - أنه لا يكفي تقرير الحقوق والحريات للأفراد، دون أن يقرن ذلك بحقهم في المطالبة بها، والذود عنها وحمايتها، وحق الدفاع عنها بالتقاضي بشأنها، وأن هذا الحق إنما هو مستمد من المبادئ الأولية للجماعة منذ أن انتظمتها نظم وأوضاع قانونية، وقد تضمنه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، كما لم يخل دستور من دساتير العالم من النص عليه وتوكيده، ومن ثم فإن كل مصادرة لحق التقاضي تقع باطلة، ومنافية لمبادئ حقوق الإنسان، ومخالفة للأصول الدستورية وقواعدها العامة.

هذا، وقد حرص الدستور الكويتي على النص في المادة ١٦٦ منه على كفالة حق التقاضي للناس كافة، كمبدأ دستوري أصيل، والمستفاد من هذا المبدأ هو حظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو تصرف أو أي قرار تتخذه الجهة الإدارية، في إطار مباشرتها لنشاطها العام، من رقابة القضاء، وأنه لا تناقض بين هذا الحق وجواز تنظيمه تشريعياً، إلا أن ذلك مشروط بألا يتخذ المشرع من هذا التنظيم وسيلة إلى حظر هذا الحق أو مصادرته، هذا من ناحية، كما أنه من ناحية أخرى تضمن الدستور النص في المادة ٢٩ منه على أن الناس لدى القانون سواء، وأنهم متساوون في الحقوق والواجبات العامة، ولما كان حق التقاضي من الحقوق العامة التي كفل الدستور المساواة فيها بين الناس أجمعين، فإن حرمان طائفة معينة من هذا الحق، مع تحقق مناطه، وهو قيام المنازعة على حق من حقوق أفرادها، ينطوي على إهدار لمبدأ المساواة بينهم وبين غيرهم من الأفراد الذين لم يحرموا من هذا الحق....

وحيث إن قيام قضاء إداري يختص بنظر الخصومات الإدارية وهو ركن أساسي في النظام الدستوري، وقد تضمنه نص صريح في المادة ١٦٩ من الدستور، محدداً بذلك الوسيلة القضائية دعماً للضمانة الأصيلة التي يحققها للأفراد، إذا تحيفت بهم القرارات الإدارية، وكانت ما تصدره وزارة التربية بوصفها القائمة على شئون التعليم - فيما يتعلق بإجراءات ونتائج الامتحانات - لا تعدو أن تكون قرارات إدارية، وكان نص المادة ١٧ من القانون المشار إليه قد عصم هذه القرارات من الطعن فيها بالإلغاء، منع الأفراد بذلك من طلب الإنصاف، وأسبغ الحماية على تلك القرارات، بقطع النظر عن مدى مشروعيتها، وأغلق باب المنازعة القضائية في شأنها - بما يتيح لجهة الإدارة التحرر من قيود القانون والتزام أحكامه وضوابطه - وحصن هذه القرارات من رقابة القضاء الإداري، وإذا كانت العبارات الواردة بنص المادة ١٧ المشار إليها قد جاءت عامة مطلقة بعدم خضوع قرارات وزارة التربية المتعلقة بإجراءات ونتائج الامتحانات من الطعن عليها أمام القضاء، بما يشمل أي قرار، سواء كان قراراً تنظيمياً أم قراراً فردياً... ومن ثم، فإن إطلاق النص يمنع التخصيص المقول به، بأن حكم هذه المادة جاء مقصوراً على القرارات التنظيمية العامة، دون القرارات الفردية الصادرة بناء عليها، ولا مقنع فيما سيق في هذا الشأن من أن حكم هذا النص قد جاء حسماً للمشكلات واستقراراً للأوضاع بالنسبة إلى نتائج الامتحانات، وأن هذه الاعتبارات هي التي أملت تقريره؛ إذ لا يتصور بأن يكون سبيل ذلك هو بإغلاق طريق الطعن القضائي على هذه القرارات.

وترتيباً على ما تقدم، وإذ كان نص المادة ١٧ على ما سلف جميعه ينال من مبدأ فصل السلطات، ويخل بحق التقاضي، ويناقض مبدأ المساواة، بما يصم هذا النص بمخالفة أحكام المواد ٢٩، ٥٠، ١٦٦ من الدستور، فمن ثم يتعين القضاء بعدم دستوريته[1]».

(١) انظر حكم المحكمة الدستورية بتاريخ ١٣ من ربيع الأول ١٤٢٨ هـ الموافق الأول من إبريل ٢٠٠٧م في الدعوى المحالة من الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية رقم ٢٠٠٦/٥٦٠ إداري، المرفوعة من عبدالله محمد خلف مال الله والمقيدة بسجل المحكمة الدستورية برقم ١٤ لسنة ٢٠٠٦ دستوري.

المبدأ الثاني:

١ - الحق في المساواة أمام القانون . النص في المادة ٢٩ من الدستور على أن الناس متساوون لدى القانون في الحقوق والواجبات العامة - مفاده أن يكون الجميع أمام القانون سواء في الحقوق والواجبات التي يفرضها القانون، ويخضع لها الناس جميعاً دون تفرقة- المساواة في مجال الوظيفة العامة.

٢ - قرار مجلس الخدمة المدنية رقم ١١ لسنة ٢٠٠٥ بشأن وظائف ومكافآت الموظفين الكويتيين حملة المؤهل الجامعي- تخصص محاسبة أو حقوق أو قانون من الجهات الحكومية- منح هؤلاء الموظفين الشاغلين للوظائف التخصصية الواردة بالجدول رقم (٢) والموظفين الشاغلين لوظائف إشرافية بالجدول رقم (٣) مكافآت مستوى وظيفي ومكافآت تشجيعية بالفئات الواردة بهذين الجدولين- التفرقة بين الموظفين حملة المؤهل الجامعي- تخصص حقوق أو قانون المعينين على درجات مجموعة الوظائف العامة الشاغلين للوظائف القانونية في مجال التخصص، وبين غيرهم من الموظفين المعينين على درجات الوظائف العامة والشاغلين للوظائف القانونية في مجال التخصص، من الحاصلين على المؤهل الجامعي تخصص شريعة، وتم اعتماد هذا المؤهل في مجال التخصص - تفرقة لا تستقيم مع مبدأ المساواة- وعدم دستورية قرار مجلس الخدمة المدنية المشار إليه، فيما تضمنه من استبعاد حملة مؤهل الشريعة المشار إليهم من نطاق تطبيقه.

« حيث إن مبدأ المساواة من المبادئ الدستورية العامة في معظم النظم الدستورية، وهو مبدأ مسلم به مع خلو نصوص بعض الدساتير من الإشارة الصريحة إليه، بحسبان أنه يستخلص ضمناً من مجموعة المبادئ التي تقوم عليها دولة القانون، وأن هذا المبدأ حضت عليه الأديان السماوية، وتضمنته المواثيق الدولية، ويعتبر ركيزة أساسية للحقوق والحريات جميعاً، ودعامة من دعامات المجتمع، وميزاناً للعدل والإنصاف، لذا فقد حرص الدستور الكويتي على التأكيد عليه، حيث تناوله في عدد من نصوصه، فنص عليه صراحة في المادة ٢٩ منه التي قضت بأن الناس سواسية في الكرامة الإنسانية، وهم متساوون لدى القانون في الحقوق والواجبات العامة، لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو الدين، وهذا النص هو المتمم لنص المادة ٧ من الدستور الذي يقضي بأن العدل والحرية والمساواة من دعامات المجتمع، ولنص المادة ٨ الذي يقضي بأن تصون الدولة دعامات المجتمع وتكفل الأمن والطمأنينة وتكافؤ الفرص للمواطنين.

ولا جدال في أن ما تضمنه نص المادة ٢٩ سالف البيان هو حكم عام، وخطاب موجه إلى جميع سلطات الدولة، تلتزم به السلطة التشريعية فيما تسنه من قوانين، كما تلتزم به السلطة التنفيذية فيما تصدره من لوائح وقواعد تنظيمية أو قرارات فردية، كما تلتزم به السلطة القضائية فيما تتولاه من شئون العدالة والقضاء بين الناس....

لما كان ذلك وكان البين من القرار المطعون فيه أنه بعد أن قام بتصنيف الوظائف القانونية في الجهات الحكومية، وتقسيمها وبيان مسمياتها، أفرد لشاغليها معاملة مالية خاصة، بالنظر إلى طبيعة هذه الوظائف، ونظام العمل فيها، وقصر القرار تطبيق المعاملة المالية الواردة به على الموظفين الكويتيين من حملة المؤهل الجامعي تخصص حقوق أو قانون، من المعينين على درجات مجموعة الوظائف العامة العاملين في مجال التخصص، الشاغلين للوظائف القانونية دون غيرهم من الموظفين الكويتيين من حملة المؤهل الجامعي تخصص شريعة، والمعينين على درجات مجموعة الوظائف العامة بجدول المرتبات العام، الشاغلين لذات الوظائف القانونية، والذين تمت معاملتهم على أساس الاعتداد بمؤهلاتهم في مجال التخصص، حيث أقام القرار التفرقة في المعاملة بين الأخيرين والأولين، على الرغم من أنه من المسلمات . كأصل عام . أن شغل الوظيفة ينسحب أثره عليها بجميع التزاماتها ومزاياها المقررة قانوناً، تحقيقاً للعدالة، التي لا تستقيم إلا بتحقيق المساواة في المعاملة بين جميع الموظفين الذين يقومون بالعمل ذاته، الأمر الذي لا يجوز معه لمجلس الخدمة المدنية . في استعماله للسلطة المخولة له قانوناً في تقرير المزايا الوظيفية . أن يتخذ من المنح أو المنع أداة للتفرقة

بين الموظفين الذين تماثلت مراكزهم القانونية، واتخدت عناصرها وخصائصها، لاسيما إذا كانت هذه العناصر تم الاعتداد بها ... وإلا خرج الأمر من دائرة المواءمة ونطاق الملاءمة، ليدخل في باب التمييز، الذي يخل ولا شك بمبدأ المساواة، وبميزان العدل والإنصاف ... ؛ وإذ أقام هذا القرار تمييزاً غير مبرر تتنافر به المراكز القانونية ... مناقضاً بذلك مبدأ المساواة .. من ثم يكون قد جاء مخالفاً للمادة ٢٩ من الدستور[١]».

المبدأ الثالث:

١ - حق الدفاع – المادة ٣٤ من الدستور التي تقضي بأن المتهم برئ حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية لممارسة حق الدفاع.

٢ - سوق الكويت للأوراق المالية – المادة ٥٧ من قرار وزير التجارة والصناعة رقم ٣٥ لسنة ١٩٨٣ بشأن اللائحة الداخلية للسوق – تشكيل لجنة النظر في المخالفات على الوجه المنصوص عليه في تلك المادة والمادة ١ من قرار لجنة السوق رقم ٣ لسنة ١٩٨٤ بتشكيل لجنة التأديب والإجراءات المتبعة أمامها – مدى الإخلال بحق الدفاع المنصوص عليه بالمادة ٣٤ من الدستور.

« حيث إن مبنى الطعن على نص المادة ٥٧ من اللائحة الداخلية للسوق والمادة ١ من قرار لجنة السوق رقم ٣ لسنة ١٩٨٤ – حسبما جاء بحكم الإحالة- أنهما خالفا حكم المادة ٣٤ من الدستور؛ إذ انطويا على إخلال بالوسائل الإجرائية التي تعتبر وثيقة الصلة بحق الدفاع، والتي تقترن دوماً بافتراض البراءة التي ينعم بها الإنسان، ويعامل على أساسها، ولا تنفك عنه، وما يرتبط بذلك من ضمانات، تكفل بتكاملها للخصومة عدالتها...

وحيث إن ضمانة الفصل إنصافاً في المنازعات على اختلاف أنواعها تمتد إلى كل خصومة قضائية، سواء كانت جنائية أم مدنية أم إدارية، وقوامها أن يكون تحقيقها وحسمها عائداً إلى جهة القضاء، أو إلى هيئة أولاها المشرع الاختصاص بالفصل فيها، بعد أن كفل استقلالها وحيدتها، وأحاط ما يصدر عنها من قرارات بضمانات التقاضي... وكانت هذه الخصائص لا تتوافر فيما تصدره جهة الإدارة من قرارات إدارية بتوقيع جزاءات في مخالفات ذات طبيعة تأديبية؛ ذلك لأن جهة الإدارة التي توقع الجزاء تعتبر طرفاً في هذا الأمر، كما أن قرارها الصادر في هذا الصدد لا يحسم خصومة بين طرفين متنازعين، ومن ثم فإن تصرفها، أو عملها الإداري لا يندرج في مفهوم الخصومة، التي ترتبط سلامة تنظيمها – في المجال الدستوري – باستيفائها ما يلزم توافره في الخصومة القضائية بصفة عامة من ضمانات أساسية يقررها الدستور، ولا وجه لقياس قرار الجهة الإدارية على العمل القضائي، لاختلاف هذا الأمر اختلافاً مرده إلى التباين في طبيعة كل من القرار الإداري والحكم القضائي.

وبالترتيب على ما تقدم، ولما كانت لجنة النظر في المخالفات بسوق الكويت للأوراق المالية هي بحكم تشكيلها،وبحسب طبيعة عملها، لجنة إدارية، تنحسر عنها الصفة القضائية، ولا تباشر عملاً من أعمال الخصومة القضائية... كما أن ما يصدر عنها من قرار في هذا الشأن ليس عصياً على الرقابة القانونية، بل محض قرار إداري، ما فتئ خاضعاً للرقابة التي يباشرها القضاء الإداري.. في إطار مبدأ المشروعية، الأمر الذي تغدو معه المطاعن الموجهة إلى نص المادتين المشار إليهما غير صحيحة من الوجهة الدستورية، وتكون الدعوى الماثلة من ثم فاقدة الأساس، متعيناً رفضها[٢]».

---

(١) الحكم الصادر بجلسة ٣٠ ذو القعدة ١٤٢٨ هـ الموافق ١٠ ديسمبر ٢٠٠٧م في الدعوى المحالة من محكمة الاستئناف (الدائرة الأولى) في الاستئناف رق ٣١٤ لسنة ٢٠٠٦ إداري، والمقيدة بسجل المحكمة الدستورية برقم ٧ لسنة ٢٠٠٧ دستوري.

(٢) حكم المحكمة الدستورية بتاريخ ١٠ من جمادى الأولى ١٤٢٨ هـ الموافق ٢٧ من مايو ٢٠٠٧م في الدعوى المحالة من الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية رقم ٥١١ لسنة ٢٠٠٦ إداري المرفوعة من / حيدر حسن الجمعة والمقيدة بسجل المحكمة الدستورية برقم ١٦ لسنة ٢٠٠٦/ دستوري.

المبدأ الرابع:

١ - حق الملكية الخاصة . الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية الخاصة - العدالة الاجتماعية أساس الضرائب والتكاليف العامة - نصوص المواد٧ ، ١٦ ، ١٨ ، ٢٤ من الدستور.

٢ - ضريبة الأراضي الفضاء - القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٩٤ بتنظيم استغلال الأراضي الفضاء - مدى دستورية المادتين الأولى والثالثة من القانون بفرض رسم سنوي مقداره نصف دينار إذا زادت مساحة قسيمة أو قسائم السكن الخاص غير المبنية المملوكة لأحد الأشخاص على خمسة آلاف متر مربع ويفرض هذا الرسم على كل متر يجاوز هذا الرقم، على أن يلزم المالك أو الملاك بالتضامن فيما بينهم بدفع الرسم.

« إنه ولئن كان الدستور قد كفل حماية الملكية الخاصة باعتبارها من المقومات الأساسية للمجتمع وللثروة القومية، وإعلاء لدورها في أداء وظيفتها الاجتماعية، ولم يجز المساس بها إلا على سبيل الاستثناء، غير أن الملكية في ظل النظم القانونية الحديثة التي توائم بين الصالح العام للمجتمع والمصلحة الخاصة للفرد، لم تعد حقاً مطلقاً ولا هي عصية على التنظيم التشريعي، وليس لها من الحماية ما يجاوز الانتفاع المشروع بعناصرها، بل يتعين أن يكون تنظيمها كاشفاً عن أداء دورها في إطار وظيفتها الاجتماعية، ومن ثم فقد ساغ تحميلها بالقيود التي تتطلبها هذه الوظيفة، التي تمليها طبيعة الأموال محل الملكية، والأغراض التي ينبغي توجيهها إليها، وبمراعاة أن هذه القيود التي تفرض على حق الملكية للحد من إطلاقها ليست مقصودة لذاتها، بل غايتها مصلحة الجماعة والفرد، وتلك القيود قد تكون أعباء مالية، أو تكاليف عامة كالرسوم، وإذا كان الأصل أنه لا يجوز أن تكون رؤوس الأموال ذاتها- على اختلاف أنواعها- وعاء للفرائض المالية التي ينظمها المشرع في نطاق سلطته، صوناً لرأس المال من الزوال كلية، أو فقدان جزء كبير منه، وأن الدخل الدوري المتجدد لرأس المال يعد هو الوعاء الأساسي لتلك الأعباء المالية، إلا أنه يسوغ - استثناء من هذا الأصل- تحميل رأس المال ذاته بعبء مالي لضرورة ملحة.... وقد أفصح المشرع الدستوري عن هذا المعنى، وبما يؤكد هذا النظر، بصريح عبارة المذكرة التفسيرية للدستور، وهي بصدد المادة ١٦ منه، فقد جاء بها: « إن النص على أن لهذه الحقوق وظيفة اجتماعية لم يقصد به بالذات تحديد الملكية، بل قصد به تنظيم وظيفتها الاجتماعية، بما فيه صالح الجماعة إلى جانب حق المالك، ومظاهر التنظيم الاجتماعي للملكية عديدة، تهدف إلى منع الإضرار بمصلحة المجموع، أو إساءة استعمال الحق، من أمثلة ذلك فرض تكاليف أو ارتفاقات على رأس المال لصالح الدولة».

وحيث إن الوظيفة الاجتماعية للملكية تبرز في مجال الإسكان، للأزمة التي يواجهها، فإن تنظيمها التشريعي في هذا المجال تستدعيه الضرورة الموجبة له...

وإذ كان ذلك، وكان البين من استقراء نصوص القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٩٤ بتنظيم استغلال الأراضي الفضاء والمذكرة الإيضاحية للاقتراح به، أن الباعث على إصداره وتضمينه النص بفرض رسم سنوي بمقدار نصف دينار على كل متر من القسيمة أو قسائم السكن الخاص المملوكة لشخص واحد بالنسبة إلى المساحة الزائدة على خمسة آلاف متر مربع متى كانت جاهزة للبناء - أي إذا كانت القسيمة في منطقة مسموح بالبناء فيها، وتم توفير الخدمات والمرافق اللازمة لها من كهرباء وماء وصرف صحي وهواتف - هو رغبة المشرع في إيجاد حل لمشكلة الإسكان، وتفريج كربة المواطنين ومعاناتهم من هذه المشكلة، بفك احتكار ملاك الأراضي غير المستغلة، التي يتمسكون بها بقصد رفع أسعارها، واستثمارها في سوق العقارات، وإحجامهم عن بيعها لمجرد المضاربة عليها بمرور الزمان، مع الأخذ في الاعتبار ضيق مساحة رقعة الأرض الفضاء التي يملكها القطاع الخاص، وقلة المعروض منها، وزيادة الطلب عليها... وكان الرسم المقرر بالنص الطعين من التكاليف المالية التي يجوز للمشرع فرضها على رأس المال في إطار الدستور، دفعت إليه ضرورة اجتماعية ملحة.. وأن هذا الرسم لا يستطيل إلى كل ما يملكه الشخص من تلك الأراضي.. وكان هذا الرسم بحسب طبيعته والضرورة التي أملته، والغرض الذي استهدفه المشرع منه، لا يصدق عليه وصف الضريبة بحسبانها فريضة مالية تقتضيها الدولة جبراً عن المكلفين بأدائها،

إسهاماً من جانبهم في أعبائها، يدفعونها على الدوام، وبصفة نهائية دون أن تقابلها خدمات أو منافع خاصة لهم، من وراء تحملهم بأعبائها... وكان يتضح جلياً أن الرسم المفروض على المساحة الزائدة من الأراضي الفضاء، وفقاً للأسس الواردة بالنص الطعين، ليس من شأنه أن يصيب حق الملكية الخاصة في جوهره، مما يؤدي إلى زواله كلية، أو يعدم جل خصائصه... وحيث إنه لما تقدم يبين أن النص الطعين قد استقامت أحكامه في إطار نصوص المواد ٧، ١٦، ١٨، ٢٤ من الدستور، ويكون النعي عليه بمخالفة هذه النصوص على غير أساس، ومن ثم يتعين رفض الدعوى الدستورية [١]».

المبدأ الخامس:

١ - الاجتماعات العامة والمواكب والتجمعات مباحة وفقاً للشروط والأوضاع التي يبينها القانون - يشترط- أن يكون الغرض من الاجتماع ووسائله سلمياً، وبمراعاة الآداب العامة- المادة ٤٥ من الدستور.

٢ - المرسوم بقانون رقم ٦٥ لسنة١٩٧٩ في شأن الاجتماعات العامة والتجمعات. عدم دستورية المادتين ١، ٤ من المرسوم بقانون المشار إليه لمخالفتهما المواد ٣٠، ٣٤، ٣٦، ٤٤ من الدستور. ارتباط المادتين ١، ٤ من المرسوم المشار إليه بمواده أرقام ٢، ٣، ٥، ٦، ٨، ٩، ١٠، ١١، ١٦، ١٧، ١٨، ١٩، ٢٠ يترتب عليه، ويستتبع بحكم اللزوم والارتباط أن يلحق بعدم الدستورية المواد المذكورة أيضاً؛ وذلك فيما تضمنته نصوصها متعلقاً بالاجتماع العام - أساس ذلك.

« ... وحيث إن الدستور فيما نص عليه في المادة ٦ من أن نظام الحكم في الكويت ديمقراطي، والسيادة فيه للأمة، ردد في نصوص مواده، وفي أكثر من موضع الأحكام والمبادئ التي تحدد مفهوم الديمقراطية التي تلمس طريقها خياراً، وتشكل معالم المجتمع الذي ينشده، سواء ما اتصل منها بتوكيد السيادة الشعبية، وهي جوهر الديمقراطية أو بكفالة الحريات والحقوق العامة... حيث أوردت المذكرة التفسيرية في هذا المقام أن هذه المقومات والضمانات في مجموعها هي التي تفئ على المواطنين بحبوحة من الحرية السياسية، فتكفل لهم - إلى جانب حق الانتخاب السياسي- مختلف مقومات الحرية الشخصية في المواد ٣٠، ٣١، ٣٢، ٣٣، ٣٤ من الدستور وحرية العقيدة في المادة ٣٥ وحرية الرأي في المادة ٣٦ وحرية الصحافة والطباعة والنشر في المادة ٣٧ وحرية المراسلة في المادة ٣٩ وحرية تكوين الجمعيات والنقابات في المادة ٤٣ وحرية الاجتماع الخاص وعقد الاجتماعات العامة والمواكب والتجمعات في المادة ٤٤ وحق تقديم العرائض إلى السلطات العامة في المادة ٤٥، وفي جو مليء بهذه الحريات ينمو حتماً الوعي السياسي ويقوى الرأي العام.

وحيث إن حق الاجتماع العام بما يعنيه من مكنة الأفراد في التجمع في مكان ما فترة من الوقت للتعبير عن آرائهم، فيما يعن لهم من مسائل تهمهم، وما يرمي إليه - بالوسائل السلمية - من تكوين إطار يضمهم لتبادل الفكر، وتمحيص الرأي بالحوار أو النقاش أو الجدال، توصلاً من خلال تفاعل الآراء إلى أعظمها سداداً ونفعاً، وهذا الحق سواء كان مستقلاً عن غيره من الحقوق، أم بالنظر إلى أن حرية التعبير تشتمل عليه باعتباره كافلاً لأهم قنواتها، محققاً من خلالها أهدافها، فلا يجوز نقضه، لما من شأن ذلك أن يقوض الأسس التي لا يقوم بدونها نظام للحكم، يكون مستنداً إلى الإرادة الشعبية.

لما كان ذلك، وكان الدستور قد كفل للأفراد حرياتهم في الاجتماعات الخاصة، دون أن يخضعهم لأي تنظيم؛ لتعلقها بحرية حياتهم الخاصة، وذلك دون حاجة إلى إذن سابق، أو إشعار أي جهة بها مقدماً، ولا يجوز لقوات الأمن إقحام نفسها على هذه الاجتماعات، إلا

(١) حكم المحكمة الدستورية الصادر بجلسة ٢ من جمادى الأولى ١٤٢٧ هـ الموافق ٢٩ من مايو ٢٠٠٦م في الدعوى المحالة من الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية رقم ٣٩ لسنة ٢٠٠٠ إداري / ٧ المرفوعة من / الشيخ سالم العلي السالم الصباح والمقيدة بسجل المحكمة الدستورية برقم ١١ لسنة ٢٠٠٥/ دستوري.

إذا كان الأمر متعلقاً بارتكاب جريمة من الجرائم المعاقب عليها قانوناً، جرى الإبلاغ عنها، أما بالنسبة إلى الاجتماعات العامة فقد أباحها الدستور وفقاً للشروط والأوضاع التي يبينها القانون على أن تكون أغراض الاجتماع ووسائله سلمية، وأن تكون ممارسة هذا الحق في إطار التزام الأفراد بواجبهم العام، بمراعاة الحفاظ على النظام العام والآداب العامة، على النحو الذي تطلبه الدستور في المادة ٤٩ منه، وإنه ولئن عهد الدستور جانب التنظيم في شأن هذه الاجتماعات إلى القانون، إلا أنه ينبغي ألا يتضمن هذا التنظيم الإخلال بهذا الحق، أو الانتقاص منه، وأن يلزم بالحدود والضوابط التي نص عليها الدستور، فإن جاوزها إلى حد إهدار الحق، أو تعطيل جوهره، أو تجريده من خصائصه، أو تقييد آثاره أو خرج عن الحدود والضوابط التي نص عليها الدستور، وقع القانون فيما تجاوز فيه دائرة التنظيم مخالفاً للدستور.

وحيث إن المادة ٤ من المرسوم بقانون رقم ٦٥ لسنه ١٩٧٩ في شأن الاجتماعات العامة والتجمعات؛ وإذ جاء نصها على عدم جواز عقد اجتماع عام أو تنظيمه، إلا بعد الحصول على ترخيص في ذلك من المحافظ الذي سيعقد الاجتماع في دائرة اختصاصه، فضلاً عن منع وفض كل اجتماع يعقد دون ترخيص، وحظر الدعوة إلى أي اجتماع عام أو الإعلان عنه أو نشر أو إذاعة أنباء بشأنه، قبل الحصول على هذا الترخيص، وجعل هذا النص الأصل في الاجتماعات العامة هو المنع، وأباحها استثناء، وأقام هذا الاستثناء على أساس واحد هو سلطة الإدارة المطلقة حيال هذه الاجتماعات، دون حد تلتزمه، أو قيد تنزل على مقتضاه، أو معيار موضوعي منضبط، يتعين مراعاته دوماً، مخولاً لها هذا النص اختصاصاً غير مقيد، لتقدير الموافقة على منح الترخيص به، أو عدم الموافقة عليه، وبغير ضرورة موجبة تقدر بقدرها، فتدور معها القيود النابعة عنها وجوداً وعدماً، بحيث تتمخض سلطة الإدارة – في نهاية المطاف– عن سلطة طليقة من كل قيد، لا معقب عليها، ولا عاصم منها، ومما يزيد من تداعيات هذا النص ما تناولته المادة ١ من تعريف الاجتماع العام،والذي يعد مفترضاً أولياً للحصول على الترخيص، وإعمال المادة ١٦ فيما تضمنته من تقرير العقوبة الجزائية على مخالفة حكم المادة ٤ المشار إليها؛ إذ جعلت المادة ١ المعيار الذي يفرق بين الاجتماع العام والاجتماع الخاص منصباً في أمرين: أولهما: أن يعقد للكلام أو لمناقشة موضوع أو موضوعات عامة، أو أمور، أو مطالبات تتعلق بفئات معينة. ثانيهما: أن يحضره، أو يستطيع حضوره عشرون شخصاً على الأقل، بما مؤداه أن فيصل التفرقة بين الاجتماعات العامة والخاصة موضوع الاجتماع لا بالمكان، فليس كل مكان خاص يمكن أن يكون الاجتماع فيه خاصاً ولا كل مكان عام يعتبر الاجتماع فيه عاماً، فقد يكون الاجتماع عاماً والمكان خاصاً، وقد يكون الاجتماع خاصاً والمكان عاماً، وموضوع الاجتماع قد يكون عاماً وقد يكون خاصاً بفئات معينة، كما تطلب النص لإسباغ هذا الوصف على الاجتماع أن يحضره عشرون شخصاً على الأقل، تم أتبع ذلك بعبارة أو يستطيع حضوره، بما من شأنه استغراق هذا الوصف لأي اجتماع، حتى ولو كان عدد الحاضرين فيه يقل عن العدد المشار إليه، وقد صيغت عبارة هذه المادة مرنة، بالغة العموم والسعة،غير محددة المعنى، مبهمة، لاسيما عبارة (موضوعات عامة) وعبارة (فئات معينة)، اللتان ليس لهما مدلول محدد، فضلاً عما تحمله عبارة (أو يستطيع حضوره) من معنى الاحتمال أو الظن أو التخمين، وإمكان انصرافها إلى أي اجتماع ولو كان خاصاً، وهو ما يجعل عبارات هذا النص في جملتها، تؤول في التطبيق في إطارها الفسيح، إلى إطلاق العنان لسوء التقدير، كما يفضي عموم عباراتها واتساعها إلى إطلاق سلطة الإدارة في إسباغ وصف الاجتماع العام على أي اجتماع، وأياً كان موضوعه أو مجاله، وهو إطلاق يتأبى بذاته مع صحيح التقديرات لما أراده الدستور..... والحاصل أنه وإن كان غموض النصوص التشريعية عامة يعيبها، إلا أن غموض النصوص،لاسيما المتعلق منها بنصوص جزائية خاصة يصمها بعدم الدستورية، لما يمثله ذلك من إخلال بالحقوق الجزائية وضوابطها وأهدافها وقواعدها الإجرائية،والتي تعتبر وثيقة الصلة بالحرية الشخصية والتي تكفل لحقوق المتهم الحد الأدنى من الحماية الجزائية، بما تؤمنه له المادة ٣٤ من الدستور من نظام يتوخى صون كرامة الإنسان، وحماية حقوقه الأساسية،ويحول بضماناته دون إساءة استخدام العقوبة، بما يخرجها عن أهدافها؛ وإذ خالف نص المادة ١٦ ذلك مقرراً عقوبة جزائية في شأن عدم الحصول على ترخيص في الاجتماع العام، وجاء نص المادة ١ بالصيغة التي أفرغ فيها قاصراً عن تحديده، من خلال معيار منضبط، ومفتقداً التحديد الجازم لضوابط تطبيقه، فإن النص يكون بذلك قد أخل بالحرية

الشخصية التي كفلها الدستور؛ وإذ جهل المرسوم بقانون في المادة ١ منه حدود الاجتماعات العامة، والذي يعتبر تعيينها مفترضاً أولياً للترخيص به، طبقاً للمادة ٤، وإعمال النص الجزائي الوارد بالمادة ١٦ المترتبة على عدم حصول الترخيص، فإن نص المادة ١ باتصاله بنص المادة ٤ يكون مجاوزاً دائرة التنظيم، مناقضاً لأحكام الدستور.

وحيث إنه ترتيباً على ما تقدم، يتعين الحكم بعدم دستورية المادتين ١، ٤ من المرسوم بقانون رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ في شأن الاجتماعات العامة والتجمعات لمخالفتهما المواد ٣٠، ٣٤، ٣٦، ٤٤ من الدستور، ولما كانت المواد ٢، ٣، ٥، ٦، ٨، ٩، ١٠، ١١، ١٦، ١٧، ١٨، ١٩، ٢٠ من المرسوم بقانون المشار إليه مترتبة على المادتين ١، ٤، مما مؤداه ارتباط هذه النصوص ببعضها ببعض، ارتباطاً لا يقبل الفصل أو التجزئة، فإن عدم دستورية المادتين ١، ٤ وإبطال أثرهما، يستتبع حتماً وبحكم اللزوم والارتباط، أن يلحق هذا الإبطال النصوص المشار إليها؛ وذلك فيما تضمنته تلك النصوص متعلقاً بالاجتماع العام [١]».

المبدأ السادس:

١ - حرية التنقل: الحق في المساواة. عدم جواز تقييد حرية الإنسان في الإقامة والتنقل إلا وفق أحكام القانون. المواد من ٢٩ . ٣١ من الدستور.

٢ - القانون رقم ١١ لسنة ١٩٦٢ المعدل بالقانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٩٤ في شأن جوازات السفر - عدم دستورية الفقرة الأولى من المادة ١٥ من القانون، فيما تضمنته من النص على أنه «لا يجوز منح الزوجة جواز سفر مستقل إلا بموافقة الزوج » أساس ذلك.

«وحيث إن حرية التنقل . غدواً ورواحاً - بما تشتمل عليه من حق كل شخص في الانتقال من مكان إلى آخر،والخروج من البلاد والعودة إليها، تعتبر فرعاً من الحرية الشخصية، وحقاً أصيلاً مقرراً له، حرصت معظم دساتير العالم على تأكيده،وضمنته المواثيق الدولية، التي انضمت إليها دولة الكويت، على نحو ما ورد بالإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨، الذي جاء في ديباجته أن الحقوق المنصوص عليها فيه، مرجعها إيمان شعوب الأمم المتحدة بالحقوق الأساسية للإنسان،وبقيمة كل فرد وكرامته.... وكان من بين هذه الحقوق تلك التي نص عليها في المادة ١٣ منه على أن لكل فرد الحق في مغادرة أي بلد، بما في ذلك بلده، وفي العودة إليه، كما جاء العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية معززاً الاحترام لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية، مؤكداً هذا الحق بالنص في البند ٢ من المادة ١٢ على أن « لكل فرد حرية مغادرة أي بلد بما في ذلك بلده » هذا وغني عن البيان أن الإسلام «ذلك الدين القيم «سبق الدساتير الوضعية بأكثر من أربعة عشر قرناً من الزمان، فكفل حرية التنقل لكل فرد، حسبما يريد، سواء كان ذلك داخل أرجاء بلده، أم سفراً إلى خارجه، وأباح له التنقل من بلد إلى آخر، طلباً للدين أو لأمر دنيوي،ودعا الإسلام المسلمين كافة إلى السير في الأرض، والمشي في مناكبها، والسياحة فيها، للتدبر والاعتبار والتعلم وكسب الرزق بقوله سبحانه وتعالى ﴿ٱلتَّـٰٓئِبُونَ ٱلۡعَـٰبِدُونَ ٱلۡحَـٰمِدُونَ ٱلسَّـٰٓئِحُونَ﴾ «سورة التوبة الآية ١١٢» ﴿قُلۡ سِيرُواْ فِي ٱلۡأَرۡضِ ثُمَّ ٱنظُرُواْ﴾ «سورة الأنعام الآية ١١» ﴿هُوَ ٱلَّذِي جَعَلَ لَكُمُ ٱلۡأَرۡضَ ذَلُولٗا فَٱمۡشُواْ فِي مَنَاكِبِهَا﴾ «سورة الملك الآية ١٥»... ولم تمنع الشريعة السمحاء المرأة من السفر، مادامت مع محرم، أو زوج، أو رفقة مأمونة على نحو ما ذهب إليه بعض الفقهاء،والتزمت الضوابط الشرعية بحدودها وآدابها.

لما كان ذلك وكان لكل كويتي . ذكراً أو أنثى . الحق في استخراج جواز السفر وحمله، باعتبار أن هذا الحق لايعد- فحسب- عنواناً عن انتمائه لبلده الكويت، الذي يعتز به ويفتخر، سواء داخل وطنه أو خارجه، بل يعتبر فضلاً عن ذلك، مظهراً من مظاهر الحرية الشخصية

(١) حكم المحكمة الدستورية الصادر في ٣ من ربيع الآخر ١٤٢٧ هـ الموافق الأول من مايو ٢٠٠٦ في الدعوى المحالة من محكمة الجنح رقم ٢٣٣ لسنة ٢٠٠٤ حصر الأحمدي (٢٠٠٤/٩ جنح المباحث)، والمقيدة بسجل المحكمة الدستورية برقم لسنة ٢٠٠٥ دستوري).

التي جعلها الدستور حقاً طبيعياً يصونه ويحميه بمبادئه، فنص في المادة ٣٠ على أن : الحرية الشخصية مكفولة « وفي المادة ٣١ على أنه « لايجوز القبض على إنسان.... أو تحديد إقامته أو تقييد حريته في الإقامة أو التنقل إلا وفق أحكام القانون» دالاً بذلك على اعتبار الحرية الشخصية أساساً للحريات العامة الأخرى، حقاً أصيلاً للإنسان، قوامها الاستقلال الذاتي لكل فرد، وإرادة الاختيار تمثل نطاقاً لها، لا تتكامل شخصيته بدونها، ومن دعائمها حرية التنقل وحق السفر المتفرع منها.

وحيث إنه متى كان ذلك، وكان النص المطعون فيه، جرى على غير هذا المنحى، فجعل الأصل هو عدم جواز منح الزوجة جواز سفر مستقل، مشترطاً موافقة الزوج... منكراً على الزوجة البالغة الرشيدة... الحق في استخراج جواز سفر مستقل، على الرغم من استقلال شخصها، وبلوغ رشدها، واكتمال أهليتها، ووجوب تمتعها بالحقوق التي كفلها الدستور.... مما يغدو معه النص مخالفاً لأحكام الدستور المنصوص عليها في المواد ٩، ٣٠، ٣١، ويتعين من ثم القضاء بعدم دستوريته [١]».

المبدأ السابع:

١ - المحكمة الدستورية - الاختصاص بنظر الدعوى الانتخابية.

٢ - القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٦٢ المعدل بالقانون رقم ١٧ لسنة ٢٠٠٥ - السماح للمرأة الكويتية بممارسة حقوقها السياسية في الترشيح والانتخاب - المادة الأولى اشترطت لممارسة هذا الحق الالتزام بالقواعد والأحكام المعتمدة في الشريعة الإسلامية - فوز المرأة في الانتخاب، رغم أنها من غير الملتزمات بارتداء الحجاب يعتبر صحيحاً، ولا ينال من صحة عضويتها في مجلس الأمة - أساس ذلك.

«إن اختصاص هذه المحكمة بنظر الطعون الخاصة بانتخاب أعضاء مجلس الأمة أو بصحة عضويتهم، منوط في الأساس بخوض المرشح الانتخابات وهو مستوف لجميع شروط الترشيح، وتعلق الطعن بعملية الانتخاب ذاتها من تصويت وفرز وإعلان النتيجة، وما شاب الانتخاب والإعلان عن إرادة الناخبين من مطاعن وأخطاء، وأن العضوية في مجلس الأمة أساسها إرادة الناخبين الذين يدلون بأصواتهم لصالح مرشح بعينه، ممن تتوافر فيه الشروط التي حتمها الدستور والقانون، فإذا سمح للمرشح بخوض الانتخابات وهو فاقد لشرط من شروط الترشيح سواء لأسباب سابقة أم معاصرة لعملية الانتخاب، فإن إرادة الناخبين في هذه الحالة تكون قد وردت على غير محل صالح للتصويت والاقتراع عليه حتماً، ولا يكون إعلان نتيجة الانتخابات بفوزه فيها متضمناً إعلاناً عن إرادة الناخبين، ولا وجه للقول والحال كذلك بتحصن قرار إدراج اسم المرشح في كشوف المرشحين بعدم الطعن عليه، أو باكتمال مركزة القانوني، بإعلان فوزه في الانتخابات أو التحدي بحق مكتسب يستعصي على التغيير، وعلى ذلك فإن الطعن على الإجراءات التي تتعلق بانتخاب عضو مجلس الأمة، سواء كان الطعن منصباً على إجراءات الانتخاب، أو على فقدان المرشح الذي قام بخوص الانتخابات، وأعلن فوزه فيها لشروط الترشيح، ينطوي من ثم على طعن في عملية الانتخاب، لأن الفصل في هذا الشأن يؤثر بالضرورة، وبحكم اللزوم على صحة عضوية من أعلن فوزه في هذه الانتخابات، وغني عن البيان أيضاً أن الطعن على إعلان نتيجة الانتخاب ليس طعناً على قرار إداري، مما يختص القضاء الإداري بطلب إلغائه، إذ لا يعد إعلان نتيجة الانتخاب إفصاحاً عن إرادة الجهة الإدارية، وإنما عن إرادة الناخبين....

وحيث إن الطاعن بنى طعنه ببطلان عملية الانتخاب في الدائرة الثالثة، وبطلان إعلان فوز المطعون ضدهما الأولى والثانية، وبطلان عضويتهما في مجلس الأمة، على أساس أنهما لم يلتزما بارتداء الحجاب الشرعي، وخالفتا بذلك قانون الانتخاب، الذي اشترط على المرأة للترشيح الالتزام بالقواعد والأحكام المعتمدة في الشريعة الإسلامية.

(١) حكم المحكمة الدستورية الصادر بتاريخ الأول من شهر ذي القعدة ١٤٣٠ هـ الموافق ٢٠ من أكتوبر ٢٠٠٩ م في الدعوى المحالة من المحكمة الكلية رقم ٣٦٧٠ لسنة ٢٠٠٨ ت.م.ح.ك حكومة /٣، والمقيدة بسجل المحكمة الدستورية برقم ٥٦ لسنة ٢٠٠٨ دستوري.

وحيث إن المادة ١ من قانون انتخابات أعضاء مجلس الأمة رقم ٣٥ لسنة ١٩٦٢ المعدل بالقانون رقم ١٧ لسنة ٢٠٠٥ نصت على أنه « لكل كويتي بالغ من العمر إحدى وعشرين سنة ميلادية كاملة حق الانتخاب، ويستثنى من ذلك المتجنس الذي لم يمض على تجنسه عشرون سنة ميلادية.... ويشترط للمرأة في الترشيح والانتخاب الالتزام بالقواعد والأحكام المعتمدة في الشريعة الإسلامية » والبين من عبارة نص الفقرة الأخيرة المشار إليها بالصيغة التي أفرغ فيها أنها جاءت مطلقة، مجملة، دون تحديد تعريف جامع مانع يكون الضابط للمعنى،وإنه وإن وردت عبارة النص بصيغة الشرط، إلا أن جوهر الشرط يحمل في تفسيره أكثر من معنى، وبه خفاء في دلالة المراد منه....

وحيث إنه من المسلم به في مجال استخلاص الدلالات من النصوص التشريعية، أنه إذا احتمل النص أكثر من معنى وجب حمله على المعنى الذي يجعله أكثر اتفاقاً مع التشريع الأعلى منه،وعلى النحو الذي يحمله على أصله من الصحة، وينأى به عن التعارض، حتى ولو كان هذا المعنى أقل ظهوراً، وعلى ذلك يتعين أن يكون تفسير هذا النص في إطار المبادئ الحاكمة والأصول الواردة بالدستور نصاً وروحاً، إعمالاً لمبدأ تدرج القواعد القانونية... والحاصل أن الدستور الكويتي لم يجعل الشريعة الإسلامية، بمعنى الفقه الإسلامي، المصدر الوحيد للتشريع، أو يمنع المشرع من الأخذ من مصادر أخرى، نزولاً على أحوال الناس وشئون العباد، بما يكفل مصالحهم المعتبرة شرعاً، إنما كفل الدستور الحرية الشخصية، وأطلق حرية العقيدة؛ لأنها ما دامت في نطاق الاعتقاد أي السرائر فأمرها إلى الله، ولم يجز التمييز بين الناس في الحقوق والواجبات بسبب الدين أو الجنس، والحاصل أيضاً أن أحكام الشريعة الإسلامية لا تكون لها قوة إلزام القواعد القانونية، إلا إذا تدخل المشرع وقننها... في نصوص محددة، ومضمون تشريعي يمكن أن يلتزم به كل المخاطبين بأحكامه، والقائمين على تنفيذه وتطبيقه، ولا يتسنى. تبعاً لذلك . مساواتها في الحكم بالنصوص الموضوعية، فالنص الموضوعي يكون نافذاً بذاته، فيما تضمنه من أحكام موضوعية، ومن ثم فإن النص المشار إليه، لا يمكن وصفه بأنه يتضمن حكماً موضوعياً محدداً، وإنما يعتبر هذا النص وفقاً لمضمونه من النصوص التوجيهية....، وهو ما يجد صداه فيما أوردته المذكرة الإيضاحية للقانون في هذا المقام، فضلاً عن أنه لا يتصور أن تكون إرادة المشرع قد اتجهت في إطار هذا النص المجمل إلى ترك القائمين على تطبيقه وتنفيذه بتقصي هذه القواعد والأحكام غير المقننة، مما قد يؤدي إلى ذلك من اضطراب وتناقض بين هذه القواعد والأحكام، بحسب اختلاف وجهات النظر الفقهية [١].

وحيث إنه متى كان ذلك وكان الطاعن قد أقام طعنه ابتناء على فقدان المطعون ضدهما الأولى والثانية لحقهما في الترشيح، بادعاء مخالفتهما لنص الفقرة الأخيرة من المادة ١ من قانون الانتخاب المشار إليه توصلاً إلى القول ببطلان خوضهما الانتخابات، وبطلان إعلان فوزهما، وبطلان عضويتهما بمجلس الأمة؛ وذلك على خلاف صحيح الفهم المستفاد من هذا النص، على النحو الموضح آنفاً، ومن ثم يكون الطعن على غير أساس سليم من القانون حقيقاً بالرفض [٢]».

(١) يضاف إلى الأسانيد التي جاءت بالحكم المشار إليه، أن المشرع قرن في المادة ١ المشار إليها بين الحق في الانتخاب والحق في الترشيح مشترطاً في ذلك على المرأة عند ممارسة أي منهما مراعاة الأحكام المقررة في الشريعة الإسلامية، ولو قيل إن الالتزام بالحجاب الشرعي هو من هذه الأحكام، لكان معنى ذلك بطلان كافة أصوات النساء غير الملتزمات بارتدائه،مما قد يفضي إلى بطلان عملية الانتخاب برمتها، وهو أمر من غير الممكن أن يكون المشرع قد قصد إليه.

(٢) حكم المحكمة الدستورية الصادر بتاريخ ٩ من شهر ذي القعدة ١٤٣٠ هـ الموافق ٢٨ من أكتوبر ٢٠٠٩ م في الطعن المقيد في سجل المحكمة برقم ٢٠ لسنة ٢٠٠٩ (طعون خاصة بانتخابات مجلس الأمة لسنة ٢٠٠٩).

القسم الثاني:

القضاء الإداري الكويتي ودوره في قضاء الحقوق والواجبات العامة:

لقد عالج الدستور في الباب الرابع منه سلطات الدولة، ومنها السلطة القضائية (الفصل الخامس) في المواد من ١٦٢ حتى ١٧٣، وجاء في المادة ١٦٩ منه النص على أن: «ينظم القانون الفصل في الخصومات الإدارية، بواسطة غرفة أو محكمة خاصة يبين القانون نظامها وكيفية ممارستها للقضاء الإداري شاملاً ولاية الإلغاء وولاية التعويض بالنسبة إلى القرارات الإدارية المخالفة للقانون»، وفي المادة ١٧٠ على أنه «يرتب القانون الهيئة التي تتولى إبداء الرأي القانوني للوزارات والمصالح العامة، وتقوم بصياغة مشروعات القوانين واللوائح...»، وتضمن النص في المادة ١٧١ منه على أنه: «يجوز بقانون إنشاء مجلس دولة يختص بوظائف القضاء الإداري والإفتاء والصياغة المنصوص عليها في المادتين السابقتين»، وفي المادة ١٧٢ النص على أن : «ينظم القانون طريقة البت في الخلاف على الاختصاص بين جهات القضاء، وفي تنازع الأحكام»، مما مفاده أن التنظيم القضائي يفترض وجود أكثر من جهة قضائية، بخلاف القضاء العادي والقضاء الإداري.

ومن أسف، أنه على الرغم من أن الدستور مضى على إصداره أكثر من سبعة وأربعين عاما، فإن المشرع لم يترجم ما قضى به في المادة ١٧١ من جواز إنشاء مجلس دولة، كهيئة قضائية مستقلة عن القضاء العادي، تختص بالنظر والفصل في الخصومات الإدارية، والإفتاء وإبداء الرأي القانوني للوزارات والمصالح العامة، وصياغة مشروعات القوانين واللوائح، بحيث يكون للمجلس أقسام ثلاثة، القضاء، والفتوى، والتشريع.

ونرى أن الوقت قد تأخر كثيراً في إخراج هذه الهيئة القضائية المستقلة إلى حيز الوجود والحياة، وقد حان الوقت لقيام سلطات الدولة بإحياء نص المادة ١٧١ المشار إليها، ليرى النور، ويساهم إلى جانب فروع السلطة القضائية الأخرى في صيانة الحقوق والواجبات العامة، ولو كان قد تم ذلك منذ نيف وأربعين عاماً، بعد أن صدر الدستور، لكان قد أصبح في الكويت من رجال القضاء المتخصصين في القضاء الإداري زمراً كثيراً، ساهموا في النهضة القضائية والتشريعية[١] المهم، أنه حتى بالنسبة لما احتضنه الدستور في المادة ١٦٩ من إرساء مبدأ اختصاص القضاء الإداري بولاية الفصل في الخصومات الإدارية، بواسطة غرفة أو محكمة خاصة، يبين القانون نظامها وكيفية ممارستها للقضاء الإداري، شاملاً ولايتي الإلغاء والتعويض بالنسبة إلى القرارات الإدارية المخالفة للقانون، نجد أن المشرع انتظر قرابة الثمانية عشر عاماً، ليصدر التشريع الذي يضع هذا المبدأ الدستوري على بساط الواقع العملي والتطبيق الفعلي، حيث صدر المرسوم بقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ بإنشاء دائرة بالمحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية، وعدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٢، وخص هذه الدائرة، دون غيرها، بنظر المنازعات الإدارية المنصوص عليها في المواد الأولى والثانية والخامسة والعاشرة

(١) جاء في كلمة الأستاذ المستشار طارق البشري في تقديم كتاب « المختار من فتاوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في خمسين عاماً – بمناسبة مرور خمسين عاماً على إنشاء مجلس الدولة المصري . ما يلي : « ... أنه إذا كان النظام القانوني يقوم على بيان أمرين، الأول بيان الحقوق والمراكز القانونية، التي تتكون من مجموعة من الحقوق والواجبات المتداخلة والثاني إجراءات اقتضاء الحقوق عند الإنكار أو المنازعة، وإجراءات إعمال المراكز القانونية؛ أي أنه حقوق، وإجراءات، فإن الفتوى عادة ما تكون أكثر اتصالاً، وأكثر تعرضاً لأوضاع الحقوق والمراكز القانونية، بينما أحكام القضاء تتأثر بنظم الإجراءات بأكثر مما تنشغل بذلك فتاوى المفتين، وإذا كان هذا التمييز لكل من الفتوى والحكم، فإن ذلك يكشف عن أن تكامل الوظيفتين لدى مجلس الدولة، هو ما يمكن لهذا المجلس أن يقوم بدوره المرسوم له كرقيب على الشرعية، وسيادة القانون، بالنسبة لنشاط جهة الإدارة..».

«وقد ذكر الأستاذ المستشار الدكتور عبد الرازق أحمد السنهوري، الرئيس الثاني لمجلس الدولة المصري، في التقرير السنوي الثالث الذي يرسله المجلس سنوياً إلى رئيس الدولة « أن مجلس الدولة صار حقيقة واقعة، بل حقيقة رائعة، وروعته في أن الإدارة المصرية أعلنت بقيامه أنها تقف إلى جانب الحق والقانون، ولا تتعسف... وروعته في أن الأفراد والجماعات يرون فيه غوثاً للملهوف، ولياذاً للعائذ، ومعقلاً للحريات.. وروعته في أن يعمل في صمت وسكون، يعاون الإدارة، ويفتح لها الأبواب، ويفسح أمامها الطريق، فهو الصديق الناصح، لا أحب إلى نفسه من أن يجنب صديقه مزالق الخطأ، ومهما لقي في عمله من نصب، ومهما أصابه من عنت، فهو لا يحفل بما يعترضه من الصعاب.

والحادية عشرة والثانية عشرة والثالثة عشرة، وهي منازعات المرتبات والمعاشات والمكافآت والعلاوات المستحقة للموظفين المدنيين أو لورثتهم، والطلبات التي يقدمها ذوو الشأن بإلغاء القرارات الإدارية الصادرة بالتعيين في الوظائف العامة أو بالترقية أو بإنهاء الخدمة أو بتوقيع جزاءات تأديبية عليهم، وكذا الطلبات التي يقدمها الأفراد أو الهيئات بإلغاء القرارات الإدارية النهائية،عدا القرارات الصادرة في شأن مسائل الجنسية وإقامة وإبعاد غير الكويتيين، وتراخيص إصدار الصحف والمجلات، ودور العبادة، ومنازعات العقود الإدارية، وطلبات التعويض الناشئة عن هذه المنازعات جميعاً، وأفرد المشرع لهذه الدائرة نظاماً خاصاً لتحضير الدعوى، وتحديد جلسة لنظرها، كما فرض رسماً ثابتاً على بعض الدعاوى، وهو نظام يختلف عن الإجراءات الخاصة بما تنظره الدوائر الأخرى بالمحكمة الكلية من دعاوى؛ وذلك حرصاً من المشرع على إعمال مبدأ التخصص في مجال القضاء الإداري، لما له من طبيعة خاصة [١].

ويلاحظ أنه على الرغم من أن نص الدستور في المادة ١٦٩ سالفة البيان قد أفرغ في صيغة تتسم بالعموم والتجريد، فيما يتعلق باختصاص الغرفة أو المحكمة الخاصة بولاية الفصل في الخصومات الإدارية بعامة، وولايتي الإلغاء والتعويض بالنسبة إلى جميع القرارات الإدارية المخالفة للقانون، دون تخصيص، أو استثناء، ولم يتضمن الدستور ما يخول المشرع تحديد هذا الاختصاص أو تقييده، فإن المشرع قد حظر الطعن في قرارات إدارية بطبيعتها، وهي القرارات الصادرة في شأن مسائل الجنسية، وإقامة وإبعاد غير الكويتيين، وتراخيص إصدار الصحف والمجلات، ودور العبادة، فضلاً عن أنه حدد قرارات معينة في مسائل الموظفين المدنيين بأنها هي التي من الجائز الطعن فيها، مما مفاده عدم جواز الطعن في غيرها، وهذا يعد في نظرنا يحمل في طياته شبهة مخالفة دستورية، وأكاد أنظر إلى المشرع الكويتي وهو يقدم رجلاً، ويبطئ في الأخرى فيما ألقي على عاتقه في خصوص تقنين أحكام الدستور في هذا الصدد.

إلا أنه مما لا شك فيه، أنه منذ نشأة القضاء الإداري في الكويت منذ عام ١٩٨٠، وبعد مضي ما يقرب من سبعة وعشرين عاماً على ولادته، فإنه استطاع أن يخطو بخطى واسعة، وأن يؤدي الغاية التي استهدفها المشرع من إنشائه، ويسهم في صياغة أفكار مستحدثة في مجال القانون الإداري بعامة ومبادئ – جد – عظيمة تصون وتحمي حقوق المواطنين وحرياتهم بصفة خاصة، في إطار من الحق والعدل.

ونسوق هذه الأمثلة لبعض الأحكام الصادرة من القضاء الإداري في مجال الحقوق والحريات والواجبات العامة:

المبدأ الأول :

الحق في التنقل – حرية السفر ليست مطلقة – جواز السفر – يجوز لجهة الإدارة إذا وجد مسوغ أو سبب يقتضيه الصالح العام رفض منح الكويتي جواز سفر أو تجديده، كما يجوز سحبه بعد إعطائه – أساس ذلك – مثال.

«لما كان النص في المادتين ١٧، ١٩ من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٦٢ في شأن جوازات السفر على أنه : « تصرف جوازات السفر لمن يتمتعون بالجنسية الكويتية وفقاً لأحكام قانون الجنسية المعمول به وقت إصدار الجواز» وأنه : «يجوز لأسباب خاصة بقرار من وزير الداخلية رفض منح جواز سفر أو تجديده، كما يجوز سحب الجواز بعد إعطائه» يدل وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة، على أنه ولئن كان منح جواز السفر لصيقاً بالجنسية الكويتية، فهو حق لمن تثبت له هذه الجنسية، لا يجوز لجهة الإدارة حرمانه منه، دون مسوغ أو سبب جدى يقتضيه الصالح العام، ويبرر المساس بحقه في التنقل الذي كفله الدستور، والذي يتيح له جواز سفره مكنة ممارسته، إلا أنه إذا ما تراءى لجهة الإدارة قيام هذا المسوغ، فإنه يتعين أن يكون قرارها الصادر في هذا الشأن، منبئا عن الأسباب الخاصة، التي دعت إلى ذلك.

(١) انظر حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٢٠٠٦/١٠٣ / إداري جلسة ٢٠٠٨/٢/٥.

ولما كان الثابت أن القرار المطعون فيه الصادر بسحب جواز سفر الطاعن قد ابتني على أساس أنه اتهم وآخر بدولة الإمارات العربية المتحدة في غضون شهر مارس ٢٠٠٤ بحيازة مواد مخدرة، وأدوية ضارة بالعقل، وقيدت ضده القضية رقم ٢٠٠٤/٣٢٥٦ جزاء، وصدر بتاريخ ٢٠٠٤/٥/١٨ حكم إدانته، وكان الثابت في حقه يصم سلوكه، ويباعد بينه وبين التحلي بالقيم وتقاليد المجتمع الكويتي، وإلى البلاد في الخارج، مما يعد سبباً جدياً وكافياً لحمل قرار الجهة الإدارية الصادر في هذا الشأن، حماية للصالح العام، دون أن ينال من ذلك أن العقوبة الموقعة عليه هي الغرامة؛ إذ يكفي في هذا المقام ثبوت ارتكابه هذا الفعل المؤثم؛ وإذ قام القرار المطعون فيه على صحيح سببه المبرر له... وهو ما انتهى إليه الحكم المطعون فيه، فإن النعي عليه يكون على غير أساس، ولما تقدم يتعين رفض الطعن. (١)

المبدأ الثاني :

حرية التنقل - جواز سفر - الجنسية الكويتية - أبناء الكويتيين القصر من أب غير كويتي من غير الجائز حصولهم على جواز سفر كويتي - أساس ذلك.

«.... ولما كان النص في المادة ١٧ من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٦٢ في شأن جوازات السفر المعدل بالقانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٦٣، والقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٧٧ على أن «تصرف جوازات السفر لمن يتمتعون بالجنسية الكويتية، وفقاً لأحكام قانون الجنسية المعمول به وقت إصدار الجواز...» وفي المادة الثانية من ذات القانون على أن: «يستعاض عن جواز السفر بتذكرة مرور في الأحوال التي تحدد بقرار من وزير الداخلية»، وقد صدر القرار رقم ١٧٧ لسنة ١٩٨٦ بتاريخ ١٩٨٦/٤/٢، ونص في المادة الثانية منه على أنه: «يجوز صرف تذاكر مرور للاجئين السياسيين، والقصر المولودين من أم كويتية، وصدر قرار بمعاملتهم معاملة الكويتيين»، ومفاد هذه النصوص مجتمعة أنه لا يجوز بعد انقضاء سنتين من وقت العمل بقانون الجنسية رقم ١٥ لسنة ١٩٥٩ إعطاء جوازات سفر إلا لم تثبت له الجنسية الكويتية، وفق أحكام قانون الجنسية الساري وقت طلب الجواز، وذلك بموجب شهادة الجنسية التي تصدر لمن تثبت له هذه الصفة، بناء على الإجراءات التي حددها القانون، ومن ثم فإن القصر المولودين لأم كويتية، وصدر قرار بمعاملتهم معاملة الكويتيين لحين بلوغهم سن الرشد، لا يكون من حقهم قبل اكتسابهم الجنسية الكويتية صرف جوازات سفر، وإنما يجوز صرف تذاكر مرور تكفل لهم حق التنقل؛ وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر، واعتبر امتناع الوزارة التي يمثلها الطاعن عن صرف جوازات سفر للقصر الذين تمثلهم المطعون ضدها بمثابة قرار سلبي، على سند من أن من حقهم صرف هذه الجوازات، كأثر لقرار وزير الداخلية بمعاملتهم معاملة الكويتيين، ورتب عليه قضاءه بتأييد الحكم الابتدائي، فيما انتهى إليه من إلغاء هذا القرار، فإنه يكون معيباً بما يوجب تمييزه (٢).

---

(١) انظر حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٢٠٠٦/٢٣٧ إداري بجلسة ٢٠٠٨/٦/٢٤، حكمها في الطعن رقم ٢٠٠٦/١٩٦ إداري بجلسة ٢٠٠٨/٢/١٩.
وفي حكم آخر للمحكمة قالت : «... لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق... أن المطعون ضده كويتي الجنسية، تبعاً لثبوت نسبه إلى والده الكويتي الجنسية، وذلك وفقاً لحجية الأمر المقضي فيه، ولم تتمسك الطاعنة (وزارة الداخلية) في آية مرحلة من مراحل النزاع بتوافر مسوغ آخر من الصالح العام يبرر حرمان المطعون ضده من استصدار جواز سفر، ولم تصدر بذلك ثمة قرار، فإنه يكون من حقه الحصول عليه، وتلتزم الجهة بإصداره، دون أن يكون لها في ذلك أدنى سلطة تقدير، ولا يغير من طبيعة هذا القرار ما تثيره الجهة الإدارية بوجه النعي في كتابها المبين به، إذ إنما تضمنه لا يعدو أن يكون تعليمات داخلية، فيما بين أقسام هذه الجهة، تأكيداً لموقفها السلبي بالامتناع عن إصدار جواز السفر، ولا ترقى إلى مرتبة القرار الإداري، كما أن التظلم ليس إلا تضرراً من هذا الموقف السلبي، ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه إذا وافق الحكم الابتدائي فيما انتهى إليه - في حدود سلطة محكمة الموضوع في التعرف على حقيقة القرار الإداري، وماهيته . من اعتبار القرار المطلوب إلغاؤه قراراً سلبياً، مما لا يتقيد الطعن فيه بميعاد دعوى الإلغاء، ورتب على ذلك قضاءه بقبول الدعوى شكلاً؛ فإنه لا يكون قد خالف القانون ويضحي النعي بهذا الوجه لا أساس له (الحكم في الطعن رقم ٢٠٠٥/٩٨٢/إداري بجلسة ٢٠٠٦/٩/٢٦).

(٢) انظر حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٢٠٠١/٥٧١/ إداري بجلسة ٢٠٠٢/٥/٢٧.

المبدأ الثالث :

١ - حرية الرأي - حق كل إنسان في التعبير عن رأيه ونشره بالقول أو الكتابة أو غيرها وفقاً للشروط والأوضاع التي يبينها القانون - من الحقوق التي كفلها الدستور في المادة ٣٦.

٢ - قرار وزير الإعلام رقم ٥٣٦ لسنة ١٩٩٢ في شأن تنظيم الرقابة على المصنفات الفنية والعروض المسرحية والحفلات المقامة بالفنادق والأماكن العامة - حظر الترخيص بإنتاج أو عرض أو بيع أو تأجير أي مصنف إذا تضمن تصوير الرذيلة أو عرضها - تشكيل لجنة لرقابة الأفلام السينمائية ٣٥ ملم - قرار اللجنة بمنع عرض فيلم عملاً بالمادة ٣ من القرار الوزاري؛ لأنه لا يراعي القيم المثالية للمجتمع - سلطة المحكمة في رقابة القرار القائم على مسألة فنية - وسائل التعبير الفني عن الأفكار من المسائل الفنية - للمحكمة الاستعانة برأي الخبرة الفنية - أساس ذلك - مثال.

«.. ولئن كانت رقابة القضاء الإداري في التحقق من مشروعية القرار المطعون فيه،ينبغي أن تقف عند حد التحقق من مدى توافر المشروعية أو عدمها في نطاق الرقابة القانونية، فلا تتجاوزها إلى وزن مناسبة القرار وغير ذلك، مما يدخل في نطاق الملاءمة التقديرية التي تملكها جهة الإدارة، بغير معقب عليها، إلا أن له الحق في بحث الوقائع التي بني عليها القرار الإداري، بقصد التيقن من مطابقته أو عدم مطابقته للقانون، وحقه في ذلك لا يقف عند حد مراقبة مدى صحة الوقائع المادية التي تأسس عليها القرار، فحسب، بل يمتد إلى تقدير هذه الوقائع إذا ارتبطت بالقانون، باعتبارها من الأركان التي يقوم عليها القرار، والتي تشكل ركن السبب فيه؛ وذلك حتى تتحقق المحكمة من مطابقة هذه الوقائع أو عدم مطابقتها للقانون، وأثر ذلك في النتيجة التي انتهى إليها القرار.... وإنه وإن كان التعبير الفني عن الأفكار سواء كانت بالكتابة، أم التمثيل، أم الصورة وغيرها من وسائل التعبير قد كفلها الدستور الكويتي في المادة ٣٦ منه.... إلا أنه لما كانت الوسائل الفنية في التعبير مما تختلف حولها وجهات النظر، مما يوجب على المحكمة عند رقابتها لمدى مشروعية القرارات الإدارية بحظر هذه الأعمال أو رفض التصريح بها، أن تستعين برأي الخبرة الفنية التي يتوافر لها الرأي المحايد، فيما يبتغي نشره أو التصريح به، وكان الحكم المطعون فيه قد ألغى القرار المطعون فيه برفض التصريح للمطعون ضده بعرض فيلم (جسوم أي شيء) تأسيساً على ما أثبته في أسبابه، أنه بعد أن شاهدت المحكمة الفيلم لم تجد فيه مشاهد أو عبارات أو أحداث تصور الرذيلة على أنها الشيء الأساسي في المجتمع، أو أنها أصبحت ظاهرة وغالبة على الأسرة والأفراد، وأن ما تعرض له الفيلم من أحداث ووقائع وجوانب سلبية، وإن كانت موجودة في المجتمع الكويتي، بل وفي كافة المجتمعات العربية والإسلامية، فإنما بقصد التنبيه لها وتسليط الضوء عليها، لمحاربتها والقضاء عليها ومنع تفشيها أو تحولها إلى ظاهرة تهدد كيان الأسرة الكويتية، وهذا الذي استخلصه الحكم من واقع مشاهدته للفيلم، لا يستقيم تحقيقه والوصول إليه إلا من خلال استطلاع رأي أهل الخبرة، باعتبارها من المسائل الفنية....

وإذ خالف الحكم هذا التطبيق فإنه يكون معيباً بما يوجب تمييزه [(١)] [(٢)].

---

(١) حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٢٠٠٧/١٨٧/إداري بجلسة ٢٠٠٨/٤/٢٩.

(٢) وفيما يتعلق بحرية الرأي والنشر وفقاً للقانون رقم ١٩٦١/٣ بشأن المطبوعات والنشر، وعن مدى المسئولية المدنية لرئيس التحرير والجريدة قالت الدائرة التجارية الثالثة بمحكمة التمييز في الحكم الصادر في الطعن رقم ٢٠٠٣/٥٣٩ بجلسة ٢٠٠٤/١١/٦ ما يلي :

«.... إن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن المادة رقم ٢٨ من القانون رقم ٣ لسنة ١٩٦١ بإصدار قانون المطبوعات والنشر والمعدل قد نصت على مسئولية رئيس التحرير عن جريمة النشر، وأن مفاد نص المادتين ١٠، ١٤ من القانون سالف الذكر أن مسئولية رئيس التحرير تؤسس على سلوك وخطأ شخصي، فالقانون يلزمه أن يراقب نشاط العاملين بالصحيفة، باعتباره المهيمن وحده على عملية النشر، فلا يأذن به إلا بعد أن يتحقق تماماً من خلو ما ينشر بالجريدة من أية مخالفة للقانون، حتى لا تتخذ الصحف صاحبة الرسالة السامية في المجتمع من أن تكون أداة للعدوان على حقوق المواطنين مما لازمه أن لا يتأتى حصول نشر أي مادة في الجريدة إلا بسلوك إيجابي من رئيس التحرير، أو إهمال تمثل في موافقته على النشر والإذن بإجرائه، وهي على هذا النحو مسئولية فعلية وحقيقية، لا استثنائية أو مفترضة، وأن النص في الدستور في المادة ٣٦ على أن حرية الرأي والبحث العلمي مكفولة، ولكل إنسان حق التعبير عن رأيه بالقول أو بالكتابة أو غيرها... ، وفي المادة ٣٧ على أن حرية الصحافة والطباعة والنشر

المبدأ الرابع :

حرية الصحافة والطباعة والنشر- القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦١ بإصدار قانون المطبوعات والنشر وتعديلاته - أحوال وشروط إلغاء ترخيص الجريدة أو تعطيلها أو وقفها - قاعدة توازي الاختصاصات مؤداها أن من يملك إصدار القرار هو الذي يملك إلغاءه أو سحبه أو تعديله - إذا كان القانون قد حدد السلطة المختصة بإصدار القرار ابتداء، ثم حدد بعد ذلك سلطة أخرى لإلغائه - فإنه يتعين الالتزام بأحكام القانون في هذا الشأن امتثالاً لإرادة المشرع - أثر ذلك - بطلان قرار وزير الإعلام بإلغاء ترخيص جريدة.

«.. إن النص في المادة ١٣ من القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦١ بإصدار قانون المطبوعات والنشر وتعديلاته على أنه: «لا يجوز إصدار جريدة إلا بعد الترخيص في إصدارها من رئيس دائرة المطبوعات والنشر»، وفي المادة ٣٥ بعد إلغاء التعديلات عليها بالقانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٨٦ - بسبب عدم إقرار مجلس الأمة بتاريخ ١٩٩٣/١/١٩ - على أنه: «لا يجوز تعطيل أي جريدة أو إلغاء ترخيصها إلا بموجب حكم نهائي صادر من محكمة الجنايات .... الخ «، وفي المادة ٣٥ مكرراً المضافة بالقانون رقم ٥٩ لسنة ١٩٧١ على أنه: «مع عدم الإخلال بالجزاءات المنصوص عليها في هذا القانون أو أي قانون آخر، يجوز بقرار من مجلس الوزراء تعطيل الجريدة لمدة لا تجاوز سنتين أو إلغاء ترخيصها، إذا ثبت أنها تخدم مصالح دولة أو هيئة أجنبية، أو أن سياستها تتعارض مع المصلحة الوطنية، أو إذا تبين أنها حصلت من أية دولة أو جهة أجنبية على معونة أو مساعدة أو فائدة في أية صورة كانت ولأي سبب وتحت أية حجة أو تسمية حصلت بها عليها، بغير إذن من وزارة الإعلام، كما يجوز عند الضرورة القصوى أن يوقف إصدار الجريدة بقرار من وزير الإعلام لمدة لا تجاوز ثلاثة أشهر، يدل على أن المشرع حدد أحوال وشروط إلغاء ترخيص الجريدة أو تعطيلها أو وقفها بالطريق الإداري، وحدد السلطة المختصة بإصدار هذه القرارات، فقصر الاختصاص بإلغاء ترخيص الجريدة أو بتعطيلها لمدة لا تجاوز سنتين على مجلس الوزراء وحده، ثم أجاز لوزير الإعلام، عند الضرورة القصوى، وقف الجريدة لمدة لا تجاوز ثلاثة أشهر، ومن ثم فإن وزير الإعلام لا يملك، بحكم القانون، سوى وقف الجريدة لمدة لا تزيد على ثلاثة أشهر، ولا يغير من ذلك ما أثاره المطعون ضده من اختصاص وزير الإعلام بإلغاء الترخيص،على

مكفولة... ، وفي المادة ٢٦ من قانون المطبوعات والنشر رقم ٣ لسنة ١٩٦١ على أن يحظر نشر ما من شأنه أن يخدش الآداب العامة أو يمس كرامة الأشخاص أو حرياتهم الشخصية، يدل . وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة . على أن الأصل الدستوري هو حرية الفكر وإبداء الرأي، بما في ذلك من حق النقد، وأن الاستثناء هو القيد، ولا يجوز أن يمحو الاستثناء الأصل، أو يجور عليه، أو يعطله، بل يقتصر أثره على الحدود التي وردت به، وأن النشر المباح هو الذي لا يتضمن ما يخدش الآداب العامة، أو يمس كرامة الأشخاص أو حرياتهم الشخصية التي كفلها الدستور والقانون، فإذا تجاوز النشر هذا الحد وجب مؤاخذة المسئول عنه باعتباره مرتكباً لجريمة القذف والسب أو الإهانة، حسب الأحوال، كما يجب مساءلته عن الأضرار التي ترتبت على ذلك، وأن الحكم الصادر في المواد الجزائية تكون له حجية في الدعوى المدنية، كلما كان قد فصل فصلاً لازماً في وقوع الفعل المكون للأساس المشترك بين الدعويين الجزائية والمدنية، وفي الوصف القانوني لهذا الفعل، ونسبته إلى فاعله... لما كان ذلك وكان البين من الأوراق أن الحكم الابتدائي المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بتوافر الخطأ في جانب الطاعن الأول عن الأضرار التي لحقت بالمطعون ضده الأول من جراء موافقته -بصفته رئيساً لتحرير جريدة الرأي العام- على نشر التحقيق الصحفي المطالب بالتعويض عنه، وقد تضمن هذا التحقيق إهانة وسب وقذف في حق المضرور، مما أساء إلى سمعته وكرامته، متجاوزاً حدود النشر المباح، وذلك استناداً إلى الحكم الجزائي النهائي الصادر ضده في الجنحة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ صحافة، والذي دانه عن نشر المقال المطالب بالتعويض عنه حال كونه عائداً؛ إذ سبق الحكم عليه بالإدانة في جرائم مماثلة؛ وإذ كان هذا الحكم له حجيته أمام المحكمة المدنية في ثبوت الخطأ في جانبه، مما لا يجوز معه للمحكمة المدنية أن تعيد بحث هذا الخطأ؛ وإذ التزم الحكم المطعون فيه حجية هذا الحكم فإنه يكون قد التزم صحيح القانون.

وحيث أن الطاعنين ينعيان بالوجه الثاني من السبب الخامس على الحكم الطعون فيه، وفي بيان ذلك يقولان أن الحكم الزمهما بالتضامن بالتعويض المقضي به، علىسند من أن أن الطاعن الأول الذي يرأس تحرير جريدة الرأي العام المملوكة للشركة الطاعنة الثانية، ومن ثم فهي تسأل كمتبوعة عن الضرر الذي أحدثه تابعها، رغم أنه لا يكفي لقيام علاقة التبعية مجرد ملكية الأخير للجريدة، بل يتعين توافر شرطي الأجر والتبعية، ولا يجوز افتراض هذه العلاقة....

وحيث إن هذا النعي غير سديد ذلك أن المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه إذا كان الحكم سليماً في نتيجته التي انتهى إليها، فإنه لا يعيبه ما يكون قد اشتملت عليه أسبابه من تقريرات قانونية خاطئة؛ إذ لمحكمة التمييز تصحيح هذه الأسباب دون أن تميزه، لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق... أن الطاعن الأول أقر بملكيته لجريدة الرأي العام التي تقوم بإصدارها المطعون ضدها الثانية (شركة دار الجزيرة للصحافة والنشر) ،كما ثبت من توكيله لمحاميه أنه شريك ومدير للشركة المذكورة، صاحبة حق امتياز إصدار جريدة الرأي العام،... ولما كان من المقرر بنص المادة ٢٠١ من قانون الشركات التجارية أن على الشركة ذات المسئولية المحدودة أن تعين مديراً أو أكثر من بين الشركاء، أو من غيرهم...وتنص المادة ٢٠٤ من ذات القانون على أن المديرين مسئولون بالتضامن تجاه الشركة والشركاء والغير عن مخالفتهم القانون أو لعقد التأسيس أوعن الخطأ في الإدارة، ومن ثم يكون الطاعن الأول والطاعنة الثانية مسئولين عن تعويض المطعون ضده الأول عن الضرر الذي لحق به، نتيجة موافقة الطاعن الأول على نشر المقال، فإنه يكون قد انتهى إلى نتيجة صحيحة لا يعيبه ما اشتملت عليه أسبابه من تأسيس مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه؛ إذ لمحكمة التمييز أن تقوم بتصحيح الحكم، وأن تستكمل ما قصر في بيانه من الأسباب القانونية، دون أن تميزه... وحيث إنه لما تقدم يتعين رفض الطعن.»

سند من أن من يملك منح الترخيص يملك إلغاءه، دون حاجة إلى نص بذلك، إعمالاً لقاعدة توازي الاختصاصات... ذلك أن مناط إعمال هذه القاعدة هو خلو التشريع من نص يحدد السلطة المختصة بإلغاء القرار أو سحبه أو تعديله....

ولما كان الثابت من الأوراق - وعلى ما سجله الحكم المطعون فيه - أن القرار محل النزاع بإلغاء ترخيص مجلة (الشاهد) صدر بتاريخ ٢٠٠٢/١٢/١١ من وزير الإعلام، فإنه يكون صادراً من سلطة لا تملك إصداره، ويكون معيباً بعيب عدم الاختصاص، ومن ثم غير مشروع وواجب الإلغاء .... [١].

المبدأ الخامس:

الجنسية الكويتية - تستحق لكل من ولد لأب كويتي متى ثبت على وجه قاطع - لا يؤثر في ذلك اكتشاف هذه الحقيقة بعد هذا التاريخ - التزام الحكم المطعون فيه هذا النظر، وترتيب آثاره وفقاً لقانون التأمينات الاجتماعية يعتبر صحيحاً - أساس ذلك.

«إن النص في المادة الأولى من قانون الجنسية رقم ١٥ لسنة ١٩٥٩ المعدل بفقرتيها الأولى والثانية على ما يأتي : «الكويتيون أساساً هم المتوطنون في الكويت قبل سنة ١٩٢٠ وكانوا محافظين على إقامتهم العادية فيها حتى نشر هذا القانون، وتعتبر إقامة الأصول مكملة لإقامة الفروع»، وفي المادة الثانية من ذات القانون على أن: «يكون كويتياً كل من ولد في الكويت أو في الخارج لأب كويتي» يدل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على أن المشرع حدد من هم الكويتيون الذين يؤسسون الوطن لأول مرة، وهذه هي جنسية التأسيس، أو بعبارة أخرى الجنسية الأصلية، كما كشف المشرع بذلك عن مراده بأحقية الجنسية الكويتية لكل من ولد لأب كويتي، لتصبح الجنسية لصيقة بالميلاد وقرينه، دون حاجة إلى إجراء آخر، متى ثبت على وجه قاطع نسبة المولود إلى أب كويتي، ومن ثم فإن من يحصل على الجنسية الكويتية بصفة أصلية يكون كويتياً منذ مولده، ولو لم تكتشف حقيقة ذلك إلا بعد هذا التاريخ؛ وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر، وخلص في نطاق سلطته في تحصيل فهم الواقع في الدعوى إلى أن الثابت، بغير خلاف بين طرفي الخصومة، أن «إياد» المؤمن عليه» اكتسب الجنسية الكويتية بالتأسيس بتاريخ ٢٠٠١/٩/٣، ورتب عليه أن يكون من تاريخ التحاقه بالعمل لدى الطاعن بصفته في ١٩٨٤/٦/١١ كويتياً، طبقاً لحكم القانون، وأنه ظل متمتعا بها حتى تاريخ انتهاء خدمته في ١٩٩٣/٣/١٥، بما يتعين معه معاملته طبقا للقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦ بإصدار قانون التأمينات الاجتماعية وتعديلاته، على أنه كويتي الجنسية، منذ التحاقه بالعمل لدى الطاعن، وأن يسدد الأخير الاشتراكات التأمينية بصفته صاحب العمل، فإنه لا يكون قد خالف القانون، ولم يخطئ في تطبيقه، ويضحي النعي عليه بسبب الطعن على غير أساس «[٢].

المبدأ السادس:

جواز سفر - القانون رقم ١١ لسنة ١٩٦٢ في شأن جوازات السفر - ثبوت أن المطعون ضده كويتي الجنسية يمنحه الحق في الحصول على جواز سفر - امتناع جهة الإدارة عن إصدار الجواز - يعتبر قراراً سلبياً جائز الطعن عليه بالإلغاء دون التقيد بميعاد رفع دعوى الإلغاء - أساس ذلك - مثال:

«.. وإذ كان النص في المادتين ١٧، ١٩ من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٦٢ في شأن جوازات السفر على أنه: «تصرف جوازات السفر لمن يتمتعون بالجنسية الكويتية وفقاً لأحكام قانون الجنسية المعمول به وقت إصدار الجواز» ، وأنه: «يجوز لأسباب خاصة بقرار

(١) - حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٢٠٠٤/٢٩٤/ إداري بجلسة ٢٠٠٥/٣/٢٨.
(٢) - حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٢٠٠٤/٣٩٨ إداري بجلسة ٢٠٠٧/١/١٦.

من وزير الداخلية رفض منح جواز سفر أو تجديده، كما يجوز سحب الجواز بعد إعطائه «يدل على أن منح جواز السفر لصيق بالجنسية الكويتية، فهو حق لكل من تثبت له هذه الجنسية، ولا يجوز لجهة الإدارة حرمانه منه بغير مسوغ يقتضيه الصالح العام، ويبرر المساس بحقه الدستوري في السفر إلى الخارج ... وإذا ما ارتأت جهة الإدارة هذا المسوغ، فعليها أن تفصح عن إرادتها بقرار إيجابي بالرفض، استناداً على الأسباب الخاصة التي دعت إليه، لما كان ذلك، وكان الثابت من الأوراق، وعلى ما سلف بيانه في الرد على الوجه الثاني من السبب الأول، والوجه الأول من السبب الثاني، أن المطعون ضده كويتي الجنسية، تبعاً لثبوت نسبته لوالده الكويتي؛ وذلك وفقاً لحجية الأمر المقضي به، ولم تتمسك الطاعنة (وزارة الداخلية) في أية مرحلة من مراحل النزاع بتوافر مسوغ من الصالح العام يبرر حرمان المطعون ضده من حقه في الحصول على الجواز، وتلتزم بإصداره، دون أن يكون لها في ذلك أدنى سلطة تقدير، فإن امتنعت كان موقفها هذا يعد قراراً سلبياً، يسوغ الطعن عليه بالإلغاء، دون تقيد بميعاد ... ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه إذ وافق الحكم الابتدائي، فيما انتهى إليه ... من اعتبار القرار المطلوب إلغاؤه قراراً سلبياً، ورتب على ذلك قضاءه بقبول الدعوى شكلاً، فإنه لا يكون قد خالف القانون» [١].

المبدأ السابع :

جنسية - طلب المدعي بصفته ولياً على أبنائه القصر إلزام الجهة الإدارية باستخراج جوازات سفر كأثر من آثار الحكم في دعوى ثبوت النسب - حجية الأحكام الصادرة في مسائل الأحوال الشخصية - الحكم بعدم الاختصاص الولائي - أساس ذلك.

..... إن النص في المادة ١٨٥ من القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤ في شأن الأحوال الشخصية على أن الحكم الصادر في النسب لا يكون حجة إلا على من كان طرفاً في الخصومة، يدل على أن الأحكام النهائية في دعاوى النسب حجتها قاصرة على أطراف الخصومة، ولا تتعدى إلى الغير، وقد استهدف المشرع من ذلك رعاية العدل، وصيانة الحقوق، سداً للتحايل عن طريق استصدار أحكام بالنسب مكذوبة، صنعت في غيبة ذوي الشأن، ولو أن أحكام النسب اعتبرت حجة على الكافة، لوجب على وزارة الداخلية (كما تقول المذكرة الإيضاحية للقانون) التقيد بها، وتنفيذها في مسائل الجنسية، وضاعت المصلحة العامة، وهي مسائل تتسم بطابع سياسي يتعلق بكيان الدولة وحقها في تخير المنضمين إلى جنسيتها، وبما تعد معه صورة من أعمال السيادة التي تصدر من الحكومة بوصفها سلطة حكم، وليست سلطة إدارة، ومن أجل ذلك أخرج المشرع هذه المسائل من الاختصاص النوعي للدائرة الإدارية المنشأة بالمحكمة الكلية بالقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ المعدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٢، و أكدت ذلك المادة الثانية من قانون تنظيم القضاء الصادر بالمرسوم رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٠؛ وإذ كان الحق في استخراج جواز سفر يرتبط بمن له الحق في الجنسية الكويتية، وكان البين من الحكم الصادر في الدعوى رقم ١٩٧٠/١٠٧٦ أحوال شخصية أن الجهة الإدارية لم تكن طرفاً في الحكم فلا يكتسب الحجية قبلها بشأن ثبوت الجنسية، ويضحى إلزامها بإدراج أسمائهم في ملف الجنسية منطوياً على منازعة في الجنسية، وهو من أعمال السيادة التي تنأى عن ولاية القضاء، بما لازمه الحكم بعد الاختصاص الولائي؛ وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر، فإن النعي عليه في هذا الخصوص يكون على غير أساس[٢].

المبدأ الثامن:

حق التقاضي - حكم نهائي واجب التنفيذ - تقاعس جهة الإدارة في التنفيذ يستوجب الحكم بالتعويض - أساس ذلك - مثال (١).

---

(١) حكم محكمة التمييز في الطعن رقم٢٠٠٨/٩٨٢ إداري بجلسة ٢٠٠٦/٩/٢٦.

(٢) حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٢٠٠٥/٦٨٧ إداري، الطعن رقم ٢٠٠٥/٧٠٢ / إداري بجلسة ٢٠٠٧/١٠/٣٠.

«إن امتناع جهة الإدارة بغير وجه حق عن تنفيذ الحكم الصادر من القضاء إنما يشكل في حد ذاته مخالفة صارخة لقوة الشيء المقضي به، لما يمثله هذا المسلك من جانبها من انتهاك للحقوق وإهدار لأحكام القانون، وما يترتب على هذه المخالفة من إشاعة الفوضى وفقدان الثقة في سيادة القانون، ومخالفة لمبدأ أساسي وأصل من الأصول العامة الواجبة الاحترام، يستوي في ذلك أن يكون امتناع الجهة الإدارية كلية عن التنفيذ أو التراخي أو التقاعس فيه بما يجاوز المدة المعقولة؛ وإذ يقع دائماً على الإدارة واجب اتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذ الحكم القضائي، إعمالاً لحكم القانون الذي يقضي بوجوب المبادرة إلى تنفيذ الأحكام، إكباراً، وإعلاء لشأنها، ولا غرو أن حق المحكوم له في طلب التعويض عن مخالفة جهة الإدارة لالتزاماتها المترتبة على الأحكام الصادرة بالإلغاء هو حق مستقل عن الحق في طلب التعويض عن الأضرار التي لحقته من جراء القرار الملغي موضوع الدعوى [١]

المبدأ التاسع:

موظف - مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص - التمييز بين الرجل والمرأة في شغل بعض الوظائف ينطوي على الإخلال بهذا المبدأ - أساس ذلك - مثال.

«حيث إن وقائع النزاع تتحصل في أن المستأنف عليها أقامت الدعوى رقم ١٩٩٧/١٠٠/إداري/٤ طلبت فيها الحكم بإلغاء القرار الصادر من مجلس الأمة بترقية السيد/ .... رئيساً لمكتب شئون لجنة الشئون المالية والاقتصادية، وما يترتب على ذلك من آثار، والحكم بأحقيتها في شغل هذا المنصب اعتباراً من ١٩٩٦/١٠/١، وقالت بياناً لدعواها إنها تخرجت من كلية الاقتصاد والتجارة والعلوم السياسية بجامعة الكويت عام ١٩٨٦ بتقدير امتياز، والتحقت بالإدارة الاقتصادية بوزارة التخطيط في ١٩٨٦/٧/٣ بوظيفة باحثة اقتصادية، وبتاريخ ١٩٩٣/٨/٢ تم ندبها للعمل بإدارة البحوث بمجلس الأمة وبتاريخ ١٩٩٤/١٠/١ نقلت من وزارة التخطيط إلى المجلس، وبتاريخ ١٩٩٦/٦/٣٠ رقيت إلى الدرجة الثانية التي تعادل الدرجة العاشرة حالياً، وبتاريخ ١٩٩٦/١٠/١٦ فوجئت بصدور قرار رئيس مجلس الأمة متضمناً ترقية السيد/ .... رئيساً لمكتب شئون لجنة الشئون المالية والاقتصادية بإدارة اللجان، وكان يشغل وظيفة باحث محاسبي قبل ترقيته، وكانت المدعية تفوقه في الأقدمية من حيث سنة التخرج والتعيين وشغل الدرجة المالية ..... وبجلسة ١٩٩٨/١٢/٢٦ حكمت محكمة أول درجة بإلغاء القرار رقم ١٩٩٦/٤٠١ إلغاءً مجرداً ... وأقامت قضاءها على أن الأسباب التي استند إليها القرار الطعين مخالفة للقواعد القانونية المستقرة؛ لأن الأقدمية التي يجب مراعاتها عند الترقية هي الأقدمية في الدرجة، وليست الأقدمية في العمل بالجهة الإدارية أو سابقة العمل في اللجنة؛ لأن مجلس الأمة يمثل وحدة قانونية واحدة ترتبط بهيكل هرمي واحد للدرجات المالية، كما أن الزعم بأن طبيعة عمل الوظيفة المرقى إليها لا تتناسب مع الأنثى قول غير سديد؛ لأنه ما دام أن تعيين المرأة في وظائف مجلس الأمة يتفق وحكم القانون، فإنه من غير المنطقي الزعم بأن تعيينها بوظيفة رئاسية لا يتناسب وطبيعتها، واختصاصات وصلاحيات هذه الوظيفة، فضلاً عن تناقض ذلك مع الدستور واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة التي وافقت عليها دولة الكويت بالمرسوم رقم ٢٤ لسنة ١٩٩٤ ....

ولم ترتض الجهة الإدارية الحكم المذكور وأقامت استئنافاً بصحيفة أودعت إدارة كتاب المحكمة في ١٩٩٩/١/٢٣ والمقيد بالجدول برقم ١٩٩٩/٥/إداري.

وبجلسة ٢٠٠٠/٥/١٥ حكمت محكمة الاستئناف بإلغاء الحكم المطعون فيه، وبإلغاء القرار المطعون فيه فيما تضمنه من تخطّ .... في الترقية لوظيفة رئيس مكتب شئون اللجنة المالية والاقتصادية بإدارة شئون اللجان...

(١) حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٢٠٠٧/٢٩١ / إداري جلسة ٢٠٠٩/٦/٢٣ .

واستندت محكمة الاستئناف في حكمها على أنه: «لا ينال مما تقدم الحجج التي أثارتها الجهة الإدارية تدعيماً لوجهة نظرها، وتعضيداً للقرار المطعون فيه من أن أقدمية المستأنف عليها في الالتحاق بمجلس الأمة كانت منذ عام ١٩٩٤، بينما أن أقدمية المطعون في ترقيته في الالتحاق بالمجلس ترجع إلى عام ١٩٩١، فضلاً عن أنه أسبق منها في العمل بلجنة الشئون المالية والاقتصادية، فهذا القول لا سند له قانوناً؛ لأن العبرة في مجال المفاضلة في الترقية بين من اتحدت تقارير كفاءتهم هي بالأقدمية في الدرجة الوظيفية، وأما ما ساقته جهة الإدارة من أن طبيعة عمل الوظيفة لا يتناسب مع طبيعة الأنثى، لأن هذه الوظيفة تتطلب الاحتكاك المباشر والمستمر بالآخرين، فهو نعي غير سديد، أيضاً، ولا يتفق - بحسب ما ذهب إليه الحكم المستأنف بحق - مع نص المادة ٢٩ من الدستور التي تنص على أن الناس سواسية في الكرامة الإنسانية، وهم متساوون لدى القانون في الحقوق والواجبات العامة، لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين، فضلاً عن تناقض ذلك النعي مع اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة التي وافقت عليها دولة الدولة بموجب المرسوم رقم ١٩٩٤/٢٤[١].

خاتمة:

إن محصلة هذه الدراسة أنه توجد علاقة وثيقة بين ركائز ثلاث: السلطة والقانون والحرية، فلا تستطيع السلطة أن تتعامل مع الشعب إلا بالقانون الذي ينظم سلوك المجتمع، فمن غير المتصور لضمان أمن المجتمع واستقراره، أن تتخلف إحدى هذه الركائز.

ويستخلص من هذه الدراسة أيضاً أن الحرية تعتبر مرادفاً للديمقراطية، حيث إن جوهر الديمقراطية هو التعبير عن إرادة الأغلبية في إدارة شئون المجتمع، عن طريق ممثلين له خاضعين للرقابة الشعبية التي تتمحور في إجراء انتخابات تتم بصفة دورية، على أساس من المساواة، وفي جو من الحرية السياسية، وهو ما يعني أن الحرية وحرية الرأي والتعبير بصفة خاصة هي قرينة على الديمقراطية.

وفي ضوء هذه الدراسة نقترح ما يلي:

١ - من المفيد أن تتضمن مناهج التعليم بجميع مستوياته سواء الجامعي أم ما قبل الجامعي مواد عن حقوق الإنسان والحقوق والحريات العامة، وكيفية ممارستها وضماناتها.

وبالنسبة لسائر فئات المجتمع يتولى قطاع الإعلام تخصيص برامج لشرح وتفصيل هذه الموضوعات، حتى تكون ممارسة الديمقراطية عن وعي وفهم حقيقيين، وليست بوسائل تتنافر وتجهض الديمقراطية، كما هو الحاصل في بعض الأحيان.

٢ - العمل على تحقيق إرادة لجنة تأسيس الدستور بإصدار قانون إنشاء مجلس الدولة بتقسيماته الثلاثة: القسم القضائي وقسم الرأي أو الفتوى وقسم التشريع، وبحيث تكون لهذا المجلس الولاية العامة في الفصل في المنازعات الإدارية.

٣ - تعديل قانون الفتوى والتشريع بحيث ينشأ بدلاً منها هيئة قضائية تنوب عن الدولة وأجهزتها المختلفة في الدفاع عنها أمام الجهات والمحافل القضائية بمختلف أنواعها المحلية والدولية.

وأخيراً لا يسعنا إلا التنويه بأن موضوع الدراسة يعتبر من الموضوعات الرحبة الواسعة، ويلاحظ أننا قد أوجزنا فيه، وفقاً لما يقتضيه المقام، ولكنه في الحقيقة يفتح الباب أمام مجالات أخرى شتى، ولذا نقدم عذرنا للقارئ إذا كان قد شاب هذا العمل أي تقصير، فالكمال لله وحده سبحانه وتعالى، ونأمل أن تكون الدراسة قد تناولت ما يهم القارئ في حدود موضوعها الذي يتعلق بالحقوق والواجبات العامة وموقف القضاء الإداري الكويتي في هذا الخصوص.

(١) حكم محكمة الاستئناف بجلسة ٢٠٠٠/٥/١٥ في الاستئناف رقم ١٩٩٩/٥ إداري.

أعمال السيادة والقضاء الإداري

المستشار الدكتور / خالد عبد الحميد

محكمة التمييز

يهدف النظام الديمقراطي أساساً إلى حماية الحقوق والحريات العامة، مما يقتضي بالضرورة وجوب أن تخضع الدولة في جميع أعمالها وتصرفاتها للقانون ، وأن يُمكن الأفراد بوسائل مشروعة من رقابة الدولة في أدائها لوظيفتها ، بحيث يمكن أن يردوها إلى جادة الصواب كلما عنّ لها الخروج على حدود القانون عن عمد أو إهمال [١] .

والأصل العام هو خضوع جميع الأعمال والقرارات الإدارية لرقابة القضاء إعمالاً لمبدأ المشروعية الذي يعني «سيادة حكم القانون» ، وعدم جواز تحصين أي منها من هذه الرقابة ، وتعد أعمال السيادة قيداً على هذا الأصل ، وهي أعمال إدارية تكون بمنجاة من الخضوع للرقابة القضائية ولو كانت غير مشروعة .

وقد ظهرت نظرية أعمال السيادة في فرنسا ، إذ ولدت في ساحة القضاء الإداري الفرنسي وتبلورت في رحابه ، وجاء ظهورها لأسباب تاريخية ، فعلى إثر عودة الملكية في فرنسا سنة ١٨١٤ بيتت الحكومة النية على إلغاء المجلس للتخلص من رقابته ، فلجأ هذا الأخير إلى إعفاء نوع من التصرفات الحكومية من رقابته على أساس أن تلك التصرفات تتعلق بكيان الدولة داخلياً أو بسيادتها خارجياً، وأن يمتنع من تلقاء نفسه عن التعرض لها والنظر فيها لضمان بقائه رقيباً على سائر الأعمال الإدارية [٢] . وقد ساعد على ذلك أن مجلس الدولة الفرنسي – عند إنشائه في أواخر القرن الثامن عشر– كان مكوناً من ذوي الخبرة في الشئون الإدارية والفنية والقضائية ، وكان قضاؤه – فيما يعرض عليه من الطعون والتظلمات التي تقدم ضد القرارات التي تصدر من الهيئات الإدارية – مُعلقاً على تصديق رئيس الدولة ، ولم يصبح له الحق في إصدار أحكام قضائية تكتسب قوة الشيء المحكوم فيه إلا بعد دستور سنة ١٨٧٢ ، فكان هذا المجلس بطبيعة تكوينه ذا نزعة حكومية يتجنب الاصطدام بالحكومة في الموضوعات ذات الخطر ، كما كان بحكم مبدأ فصل السلطات لا يتعرض لأعمال الهيئات التشريعية والقضائية ، ويتجنب التصرفات التي تجريها الدولة في المحيط الدولي والدبلوماسي [٣] .

وعلى الرغم من اشتداد ساعد مجلس الدولة بعد ذلك وصيرورة قضائه باتاً غير معلق على تصديق أحد ، فإنه احتفظ بنظرية أعمال السيادة حماية لأعمال الإدارة ذات الصبغة السياسية ، وإن عمل على الحد من خطورة آثارها بتقليص نطاقها [٤].

وكانت الحكمة من استبعاد أعمال السيادة من ولاية القضاء أن هذه الأعمال تتصل بسيادة الدولة في الداخل والخارج ولا تقبل بطبيعتها أن تكون محلاً للتقاضي لما يحيط بها من اعتبارات سياسية تبرر تخويل السلطة التنفيذية سلطة تقديرية أوسع مدى وأبعد نطاقاً تحقيقاً لصالح الوطن وسلامته دون تخويل القضاء سلطة التعقيب على ما تتخذه من إجراءات في هذا الصدد، لأن ذلك يقتضي توافر معلومات وعناصر وموازين تقدير مختلفة لا تتاح للقضاء ، فضلاً عن عدم ملاءمة طرح هذه المسائل علناً في ساحات القضاء [٥] .

وقد حاول الفقه رغم ذلك إيجاد تبرير لنظرية أعمال السيادة ، فذهب فريق إلى القول بأنها تستند إلى اعتبارات سياسية ، ذلك أن أخذ القضاء بها يكشف عن رغبته عدم التدخل في الأعمال السياسية للحكومة، لأنها أعمال تتنافى بطبيعتها مع الرقابة القضائية .

---

(١) د. سليمان محمد الطماوي، «الوجيز في القضاء الإداري» ، طبعة (١٩٧٤) ، ص (١٣) .

(٢) د. محمود محمد حافظ، «القرار الإداري» ، ص (١٢٥) .

(٣) المستشار / محمد عبد السلام ، « أعمال السيادة في التشريع المصري» ، مجلة مجلس الدولة السنة (٢)، ١٩٥١، ص ١ .

(٤) د. فاروق عبد البر، «دور مجلس الدولة المصري في حماية الحقوق والحريات العامة» ، طبعة (١٩٨٨) الجزء الأول ، ص (٥٢٦) .

(٥) حكم المحكمة العليا في مصر في الدعوى الدستورية رقم (٢٢) لسنة (٦) القضائية ، جلسة ١٩٧٧/٢/٥، السنة (١)، ص (٣٢) . وراجع: المستشار الدكتور / عادل عمر شريف، «القضاء الدستوري في مصر» ، طبعة ١٩٨٨، ص (١٦٦) .

بينما ذهب فريق آخر إلى محاولة البحث عن سند قانوني لها ، أو محاولة تبريرها بالاستناد إلى بعض الاعتبارات القانونية والعملية . لكن فريقاً ثالثاً ذهب إلى أن هذه النظرية غير قابلة للتبرير من الناحية القانونية؛ لأنها تتضمن خروجاً صريحاً واعتداء صارخاً على مبدأ المشروعية [١].

طبيعة أعمال السيادة ومعايير تمييزها :

تعذر على القضاء والفقه الفرنسيين الاستقرار على مميزات خاصة لأعمال السيادة تصلح ركناً لتعريفها ومعياراً دقيقاً لها ، ولذلك تعاقبت المعايير وتزاحمت وعدل عن الواحد منها ورجع إليه مرات ، فاعتمد في البداية على معيار الباعث السياسي ، ومؤداه أن العمل يعتبر من أعمال السيادة إذا كان الباعث عليه سياسياً ، بأن كان الغرض منه حماية الجماعة في ذاتها ضد أعدائها في الداخل أو الخارج. لكن هذا المعيار انتقد؛ لأنه مناف للديمقراطية ويمثل خطورة على حقوق الأفراد وحرياتهم ، ويتيح الفرصة للإدارة أن تتستر وراء باعث تدعيه وتصفه بأنه باعث سياسي بقصد تحصين عملها والإفلات من رقابة القضاء، لذلك سرعان ما تم العدول عن هذا المعيار وهجره منذ عام ١٨٧٥ [٢] .

وظهر بعد ذلك المعيار المستمد من طبيعة العمل ذاته ، فالعبرة بطبيعة العمل بصرف النظر عن الباعث عليه ، لكن الآراء اختلفت في هذا النطاق ، فذهب رأي إلى أن العمل يكون من أعمال السيادة إذا كان تنفيذاً لنص دستوري ، ويكون من قبيل الأعمال الإدارية العادية إذا كان تنفيذاً للقوانين أو اللوائح . لكن هذا الرأي يقيم تفرقة تحكمية لا تستند إلى أساس مقبول ، كما أنه لا يتصور أن تكون الأعمال الصادرة تنفيذاً للنصوص الدستورية بمنجاة من رقابة القضاء في حين أن هذه النصوص لم توضع إلا لتكون معقلاً لحقوق الأفراد وحصناً حصيناً لحرياتهم [٣] .

وذهب رأي آخر إلى أن العمل يكون من أعمال السيادة إذا كان صادراً عن السلطة التنفيذية بوصفها سلطة حكم ، ويكون عملاً إدارياً عادياً إذا كان صادراً منها باعتبارها سلطة إدارة ، إلا أن هذه التفرقة بدورها تحوطها من الناحية العملية صعوبات بالغة؛ ذلك أن السلطة التنفيذية هي التي تقوم بالأمرين معاً : أعمال الحكم وأعمال الإدارة ، وأنه من العسير إقامة معيار واضح يحدد ما يكون من أعمال الحكومة وما يكون من أعمال الإدارة لوحدة الجهة الصادر عنها كل من النوعين [٤].

ونظراً لإخفاق الفقهاء في العثور على معيار محدد لأعمال السيادة ، فقد لجأوا بعد ذلك إلى استقراء الأحكام القضائية باعتبارها الملاذ الوحيد لمعرفة ما يعتبر من أعمال السيادة . وأمكن للفقهاء تكوين قائمة لهذه الأعمال ، من أهمها : الأعمال المنظمة للعلاقة بين السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية ، والأعمال المتصلة بالعلاقات الدولية والدبلوماسية ، وبعض الأعمال الحربية، وبعض إجراءات الأمن الداخلي ، والمسائل المتعلقة بالسيادة الإقليمية ، والمسائل المتصلة بسيادة الدولة الخارجية [٥].

---

(١) د. محمود محمد حافظ ، المرجع السابق ، ص (١٢٩) . وراجع :المستشار / حمدي ياسين عكاشة ، « موسوعة القضاء الإداري في قضاء مجلس الدولة» ، الجزء الأول، ٢٠٠١، ص (١٥٩). والمستشار د. ماهر أبو العينين «الوسيط في شرح اختصاصات مجلس الدولة»، الجزء الأول ٢٠٠٠، ص (٣٢٢) .

(٢) راجع : د. محمود حافظ ، المرجع السابق ، ص (١٣٠) . والمستشار / حمدي ياسين عكاشة ، المرجع السابق، ص (١٦٠) .

(٣) د. محمود حافظ ، المرجع السابق، ص (١٣١) .

(٤) د. يحيى الجمل ، «الدعاوى الإدارية» ، طبعة ١٩٨٤، ص (٤٦) . وراجع في عرض هذه المعايير : د. سليمان الطماوي ، المرجع السابق ، ص (٢٦٢) وما بعدها . ود. محمود حافظ ، المرجع السابق ، ص (١٢٩) وما بعدها .

(٥) د. محمود حافظ ، المرجع السابق ، ص (١٣١) .

أعمال السيادة وحق التقاضي :

الأصل العام أنه لا يجوز حرمان الأفراد من حق اللجوء إلى القضاء أو من الحق في مخاصمة الآخرين أمام القضاء . أياً كان هذا المنع . سواء تمثل في منع الفرد من حق اللجوء إلى القضاء في موضوع معين أو عدد من الموضوعات أو منع سماع الدعاوى المتعلقة بهذه الموضوعات أمام القضاء؛ لما ينطوي عليه ذلك من اعتداء على مبدأ المشروعية المتمثل في فرض سيادة القانون على الجميع ، ويخالف مبدأ استقلال السلطة القضائية عن السلطتين التشريعية والتنفيذية ، ويتصادم مع مبدأ فصل السلطات بحسبان أن السلطة القضائية هي المختصة دون غيرها بإنزال حكم القانون على المنازعات المرفوعة إليها ، كما يتعارض مع حق التقاضي باعتباره حقاً دستورياً سواء نص عليه الدستور أم لم ينص؛ لأن هذا الحق يعد – بلا ريب – من الحقوق الدستورية المستمدة مباشرة من النصوص الدستورية أو بصورة غير مباشرة من روح الدستور .

وولاية القضاء تتسع لكل نزاع يتعلق بالحقوق والحريات وعلاقات الحاكم بالمحكوم وعلاقات الأفراد والجماعات فيما بينهم ، وكل ما يتعلق بإقامة العدل والإنصاف ، ولا تتقيد ولاية القضاء إلا في الحدود وبالقدر الذي يقضي به نص صريح.

والقاعدة أن حق التقاضي مكفول للناس كافة ، فيكون لكل ذي شأن حق اللجوء إلى قاضيه الطبيعي ، بما في ذلك حق التقاضي في المنازعات الإدارية والطعن على القرارات الإدارية النهائية وإخضاعها لرقابة القضاء ، لذلك كان الأصل في حق التقاضي هو خضوع الأعمال والقرارات الإدارية لرقابة القضاء وحظر تحصين أي منها من هذه الرقابة ، وإن وجد مثل هذا التحصين وهو استثناء وقيد على أصل الحق فلا يجوز التوسع في تفسيره أو القياس عليه ، بما يمحو الأصل أو يجور عليه أو يعطله ويتغول عليه [١].

لذلك فإن القضاء – وإن نظر إلى أعمال السيادة على اعتبار أن طبيعتها تأبى أن تكون محلاً لدعوى قضائية تحقيقاً للاعتبارات السياسية واستجابة لدواعي الحفاظ على كيان الدولة [٢] – أنزل في الوقت ذاته هذه الأعمال منزلة (الاستثناء) البحت، وفسر نصوصها تفسيراً ضيقاً كأي استثناء ، بل وكاستثناء يحتضر. وقد جاء تشدده في تحديد هذه الأعمال لتقديره بأن التوسع فيها يمثل خطراً شديداً على الحرية ، وتهديداً صارخاً لمبدأ المشروعية [٣].

ويتفق اتجاه القضاء في هذا الشأن مع ما يدعو إليه فريق من الفقه من ضرورة التضييق من دائرة ما يعتبر من أعمال السيادة ، أو الحد من الآثار الخطيرة المترتبة عليها بقصر هذه الآثار على الحصانة ضد الإلغاء دون التعويض [٤] . بل إن الرغبة في حماية حقوق الأفراد وحرياتهم دفعت فريقاً آخر من الفقه إلى الدعوة إلى ضرورة القضاء كلية على هذه النظرية ، والتي اعتبرها نقطة سوداء في جبين القانون العام الحديث ، كما حاول البعض الاستعاضة عنها بنظريات أخرى مقررة في القانون العام مثل نظرية أعمال الإدارة التقديرية أو نظرية الضرورة (٥)، على الرغم من أن هذا الاتجاه غير سليم لأن أعمال الإدارة التقديرية التي تدخل في نطاق السلطة التقديرية للإدارة لا تفلت تماماً من الرقابة القضائية كأعمال السيادة .

---

(١) حكم محكمة التمييز في الطعن رقم (٢٩٤) لسنة ٢٠٠٤ إداري ، جلسة ٢٠٠٥/٣/٢٨ .
(٢) حكم المحكمة الدستورية في الطعن رقم (٢) لسنة ١٩٩٩ «دستوري» ، جلسة ١٩٩٩/٤/٢٧ ، مجلد (٢)، ص (٩٨) .
(٣) د. فاروق عبد البر ، المرجع السابق ، ص (٥٤٠) .
(٤) راجع: د. محمود حافظ ، المرجع السابق ، ص (١٣٢) . ود . فاروق عبد البر ، المرجع السابق ، ص (٥٢٩) .
(٥) راجع : د. عثمان خليل عثمان ، « تعليق على حكم محكمة القضاء الإداري الصادر بتاريخ ١٩٤٧/٣/١٨ في القضية رقم (٥) لسنة (١) القضائية» ، مجلة مجلس الدولة السنة الأولى يناير ١٩٥٠، ص (٢٧٠) .

أعمال السيادة في التشريع الكويتي :

تجد نظرية أعمال السيادة سندها التشريعي بدولة الكويت في المادة (٢) من قانون تنظيم القضاء رقم (٢٣) لسنة ١٩٩٠، التي تنص على أنه « ليس للمحاكم أن تنظر في أعمال السيادة» ، وجاء في المذكرة الإيضاحية للقانون أن هذه المادة تؤكد «خروج أعمال السيادة عن ولاية القضاء عموماً لاتصالها بسيادة الدولة ، وهو مبدأ استقر في الفقه والقضاء منذ أمد بعيد . ومن ثم فليس للقضاء أن ينظر طلباً يمس أعمال السيادة سواء قصد به الإلغاء أو تفسيره أو وقف تنفيذه أو التعويض عنه».

ويلاحظ على هذا النص أن المشرع لم يشأ أن يقيد المحاكم بشيء ما في تحديد أعمال السيادة فلا هو وضع لها تعريفاً ولا وضع بياناً بحصر أعمال بذاتها ، وبذلك ترك للمحاكم بحث كل حالة تُعرض عليها وتقرير ما إذا كانت تنطوي على عمل من أعمال السيادة أو لا تنطوي على ذلك .

ولما أُنشئ القضاء الإداري استبعد المشرع في المادة (١) من قانون إنشاء دائرة بالمحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية رقم (٢٠) لسنة ١٩٨١ المعدل بالقانون رقم (٦١) لسنة ١٩٨٢ في البند الخامس منها ، استبعد من الاختصاص العام المقرر للدائرة الإدارية ومن نطاق القرارات الإدارية النهائية التي يجوز طلب إلغائها أو التعويض عنها ، «القرارات الصادرة في شأن مسائل الجنسية وإقامة وإبعاد غير الكويتيين وتراخيص إصدار الصحف والمجلات ودور العبادة».

معيار تمييز أعمال السيادة في ضوء أحكام القضاء الإداري الكويتي :

لما كان المشرع لم يورد تعريفاً جامعاً أو تحديداً قاطعاً لأعمال السيادة التي نص في المادة الثانية من القانون رقم (٢٣) لسنة ١٩٩٠ بشأن تنظيم القضاء على منع المحاكم من نظرها فإنه يكون قد ترك أمر تحديدها للقضاء اكتفاءً بإعلان مبدأ وجودها، فتكون المحاكم هي المختصة بتقرير الوصف القانوني للعمل الصادر من الحكومة وما إذا كان يُعد من أعمال السيادة أو لا يُعد كذلك [١].

وقد أخذ القضاء بمعيار موضوعي يرجع فيه إلى طبيعة العمل في ذاته للتمييز بين أعمال السيادة والأعمال الإدارية ، فأعمال السيادة لا تنصرف إلا إلى تلك الأعمال التي تتصل بالسياسة العليا للدولة أو بالإجراءات التي تتخذها الحكومة باعتبارها سلطة حكم في حدود وظيفتها السياسية ، وبما لها من سلطة عليا للمحافظة على سيادة الدولة وكيانها في الداخل والخارج ، أما الأعمال التي تباشرها في حدود سلطتها الإدارية وما تقوم به في إطار وظيفتها الإدارية تنفيذاً للقوانين فلا يصدق عليها هذا الوصف ، والقول بغير ذلك من شأنه أن يفضي إلى أن تتحلل الجهة الإدارية من اتباع أحكام القوانين والتزام حدودها وضوابطها ، والتحدي بتحصن تلك الأعمال من الرقابة القضائية بما يحجب الأفراد عن المطالبة باقتضاء حقوقهم التي تنتظمها القوانين واللوائح [٢].

لكن التفرقة بين ما يتصل من أعمال الحكومة بالسياسة العليا للدولة أو بالوظيفة السياسية لها وبين ما تقوم به في نطاق وظيفتها الإدارية أمر قد يدق في كثير من الأحوال ، لذلك فإن المستقر عليه أن المرد في تحديد أعمال السيادة يرجع إلى السلطة التقديرية للقضاء وحده لتقرير ما يعتبر كذلك بحسب ظروف وطبيعة كل عمل من تلك الأعمال [٣] .

---

(١) حكم محكمة التمييز في الطعن رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ إداري ، جلسة ٢٠٠٧/٧/٢ .
(٢) حكم محكمة التمييز في الطعن رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٦ إداري ، جلسة ٢٠٠٧/٧/٢ .
(٣) حكم المحكمة الدستورية في الكويت في الطعن رقم (٢) لسنة ١٩٩٩، «دستوري» سالف الذكر .

تطبيقات للقضاء الكويتي والمقارن لما يعتبر من أعمال السيادة وما لا يعتبر كذلك:

القرارات التي تصدرها الحكومة تنفيذاً للقوانين واللوائح لا تعتبر من أعمال السيادة:

لا تنصرف أعمال السيادة . على ما سلف البيان . إلا إلى الأعمال التي تتصل بالسياسة العليا بالدولة والإجراءات التي تتخذها الحكومة بما لها من السلطة العليا للمحافظة على سيادة الدولة وكيانها في الداخل والخارج ، ولا يعتبر من هذا القبيل ما تصدره الحكومة من قرارات تنفيذاً للقوانين واللوائح؛ إذ إن مثل هذه القرارات تندرج في دائرة أعمال الحكومة العادية [١]. ويرجع ذلك إلى أن مثل هذه القرارات ليس لها من الشأن والأهمية الخطيرة ما يرفعها إلى مرتبة الأعمال المتعلقة بالسياسة العليا للدولة ، وما دام هناك نص في القوانين أو اللوائح يتضمن ما يجب اتخاذه من الإجراءات أو ما يلزم توافره من الشروط لإتمام عمل من أعمال الإدارة ، فالقرار الذي يصدر بالتطبيق لهذا النص يندرج في دائرة أعمال الحكومة العادية ولا صلة له بأعمال السيادة [٢].

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة القضاء الإداري في مصر بأن القرار الذي أصدرته الحكومة منظماً للتصدير والاستيراد مستنداً إلى المرسوم بالقانون رقم (١٠٥) لسنة ١٩٤٥، والذي أحال على وزير المالية مهمة اتخاذ القرارات اللازمة لتحديد البلاد التي يجوز الاستيراد منها ، وكذلك تحديد السلع التي يجوز استيرادها ، لا يعدو أن يكون من القرارات المتعلقة بتنفيذه وتطبيقه فيكون بعيداً عن أعمال السيادة [٣].

وقضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بأن المرسوم الخاص بشئون التموين قد خول في المادة الأولى منه وزير التموين أن يتخذ بقرارات يصدرها بموافقة لجنة التموين العليا كل أو بعض التدابير المشار إليها في المادة ، ومنها الاستيلاء على أية واسطة من وسائط النقل ، وإذ حدد النص المشار إليه جهة الإدارة المختصة بالاستيلاء ، ورسم لها ما يجب اتخاذه من إجراءات وما يلزم توافره من الشروط لإتمام الاستيلاء باعتباره عملاً من أعمال الإدارة ، فإن القرارات الفردية التي تصدر بالاستيلاء تنفيذاً للنص المشار إليه تكون من القرارات الإدارية التي يجب أن تتخذ في حدود القانون والتي يتعين خضوعها إعمالاً لمبدأ سيادة القانون لرقابة القضاء ، وتنأى بذلك هذه القرارات الإدارية عن أعمال السيادة ، تلك الأعمال التي تصدر عن الحكومة باعتبارها سلطة حكم لا سلطة إدارة . ويكون قرار وزير التموين بالاستيلاء على السيارات المملوكة للمدعين تنفيذاً لحكم المرسوم بقانون المشار إليه قراراً إدارياً يختص القضاء الإداري بمراقبة مشروعيته [٤].

وفي مجال الأحكام العرفية : فرقت أحكام القضاء بين مرسوم إعلان الأحكام العرفية، أو إعلان حالة الطوارئ ، وبين التدابير التي يتخذها القائم على إجراء النظام العرفي تنفيذاً لهذا النظام [٥] . فلئن ساغ القول بأن قرار إعلان حالة الطوارئ من أعمال السيادة التي تصدر من الحكومة باعتبارها سلطة حكم لا سلطة إدارة ، بحسبانه من الإجراءات العليا التي تُتخذ في سبيل الدفاع عن كيان الدولة أو استتباب الأمن أو النظام العام بها ، فإن التدابير التي يتخذها القائم على إجراء النظام العرفي تنفيذاً لهذا النظام سواء كانت تدابير فردية أو تنظيمية يتعين أن تتخذ في حدود القانون وتلتزم حدوده وضوابطه ولا تنأى عن رقابة القضاء ؛ إذ إنها لا تجاوز دائرة القرارات الإدارية التي تخضع لاختصاص القضاء الإداري . وعللت ذلك بأن القاعدة أن نظام الأحكام العرفية وإن كان نظاماً استثنائياً إلا أنه ليس

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري في مصر في القضية رقم (١٦٦) لسنة (٣) القضائية ، جلسة ١٩٥٠/٤/١٨. وكذلك حكمها في القضية رقم (٥١٦) لسنة (٢) القضائية ، جلسة ١٩٥٠/١٢/٢٦ .

(٢) د. فاروق عبد البر ، المرجع السابق ، ص (٥٣٢) . وحكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم (٣٠٤) لسنة (١) القضائية ، جلسة ١٩٤٨/٤/٢١ س (١)، ص (٣٣٨).

(٣) حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم (١٦٦) لسنة (٣) القضائية سالف الذكر .

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (٧١٨) لسنة (١٥) القضائية ، جلسة ١٩٧١/٢/٢٠ السنة (١٦)، ص (١٦٧) .

(٥) د. فاروق عبد البر ، المرجع السابق ، ص (٥٣٨) .

بالنظام المطلق، بل هو نظام خاضع للقانون أرسى الدستور أساسه وأبان القانون أصوله وأحكامه ورسم حدوده وضوابطه ، فوجب أن يكون إجراؤه على مقتضى هذه الأصول والأحكام وفي نطاق تلك الحدود والضوابط ، وإلا كان ما يُتخذ من التدابير والإجراءات مجاوزاً هذه الحدود أو منحرفاً عنها مخالفاً للقانون تُبسط عليه الرقابة القضائية إلغاءً وتعويضاً . فكل نظام أرسى الدستور أساسه ووضع القانون قواعده هو نظام يخضع بطبيعته . مهما يكن نظاماً استثنائياً . لمبدأ سيادة القانون ومن ثم لرقابة القضاء ، وليس ثمة شك في أن الاختصاصات المخولة للسلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية سندها هو القانون الذي عين نطاقها فلا سبيل لها إلى تجاوزه، وإذا كانت اختصاصات تلك السلطة وواقع القوانين المقررة لها اختصاصات بالغة السعة ، فإن ذلك أدعى إلى أن تنبسط عليها الرقابة القضائية حتى لا يتحول نظام هو في حقيقته ومرماه نظام دستوري يقيده القانون إلى نظام مطلق لا عاصم له ، وليست له من حدود أو ضوابط؛ إذ إن رقابة القضاء هي دون غيرها الرقابة الفعالة التي تكفل للناس حقوقهم الطبيعية وتؤمن لهم حرياتهم العامة وتفرض للقانون سيادته ولكل نظام حدوده الدستورية المشروعة [١] .

أما أعمال الحرب: فإنه ليس كل عمل يتم بمناسبة الحرب يعتبر من أعمال السيادة، وإنما اعتبر القضاء أن إعلان الحرب وما يترتب عليه من أعمال حربية وكذلك ما يصدر عن الحكومة وقت العمليات الحربية متعلقاً بها ونتيجة مباشرة لها بقصد الدفاع عن كيان الدولة في الداخل أو الخارج هو من أعمال السيادة . أما ما يصدر عنها متعلقاً بتسيير الأمور العادية دون أن يكون متصلاً بالعمليات الحربية، فإنه يُعتبر عملاً إدارياً يخضع لرقابة القضاء الإداري . لذلك فإن القرار الصادر من قائد الجيش باستمرار استيلاء وحدات القوات المسلحة على الأرض المملوكة لأحد الأفراد ، بعد انتهاء العمليات الحربية ، هو قرار من طبيعة إدارية لاتصاله بالشئون والمسائل اليومية المعتادة في إدارة أعمال القوات المسلحة ، فلا يُعتبر من أعمال الحرب ولا يدخل ضمن أعمال السيادة ، بل يُعتبر عملاً إدارياً بطبيعته ويخضع لرقابة القضاء الإداري [٢].

قرارات نقل الموظفين وتأديبهم وإنهاء خدماتهم ليست من أعمال السيادة:

القاعدة أن القرارات التي تصدر بنقل العاملين بالجهاز الإداري بالدولة ، أو الوحدات التابعة لها ، وكذلك توقيع جزاءات عليهم أو إنهاء خدماتهم، تُعتبر من طبيعة إدارية بحتة؛ إذ تنظمها القوانين واللوائح ، وتختص بإصدارها السلطة التنفيذية ليس بوصفها سلطة حكم وإنما بوصفها إدارة . فما يصدر بشأن هؤلاء العاملين من قرارات متعلقة بشئونهم الوظيفية ، تنفيذاً وتطبيقاً لأحكام القانون الخاص بهم ، لا تعدو أن تكون قرارات إدارية عادية ، مهما علت مرتبة من صدرت في شأنهم أو واجبات وظائفهم ، فلا ترقى إلى مرتبة أعمال السيادة ومن ثم تخضع لولاية القضاء الإداري [٣].

مسائل الجنسية :

استبعد المشرع صراحة ، في البند الخامس من المادة (١) من المرسوم بالقانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٨١ بإنشاء دائرة بالمحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية من نطاق الرقابة القضائية القرارات الصادرة في شأن مسائل الجنسية ، فلا يجوز طلب إلغائها أو التعويض عنها . لكن القضاء لم يأخذ هذا الاستثناء على إطلاقه، فلم يعتبر من أعمال السيادة إلا القرارات الصادرة بشأن اكتساب الجنسية

---

(١) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (١٤٣٨) لسنة (٣١) القضائية ، جلسة ١٩٨٨/٣/٦ . وكذلك حكمها في الطعن رقم (١٤٣٩) لسنة (٣١) القضائية ، جلسة ١٩٨٩/٦/٢٥ . وحكمها في الطعن رقم (٨٣٠) لسنة (٢٠) القضائية جلسة ١٩٧٩/١٢/٢٩ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (١٩٤٢) لسنة (٢٧) القضائية ، جلسة ١٩٨٢/١٢/٢٥ .

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (٤١٨٩) لسنة (٣٥) القضائية ، جلسة ١٩٩٠/٢/٤ . راجع : المستشار حمدي ياسين عكاشة «القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة» ، الجزء الأول . ٢٠٠١ ، ص (٢٤١) .

الذي يتم بطريق المنح من الجهة الإدارية المختصة ، أما استحقاق الجنسية الكويتية لكل من ولد لأب كويتي، وما يترتب على ذلك من آثار، فلا يُعد التعرض له خوضاً في مسائل الجنسية .

وقضت محكمة التمييز بأن « الجنسية الكويتية بالدم اللصيقة بالميلاد والتي تستحق لكل من ولد لأب كويتي دون حاجة إلى صدور قرار بذلك من الجهة الإدارية أو أي إجراء آخر ، لا تكون إلا إذا ثبت على وجه قاطع دون منازعة تسلسل الولد عن أب كويتي الجنسية وثبوت نسبه منه ، أما عدا ذلك فلا يكون إلا اكتساباً للجنسية لا يتم إلا بطريق المنح من الجهة المختصة ، وهي مسائل تتسم بطابع سياسي يتعلق بكيان الدولة وحقها في تخير المنضمين إلى جنسيتها وتحديد ركن الشعب المنتمي إليها في ضوء ما تراه ، وبما تُعد معه صورة من أعمال السيادة التي تصدر من الحكومة بوصفها سلطة حكم». ورتبت المحكمة على ذلك أن المنازعة في ثبوت النسب لأب كويتي ، وصدور حكم بات بنفي هذا النسب ، يجعل ما يدعيه الطاعن من حق في الجنسية الكويتية غير ثابت له قانوناً بمجرد الميلاد، ويضحى طلبه الحكم بإلزام الجهة الإدارية بإدراج اسمه في ملف جنسية الأب الكويتي المتوفى ، إثر امتناعها عن الاستجابة له في ذلك، منطوياً على منازعة في مسألة من مسائل الجنسية ، ومستهدفاً في حقيقته طلب إلغاء قرار الجهة الإدارية السلبي بالامتناع عن منحه الجنسية الكويتية،وهو أمر يُعد من أعمال السيادة تنأى عنه ولاية القضاء [١].

كما قضت محكمة التمييز في حكم آخر بأن « قانون الجنسية الكويتية الصادر بالمرسوم الأميري رقم (١٥) لسنة ١٩٥٩ قد أورد في المادة الثانية منه قاعدة عامة مفادها أن يكون كويتياً كل من ولد في الكويت أو في الخارج لأب كويتي ، وقد كشف المشرع بذلك عن مراده في استحقاق الجنسية الكويتية لكل من ولد لأب كويتي لتصبح الجنسية لصيقة بالميلاد وقرينة قاطعة دون حاجة إلى إجراء آخر، متى ثبت على وجه قاطع نسبة المولود إلى أب كويتي ، ويترتب على ذلك أحقيته في منحه جواز سفر ، ولا يُعد ذلك خوضاً في سلطة الإدارة في مسائل الجنسية ، وإنما هو لا يعدو أن يكون إعمالاً لصريح حكم القانون [٢].

تراخيص إصدار الصحف والمجلات :

استبعد المشرع أيضا من نطاق الرقابة القضائية ، في البند الخامس من المادة (١) من قانون إنشاء الدائرة الإدارية سالف البيان ، القرارات الصادرة في شأن تراخيص إصدار الصحف والمجلات ودور العبادة . ولا يتوسع القضاء في هذا الاستثناء ، إذ قصره على القرارات التي تصدر ابتداء من الجهة الإدارية عند البت في طلب الحصول على ترخيص بإصدار الصحيفة أو المجلة بالمنح أو المنع، أما القرارات التي تصدر في شأن سريان الترخيص بعد صدوره فتخرج عن نطاق هذا الاستثناء [٣].

الخلاصة :

يخلص مما تقدم إلى أن نظرية أعمال السيادة هي في أصلها وفي تطبيقاتها لا تعدو أن تكون نظرية إدارية ، ومجال عملها الأعمال الإدارية ، وأثر تطبيقها هو استبعاد هذه الأعمال من نطاق الرقابة القضائية التي يباشرها القضاء الإداري في الأصل على أعمال الإدارة، والهدف من هذه النظرية هو منع القضاء من التعرض بالإلغاء والتعويض لأعمال هي إدارية بطبيعتها ، استثناء من مبدأ المشروعية،

(١) حكم محكمة التمييز في الطعنين رقم (٦٨٧) و(٧٠٢) لسنة ٢٠٠٥ إداري ، جلسة ٢٠٠٧/١٠/٣٠ .
(٢) حكم محكمة التمييز في الطعن رقم (٩٨٢) لسنة ٢٠٠٥ إداري ، جلسة ٢٠٠٦/٩/٢٦ .
(٣) حكم محكمة التمييز في الطعن رقم (٢٩٤) لسنة ٢٠٠٤ إداري ، جلسة ٢٠٠٥/٣/٢٨ .
وجدير بالذكر أنه قد صدر القانون رقم (٣) لسنة ٢٠٠٦ في شأن المطبوعات والنشر ، وأجاز في المادة (١١) منه لذوي الشأن الطعن على القرار الإداري النهائي برفض الترخيص أمام الدائرة الإدارية .

وذلك بخروج طائفة من الأعمال من رقابة القضاء استجابة لاعتبارات سياسية ودواعي الحفاظ على كيان الدولة ، وتجد هذه النظرية سندها التشريعي في القانون الذي أقر بمبدأ وجودها . وقد عمل القضاء على التضييق من نطاقها فأنزلها منزلة الاستثناء البحت وفسر نصوصها على هذا الأساس تفسيراً ضيقاً . وقد أخذ القضاء بمعيار طبيعة العمل للتمييز بين أعمال السيادة والأعمال الإدارية، فلا يُعد من أعمال السيادة إلا تلك الأعمال التي تتصل بالسياسة العليا للدولة وتصدر من السلطة التنفيذية باعتبارها سلطة حكم لا سلطة إدارة ، أما إذا كانت صادرة منها في إطار وظيفتها الإدارية تنفيذاً للقوانين فتعتبر عملاً إدارياً ، وقد تعددت التطبيقات القضائية لما يُعتبر من أعمال السيادة وما لا يُعتبر كذلك ، والقاعدة أن ما يصدر عن الحكومة من قرارات تنفيذاً للقوانين واللوائح لا تُعتبر من أعمال السيادة ، وإنما هي محض أعمال إدارية عادية ، وفي جميع الأحوال فإن مرد الأمر في هذا الخصوص للقضاء في تقرير الوصف القانوني للعمل المطروح عليه، وما إذا كان يعد عملاً إدارياً يختص بنظره أو عملاً من أعمال السيادة يمتنع عليه النظر فيه.

وغني عن البيان في هذا المقام أن الدستور نص على مبدأ فصل السلطات ، وهي متساوية ، لكل منها وظيفة ، والسلطات جميعاً مصدرها الأمة ، وإن كانت هناك سيادة فإنها بالنص الصريح للأمة .

القرار المضاد
دراسة مقارنة في الفقه والقضاء الفرنسي والمصري والكويتي

المستشار الدكتور/ حسني درويش عبدالحميد
محكمة التمييز

تمهيد

التفرقة بين نظرية القرار المضاد ونظريتي السحب والإلغاء:

من الأهمية بمكان قبل تناول نظرية القرار المضاد (موضوع البحث الماثل) إبراز التفرقة بين هذه النظرية ونظريتي السحب والإلغاء، بحسبانها من طرق انقضاء القرارات الإدارية بعمل من جانب الإدارة. ومن هذا المنطلق قد تكون ثمة أوجه شبه قد تجمع بينها، سواء في الأساس أم الآثار.

فالسحب (Retrait)، هو إجراء يقصد به احترام حكم القانون، بأن تبادر جهة الإدارة إلى سحب قرارها المعيب الذي أصدرته بالنسبة للماضي والمستقبل من وقت صدوره أي بأثر رجعي [١] . وسحب القرار غير المشروع مفروض على الإدارة، وليس مجرد اختصاص اختياري [٢] ، وهذا الالتزام بالسحب نتيجة مترتبة على الأخذ بمبدأ المشروعية (سيادة القانون)، ومفاده أن الإدارة ملزمة بتصحيح الأوضاع المخالفة للقانون وردها إلى حظيرته. [٣]

والسحب يتم بقرار إداري يتعين أي تتوافر فيه مقومات القرار الإداري ويرد عليه السحب من مصدره أو من السلطة الرئاسية [٤]

وفلسفة نظرية السحب تقوم على الموازنة بين أمرين [٥]:

أولهما: احترام مبدأ المشروعية، وهذا المبدأ يفرض على الإدارة أن تكون تصرفاتها في دائرة القانون ولا تجاوزه، وإلا عدت تصرفاتها مشوبة بعيب مخالفة القانون.

الثاني: مبدأ استقرار الحقوق والمراكز القانونية وهذا المبدأ تفرضه المصلحة الاجتماعية التي تهدف إلى توفير الحماية والاستقرار للمراكز القانونية بمنع المساس بها إلا في أضيق الحدود ووفقاً للقانون.

وقد توصل القضاء إلى التوفيق بين المبدأين المتعارضين من خلال تمكين جهة الإدارة من سحب قراراتها المعيبة خلال فترة زمنية معينة (قياساً على المدد المقررة للطعن)، والتي بانقضائها يتحصن القرار ويغدو سليماً، ويلحق بالقرارات المشروعة، ويأخذ حكمها من حيث اعتباره مصدراً قانونياً للحقوق المكتسبة، ويمتنع على الإدارة أن تنال منه بالسحب أو الإلغاء، فالقانون الذي وصف هذا القرار بأنه معيب هو ذاته الذي أضفى عليه الحماية وأدخله في نطاق القرارات المشروعة.

وفي هذا الإطار، تثور مسألة المفاضلة والترجيح بين مبدأ المشروعية ومبدأ استقرار الحقوق بالنسبة للقرار المعيب في فترة الطعن بالإلغاء، ففي هذه الفترة يدخل القرار في طور من الزعزعة وعدم الاستقرار، ويصبح مهدداً بالسحب والإلغاء.

---

(1) - Puisoye (i), le retrait des actes adminstratifs, A.I.D.A 1960 pp 117.

(٢) راجع تمييز كويتي، الطبعتان رقما ٥٧و٢٠٠٤/٨٤ إداري، جلسة ٢٠٠٥/١/٣، مجلة القضاء والقانون، س ٣٣، الجزء الأول، ص ١٥ وما تلاها.

(٣) – راجع دكتور/ سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، ١٩٧٦، ص ٦٩٩.

(4) - Andra, la théorie du retrait des actes administratifs, thèse, paris, 1943, pp 137.

(٥) – راجع دكتور/ عبد القادر خليل، نظرية سحب القرارات الإدارية، القاهرة، ١٩٦٤ ص ٣٧ وفي هذا المعنى دكتور/ ثروت بدوي، القرارات الإدارية ومبدأ المشروعية، طبعة ١٩٧٠، ص ١١٩.

فالفقه والقضاء الإداريان يجمعان على تغليب مبدأ المشروعية على مبدأ استقرار الحقوق، وعلى جهة الإدارة أن تبادر إلى سحبه أو الطعن فيه بالإلغاء خلال المدة المقررة قانوناً، فإذا انقضت فإن القرار يتحصن، ويرجح مبدأ استقرار الحقوق على مبدأ المشروعية[١]

وقد خرج الفقه والقضاء الإداريان على هذا المنطق بإباحة سحب القرارات المعيبة في بعض الحالات في أي وقت مرجحاً في ذلك مبدأ المشروعية على المبدأ الآخر، وهو مبدأ استقرار الحقوق (وهو ما يعرف باستثناء السحب)، أو سحب القرارات الإدارية المنعدمة، القرار الإداري الصادر نتيجة غش أو تدليس لمن صدر لمصلحته القرار، سحب التسويات الخاطئة للمرتبات وما في حكمها، سحب القرارات التي أعلنت ولم تنشر للغير أو نشرت بطريقة خاطئة، سحب القرارات الإدارية تنفيذاً للقانون، سحب القرارات التي تعارض حجية الأمر المقضي به، وأخيراً القرارات المعيبة الصادرة بناء على سلطة مقيدة. [٢]

خلاصة القول: إن نظرية السحب، كفكرة قانونية تستهدف التوفيق بين مبدأ المشروعية (سيادة القانون) بحسبانه أحد العناصر الأساسية للدولة القانونية، وذلك تكون تصرفات الإدارة في إطار القانون، فإذا تجاوزته وجب عليها التدخل لإصلاح ما ينطوي عليه قرارها من مخالفة لمبدأ المشروعية، ومن الوجه الآخر وجوب حماية الأوضاع القانونية والآثار التي تولدت عن القرار، وإشاعة الثقة والاطمئنان في نفوس الأفراد، فجهة الإدارة بمبادرتها إلى تصحيح الأوضاع المخالفة للقانون في مهدها، إنما تنعطف إلى احترام مبدأ المشروعية، وذلك من خلال القيود التي وضعها القضاء في هذا الخصوص ومن قبيل هذه القيود أن يصدر قرار السحب من الجهة التي أصدرته أو السلطة الرئاسية وفي الشكل الذي يتفق والقانون بإخضاع قرارات السحب لرقابة الإدارة ذاتها برد تصرفاتها إلى جادة القانون إذا ما خرجت على قواعد المشروعية.

وأما الإلغاء abrogation فإنه يعمل في مجال القرارات التنظيمية (اللوائح)، وأن آثاره مقصورة على المستقبل، بمعنى أن الآثار التي تولدت في الماضي تبقى سليمة ولا يجوز المساس بها [٣]، هذا هو المجال الأساسي الذي تعمل فيه نظرية الإلغاء، ولكن مد الفقه والقضاء من نطاق الإلغاء الإداري ليشمل القرارات الفردية التي لا تولد حقوقاً على أساس أنها لا تحدث تأثيراً في الأوضاع القانونية، فيكون إلغاؤها بالنسبة للمستقبل لا سحباً بأثر رجعي.

وإيضاحاً لذلك، فإن اللائحة، بصفة عامة، تنشئ قواعد عامة موضوعية، ولا تنشئ حقوقاً أو مراكز ذاتية، فالأوضاع والمراكز القانونية المترتبة على اللائحة تخضع لقاعدة التغيير والتبديل في كل وقت، وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة وحسب سير المرفق العام، ويسري التنظيم الجديد بأثر مباشر لها، وينبني على ذلك فلجهة الإدارة مصدرة اللائحة سلطة تعديلها أو إلغائها في أي وقت بالنسبة للمستقبل، كقاعدة عامة، وبشرط أن يتم ذلك بأداة قانونية مماثلة، أي بقرار تنظيمي مماثل. [٤]

أما إلغاء القرارات الفردية، فالقاعدة العامة، أن القرار الفردي السليم لا يرد عليه السحب أو الإلغاء، لأن إجازة ذلك معناها المساس بالحقوق الذاتية الناشئة عن القرار، وهذا أمر لا يمكن قبوله.

والقاعدة أيضاً في شأن القرار الفردي المعيب الذي يرتب حقوقاً للأفراد، أن سحبه أو الغاءه ممكن قانوناً على أن يتم السحب أو الإلغاء من خلال مدد الطعن القضائي، والتي بانقضائها يتحصن القرار ويمتنع على جهة الإدارة التعرض له بالسحب أو بالإلغاء. [٥].

---

(١) - راجع المستشار / عبده محرم، مقاله بعنوان « سحب القرارات الفردية الإدارية» مجلة مجلس الدولة، العدد الأول ، السنة الأولي ، ١٩٥٠ ص ١١٢.

(٢) لمزيد من التفاصيل راجع مؤلفنا نهاية القرار الإداري عن غير طريق القضاء، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، ٢٠٠٨، ص ٣٥٧ وما تلاها.

(٣) - راجع دكتور/ السيد المدني، مسئولية الإدارة في أعمال الشرعية واللائحية، رسالة القاهرة، ١٩٥٢، ص ٢٨٧.

(٤) - راجع الدكتور/ زهير جرانة رسالته بعنوان

L'acte administratif contrôle judiciaire en , egypte, le caire 1930, pp 28.

(5) - Soto (k), l' application dans le temps des acets administratifs, thèse, paris, 1968, pp 285, et aussi, Andra op. cit, pp90

وراجع تمييز كويتي، الطعن رقم ٩٨/٥٧٦ إداري، جلسة ٢٠٠٠/٢/٢٨.

أما القرار الفردي الذي لا يرتب حقوقاً للأفراد، فإن إلغاءه يكون جائزاً في كل وقت فهو لا ينشئ مراكز شخصية للأفراد في الماضي، ومن ثم يقتصر على إزالة القرار بالنسبة للمستقبل.

وحاصل ما تقدم، أن الإلغاء الإداري – تمييزاً عن الإلغاء القضائي – يتناول بحسب الأصل، القرارات الإدارية التنظيمية، ويقتصر أثر الإلغاء على المستقبل مع بقاء الآثار القانونية التي تمت في الماضي، فليس من أثر الإلغاء أن يمحو في الماضي الآثار الصحيحة التي ترتبت على سريانه سليماً. وقد مد الفقه والقضاء الإداريان نطاق الإلغاء إلى القرارات الفردية التي لا تولد حقوقاً، أما القرارات الفردية المولدة للحقوق، فمتى صدرت مطابقة للقانون، فإنها تكتسب حصانة تامة من الإلغاء. بيد أن إلغاءها لا يكون إلا بموجب قرار إداري جديد هو القرار المضاد (Acte- contraire) [١].

فالقرار المضاد هو إجراء يصدر طبقاً للإجراءات والأوضاع المنصوص عليها في القانون، وينصب بصفة أساسية على القرارات الفردية السليمة التي تولد حقوقاً أو مزايا للأفراد أصحاب الشأن، ويشترط لإعمال نظرية القرار المضاد أن يكون ثمة قرار إداري توافرت فيه شرائطه القانونية وينبني على ذلك أن اللوائح، تخرج عن إطار فكرة القرار المضاد، إذ إنها لا تنشئ حقوقاً بصفة أصلية، وهي ليست معدة لإنشاء حقوق.

وفي ضوء ما تقدم جميعاً، يمكننا إبراز أوجه الاتفاق والاختلاف بين نظرية القرار المضاد ونظرية السحب والإلغاء على الوجه التالي:

أوجه الاتفاق:

إن النظريات الثلاث وسائل لانقضاء القرارات الإدارية سواء السليمة أو المعيبة، هذا من ناحية ومن ناحية ثانية، ان القرار المضاد يشبه إلغاء القرار من حيث آثارهما، بمعنى ان آثارهما تنسحب للمستقبل لا إلى الماضي.

أوجه الخلاف:

١ – السحب مقصور على القرارات الفردية التي تنشئ حقوقاً أو مزايا. وقد شابها في الوقت ذاته عيب أو أكثر من أوجه عدم المشروعية والتي تبرر طلب الإلغاء عن طريق القضاء.

أما القرار المضاد، فينصب بصفة أساسية على القرارات الفردية السليمة التي تولد حقوقاً أو مزايا للأفراد أصحاب الشأن.

٢– الإلغاء، مقصور على القرارات التنظيمية (اللوائح) وأن آثاره مقصورة على المستقبل؛ بمعنى أن الآثار التي تولدت في الماضي تبقى سليمة ولا يجوز المساس بها، ولا قيد على الإدارة، في هذا الصدد، إلا عدم المساس بالحقوق التي تكون قد اكتسبت في ظل القاعدة التنظيمية أو تكون قد طبقت تطبيقاً فردياً، كما يشمل الإلغاء القرارات الفردية التي لا تولد حقوقاً.

أما القرار المضاد، فيتناول القرارات الفردية السليمة على الوجه السالف بيانه.

وإذ فرغنا من التفرقة المتقدمة، فإننا نتناول نظرية القرار المضاد على الوجه الآتي:

المبحث الأول: تعريف القرار المضاد ونطاق تطبيقه.

المبحث الثاني: الاختصاص والإجراءات في إصدار القرار المضاد.

(1) - Basset (M), le principe dit L' acte contraire en droit administratif fransais, Thése, Toulouse 1967 pp7.

المبحث الثالث: ضمانات إصدار القرار المضاد.

المبحث الرابع: آثار القرار المضاد.

المبحث الأول: تعريف القرار المضاد ونطاق تطبيقه:

سنتناول هذا الموضوع في مطلبين:

الأول: تعريف القرار المضاد. **الثاني:** نطاق تطبيق نظرية القرار المضاد.

المطلب الأول : تعريف القرار المضاد:

اتفق الفقهاء الفرنسيون على تعريف القرار بأنه يتم بمقتضاه إنهاء أو تعديل قرار فردي سليم يقتصر أثره بالنسبة للمستقبل. (١)

ويعرفه البعض بأنه قرار جديد يلغى بمقتضاه القرار الأول، وهو يماثل القرار الأخير في الشكل والإجراءات . (٢)

كما عرفه أحد الفقهاء المحدثين بأنه القرار الذي ينهي أو يعدل آثار قرار سابق كلياً كان أو جزئياً بالنسبة للمستقبل (٣)

ويعرفه البعض من الفقه العربي بأنه إلغاء أو تعديل للقرار السليم الذي أنشأ حقوقاً أو مزايا لمصلحة فرد من الأفراد، ولا يكون إلا بقرار من نوع جديد وفقا للشروط والإجراءات التي نص عليها القانون. (٤)

تقدير التعريفات السابقة:

التعريفات السابقة التي قيلت في شأن القرار المضاد، منها ما هو مقتضب ومنها ما تناول فكرة القرار المضاد بأبعادها المختلفة.

ولذلك فإن التعريف الذي نراه بأنه قرار إداري يتم بمقتضاه إنشاء أو تعديل أو إلغاء قرار سليم بالنسبة للمستقبل.

المطلب الثاني

نطاق تطبيق نظرية القرار المضاد

مضت الإشارة إلى أن القرار المضاد بحسبانه إجراء يمس مبدأ الآثار الذاتية في القرارات الإدارية بمنع القرار من أن ينتج آثاره بالنسبة للمستقبل، فإنه يلزم تحديد نطاق الإجراء، بحيث لا يتعداه إلى غيره من القرارات التي لا تشمله، ومن ثم فإنه يخرج من نطاق النظرية قرارات يشوبها عيب مفرط في الجسامة، بحيث ينحدر بها إلي درجة الانعدام، وتفقد –من ثم– صفتها الإدارية ولا تتمتع تلك القرارات بالحصانة المقررة للقرارات الإدارية السليمة، وأيضاً القرارات الكاشفة أو المقررة التي لا تحدث تغييراً بالمراكز القانونية.

---

(1) - Muzellec (R), le principé de l'ntangabilité des effets des actes administratifs individuels en droit francais, Thèse , Rennes 1971، pp 498

(2) - Rainaud (j m), la distinction de l'acte – réglementaire et l'acte individuel, thése paris, 1966, p p134

(3) - Basset, op. cit, p p 7

(٤) راجع دكتور / ثروت بدوي . مرجع سابق، ص ١٢٢

أما القرارات التي تندرج في إطار النظرية، فقد اشترط الفقة أن تتوافر لها مقومات القرارات الإدارية، بصفة عامة، وأن تكون متسقة مع القانون، وتولد آثاراً قانونية في التنظيم القانوني القائم سواء بصفة دائمة أم مؤقتة.

بيد أنه ثار نقاش بصدد القرارات المعيبة التي شابها عيب أو أكثر من العيوب المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة (١٠) من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنه ١٩٧٢، التي تبرر طلب إلغائها عن طريق القضاء، « فهي تخرج عن نطاق تطبيق النظرية أم تندرج فيها.

سنتناول هذا الموضوع على التقسيم الآتي:

الفرع الأول: القرارات التي تخرج عن نطاق نظرية القرار المضاد.

الفرع الثاني: القرارات التي تندرج في نطاق تطبيق النظرية (القرارات الإدارية النهائية والمشروعة).

الفرع الثالث: موقف القرارات المعيبة (غير المشروعة) من نظرية القرار المضاد.

الفرع الأول

القرارات التي تخرج عن نطاق نظرية التضرر المضاد

يتفق الفقه[1] على استبعاد بعض القرارات الإدارية من نطاق تطبيق القرار المضاد، وهذه القرارات من وجهة نظرنا إما أنها لا تتوافر بالنسبة لها المقومات اللازمة لإصدار القرارات السليمة، وإما أن يبلغ عيب عدم المشروعية فيها حداً من الجسامة بحيث يفقدها صفتها الإدارية. وقد حصر الفقه هذه الحالات في الآتي:

أولاً- القرارات المنعدمة:

وهي القرارات التي يبلغ عيب عدم المشروعية فيها حداً من الجسامة ينحدر بها لدرجة انعدامها، بحيث تفقد تلك القرارات صفتها الإدارية، ولا تولد آثاراً قانونية مهما طالت مدة بقائها ولجهة الإدارة إعلان انعدامها في أي وقت.

ومثال ذلك القرارات التي تصدر من موظف بعد إحالته إلى المعاش، فهي قرارات منعدمة، وذلك لصدورها من شخص غير ذي صفة، أو سلطة إصدار القرارات بإحالته إلى المعاش، أو بمعنى آخر أن هذا الشخص قد فقد المؤهلات اللازمة لإصدار مثل هذه القرارات.

ثانياً- القرارات المقررة أو الكاشفة:

وهي تلك التي لا تحدث تغييراً في المراكز القانونية العامة أو الخاصة، بل ينحصر دورها في تقرير أو تأكيد مركز قانوني قائم بالفعل، وهي لذلك لا تنشئ حقوقاً ومن ثم تخرج من نطاق تطبيق القرار المضاد.

ثالثاً- القرارات التي تصدر بناء على غش المستفيد أو صاحب المصلحة من القرار:

تتسم تلك القرارات بعيب جسيم من عيوب عدم المشروعية، وهي التي يساهم فيها المستفيد من القرار بمسلك تدليس أو غش من

(1) .BASSET , OPI CIT, PP 117 ets

جانبه تتخدع الإدارة من جراء ذلك، وتصدر قراراً لمصلحته، وعندما تكتشف عوار هذا القرار تقوم بسحبه في أي وقت، والفرد صاحب الشأن لا يتمتع بالحماية التي يوفرها القانون والقضاء بالنسبة لغيره من الأفراد حسني النية المستفيدين من المراكز القانونية التي تولدت من القرارات الإدارية المشروعة أو غير المشروعة التي شابها خطأ قانوني من جانب الإدارة.

وهذه القرارات تستبعد نهائياً من تطبيق نظرية القرار المضاد، وذلك علاوة على القرارات التي لا تدخل في حيز التنفيذ، وذلك نتيجة لعدم توافر الأركان والشرائط المتصلة لإصدار القرار، أو عدم استكمال المراحل التي بمر بها القرار قبل صدوره.

مثال ذلك الإجراءات التحضيرية والقرارات التمهيدية وهي لا تزال متجردة من صفة القرار دائماً وفي كل وقت.

كما يستبعد من نطاق تطبيق نظرية القرار المضاد القرارات القضائية، وهي الأحكام التي تحوز حجية الشيء المقضي به، و التي تصدر من جهة منحها القانون، ولاية القضاء، وتحسم على أساس قاعدة قانونية خصومة قضائية تقوم بين خصمين، وتتعلق بمركز قانوني خاص أو عام، ولا ينشئ القرار مركزاً قانونياً جديداً، وإنما تقرر في قوة الحقيقة القانونية وجود حق لأي من الخصمين أو عدم وجوده، وأيضاً القواعد المشرعة وهي التي تنشئ قواعد عامة مجردة لا تخص شخصاً معيناً بالذات.

الفرع الثاني

القرارات التي تندرج في نطاق نظرية القرار المضاد

أشرنا آنفاً إلى أن نظرية القرار المضاد مقصورة على القرارات الفردية المشروعة التي تحدث آثاراً قانونية، وتخلو من عيوب عدم المشروعية.

وقد اشترط الفقه والقضاء بالنسبة للقرارات المشروعة التي تندرج في إطار نظرية القرار المضاد، توافر شروط معينة في شأنها، فإذا تخلف شرط أو أكثر من تلك الشروط، فتخرج من نطاق النظرية، والشروط المتطلبة في هذا الخصوص، هي أن تكون القرارات تامة، وتتوافر بالنسبة لها مقومات القرارات الإدارية، وأن تكون نافذة، وقد ذهب الفقيه Basset إلى أن نطاق تطبيق القرار المضاد مقصور على القرارات السليمة والنهائية، وتقتصر آثار الإلغاء للمستقبل. فالقرارات التي من هذا القبيل يشترط لإصدارها ونفاذها توافر شروط موضوعية وأخرى شكلية، فيتعين أن يتم إصدارها في ضوء هذه الشروط، وأن تحدث آثارها في مواجهة أصحاب الشأن والغير، فإذا تخلف شرط أو أكثر من شروط الموضوعية فإن القرار يغدو غير مشروع، وواجباً إلغاؤه عن طريق القضاء أو سحبه عن طريق الإدارة بإعدام آثاره بأثر رجعي، أما إذا تخلف شرط أو أكثر من الشروط الشكلية فإنه يعرض القرار للإلغاء أو السحب أو بمعنى آخر يكون قابلاً للطعن عليه بالإلغاء، أو السحب من جانب الإدارة.

ففي بعض الحالات يكون اتخاذ القرار المضاد منصوصاً عليه بموجب القانون، وفي تلك الحالات يفترض أن تكون القرارات مشروعة ونهائية، بمعنى أنها دخلت حيز التنفيذ ورتبت حقوقاً ومزايا لأصحاب الشأن، ولذلك لا يجوز إلغاء القرارات التي لا تولد حقوقاً مثل قرارات منح التراخيص والقرارات الوقتية...إلخ، بقرار مضاد لا يحدده نص قانوني.

وقد عرض العميد أوبي لثلاث صور للقرار المضاد وهي[1]:

الأولى: حالة النص على اتباع إجراءات خاصة مختلفة عن السلطة التي أصدرت القرار الأول.

الثانية: حالة النص على اتباع إجراءات مختلفة تماماً عن التي صدر القرار الأول على أساسها.

(1) Auly (j . m) la procédure administrative non contentieuse, D. 1956, pp131

الثالثة: النص على إعمال نظرية القرار المضاد في بعض حالات معينة وذلك بموجب نص صريح في القانون.

وقد ذهب الفقيه دلوبادير إلى أن القول بأن الحالات التي أشار إليها العميد أوبي لا تخرج عن كونها حالات نظمها القانون أو اللائحة لإنهاء آثار القرارات الفردية السليمة بالنسبة للمستقبل.

وأخيراً نقول: إن نطاق تطبيق القرار المضاد مقصور على القرارات السليمة أو النهائية ويخرج ما عداه عن نطاق تطبيق النظرية.

الفرع الثالث

موقف القرارات المعيبة في نظرية القرار المضاد

يستبعد الفقيه الفرنسي[1] القرارات المعيبة (غير المشروعة) من نطاق تطبيق نظرية القرار المضاد، ويخضع هذا النوع من القرارات للأحكام المنظمة لقواعد السحب أو الإلغاء في ضوء الضوابط والحدود المقررة قانوناً.

فبالنسبة لهذا النوع من القرارات، لجهة الإدارة سحبها في خلال المواعيد المقررة للسحب أو الطعن قانوناً، فهذه القرارات في الفترة المقررة للسحب أو الطعن بالإلغاء تظل مزعزعة مهددة بالسحب أو الإلغاء، ولذلك لا يتولد عنها حقوق نهائية ومستقرة، ولكن الحقوق التي تتولد عنها تعتبر من قبيل الحقوق المحتملة أو غير الثابتة؛ لأن الحقوق المكتسبة لا تتولد إلا من القرارات المشروعة لا من القرارات المعيبة.

ففي خلال المدة المقررة للسحب أو الطعن القضائي، فإن القرارات المعيبة تستبعد من نطاق تطبيق النظرية، ولكن ما حكم القرارات إذا ما تحصنت بفوات المدة المقررة للسحب أو الطعن بالإلغاء؟ فهل تندرج في هذه الحالة في نطاق النظرية أو تظل مستبعدة من نطاقها؟

للإجابة عن هذا التساؤل نقول من المبادئ المقررة، أنه لا يجوز لجهة إدارية سحب قرار إداري أصدرته في حدود اختصاص آخر أو العدول عنه متى ترتب على هذا القرار حقاً للغير إذا مضت المواعيد المقررة للطعن فيه بالإلغاء؛ إذ بمضي هذه المواعيد يكتسب القرار الإداري حصانة لا يجوز بعدها سحبه أو إلغاؤه لأي سبب كان ولو كان خطأ أو مخالفاً للقانون، كما في حق الأفراد لوحدة العلة وهي وجوب استقرار الأوضاع القانونية الناجمة عن القرارات الإدارية وللمساواة بين طرفي القرار في هذا الشأن، وهو ما يجعله لنفس السبب مصدراً يعتد به شرعاً لمراكز قانونية تالية، فالقرارات المعيبة بتحصنها تندرج في نطاق نظرية القرار المضاد.

فمن رأينا أن القرارات المعيبة خلال المدة المقررة للسحب أو في خلال المواعيد المقررة للطعن القضائي تستبعد بصفة مؤقتة إلى وقت أن يفصل في مشروعيتها بصفة نهائية وبصورة قاطعة، ويرجع ذلك إلى أن القرارات المعيبة تتحصن لعدم الطعن عليها بالإلغاء أو سحبها خلال المدة المقررة قانوناً، وتصير – تبعاً لذلك– مشروعة وتعامل معاملة القرارات السليمة، فإما أن تزول وتمحى آثارها بأثر رجعي عن طريق السحب أو الإلغاء القضائي، وتعتبر بذلك كأن لم تكن، وبذلك تستبعد نهائياً عن نطاق تطبيق النظرية، وإما أن تتحصن بفوات المواعيد المقررة قانوناً للسحب أو الإلغاء، وبذلك تندرج في نطاق تطبيق النظرية.

ونخلص من ذلك إلى أن استبعاد القرارات المعيبة من نطاق نظرية القرار المضاد هو استبعاد مؤقت إلى وقت الفصل في شرعية تلك القرارات بصفة نهائية، فإما أن تندرج في نطاق النظرية وإما أن تستبعد بصفة نهائية عن نطاق تطبيقها.

(1) Gèze (G), retrait d' un acte administratif créateur de droit, R. D . P 1944, pp 264 et aussi Basset, op cit, pp117 ets.

المبحث الثاني

الاختصاص والإجراءات في إصدار القرار المضاد

بادئ الأمر، أن القرار المضاد يمكن أن يصدر من السلطة نفسها التي أصدرت القرار الأول ويتبع في إصداره نفس الإجراءات التي اتبعت في إصدار القرار الأول، وفي هذه الحالة تتحد السلطتان، السلطة مصدرة القرار الأول، والسلطة مصدر القرار المضاد، ومن الجهة الأخرى، فقد يكون الاختصاص لسلطة أخرى غير التي أصدرت القرار الأول.

والمشرع هو الذي يحدد السلطة المختصة بإصدار القرار المضاد، خلاف السلطة مصدرة القرار الأول، وفي هذه الحالة يختلف التنظيم القانوني المطبق في الحالتين.

وقد ذهب العميد بونار[١] إلى القول إن القرار المضاد ليس ضرورياً أن يصدر من نفس السلطة التي أصدرت القرار الأول، وإن القانون قد ينوط إصدار القرار المضاد بسلطة أخرى مختلفة عن السلطة الأولى.

وفي الحقيقة، أن ما ذهب إليه العميد بونار، يتفق مع القاعدة المجمع عليها في الفقه من أن القرار يصدر من السلطة مصدرة القرار الأول الإيجابي، وقد ينيط القانون سلطة إصدار القرار المضاد بسلطة أخرى.

وفي ضوء ما تقدم يمكن القول إن القرار المضاد تصرف مستقل ومتميز عن القرار الأول.

أما فيما يتعلق بالشكل والإجراءات، فالقاعدة أن القرار المضاد، لا يتقيد في إصداره بذات الإجراءات التي اتبعت عند إصدار القرار الأول، وإنما تراعي في إصداره الأشكال والإجراءات القائمة وقت صدوره، وكان في أغلب الأحوال يصدر القرار المضاد بنفس الإجراءات التي اتبعت عند إصدار القرار الأول.

أما فيما يتعلق بسلطة القاضي عند تطبيق قاعدة تقابل الشكليات، فهو يتدخل على مرحلتين[٢]:

الأولى: يقوم على تحديد قواعد الاختصاص والشكل التي اتبعت في إصدار القرار الأول.

الثاني: وفيها يتدخل القاضي للتحقق من وجود أو عدم وجود تغير في قواعد الاختصاص والشكل في الفترة ما بين صدور القرار الأول، وصدور القرار المضاد، فإذا اتضح له وجود تغير طبق القواعد السائدة لوقف إصدار القرار المضاد.

ومجمل ما تقدم، هو ما يعرف بقاعدة تقابل الشكليات. وسنتناول هذه القاعدة على الوجه الآتي:

المطلب الأول: قاعدة تقابل الشكليات في القانون الفرنسي.

المطلب الثاني: موقف القضاء والفقه في مصر من قاعدة تقابل الشكليات.

المطلب الأول

قاعدة تقابل الشكليات في القانون الفرنسي

سوف نتناول هذه القاعدة على التقسيم والتفصيل الآتي:

---

(١) راجع مؤلفه، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الثانية، ١٩٣٥، ص ٢٢٨.

(2) Basset, op. cit,pp 235

الفرع الأول: تحديد مضمون القاعدة.

الفرع الثاني: نطاق تطبيقها.

الفرع الثالث: تحديد الحالات التي يستبعد في شأنها قاعدة تقابل الشكليات.

الفرع الأول

فيما يتعلق بتحديد مضمون القاعدة

يجمع الفقه الفرنسي على أن قاعدة تقابل الشكليات تحوي شقين:

الأول- قاعدة تقابل الاختصاصات.

الثاني- قاعدة تقابل الإشكال والإجراءات، وإن اختلف الفقه والقضاء في مدى تطبيقها.

فالقاعدة الأولى مؤداها أنه يشترط أن تكون السلطة المختصة بإصدار القرار المضاد هي نفس السلطة المختصة بإصدار القرار الأول، ومثال ذلك أن الموظفين العموميين المعينيين بقرار من السلطة التنفيذية يكون إلغاء وظائفهم عن طريق نفس السلطة وبذات الإجراءات التي اتبعت عند التعيين.

وهذه القاعدة مطلقة ومفترضة، ولا يجوز الاتفاق على ما يخالفها في شأن إصدار القرار.

وقد انتقد البعض قاعدة تقابل الشكليات في خصوص قاعدة تقابل الاختصاصات إذ ذهب إلى ، أن هذه القاعدة لا تطبق بصفة تلقائية، بمعنى أن الاختصاص لا ينعقد للسلطة التي أصدرت القرار الأول، ولكن للسلطة القائمة وقف إصدار القرار المضاد، إذا كان التنظيم القانوني الذي ناط بالجهة الأولى اختصاص إصدار القرار الأول قد تغيرت ومنحت لسلطة أخرى[1].

وهذا الرأي يتسق مع موقف القضاء الفرنسي، وقد صدر عن مجلس الدولة الفرنسي أحكام وضح من خلالها أن قاعدة تقابل الاختصاصات ليست مطلقة، ومعنى ذلك أن السلطة القائمة وقت إصدار القرار قد تتغير وقت إصدار القرار المضاد، إذا كان التنظيم القانوني الذي ناظر بالجهة الأولي الاختصاص بإصدار القرار الأول قد تغيرت ومنحت لسلطة أخرى. ونخلص من هذا العرض إلى أن فيما يتعلق بقاعدة تقابل الاختصاصات، فإن الاختصاص بإصدار القرار المضاد يكون للسلطة القائمة وقت إصداره، وليس للسلطة التي أصدرت القرار الملغى، وقد تتخذ السلطتان، بمعنى أن تكون للسلطة التي أصدرت القرار الملغى هي ذاتها التي أصدرت القرار المضاد، وفي هذه الحالة لا تثار صعوبة ويكون تطبيقها من قبيل المصادفة.

ومن قضاء المجلس في هذا الشأن . حكمه في قضية la Bonne وتخلص ظروفها في أنه في عام ١٩٦٠ صدر قرار وزير الصحة بتعيين موظف في إحدى الوظائف الشاغرة بالوزارة، وأن الوزارة قد ألغيت في أحد التعديلات الوزارية، وحلت محلها وزارة الشئون الاجتماعية ، وقد صدر قرار بالغاء هذه الوظيفة في عام ١٩٦٨ من الوزير الجديد ،وهو وزير الشئون الاجتماعية ، فالاختصاص . هنا . معقود للوزير

(1) Isaac (G), la procédure administrative non contentieuse, Thése, toulouse, 1966, pp385.

الجديد، وقد أشار المجلس إلى أن ذلك لايعد انتهاكاً لقاعدة تقابل الاختصاص، ولكنه تطبيق سليم لهذه القاعدة [١].

وفي ضوء هذا الحكم نخرج بقاعدة فرعية من القاعدة الأصلية ألا وهي تقابل الاختصاصات مؤداها أن الاختصاص بإلغاء القرار يكون للسلطة القائمة وقت إصدار القرار المضاد ، وليست للسلطة التي كانت موجودة وقت إصدار القرار الأول ، إذ قد تتغير السلطات وتتبدل الاختصاصات ، و هذا هو منطق التطور ، وعدم تثبيت الاختصاصات غير واجبة التطبيق عند إصدار القرار المضاد ،ويجب إعمال الفوائد المتعلقة بالشكل والإجراءات وقت إصدار القرار المضاد ، إلا إذا نص على خلاف ذلك [٢] .

وقد تبنى قضاء التمييز الكويتي هذا الاتجاه في شأن قاعدة توازي الاختصاصات، حيث أشار إلى أن مؤدى هذه القاعدة أن من يملك إصدار القرار الإداري يملك إلغاءه، ذلك أن مناط إعمال هذه القاعدة هو خلو التشريع من نص يحدد السلطة المختصة بإلغاء القرار[٣]، ومن ثم إذا نص التشريع على تحديد هذه السلطة، ففي هذه الحالة تختص الأخيرة بإصداره.

وقال البعض[٤] شرحاً لذلك، إن مناط إعمال هذه القاعدة هو خلو التشريع من نص يحدد السلطة المختصة بإلغاء القرار، حيث يحدد القانون السلطة المختصة بإصدار القرار ابتداءً ، ثم يحدد بعد ذلك سلطة أخرى لإلغائه، ويتعين الالتزام بحكم القانون الذي قدر لاعتبارات رآها، وضمانات يريد من تحقيقها مصلحة عامة يستهدفها، وأصول دستور يلتزم بها، ويكون إلغاء القرار من اختصاص سلطة أخرى غير السلطة التي أصدرته .

أما فيما يتعلق بقاعدة تقابل الأشكال والإجراءات ، فيرى العميد أوبي [٥] أن هذه القاعدة غير واجبة الاتباع عند إصدار القرار المضاد لإلغاء أو تعديل قرار سابق، ويمثل لذلك بالمرسوم الذي يصدر بعد أخذ رأي جهة معينة (مجلس الدولة)، فإنه لايلزم أخذ رأي تلك الجهة عند إلغائه أو تعديله، إلا إذا كانت الأشكال والإجراءات تشكل ضمانة للفرد أو للموظف في هذه الحالة يتعين اتباعها.

أما إذا تطلب القانون أخذ رأي جهة معينة قبل إصدار القرار اللائحي، فهو يعتبر من الشكليات الأساسية، وإغفاله يؤدي إلى عدم مشروعية القرار ويوجب بطلانه. [٦]

وتطبيقاً لذلك ، إذا تطلب القانون أخذ رأي جهة معينه قبل اتخاذ القرار ،فإن إغفال هذا الإجراء يؤدي إلى بطلان القرار بعيب مخالفة الشكل أو بعيب عدم الاختصاص ، حسبما كان رأي تلك الجهة على سبيل الإلزام أو من قبيل الاستشارة .

ولكن إذا طلبت الجهة الإدارية المختصة بإصدار القرار استطلاع رأي جهة أخرى قبل اتخاذ القرار دون أن تكون ملزمة بذلك ،فإنها تستطيع إلغاء أو تعديل القرار دون الرجوع إلى تلك الجهة.

ومن رأينا في هذا الصدد، أن قاعدة تقابل الشكليات مطلقة فيما يتعلق بتقابل للاختصاصات، بمعنى أنه يتعين على جهة الإدارة الالتزام

---

(1) 1- C.E 8 aout 1969, Rec, P 737

(2) - Hostiou ® , procédure et formes de l'acte admimistnatif unilateral en drit frasais, thése Poins, 1975,pp 249 et aussi,Isaac,op. sit, pp 726

(٣) راجع الطعن رقم ٢٠٠٤/٢٩٤ إداري جلسة ٢٠٠٥/٣/٢٧ وراجع أيضاً الطعن رقم ١٩٩٤/٣٩ تجاري جلسة ١٩٩٤/٧/٤ منشور في مجلة القضاء والقانون، السنة ٢٢ العدد ٢ ص ١٠٣.

(٤) راجع الدكتور / صبري محمد السنوسي ركن الاختصاص في القرار الإداري الكويتي والرقابة القضائية به، دراسة مقارنة، مجلة الحقوق العدد الرابع، السنة الحادية والثلاثون.

(5) Auly. Op . cit, PP 290 .

وفي هذا المعنى راجع

- Basset. Opcit cit. pp 99

6 - C.E5 dec1952, narbonne . s 1953- 3 -25 concl annde de velires.

بقواعد الاختصاص وعدم جواز مخالفتها وإلا يترتب على ذلك بطلان القرار بطلاناً مطلقاً، أما القاعدة فيما يتعلق بتقابل الأشكال والإجراءات، فإنه لايتعين من إصدار القرار المضاد اتباع ذات الإجراءات التي صدر القرار الأول على أساسها، وإنما يتعين مراعاة الأشكال والإجراءات المطبقة لحظة إصدار القرار المضاد .

الفرع الثاني

نطاق تطبيق القاعدة وحدودها

ذهب البعض [1] إلى أن نطاق تطبيق قاعدة تقابل الشكليات مقصور على القرارات الفردية دون اللائحة، ويرجع ذلك إلى أنه بالنسبة للقرارات التي لا تولد حقوقاً، ومنها القرارات التنظيمية التي لا تؤدي إلى نشوء حقوق مكتسبة لأحد، وعلة ذلك أنها تتضمن قواعد عامة موضوعية (أي غير شخصية) ، ولذلك لا تكون مصدراً لاكتساب أفراد بذواتهم حقوقاً شخصية، فتلك القرارات يمكن إلغاؤها أو تعديلها في أي وقت عن طريق إنهاء آثارها القانونية بالنسبة للمستقبل ، وهذا الإلغاء أو التعديل لا يتم إلا بعد استكمال للشكليات المتطلبة عند إصدار القرار الأول .

أما القرار الفردي الذي يولد حقوقاً ، فالسبيل الوحيد لانهاء آثاره القانونية للمستقبل لايكون إلا عن طريق القرار المضاد ، وهذا التحديد لا يمكن تبريره منطقياً إلا على أساس أن القرار الفردي المشروع يقرر مركزاً نهائياً للفرد لا يصح أن يحرم منه بعد اكتسابه له إلا بموجب قرار مضاد .

أما القرارات اللائحية فهي لا تولد حقوقاً ، بصفة عامة ، ولذلك لا يكون إلغاؤها أو تعديلها في طريق القرار المضاد، ومن ثم تستبعد تلك القرارات عن نطاق تطبيق فكرة القرار المضاد من خلال قاعدة تقابل الشكليات.

وتحديد نطاق هذه القاعدة يظهر بدقة آثارها في عدم المساس بالآثار الفردية للقرارات الإدارية التي تولد حقوقاً مكتسبة، وهذه القاعدة تهدف إلى حماية مصالح الأفراد واحترامها يبدو كضمان جوهري لحماية مصالح الأفراد.

فقاعدة تقابل الشكليات مقررة لمصلحة الإدارة ذاتها ، وإن السلطة المختصة بالإلغاء لاتلتزم بمراعاة الأشكال والإجراءات التي صدر القرار الملغى في ضوئها ، وبصفة خاصة، أخذ رأي جهة معنية عند إصدار القرار ، فليس هناك من ضرورة في أتباعة إصدار قرار السحب أو الإلغاء .

خلاصة القول إن قاعدة تقابل الشكليات تفرض ضرورة اتباع مراعاة الإجراءات المنصوص عليها بموجب القانون واللوائح عند إصدار القرار المضاد لإنهاء آثار قرار إداري فردي سليم، وهذا في حد ذاته ضمان لحقوق الأفراد، وفي حالة غياب النص فإننا نحبذ تطبيق المبادئ العامة للقانون ويجد فيها الأفراد الضمان والحماية.

(1) - راجع Galabert تقرير في المجلس في قضية Fédération national des syndicates pharmaceutiques بتاريخ ١٩٦٧/٤/٢٨منشور في A.J.D.A ١٩٦٧، ص ٤٠٦

الفرع الثالث

الحالات التي تستبعد من نطاق قاعدة تقابل الشكليات

استبعد القضاء من نطاق تطبيق قاعدة تقابل الشكليات الحالات الآتية :

الأولى : إذا كان تطبيق هذه القاعدة يؤدي إلى تحقيق نتائج غير منطقية أو بمعنى آخر في الحالات التي تكون تطبيقاً لقاعدة غير ذات معنى [١]، مثال ذلك أن تعيين الموظف يمر في العادة بثلاث مراحل : قد يتطلب إجراء مسابقة ، ثم فترة تمرين، وأخيراً صدور قرار التعيين، وليس من المتصور أن تشترط الإجراءات ذاتها عند فصل الموظف ، على أن الفصل يستلزم اتباع إجراءات مختلفة عن إجراءات التعيين . إذ يلزم اتباع إجراءات معينة للتحقق من خطأ الموظف أو تقصيره وإهماله (إجراءات التأديب) أو ثبات عدم كفاءته أو عجزه بسبب إصابته بإصابة بدنية أو لأي سبب آخر، وهذه الإجراءات التي يلزم إتباعها في فصل الموظف تختلف عن إجراءات التعيين .

الثانية : استبعاد تطبيق قاعدة تقابل الشكليات إذا كانت لا تمثل ضماناً للأفراد [٢] ففي هذه الحالة قضى المجلس بضرورة أخذ رأي جهة معينة عند إجراء التعيين، فهذا الإجراء لا يلزم اتباعة عند الفصل ، وهذا الإجراء لا يمثل ضمانة حقيقية للموظف مما يتعين إغفاله .

الثالثة : يستبعد تطبيق قاعدة تقابل الشكليات إذا أدى تطبيقها إلى الإضرار بقواعد توزيع الاختصاص [٣] . وتظهر هذه الحالة إذا كانت السلطة المختصة بالتعيين لا تملك اتخاذ هذا الإجراء إلا بناء على اقتراح من سلطة أخرى، فهي بذلك مقيدة بالرجوع دائماً إلى تلك الجهة ولا يجوز لها الخروج على هذا الطريق ، ولكن السلطة المختصة تملك من الجهة المقابلة حرية رفض الاقتراح، وأن تطبيق قاعدة تقابل الشكليات في حالة فصل موظف سبق تعيينه بهذه الطريقة، فإنه يتعين عليها اللجوء للسلطة السابقة التي أصدرت القرار، وأن هذا الإجراء يحرم السلطة المختصة من سلطة إصدار القرار عند تخلف الاقتراح، وأيضاً استبعادها إذا أدى تطبيقها إلى عرقلة ممارسة الاختصاص، وفي ضوء هذا المعيار فإن قاعدة تقابل الشكليات تختفي تماماً أمام وجود مبدأ عام ينظم التعيين في الوظائف العليا التي تحاط بالسرية والكتمان [٤].

الرابعة : كما استبعد القضاء تطبيق هذه القاعدة في حالة اتخاذ الإجراءات الضرورية والعاجلة للمحافظة على الصحة [٥] ويستبعد تطبيق القاعدة . من باب أولى . في وجود ظروف استثنائية، وأخيراً استبعد القضاء تطبيق قاعدة تقابل الشكليات في حالة عدم وجود نص يلزم السلطة الإدارية باتباع إجراءات معينة ، حيث أن القاعدة لا تنطبق في حالة وجود إجراءات شكلية اتبعت عند إصدار القرار بموجب نص القانون [٦].

---

(1) - C.E8 Mars, jalanque de labeau, D, 1957 P378 .

(2) - C.E 28 nov 1951, chasmbre symdicat des cochers et chauffeurs de la seine, p553.

(١) - سبق الإشارة إليه

- C.E8 Mars 1957, jalanque de labeau, D, 1957 P378 .

(4) - Basset ,op. cit, pp228

(5) - C.E 25 avril 1958, société laboratoires GEIGY, Kec,P 236 A.I.D.A 1958.

(6) - C.E5 Juill 1950, symdicat national des administraturs des colories, p415,21 déc 1958, union national des caisses d'allocations famaliales, p492

المطلب الثاني

موقف القضاء والفقه في مصر من قاعدة تقابل الشكليات

تبنى قضاء مجلس الدولة المصري ذات القاعدة المطبقة في القضاء الفرنسي من الالتزام بقاعدة تقابل الشكليات عند إصدار القرار المضاد [١].

فيما يتعلق بقاعدة تقابل الاختصاصات : كشفت أحكام قضاء مجلس الدولة المصري في خصوص هذه القاعدة ، أن السلطة المختصة بإلغاء القرار الفردي (بوسيلة القرار المضاد)، هي السلطة القائمة وقت إصدار القرار المضاد، سواء أكانت السلطة مصدرة القرار الأول أم سلطة أخرى في ذات المستوى.

ولقد أوضح المجلس في أحكامه ، أنه يتعين لإلغاء قرار من مستوى أو درجة معينة أن يصدر قرار من ذات المستوى أو الدرجة لا بأداة أدنى من ذلك.

وإيضاحاً لذلك لا يجوز إلغاء قرار تنظيمي بقرار فردي، إنما يتعين لإلغاء صدور قرار مماثل من نفس المستوى والدرجة، وإذا قامت الإدارة بإلغاء قرار تنظيمي بقرار فردي ، فإن القرار الأخير يتعين إلغاؤه عن طريق القضاء ، وهذا ما أفصح عنه القضاء الإداري بقوله إنه لا يجوز إلغاء قرار تنظيمي بموجب قرار فردي، أما فيما يتعلق بقاعدة الإجراءات والإشكال، فإن المحكمة الإدارية العليا [٢]، ذهبت إلى أنه إذا أصدر أحد الرؤساء أمراً كتابياً ، فإنه لا يجوز له أن يلغيه بأمر شفهي؛ لأن الأمر الإداري لا يلغيه إلا أمر إداري آخر بنفس أداة الأمر الأول وهي الكتابة .

هذا ما أخذ به العميد /سليمان الطماوي في هذا الخصوص بقوله «إنه إذا كان المشرع قد حدد إجراء معيناً لإصدار القرار المضاد فيجب اتباعه ، فإذا لم يحدد المشرع إجراء معيناً فلا مناص من تطبيق القاعدة العامة ، وهي لاقيد على حرية الإدارة في التعبير عن إرادتها ، وإن تلك الحرية ليست مطلقة ، بل هي مقيدة بالقواعد العامة والتي من مقتضاها ألا يمس القرار الإداري إلا بقرار آخر في قوته» .

وذهب البعض الآخر أن قاعدة توازي الأشكال صحيحة ومنتجة في شقها الأول (المتعلق بالسلطة المختصة) [٣]، أما الشق الثاني (المتعلق بالأشكال والإجراءات) فإنها لاتراعى في كل الأحوال . فمجلس الدولة يقرر أن السلطة المختصة بإصدار قرار الفصل هي نفس السلطة المختصة بالتعيين دون أن تكون الأولى ملزمة مع ذلك باتباع نفس الإجراءات التي اتبعتها الثانية مالم ينص القانون صراحة على ذلك [٤].

المبحث الثالث

الضمانات المقررة في إصدار القرار المضاد

مضت الإشارة إلى أن فكرة القرار المضاد تشمل القرارات التي تولد حقوقاً ، وأن إلغاءها يكون عن طريق القرار المضاد الذي يحكمه نص في القانون، وأيضاً القرارات التي لا تولد حقوقاً ويكون إلغاؤها عن طريق القرار المضاد الذي لا يحكمه نص في القانون (وهي

---

(١) . راجع حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ٢/١٤٨٧ ق جلسة ١٩٥٦/١/١ س٢ ، ص٧٨ وأيضاً حكمهما في الطعن رقم ١٢٦٧ (٧ ق جلسة ١٩٦٥/٨/٢٤)

(٢) . راجع حكمها في الدعوى رقم ٤٢٤/ ٣ ق جلسة ١٩٥١/١/١١ ، س٥ ، ص٤٢١ وحكمها في الدعوى رقم ٤/٣٢٦ ق جلسة ١٩٥١/٥/٢ س٥ ،ص٩٣٤ .

(٣) . راجع حكمهما في الطعن رقم ٧/١٢٦٧ ق جلسة ١٩٦٥/٤/٢٤ (سبقت الإشارة إليه)

(٤) . راجع الدكتور/ ثروت بدوي ، مرجع سابق ، ص ١١١ ، وما تلاها .

الحالة الغالبة) أو عن طريق قرار مضاد يحكمه نص في القانون (وفي حالة استثنائية)

ويرى الفقه muzellec أن القرار المضاد يخضع في إصداره إلى ثلاث ضمانات هي :

١. قاعدة تقابل الشكليات .

٢. التسبيب .

٣. احترام حقوق الدفاع .

ففيما يتعلق بالضمانة الأولى وهي قاعدة تقابل الشكليات ، فقد سبق التعرض لها بمناسبة الحديث عن الشكل والإجراءات للقرار المضاد .

وسنقصر الحديث . هنا على الموضوعين التاليين على التقسيم والتفصيل الآتي :

المطلب الأول : تسبيب القرار المضاد .

المطلب الثاني : احترام حقوق الدفاع .

المطلب الأول

تسبيب القرار المضاد

القاعدة العامة أن الإدارة لا تلزم بتسبيب قراراتها إلا إذا ألزمها المشرع بذلك بنص صريح.

بيد أن مجلس الدولة الفرنسي خرج على هذه القاعدة ، وألزم الإدارة بتسبيب جميع القرارات الصادرة بإلغاء القرارات الإدارية السليمة[١] .

أما قضاء مجلس الدولة المصري ، فقد ألزم الإدارة بتسبيب قرارات الجزاء التأديبي، حيث قضت محكمة القضاء الإداري بأنه « إذا كان الأصل في القرار الإداري عدم تسبيبه إلا إذا نص القانون على وجوب هذا التسبيب ، فإن القرار التأديبي على النقيض من ذلك، فهو قرار ذو صبغة قضائية -إذ يفصل في الموضوع مما يختص به القضاء أصلاً ، يجب أن يكون مسبباً[٢].

وهذا الاتجاه تأييد من قضاء المحكمة الإدارية العليا في حكمها بتاريخ ١٩٧٨/١٢/١٦ وجاء فيه أن الجزاء الذي توقعه السلطة الرئاسية يحظى بذات الضمانات التي توفرها المحكمة التأديبية بما يجعله مساوياً لحكم المحكمة التأديبية ، في هذا الخصوص ، كما أن جزاء السلطة الرئاسية قابل للطعن القضائي بالإلغاء لعدم التسبيب. [٣]

أما فيما يتعلق بالفقه الفرنسي ، فجانب منه أيد القاعدة التي ينتهي إليها القضاء ، والبعض الآخر أعمل القاعدة العامة .

والفقيه دلوبادير ذهب إلى أن إلغاء القرار السليم يجب أن يكون مسبباً دائماً وبرر رأيه بقوله « أن القاضي لا يتردد في إلغاء القرار إذا كانت الأسباب غير كافية أولا تبرره قانونا ، فيتعين . والحالة هذه . إعادة بحث الأسباب الموضوعية للقرار الملغي ، ومثل لذلك بأن

(١) - راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ١٩٤٨/٣/٥ ، المجموعة ، ص ١٢١

(٢) - راجع حكمها في الدعوى رقم ٢١/٨٤٣ ق ، جلسة ١٩٦٨/٤/٢٤ ، مبدأ ١٨٢ ، المجموعة في ثلاث سنوات سبتمبر ١٩٦٦ . آكتوبر ١٩٦٩ ، ص٣٠٤

(٣) - راجع حكمها في الطعن رقم ٢٠/٧٩١ ق ، جلسة ١٩٧٨/١٢/١٦ ، س٢٤ ، ص٢٤ وراجع حكمها في الطعن رقم ٤٧/٨٢١٤ ق ، جلسة ٢٠٠٨/١٢/١٠ (غير منشور).

سحب الترخيص السليم لا يكون ممكنا إلا إذا كانت الظروف التي جدت تبرر السحب. [١]

وهذا الاتجاه «أخذ به جانب من الفقه المصري»[٢].

وعلى النقيض العميد أوبي، فقد تبني اتجاهاً مؤداه أن القول بأن إلغاء القرار السليم يجب أن يكون مسبباً ، لا ينسجم مع اتجاه القضاء، واستبعد الزام الإدارة بتسبيب قراراتها المضادة[٣].

وقد انتقد الفقيه Muzellec [٤] هذا الخلاف ، فذهب إلى أن الاتجاه الأول يستند إلى الموضوع ، والاتجاه الثاني يرتكز على الشكل، والمبدأ المسلم به أن القرارات الإدارية ليست كقاعدة عامة وأن تكون مسببة ، إلا إذا وجد نص خاص يقضي بغير ذلك ، وأضاف أن عدم النص على التسبيب الإداري غير ذي أثر على شرعية القرار المضاد ، وذهب إلى أنه فيما يتعلق بإلغاء القرارات الفردية السليمة التي صدرت بناء على سلطة التقديرية، ففي هذه الحالة الإدارة ملزمة بالتسبيب. [٥]

ومن جانبنا نأخذ بالقاعدة والتي تقضي بأن إلغاء قرار فردي سليم يجب أن يكون دائماً مسبباً، وسندنا فيما نذهب إليه أن بعضاً من الفقه الفرنسي قد انتهى إلى أن الإدارة ملزمة بتسبيب قراراتها الإدارية ، فمن باب أولى ، بالنسبة لإلغاء القرارات الفردية المشروعة ، والتي تولد حقوقاً ومزايا لأصحاب الشأن، وهذا في حد ذاته حماية شكلية تتيح للقضاء مد الحماية للأفراد أصحاب الشأن ، وتلمس الدوافع والأسباب التي حدت بالإدارة إلى إصدار القرار، بما يسهل مهمة الرقابة القضائية.

وهذا الاتجاه يخالف القاعدة التقليدية التي يسري عليها الفقه والقضاء منذ فترة طويلة، والتي تقضي بأن الإدارة غير ملزمة بالتسبيب إلا حيث يوجد نص خاص يقضي بذلك.

المطلب الثاني

احترام حقوق الدفاع

إن عدم الإخلال بحق الدفاع من المبادئ القانونية العامة والتي توجد بغير نص ، وقصد بحق الدفاع تمكين الموظف من الدفاع عن نفسه وإبداء ملاحظاته فينبغي منحه أجلاً معقولاً لتحضير دفاعه ، وحق الدفاع يقوم على فكرة أساسية مفادها أن للمتهم إيضاح وجهة نظره للهيئة التي تقوم بالتحقيق ، وتلك التي تقوم بالمحاكمة دون بغي منه أو بغي عليه. [٦]

وهذا المبدأ ينطبق في شأن القرارات التي تولد حقوقاً ، وتلك التي لا تولد حقوقا بمعنى انطباقها على القرارات التي تنشئ حقوقاً للأفراد أصحاب الشأن من جراء تطبيق القرارات على حالتهم ، وينطبق أيضاً على القرارات التي لا تنشيء حقوقاً أو مزايا للغير ، ومن أبرز صور احترام حقوق الدفاع في القرارات الأخيرة هي الجزاءات التأديبية ، ومن المعلوم أن مناط مشروعية القرارات التأديبية أن يكون استخلاصها سليماً من الوقائع الثابتة بالأوراق ولا يتسم الجزاء الذي توقعه بالغلو والشدة التي لا تتناسب مع حقيقة ما نسب للعامل.

---

(١) – راجع مؤلفه القانون الإداري ، الطبعة الخامسة ، ١٩٦٣ ، ص٢٩٤.

(٢) – راجع دكتور/ سليمان الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، مرجع سابق ص٦٩٧.

(٣) – راجع أوبي ، مرجع سابق ، ص١٣٥.

(٤) – راجع رسالته السابقة ، ص٤٥٩.

(٥) – وهذه الاتجاه أخذ به مجلس الدولة الفرنسي في حكمه في قضية Melle Batailler راجع مجلة القانون العام الفرنسية ، ١٩٦٥، ص١٠٧٤.

(٦) – راجع الدكتور / مصطفى أبو زيد ، مرجع سابق ص٤٣٤.

Morange (G), le principe des droits de la défense devant l' administration active,1956,p121, puisoye(i) , la jurisprudence sur le respect des droits de la défense A . J . D . A , 1962. 1.79.

نطاق مبدأ حق الدفاع :

إن نطاق تطبيق المبدأ يشمل القرارات التي تولد أو تولد حقوقاً ،وفي هذا المعنى يقول الفقيه فالين[١] إن صاحب الشأن يطرح وجهة نظره وإبداء دفاعه ، وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي هذا المبدأ في صدد الإحالة إلى الاستيداع، وقضى بأن لا وجه للنعي على تصرف الإدارة بمخالفة القانون بعد أن أتاحت لصاحب الشأن فرصة الاطلاع على ملفه وطرح وجهة نظره فإن ادعائه، بالإخلال بحقوق الدفاع يفتقر إلى الواقع والقانون ، فيتعين طرحه وقضى برفض الطعن. [٢]

وهذا ما انتهجه القضاء الإداري المصري في حكمه بتاريخ ١٩٧٩/٢/١٣ بقوله : « من حيث إن القرار المطعون فيه يقوم على سبب صحيح مستمد من أصول ثابتة في الأوراق وصادر ممن يملكه ، وبدئ تحقيق مع المدعي روعيت فيه الضمانات المقررة قانوناً للدفاع عن نفسه ، فإن القرار يكون بحسب الظاهر سليماً قانوناً. [٣]

وقد تأيد هذا الاتجاه من المحكمة الإدارية العليا في حكمها بتاريخ ١٩٧٩/١٢/١، وجاء فيه « لا يجوز توقيع عقوبة على العامل إلا بعد التحقيق معه كتابة وسماع أقواله وتحقيق دفاعه ، ويجب أن يكون القرار الصادر بتوقيع العقوبة مسبقاً. [٤]

ولكن هذه الضمانات لا يتمتع بها من وضع نفسه في وضع لا يتفق ومقتضيات الوظيفة ، فأولئك الذين يضربون عن العمل يسمحون للإدارة أن توقع عليهم الجزاء فوراً ، وبغير مراعاة لحقوق الدفاع. [٥]

ومن المقرر أن الإجراءات والضمانات التي وضعها المشرع لكفالة صحة الجزاء ولحماية العامل من تعسف الإدارة تعتبر من النظام العام.

والجزاء المترتب على الإخلال بحق الدفاع يعتبر مشوباً بالبطلان توفر أولى بديهيات ضمانات التحقيق ، وهي حق الدفاع للمتهم للتحقق من صحة أقواله، خاصة إذا كان سيترتب على صحة دفاعه تغيير وجه الرأي في الدعوى[٦]، أما إذا تُدورك هذا العيب في أثناء المحاكمة التأديبية وأتيح للموظف كل الضمانات التي تكفل له ، حق الدفاع عن نفسه فالقرار سليم ولا غبار عليه ، والإدارة عليها كمبدأ أن تنبه أصحاب الشأن إلى إبداء ملاحظاتهم وأوجه دفاعهم قبل إصدار أي إجراء من شأنه المساس بحقوقهم أو مراكزهم القانونية[٧] .

وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي[٨] مبدأ احترام حقوق الدفاع على القرار المضاد في صدد إجراء الوقف الاحتياطي والعقوبات التأديبية منها ، تنزيل الدرجة أو تخفيض الراتب ، ويخرج عن نطاقها الفصل عن غير الطريق التأديبي ، ومرد ذلك إلى أن الفصل عن غير الطريق التأديبي لم يرد ضمن الجزاءات التي يجوز توقيعها على العاملين ، فهو رخصة للإدارة مناطها وسببها عدم صلاحية العامل للاستمرار في تولي الوظيفة العامة والنهوض بأعبائها ، و ذلك لاعتبارات تقوم بالعامل وتقدر أثرها وخطورتها الجهة الإدارية بوصفها المهيمنة على تسيير المرافق العامة ، والمسئولة عن حسن أدائها للخدمات المنوطة بها على الوجه الذي يكفل تحقيق المصلحة العامة التي هي قوامة عليها.

(1) - R . D . P 1965, p1074,Note waline.
(2) - R . D . P 1961, P 183 ets.

(٣) – راجع حكمها في الدعوى رقم ٣٣/٤٦١ ق جلسة ١٩٧٩/٢/٣ (غير منشور).
(٤) – راجع حكمها في الطعن رقم ٢٣/٤٠٤ ق جلسة ١٩٧٩/١٢/١ (غير منشور).
(٥) – راجع أدوني ، مقالة من حقوق الدفاع ، وفي مجلة مجلس الدولة الفرنسي ، ١٩٥٣ ، ص ٦٣.
(٦) – راجع حكم محكمة القضاء الإداري ، الدعوى رقم ٢٨/٩١٣ ق ، جلسة ١٩٧٩/١١/٢٩ (غير منشور).
(٧) – راجع الإدارية العليا ، س ٦ ، ص ٦٩٧.

(8) – C . E Juill 1956، chestion blenchine، R . D . P . 1956

المبحث الرابع
آثار القرار المضاد

من المستقر عليه ، أن القرار المضاد يقتصر على تعديل أو إلغاء القرار الفردي السليم كلياً أو جزئياً ، بالنسبة للمستقبل ، بمعنى أن آثار القرار المضاد تتجه إلى المستقبل ، أما أثاره في الماضي فتبقى سليمة. [١]

فآثار القرار المضاد تقترب من آثار الإلغاء، وتبتعد عن آثار السحب الذي يزيل آثار القرار بأثر رجعي من وقف صدوره ، ويعتبر كأن لم يصدر قط. [٢]

وفكرة القرار المضاد تتعارض مع فكرة الحقوق المكتسبة، أو مع مبدأ استقرار الآثار الفردية للقرارات الإدارية بالنسبة للمستقبل، فالآثار التي رتبها القرار في الماضي تبقى سليمة وقائمة قانوناً، وينحصر أثر القرار المضاد بالنسبة للمستقبل، وهذا ما يتعارض مع المبدأ المشار إليه فيما يتصل بالمستقبل، أما فيما يتعلق بإلغاء القرارات التي لا تولد حقوقاً، فإن القرار المضاد لا يمثل بالنسبة إليها سوى قيد على إجراء التعديل.

سنتناول هذا الموضوع على النحو الآتي:

المطلب الأول : قصر آثار القرار المضاد على المستقبل.

المطلب الثاني : عدم انسحاب آثار القرار المضاد على الماضي.

المطلب الأول
قصر آثار القرار المضاد على المستقبل

يرى الفقيه جيز[٣] أن القرار المضاد باعتباره تصرفاً قانونياً يتم بمقتضاه إلغاء الآثار القانونية التي تولدت من قرار مشروع بالنسبة للمستقبل، فإنه مما يخالف المنطق القانوني إجازة إلغاء آثار القرار التي تولدت في الماضي سليمة ، ولذلك تتجه آثار القرار المضاد للمستقبل، فالقرار الملغى بموجب القرار المضاد يتوقف على أن ينتج آثاره القانونية بالنسبة للمستقبل ، وتبقى أثاره في الماضي سليمة، وهذا القول يحمل معنى عدم المساس بالآثار التي ترتبت في الماضي، وعلى العكس المساس بالآثار التي ستترتب في المستقبل، وهذا ما انتهى إليه الفقيه (Basset) من القول إن مبدأ استقرار الآثار الفردية للقرارات الإدارية في شأن القرار المضاد يغدو مبدأ نسبياً فيما يتعلق بإنهاء الآثار الفردية للمستقبل ، ويبقى المبدأ مطبقاً في صورته المطلقة ، فيما يعدم المساس بالآثار الفردية التي ترتبت في الماضي سليمة، ويمتنع على الإدارة أن تنال منها في المستقبل.

وهذه الفكرة بحدودها تطبق في شأن إلغاء القرارات الشرطية ، فالآثار الفردية التي تولدت في الماضي من خلال التصرفات القانونية تتميز بالاستقرار المطلق ، أما الآثار التي ستترتب في المستقبل فتزول بالنظر إلى مبدأ استقرار الآثار الفردية للقرارات الإدارية.

خلاصة القول إن إلغاء أو تعديل الآثار الفردية للقرارات الإدارية يتم في صورة قرار جديد (قرار مضاد) أو بمقتضاه يمحى أثرها كلياً أو جزئياً للمستقبل.

---

(١) – بونار ، القانون الإداري ، الطبعة الثالثة ، ص ١١٥ ، وأيضا مؤلفة الطبعة الثانية ، ١٩٥٣ ، ص٢٢٨.
(٢) – راجع Muzellec رسالته السابقة ، ص ٤٥٥.
(٣) – راجع رسالته السابقة ، ص ٩٣ وما تلاها ، وفي هذا المعنى، Muzellec ، رسالته السابقة، ص٤٤٥.

المطلب الثاني

عدم انسحاب آثار القرار المضاد على الماضي

قلنا آنفاً أن القرار المضاد يقتصر أثره بالنسبة للمستقبل ، ولا تنسحب آثاره على الماضي.

ويرى الفقيه جيز[١] أن القرار المضاد لا ينسحب على الماضي ، ويرجع ذلك إلى أن القرار المضاد بديل عن القرار الملغى وينفصل عنه بصورة مطلقة.

ويرى الفقيه (Basset) [٢] أن مبدأ عدم المساس بالآثار الفردية للقرارات الإدارية يطبق بصورة مطلقة فيما يتعلق بالآثار التي تولدت في الماضي سليمة، وهذه النظرة تطبق في شأن القرارات الفردية والشرطية ، إلا أنه فيما يتعلق بالقرارات الشرطية فيرد عليها عدة استثناءات تمس الآثار الفردية التي ترتبت في الماضي سليمة ، وذلك إذا ما ترتبت عليها مصلحة لصاحب الشأن ، فعلى سبيل المثال: سحب قرارات فصل الموظفين والسحب الرجعي للقرار السليم بالإحالة إلى المعاش ، ففي تلك الحالات تعدم الإدارة آثار قرارات الفصل أو إحالتهم للمعاش بأثر رجعي ، ويعود الموظف إلى وظيفته الأولى ، ويعتبر كأنه لم ينفصل عنها في أية لحظة من اللحظات بصرف النظر عن هذه الاستثناءات ، فالقاعدة أن احترام مبدأ عدم المساس بالآثار الفردية للقرارات الإدارية المشروعة ، وهذا المبدأ مطلق فيما يتعلق بالآثار التي ترتبت في الماضي من خلال إعمال مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية.

فهذا المبدأ مؤداه أن القرارات الفردية تصير نافذة من وقت صدورها ، ولا تنسحب على الماضي، وهذا المبدأ يقوم على فكرة استقرار المعاملات ومنطق العدالة ، وهذا المبدأ الأخير يعد من المبادئ العامة للقانون.

فذهب اتجاه[٣] إلى أن مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية يضم مبدأ استقرار الآثار الفردية للقرارات الإدارية ، وأنه من الأهمية بمكان التأكيد على الضمان القانوني لمبدأ استقرار المعاملات ، ومن أبرز النتائج المترتبة على تطبيق مبدأ عدم الرجعية ، عدم المساس بالآثار الفردية أو التصرفات ومطلق آثاره التي ترتبت في الماضي سليمة.

وقد ذهب الفقيه Basset [٤] إلى أن القرار المضاد يحل محل القرار الأول الذي تم إلغاؤه أو تعديله وتقتصر آثاره للمستقبل ولا تنسحب على الماضي.

خاتمة :

ونخلص من دراسة نظرية القرار المضاد إلى أن مجال انطباقها يشمل القرارات الشخصية والقرارات الشرطية، وتتسع لتشمل القرارات التي تولد حقوقاً، وتلك التي لا تولد حقوقاً، وقد أحاط المشرع هذا السبيل بضمانات متعددة أقرها القضاء ، فيما يتعلق بالقرارات التي تولد حقوقاً، وهي قاعدة تقابل الشكليات، وقاعدة التسبيب، ومبدأ احترام حقوق الدفاع ، وأن آثار القرار تتجه إلى المستقبل لا للماضي، بمعنى زوال آثار القرار بالنسبة إلى المستقبل ، مع بقاء آثاره التي تمت في الماضي سليمة.

---

(١) – راجع جيز ، المرجع السابق ، ص٣

(٢) – راجع رسالته السابقة ، ص٥٨ ، ٩٦ وما تلاها ، راجع في الاستثناءات التي ترد على مبدأ عدم المساس بالآثار المطلقة للقرارات الفردية السليمة التي تولدت في الماضي

. Lectouneur (M), le principe de la non rétrora ctivité des actes administratifs , E . D . C . E , 1955 , p44 ets.

(3) - R. D . P 1966, la notion d'acte junidictionnel, P52.

(٤) – راجع رسالته السابقة ، ص٩٩

أما عن نتائج الدراسة ، فإن القضاء والفقه الإداريين الفرنسي والمصري قد أخذا بنظرية القرار المضاد في أغلب جوانبها سواء الموضوعية أو الإجرائية وضماناتها وآثارها.

أما القضاء الكويتي، فلم يستبن – مما أتيح لنا من أحكام محكمة التمييز – أن النظرية لها وجود في تطبيقات ذلك القضاء ، وإن وجدت بعض قواعدها الإجرائية خاصة ما يعرف بقاعدة تقابل الشكليات أو توازي الأشكال ، وقد يكون مرد ذلك ، إلى إنه لم يعرض على القضاء منازعات إدارية مما تطبق في شأنها نظرية القرار المضاد، حتى يمكن التعرف على جوانب هذه النظرية.

وعلى أية حال ، فإن هذه الدراسة تشكل لبنة في بناء نظرية القرار المضاد في القضاء والفقه الكويتي.

دعـوى الإلغـاء
الأهم من قواعدها وولاية قاضيها

المستشار / محمد أمين المهدي
رئيس مجلس الدولة المصري الأسبق

الفكـرة المحوريـة :

١- يقيم فقهاء القانون الخاص، عادة، التفرقة بين الدعوى كمفهوم قانوني يتحصل في كونه الحق في الحماية القضائية، وبين الخصومة القضائية التي هي مجموعة الأعمال الإجرائية التي تتخذ بهدف صدور حكم يحقق هذه الحماية، أي هي الآلية الفنية التي تحمي الحق موضوع الدعوى. إلا أننا في تناولنا لدعوى الإلغاء سنتصدى، بما يسمح به المجال، لموضوع الحق محل الدعوى ولوسيلة حمايته جميعاً. وهذا التناول نراه أدنى إلى التعبير عن واقع عمل القاضي الإداري الذي ينزل على دعوى الإلغاء باعتبارها خصومة قضائية ما يتطلبه موضوعها المتمثل في المصلحة محل الحماية التي مناطها احترام المشروعية. فالحق أو المصلحة الجديرة بالاعتبار اللذان تحميهما دعوى الإلغاء، يتداعيان بآثارهما على تكييف الدعوى ذاتها، فيصبغانها بصبغة خاصة؛ فقيل بأنها خصومة عينية إذ «تلحق القرار الإداري المطعون فيه بما لا يدع حاجة لإقامتها ضد المستفيد من القرار، كما أن الحكم الذي يصدر منها يكون حجة على الكافة بمجرد صيرورته نهائياً». (حكم المحكمة الإدارية العليا في ٢١ إبريل سنة ١٩٦٣)، كما قيل أيضاً بأنها من قبيل الدعاوى الموضوعية، حيث يعرض صاحب الشأن فيها على القاضي مركزاً قانونياً تنظيمياً. وعلى كل، فإن تكييف الدعوى على أنها مخاصمة لقرار إداري استدعى أن تكون الإجراءات المتبعة في نظر دعوى الإلغاء وفي الفصل فيها، بما تتلاءم مع هذه الطبيعة الخاصة للدعوى.

٢ - وإنه أياً ما يكون من أمر المصدر الذي أخذت عنه نظم القضاء الإداري بالدول العربية [١]، وسواء كان هذا المصدر هو النظام الفرنسي الذي أخذ عنه بطريق مباشر، أم تم ذلك بطريق غير مباشر نتيجة الأخذ من النظام المصري الذي أخذ بدوره، في الجملة، من التجربة الفرنسية، فإن أحكام دعوى الإلغاء تحديداً، موضوعياً وإجراءً، يتعين أن يكون الأخذ بها في النظم القضائية العربية نتيجة تقدير واعٍ، يتفادى ما قد يكون لحق بالأحكام المنظمة لدعوى الإلغاء في فرنسا من اعتبارات مردها إلى ما مر به مجلس الدولة الفرنسي، ومرت به دعوى الإلغاء من ظروف تاريخية وإدارية ومقتضيات سياسية واجتماعية. فدعوى الإلغاء التي تعرف في النظام الفرنسي بأنها دعوى تجاوز السلطة «recours pour excès de pouvoir»، هي وإن كانت نتاج قضاء مجلس الدولة الفرنسي ومحل زهوه، إلا أن ذلك لم يحل دون اضطرار المشرع الفرنسي إلى التدخل بتقرير حقوق للأفراد لم تكن بحكم الضرورة محل الحماية الواجبة بمقتضى الأحكام القضائية المنظمة لدعوى الإلغاء. ومن ذلك ما تم من تدخل تشريعي سنة ١٩٧٩ المعدل بالقانون الصادر في ١٧ من يناير سنة ١٩٨٦ بما مفاده إلزام الجهة الإدارية بتسبيب ما تصدره من قرارات، بحيث يصبح عدم التسبيب، في ذاته، عيباً يتعلق بشكل القرار المطعون فيه، وإن كان مجلس الدولة الفرنسي قد أدرك بحق الغاية من التشريع، فتطلب ألا يقتصر التسبيب على إيراد عبارات عامة، وإنما يتعين أن يكون التسبيب متضمناً الأسباب الواقعية والأسانيد القانونية التي يقوم عليها القرار، مع تشدده في التحقق من كون التسبيب وافياً. (حكم مجلس الدولة الصادر بجلسة ٢٤ من يوليه سنة ١٩٨١ في قضية Belasri). ومن ناحية أخرى فإن دعوى الإلغاء في فرنسا تشهد تطورات مهمة سواء بفضل المشرع أو نتاج تطور في القضاء. قد لا تكون النظم التي أخذت من النظام الفرنسي على بينة به أو متابعة له.

(١) القضاء في مصر والخليج : القانون في خدمة من؟ : تأليف ناثان براون وتعريب د. محمد نور فرحات – طبعة ٢٠٠٤، ص ١٦ وما بعدها.

٣ - خلاصة القول، إنه يتعين ألا يقف القاضي الإداري حيال دعوى الإلغاء موقف المتبع المقلد، وإنما عليه أن يكون دائماً حريصاً على أداء حقوق أمانة القضاء الإداري قائماً على حماية المشروعية واحترام حقوق الأفراد في ضوء ما طرأ ويطرأ من مفاهيم معاصرة توسع من نطاق المشروعية، وتضيف مصادر لمصادرها التقليدية من ناحية، فضلاً عما تقرر ويتقرر من حقوق للأفراد تتعلق بالحق في البيئة وفي التنمية، وعلى الأخص في الإدارة الرشيدة. فأمام هذه التطورات، المتصلة بصميم عمل القاضي الإداري الذي يطلق عليه بحق قاضي المشروعية أو قاضي الحقوق والحريات ، يتعين أن يكون القاضي الإداري مجتهداً؛ حيث يكون الاجتهاد فرضاً تتطلبه مقتضيات الواقع القانوني المعاصر دولياً ووطنياً، ويكون تخلف القاضي الإداري عن شيء من ذلك مما يمكن أن يشكل، في أقصى صوره، نوعاً من إنكار للعدالة نتيجة عدم الالتفات الواجب إلى مضمون حق مقرر، وعلى الخصوص من تلك التي مصدرها المواثيق الدولية التي استوفت شرائط تطبيقها داخل الدولة، أو إغفال إعمال الآثار المترتبة على إقرار حق من تلك الحقوق أو من غيرها. ونكتفي، في نطاق عرض فكرة البحث المحورية، بالإشارة إلى مفهوم استقر في الضمير العام مفاده ترابط وتلاحم صور حقوق الإنسان، وقد عبر عن ذلك، مثلاً، الإعلان الصادر عن المؤتمر الدولي لحقوق الإنسان بفيينا سنة ١٩٩٣، بأن أوضح « أن الديمقراطية والتنمية واحترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية أمور مترابطة يعزز بعضها بعضاً». (البند ٨ من الإعلان)، كما وأنه «ينبغي إعمال الحق في التنمية، بحيث يتم الوفاء بطريقة منصفة بالاحتياجات الإنمائية والبيئية للأجيال الحاضرة والمستقبلية» (البند ١١ من الإعلان). وانتباه القاضي الإداري إلى أحكام الاتفاقيات الدولية التي تعقدها الدولة وترتيب الآثار القانونية على نحو ما تنظمه الأحكام الخاصة بتلقي أحكام المعاهدات الدولية في نسيج القانون الداخلي، حيث يكون لأحكام تلك المعاهدة، متى استوفت الأوضاع المقررة بالتصديق عليها ونشرها، قوة القانون الداخلي. (المادة ١٥١ من الدستور المصري والمادة ٧٠ من دستور دولة الكويت) ولعل من الجدير التأكيد على أن مفهوم ترابط الحقوق ليس وحسب مفهوماً أخلاقياً، وإنما هو مبدأ يرتقي إلى مرتبة المبادئ الدستورية على نحو ما كشفت عنه مثلاً المحكمة الدستورية العليا في مصر، حيث جرى قضاؤها بأن الحقوق والحريات لا تنفصل عن بعضها، ولكنها تتكامل في إطار منظومة تجمعها وتتكافأ مفرداتها فلا يكون كل حق أو حرية إلا أصلاً أو مدخلاً لغيره أو نتيجة مرتبة على وجوده[١].

٤ - ويعتبر تقرير اختصاص القاضي الإداري بإلغاء القرارات الإدارية الإيجابية أو السلبية حال امتناع الإدارة عن اتخاذ قرار يجب عليها إصداره، على نحو ما سيرد بيانه، من أفضل صور الرقابة التي يسلطها هذا القضاء على تصرفات الإدارة[٢].

وإذا كانت التشريعات المنظمة لممارسة هذا الاختصاص تقتصر عادة على بيان الأسباب التي يقوم عليها الحكم بالإلغاء وتتحصل في عيب عدم الاختصاص، وعيب الشكل، ومخالفة القوانين واللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها، وعيب إساءة استعمال السلطة[٣]، إلا أن هذه التشريعات لا تتناول، في العادة، تحديد أركان هذه العيوب، أو تنظيم جميع الآثار المترتبة على حكم الإلغاء، فيكون كل ذلك من نصيب اجتهاد القاضي الإداري الذي عليه أن يوازن في قضائه بين حماية المشروعية، في شقيها المتمثلين في التحقق من احترام الإدارة لقاعدة القانون وفي الذود عن الحقوق والحريات، وبين عدم تكبيل الإدارة بما يحول بينها وبين أداء الخدمات المنوطة بها بحكم الاختصاصات المخولة لها في تنظيم حركة المجتمع وتوفير متطلباته والحفاظ على أمنه. ولعله مما له مجال ذكر في هذا المجال،

---

(١) يراجع على سبيل المثال الحكم الصادر بجلسة ١٩ من مايو سنة ١٩٩٠، في القضية رقم ٣٧ لسنة ٩، قضائية دستورية.

(٢) وقد حرص الدستور الكويتي الصادر سنة ١٩٦٢ على أن يضمن المادة (١٦٩) توجيهاً دستورياً للمشرع بأن يتضمن القانون الصادر بتنظيم الفصل في الخصومات الإدارية، فيما يتضمن، بيان كيفية ممارسة الغرفة أو المحكمة الخاصة، المنشأة للفصل في تلك المنازعات، « للقضاء الإداري شاملاً ولاية الإلغاء ...» . وعلى ذلك تكون لدعوى الإلغاء أصول دستورية مع ما يمكن أن يترتب على ذلك من آثار تتعلق بمدى ما يملكه المشرع من تقدير في تنظيمه لولاية الإلغاء مما يتطلب دراسة مستفيضة موثقة.

(٣) المادة (١٠) من قانون مجلس الدولة المصري والمادة (٤) من المرسوم بالقانون الكويتي رقم ٢٠ لسنة ١٩٨٠، المعدل بالقانونين رقمي ٦١ لسنة ١٩٨٢، و٢٣ لسنة ١٩٩٠.

أن مفهوم المشروعية كان يتحصل في الأساس في ضرورة احترام الإدارة لأحكام التشريعات الصادرة عن المجالس النيابية بحسبانها التعبير عن الإرادة الشعبية «expression de la volonté générale» إلا أن مفهوم المشروعية أصبح يشتمل، في الفكر القانوني المعاصر، على جميع القواعد القانونية المقررة حسب تدرجها في المرتبة، بحيث يكون الدستور في القمة ، يليه القانون ثم اللائحة أي القرارات العامة ثم القرارات الفردية. فعلى أساس هذه القواعد القانونية يشيد ما أطلق عليه العلامة الفرنسي هوريو مصطلح « كتلة المشروعية» «Bloc de la légalité» وبالإضافة إلى هذا المفهوم للمشروعية فقد استقرت في الواقع القانوني المعاصر، مصادر أخرى للمشروعية يتعين أن يلتفت إليها القاضي الإداري، ومنها قواعد القانون الدولي الآمرة التي يعبر عنها بمصطلح «Jus cogens» سواء تضمنتها اتفاقيات دولية أبرمتها وصدقت عليها الدولة ودخلت من ثم في نسيج القانون الوطني، أو كان مصدر القاعدة العرف الدولي الآمر الذي منه على سبيل المثال المبادئ الأساسية اللازمة لتحقق مفهوم المحاكمة العادلة.

٥ – ولما كان القضاء الإداري هو قضاء إنشائي، سواء في مجال الكشف عن القاعدة الموضوعية التي تحكم المنازعة بحسبان أن الكثير من أحكام القانون الإداري غير مكتوبة فيصيغ القاضي القاعدة التي تحقق حسن الإدارة، وبما لا يتطاول على حقوق وحريات مقررة للأفراد، أو في مجال تقرير المسائل الإجرائية التي تنظم أمور التقاضي أمامه، فيما لم يرد بشأنه نص في القانون الخاص بتنظيم القضاء الإداري، بما يتفق وطبيعة المنازعة الإدارية وعلى الأخص بما يتلاءم مع طبيعة دعوى الإلغاء، فإن كل ذلك يفرض على القاضي الإداري أعباءً فوق أعباء، مما ينوء بحمله غير ذي الهمة العالية.

٦– وإذا كان ما تقدم، فلنر معاً فيما يلي ما صنع القاضي الإداري بدعوى الإلغاء، ساكتين، غير ملومين، عما هي صانعة به إن لم يجتهد حتى ولو أخطأ.

أولاً . الطبيعة الخاصة لدعوى الإلغاء:

١ – يرجع تعريف دعوى الإلغاء بأنها دعوى عينية موضوعها مخاصمة القرار الإداري المطعون فيه لأي من العيوب المقررة، وهي عيب عدم الاختصاص وعيب الشكل وعيب مخالفة القوانين واللوائح أو الخطأ في تأويلها أو تطبيقها وعيب إساءة استعمال السلطة (على نحو ما تنص عليه المادتان ١٠ من قانون مجلس الدولة المصري و٤ من المرسوم بقانون الكويتي رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١، المعدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٢، وبالمرسوم بقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٠)، إلى الأصل التاريخي في فرنسا لدعوى تجاوز السلطة، وهي المقابلة لدعوى الإلغاء في كل من النظامين القضائيين المصري والكويتي، حيث كان يمتنع على رافع دعوى تجاوز السلطة في فرنسا أن يطلب أي طلب آخر بخلاف طلب إلغاء القرار المطعون عليه.

٢ – والمتابع لقضاء مجلس الدولة المصري ، في مجمله، يتبين أن هذا القضاء قد تبنى مفهوم الخصومة العينية في تكييفه لدعوى الإلغاء. وإنه ولئن لم يذهب هذا القضاء إلى الأخذ بمفهوم كان الفقيه Ihering قد تبناه في كتابه الأشهر «الكفاح من أجل القانون» «La lutte pour le droit» من أنه يوجد على عاتق من يعتدى على حقه واجب قانوني في رفع الدعوى دفاعاً عن القانون وحماية للمجتمع تأسيساً على أن تأكيد احترام القاعدة القانونية في المجتمع لن تتأتى إلا إذا حرص كل شخص على حماية حقوقه، إلا أن استعراض قضاء مجلس الدولة يفيد في الكشف عن تكييف القاضي الإداري لدعوى الإلغاء، كما يتيح التعرف على أهم النتائج التي رتبها القاضي على هذا التكييف.

٣ – ولما كانت دعوى الإلغاء توجه إلى قرار إداري فيكون الخصم في دعوى الإلغاء هو دائماً الإدارة. وعلى ذلك فليس من إلزام على أن توجه الدعوى أيضاً بأن يختصم فيها إلى جانب الإدارة، الفرد الصادر القرار لمصلحته كالمطعون في ترقيته أو تعيينه.

فإذا كان ما سبق صحيحاً، فإنه يتعين مع ذلك عدم الإغراق في ترتيب آثار قانونية قد تبدو لوهلة نتاجاً طبيعياً للتكييف القانوني لدعوى الإلغاء، متى كان ذلك منافياً لاعتبارات عملية، بل لمراكز قانونية يعتد بها قانوناً. وعلى ذلك فقد قرر القضاء الإداري المصري ما يأتي:

- أنه يجوز أن يختصم المدعي، في دعوى الإلغاء، إلى جانب الإدارة الفرد الذي صدر القرار لمصلحته. وفي هذه الحالة يكون للفرد، المدعى عليه، أن يمارس حقه في الدفاع عن صحة القرار، كما يكون له أن يطعن في الحكم الصادر بالإلغاء، متى كان طريق الطعن مقرراً قانوناً.

وفضلاً عن ذلك فيكون لمن صدر القرار لمصلحته، إن لم يختصم في الدعوى أن يتدخل في الدعوى سواء تدخلاً انضمامياً أو هجومياً بحسب الأحوال، وفي هذه الحالة فإن حقه في الطعن يرتبط بنوع التدخل فإذا كان هجومياً كان له أن يطعن في الحكم وإن لم تطعن فيه الجهة الإدارية.

وإنه ولئن كان نطاق الدعوى، بحسب الأصل، يتحدد بالخصوم فيها، فإنه يكون لهم وحدهم حق الطعن في الحكم الصادر فيها ما لم يكن القانون المنظم لإجراءات الدعوى الإدارية تجيز طعن الخارج عن الخصومة.

وللمحكمة الإدارية العليا بمجلس الدولة المصري، بتشكيلها الخاص بالتطبيق لحكم المادة ٥٤ مكرراً من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢، وهو التشكيل الذي تجرى تسميته بدائرة توحيد المبادئ، قضاء[١] يتضمن تأصيلاً لطبيعة دعوى الإلغاء، وما يترتب على هذه الطبيعة من نتائج بشأن تحديد من لهم حق الطعن أمام المحكمة الإدارية في الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري في دعوى الإلغاء، فقد قضت المحكمة بأن تقرير قانون مجلس الدولة في المادة (٥٢) منه بأن أحكام الإلغاء تكون حجة على الكافة [٢] أساسه « أن الخصومة في دعوى الإلغاء هي خصومة عينية مناطها رقابة مشروعية القرار الإداري في ذاته ووزنه بميزان القانون: فإما أن يسفر الفحص عن شرعيته فترفض الدعوى أو تتقرر عدم مشروعيته فيحكم بإلغائه. والحكم الصادر بالإلغاء يعدمه في ذاته فينقضي ذات وجوده، ولهذا ينعدم وينقضي ويزول بالنسبة لكل الناس، من كان قد صدر لصالحه أو ضده، من أفاده ومن أضر به، من طعن عليه ومن لم يطعن عليه، من كان طرفاً في دعوى مهاجمة القرار ومن لم يكن، وأياً كانت الأسباب التي استندت إليها مهاجمته. ولهذا كان الحكم بالإلغاء حجة على الكافة؛ لأنه يقوم على تقرير عدم مشروعية القرار من حيث هو في ذاته بغض النظر عن المصالح التي يمسها نفعاً أو ضراً. «كما قرر ذات الحكم بأنه» متى كان محل رقابة القرار فحص مشروعيته ومعيارها مطابقته للقانون، فلا عبرة بأوجه الدفاع التي تعرض أو تبحث. إذ يقوم عمل القاضي على دقيق تطبيق صحيح القانون تطبيقاً موضوعياً على القرار لا يتأثر بأي أمر خارج عن ذلك: ويتحتم أمام هذه الحجية المطلقة الناشئة عن عينية الخصومة الالتفات عن أي اعتراض على الحكم الصادر في دعوى الإلغاء، ممن لم يكن طرفاً فيها، إذ من شأن ذلك جحد هذه الحجية المطلقة وقلبها نسبية بقصرها على أطراف الدعوى وحدهم حين يكون لكل خارج عن الخصومة الأصلية، ولم يكن طرفاً أو ممثلاً فيها الطعن على الحكم الصادر فيها أمام محكمة الطعن عند علمه اليقيني بالحكم الصادر فيها». كما تعرض ذات الحكم لبيان المقصود بأن يكون حق الطعن مقرراً لذوي الشأن[٣]، الذي تقرره المادة (٢٣) من قانون مجلس الدولة، بأن هذا التعبير لا ينصرف إلى من لم يكن ذا شأن في الدعوى التي صدر فيها الحكم المطعون عليه.

---

(١) الحكم الصادر بجلسة ١٢ من إبريل سنة ١٩٨٧، في الطعنين رقمي ٣٣٨٢ و ٣٣٨٧ لسنة ٢٩ القضائية.

(٢) وهذه المادة تقابل المادة (٢/١٥) من المرسوم بقانون وفي الكويت رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١، المعدل بشأن إنشاء دائرة بالمحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية.

(٣) وذلك خلافاً لما تجري به أحكام تشريعات المرافعات المدنية عادة من نص على أن يكون «للمحكوم ضده» حق الطعن أمام المحكمة الأعلى، وللمحكمة الإدارية العليا بمجلس الدولة المصري قضاء بأن إجازة الطعن لذوي الشأن تمثل الجهة الإدارية المختصة في دعوى الإلغاء، وإن كان الحكم قد صدر في الدعوى برفض طلب الإلغاء، تأسيساً على أن الجهة الإدارية، خاصة وإن لم تمثل في الدعوى أمام محكمة أولى درجة، أن تطعن في هذا الحكم باعتبارها من ذوي الشأن، كان مدار الطعن هو أمر المشروعية، الذي تكون للإدارة دائماً مصلحة بشأنه. (الحكم الصادر بجلسة ٣١ من يناير سنة ١٩٨٧ في الطعن رقم ١٨٢٢ لسنة ٣٠ القضائية).

وإنه ولئن كان ما سبق مما يتفق مع التكييف القانوني لدعوى الإلغاء، فإن واقع المنازعة التي تعرض على القاضي الإداري قد تتطلب تقديراً لظروف المنازعة، تقديراً يستلهم جوهر منطق السوابق القضائية وتطبيق صحيح حكم القانون، كل ذلك من منظور لا يقف عند الألفاظ والمباني، وإنما يغوص ليستخرج صحيح الحكم الذي ينزله على المنازعة المعروضة أمامه، مما يعبر في الحقيقة عن تطبيق صحيح حكم القانون، وإن بدا الأمر على غير هذا الوجه لمن لم يكن من المتمرسين أو المتابعين عن كثب لمنهج عمل القاضي الإداري، على ما ألمحنا إليه في معرض تناول الفكرة المحورية لهذا البحث.

ومثال لما نقول، فإنه ولئن كان طعن الخارج عن خصومة دعوى الإلغاء أمام محكمة القضاء الإداري (وهي محكمة أول درجة فيما نحن بصدده) لا يجوز أمام المحكمة الإدارية على نحو ما قررته دائرة توحيد المبادئ، على نحو ما سبق بيانه، فقد كان أن كشفت المحكمة الإدارية العليا عند نظرها الطعن رقم ١٦٣ لسنة ٣٧ القضائية، أن واقع الطعن يقتضي من القاضي أولاً تحديد نطاق خصومة الإلغاء أمام محكمة القضاء الإداري التي أصدرت الحكم المطعون فيه. وفي هذا الشأن، ولأهمية الحكم في إثبات ما نقول به من اجتهاد على القاضي الإداري أن يلزم نفسه به، فلعله من اللازم استدعاء عبارات الحكم لتقوم بذاتها شاهداً على ما نقول، ولتكون علامات هادية على طريق صحيح تطبيق رقابة المشروعية: يقول الحكم «لا جدال في أن هذه المحكمة بذاتها، من قبل ومن بعد، قاضي المشروعية الأول والحامية لحمى الحقوق الدستورية العامة للمواطنين والأمينة على الالتزام بمبدأ الشرعية وسيادة القانون، ولها أن تنزل حكم الدستور والقانون على ما يعرض أمامها من طعون تتعلق أساساً بالمنع أو الانتقاص أو التقييد لحق من الحقوق العامة الدستورية، والتي تلحق وتتصل بالمواطن فلا يزايله أي من هذه الحقوق إلا على النحو الذي يحكم الدستور، أو القانون، تنظيمه وبيانه. فالمنازعات المتعلقة بحق من الحقوق الدستورية العامة، وفي مقدمتها حق الانتخاب والترشيح، ومهما اصطبغت مثل هذه الطعون، بحكم اللزوم، بالصبغة الخاصة بالمنازعات الإدارية بحسبانها في ظاهرها منازعة تمثل الجهة الإدارية أحد أطرافها، فإنها في حقيقتها، متى قامت في أساسها واستقام كيانها على طلب دفع عدوان يتمثل في انتقاص أو تقييد أو حرمان مواطن مصري من حقوق عامة مقررة له بالدستور، تتمخض خصومة يكون هذا المواطن صاحب المصلحة والشأن الأول كإنسان مصري فيها، فلا تقوم المنازعة صحيحة ولا تستوي في الواقع والقانون إلا متى كان مختصماً وماثلاً فيها، حاضراً بها وإن تخلف بعد صحيح إعلانه بإجراءاتها، وإلا كان في تنحيته عنها، سواء تم ذلك بفعل الخصوم أو بإهمالهم، ما يشكل عدواناً صارخاً على حقوقه الدستورية العامة دون إتاحة الفرصة له لمباشرة حقه الدستوري في الدفاع عن هذه الحقوق وهذا العدوان والذود عن المراكز القانونية والحقوق المقررة له كمواطن أو إنسان».

ومفاد هذا الحكم أنه، وأياً ما يكون من عينية دعوى الإلغاء، وأياً ما يقال من أن الخصم فيها هو القرار الإداري مما يكفي أن تختصم الإدارة في الدعوى حتى تبدي ما يعن لها، أمام قاضي المشروعية، من دفاع أو دفوع، فإن الأمر متى تعلق بقرار، إيجابي أو سلبي، يتصل اتصالاً مباشراً بحق دستوري أو حرية من الحريات العامة للشخص الذي صدر القرار لصالحه، فإنه يلزم أن يختصم هذا الشخص، حتى لا تكون حقوقه وحرياته العامة محل سجال قضائي هو غائب عنه. وأنه في حالة عدم اختصامه يكون له أن يطعن في الحكم أمام المحكمة الإدارية العليا باعتباره حاضراً بها، بحكم اللزوم القانوني لتعلق الأمر بحق أو حرية دستورية عامة تلحق به ولا يمكن أن تزايله إلا وفق أحكام الدستور والقانون، وإن غاب عن إجراءاتها.

ولعل هذا المثال يؤكد بما لا يحتاج إلى مزيد من التأكيد أن على القاضي الإداري ألا يكون متبعاً من غير وزن دقيق لحقيق المنازعة المعروضة أمامه، فما قد يرد بالسوابق القضائية قد لا يكون بحكم الضرورة مجابهاً لواقع المنازعة المعروضة، كما قد تكون هذه السوابق القضائية قد تجاوزتها مبادئ جديدة، خاصة في مجال الحقوق والحريات، حيث يشهد المجتمع الدولي تطورات تتضمن الإقرار بحقوق الإنسان، منها ما يعتبر من القواعد الدولية الآمرة التي لا يجوز مخالفتها، وهي التي يعبر عنها بتعبير «Jus cogens»، ومن قبيل ذلك على سبيل المثال الحق في المحاكمة العادلة وما يتطلبه تحقيق هذا المبدأ من قواعد.

٤ – واتساقاً مع تكييف القاضي الإداري لطبيعة المنازعة الإدارية عموماً، ولدعوى الإلغاء خاصة باعتبار قوامها حماية المشروعية، فقد تضمن قانون مجلس الدولة المصري نصاً يجيز لرئيس هيئة مفوضي الدولة الطعن في الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري (باعتبارها محكمة أول درجة)، كما يكون عليه الطعن في الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري باعتبارها محكمة ثاني درجة، وذلك بالنسبة للأحكام الصادرة من المحاكم الإدارية، في حالة صدور الحكم على خلاف قضاء المحكمة الإدارية العليا أو إذا كان الفصل في الطعن يقتضي تقرير مبدأ قانوني لم يسبق للمحكمة العليا تقريره (المادة ٢٣ من قانون مجلس الدولة).

بل إن القانون رقم ١٦٥، لسنة ١٩٥٥، بشأن مجلس الدولة (الذي حل محله القانون رقم ٥٥ لسنة١٩٥٩، ثم القانون رقم٤٧ لسنة١٩٧٢، الساري حتى الآن) كان يقرر لرئيس هيئة مفوضي الدولة، التي تعتبر جزءً من القسم القضائي يختص بتحضير الدعوى وتهيئتها للمرافعة، اختصاصاً بالغ الخطورة، حيث تقرر له وحده حق الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا. والدور الذي تقوم به هيئة مفوضي الدولة أوضحت طبيعته ومداه المحكمة الإدارية العليا في أحكام عدة، حيث قررت على سبيل المثال أن لهيئة مفوضي الدولة أن تبدي من تلقاء نفسها أي دفع أو دفاع من شأنه أن يؤثر قانوناً في نتيجة الحكم في الروابط الإدارية وإنزال حكم القانون على المنازعة ولو لم يبده ذوو الشأن. كما قررت المحكمة العليا أيضاً أن ما تضطلع به هيئة مفوضي الدولة هو «مهمة قضائية في طبيعتها تقوم على حكمة تشريعية تستهدف أساساً تجريد المنازعة الإدارية من لدد الخصومات الفردية، باعتبار أن الإدارة خصم شريف لا يبغي إلا معاملة الناس جميعاً طبقاً للقانون على حد سواء»[١].

وقد كان أن رتب القاضي الإداري، انطلاقاً من مفهومه لدور هيئة مفوضي الدولة، ضرورة حضور من يمثل هيئة المفوضين بالجلسة وإلا وقع بطلان في الحكم. كما أنه إذا قام بالمفوض سبب من أسباب عدم الصلاحية أو الرد، على نحو ما هو منصوص عليه بقانون المرافعات ، كان غير صالح في الحالة الأولى وجائز رده إن لم يتنح في الحالة الثانية.

ثانياً . المرجعية في إجراءات دعوى الإلغاء:

١ – تحكم الإجراءات، أمام القاضي الإداري كقاعدة، ما تضمنه نص المادة (٣) من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢، بإصدار قانون مجلس الدولة المصري، من حكم يفيده صريح عبارتها، ومن مفهوم قانوني يتفق وقصد التشريع وإن سكت عن التعبير الصريح به[٢].

وتجرى عبارة المادة (٣) المشار إليها بأن تطبق الإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون، وتطبق أحكام قانون المرافعات فيما لم يرد فيه نص، وذلك إلى أن يصدر قانون بالإجراءات الخاصة بالقسم القضائي[٣].

٢ – وعلى الرغم مما قد يبدو من صراحة النص، فقد جرت أحكام محاكم القضاء الإداري في مصر، بأن الرجوع إلى أحكام قانون المرافعات لا يكون إلا بالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه الأحكام مع الطبيعة الخاصة للدعوى الإدارية، وهذه الطبيعة على ما سبق البيان هي التي تكشف عنها الأحكام الصادرة من القاضي الإداري، تارة في إسهاب يتضمن تأصيلاً، قد يكون إلى الشرح الأكاديمي أقرب منه إلى حيثيات حكم في نزاع معين، وتارة أخرى في إيجاز يواجه المنازعة فيكون الفقه، في هذه الحالة، عوناً للتعريف بالقاعدة

(١) مجموعة أحكام المحكمة العليا السنة الأولى صفحة ٣١٢ – ولعل هذا المفهوم لما هو مفترض قانوناً في مسلك الجهة الإدارية، كان مبشراً لحق نشأ وتأكد تحت مسمى الحق في الإدارة الرشيدة مما سيأتي بيانه لاحقاً.

(٢) وفي عرض واف لمفهوم السكوت التشريعي، يراجع المؤلف القيم للدكتور محمد سليم العوا بعنوان « مقاصد السكوت التشريعي » – مركز دراسات مقاصد الشريعة الإسلامية – طبعة سنة ٢٠٠٨.

(٣) وبالمعنى ذاته تجرى عبارة الفقرة الأولى من المادة (١٥) من المرسوم بالقانون الكويتي رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١، المعدل بشأن إنشاء دائرة بالمحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية بأنه « فيما عدا ما نص عليه في هذا القانون يسري على الدعاوى المنصوص عليها فيه، والأحكام الصادرة فيها وطرق الطعن في هذه الأحكام القواعد والإجراءات المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية».

المستخلصة من الحكم مع صياغتها الصياغة النظرية التي تتطلبها.

وفي شأن قواعد الإجراءات الواجبة الاتباع على الدعوى الإدارية عموماً ودعوى الإلغاء على وجه الخصوص، جرى قضاء المحكمة الإدارية العليا في مصر على أن «الأصل هو تطبيق الإجراءات المنصوص عليها في قانون تنظيم مجلس الدولة، والاستثناء هو تطبيق قانون المرافعات فيما لم يرد فيه نص خاص في القانون المشار إليه، وغني عن البيان أن أحكام قانون المرافعات لا تطبق في المنازعات الإدارية، إذا كانت هذه الأحكام تتعارض نصاً وروحاً مع أحكام قانون تنظيم مجلس الدولة، سواء في الإجراءات أو في أصول النظام القضائي بمجلس الدولة».

وفي تأصيل فقهي لمسلك القاضي الإداري، في شأن الإجراءات الإدارية الواجبة الاتباع، فقد ذهب العلامة المستشار دكتور مصطفى وصفي إلى أن المرجع في الإجراءات الإدارية، في الفهم الصحيح لحكم المادة (٣) من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢، المشار إليها هو كالآتي: أولاً . يكون الرجوع إلى الإجراء الخاص المنصوص عليه بقانون مجلس الدولة، وثانياً . وفي حالة عدم وجود نص في قانون مجلس الدولة يكون الرجوع إلى طبيعة المنازعة الإدارية وظروفها وأصول التنظيم القضائي لمحاكم مجلس الدولة، وثالثاً . وبصفة تكميلية في الغالب يكون الرجوع إلى نصوص قانون المرافعات، وذلك بالقدر الذي يتلاءم مع طبيعة المنازعة وتنظيم القضاء الإداري [١] .

ولم يفت الفقه الرد على ما قد يقال من خروج على المألوف التشريعي، الذي يتطلب أن يتقدم التشريع على مصادر القانون الأخرى ومنها القضاء والفقه بصفة خاصة، وحيث يتعين اتباع القاعدة الأصولية التي تقضي بأنه لا اجتهاد مع النص، فضلاً عن أن الإجراءات من شأنها أن تؤثر على مراكز قانونية، وكان كل ذلك خليقاً بأن يتبع في تفسير حكم المادة (٣) المشار إليها.

ومحصلة ما قيل تبريزاً وتأييداً لمسلك القاضي الإداري يتحصل في أن هذا المسلك لا ينطوي على بدعة ولا نشوز؛ إذ المعلوم عن القانون الإداري بالضرورة أنه ليس مقنناً، ولا يرجع في صحيح أحكامه الأساسية الملزمة ذات الطابع الآمر المتعلق بالنظام العام إلى النصوص. بل إلى الأسس العامة والأصول الحاكمة لهذا القانون. فمازالت الأصول العامة لنظرية القرارات الإدارية والمرافق العامة وسيرها، والمسئولية الإدارية ومداها وآثارها، فكل ذلك من عمل القضاء واستخلاص الفقه وصياغته. ويكون تفسير النصوص التشريعية في حدود هذه المصادر وفي ضوئها، « بل تطرح أحياناً نصوص التشريع التي لم توضع في الأصل لتحكم العلاقات الإدارية أخذاً باجتهاد القضاء والفقه في مجال القانون الإداري»[٢].

٣ – وقد يكون مما له مجال ذكر، في هذا المقام، بيان أهم القواعد التي تنفرد بها دعوى الإلغاء، بالنظر إلى طبيعتها القانونية الخاصة.

أ . المصلحة المتطلبة لقبول دعوى الإلغاء:

تنص المادة (١٢/أ) من قانون مجلس الدولة المصري على أن « لا تقبل الطلبات المقدمة من أشخاص ليست لهم فيها مصلحة شخصية». ويوضح فقهاء القانون الخاص، في شأن المصلحة كشرط لقبول الدعوى أنه من المقرر في القانون الحديث توجد دعوى كلما كانت هناك مصلحة قانونية تحتاج إلى الحماية بواسطة القضاء، واعتبار مصلحة ما مصلحة قانونية أي مصلحة يعترف بها القانون

(١) يراجع مؤلف المرحوم دكتور مصطفى وصفي بعنوان « أصول إجراءات القضاء الإداري « الجزء الأول – طبعة سنة ١٩٦٠، الصفحتان ١٦ – ١٧، حيث أورد أن مصادر قواعد الإجراءات ثلاثة: مصدر تشريعي من نصوص قانون مجلس الدولة ولوائحه التنفيذية، ومصدر قضائي وفقهي يقوم على ابتداع الإجراءات المناسبة، ومصدر تشريعي يستمد من قانون المرافعات بالقدر الملائم للمنازعة الإدارية. ومؤلف الدكتور مصطفى وصفي مازال، رغم مرور حوالي نصف القرن على تأليفه، المرجع الأساسي في شأن الإجراءات الإدارية.

(٢) د. مصطفى وصفي، المرجع السابق – صفحة ٣٥ .

ويحميها لا يجب الاستدلال عليه من نص قانوني محدد، بل يمكن أن يستدل عليه من التنظيم القانوني في مجموعه[١]، ومع ذلك فإن دعوى الإلغاء تتفرد في مجال تحديد المصلحة المتطلبة لقبولها عن باقي الدعاوى حتى الإدارية منها تأسيساً على الطبيعة الخاصة لدعوى الإلغاء.

فإذ كان وجود حق مكتسب يحميه القانون هو شرط لقبول الدعاوى عامة، فقد استقر قضاء مجلس الدولة المصري، وتابعه الفقه بالتأييد، إلى أنه يكفي لقبول دعوى الإلغاء توافر شرط المصلحة الشخصية المباشرة، بأن يكون القرار المطعون فيه بدعوى الإلغاء مؤثراً مباشرةً على مركز قانوني للطاعن.

وقد رتب الكثير من رجال الفقه على هذا الفهم أن المصلحة والصفة تندمجان في دعوى الإلغاء، ولكن «يمكن القول إنه حيث تتوافر الصفة تتوافر المصلحة والعكس غير صحيح»[٢]، ذلك أن شروط التمثيل القانوني والأهلية قد لا تتوافر في صاحب المصلحة. وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بمجلس الدولة المصري بأن المصلحة المتطلب توافرها لقبول دعوى الإلغاء يمكن أن تكون مادية أو أدبية بأن يكون رافع الدعوى» في حالة قانونية خاصة بالنسبة للقرار المطعون فيه ويكون من شأنه أن يؤثر فيه تأثيراً مباشراً»[٣]. ومن نافلة القول التأكيد على أن المسائل المتعلقة بالاختصاص وقبول الدعوى تعتبر دائماً مطروحة على القاضي الإداري فيتعين عليه أن يفصل فيها بما يتفق وحكم القانون وإن لم يبد أي من أطراف الدعوى أي دفع أو دفاع يتعلق بها[٤].

ولعله من الجدير الإشارة إلى حكم صدر من المحكمة الإدارية العليا بجلسة ٢٦ من يناير سنة ١٩٩١، إذ إنه، وإن تعلق قضاؤه بالفصل في أمر المصلحة. فإنه تغشى موضوع تكييف إقامة دعوى الإلغاء باعتبارها دعوى لحماية المشروعية، وعما إذا كانت إقامة مثل هذه الدعوى ممارسة لحق أو أداء لواجب على نحو ما سبق أن نادى به، وما أشرنا إليه، من رأي للفقيه Ihering أورده بمؤلفه « الكفاح من أجل القانون». فقد جاء بحكم المحكمة الإدارية العليا «إنه طبقاً للدستور المصري الذي ينص في المادة (٦٢)[٥]، منه على اعتبار مساهمة المواطن في الحياة العامة واجب وطني، فإن من مقتضى ذلك أنه من واجب المواطن لا من حقه فقط أن يسهم في الحياة العامة على كل المستويات، ومن بين صور الإسهام في الحياة العامة الإسهام في كل ما يتعلق بإدارة التنظيمات الشعبية التي ينتمي إليها، ومن تلك التنظيمات النوادي الرياضية شأنها في ذلك شأن التعاونيات والنقابات والاتحادات والروابط والجمعيات الأهلية بجميع أنواعها[٦]»، ورتب الحكم ما أورده في هذا الصدد أن من كان عضواً عاملاً بأحد الأندية الرياضية تكون له الصفة والمصلحة في طلب إلغاء قرار صادر من المجلس الأعلى للشباب والرياضة فيما تضمنه من تعديل أحكام النظام الأساسي للأندية الرياضية. وأياً ما يكون الأمر، فإن قضاء المحكمة الإدارية العليا اللاحق على هذا الحكم يبدو خلواً من ترتيب نتائج، كان من الجائز ترتيبها، على اعتبار أن مساهمة المواطن في الحياة العامة واجب، مما ينبني عليه أن تتوافر فيه المصلحة المعتبرة قانوناً لقبول الدعاوى التي تتعلق بالتنظيم الشعبي أو الرياضي الذي ينتمي إليه. ونكتفي في هذا الصدد بأنه قد يكون الصحيح القول بأن صاحب الصفة، في مباشرة مثل تلك الدعاوى بإلغاء قرارات غير تلك الصادرة من التنظيم الشعبي أو النقابي أو الرياضي الذي ينتمي إليه الطالب، يكون للممثل القانوني للتنظيم الشعبي أو النقابي أو الرياضي حسب الأحوال، ما لم يكن القرار قد مس مركزاً شخصياً خاصاً بالعضو.

---

(١) الوسيط في قانون القضاء المدني، دكتور فتحي والي – طبعة سنة ١٩٨٠.

(٢) دعوى الإلغاء – الكتاب الأول – دكتور محمد ماهر أبو العينين – الطبعة السادسة ٢٠٠٢ – صفحة ٤٠٧ .

(٣) المحكمة الإدارية العليا – الحكم الصادر بجلسة ٧ من فبراير سنة ١٩٩٣، في الطعن رقم ١٠١٤ لسنة ٣٧، القضائية عليا.

(٤) ولا يسقط الدفع بعدم القبول لانتفاء المصلحة بالتكلم في الموضوع ، فيجوز أن يبدى في أية حالة تكون عليها الدعوى. يراجع حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بجلسة ١٤ من إبريل سنة ١٩٨٧، في الطعن رقم ١٩١٥ لسنة ٢١، القضائية عليا.

(٥) والمادة (٦٢) من الدستور، التي استند إليها الحكم استبدلت بها مادة جديدة بمقتضى التعديل الدستوري، الذي ووفق عليه بالاستفتاء الذي أُجري يوم ٢٦ من مارس سنة ٢٠٠٧، وإن كانت العبارة التي استندت إليها المحكمة بقيت بحذافيرها في النص الجديد.

(٦) الحكم الصادر في الطعنين رقمي ١٢٩٤ و ١٥٨٧، لسنة ٢٦، القضائية عليا.

وقد يدق في العمل الفصل في مدى توافر شرط المصلحة في الطاعن، كما يتضح من واقعة دعوى إلغاء طالب فيها أستاذ بإحدى الكليات بإلغاء قرار الجامعة بالتصريح لبعض أعضاء هيئة التدريس بذات الكلية ولكن بأقسام أخرى، بالإعارة والتدريس بالخارج. فقد انتهت المحكمة الإدارية العليا إلى توافر مصلحة الطاعن في إلغاء القرار تأسيساً على أن الكلية الواحدة بجميع أقسامها تكون وحدة واحدة، وذلك فيما يتعلق بالتعليم الجامعي والبحث العلمي، وأن القرارات التي تصدر من مجالس الكليات أو الجامعات مما يرى معه الطاعن تعريضها العملية التعليمية أو البحث العلمي بصفة عامة لأضرار قد تنتهي بالإساءة إلى سمعة الكلية أو الجامعة، يكون للطاعن مصلحة في إقامة الدعوى بإلغائها، وإن كانت مصلحة أدبية إلا أنها تكفي سنداً لقبول الدعوى بإلغاء تلك القرارات التي من شأنها أن تؤثر على العملية التعليمية[١].

وفي المقابل فقد قضى بأنه لا تتوافر المصلحة في طلب أحد المشرفين على رسالة ماجستير، إلغاء القرار بمنح الدرجة العلمية، تأسيساً على أن هذا القرار لم يمس مركزاً قانونياً للمشرف على البحث، خاصة انه لم ينسحب من لجنة الإشراف وكان في إمكانه ذلك، فضلاً عن أن الرسالة وإن لم تكن ترقى إلى المستوى المطلوب فإنها ليست منسوبة إليه [٢].

ب. طلب وقف تنفيذ القرار المطلوب إلغاؤه ودعوى تهيئة الدليل: تنص المادة (٤٩) من قانون مجلس الدولة المصري على أنه « لا يترتب على رفع الطلب إلى المحكمة وقف تنفيذ القرار المطلوب إلغاؤه على أنه يجوز للمحكمة أن تأمر بوقف تنفيذه إذا طلب ذلك في صحيفة الدعوى ورأت المحكمة أن نتائج التنفيذ قد يتعذر تداركها»[٣].

فعن وقف تنفيذ القرار الإداري، فمن العلم العام أن الإدارة تتمتع» بامتياز المبادأة Privilège du préalable»، أي أن تصدر قرارات نافذة دون حاجة لاستصدار أمر من القاضي، مما يجعل الإدارة دائماً هي الطرف المدعى عليه في دعوى الإلغاء. وقد أجاز قانون مجلس الدولة للقاضي الإداري أن يأمر بوقف تنفيذ القرار، شريطة أن يطلب ذلك في صحيفة دعوى الإلغاء. وبالإضافة إلى القيد الشكلي بوجوب أن تتضمن صحيفة دعوى الإلغاء طلب وقف التنفيذ، مما كان محل نقد في حالة ما إذا نشأ داعي الاستعجال بعد إقامة دعوى الإلغاء مثلاً، أن يتوفر لطلب وقف التنفيذ، بالإضافة إلى ركن الاستعجال المستفاد من عبارة نص المادة (٤٩) المشار إليها بأن يكون التنفيذ مما قد يرتب نتائج يتعذر تداركها، أن يكون قائماً أيضاً على أسباب جدية وهو ما يجرى التعبير عنه في قضاء محاكم مجلس الدولة بأن طلب وقف التنفيذ يقوم على ركنين هما ركن الجدية وركن الاستعجال. ويذهب الفقه بأن الشرط الشكلي بوجوب أن تتضمن صحيفة دعوى الإلغاء، طلب وقف التنفيذ هو شرط شكلي يستوي في المرتبة مع الشرط الموضوعي»[٤]، فلا يضحي به حرصاً على إزالة الضرر، الذي يتهدد المدعي من القرار المطعون فيه، أساس ذلك الأهمية التي عقدها المشرع على خطورة وقف تنفيذ القرار فيكون المقصود أن يحاط بضمان شكلي يؤكد جديته[٥].

ولا نرى، في الواقع، ما يقوم سنداً لهذا الرأي، إذ أنه لو قيل بوجوب أن يرتبط طلب وقف التنفيذ بطلب الإلغاء، فيكون ذلك سائغاً تأسيساً على أن القول بغير ذلك من شأنه أن يذر القرار الموقوف تنفيذه دون إلغاء كالمعلقة، فلا هو بالقرار الصحيح فيكون نافذاً ولا هو بالقرار المعيب فيكون ساقطاً. وعلى أية حال فإن إعادة النظر فيما يتطلبه القانون من شرط شكلي صارم مما من آثاره التقليل من التجاء الأفراد إلى إبداء طلب وقف التنفيذ بصفة شبه روتينية في صحيفة دعوى الإلغاء، تحسباً منهم لتغير في الظروف قد ينشىء واقعاً جديداً يستحيل عليهم تدارك آثاره. وعلى كل فالأمر متروك للقاضي الإداري الذي عليه أن ينزل متى طلب وقف التنفيذ حكم

---

(١) الحكم الصادر من المحكمة الإدارية العليا بجلسة ١٥ من يناير سنة ١٩٩٢، في الطعن رقم ٢١٢٥ لسنة ٣٦، القضائية عليا .

(٢) الحكم الصادر من المحكمة الإدارية العليا بجلسة ١٥ من يناير أغسطس سنة ١٩٩٣، في الطعن رقم ٣٤٧ لسنة ٣٩، القضائية عليا .

(٣) وتقابل نص المادة (٦) من المرسوم بقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ المعدل .

(٤) دكتور مصطفى وصفي، المرجع السابق، ص ٢٧٨ – ٢٧٩ .

(٥) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بجلسة ١٢ من يوليه سنة ١٩٥٨.

القانون بإجابته متى توافر للطلب ركناه، أو يرفض إذا تخلف ذلك، شريطة أن يكون مستوفياً لمتطلب صريح النص بأن تتضمنه صحيفة دعوى الإلغاء.

ج. أما دعوى تهيئة الدليل توطئة لرفع دعوى الإلغاء ، فقد جرى القضاء الإداري المصري ردحاً على عدم قبولها باعتبارها من الدعاوى الاستفهامية «action interrogatoire»، التي إن هي إلا دعوى تبحث عن السبب قبل نشوء المنازعة. ومن أمثلة هذا القضاء، ما صدر بشأن دعوى أقامها مواطن طالباً إثبات حالة شقيقه الذي صدر قرار من مجلس مراقبة الأمراض العقلية بحجزه بمستشفى الأمراض العقلية، حتى إذا تبين عدم مرضه رفع دعوى إلغاء القرار، فكان أن قررت المحكمة الإدارية العليا أن الاختصاص المخول للقاضي الإداري المحدد لولاية الإلغاء لا يشمل مثل تلك الدعوى(١).

وعلى كل، فقد أصدرت المحكمة الإدارية العليا (دائرة توحيد المبادئ) بجلسة ٢ من يناير سنة ١٩٩٧، حكماً تضمن «أن دعوى تهيئة الدليل إذا ما تعلقت بقرار أو تصرف إداري مما يخضع لولاية القضاء الإداري فإن هذه الدعوى مما يدخل الفصل فيها في اختصاص القضاء الإداري كدعوى مستقلة حتى ولو لم ترتبط بطلب موضوعي ويكفي لقبولها وبالنظر إلى طبيعتها ومقصدها المتمثل في تهيئة الدليل في دعوى موضوعية مرفوعة مثلاً أو سترفع في المستقبل .... بحيث تبدو دعوى تهيئة الدليل في حقيقتها دعوى وقائية تستهدف تفادي ضياع دليل الدعوى الموضوعية في المنازعة الإدارية، وهي بهذه المثابة تعتبر دعوى مستقلة يجوز رفعها استقلالاً «.

ونرى أن إعمال مفاد قضاء المحكمة الإدارية العليا المشار إليه بقبول دعوى تهيئة الدليل في نطاق القرارات الإدارية، مما يعتبر اجتهاداً محموداً من القاضي الإداري يعالج، جزئياً، فراغاً تشريعياً يتمثل في عدم تنظيم حق المواطن في الاطلاع مما يدفع الأفراد إلى مخاصمة القرارات الإدارية، ما داموا لم تتهيأ لهم سبل الاطلاع على الأسباب التي تقوم لدى الإدارية، الواقعية منها والقانونية، التي صدر القرار على أساسها. فإذا لم تهيئ الإدارة سبيل هذا الاطلاع ووسيلة هذه المعرفة، فلا يكون ثمة تثريب إن هم استعانوا بقاضي المشروعية، ليفتح لهم هذا السبيل، الذي لا يخل بحال بنظام الإدارة، إذا فهمت الإدارة على وجهها الوحيد الصحيح، وهي أنها المنوط بها أداء الخدمة العامة لصالح المواطن الذي هو دائماً القيمة الحقيقية الإنسانية الواجبة الحماية والرعاية. أما في خصوصية دعوى تهيئة الدليل، على سبيل المثال، التي كانت منظورة أمام المحكمة الإدارية العليا بشأن إعادة الكشف على شقيق الطاعن، تنفيذاً لقرار مجلس مراقبة الأمراض العقلية، فكان يمكن للمحكمة الموقرة بدلاً من أن تقضي بعدم قبول الدعوى تقديراً منها لعدم قبول دعوى تهيئة الدليل، أن تعمل اختصاصها، باعتبارها المهيمنة على الدعوى وعلى صحيح تكييفها في ضوء ما تستخلصه من النية الحقيقية من وراء إقامتها في حدود ما هو مقرر لها من اختصاص، أن تقبل الدعوى بحسبانها تتحصل في الحقيقة والواقع في منازعة الطاعن لصحة القرار بإيداع شقيقه مستشفى الأمراض العقلية، وهو قرار يمس في الصميم حقاً من حقوق الإنسان يتمثل في الحق في عدم تقييد حريته إلا لسبب صحيح يعتد به قانوناً. ولا يكون من تثريب إن كانت المحكمة أعملت سلطتها بإعادة تكييف الدعوى للاعتبارات التي تحيط بها، فقد درج القاضي الإداري، بحق، على السعي لإقرار المشروعية وحماية الحقوق والحريات، كلما كان السعي ممكناً وجائزاً في إطار ممارسة كامل اختصاصه القضائي؛ فهو وإن لم يكن له أن يتجاوز نطاق هذا الاختصاص، فعليه دائماً أن يمارس الاختصاص في نطاقه المقرر فلا يتخلى عن ضمان الحقوق والحريات العامة وحمايتها تأسيساً على هيمنته على دعوى الإلغاء وعلى تكييف صحيح الطلبات فيها، وعلى إجراءات سيرها، وصولاً إلى تحقيق الغرض الذي تقررت الدعوى من أجل حمايته وهو ضمان تحقيق المشروعية في مختلف مدارجها.

---

(١) المحكمة الإدارية العليا – الحكم الصادر بجلسة ٢٧ من يوليه سنة ١٩٥٩، لسنة ٤ القضائية . وقد يوجه إلى هذا القضاء نقد يتحصل في شبهة التناقض، أو التمسك بشكليات تتعارض مع حقيق مفهوم رقابة المشروعية، ويقوم ذلك على أن الدعوى إذا كان المواطن قد رفعها يطلب وقف تنفيذ وإلغاء القرار باحتجاز شقيقه بمستشفى الأمراض العقلية، تكون مقبولة، أما إذا أراد أن يتحقق من قيام الحالة الواقعية التي هي السبب الذي يمكن أن يحمل القرار صحيحاً فتكون دعواه غير مقبولة، الأمر الذي مؤداه دفع الطالب دفعاً إلى إقامة دعوى الإلغاء دون أن يكون متحققاً من صحة أساس قيامها.

ومما له اتصال بما نحن بصدده، الإلماح إلى ما يتعين أن يكون ماثلاً في وجدان القاضي الإداري، للأسباب التي سنبينها تفصيلاً فيما بعد، من راسخ العزم على توجيه اجتهاده في مجالين، أولهما ملاءمة تطلب أن تكون القرارات الإدارية مسببة كإجراء شكلي يلزم لاستقامة القرار صحيحاً مبرأ من عيب الشكل، فلا يكون ذلك مقتصراً وحسب على القرارات التي تنص قاعدة قانون على وجوب تسبيبها[١]، وثانيهما أن يكون القاضي الإداري حريصاً على كفالة الحق في المعرفة، وهو الحق الذي يستمد أساسه مما تضمنه حكم المادة (١٩) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة ١٩٤٨، وهو ما تأكد بعد ذلك، في كثير من الوثائق الدولية، فضلاً عن سلامة استخلاصه من القواعد الدستورية السارية في مصر، مما ورد بالدستور وبوثيقة إعلانه.

د . وقد يحرص المشرع، لاعتبارات يقدرها، على تنظيم إجراء أو آخر في شأن دعوى الإلغاء أو المنازعة الإدارية عموماً؛ ومن ذلك مثلاً ما أورده قانون مجلس الدولة المصري في المادة (٢٥) من أن تكون إقامة الدعوى بطلب يودع قلم كتاب المحكمة المختصة، على أن يتم إعلانها عن طريق قلم الكتاب بخطاب موصى عليه[٢]، وتعتبر دعوى الإلغاء من الدعاوى «غير المقدرة القيمة» فيفرض عليها رسم ثابت[٣]، أياً كانت الآثار المالية التي يمكن أن تترتب على القضاء بالإلغاء.

وفيما لا ينظمه نص خاص، يهيمن القاضي الإداري على شئون دعوى الإلغاء، بدءً من تكييف طلبات الخصوم، بما يتفق والاختصاص المقرر له، دون تقيد بعبارة الطلب ، إذ يكون للقاضي بل عليه ألا يقف عند ألفاظ الطلب ومبانيه وإنما عليه استكناه نية الطالب وحقيق مقصده من وراء إبداء الطلب. ويتبدى دور القاضي الإيجابي أوضح ما يتبدى في هيمنته على سير الدعوى، وإن تطلب ذلك إلزام الجهة الإدارية بتقديم ما لديها من ملفات أو تحت يديها من بيانات لازمة للفصل في الدعوى، كما يكون للقاضي أيضاً أن يرتب ما يراه من نتائج يستخلصها من نكول الجهة الإدارية عن تقديم ما يطلب منها من ملفات أو مستندات، أو عدم ردها على الدعوى، وهو ما دُرج على تسميته في لغة القضاء الإداري قرينة النكول. ويمتد دور القاضي الإداري إلى ما يصدره من حكم ينزل به على المنازعة صحيح حكم القانون دون التقيد بما قدمه أو لم قدمه أطراف الدعوى من أوجه دفاع.

ومن أحدث ما صدر عن مجلس الدولة المصري من قضاء يؤكد عدم جواز تطبيق قواعد المرافعات المدنية على الدعاوى الإدارية متى تعارضت مع طبيعة هذه المنازعات والدور الذي يقوم به قاضيها، هو حكم المحكمة الإدارية العليا (دائرة توحيد المبادئ المشار إليها فيما سبق) الذي أورد أن الدور الإيجابي للقاضي الإداري الذي تتطلبه طبيعة المنازعة الإدارية يقتضي بحكم اللزوم استبعاد تطبيق حكم المادتين (١٣٤) و (١٤٠) من قانون المرافعات المدنية (اللتين تنظمان حالات سقوط الخصومة بانقضاء ستة أشهر من تاريخ آخر إجراء صحيح من إجراءات التقاضي متى طلب ذو المصلحة ذلك، وكذلك انقضاء الخصومة بمضي سنتين على آخر إجراء صحيح فيها إلا في حالة الطعن بالنقض)، وأساس استبعاد التطبيق هو «تعارض أحكامها مع روح النظام القضائي الذي تقوم عليه محاكم مجلس الدولة». (الحكم الصادر بجلسة ٩ من إبريل سنة ٢٠٠٥، في الطعن رقم ١٥٢٢ لسنة ٢٧، القضائية عليا).

---

(١) وتضمين القرار الأسباب التي قام عليها كإجراء شكلي لا يكتمل القرار إلا به، هو خلاف استلزام أن يكون للقرار سبب يقوم عليه، فالتسبيب كإجراء شكلي هو غير ضرورة قيام القرار دائماً على سبب يكفي لحمله واقعاً وقانوناً .

(٢) وتقابل هذه الأحكام، ما تضمنته المواد ٩ ، ١٠ و١١ من المرسوم بقانون الكويتي رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١، المشار إليه، مع تضمين المادة ١١ من هذا القانون النص الصريح بأن يفرض رسم ثابت على طلبات الإلغاء ووقف التنفيذ.
وتجرى التشريعات المقارنة على تحديد رسم ثابت على طلب الإلغاء تقديراً بان الأصل فيه هو تحقيق المشروعية التي لا تنفصل عن الصالح العام، مهما كان من مصلحة شخصية يحققها الطالب.

(٣) أو دعوى « مجهولة القيمة» وكلها مصطلحات يجري استخدامها في بيان أسس تقدير الرسوم المقررة على مختلف أنواع الدعاوى.

وإذ كانت دعوى الإلغاء من صنع القاضي الإداري[١]، فلا يقيده إلا نصوص قليلة، فإنه يتعين أن يكون حريصاً على أداء واجبه المنوط به دستورياً وقانوناً في رقابة الإلغاء. فلا ينبغي أن يبقى حبيس قواعد من صنع آبائه الأولين، متى كانت مما تجاوزه الواقع القانوني في تطوره نحو تأكيد قيم إنسانية قد تعلو على الدستور ذاته، ومنها على ما ذهب المستشار دكتور عوض المر في كتابه القيم «الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية (طبعة سنة ٢٠٠٣، صفحة ٥٨٦)، الحق في الحرية والمساواة « كقيمتين تعلوان الدستور».

وإذ كنا سنعرض فيما بعد، للمصادر التي أصبحت روافد رئيسية للحقوق أو الحريات، أضافت أبعاداً ورسخت قيماً، يلزم حتما أن تنعكس في قضاء القاضي الإداري، الذي هو على ما سبق القول قاضي المشروعية وقاضي الحريات، وحيث يرتبط سبب وجوده بأداء كامل الاختصاص الموكول إليه، فنكتفي في هذا المجال بالإلماح إلى أهم المجالات التي قد يتعين على القاضي الإداري أن يوليها ما يلزم من اجتهاد؛ وبيان ذلك فيما يلي:

١ – أنه إذا كان مما استقر في شأن تنظيم آثار الحكم بالإلغاء، اعتبار القرار الذي صدر الحكم بإلغائه كأن لم يكن من تاريخ صدوره، وإذ كان ترتيب هذا الأثر القانوني يلتزم منطقاً مفاده أنه ما دام القرار معيباً بعيب شابه من يوم صدوره، فيكون القرار معيباً من ذلك التاريخ، ومن ثم يكون للإلغاء أثر هادم يرتد إلى تاريخ صدور القرار[٢].

وإنه ولئن كان ذلك صحيحاً في النظر والمنطق المجرد، إلا أن الواقع العملي قد يؤدي إلى نتائج صادمة قد تتنافى مع أبسط اعتبارات العدالة. وقد كان مجلس الدولة الفرنسي سباقاً في هذا المجال، إذ كشف في قضائه في دعوى (Association AC et al) بتاريخ ١١ من مايو سنة ٢٠٠٤، عن إمكانه التصدي بتنظيم ترتيب الآثار الرجعية من حيث الزمان استهدافاً للصالح العام في ضوء ما يتطلبه واقع القضية[٣].

ولعل مما له مجال ذكر أن هذا الاجتهاد الذي كان مجلس الدولة الفرنسي رائداً فيه يعالج واقعاً قد يقابله القاضي الإداري. مثال ذلك أن المحكمة الإدارية العليا حكمت في نزاع يتعلق بقبول بعض الطلبة بكلية الطب بإحدى الجامعات المصرية، حيث كان معروضاً عليها الطعن في الشق المستعجل من الدعوى، بأن قرار قبول هؤلاء الطلاب بالكلية ابتداء صدر من عميد الكلية، في غير الحالات المخول له فيها قبول الطلبة، مما كان أن انتهت معه المحكمة، ترتيباً على ما ارتأته من عدم اختصاص مصدره، إلى اعتبار القرار بقبول هؤلاء الطلبة منعدماً، فلا ينشئ لهم حقاً. والواقع أن هؤلاء الطلبة كانوا قد وصلوا، في دراستهم بالكلية، إلى السنة النهائية، وبالمصادفة فإن غالبيتهم كانوا من الطلبة المتفوقين في الدراسة، ولم يرسب أي منهم في أي امتحان طوال مدة الدراسة. ولما كنت وقتذاك رئيساً لمحكمة القضاء الإداري ورئيساً للدائرة التي تنظر في الدعوى موضوعاً، فقد اتفقت الدائرة على أن نجاح الطلاب في سنوات الدراسة

---

(١) ويعبر عن ذلك الفقيه الفرنسي الكبير Prosper Weil بأن دعوى الإلغاء هي نتاج قضاء مجلس الدولة الفرنسي وموطن زهوه، مؤلفه بعنوان القضاء الإداري طبعة ٢٠٠٦، صفحة ١٠٣. وعن الأصول التاريخية لدعوى الإلغاء، في فرنسا، يقرر الأستاذ Yves Gaudemet في مؤلفه « القانون الإداري » الطبعة ١٨ لسنة ٢٠٠٥، (صفحة ١٢٢) ، أن دعوى الإلغاء التي ينظرها مجلس الدولة الفرنسي خرجت من عباءة نظام التظلم الإداري الرئاسي
«ce qui s'est produit en France : recours hiérarchique où le recours pour excès pouvoir n'est qu'un ancient recours hiérarchique évolué et transformé».

(٢) بالإضافة إلى الآثار البناءة مما ليس هنا مجال التعرض لها .

(٣) وقد تأيد هذا القضاء بالحكم الصادر في ٢٥ من فبراير سنة ٢٠٠٥، في قضية France – Telecom: منشور في JCP تحت بند ١٢٦٣ بتعليق E. Breen . هذا ويوضح الفقه في فرنسا أن ترتيب الأثر الرجعي لحكم الإلغاء مرده إلى اعتبارات تاريخية تتحصل في ممارسة مجلس الدولة الفرنسي، ابتداء، اختصاصه باعتباره جزءاً من الإدارة، وبالتالي فإن رقابته كانت تماثل رقابة الرئيس الإداري الذي يقدر فساد القرار الصادر من مرؤوسه. وإنه على الرغم من توفيق مجلس الدولة الفرنسي في إرساء قضاء إداري كان مصدر إلهام لكثير من التطبيقات في مختلف البلاد، سواء في أوربا أو في غيرها، فإن ذلك لم يحل دون أن يقرر Michel Debré وزير العدل الفرنسي سنة ١٩٥٨، والعضو السابق بمجلس الدولة الفرنسي، بأنه لا يوجد قضاء إداري، وإنما يوجد موظفون إداريون يقومون بوظائف القضاة.
A mon avis, la magistrature administrative n'existe pas; il y a seulement des fonctionnaires qui occupent des functions des juges .

ينشئ لهم واقعاً جديداً يكون الاعتداد به قانوناً. وأياً ما يكون من تقييم لهذا الاجتهاد، فإنه إذا ما كانت المحكمة الإدارية العليا قد أخذت في الاعتبار أثر الواقع كمصدر للحق، أو كانت، على ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي، قد كشفت عن العيب الذي شاب قرار قبول هؤلاء الطلبة، وأعملت مع ذلك المكنة التي كشف عنها قضاء مجلس الدولة الفرنسي من تنظيم لكيفية تطبيق الأثر الرجعي للحكم بالإلغاء لكان حكمها أكثر اقتراباً من إدراك حقيق المشروعية دون أن يقف عند ظاهر تخومها.

ومما له مجال ذكر، في مجال تقدير مقتضيات ظروف الحال عند إعمال مفهوم الأثر الرجعي، ما صدر من المحكمة الدستورية العليا المصرية بجلسة ١٩ من مايو سنة ١٩٩٠، من قضاء مفاده أن الحكم بعدم دستورية النص التشريعي الذي أجريت انتخابات مجلس الشعب بناء عليه ، وإن كان مؤداه بطلان تكوين المجلس منذ انتخابه، إلا أن ذلك لا يستتبع إسقاط ما أصدره المجلس من قوانين وقرارات أو اتخذه من إجراءات خلال الفترة السابقة، وحتى تاريخ نفاذ الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا في هذا الشأن (أي من تاريخ نشر الحكم بالجريدة الرسمية إعمالاً لحكم المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر به القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩). ويكشف هذا القضاء، فيما نرى، أن المحكمة الدستورية إدراكاً منها بهول النتائج التي يمكن أن تترتب في حالة تطبيق مفهوم الأثر الرجعى تطبيقاً حرفياً جامداً، فقد اختطت طريقاً وسطاً يعي مغبة الإفراط في ترتيب آثار تنتج فراغاً قانونياً، فكان أن قررت المحكمة صحيح القاعدة، وتقضي ببطلان تشكيل المجلس النيابي من تاريخ انتخابه، ومع ذلك كشفت عن بقاء ما صدر من المجلس من قوانين أو قرارات على قرينة الصحة. فما نريد قوله هو أن على قاضي المشروعية، أي القاضي الإداري أن يمد البصر، في شأن الآثار التي يمكن أن تترتب على الحكم بالإلغاء، فيقرر، متى رأي أن ذلك مما تتطلبه المصلحة العامة وظروف المنازعة، على هدى مفاد مجلس الدولة الفرنسي المشار إليه، تنظيم الآثار الهادمة لحكم الإلغاء.

٢- أنه ولئن كان القاضي الإداري يفرق بين عدم تسبيب القرار الإداري كعيب شكلي يعيب القرار متى كان القانون يلزم الإدارة بتسبيب قرارها، وبين قيام القرار الإداري على سبب باعتبار أن السبب هو الأساس الذي يبنى عليه القرار قانوناً وواقعاً، الأمر الذي تقوم النظرية التقليدية في القانون الإداري على افتراض توافره، أي افتراض توفر سبب للقرار، بحيث يكون على من يدعي خلاف ذلك أن يثبت ما يدعيه. وبالنظر إلى أن خلو القرار الإداري من بيان سبب صدوره، فضلاً عن عدم التزام الإدارة بالرد على ما يقدم إليها من تظلم ، فإن في ذلك ما يشي بما يتماس مع مصادرة لحق من مس القرار مصلحة له، في العلم بالقرار في كامل أشطاره. ولا يكون العلم، في اجتهادنا، علماً حقيقياً نافياً للجهالة إلا إذا انصب على القرار الذي يتعين ألا ينفك عن أسبابه. وليس فيما نقول به بدعة، وإن كان اجتهاداً يتجاوز الواقع الحالي للقضاء الإداري المصري، وإن أمكن إسناده لمبادئ عامة تكشف عنها أحكام الدستور المصري، ومن ذلك ما تقرره المادة (١٤) من أن الوظائف العامة تكليف للقائمين بها لخدمة الشعب. ولا يتحقق التكليف إلا بأداء الخدمة على كامل وجهها، ومن ذلك عدم دفع المواطن دفعاً إلى الالتجاء إلى القضاء، ليس حتى للمطالبة بحق، وإنما لمعرفة سبب ما صدر في حقه من قرار.

بل إن ثمة تشريعات لا تنتبه إلى أهمية تسبيب القرار كأصل يتعين اتباعه، فتقيم تفرقة تفتقر سنداً منطقياً، بأن تستلزم صدور القرار بالرفض مسبباً وفي ذات الوقت تعتبر فوات وقت معين بمنزلة القرار بالرفض. وهنا تبدو المفارقة المتمثلة في أن القرار الصريح بالرفض يتعين أن يكون مسبباً؛ مما تتحقق به معرفة الشخص المعني بكامل أشطار القرار، بينما القرار المستفاد من السكوت يكون صحيحاً في المجاز القانوني على الرغم من استلزام التسبيب في القرار الصريح بالرفض[١].

وإدراكاً من المشرع الفرنسي بأن من يصدر في مواجهته قرار له حق في الإحاطة بكامل أشطاره، ومنها أسباب قيامه، فقد أصدر

(١) مثال ذلك ما كانت تنص عليه المادة (٨) من القانون رقم (٤٠) لسنة ١٩٧٧، الخاص بتنظيم الأحزاب السياسية، حيث كانت تنص، قبل تعديلها بالقانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٨٣، على أن «يعتبر انقضاء مدة ثلاثة الأشهر المشار إليها دون قرار من اللجنة .... بمثابة قرار بالاعتراض على هذا التأسيس. ويجب أن يصدر قرار اللجنة بالاعتراض على تأسيس الحزب مسبباً بعد سماع الإيضاحات اللازمة من ذوي الشأن».

قانون ١١ من يوليه سنة ١٩٧٩، المكمل بقانون ١٧ من يناير سنة ١٩٨٦، بتقرير الالتزام بتسبيب القرارات الفردية التي تتضمن مساساً بمصلحة لمن صدر في مواجهته، ومن ذلك على سبيل المثال رفض هيئة التأمين الاجتماعي منح مزية مقررة لمستفيد من نظم التأمين. وقد كان أن تطلب مجلس الدولة الفرنسي، أن يكون التسبيب مكتوباً، وأن يتضمن بيان المقتضيات القانونية والاعتبارات الواقعية التي صدر القرار على أساسها. ويرى الفقه الفرنسي أن مجلس الدولة ينحى في رقابته على استيفاء التسبيب منحى يغلب عليه طابع التشدد[١].

فإذا كان المشرع الفرنسي قد تدخل في مجال استلزام التسبيب، فإنه ليس لزاماً على القاضي الإداري المصري أن ينتظر تدخلاً من المشرع في أمر يتطلبه صالح الإدارة وصالح الأفراد، وهو بعد يتفق مع تأكيد حق المواطن في المعرفة، الذي وإن كان حقاً عاماً من حقوق الإنسان على نحو ما هو مقرر بمواثيق حقوق الإنسان بدءً من الإعلان العالمي لسنة ١٩٤٨، فإنه يلتحم على وجه الخصوص بالحق في معرفة ما يطلب منه تنفيذه والخضوع له. وفضلاً عن كل ما تقدم، فإن ما نقول به هو مفترض أولي لمفهوم الإدارة الرشيدة[٢] التي أصبحت داخلة في منظومة الحقوق والحريات التي يتمتع بها الإنسان على نحو ما سيرد تفصيله لاحقاً، باعتبار أن الحق في الإدارة الرشيدة هو من الحقوق التي أضافت، هي وحقوق أخرى كالحق في البيئة وفي التنمية، بعداً أرحب لنطاق الحقوق والحريات التي يتعين دائماً أن تكون حاضرة ماثلة في عقل ووجدان القاضي الإداري.

وإذا كان المستفاد من استعراض أحكام القضاء الإداري، أنها في الجملة تكشف عن سياسة قضائية غرضها الأسمى تحقيق صحيح مفهوم العدالة، وعلى ذلك فإن تحقيق الغاية القضائية باعتبار أن التزام الإدارة بتسبيب ما تصدره من قرارات تتعلق بمراكز قانونية أو مصالح شخصية للمواطنين من المسائل التي يجب استيفاؤها حتى يصح القرار شكلاً، يمكن أن يتم، في مرحلة أولى، بقضاء يكون مفاده مثلاً أن القرارات التي تمس حقوقاً دستورية لصيقة بشخص الإنسان مما يلزم صدورها متضمنة الأسباب التي قامت عليها، استناداً سائغاً من دلالة النص الدستوري الذي يقرر الحق ، مما يرقى به في مدارج المشروعية فتلزم حمايته في إطار نظام قانوني يعتد بالمكانة التي يتمتع بها الحق دستورياً، ومن ذلك أن يكون ما تصدره الإدارة من قرارات في هذا الشأن مما يتعين عليها تسبيبها، حتى يكون صاحب الشأن على بينة بما قد يمس حقه الدستوري أو ينتقص منه. ومن أمثلة ذلك القرارات المتصلة بتقييد حق المواطن في السفر إلى الخارج، أو المتصلة بالحقوق في الجنسية، باعتبار أن حرية التنقل المقررة دستورياً، وحق المصري في التمتع بالجنسية المصرية، وما يتفرع عنها من حقوق تبعية تترتب على ثبوت الجنسية، كل ذلك من الأمور التي حرص الدستور على كفالتها، فلا يجوز أن تعصف بها الإدارة أو تنتقص منها دون أن تعلم ذا الشأن بالأسباب التي تقوم عليها القرارات الصادرة منها في هذا المجال.

ولعل ما نقول به من اجتهاد يحقق نتائج عملية، فضلاً عما يحققه من تدعيم للمفهوم الصحيح للرقابة القضائية على أعمال الإدارة في مجال رقابة المشروعية وحماية الحقوق والحريات، تقوم على اختصار مدد التقاضي أمام القاضي الإداري؛ أساس ذلك أن القاضي الإداري بحكم هيمنته على سير دعوى الإلغاء يطلب من الإدارة أن تبدي الأسباب التي قامت لديها سنداً لما اتخذته من قرار محل دعوى الإلغاء. وكثيراً ما تتراخى الإدارة في الاستجابة إلى تكليف المحكمة، فيتراخى النزاع أمداً ما كان يبلغه لو كان القرار متضمناً الأسباب التي قام عليها. وثمة اعتبار آخر يضاف إلى ما سبق، وإن كان لا يقل أهمية، يتحصل في أن استلزام تسبيب القرار، يدفع الجهة التي أصدرته إلى التدبر والتأكد من صحة الأسباب التي يقوم عليها. ويلاحظ في العمل أن كثيراً ما تلجأ الهيئة المنوط بها الدفاع عن الجهة الإدارية إلى إضافة أسباب، كوسيلة دفاع، ليست هي، على وجه اللزوم، التي قامت لدى الإدارة ابتداءً.

---

(١) Yves Gaudemet المرجع السابق – صفحة ١٤٧ وما بعدها.

(٢) وهو ما يعبر بمصطلح Good governance على نحو ما ورد على سبيل المثال بإعلان برنامج عمل فيينا الصادر عن المؤتمر الدولي لحقوق الإنسان الذي عقد في فيينا في الفترة من ١٤ إلى ٢٥ من يونيه سنة ١٩٩٣.

ومما له مجال ذكر، في هذا المجال، أن القاضي الإداري، تقديراً منه لأهمية فوات الوقت في مجال حماية الحقوق والحريات ، فقد اختط مسلكاً جديراً بالذكر والإشادة؛ ويتحصل ذلك في أنه جرى على تحرير الفصل في طلب وقف التنفيذ الذي تنظره محكمة القضاء الإداري (باعتبارها محكمة أول درجة) من ضرورة تحضيره بواسطة هيئة مفوضي الدولة. فعلى الرغم من صراحة النص في قانون مجلس الدولة على قيام هيئة مفوضي الدولة بتحضير الدعاوى وتهيئتها للمرافعة (المادة ٢٧ من قانون مجلس الدولة)، وعلى الرغم من تكييف القاضي لطلب وقف التنفيذ بأنه شق من دعوى الإلغاء، فقد استقر القضاء الإداري على أنه لا يلزم تحضير طلب وقف التنفيذ المنظور أمام محكمة القضاء الإداري، تقديراً لاعتبارات الاستعجال، واستناداً إلى أن حكم محكمة القضاء الإداري في طلب وقف التنفيذ يمكن أن يكون محل طعن أمام المحكمة الإدارية العليا، فيكون تحضيره بواسطة هيئة مفوضي الدولة قبل الفصل فيه. يضاف إلى ما تقدم أن القاضي الإداري يعتبر أن تعلق القرار بحق من الحقوق أو الحريات العامة مما يتوفر معه دائماً ركن الاستعجال اللازم توافره، مع ركن الجدية، للقضاء بوقف تنفيذ القرار.

وأخيراً، وفي منهج قضائي محل كل التقدير، فقد جرى القاضي الإداري على أنه لا تعارض بين قضائه بوقف تنفيذ القرار الإداري المتعلق بالحقوق والحريات، وبين إحالته أمر شبهة عدم الدستورية الذي يحيط بالنص الذي استند إليه القرار المطلوب وقف تنفيذه وإلغاؤه، إلى المحكمة الدستورية العليا[١]، تأسيساً على أن لكل من القضاء بوقف التنفيذ والأمر بإحالة الشبهة الدستورية إلى المحكمة الدستورية، مجاله، فهما وإن تلاقيا فإنهما لا يبغيان.

ثالثاً . القرار الإداري محل دعوى الإلغاء:

١- إن من المسلم به أن دعوى الإلغاء توجه إلى القرارات الإدارية. ومن ثم يتعين تحديد المقصود بالقرار الإداري، والتفرقة بينه وبين ما قد يختلط به مما لا توجه إليه دعوى الإلغاء.

وإنه ولئن كان قضاء مجلس الدولة المصري قد جرى بأن القرار الإداري هو إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إحداث أثر قانوني معين ابتغاء مصلحة عامة، إلا أن رأياً في الفقه يذهب إلى أن الإرادة هي جوهر القرار الإداري، في حين أن عناصر الشكل والاختصاص والمحل والسبب والغاية فلا تتصل بوجود القرار، وإنما تتعلق بمشروعيته وصحته قانوناً، وعلى ذلك يكون التعريف الصحيح للقرار الإداري، في تقدير هذا الرأي، هو بكونه التعبير عن إرادة الإدارة في إحداث أثر قانوني معين، أو « و تعبير عن إرادة منفردة ملزمة لسلطة إدارية وطنية تؤدي إلى إحداث أثر قانوني معين»[٢].

٢ - ودون الدخول في الجدل الفقهي، فالرأي أن التعريف الذي جرى به قضاء مجلس الدولة هو الذي يصف القرار الذي تكتمل له عناصر صحته، وهو الحقيق بمسمى القرار الإداري، أما القول بأنه يكفي في القرار أن يقوم على نية مصدره في إحداث أثر قانوني، فإنه قد ينصرف إلى تصرفات ليست لها بالقرار الإداري صلة، كما لو كانت النية صدرت من غير جهة مختصة، بحيث يمكن أن يكون تصرفها موصوماً بالانعدام، ذلك أن القرار إذا لحقه عيب جسيم، وبالذات من ناحية الاختصاص، فإنه يوصم بالانعدام فيكون لا أثر له ويعتبر والعدم سواء[٣].

---

(١) التي تختص بحكم الدستور (المواد من ١٧٤ إلى ١٧٨) والقانون بإنشائها رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ ، بالرقابة على دستورية القوانين.

(٢) دعوى الإلغاء – المستشار دكتور محمد ماهر أبو العينين – الطبعة السادسة – الكتاب الأول – ص ١٦ وما بعدها .

(٣) نظرية انعدام القرارات الإدارية : رسالة لنيل درجة الدكتوراه مقدمة من المستشار دكتور محمد عبد الرحمن – كلية حقوق عين شمس سنة ١٩٩٢، وكذلك حكم المحكمة الإدارية العليا بجلسة ٢٩ من نوفمبر سنة ١٩٦٩، الذي جاء به « أن صدور القرار من جهة غير منوط بها إصداره قانوناً، يعيبه بعيب ينحدر به إلى حد العدم طالما كان في ذلك افتئاتاً على سلطة جهة أخرى لها شخصيتها المستقلة» .

وما يعنينا هنا هو التأكيد على أن محل دعوى الإلغاء هو القرار الإداري، فلا تقبل الدعوى بطلب إلغاء ما ليس قراراً إدارياً، كأن يكون مجرد تعليمات إدارية تتعلق بإدارة المرفق الذي تقوم عليه الجهة الإدارية، ولا ترقى إلى مرتبة القرار الإداري، أو أن يكون القرار مما يوصف بأنه من أعمال السيادة، وهي تلك الأعمال التي تفلت، بحكم طبيعتها الخاصة، من رقابة قاضي المشروعية ومن ثم من ولاية الإلغاء.

٣ - فإذا كانت دعوى الإلغاء توجه إلى القرار الإداري، على التعريف الذي جرى به قضاء مجلس الدولة، فقد يكون من الملائم بيان بعض صور القرارات الإدارية، خاصة أن لكل منها أثراً في تحديد بدء جريان ميعاد الطعن على القرار. ذلك أن دعوى الإلغاء، وإن كان يحيط تنظيم إقامتها اليسر في المتطلبات، فيكفي توافر المصلحة الشخصية لقبولها، كما يفرض عليها رسم ثابت أياً ما يكون من قيمة ما قد يترتب من آثار على حكم الإلغاء، إلا أنه في مقابل ذلك، فإن المشرع يحدد ميعاداً قصيراً لإقامة الدعوى بالإلغاء يراعى فيه ما يحقق الاستقرار في مجال الإدارة. وميعاد رفع الدعوى هو في مصر (المادة ٢٤ من قانون مجلس الدولة) وفي الكويت (المادة ٧ من القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١)، ستون يوماً من تاريخ نشر القرار أو إعلان صاحب الشأن به[١]. كما ينظم القانونان أثر تقديم التظلم في القرار في قطع سريان الميعاد مع بيان وجوب البت في التظلم خلال ستين يوماً، فإذا صدر القرار بالرفض وجب أن يكون مسبباً، على أن فوات ستين يوماً على تقديم التظلم دون أن تجيب عنه السلطات المختصة يكون بمنزلة رفض للتظلم[٢].

أ . القرار الصريح والقرار الضمني:

فالقرار الصريح مما لا يحتاج إلى بيان شريطة أن يكون بالفعل قراراً نهائياً، فالقرار وهو ما يجري بعض الفقهاء على وصفه بالقرار التنفيذي[٣] باعتبار أن قبول الطعن بالإلغاء منوط بأن يكون القرار المطعون فيه قابلاً لتنفيذه. والقرار النهائي التنفيذي، ليس هو ما يعبر عنه بالإجراء التنفيذي الذي لا يرقى إلى مستوى القرار، بل يكون محض تنفيذ لحكم القانون. وعلى ذلك مثلاً فإن القرار الصادر بتنفيذ حكم جنائي بإزالة عقار حتى سطح الأرض لا يعتبر قراراً إدارياً إذ لا يعدو أن يكون إجراءً تنفيذياً للحكم الجنائي.

هذا وقد عبرت المحكمة الإدارية العليا عن القرار محل طلب دعوى الإلغاء بأنه القرار الإداري النهائي التنفيذي. وعلى أية حال فإن المتطلب في القرار الذي توجه إليه دعوى الإلغاء أن يكون مما يترتب عليه مركز قانوني أو يتغير بصدوره هذا المركز. وعلى ذلك فقد قضت محكمة القضاء الإداري بأن قرار إدارة التجنيد بوضع شخص تحت الطلب للتجنيد، إذ لم يكن يترتب عليه مركز قانوني بالنسبة للتجنيد في ذاته فيعتبر غير نهائي من ناحية التجنيد وبالتالي لا تجوز المطالبة بإلغائه باعتباره كذلك.

وقد تدق التفرقة بين ما يعتبر قراراً تنفيذياً، وبين ما ليس كذلك كأن يكون محض توجيه إداري صدر بغرض تنظيم سير المرفق. ويكشف اختلاف وجهة نظر محكمة القضاء الإداري مع ما انتهت إليه المحكمة الإدارية العليا في الواقعة الآتي بيانها، أن التفرقة قد تدق مما يقتضي من القاضي الإداري المزيد من الحرص في التحقق عما إذا كان ما صدر عن الإدارة هو محض إجراء داخلي بغرض تنظيم المرفق، أو كان متعدي الأثر إلى المساس بمراكز قانونية للأشخاص مما يعتبر قراراً، خليق بأن يكون محلاً لدعوى الإلغاء . وتتحصل المنازعة في أن أحد المحامين كان قد أقام الدعوى أمام محكمة القضاء الإداري طالباً وقف تنفيذ وإلغاء الأمر الإداري الصادر من المستشار رئيس المحكمة الابتدائية بفرض نظام الميكروفيلم في سير العمل بالمحكمة باشتراط ضرورة تصوير كل ورقة من أوراق

---

(١) وتضيف المادة (٧) من القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١، ميعاداً لبدء سريان الميعاد هو ثبوت العلم اليقيني بالقرار.

(٢) ويبدو هنا التناقض غير المبرر بين استلزام أن يكون القرار برفض التظلم مسبباً، وبين اعتبار فوات ستين يوماً دون أن تجيب الجهة المختصة على التظلم بمثابة رفض للتظلم . وقد يكون هذا المسلك التشريعي مما قد يدفع الجهة الإدارية لعدم الرد على التظلم حتى يتسنى لها أن تعد أوجه دفاعها إن بادر صاحب الشأن بإقامة دعوى الإلغاء . وقد أشرنا إلى كل ذلك فيما سبق .

(٣) القضاء الإداري: قضاء الإلغاء - دكتور سليمان الطماوي - الطبعة السابعة - ص ٢٨٧.

الدعوى بالميكروفيلم كشرط لقبول الدعوى، تأسيساً على أن القرار يتضمن فرض قيد على حق التقاضي فضلاً عن أن قانون السلطة القضائية جاء خلواً من تقرير اختصاص لرئيس المحكمة الابتدائية في إصدار مثل هذا القرار. وكان أن قضت محكمة القضاء الإداري، بعد استعادتها تعريف القضاء الإداري للقرار الإداري على نحو ما سبق بيانه، بأن الثابت أن القرار المطعون فيه الصادر من المستشار رئيس المحكمة الابتدائية تضمن عدة توجيهات لموظفي المحكمة ومسئولي الميكروفيلم وأمناء السر تتعلق بتنظيم استلام المستندات والأوراق وإعداد الاطلاع عليها لتصويرها ميكروفيلمياً والإجراءات الخاصة باستلام هذه الأوراق وإعادتها إلى ملفاتها، كما أن الثابت أن هذا الأمر الإداري يخاطب أصلاً العاملين بالمحكمة، وليس من شأنه ترتيب أي أثر بالنسبة لغيرهم من الأفراد، ولا يتضمن أي تغيير في الأوضاع القانونية، وإنما هو مجرد توجيهات موجهة إلى موظفي المحكمة لتنظيم العمل فيها، وقد صدر مستهدفاً رعاية مصالح المتقاضين من وجود المستندات الأوراق المودعة بملفات الدعاوى خشية ضياعها أو التغيير فيها أو التلاعب بها، وبهذه المثابة فإن الأمر الإداري المطعون فيه لا يرقى إلى مرتبة القرارات الإدارية الجائز الطعن عليها بدعوى الإلغاء مما تكون معه الدعوى غير مقبولة لانتفاء القرار الإداري.

إلا أن المحكمة الإدارية العليا قضت بجلسة ١٢ من يناير سنة ١٩٩١، بقبول الطعن في الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري في هذا الشأن، وبإلغاء القرار المطعون فيه، حيث استظهرت المحكمة أن ما تضمنه القرار من عدم قبول أية مستندات أو أوراق في الدعوى إلا بعد التحقق من تصويرها ميكروفيلمياً، مع التنبيه على أمناء السر بعدم تمكين أي فرد من الاطلاع على ملفات القضايا، بحيث يكون الاطلاع في مركز الخدمة الميكروفيلمية فقط، فقد رتبت المحكمة العليا على ذلك أن الالتزام بعدم قبول الدعوى ومستنداتها قبل تصويرها ميكروفيلمياً وأداء المقابل المقرر يكون في حقيقته إنشاء لقيد جديد على رفع الدعوى لم يرد به نص في القانون، إذ الدعوى تُرفع بإيداع صحيفتها قلم الكتاب بعد أداء الرسم المقرر قانوناً، ولا يجوز لقلم الكتاب، سواء من تلقاء نفسه أو بقرارات وتعليمات من رئيس المحكمة سواء بصفة تنظيمية عامة أو بصفة فردية، التقاعس عن قيد الصحيفة مادامت قد استوفت اشتراطاتها المقررة قانوناً، وذلك لأي سبب آخر غير منصوص عليه في القانون « ويكون الإفصاح عن الإرادة الملزمة الصادرة من رئيس المحكمة سواء صاغها في شكل منشور أو تعليمات أو أوامر إدارية، في حقيقته قراراً تنظيمياً مما يخضع لرقابة المشروعية أمام محاكم مجلس الدولة».

بينما القرار الضمني، في خصومة رقابة الإلغاء، هو الذي يستفاد من مضي ميعاد يحدده القانون لصدور القرار الإداري. وقد يكون فوات الميعاد مما يعتبره القانون قراراً ضمنياً بالرفض، كما قد يكون مما يعتبره القانون قراراً بالموافقة، فالأمر في الحالين يكون مرده إلى ما يقيمه القانون من قرينة على سكوت الإدارة عن التعبير عن إرادتها صراحة خلال مدة معينة. وقد رأينا أن عدم رد الإدارة على التظلم المقدم من صاحب الشأن عن القرار مما يعتبر قراراً بالرفض إذا مضى على تقديم التظلم، دون أن تجيب عنه الجهة الإدارية المختصة، ستون يوماً. وعلى خلاف ذلك فإن المادة (٨) من القانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٧، الخاص بنظام الأحزاب السياسية تنص، بعد تعديلها بالقانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٨٣، على أنه وإن كان للجنة شئون الأحزاب التي يقدم إليها طلب إنشاء الحزب السياسي، أن تصدر قراراً بالاعتراض على تأسيس الحزب خلال التسعين يوماً التالية لتقديم إخطار التأسيس، فإنه «يعتبر انقضاء المدة المشار إليها دون صدور قرار من اللجنة في شأن تأسيس الحزب بمثابة قرار بعدم الاعتراض على تأسيسه». في حين أن اعتبار سكوت الجهة الإدارية بمثابة الموافقة، بمضي مدة معينة، قد يثير في العمل صعوبات جمة، من ذلك مثلاً ما كان من مسلك للمشرع المصري ، إذ أراد خلال السبعينيات من القرن الماضي تشجيع حركة البناء، وتشجيع الاستثمار في هذا القطاع فكان أن ضمن التشريع نصاً مقتضاه اعتبار مضي وقت معين على طلب الترخيص بالبناء دون رد من جهة الإسكان المختصة بمثابة القرار بالموافقة، ويترتب على ذلك اعتبار التصريح ممنوحاً. وقد عرض أمر مثل هذه التراخيص التي اعتبرت ممنوحة، ترتيباً على سكوت الجهة الإدارية، على المحكمة الإدارية العليا، حيث جرى قضاؤها بأن الترخيص يعتبر ممنوحاً في الحدود التي يتفق فيها الطلب مع أحكام التشريعات المنظمة لقواعد البناء.

وعلى ذلك فإذا كان الطلب مخالفاً لقواعد ارتفاع المباني، المقررة لسلامة الطيران أو المرتبطة بالارتفاع المسموح به محسوباً على أساس عرض الطريق أو عدم مراعاة ضرورة تدبير أماكن لإيواء السيارات، فلا يكون سكوت الإدارة مجيزاً مثل هذه المخالفات، ويكون على الجهة الإدارية أن تنزل على المخالفة حكم القانون سواء بالإزالة أو فرض الغرامات المقررة، دون إمكان التحدي بسابقة الترخيص المستفاد من سكوت الجهة الإدارية عن البت في طلب الترخيص، تأسيساً على أن ترتيب القرينة القانونية بمنح الترخيص القائمة على فوات الميعاد، إنما مناطها أن يكون طلب الترخيص متفقاً مع صحيح أحكام القانون، فإن خرج عليها فلا يعتد بسكوت الجهة الإدارية قرينة على إجازة المخالفة أو الامتناع عن توقيع الجزاءات والغرامات المقررة على مخالفة أحكام القانون.

أ . القرار السلبي:

ويقصد بهذا المصطلح، في فقه القانون الإداري وفي مجال دعوى الإلغاء ، رفض السلطات الإدارية أو امتناعها عن اتخاذ قرار كان من المتعين عليها اتخاذه وفقاً للقوانين واللوائح. وعلى ذلك فإن نكوص الجهة الإدارية عن إصدار القرار في هذه الحالة يعتبر قراراً سلبياً بالامتناع مما يجوز أن توجه إليه دعوى الإلغاء. ومن خصائص مثل هذه القرارات أنها قرارات مستمرة ما استمر الامتناع عن إصدار القرار الواجب إصداره، مما يترتب عليه أن يكون ميعاد الطعن عليها مفتوحاً ما دام الامتناع مستمراً. ومن أمثلة القرار السلبي، امتناع إحدى النقابات العامة عن إعطاء أحد أعضائها السابقين شهادة تثبت صفته كعضو سابق بمجلس النقابة (الحكم الصادر من المحكمة الإدارية العليا بجلسة ٢٩ من يونيه سنة ١٩٩٥، في القضية رقم ١٦٩ لسنة ٤٩، القضائية عليا). ومما له مجال ذكر، أن المحكمة الإدارية العليا (دائرة توحيد المبادئ) قضت بأن القرار الذي يتخذه مجلس نقابة المحامين [١]» بإدراج اسم مرشح بقائمة المرشحين يعتبر قراراً إدارياً كما يكون القرار بإغفال إدراج اسم مرشح بتلك القائمة في حكم القرارات الإدارية أي قراراً إدارياً سلبياً على نحو ما جرى به تعبير المشرع في عجز المادة (١٠) من قانون مجلس الدولة التي تجري عبارتها بما يأتي: ويعتبر في حكم القرارات الإدارية رفض السلطات الإدارية أو امتناعها عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه وفقاً للقوانين واللوائح، وعلى ذلك فإن عدم إدراج مجلس النقابة، وهو بصدد ممارسة اختصاص بإعداد قوائم المرشحين لاسم مرشح بتلك القوائم أياً كان أساس عدم الإدراج يعتبر هو الآخر قراراً إدارياً يجب ألا ينأى باعتباره كذلك، شأنه شأن القرار الإيجابي بإعداد قوائم المرشحين، عن رقابة المشروعية التي يسلطها القضاء إعمالاً لحكم الدستور والقانون». كما أن «القرار الذي يصدر من مجلس النقابة في هذا الشأن سواء كان بإدراج أو بعدم الإدراج أي سواء كان إيجابياً أو سلبياً ... هو من طبيعة قانونية واحدة بحسبانه في كلتا الحالتين إفصاحاً عن إرادته في صلاحية المتقدم للترشيح».

ج . القرار المستفاد من ظروف الحال:

وهو القرار الذي يستخلص القاضي الإداري قيامه، في غير حالة ترتيب المشرع لأثر على سكوت الإدارة وقتاً معيناً. وقد تعرض الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري بجلسة ١٨ من يناير سنة ٢٠٠٠، لبيان متى يستخلص القاضي الإداري قيام القرار في هذه الحالة فأورد في حكمه « أن القرار الإداري يقوم حيث تمارس السلطة العامة إرادتها بوسيلة من وسائل التعبير عن هذه الإرادة التي أبلغها صورة هي صورة القرارات الإدارية سواء كانت إيجابية أو سلبية بالامتناع عن اتخاذ إجراء يستلزم القانون على الإدارة اتخاذه، فضلاً عما يجوز لقاضي المشروعية أن يتحرى قيامه من قرار يكشف الحال بما لا يدع مجالاً لشك عن قيامه،

(١) يراجع في التكيف القانوني للنقابات وقيامها على مبدأ الديموقراطية النقابية استناداً لحكم المادة (٦٥) من الدستور المصري – حكم المحكمة الإدارية العليا (دائرة توحيد المبادئ) الصادر بجلسة ١٦ من ديسمبر سنة ١٩٩٠ .

وهو ما يمكن نعته بالسكوت المُلابس». وكانت المنازعة المطروحة على محكمة القضاء الإداري تتعلق بتكوين شركة من شركات المساهمة غرضها إصدار صحيفة مما يستلزم وفق تعديل أدخل على قانون شركات المساهمة بالقانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٨، (حيث قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية النص فيما قضى به من استلزام موافقة مجلس الوزراء على تأسيس الشركات التي غرضها إصدار صحيفة، بناء على إحالة الشبهة الدستورية من محكمة القضاء الإداري بالحكم المشار إليه)، موافقة مجلس الوزراء على تأسيسها، ولم تصدر هذه الموافقة، حيث ظل الأمر يراوح مكانه أمام مجلس الوزراء الذي لم يصدر بشأنه أي قرار، سواء بالاستجابة للطلب أو رفضه، فكان أن استظهرت المحكمة من فوات أكثر من سنة على اتصال مجلس الوزراء بالطلب، الذي كان ظاهراً أنه يتعلق بممارسة حق من الحقوق الدستورية بإصدار صحيفة، دون أن يشرع في استيفاء أمر أو يطلب تقديم بيان من صاحب الشأن أو من أي جهة أخرى يمكن أن يستعين مجلس الوزراء بما قد يكون متوافر لديها من بيان، فقد استظهرت المحكمة من وقائع المنازعة أن سكوت الإدارة هو، لما يلابسه من أوضاع يفيد رفض الموافقة، وهو ما عبر عنه الحكم بأنه سكوت مُلابس « silence circonstancié » يفيد رفضاً للطلب مما يجوز اختصامه بدعوى الإلغاء. (الحكم الصادر في الدعوى رقم ٧٦٢٦ لسنة ٥٢ القضائية).

والجديد في هذا القضاء أنه يحقق وسيلة فعالة لضمان حقوق الأفراد وحرياتهم. فإذا كانت ممارسة الحق أو الحرية منوطة بقرار يصدر من جهة إدارية لم يحدد المشرع ميعاداً تصدر فيه القرار، في نطاق ممارستها لسلطتها التقديرية، فقد يكون في اتخاذ الإدارة موقفاً سلبياً متراخياً ما يشكل في الواقع انتقاصاً من الحق أو الحرية أو عدواناً عليها. فجاء الحكم بشيراً برقابة قضائية من شأنها أن تلفت الجهة الإدارية إلى أن مسلك السكوت والتراخي لا يمكن أن يكون تكئة لها في التطاول على الحقوق والحريات العامة. ولعله من الجدير إيراد بعض ما جرى به قضاء المحكمة في شأن المنازعة التي كانت معروضة عليها وهي، على ما سبق البيان، كانت تتعلق بتأسيس شركة غرضها إصدار صحيفة، فقد ورد بالحكم المشار إليه « أن القرارات المتعلقة بتأسيس شركة غرضها إصدار صحيفة، أي غرضها ممارسة نشاط مما يعتبر من قبيل الحريات والحقوق العامة التي حرص الدستور على التأكيد عليها في أكثر من موضع؛ سواء باعتبار ذلك ممارسة لحرية التعبير عن الرأي المكفول دستوراً طبقاً لحكم المادة (٤٧) من الدستور، أو كان ذلك نبتاً من الأصل المقرر بكفالة حرية الصحافة والطباعة والنشر والإعلام على النحو المقرر بالمادة (٤٨) من الدستور، أو تمثل ذلك سوياً في إطار الأحكام المقررة لحرية الصحافة إصداراً وملكية بالمواد من ٢٠٩ إلى ٢١١ من الدستور تحت عنوان سلطة الصحافة. فما يصدر من قرارات من الجهات الإدارية بما يمس حرية إصدار الصحيفة أو الحق في ملكيتها، حيث تلتحم الحرية مع الحق فيما إذا كان طالب إصدار الصحيفة شخصاً معنوياً من أشخاص القانون الخاص المصرح لهم، على سبيل الحصر والتخصيص على ما ورد بحكم الفقرة الثانية من المادة ٥٢ من القانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٩٦، بشأن تنظيم الصحافة، بملكية الصحف، فما يصدر من قرارات تترتب عليها آثار قانونية قبل أي من هذه الأشخاص تعتبر، قولاً واحداً، من القرارات الإدارية في مفهومها الاصطلاحي ».

٤ – القرارات الإدارية التي تفلت من رقابة الإلغاء:أعمال السيادة

وثمة أعمال هي بطبيعتها أعمال إدارية، وإنما توصف بأنها من أعمال السيادة التي بحكم هذه الصفة تستعصي على رقابة القضاء.

وقد ورد بالمادة (١١) من قانون مجلس الدولة المصري أنه «لا تختص محاكم مجلس الدولة بالنظر في الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة». بينما تنص المادة (١٧) من قانون السلطة القضائية الصادر به القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢، أنه «ليس للمحاكم أن تنظر بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في أعمال السيادة ...». وعلى ذلك فتكون هذه الطائفة من الأعمال التي توصف بأنها من أعمال السيادة ولا قاض لها .

وقبل بيان موقف القاضي الإداري المصري حيال ما يوصف بأنه من أعمال السيادة فقد يكون من الملائم إبداء الملاحظات العامة

الآتية:

أ . أن الدستور المصري حرص على أن يضمن المادة (٦٨) حكماً بأن « يحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء». وهذا النص حمَّال أوجه؛ فإما أن يكون التوجيه الدستوري منصرفاً وحسب إلى تقييد سلطة المشرع فلا يستطيع أن ينص على ما يسبغ الحصانة على العمل أو القرار الإداري، بحيث يكون بمنأى من رقابة القضاء، تاركاً للقضاء الإداري أن يعمل، وفق تقديره، نطاق الأعمال التي يعتبرها من أعمال السيادة، وإما على العكس يكون المراد من نص المادة (٦٨) المشار إليها هو شمول اختصاص الرقابة القضائية على الأعمال والقرارات الإدارية، بحيث تكون رقابة القاضي الإداري شاملة لجميع الأعمال والقرارات الإدارية، وفي هذه الحالة الأخيرة فإن دستورية المادة (١١) من قانون مجلس الدولة تكون محل نظر، خاصة في ضوء حكم المادة (١٧) من قانون السلطة القضائية المشار إليه، إذ يكون مفاد الحكمين أن تفلت الأعمال والقرارات التي توصف بأنها من أعمال السيادة من الرقابة القضائية سواء التي يجريها القاضي الإداري، الذي هو قاضي المنازعة الإدارية بحكم المادة (١٧٢) من الدستور أم القاضي المدني.

وأياً ما يكون من أمر مفاد ونطاق الحكم الوارد بالمادة (٦٨) من الدستور المشار إليها، فقد أقرت المحكمة الإدارية العليا حديثاً في حكمين صدرا، في جلسة واحدة، توافر صفة عمل السيادة بالنسبة لقرارات صدرت في مجالين مختلفين سنعرض إليهما فيما بعد.

وقد أقدم القضاء الإداري، قبل صدور دستور سنة ١٩٧١، الذي يتضمن حكم المادة (٦٨) المشار إليها، على محاولة تعريف أعمال السيادة فجرت الأحكام بأن « أعمال السيادة هي تلك الأعمال التي تصدر عن الحكومة باعتبارها سلطة حكم لا سلطة إدارة»، ويكون المعول عليه في تكييف العمل هو « معيار موضوعي يرجع فيه إلى طبيعة العمل في ذاتها لا ما يحيط بها من ملابسات عارضة».

ولم يفت الفقه أن القضاء الإداري يعول على المعيار الموضوعي في صدد تعريف أعمال السيادة «لقطع الطريق على كل تفكير في الأخذ بمعيار شخصي يرجع إلى البواعث والدوافع مما يجعل تحديد أعمال السيادة موكولاً إلى تقدير السلطة الإدارية»[١]. ولعل هذا المعيار الموضوعي الذي أقره قضاء مجلس الدولة يكشف مدى تردي المشرع في هاوية عدم المشروعية مثلاً بإصداره سنة ١٩٦٣، القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٦٣، الذي اعتبر قرارات فصل الموظفين من أعمال السيادة استناداً، على ما أوضحه بالمذكرة الإيضاحية للقانون، إلى أنه «لما كانت المصلحة العامة تتطلب إطلاق يد الحكومة بوصفها سلطة حكم في تنظيم المرافق العامة وفي إدارتها على أحسن وجه، وذلك باختيار أقدر الأشخاص على العمل في خدمة هذه المرافق وإبعاد من ترى أنه غير صالح». كما وأن «مثل هذه الأعمال من أخص أعمال السيادة وتصدر من السلطة التنفيذية بصفتها المهيمنة على مصالح الدولة المسئولة عن تسيير أمورها والمحافظة على الأمن فيها». ولا يخفي مدى التهافت في الحجة التي استند إليها مصدر القانون، إذ طمس معالم تفرقة أوضحتها أحكام القضاء الإداري في التمييز بين سلطة الحكم وسلطة الإدارة، وسحب أحكاماً قد تتمتع بها الإدارة كسلطة حكم على مجال هو، قولاً واحداً، مما يعتبر مجالاً إدارياً صرفاً، أخذاً بالمعيار الموضوعي الذي أوضحته الأحكام بالتفرقة بين مجالي سلطة الحكم وسلطة الإدارة .

ومن أبرز الأمثلة التي توضح حرص القاضي الإداري، في إطار الأحكام القانونية المنظمة لاختصاصه، على أن يبسط رقابة المشروعية ضماناً وصوناً للحقوق والحريات، ما جرى به قضاؤه بأنه ولئن كان إعلان الأحكام العرفية عملاً يدخل في عداد أعمال السيادة، إلا أن ما يصدر بناء على هذا الإعلان من أوامر أو إجراءات فإنها تعتبر من قبيل الأوامر الإدارية التي يختص بها القضاء. وفي مجال آخر فرقت محكمة القضاء الإداري بين ما تتخذه الدولة من عمل سياسي عام للمحافظة على كيانها أو مصالحها العليا الأساسية واعتبرته من أعمال السيادة، وبين ما تقوم به الدولة من أعمال أو إجراءات استثنائية أو عادية لتنفيذ القوانين واللوائح القائمة ويعتبر عملاً إدارياً. وقد كانت المنازعة تتعلق بالأمر الصادر من وزير الداخلية السابق المرحوم فؤاد سراج الدين بتاريخ ١٥ من يناير سنة ١٩٥٢،

(١) القضاء الإداري: قضاء الإلغاء – دكتور سليمان الطماوي – المرجع السابق – ص ٣٣٧ – ٣٣٨ .

لرجال البوليس بمقاومة جنود الجيش البريطاني الذين شرعوا في الهجوم على مخافر البوليس بمنطقة قناة السويس إثر إلغاء معاهدة سنة ١٩٣٦، حيث قررت المحكمة أن ذلك «لم يكن إلا جزءً من الخطة السياسية والتدابير العامة التي اتبعتها الوزارة القائمة وقتئذ في الحكم في حيز العلاقات السياسية بينها وبين بريطانيا عقب إلغاء المعاهدة سالفة الذكر، ولم يكن إجراءً خاصاً نحو فرد أو فريق من المواطنين للمحافظة على الأمن العام .... ولذلك فالأمر الصادر من وزير الداخلية يعتبر من التدابير السياسية العامة المتعلقة بالأمن الداخلي، وهي من أعمال السيادة التي لا تختص هذه المحكمة بنظر دعوى التعويض عنها».

ويمكن القول بأن مفهوم أعمال السيادة في الجملة، من واقع أحكام القضاء الإداري يتحصل فيما يلي: الأعمال المنظمة لعلاقة الحكومة بالمجالس النيابية والأعمال المتعلقة بسير التمثيل الدبلوماسي، وبعض الأعمال المتعلقة بالحرب وبعض الأعمال المتعلقة بسلامة الدولة وأمنها الداخلي.

ولا يكتمل فهم موقف القاضي الإداري من أعمال السيادة إلا في ضوء ما قررته وأكدته الأحكام من أنه «متى كانت العبرة في حصانة القرارات التي تعتبر من أعمال السيادة أن يكون القرار المطلوب إلغاؤه هو نفسه عمل السيادة، فإن هذه الحصانة لا تمتد إلى غيرها». وتطبيقاً لذلك حكمت محكمة القضاء الإداري بأن «كون التحقيقات التي أجريت وأدت إلى صدور القرار بإلغاء ترقية المدعي، قد تنطوي على وقائع تعتبر من أعمال السيادة، فإن ذلك ليس بمانع من فحصها تثبتاً مما إذا كان ما استخلصته الجهة الإدارية منها يقوم على أصل ثابت في أوراق التحقيق دون أن تنتهي الدعوى إلى إلغاء هذه التحقيقات؛ لأن هذا ليس هو موضوع الدعوى». (حكم محكمة القضاء الإداري الصادر بجلسة ١٣ من يونيه سنة ١٩٥٧).

وقد تصدت محكمة القضاء الإداري في مناسبتين حديثتين لأمر أعمال السيادة مما يقتضي بيان مفهوم المحكمة في هذا الشأن. أما الحكم الأول، فقد صدر بجلسة ١١ من نوفمبر سنة ٢٠٠٨، وتتعلق المنازعة بطلب وقف تنفيذ وإلغاء قرار الجهة الإدارية بمنع المدعين من الوصول بقافلتي الإغاثة اللتين كانتا متوجهتين إلى الحدود المصرية الفلسطينية محملتين بالاحتياجات الضرورية لأهل غزة، الذين كانوا يعانون الحصار الإسرائيلي. فكان أن أنزلت المحكمة على الدعوى التكييف الصحيح بأن الطلبات فيها تتحصل في وقف تنفيذ وإلغاء قرار الجهة الإدارية بمنعهم من التنقل بحرية داخل أراضي وطنهم وحتى الحدود المصرية الفلسطينية عند رفح المصرية، مع ما يترتب على ذلك من آثار أخصها السماح لهم بتسليم ما يحملونه من معونات غذائية وإنسانية غير محظورة على الحدود لشعب غزة. وإذ كانت الجهة الإدارية قد دفعت بعدم الاختصاص الولائي للمحكمة باعتبار أن الدعوى تتعلق بعمل من أعمال السيادة التي يشملها حكم المادة (١١) من قانون مجلس الدولة، فلا تكون مما يظله اختصاص مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري، فقد ردت المحكمة على الدفع؛ بأنه «على ما استقر عليه الفقه والقضاء فإن أعمال السيادة هي تلك التي تصدر من الحكومة باعتبارها سلطة حكم لا سلطة إدارة، فهي تارة تكون أعمالاً منظمة لعلاقة الحكومة بمجلسي الشعب والشورى أو منظمة للعلاقات السياسية بالدول الأجنبية، وهي طوراً تكون تدابير تتخذ للدفاع عن الأمن العام من اضطراب داخلي أو لتأمين سلامة الدولة من عدو خارجي، وأعمال السيادة بهذا المفهوم والتي تتصل اتصالاً وثيقاً بنظام الدولة وسيادتها في الداخل والخارج لا تمتد إليها رقابة القضاء، أما غير ذلك من القرارات الإدارية أو الأعمال التي تمارسها الحكومة بوصفها سلطة إدارية فإنها تخضع لرقابة القضاء الإداري طبقاً لأحكام الدستور والقانون باعتباره صاحب الولاية العامة والقاضي الطبيعي المختص بنظر الطعون في القرارات الإدارية النهائية سلبية كانت أو إيجابية». واستطرد الحكم بيان أنه إذ تتعلق الدعوى بإجراءات اتخذتها جهة الإدارة ومنعت بموجبها المدعين من التنقل من مكان لآخر داخل البلاد والوصول إلى الحدود المصرية الفلسطينية لتسليم ما حملوه من معونة غذائية وإنسانية لأهل غزة المحاصرين، فإن تصرف الجهة الإدارية «يعد من صميم وظائفها الإدارية ومن الأعمال التي تمارسها الحكومة بوصفها سلطة إدارية». ومن ثم يكون القرار المطعون فيه إذ تعرض لحق المدعين في التنقل من مكان إلى آخر داخل الوطن، وهو من الحقوق التي اعتبرها الدستور من الحقوق الأساسية للمواطنين مما يدخل حمايته في اختصاص المحكمة ويكون الدفع بعدم الاختصاص فاقداً لسنده»، وانتهت المحكمة إلى تقرير اختصاصها وفصلت في طلب

وقف التنفيذ بإجابة المدعين إلى ما يطلبونه. (الحكم في الدعوى رقم ٦١٢١٨ لسنة ٦٢ القضائية – غير منشور بعد).

كما تعرضت ذات المحكمة في الحكم الصادر بجلسة ١٨ من نوفمبر سنة ٢٠٠٨، لأمر أعمال السيادة بمناسبة الطعن الذي قدم إليها بطلب وقف تنفيذ وإلغاء قرار وزير البترول رقم ١٠٠ لسنة ٢٠٠٤، المتضمن تفويض كل من رئيس مجلس إدارة الشركة المصرية القابضة للغازات الطبيعية ورئيس مجلس إدارة الهيئة المصرية العامة للبترول في إنهاء إجراءات التعاقد كطرف بائع للغاز الطبيعي مع شركة شرق البحر الأبيض المتوسط، وكطرف ثالث ضامن لكميات الغاز الطبيعي ومواصفاته ومدة التوريد في عقود شركة شرق البحر الأبيض المتوسط للغاز الطبيعي من خلال خط أنابيب مع الشركات الواقعة في منطقة البحر المتوسط وأوروبا بما فيها شركة كهرباء إسرائيل، كما تضمن القرار، منذ تم، تحديد أسعار بيع الغاز الطبيعي لشركة شرق البحر الأبيض المتوسط، وكذلك اشتراطات التوريد ومدته وتبلغ خمسة عشر عاماً قابلة للتجديد لمدة خمس سنوات أخرى استناداً على ما قرره مجلس الوزراء بجلسة ١٨ من سبتمبر سنة ٢٠٠٠. وقد دفعت الجهة الإدارية بعدم اختصاص محاكم مجلس الدولة والقضاء عموماً ولائياً بنظر الدعوى تأسيساً على أن موضوعها يتصل بأعمال السيادة، وقد ردت المحكمة على الدفع مؤكدة على أن للقضاء سلطة تقرير الوصف القانوني للعمل، وعما إذا كان مما يعد من أعمال السيادة أو كان عملاً إدارياً مما يدخل في اختصاص القاضي الإداري. وإذ استظهرت المحكمة أن المنازعة تدور حول سلطة الإدارة في تنظيم واستغلال موارد الدولة وإحدى ثرواتها الطبيعية والتصرف فيها، وقد اختصمها المدعون كسلطة إدارية تقوم على هذا المرفق وينبغي عليها أن تلتزم في أداء وظيفتها حدود الدستور والقانون، فكل ذلك مما يدخل في صميم الوظائف الإدارية ومن الأعمال التنفيذية التي تمارسها الحكومة بوصفها سلطة إدارية، ومن ثم لا يعد تصرفها والحال هذه ولا القرار الصادر بشأنه من أعمال السيادة بالمعنى القانوني والدستوري. (الحكم الصادر في الدعوى رقم ٣٣٤١٨ لسنة ٦٢ القضائية – لم ينشر بعد).

إلا أن دائرة فحص الطعون بالمحكمة الإدارية العليا كان لها رؤية أخرى في الحكمين المشار إليهما. فكان أن قضت بجلسة ٥ من يناير سنة ٢٠٠٩، بالنسبة لمنع قوافل الإغاثة بأنه ولئن كان « من المقرر في نطاق القانون الدولي أن قواعد الأخلاق والعرف الدوليين تحث الدول على المسارعة لغوث وعون سكان الدولة التي تتعرض لكارثة طبيعية كالزلزال والفياضانات أو إنسانية كالأوبئة والمجاعات أو حروب بما ينجم عنها من خراب وويلات، بل إن المجتمع الدولي قد نظم ذلك الغوث و العون – إقراراً بما تمليه الأخلاق وما يجري به العرف – فعهد به إلى منظمات دولية كالصليب الأحمر والهلال الأحمر ومنظمة غوث وتشغيل اللاجئين»، فإن «مرور مواد الإغاثة وصنوف المساعدات من دولة إلى أخرى، سواء من خلال أراضيها أو عبر حدودها وإن جمعتها رابطة جغرافية واحدة أو رابطة دينية واحدة أو رابطة فكرية واحدة يتعين ألا يكون مخالفاً لأحكام القانون الدولي بهتك سيادة الدولة على إقليمها وحدوها أو خرقاً للإجراءات والنظم التي استنتها لذلك، وإنما يتعين ألا تكون الدوافع وإن نبلت والنوازع وإن سمت في إيصال مواد الإغاثة ومد يد العون مسوغاً للمساس بسيادة الدولة على حدودها وخرقاً لنظامها الموضوع في إيصال هذه المواد إلى البلد المنكوب، ولاسيما إن كانت تتماس مع بلد لازال يرزح تحت الاحتلال، ويجثم على أرضه عدو لا يرتدع بأحكام القانون ولا يأبه بقيم أو أخلاق ولا أمان له في حفظ العهود وصون العقود. الأمر الذي يقتضي معه في إيصال مواد الإغاثة وتقديم صور العون التخلي عن زخرف الإعلام والتحلي بالانصياع لما وضعته الدولة من نظام في هذا الشأن بتسليمها إلى الجهات المختصة لتتولى إيصالها للمنكوبين مادامت قد حسنت النية وسلمت الطوية ابتغاء مرضاة الله سبحانه وتعالى، الذي هو في عون العبد مادام العبد في عون أخيه». وقد رتب الحكم على ذلك أنه إذ كان « الحكم الطعين قد قضى بإيصال مواد الإغاثة التي جمعها المطعون ضدهم إلى شعب غزة يكون قد خالف القانون بحسبان أن تنفيذ الحكم وإعمال مقتضاه يسمح بتجاوز الحدود الدولية للبلاد دون إتباع الإجراءات المرسومة والقواعد الموضوعة لعبور الأفراد أو السلع أو الخدمات، وهو ما يشوب الحكم فيما قضى به في هذا النطاق، مخالفة القانون ويتعين تعديله». وقضى منطوق الحكم برفض «طلب وقف تنفيذ الحكم المطعون فيه فيما انطوى عليه من قيام المطعون ضدهم بنقل المساعدات الإنسانية داخل الوطن حتى رفع

المصرية». وأياً ما يكون من مدى الاتفاق أو الاختلاف مع ما أورده الحكم وأقام عليه قضاءه، فتجدر الإشارة إلى أنه لم يعتد بما كان دفاع الجهة الإدارية قد أبداه من اتصال المنازعة بعمل من أعمال السيادة، بل أعملت المحكمة اختصاصها بوزن الطلبات بميزان القانون وسلطت عليها رقابة المشروعية، فكان أن حكمت برفض طلب وقف تنفيذ الحكم فيما انطوى عليه من قيام المطعون ضدهم بنقل المساعدات الإنسانية داخل الوطن وحتى رفح المصرية، أي أنها أيدت الحكم المطعون عليه في هذا الشق، في حين أمرت بوقف تنفيذه فيما تضمنه من قيام المطعون ضدهم بتسليم المساعدات داخل قطاع غزة بمعرفتهم دون سلوك القنوات الشرعية، باعتبار أن قيامهم بذلك يتجاوز القنوات الشرعية.

أما بالنسبة لحكم محكمة القضاء الإداري بوقف تنفيذ قرار وزير البترول رقم ١٠٠ لسنة ٢٠٠٤، فيما تضمنه من بيع الغاز الطبيعي لإسرائيل فقد أورد الحكم الصادر من دائرة فحص الطعون بالمحكمة الإدارية العليا أنه «لما كان هذا التعامل تم تنفيذاً لقرار وزير البترول رقم ١٠٠ لسنة ٢٠٠٤، الصادر بناءً على قرار مجلس الوزراء بجلسة ٢٠٠٠/٩/٨، الذي وضع أسس بيع فائض الغاز إلى دول شرق البحر الأبيض المتوسط ومنها إسرائيل، وكان هذا القرار من الأعمال التي تصدر من الحكومة بوصفها سلطة حكم في نطاق وظيفتها السياسية مما يدخل في أعمال السيادة التي استقر القضاء الدستوري والإداري والعادي على استبعادها من رقابته وإخراجها من نطاق اختصاصه الولائي ... الأمر الذي يرجح معه إلغاء الحكم المطعون فيه». وانتهت المحكمة إلى الحكم بوقف تنفيذ الحكم. ويلاحظ هنا أن المحكمة اعتدت بالتفرقة بين أعمال الحكومة وأعمال الإدارة للقول بأن الأمر إذ تعلق في واقعة المنازعة بعمل يعتبر من أعمال الحكم، فيعتبر في زمرة أعمال السيادة.

وعلى كل، فإن المتابع لأحكام القضاء الإداري، لا تفوته ملاحظة اتجاهاً عاماً يذهب إلى محاصرة ما يطلق عليه مسمى أعمال السيادة تحقيقاً لاكتمال رقابة المشروعية، ونكرر هنا بأن العمل أو الإجراء إن صدر من الإدارة فيتعين أن يخضع لرقابة المشروعية، التي تتراوح بين الرقابة على السلطة المقيدة والرقابة التي تفرض على ممارسة السلطة التقديرية؛ حيث تنصرف إلى التحقق من ممارستها في حدود المشروعية التي يحدها الانحراف بالسلطة ولا تصادر حق التقدير المقرر لجهة الإدارة[١].

بقي أمر قد يحسن بيانه، وهو ذلك الذي يتعلق بما تتطلبه المادة (٢/١٥١) من الدستور المصري من وجوب موافقة مجلس الشعب على معاهدات معينة منها تلك التي تتعلق بحقوق السيادة، إذ تجرى الفقرة المشار إليها بما يأتي «على أن معاهدات الصلح والتحالف والتجارة والملاحة وجميع المعاهدات التي يترتب عليها تعديل في أراضي الدولة أو التي تتعلق بحقوق السيادة أو التي تحمل خزانة الدولة شيئاً من النفقات غير الواردة في الموازنة يجب الموافقة عليها» ولما كانت المعاهدات تكون لها قوة القانون بعد استيفائها إجراءات إبرامها والتصديق عليها ونشرها (بعد موافقة مجلس الشعب عليها في الحالات التي تناولتها المادة (٢/١٥١) على النحو المشار إليه)، فقد حرصت المحكمة الدستورية العليا المصرية على التأكيد على أمرين، أولهما أنه ليس كل معاهدة دولية مما تعتبر بالضرورة من الأعمال السياسية، ولا تندرج تحتها كذلك وبصفة تلقائية، كل اتفاقية يجب موافقة السلطة التشريعية عليها وفقاً لنص الفقرة الثانية من المادة ١٥١ من الدستور (الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا بجلسة ٢ من مارس سنة ١٩٩٦، في القضية رقم ٣٠ لسنة ١٧ القضائية دستورية). وثانيهما أنه لا شأن للأعمال السياسية بالتالي بالقواعد الإجرائية التي تحيط بالمعاهدة والمتصلة بإبرامها أو التصديق عليها أو نشرها وفقاً للأوضاع المقررة. (حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر بجلسة ١٩ من يونيه سنة ١٩٩٣، في القضية رقم ١٠ لسنة ١٤ دستورية عليا). وفي

(١) وعن أعمال السيادة فقد قرر دكتور سليمان الطماوي أن « هذه الأعمال هي بطبيعتها أعمال إدارية، ولكنها بمنجاة من كل رقابة قضائية مهما كانت درجة عدم المشروعية أو الآثار الضارة المترتبة عليها، وهي بهذه المثابة تمثل نقطة سوداء في جبين المشروعية، ولهذا فإن هناك رغبة شديدة إجماعية بين الفقهاء بزوالها من عالم القانون». المرجع السابق ص ٣٢٦ .

هذا الشأن فقد قيل بأن «الأعمال السياسية لا تعد كذلك في صحيح تكييفها، بالنظر إلى أوصافها التي يخلعها المشرع عليها، وإنما على ضوء خصائصها. وبمراعاة أن تأبيها على الرقابة القضائية مرده أن تقييمها يرتبط بضوابط دقيقة وبموازين تقدير، وعوامل ترجيح تعود مكوناتها إلى حقائق لا يتاح أو يتعذر عرضها على جهة الرقابة على الشرعية الدستورية»[(١)].

وعلى سبيل المثال فقد كان التراخي في نشر اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد محلاً لدعوى بطلب الحكم بإلغاء القرار السلبي بامتناع وزارة الخارجية عن نشر الاتفاقية بالجريدة الرسمية. وتتحصل وقائع تلك الدعوى في أنه لما كانت الاتفاقية قد وقعت بتاريخ ٩ من ديسمبر سنة ٢٠٠٣، ووافق رئيس الجمهورية عليها بتاريخ ١١ من سبتمبر سنة ٢٠٠٤، بالقرار رقم ٣٠٧ لسنة ٢٠٠٤، وعرضت على مجلس الشعب، إعمالاً لحكم المادة (٢/١٥١) من الدستور، فوافق عليها بتاريخ ٢٠ من ديسمبر سنة ٢٠٠٤، وصدق عليها رئيس الجمهورية بتاريخ ٢٣ من ديسمبر ٢٠٠٤، وإذ لم يتم نشر الاتفاقية بالجريدة الرسمية، وهو الإجراء الذي يتطلبه الدستور حتى يعمل بأحكام الاتفاقية وتكون لها قوة القانون، فقد أقامت جمعية المنظمة الأفرو مصرية بتاريخ ٢٠ من يناير سنة ٢٠٠٧، الدعوى رقم ١٠٧٤٦ لسنة ٦١ القضائية بطلب إلغاء القرار السلبي بالامتناع عن نشر الاتفاقية وبتاريخ ٨ من فبراير ٢٠٠٧، وبعد رفع الدعوى، تم نشر الاتفاقية بالجريدة الرسمية بناء على قرار وزير الخارجية رقم ٢ لسنة ٢٠٠٧، الصادر بتاريخ ٨ من يناير ٢٠٠٧، وإن تضمن تحديداً للعمل بأحكام الاتفاقية بأثر يرتد إلى ١٤ من ديسمبر ٢٠٠٥، وهو تاريخ نفاذ الاتفاقية بالتطبيق المادة (٦٨) منها. وتثير هذه الدعوى أمرين، أولهما مدى جواز تراخي نشر الاتفاقيات وهو عمل مادي لا ترخص فيه، بعد أن تكون قد استوفت موافقة مجلس الشعب وتصديق رئيس الجمهورية لفترة تجاوز السنتين، وثانيهما مدى جواز أن يتضمن قرار وزير الخارجية العمل بالاتفاقية اعتباراً من ١٤ من ديسمبر سنة ٢٠٠٥، أي من تاريخ دخول الاتفاقية حيز النفاذ، في حين أن النشر لم يتم إلا في ٨ من فبراير سنة ٢٠٠٧، وهو الإجراء الذي يرتب عليه الدستور إسباغ قوة القانون على أحكام الاتفاقية، فهذا الأثر الرجعي لسريان الاتفاقية، وهو يعادل تقرير أثر رجعي في قانون، بالنظر لتماثل المرتبة التشريعية المقررة لكل منهما بحكم الدستور، قد يكون مفتقداً لصحيح سنده بالنظر إلى أنه تقرر بمقتضى قرار من وزير الخارجية دون أن يكون فيما يبدو مستنداً إلى أساس قانوني يقوم عليه.

رابعاً. مصادر المشروعية في مجال الحقوق والحريات:

١ - لا تخطئ عين المراقب أن المجتمع الدولي، عن طريق الأمم المتحدة، يولي اهتماماً كبيراً بأمر الحقوق والحريات، باعتبار أن المنظمة تقوم، على نحو ما هو منصوص عليه في ديباجتها، على أساس الإيمان المؤكد بحقوق الإنسان واحترام ما يحفظ عليه كرامته في إطار من المساواة بين البشر، رجالاً ونساءً، فضلاً عما ورد بالمادة (٥٥) من الميثاق من التزام الأمم المتحدة بالعمل على رفع مستوى المعيشة، وتحقيق العدالة الكاملة وتوفير الأوضاع اللازمة للتقدم الاقتصادي والاجتماعي وصولاً إلى تحقيق التنمية. وفي هذا الشأن فقد صدر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة ١٩٤٨، ثم تلاه صدور العهدين الدوليين للحقوق المدنية والسياسية وللحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية سنة ١٩٦٦. وأياً ما يكون الأمر عن القوة الإلزامية لما انطوت عليه هذه الوثائق من حقوق وحريات، فإنها بالأقل تشكل عند القاضي، عن إدراك واع أو نتاج خلفية ذهنية، مرجعية يستهدي بها في تفسير النصوص الوطنية المتعلقة بالحقوق والحريات. ولعلنا نضيف إلى تلك الوثائق الدولية، وثائق أخرى تكتمل بها منظومة الحقوق والحريات في المجال الدولي، التي أخذت بعداً مهماً في المجال الداخلي سواء بتطبيق أحكامها مباشرة أو تضمينها نصوصاً تلزم الدول المنضمة إلى إصدار التشريعات اللازمة لإنفاذها في المجال الداخلي. ومن أمثلة ذلك ما تنص عليه المادة

(١) المستشار دكتور عوض المر - المرجع السابق - ص ٣٣٥ .

(١/٥) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، التي سبقت الإشارة إليها، من التزام الدول الأطراف بوضع وتنفيذ أو ترسيخ سياسات فعالة منسقة لمحاربة الفساد، تعزز مشاركة المجتمع وتجسد مبادئ سيادة القانون وحسن إدارة الشئون والممتلكات العمومية والنزاهة والشفافية والمساءلة.

ومن أمثلة الوثائق الدولية التي قررت أو كشفت عن حقوق وحريات تتجاوز النطاق، الذي يمكن وصفه بالتقليدي، المستمد من الإعلان العالمي لسنة ١٩٤٨، والعهدين الدوليين لسنة ١٩٦٦، يمكن الإشارة إلى إعلان طهران الصادر في مايو سنة ١٩٦٨، الذي انعقد لاستعراض ما تحقق في مجال حقوق الإنسان خلال الأعوام العشرين التي انقضت منذ إعلانه ولصياغة برنامج للمستقبل، والذي لم يفته التأكيد على أنه « ينبغي لقوانين كل بلد أن تمنح كل فرد .... حرية التعبير والإعلام والدين، وكذلك حق المشاركة في حياة بلده السياسية والاقتصادية والثقافية والاجتماعية»، كما انه «نظراً لكون حقوق الإنسان وحرياته الأساسية غير قابلة للتجزئة يستحيل التحقيق الكامل للحقوق المدنية والسياسية من غير التمتع بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية « . كما يكون من الملائم الإشارة، بل التوقف والتدبر، في مضمون إعلان وبرنامج فيينا الصادر عن المؤتمر الدولي لحقوق الإنسان الذي عقد بفيينا في يونيه سنة ١٩٩٣، فهو قد أكد أن « جميع حقوق الإنسان عالمية وغير قابلة للتجزئة ومترابطة ومتشابكة...فإن من واجب الدول، بصرف النظر عن نظمها السياسية والاقتصادية والثقافية، تعزيز وحماية جميع حقوق الإنسان والحريات الأساسية»، كما أورد أن « الديمقراطية والتنمية واحترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية أمور مترابطة ويعزز بعضها بعضاً ...» (أولا: بند ٥، ٨)، وقد تعرض الإعلان بشيء من التفصيل لحقوق منها الحق في المساواة والكرامة والتسامح، ولحقوق الطفل وللحق في عدم التعرض للتعذيب، وضرورة الحماية من ممارسات الاختفاء القسري. كما أن أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة في ديسمبر سنة ١٩٩٨، الإعلان المتعلق بحق ومسئولية الأفراد والجماعات وهيئات المجتمع في تعزيز وحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية المعترف بها وتضمن في المادة (٣) أن يشكل « القانون المحلي المتسق مع ميثاق الأمم المتحدة والالتزامات الدولية الأخرى التي تقع على عاتق الدولة في ميدان حقوق الإنسان والحريات الأساسية الإطار القانوني الذي ينبغي أن يجري فيه إعمال حقوق الإنسان والحريات الأساسية ...».

وأخيراً فإن إعلان الأمم المتحدة بشأن الألفية الثانية (سنة ٢٠٠٠)، يتضمن تأكيداً وتطويراً لحقوق سبق تقريرها وتتعلق بالحق في التنمية (البند ثالثاً من الإعلان) والحق في حماية البيئة (البند رابعاً) وحقوق الإنسان والديمقراطية والإدارة الرشيدة (البند خامساً).

٢ – فإذا كان ما تقدم فقد يكون من الملائم أن نجول في دروب أحكام القضاء الإداري ننتقي منها أمثلة تكشف عما لهذه الاتفاقيات والمواثيق الدولية من آثار قانونية على فهم القاضي الإداري لنطاق ولايته في مجال دعوى الإلغاء، أو دعوى رقابة المشروعية.

أ . ففي مجال الحق في الإدارة الرشيدة، فقد جاء بحكم محكمة القضاء الإداري الصادر بجلسة ١٨ من نوفمبر سنة ٢٠٠٨ (وقد سبقت الإشارة إليه)، أن عدم نشر القرار المطعون فيه، رغم كونه قراراً وزارياً، وعاصر إنشاء شركة القطاع العام مع الشركة الخاصة مع تعديل نشاطها والغرض منها، ثم منحها عقد امتياز واحتكار شراء الغاز الطبيعي المصري الذي يتم تصديره، كل ذلك مما « يثير التساؤل عن أسباب ذلك التزامن العجيب وعن السرية والتكتم الشديد الذي فرضته جهة الإدارة حول صفقة بيع الغاز المصري ... والمترتبة على صدور القرار المطعون فيه وحجب تفاصيلها عن الشعب ونوابه، وذلك مما يتعارض مع الشفافية التي بات أمرها مستقراً في ضمير الأمة والعالم المتحضر، ومع المسيرة الديمقراطية التي تشهدها البلاد، كما أنه يخل بالثقة الواجب توافرها في تعاملات جهة الإدارة»[١].

ب – وفي دعوى أقيمت بطلب وقف تنفيذ وإلغاء ما تضمنته لافتة بأحد أقسام الشرطة تجري عبارتها بأنه « يتنبه على السادة المواطنين المترددين على القسم بضرورة تسليم هواتفهم المحمولة كأمانة لحفظها لحين مغادرة القسم»، فقد تعرضت محكمة القضاء الإداري

(١) الحكم الصادر في الدعوى رقم ٣٣٤١٨، لسنة ٦٢ القضائية.

لتأصيل «الحق في الاتصال»، حيث قررت أن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان يضمن كفالته، ثم أوضحت المحكمة الصلة بين الحق في الاتصال وضرورة كفالته وبين الحق في الخصوصية ووجوب حمايتها، وهو ما تكفله المادة (١٢) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وهو أيضاً ما أكده الدستور المصري في المادة (٤٥) بتقريره أن لحياة المواطنين الخاصة حرمة يحميها القانون، كما أن للمحادثات التليفونية وغيرها من وسائل الاتصال حرمة، وأن سريتها مكفولة ولا يجوز مصادرتها أو الاطلاع عليها أو رقابتها إلا بأمر قضائي، وأنه لما كان «ثمة مناطق من الحياة الخاصة لكل فرد تمثل أغواراً لا يجوز النفاذ إليها وينبغي دوماً ألا يقتحمها أحد، فلا يكون اختلاس بعض جوانبها مقبولاً». وعلى ذلك كله انتهت المحكمة إلى أن القرار المطعون فيه انحدر إلى هوة سحيقة من عدم المشروعية تجعله والعدم سواء[١].

ج – وعن حق الإنسان في العيش في بيئة نظيفة، فقد حكمت المحكمة الإدارية العليا بأن «حق الإنسان في العيش في بيئة صحية نظيفة أضحى من الحقوق الأساسية التي تتسامى في شأنها وعلو قدرها ومكانتها مع الحقوق الطبيعية الأساسية، ومنها الحق في الحرية والحق في المساواة، فكان أن حرصت الوثائق الدستورية الجديدة أن تضمن نصوصها أحكاماً تؤكد هذه النظرة الأساسية، فضلاً عن أن المواثيق الدولية وفي طليعتها إعلان استكهولم الصادر سنة ١٩٧٢، الذي أكد أن هذا الحق ضمان أساسي لتوفير الحياة الكريمة للإنسان في وطنه، ويقابل هذا الحق تقرير واجب على عاتقه بالمحافظة على هذه البيئة والعمل على تحسينها للأجيال الحاضرة والمستقبلة، ومن ذلك أيضاً ما كان من اتفاقيات لحماية طبقة الأوزون (اتفاقية فيينا لسنة ١٩٨٥، وبروتوكول مونتريال لسنة ١٩٨٧) فكل ذلك قواعد حاكمة للنظام الدولي التي تشارف أن تكون قواعد آمرة»[٢]. وقد استرسلت حيثيات الحكم ببيان أنه إذا كانت الدول المتقدمة تحرص على الحفاظ على البيئة، فإن الدول النامية كان حسها أشد وحرصها على تأكيد ذلك أكبر، حتى لا يختل ميزان المصالح فتطغى بعضها على البعض الآخر الأقل قدرة على الدفاع عن مصالحه. كما أوضح موقف الحكومة المصرية بإصدار القانون ٤ لسنة ١٩٩٤، بشأن البيئة، كما كان أن انضمت لاتفاقية بازل المشار إليها بتاريخ ٢٢ ممن مارس سنة ١٩٨٩، حيث أرفقت بموافقتها الصادر بها قرار رئيس الجمهورية رقم ٣٨٥ لسنة ١٩٩٢، ثلاثة إعلانات تؤكد مصر فيها، ضمن ما تؤكد، عدم السماح بمرور سفن تحمل نفايات خطرة في المياه الإقليمية المصرية[٣].

د – وفي مجال بيان القواعد الحاكمة لحق التنقل والسفر، حكمت المحكمة الإدارية العليا أن هذه الحقوق كفلها الدستور المصري في المادتين (٤١) و (٥٢)، وهو أيضاً ما أكدته المادة (١٣) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨، وما رددته المادة (١٢) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الذي انضمت إليه مصر بموجب قرار رئيس الجمهورية رقم ٥٣٦ لسنة ١٩٨١[٤].

هـ – كما كان للمحكمة الإدارية العليا قضاء في منازعة تدور حول مفهوم «الإصابة بسبب العمليات الحربية» الذي يتيح تسوية خاصة مالية، وكان ذلك بمناسبة وجود أحد الجنود المصريين بدولة الكويت أثناء حرب التحرير. وتمثلت الإصابة في مرض صدري أصيب به من العادم الذي انبثق نتيجة إشعال النار بآبار البترول. وحيث جادلت الجهة الإدارية في أن هذه الإصابة تعتبر إصابة بسبب العمليات الحربية، فقد ردت المحكمة على ذلك بالقول « إن تعبير «بسبب العمليات الحربية» لا يقتصر في صحيح التفسير، استهداءً بمقصود المشرع الوطني في إطار من الأحكام العامة الملزمة، والتي تمثل تراثاً عاماً للإنسانية، التي من شأنها فيما نحن بصدده، تقرير حقوق

---

(١) الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري بجلسة ٤ من يوليه سنة ٢٠٠٩ في الدعوى رقم ٣٢١٦٧ لسنة ٦١ القضائية – غير منشور.

(٢) الحكم الصادر من المحكمة الإدارية العليا بجلسة ١٧ من فبراير سنة ٢٠٠١ في الطعن رقم ٨٤٥٠ لسنة ٤٤ القضائية.

(٣) ومما له مجال ذكر أن دكتور علي جمعة مفتي الديار المصرية وصف التلوث البيئي بأنه إفساد في الأرض، على ما نقلت الصحف في مداخلة له أمام مؤتمر التعاليم الدينية تحت رعاية الأمم المتحدة في إنجلترا.

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بجلسة ١٢ من مايو سنة ٢٠٠١، في الطعن رقم ٣٣٣٥، لسنة ٤٤ القضائية.

للجندي المقاتل تقابل ما تقرر من التزامات تقيد تصرفات الدول المتحاربة في إدارة عملياتها العسكرية، وأيضاً في ضوء المتغيرات في الأساليب والأدوات الناتجة عن تطور الآلة الحربية، لا يقتصر وحسب على تلك الإصابة المباشرة بطلق أو شظية أو انفجار لغم، وإنما يشمل أيضاً الأضرار الناتجة عن استعمال الأساليب المخالفة لقوانين وأعراف الحرب، على نحو ما هو منصوص عليه أساساً باتفاقيات لاهاي لسنة ١٩٠٧، وبغيرها من المعاهدات التي تحظر استعمال المواد الكيماوية أو السامة أو التي تلحق أضراراً لا تتناسب مطلقاً مع الضرورات العسكرية على نحو ما هو منصوص عليه، على سبيل المثال، باتفاقية سنة ١٩٤٨، التي تحظر الإبادة الجماعية أو إبادة الجنس، والتي تعتبر أحكامها داخلة في نسيج القانون الدولي العام العرفي سواء وقعت عليها الدولة أم لم توقع ... وذلك فضلاً عن أحكام قانون «جنيف» الذي أرسى مبادئ القانون الدولي الإنساني التي تورد قيوداً على استعمالات الآلة العسكرية، وبالأخص إذا تداعت آثارها على المدنيين... فإذا كان ذلك وكان من العلم العام أن تفجير آبار البترول الكويتية إنما تم في إطار عمليات حربية، فإنه أياً ما يكون الأمر عن مدى مشروعيتها فإن ما سببه ذلك من أضرار على الجنود الموجودين بمسرح العمليات، مما يتحقق به ويتكامل المركز القانوني لمن يُصاب من أفراد تلك القوات بسبب العمليات الحربية»[١].

خامساً . دعوى الإلغاء أداة فعالة لاستقرار الأمن القانوني والمجتمعي:

١ – من المسلمات في التنظيمات السياسية المعاصرة، قيام الدولة على مبدأ المشروعية، الذي هو دعامة سيادة حكم القانون. وقد أفرد الدستور المصري لهذا المبدأ باباً مستقلاً بعنوان «سيادة القانون»، تناول فيه تأكيد أمرين؛ أولهما: أن سيادة القانون أساس الحكم، وثانيهما: أن الدولة تخضع للقانون. وتقديراً لدور القضاء في تحقيق صحيح خضوع الدولة للقانون، فقد أوضح الدستور أنه يجب، حتى يؤدي القضاء هذه الولاية، أن يكون مستقلاً ذا حصانة باعتبار أن في ذلك تحقيقاً للضمانة الأساسية لحماية الحقوق والحريات.

٢ – وبالنسبة للجانب الإداري من رقابة المشروعية، أي الجانب المتصل بما يصدر عن السلطة من قرارات إدارية، فيتطلب احترام مبدأ المشروعية، أن تكون تصرفات الإدارة محل رقابة جهة القضاء المختصة التي يحددها الدستور أو القانون. وهذه الرقابة القضائية تتراوح بين رقابة التعويض أو رقابة الإلغاء والتعويض جميعاً.

وقد كان اقتراح إنشاء مجلس الدولة في مصر، بمقتضى المشروع الذي أعد سنة ١٩٤١، الذي تضمن تخويل مجلس الدولة المقترح إنشاؤه ولاية الإلغاء والتعويض، محل عاصفة من نقد ؛ فوصف مجلس الدولة المقترح بأنه دولة في الدولة وأنه سلطة رابعة إلى جانب السلطات الثلاث بل هو سلطة فوقها، وأن السلطة التقديرية ستصبح داخلة في وصايته، وأنه بما يملكه من اختصاص إبطال القرارات الإدارية سيخل بالمسئولية الوزارية أمام البرلمان، وأنه سيسلب مجلس الوزراء سلطته في التأويل التشريعي وحقه في فض المنازعات التي تقوم بين الوزارات، فضلاً عن أنه يفسد أمور الموظفين وانتظام العمل بالمصالح، ومن شأنه أن يمس بكرامة الحكام وهيبة الإدارة[٢].

وإنه ولئن كان هذا النقد أنتج أثراً بوأد المشروع فإن فكرة إنشاء مجلس دولة بقيت حية، شأنها شأن بذرة الشجرة الطيبة، فكان أن أنشئ مجلس الدولة المصري سنة ١٩٤٦، حتى استوي على أصل دستوري صريح تضمنه حكم المادة (١٧٢) من الدستور الصادر سنة ١٩٧١، التي تنص على أن « مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة، ويختص بالفصل في المنازعات التأديبية ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى».

(١) الحكم الصادر من المحكمة الإدارية العليا بجلسة ٢١ من إبريل سنة ٢٠٠١، في الطعن رقم ٢١٦٥، لسنة ٤٤ القضائية .
(٢) المنازعات الإدارية – بحث للمستشار نبيل سعيد منشور بمجلة مجلس الدولة – السنة الثامنة والعشرون .

في حين أن دستور دولة الكويت حسم في نصوصه أمرين، أولهما أن يكون الفصل في الخصومات الإدارية بواسطة غرفة أو محكمة خاصة، والمقصود بالغرفة دائرة من دوائر المحكمة على نحو ما توضحه المذكرة التفسيرية للدستور، وثانيهما التوجيه الدستوري بأن يتضمن القانون المنظم للجهة المنوط بها الفصل في هذه الخصومات كيفية ممارستها للقضاء الإداري «شاملاً ولاية الإلغاء وولاية التعويض بالنسبة إلى القرارات الإدارية المخالفة للقانون.» (المادة ١٦٩ من الدستور).

بل لعل العين الفاحصة لأحكام الدستور الكويتي لا تخطئ إدراك ما بشَّر به من إنشاء مجلس دولة، حسب مفاد حكم المادة (١٧١) منه التي تجري عبارتها بأنه « يجوز بقانون إنشاء مجلس دولة يختص بوظائف القضاء الإداري والإفتاء والصياغة المنصوص عليها في المادتين السابقتين « . وهذا الحكم يعني أن القانون بإنشاء مجلس الدولة، متى رئُي إصداره، لا يستلزم تعديلاً دستورياً للمادتين (١٦٩) و (١٧٠) من الدستور، وإنما يتعين عليه مراعاة أن يكون اختصاص مجلس الدولة شاملاً لوظائف القضاء الإداري، إلغاءً وتعويضاً، المنصوص عليها بالمادة (١٦٩)، واختصاص الافتاء وصياغة مشروعات القوانين واللوائح المنصوص عليها بالمادة (١٧٠)، ويكون المشرع الدستوري، بإيراده حكم المادة (١٧١) قد اشترى دينارين بدرهم.

. وتحقق دعوى الإلغاء، التي حرص الدستور الكويتي على النص عليها صراحة، ما لا تحققه دعوى التعويض. أساس ذلك أنه ولئن كان في التعويض شفاء لأنفس المضرورين، فإن إلحاح العدالة ونداء المصلحة العامة لا شك يبقيان متأذيين مادامت المخالفة قائمة، الأمر الذي قد ينعكس اضطراباً في النفوس وإخلالاً بالطمأنينة، سواء قَبِل من أُضير أو غيره ممن يلحظ الضر الذي لا دفع له قائماً.

ومن ناحية أخرى، فإن شعور رجل الإدارة بأن عمله يمكن أن يكون محل تدقيق قضائي، يصل إلى حد رقابة النية، باستلزام أن تكون نية مصدر القرار مبرأة من الانحراف بالسلطة، فكل ذلك أمور تجعل رجل الإدارة أكثر حرصاً على مراعاة جادة حكم القانون .

٤ . ولا يظن ظان بأن رقابة المشروعية، ووسيلتها الناجعة دعوى الإلغاء، مؤداها أن يحل القاضي محل الإدارة أو أن يكون في رقابته القضائية ما يخل بسير المرفق أو الخدمة العامة. ذلك أن القاضي الإداري، المتخصص، يمارس ولايته القضائية عن بصيرة صادقة بأساس هذه الولاية وأسباب قيامها ؛ بأن يكون في عمله مراعياً ضمان الحقوق والحريات، في مفهومها الأعم ونطاقها الأشمل الذي ألمحنا إليه فيما سبق، مع عدم الإخلال بالصالح العام الذي يقتضي تقدير احتياجات الإدارة في إطار الالتزام بأحكام القانون، سواء كانت تلك المقررة للأحوال العادية أو الأخرى التي تواجه ظروفاً استثنائية. وعن كل هذا فقد تضمنت المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥، بشأن مجلس الدولة (الذي أُلغي بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩، الذي حل محله القانون الحالي المعمول به القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢) ما يلي « لذلك يتميز القضاء الإداري بأنه ليس مجرد قضاء تطبيقي كالقضاء المدني، بل هو في الأغلب قضاء إنشائي يبتدع الحلول المناسبة للروابط القانونية التي تنشأ بين الإدارة في تسييرها للمرافق العامة وبين الأفراد، وهي روابط تختلف بطبيعتها عن روابط القانون الخاص، ومن ثم ابتدع القضاء الإداري نظرياته التي استقل بها في هذا الشأن، وذلك كله يقتضي من القائمين بأمر القضاء الإداري مجهوداً شاقاً في البحث والتمحيص ونظراً ثاقباً بصيراً باحتياجات المرافق العامة للمواءمة بين حسن سيرها وبين المصالح الفردية الخاصة».

٥ . وإنه ولئن كانت المواثيق الدستورية أو غيرها تتضمن إقراراً وتأكيداً على أن مبدأ سيادة القانون، وخضوع الدولة للقانون، فإن ذلك لا يكفي في ذاته وبذاته، لأن يكون ذلك متحققاً بحذافيره في الواقع. وقضاء القاضي، ومنه القاضي الإداري، هو الذي يشيع الشعور، الذي لا يخطئه المواطن، بأن القانون هو السيد وبأن القاضي هو الملاذ الحق. فإذا شاع هذا الشعور لدى المواطن سادت الطمأنينة واستراحت النفوس. فمن تسول له نفسه بالتطاول على القانون سيحجم عن فعله، ومن التزم جادة القانون أحس بالأمان والاطمئنان وفي كل ذلك ضمان لاستتباب الأمن في المجتمع.

٦ . وتحقيق مفهوم سيادة القانون، وإحساس المواطن به، أمر تتطلبه المحافظة على النظام السياسي في المجتمعات الديمقراطية، إذ أن القضاء على أسباب التوتر الاجتماعي، من شأنه أن يساند استقرار النظام السياسي.

وقد ذهب رأي إلى أن المنازعة الإدارية، في ذاتها، تعد شكلاً من أشكال المشاركة في العمل العام، بإلغاء ما قد يكون خاطئاً من قرارات، أو بالمحافظة على الحقوق والحريات العامة، التي قد يكون منها بيان وجه الحق في شأن ممارسة حقوق الانتخاب أو الترشيح أو تكوين جمعيات، وما إلى ذلك.

كما يربط البعض بين الاهتمام الدولي المتزايد، بأمر سيادة القانون وضرورة قيام النظم السياسية الوطنية على أسس من الديمقراطية والإدارة الرشيدة، وبين متطلبات العدالة واقتصاديات السوق. على أنه وأياً ما يكون من صحة هذا الرأي الأخير، فإنه لا يجوز أن يقوم تكئة، أياً ما يكون الرأي بشأن تقدير مفاهيم العولمة، تأييداً لها أو اعتراضاً عليها، لعدم الأخذ بمفهوم سيادة القانون والخضوع لدواعي الإدارة الرشيدة ومتطلباتها، فكل ذلك مما يستدعيه صالح المجتمع ويتلاقى مع متطلبات استقرار النظام السياسي.

آثار حكم الإلغاء

المستشار/ عليوه فتح الباب

نائب رئيس مجلس الدولة المصري

تمهيد وتقسيم:

يترتب على الحكم بإلغاء القرار إنهاء القرار بأثر رجعي من تاريخ صدوره. ويحكم آثار حكم الإلغاء قاعدة مقتضاها أن يعود للطاعن – بقدر الإمكان – مركزه القانوني قبل صدور القرار الملغى على اعتبار أنه لم يصدر أصلاً، فحكم الإلغاء ينشئ على عاتق جهة الإدارة التزامات سلبية وأخرى إيجابية، وتتعلق الأولى بالمستقبل، حيث يمتنع على جهة الإدارة إصدار قرارات تستند إلى القرار الملغى أو تستمد منه، وترتبط الثانية بالماضي فتلتزم جهة الإدارة باتخاذ الإجراءات الكفيلة بإعادة الحال إلى ما كانت عليه لو لم يصدر القرار الملغى[1].

ويثور التساؤل عن دور جهة الإدارة في تحقيق آثار الإلغاء، وعن الآثار التي قد تبقى للقرار الملغى، ولا مناص من الاعتداد بها والآثار التي تزول بصدور الحكم، وهو ما يمكن أن يطلق عليه حدود الرجعية في تنفيذ قرارات السحب وأحكام الإلغاء.

وسنقسم البحث في هذين التساؤلين إلى مطلبين:

أولهما: سنتناول فيه بحث دور جهة الإدارة في تحقيق آثار الإلغاء.

ونعرض في ثانيهما لآثار حكم الإلغاء.

المطلب الأول: دور جهة الإدارة في تحقيق آثار الإلغاء

لقد أثير هذا التساؤل بمناسبة الحكم الصادر بإلغاء قرار ترقية ما، وهل يتحقق هذا الأثر بمجرد صدور الحكم، ومن ثم يكتسب الصادر لصالحه أثر الحكم المركز القانوني من الحكم، أم أنه يلزم صدور قرار من الجهة الإدارية ينشأ بموجبه هذا المركز على ما قضت به المحكمة.

وقد اختلفت الأحكام والفتاوى، وتعارضت الآراء حول هذه المسألة، وسنعرض لموقف قضاء وإفتاء مجلس الدولة المصري، ثم لموقف الفقه في شأنها.

---

(١) تقف مهمة القاضي الإداري عند حد إلغاء القرار الإداري غير المشروع، أما تنفيذ مقتضى هذا الإلغاء فإنه مما تختص به الجهة الإدارية بالقرار الذي يصدر منها مراعية فيه التنفيذ الكامل للحكم الصادر في هذا الشأن.

يراجع: حكم المحكمة الإدارية العليا بمجلس الدولة المصري، في الطعن رقم (٢٨٩) لسنة ١٦ ق، جلسة ٢٤/ ٢/ ١٩٧٤.

● مجموعة مبادئ الخمسة عشر عاماً، الجزء لثالث، ص ٢٠٧٥، المبدأ رقم: (٧١).

بيد أن ذلك لا يخل بسلطة القاضي الإداري في التدخل لتنفيذ حكمه، من خلال الوسائل المقررة قانوناً متى طرق أصحاب الشأن بابه من خلال التقدم بالإشكالات سواء من المدعى عليهم لوقف تنفيذ الحكم أو من المدعي عن طريق ما يسمى بالإشكال المعكوس والذي يلجأ إليه المدعي للاستمرار في تنفيذ الحكم، وليقطع السبيل أمام جهة الإدارة لتقديم إشكال أول أمام جهة قضاء غير مختصة لتتخذ منه سبيلاً لتعطيل تنفيذ الحكم، حيث يحكم القاضي بالاستمرار في التنفيذ.

ومن الجدير بالذكر، أن المشرع الكويتي قد أصدر المرسوم بقانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٨١، بإنشاء دائرة بالمحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية، المنشور في جريدة الكويت اليوم، الجريدة الرسمية لحكومة الكويت، السنة ٢٤، ص٥، والذي قضى في مادته الأولى المستبدلة بالقانون رقم (٦١) لسنة ١٩٨٢، المنشور في جريدة الكويت اليوم، العدد ١٤٤٩، السنة ٢٩، ص١ بأن تنشأ بالمحكمة الكلية دائرة إدارية تشكل من ثلاثة قضاة وتشتمل على غرفة أو أكثر، وتختص دون غيرها بالمسائل المنصوص عليها في هذه المادة، وتكون لها فيها ولاية قضاء الإلغاء والتعويض.

أولاً - موقف قضاء وإفتاء مجلس الدولة المصري:

يمكن التمييز في هذا الشأن بين ثلاثة اتجاهات هي:

الاتجاه الأول:

وقد ذهبت إليه محكمة القضاء الإداري بالقاهرة في حكمها الذي انتهت فيه إلى أن:

«الحكم الذي يصدر بإلغاء قرار ترقية فيما تضمنه من تخطي المحكوم لصالحه في الترقية، لا يلغي القرار إلغاء كاملاً، وإنما يلغيه بالنسبة للمحكوم لصالحه في الترقية، أي يعتبر رقي بهذا الحكم بحسب أقدميته»[١].

الاتجاه الثاني:

وقد تبنته المحكمة الإدارية العليا بمجلس الدولة المصري، وألغت فيه حكم محكمة القضاء الإداري السالف البيان.

وذهبت المحكمة في هذا الشأن إلى أنه:

«ليس من أثر حكم إلغاء قرار الترقية، أن يعتبر من صدر الحكم لصالحه مرقى بذات الحكم، وإلا كان ذلك بمثابة حلول المحكمة محل الإدارة، فيما هو من اختصاصها، بل لا بد من صدور قرار إداري جديد ينشىء المراكز القانونية في هذا الشأن، على مقتضى ما حكمت به المحكمة»[٢].

ثم أكدت المحكمة اعتناقها لهذا الاتجاه فيما قضت به بجلستها المعقودة في ٢٢ من يناير سنة ١٩٩٤ من أن:

«مدى الإلغاء وأثره يتحدد بما بينته المحكمة في أسباب الحكم، وهو ما لا يستتبع القول على ما جرى به قضاء هذه المحكمة اعتبار المدعي مرقى بالحكم ذاته، وإنما بالقرار الذي يصدر من الإدارة تنفيذاً له، فهو الذي ينشىء المراكز القانونية في هذا الشأن على مقتضى ما حكمت به المحكمة، ويجري إعادة ترتيب الأوضاع كأثر للإلغاء إلى وضعها القانوني الصحيح»[٣] .

الاتجاه الثالث:

وقد اعتنقت هذا الاتجاه الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري، وأخذت فيه باتجاه وسط بين ما تبنته محكمة القضاء الإداري بالقاهرة وما انتهت إليه المحكمة الإدارية العليا.

فقد ذهبت إلى أن:

«حكم الإلغاء يحقق بذاته إعدام الأثر القانوني المباشر للقرار منذ تقريره دون أن يتوقف ذلك على تدخل جهة الإدارة، بيد أنه جرى الأمر على أن تصدر تلك الجهة قراراً كإجراء تنفيذي مادي بحت لإزالة القرار الملغى تنفيذاً للحكم وقياماً بواجبها الذي تفرضه عليها الصيغة التنفيذية التي تذيل بها الأحكام القضائية، وهذا القرار لا يعدو أن يكون تأكيداً للأثر القانوني الذي تحقق سلفاً بمقتضى حكم

---

(١) يراجع: الحكم الصادر بجلسة ٢٩/ ٤/ ١٩٥٦، السنة ١٠، ص٣١٣.
(٢) يراجع: الحكم الصادر بجلسة ١٦/ ٣/ ١٩٥٧، السنة ٢، ص٦٩٥.
(٣) الطعن رقم: (٣٠٥) لسنة ٣٢ القضائية.

الإلغاء، ولا يضيف جديداً في هذا المجال، فهو محض تأكيد لما تضمنه الحكم باعتبار أن المحكوم له، إنما يستمد حقه مباشرة من ذات الحكم الحائز لقوة الشيء المحكوم فيه لا من القرار الصادر تنفيذاً له، والتي لا تملك الجهة الإدارية سلطة تقديرية في صدوره، وإنما تلتزم فيه منطوق الحكم فلا تجاوزه».

ثم أوضحت الجمعية العمومية فائدة هذا القرار التنفيذي بقولها: «وفائدته (القرار التنفيذي) إنما تقتصر على نقل مضمون حكم الإلغاء من نطاق القضاء إلى المجال الإداري؛ ليتسنى العلم به لكل من يقوم على تنفيذ الحكم وأصحاب الشأن ممن يعنيهم القرار الملغى ولا مناص - والأمر كذلك - من القول بأن الأحكام الصادرة بالإلغاء في الحالة المعروضة تعتبر نافذة بمجرد صدورها، وأنها فيما قضت به من انعدام القرار المطعون فيه باعتباره مشوباً بغصب السلطة ومن انحداره إلى مجرد الفعل المادي المعدوم الأثر تكون أزالت عقبة مادية عن سبيل استعمال ذوي الشأن لمراكزهم القانونية السابقة على صدور القرار الملغى وتفيد نهي وزير الخارجية عن المساس بأي من المراكز القانونية للمحكوم لهم حسبما كان الأمر قبل صدور القرار الملغى»[١]

ثانياً - موقف الفقه في شأن هذه المسألة:

١ - ذهب الدكتور عبدالمنعم جيرة إلى أنه يمكن تشبيه القرار الذي تصدره الإدارة بحسب القرار الملغى قضاء بالقرارات المؤكدة التي تصدرها الإدارة لتؤكد فيها أثراً قانونياً لقرار سابق، لمجرد إظهار نيتها في التمسك به، أو لتنبيه المواطنين إلى واجباتهم التي نص عليها القرار الأول، فالقرار المؤكد لا يضيف أي أثر قانوني جديد إلى ما تضمنه القرار الأول، وبذلك لا يعتبر في الحقيقة قراراً إدارياً[٢]

٢ - وذهب رأي آخر في الفقه إلى أن القرارات التي تصدرها الإدارة تنفيذاً لحكم الإلغاء لترتيب الآثار البناءة لهذا الحكم، هي قرارات إدارية بالمعنى الصحيح، وليست مجرد أعمال مادية، وحيث لا يترتب أثر الإلغاء بذات الحكم بل يحتاج إلى تدخل الإدارة، فليس من شك في أن تدخلها عندئذ بالإفصاح عن إرادتها الملزمة يكون قرارات إدارية حقيقية، ولايقدم في ذلك أنها تصدر جبراً نفاذاً لحكم الإلغاء، إذ لم يقل أحد أن من شروط القرار أن لا يصدر عن سلطة مقيدة[٣]

٣ - ونحن من جانبنا نؤيد الاتجاه الأول، ونرى صحته، تأسيساً على أن الإدارة تمثل ركناً من أركان القرار الإداري وتلعب دوراً أساسياً في تمييزه عن غيره، ويترتب على تخلفها فقد القرار لصفة القرار الإداري، الأمر الذي يغدو معه القرار الصادر من جهة الإدارة بتنفيذ حكم الإلغاء أقرب إلى أن يكون محض إجراء تنفيذي[٤]. وبما يترتب على ذلك من آثار، غير أنه تجدر الإشارة في هذا الشأن إلى أن الإجراء الذي يصدق عليه هذا الوصف هو الإجراء الذي يصدر تنفيذاً للحكم، وأما الإجراء الذي تتخذه جهة الإدارة تحت ستار تنفيذ الحكم ولكن لا يكون تنفيذاً له فإنه يصدق عليه وصف القرار الإداري متى توافرت بقية الأركان والشروط الأخرى.

---

(١) الملف رقم ٨٦/ ٢/ ٢٤٠، جلسة ٣/ ١١/ ١٩٩٣.

(٢) الدكتور عبدالمنعم جيرة، «آثار حكم الإلغاء في القانونين المصري والفرنسي»، رسالة دكتوراه، ص٣٤٩.

(٣) الأستاذ إبراهيم فهمي شحاتة: «الآثار الإيجابية للأحكام الصادرة بإلغاء قرارات الترقية ودور الإدارة في تحقيقها»، بحث منشور.
● مجلة مجلس الدولة، السنوات ٨، ٩، ١٠، ص٢٧٤

(٤) ينظر في تفصيلات ذلك: مؤلفنا: الوسيط في القرار الإداري، الكتاب الثاني، (القرارات الإدارية)، تحت الطبع.

المطلب الثاني: آثار الإلغاء

تقسيم:

إذا كان للإلغاء – بوجه عام – آثار، فقد حظي البحث في آثار إلغاء قرارات التعيين والترقية وإنهاء الخدمة بأهمية خاصة، وأصدر قضاء مجلس الدولة المصري وإفتاؤه عدداً من الفتاوى والأحكام في هذا الشأن من اللازم عرضها والوقوف عليها.

ويمثل إلغاء هذه القرارات الثلاثة بالذات المجال الخصب الذي يؤدي إلى التساؤلات العديدة المتعلقة بآثار حكم الإلغاء والرجعية فيه.

ويختلف الوضع في دراسة هذه الآثار فيما بين المحكوم بإلغاء قرار تعيينه أو ترقيته أو إنهاء خدمته، والمحكوم لصالحه.

وبناء على ذلك، فإننا سنقسم البحث في هذا المطلب إلى ثلاثة فروع:

الأول: نتعرف فيه آثار الإلغاء بوجه عام.

وفي الثاني: نتناول بالبحث آثار السحب والإلغاء بالنسبة للمحكوم بإلغاء قرار تعيينه أو ترقيته.

ونعرض في الفرع الثالث لهذه الآثار بالنسبة للمحكوم لصالحه بإلغاء القرارات الثلاثة الآنفة البيان.

الفرع الأول: آثار حكم الإلغاء بوجه عام

أولاً الإلغاء النسبي:

أوضحت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري أنه:

«قد يكون إلغاء القرار إلغاء كاملاً فيستتبع الإلغاء إهدار القرار بكافة ما يترتب عليه من آثار، واعتباره كأن لم يكن في الماضي وفي المستقبل، وقد يكون الإلغاء جزئياً يقتصر على شطر منه أو أثر من آثاره، كما هو الشأن في الحكم بإلغاء قرار الترقية فيما تضمنه من تخطي المدعي، وفي هذه الحالة يتعين على الجهة الإدارية أن تعيد بحث حالة كل من مسهم الحكم وتصدر القرارات اللازمة لإعادة الحال إلى ما كانت عليه إقراراً للوضع السليم الذي أخل به القرار الملغى».

ثم أضافت الجمعية العمومية:

«ولا يكون قيام جهة الإدارة بالإجراءات المتقدمة في حالة الحكم بإلغاء القرار الإداري فحسب، بل إنها ملزمة باتباعها أيضاً في الحالات التي تستجيب فيها إلى تظلمات ذوي الشأن وذلك حين يتكشف لها احتمال الحكم بإلغاء القرار الذي يتظلمون منه فيما يتضمنه من مساس بمراكزهم الذاتية».

«وغني عن البيان أن ترقية الموظفين المستحقين للترقية إلى الدرجتين الخامسة والسادسة على النحو السابق إيضاحه تستند في تاريخها إلى تاريخ الحركة المطعون فيه».

وبناء عليه، انتهى رأي الجمعية إلى النتيجتين الآتيتين:

١ - «إجراء المفاضلة بين المرقين بالقرار رقم (٢٩٦) لسنة ١٩٥٥، وبين من ألغى هذا القرار فيما تضمنه من تخطيهم سواء بسبب صدور أحكام من القضاء الإداري لصالحهم أو بسبب استجابة الوزارة لتظلماتهم، ثم يرقى أكثرهم كفاءة حسب المعايير السابق بيانها وفي حدود عدد الدرجات الخالية في تاريخ حركة الترقيات مع إعادة النظر في ضوء هذه الترقية، وفي القرارات التي صدرت مستندة إلى القرار المطعون فيه أو إلى القرارات الصادرة تنفيذاً لأحكام أو تظلمات الطاعنين».

٢ - «أن ترقية المستحقين للترقية تستند إلى تاريخ الحركة المطعون فيها»[١].

كما أفتت الجمعية العمومية في هذا الصدد أيضاً بأنه:

«ومن حيث إن الذي يجوز الحجية من الحكم هو منطوقه وكذلك الأسباب الجوهرية المكملة، وكان الثابت من أسباب الحكم المعروض أن القرار المطعون فيه قد تضمن شقين أحدهما نقل المدعي من مصلحة الضرائب والآخر ترقيته إلى درجة وكيل أول وزارة، وأن المحكمة قد قضت في منطوقه المرتبط بأسبابه ارتباط وحدة وثيقة بإلغاء القرار الطعين إلغاء جزئياً في شقه الأول فحسب، وهو المتضمن نقل المدعي عن مصلحة الضرائب، ومن ثم يقتصر أثر الإلغاء على هذا الشق وحده».

وأضافت: «وغني عن البيان، أن مدى الإلغاء يتحدد بمطلب المدعي وما تنتهي إليه المحكمة في قضائها، ذلك أن من المسلمات أن الحكم بإلغاء القرار قد يكون شاملاً لجميع أجزائه، وقد يكون جزئياً منصباً على خصوص أمر معين بذاته كما هو الحال في هذا الحكم»[٢].

ثانياً - الإلغاء المجرد:

١ - أثر الإلغاء المجرد بوجه عام:

إن قضاء المحكمة الإدارية العليا بمجلس الدولة المصري قد جرى على أنه:

«من شأن الحكم بالإلغاء المجرد زعزعة جميع المراكز القانونية غير السليمة التي ترتبت على صدور القرار الذي وقعت فيه المخالفة القانونية والمقضي بإلغائه إلغاء مجرداً، ذلك حتى ينال كل موظف نتيجة لإعادة تنظيم هذه المراكز على مقتضى الحكم - ما كان يستحق بصورة عادية لو لم ترتكب هذه المخالفة إذ يلغى الحكم بالإلغاء المجرد القرار إلغاءً كلياً».

وأضافت المحكمة أنه:

«متى كان ذلك فإن الأثر المترتب على إلغاء القرار رقم (٤٩٦) لسنة ١٩٧٦ - المتضمن ترقية ستة من المهندسين منهم إثنان رقيا على وظائف مخصصة للقانونيين فيما تضمنه من الترقية على هاتين الدرجتين - إلغاء مجرداً عودة الحال إلى ما كانت عليه قبل صدور القرار المذكور، حيث تستعيد الجهة الإدارية سلطتها في إصدار قرار جديد بترقية ذات العدد الذي صدر بشأنه القرار الملغى باعتبار أن إفصاحها عن إرادتها في الترقية يتحدد على هذا النحو، وذلك باستبعاد الخطأ الذي وقعت فيه جهة الإدارة وكان سبباً في الحكم

(١) الفتوى رقم (٢٠٧٠) بتاريخ ١٩٦٣/١١/١٧.
● مجموعة أبو شادي، المبدأ رقم: (١٣٢٤)، ص٢١٧١.
(٢) الملف رقم ٨٦/ ٣/ ٦٠٧، جلسة ٣/ ١١/ ١٩٨٢.
● مجموعة مبادىء السنتين، ٣٧، ٣٨، المبدأ رقم: (٢)، ص٤٧.

بإلغاء القرار إلغاء مجرداً، ومع مراعاة الشروط القانونية للترقية فيمن يدخلون في نطاق هذا التنفيذ في تاريخ القرار الملغى، وترتيب الآثار التالية بالنسبة لقرارات الترقية التالية مما يتأثر حتماً وبالضرورة بالقرار المقضي بإلغائه، وذلك - بغض النظر عما إذا كان من يشملهم هذا التنفيذ قد أقاموا دعاوى من عدمه طالما أن القرار المطعون عليه قد ألغي إلغاء مجرداً».

وعليه، خلصت المحكمة إلى أن: «مقتضى هذا التنفيذ ولازمه أن تصدر الجهة الإدارية قراراً بترقية اثنين من القانونيين للوظيفة المرقى إليها في تاريخ القرار رقم (٤٩٦) لسنة ١٩٧٦، أي في ٣/ ١١/ ١٩٧٦ - في خصوصية الحالة محل الطعن، مع مراعاة الشروط القانونية للترقية في هذا التاريخ».

وإذ توافرت في المطعون ضده شروط الترقية بالاختيار للترقية لوظيفة مدير عام الشئون القانونية بمنطقة كهرباء القاهرة في تاريخ القرار رقم (٤٩٦) لسنة ١٩٧٦، وهو ما لم تجحده الجهة الإدارية، ولم يوجد ثمة مانع قانوني يحول دون ترقيته في تاريخ القرار المشار إليه سوى ما كشفت المحكمة عنه وأبطلته، وهو أن القرار المذكور تضمن ترقية اثنين من المهندسين على وظيفتين مقررتين للقانونيين. فإنه إعمالاً لمقتضى تنفيذ حكم المحكمة الإدارية العليا بإلغاء القرار رقم (٤٩٦) لسنة ١٩٧٦ إلغاء مجرداً».

فقد انتهت المحكمة إلى أنه: «كان يتعين ترقيته في تاريخ القرار رقم (٤٩٦) لسنة ١٩٧٦، (١٩٧٦/١١/٣) مع غيره من القانونيين؛ لتشغل بذلك الجهة الإدارية الدرجتين المخصصتين للقانونيين والتي أفصحت عن الترقية إليها في هذا التاريخ.

وحيث قامت الجهة الإدارية بتعديل أقدمية زميله ... . في درجة مدير عام الشئون القانونية إلى ١٩٧٦/١١/٣، تنفيذاً لحكم الإلغاء المجرد القرار رقم (٤٩٦) لسنة ١٩٧٦، فإنه كان يتعين عليها ذلك أيضاً بالنسبة للمطعون عليه».

ونظراً لأن الجهة الإدارية أصدرت قرارها رقم ٨٣ لسنة ١٩٨٦، بتحديد أقدمية المطعون عليه بوظيفة مدير عام الشئون القانونية بمنطقة كهرباء القاهرة من درجة مدير عام اعتباراً من ١٩٧٨/١٠/٢، فقد رأت المحكمة الإدارية العليا أنها بذلك «تكون قد خالفت صحيح حكم القانون، وخالفت مقتضى حكم المحكمة الإدارية العليا في هذا الشأن بإعتباره عنوان الحقيقة وتنفيذه حتمي وواجب على جهة الإدارة. ولا يجوز لها أن تعطله أو تمتنع عن تنفيذه بطريق مباشر أو غير مباشر، وإذ قضى الحكم المطعون عليه بإلغاء القرار رقم ٨٢ لسنة ١٩٨٦، فيما تضمنه من تحديد أقدمية المطعون عليه من ١٩٧٨/١٠/٢ وأحقيته في إرجاع أقدميته في وظيفة مدير عام الشئون القانونية من درجة عام إلى ١٩٧٦/١١/٣ تاريخ القرار - الملغى رقم ١٩٧٦/٤٩٦، فإنه يكون قد أصاب وجه الحق، والطعن عليه لا محل له ويتعين رفضه»[١].

نخلص من ذلك إلى أنه متى صدر حكم بإلغاء قرار ترقية بعض العاملين إلغاء مجرداً، كان من الواجب على جهة الإدارة عند تنفيذ هذا الحكم أن تزيل القرار المذكور وجميع ما يترتب عليه من آثار بأثر رجعي من تاريخ الحكم بإلغائه.

وعلى الإدارة أن تعيد النظر في المراكز القانونية للعاملين الذين ألغيت ترقيتهم مراعية وضع كل عامل في المركز القانوني الذي يستحقه على الوجه القانوني الصحيح.

وتكون إعادة الترقية الملغاة بالنسبة لمن يستحقها بأثر رجعي يرتد إلى الفترة ما بين تاريخ صدور القرار الملغى وتاريخ الحكم بإلغائه، إذ ليس للإدارة بعد أن أفصحت عن نيتها في إجراء الترقية في وقت معين أن تعود بعد إلغائها وتتمسك بما لها من ولاية اختيارية في هذا الصدد[٢].

---

(١) الطعن رقم: (٨٨٣) لسنة ٣٥ ق، جلسة ١٩٩١/١٢/٢١.
- مجموعة الأحكام السنة (٣٧)، العدد الأول، المبدأ رقم: (٤٤)، ص٤٦٤.

(٢) فتوى الجمعية العمومية، الملف رقم (٧٢٩/٣/٨٦)، جلسة ١٩٨٨/١٢/٢.
- الموسوعة الإدارية الحديثة، للأستاذين نعيم عطية وحسن الفكهاني، الجزء ٣٠، القاعدة رقم (٣١٢)، ص٩٢٤ وما بعدها.

٢ - أثر إلغاء القرار إلغاءً مجرداً على الدعوى المقامة بطلب إلغائه:

من المستقر عليه أنه ينبغي في دعوى الإلغاء - باعتبار الخصومة فيها عينية ومناطها اختصام القرار الإداري ذاته بهدف رقابة مشروعيته - أن توجه الخصومة فيها - بداءة - إلى قرار إداري موجود وقت رفع الدعوى، وأن يظل هذا القرار - محل الخصومة - موجوداً ومنتجاً لآثاره حتى الفصل فيها.

ويترتب على ذلك نتيجتان غاية في الأهمية:

الأولى: إذا لم يكن للقرار محل الطعن وجود عند رفع الدعوى، سواء بسبب عدم صدوره من الأصل، أم سحبه[١] أم إلغائه إلغاء مجرداً[٢]، قبل رفع الدعوى، فإن الدعوى تكون غير مقبولة ويقضى بعدم قبولها ويلزم رافعها بالمصروفات.

الثانية: «إذا زال القرار بسحبه بعد رفع الدعوى وكان في سحبه استجابة لطلبات رافع الدعوى، قضى بانتهاء الخصومة وألزمت المحكمة الجهة الإدارية المصروفات. ذلك أن الخصومة تصبح - متى استجاب الخصم لطلبات خصمه - غير ذات موضوع ويتعين على المحكمة أن تقضي بانتهاء الخصومة، إذ ليس لها أن تتعرض لموضوعها أو تتصدى له رغم انتهاء الخصومة، شريطة أن تكون استجابة الخصم لطلبات خصمه كاملة بما ينهي النزاع نهائياً، وإلا ظلت الخصومة كاملة وكان على المحكمة أن تستمر في التصدي لها»[٣].

٣ - أثر الحكم بإلغاء الترقية إلغاء مجرداً على قرارات الترقية اللاحقة:

الحكم بإلغاء قرار الترقية إلغاء مجرداً لا يعدم بذاته قرارات الترقية اللاحقة التي صدرت بناء على القرار الملغى ما دامت لا تعد أثراً من آثاره[٤].

٤ - أثر الحكم بإلغاء القرار لعيب في الاختصاص أو الشكل على سلطة جهة الإدارة في إصدار قرار جديد بذات مضمون القرار الملغى.

لا يتأبى وحجية الحكم، أن تعيد جهة الإدارة إصدار القرار بذات المضمون بناء على ذات السبب، إذا كان الإلغاء لأسباب تتعلق بعنصر الشكل أو عنصر الاختصاص، فتستصدر قراراً بذات المضمون من السلطة المنوط بها إصدار القرار، وتراعى الإجراءات الشكلية المقررة قانوناً.

---

(١) يراجع: حكم المحكمة الإدارية العليا بمجلس الدولة المصري بجلسة ٢٠٠٢/٦/٨ في الطعن رقم (٣٦٣٢) لسنة ٣٩ق، حيث أوضحت أن القرار الإداري هو موضوع الخصومة، ومحلها في دعوى الإلغاء، ومن ثم يتعين أن يكون قائماً منتجاً لآثاره عند إقامة الدعوى، وإلا كانت الدعوى غير مقبولة، باعتبار أنها لم تنصب على قرار إداري ولم تصادف بذلك محلاً.

(٢) يراجع: حكم المحكمة الإدارية العليا بمجلس الدولة المصري في الطعن رقم (٥٩٤٢) لسنة ٤٢ق بجلسة ٢٠٠١/١١/٤، حيث بررت ذلك بأنه: «بالحكم بإلغاء القرار الإداري إلغاء مجرداً يصبح هذا القرار معدوماً قانونياً هو وما يترتب عليه من آثار، أي يعتبر كأن لم يكن وتمحى آثاره من وقت صدوره ولا يحتج به في مواجهة أحد.

(٣) يراجع: حكم المحكمة الإدارية العليا بمجلس الدولة المصري في الطعن رقم (٨٨٣٠) لسنة ٤٥ق، جلسة ٢٠٠٢/٥/١٢.

(٤) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري، الملف رقم (٢٦٢/٢/٨٦)، جلسة ١٩٩٧/٢/٢٦.

وفي عكس ذلك قول المحكمة الإدارية العليا عن الإلغاء المجرد: «ومن أثره تصحيح الأوضاع بالنسبة للترقية للدرجة التي يتعلق بها القرار الملغي والأقدمية فيها، وبالنسبة إلى القرارات التالية مما يتأثر حتماً بإلغائه ما دامت الترقيات فيها جميعاً مناطها الدور في ترتيب الأقدمية إذ إن كل قرار بها ما كان ليوجد لو لم يكن القرار الملغى قائماً».

الطعن رقم: (٨٨٣) لسنة ٣٥ق، جلسة ١٩٩١/١٢/٢١، سبقت الإشارة إليه.

وقد عبرت المحكمة الإدارية العليا بمجلس الدولة المصري عن هذا المعنى في حديث قضائها بقولها:

«إن إلغاء قرار مجلس التأديب المطعون فيه لابتنائه على تحقيق معيب، لا يحول دون جهة الإدارة واتخاذ ما تراه في شأن متابعة المسئولية التأديبية للطاعن فيما نسب إليه من اتهام. لأن حجية الحكم في هذه الحالة لا تنصرف إلى أن الموظف برىء مما نسب إليه، كما أنه لا يحول دون إعادة محاكمته الاعتبار المستمد من القاعدة التي تقضي بعدم عقاب المخطئ عن ذنب واحد مرتين؛ لأن إعمال هذه القاعدة يفترض أن العقوبة الموقعة من قبل السلطة المختصة قائمة ومنتجة لآثارها»[1].

الفرع الثاني: آثار حكم الإلغاء بالنسبة للمحكوم بإلغاء قرار تعيينه أو ترقيته

قد يعين شخص في وظيفة ما أو يرقى إليها، ثم يتضح بعد ذلك عدم مشروعية قرار تعيينه أو ترقيته، فتقوم جهة الإدارة بسحبه خلال المدة المقررة قانوناً، والتي قد تمتد لسنوات متى كان القرار معدوماً، أو يجري الطعن على هذا القرار من صاحب المصلحة، ويستمر نظر الطعن لمدة قد تطول، ثم يصدر الحكم بإلغاء هذا القرار إلغاء مجرداً، أو بإلغاء القرار فيما تضمنه من تخطي الطاعن في التعيين أو الترقية، ولا تجد جهة الإدارة بداً - نفاذاً للحكم في حالة عدم وجود درجات أو وظائف كي يعين فيها المحكوم لصالحه - من تعيين الطاعن أو ترقيته في الوظيفة التي كان يشغلها المطعون في تعيينه أو ترقيته بأثر رجعي، فتقوم بسحب قرار تعيين أو ترقية المطعون في تعيينه أو ترقيته بأثر رجعي، ليتسنى لها تعيين أو ترقية الطاعن.

وفي كل هذه الأحوال يكون الشخص المسحوب أو المحكوم بإلغاء قرار تعيينه أو ترقيته قد مارس أعباء هذه الوظيفة وجنى مزاياها وحقوقها حيناً من الدهر إبان الفترة ما بين صدور القرار وحتى سحبه أو الحكم بإلغائه.

وربما يكون قد أصدر بعض القرارات، فيثور التساؤل عن الحكم بالنسبة لهذه القرارات؟ وعن مدى جواز الاعتداد بمدة خدمته إبان شغله لهذه الوظيفة كمدة خبرة؟ ومدى جواز استرداد ما صرف من مبالغ عن شغله لهذه الوظيفة؟ وسوف نتناول بالبحث كل تساؤل من هذه التساؤلات على النحو الآتي:

أولاً: الحكم بالنسبة للقرارات الصادرة عن المسحوب أو المحكوم بإلغاء قرار تعيينه أو ترقيته.

ثانياً: الحكم بالنسبة لمدة خدمة المسحوب أو المحكوم بإلغاء قرار تعيينه أو ترقيته.

ثالثاً: مدى جواز استرداد ما صرف من مبالغ للمسحوب أو المحكوم بإلغاء قرار تعيينه أو ترقيته.

أولاً - الحكم بالنسبة للقرارات الصادرة عن المسحوب أو المحكوم بإلغاء قرار تعيينه أو ترقيته

لقد سبق القول بأنه يترتب على سحب القرار أو إلغائه اعتباره كأن لم يكن.

ومؤدي ذلك - على وفق المنطق القانوني المجرد - أن سحب قرار التعيين أو الترقية يترتب عليه اعتبار كأن لم يكن، وأن يمتد هذا الأثر إلى الآثار المتولدة عن القرار بإعدامها جميعاً واعتبارها كأن لم تكن. ومن ذلك القرارات الصادرة من المسحوب قرار تعيينه أو قرار ترقيته.

(١) الطعن رقم (٣١١٨) لسنة ٤٩ق، جلسة ٢٠٠٥/٥/١٤. ومشار إلى ذلك في:
● مجلة هيئة قضايا الدولة، العدد الثالث، السنة التاسعة والأربعون، ص٢١٧.

غير أن هذا المنطق القانوني المجرد قد يصطدم باعتبارات واقعية ضرورية لا مناص من أخذها في الاعتبار، وهي ضرورة الحفاظ على استقرار المراكز القانونية، مما لا محيص معه من الاعتداد بمثل هذه القرارات، واعتبار العامل الصادر منه هذه القرارات موظفاً فعلياً والاعتداد بالقرارات الصادرة عنه ما دامت صدرت في حدود أحكام القواعد القانونية الأخرى.

وقد سبق للمحكمة الدستورية العليا المصرية أن خلصت في حكمها الصادر بجلستها المنعقدة في ١٩ من مايو سنة ١٩٩٠، في القضية رقم (٢٧) لسنة (٩) قضائية دستورية إلى أنه:

«لما كان ذلك، وكانت انتخابات مجلس الشعب قد أجريت بناء على نص تشريعي ثبت عدم دستوريته بالحكم الذي انتهت إليه المحكمة في الدعوى الماثلة، فإن مؤدى هذا الحكم ولازمه أن تكوين المجلس المذكور يكون باطلاً منذ انتخابه، إلا أن هذا البطلان لا يؤدي البتة إلى ما ذهب إليه المدعي من وقوع انهيار دستوري ولا يستتبع إسقاط ما أقره المجلس من قوانين وقرارات، وما اتخذه من إجراءات خلال الفترة السابقة وحتى تاريخ نشر هذا الحكم في الجريدة الرسمية، بل تظل القوانين والقرارات والإجراءات محمولة على أصلها من الصحة، ومن ثم تبقى صحيحة ونافذة، وذلك ما لم يتقرر إلغاؤها أو تعديلها من الجهة المختصة دستورياً أو يقضى بعدم دستورية نصوصها التشريعية – إن كان لذلك ثمة وجه آخر غير ما بني عليه هذا الحكم»[(١)].

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى هذين الأمرين المهمين:

الأمر الأول: إن القول بالاعتداد بالقرارات الصادرة ممن سحب أو ألغي قرار تعيينه أو ترقيته ليس مؤداه صحة هذه القرارات بصفة مطلقة، وإنما مؤداه عدم القول بإهدار هذه القرارات لمجرد صدورها ممن سحب أو ألغي قرار تعيينه أو ترقيته. ويترتب على ذلك القول – بلا مجادلة – بجواز الطعن فيها بسبب أوجه عدم المشروعية الأخرى.

الأمر الثاني: إنه يشترط للاعتداد بهذه القرارات أن يكون مصدرها والمستفيد منها حسني النية، وإلا فإنه يكون من الواجب إهدارها وعدم الاعتداد بها، طوعاً للأصل المقرر في القانون: أن الغش يفسد كل شيء وأنه لا يجوز للملوث أن يستفيد من تلوثه.

ثانياً - الحكم بالنسبة لمدة خدمة المسحوب أو المحكوم بإلغاء قرار تعيينه أو ترقيته:

إذا سحب أو حكم بإلغاء قرار التعيين أو الترقية، فإن التساؤل يثور عن الحكم بالنسبة للمدة التي قضاها العامل في وظيفته منذ تعيينه فيها أو ترقيته إليها، وحتى صدور قرار السحب، أو حكم الإلغاء ومدى اعتبارها مدة خبرة يمكن حسابها على وفق قواعد ضم مدد الخبرة متى توافرت فيها بقية الشروط الأخرى أو مدة خبرة بينية يمكن الاعتداد بها عند الترقية إلى الوظيفة الأعلى.

ورُبّ قائل بأن شغل مثل هذا العامل لوظيفته كان على خلاف صحيح حكم القانون، فمن ثم فإن هذا الشغل لا يثمر أثراً ولا يؤتي أكلاً فيما يتعلق بالاعتداد بمدة شغله لهذه الوظيفة، واعتبارها مدة خبرة بعد أن اتضح عدم قانونية شغله لهذه الوظيفة، وانتهى به الحال إلى سحب أو إلغاء قرار تعيينه أو ترقيته، وباعتبار أن شغل الوظائف الذي ينتج أثره هو الذي يجري على وفق صحيح حكم القانون وليس ذلك الذي يجري على خلافه.

غير أننا نرى الاعتداد بهذه المدة واعتبارها مدة خدمة فعلية تؤخذ في الاعتبار على وفق قواعد ضم مدد الخبرة متى توفرت فيها بقية الشروط الأخرى، إلا إذا كان السحب أو الإلغاء للانعدام بسبب الغش أو التدليس، وذلك بناء على الأسانيد الآتية:

---

(١) يراجع في ذلك:
الأحكام التي أصدرتها المحكمة من يناير سنة ١٩٨٧ حتى آخر يونيه ١٩٩٦، الجزء الرابع، القاعدة رقم (٣٣)، ص٢٥٦ وما بعدها.
وفي ذات المبدأ:
حكمها الصادر بجلسة ٧ من نوفمبر سنة ١٩٩١ في القضية رقم (١٥) لسنة ١٣ قضائية «دستورية».

١ – مناط الاعتداد بمدد الخدمة السابقة هو كسب الخبرة، وعماد كسب هذه الخبرة هو شغل الوظيفة وممارسة اختصاصاتها، وهذا أمر يحققه الشغل الفعلي للوظيفة، حتى ولو ظهر بعد ذلك عدم قانونية قرار شغل الوظيفة، الأمر الذي يستوجب الاعتداد بهذا الشغل فيما يتعلق بكسب الخبرة مناط الاعتداد بمدد الخدمة السابقة.

٢ – قياساً على ما استقر عليه إفتاء وقضاء مجلس الدولة من أحقية العامل الذي سحب أو ألغي قرار تعيينه أو ترقيته في أجر وظيفته التي شغلها إبان الفترة السابقة على السحب أو الإلغاء، يكون الأولى بالاتباع هو القول بجواز الاعتداد بمدة خدمته بهذه الوظيفة خلال هذه الفترة ما دام شغلها بصفة فعلية وأكسبته الخبرة المطلوبة، وذلك كله – بطبيعة الحال – متى توافرت بقية الشروط الأخرى وتوافر حسن النية، فإذا كان الأجر ثمرة للعمل، فالقاعدة أيضاً أن الخبرة ثمرة لشغل الوظيفة وممارسة مهامها.

٣ – أن هذا الذي نرجحه من شأنه الحد – إلى حد ما – من آثار إعدام القرار بأثر رجعي نتيجة سحبه أو إلغائه، وما يجلبه هذا الإعدام – في غير حالة الغش أو التدليس – من إضرار شديد بصاحب الشأن دونما إثم اقترفته يداه[١].

ثالثاً - مدى جواز استرداد ما صرف للعامل المسحوب أو المحكوم بإلغاء قرار تعيينه أو ترقيته:

سنعرض – إن شاء الله تعالى – في بحثنا هذه النقطة لرأي الفقه بشأن مدى جواز استرداد ما صرف للعامل بناء على قرار تم سحبه أو حُكِم بإلغائه لبطلانه أو لانعدامه، ثم نعرض لرأي الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري في هذه المسألة، وأخيراً لرأينا فيها.

١ – موقف الفقه:

يميز الفقه بين القرار الباطل والقرار المعدوم في شأن هذه المسألة على النحو الآتي:

أ – مدى جواز استرداد ما صرف للعامل بناء على قرار إداري حكم بإلغائه لبطلانه:

يرى الرأي الراجح في الفقه، أنه لا محل للاسترداد في هذه الحالة – متى قام الموظف الذي عين بأعباء الوظيفة التي أسندت إليه بهذا القرار، أو متى قام الموظف المرقى بأعباء الوظيفة المرقى إليها، وكانت تختلف في أعبائها وواجباتها عن وظيفته المرقى منها، لانتفاء الغش أو التدليس إذ الغش أو التدليس من شأنه أن يعدم القرار، ولا يقتصر على مجرد إبطاله.

وأساس ذلك أنه وإن كان يترتب على سحب القرار الإداري الباطل أو الحكم بإلغائه انتفاء سبب حصول الموظف على الآثار المالية المترتبة على هذا القرار، مما يعتبر معه أخذه لها وفاء بغير المستحق تبعاً لزوال سبب الوفاء وهو القرار الملغى أو المسحوب، مما يترتب عليه التزامه برد ما أخذه بغير حق، فإنه يقابل ذلك من ناحية أخرى أن العامل أدى واجبات الوظيفة التي عُين فيها أو شغلها بعد ترقيته، وبذلك تكون الجهة الإدارية قد عاد عليها النفع وغنمت من جراء ما أداه لها من خدمات ما كان يلزم بأدائها قبل صدور القرار، وهو الأمر الذي ينشئ في ذمتها التزاماً بتعويضه عما قام به من أعباء الوظيفة التي شغلها فعلاً، ومن ثم ففي هذا الفرض يتمخض الوضع عن التزامين متقابلين ومتعادلين، التزام بالرد من ناحية الموظف، والتزام بالتعويض من جهة الإدارة، وإذا كان ذلك فلا يجوز إلزام الموظف وحده بتنفيذ التزامه، بل يجب الإبقاء على ما قبضه من فروق مالية، وذلك من قبيل المقاصة بين ما له وما عليه قِبَل

(١) ينظر في تفصيلات البطلان والانعدام في القرارات الإدارية:
مؤلفنا: «القرار الإداري الباطل والقرار المعدوم»، الطبعة الأولى، ١٩٩٧، دار النهضة العربية.

جهة الإدارة[١].

ب - مدى جواز استرداد ما صرف للعامل بناء على قرار منعدم[٢]:

وينبغي في هذه المسألة التمييز بين حالتين:

الأولى - إذا كان القرار قد صدر بناء على غش أو سعي غير مشروع من صاحب الشأن:

وتتحقق هذه الحالة في عدة صور يجمعها قاسم مشترك هو سوء نية صاحب الشأن، كما لو قدم العامل مسوغات تعيين غير صحيحة أو أخفى وقائع معينة تمنع من تعيينه لو تكشف أمرها. ففي هذه الحالة قد يقال أنه يتعين على العامل رد ما حصل عليه من آثار مالية إثر القرار الصادر بتعيينه أو ترقيته إلى تلك الوظيفة بغشه وتدليسه؛ وذلك نزولاً على القاعدة الأصولية من أن الشخص الملوث لا يجوز له أن يستفيد من تلوثه، وأن أعمال الغش تفسد كل شيء وأنه لا وجه للحجاج في هذا الشأن بأن العامل قد نهض بأعباء وظيفته المعين فيها أو المرقى إليها حتى سحب هذا القرار المعدوم أو تنفيذ الحكم الصادر بانعدامه وإزالته، لأن هذا العامل بغشه وتدليسه هو الذي دفع الجهة الإدارية نحو إصدار قرار تعيينه المعدوم، فلا يجوز له أن يستفيد من غشه، ولا تسري في شأنه المقاصة التي ابتدعها الفقه الإداري رعاية للعامل الذي سحب أو ألغي قرار تعيينه أو ترقيته الباطل بعد نهوضه بأعباء وظيفته؛ لأن من ارتكب مثل هذا الغش لا يكون أهلاً لهذه الرعاية، وإنما يتعين تطبيق حكم اعتبار قرار تعيينه أو ترقيته كأن لم يكن تطبيقاً كاملاً، فضلاً عن عدم توافر مناط تطبيق هذه المقاصة في شأنه، لأنه لا يستحق تعويضاً من جهة الإدارة عما قام به من أعمال ونهض به من أعباء لمصلحة جهة الإدارة إثر هذا القرار، لأنه ليس من خطأ من جانب جهة الإدارة في مثل هذه الحالة، بل كان الخطأ وسوء النية من جانب العامل، ومن ثم فإنه يتعين عليه الالتزام برد ما سبق أن حصل عليه إثر هذا القرار الذي انتزع إصداره من جهة الإدارة بغشه، بل ولا يخل ذلك بحق جهة الإدارة في إحالته للمساءلة التأديبية والجنائية والتعويض عما أصابها من ضرر من جراء هذا المسلك غير الأمين والتصرف غير القويم[٣].

ولعل هذه المسألة تحتمل رأياً آخر، مؤداه أن الموظف في هذه الحالة - وأياً كان مسلكه - يُعدُّ موظفاً فعلياً يستحق مقابلاً عما أداه من عمل لجهة الإدارة، وخير مقابل له عن جهده وعمله - والذي ربما تكون مدته طالت - هو ما صرف له من أجر أو ما يعادله بمعنى أدق[٤].

---

(١) ينظر في ذلك:
المستشار إبراهيم مشيمش إبراهيم، «الاعتمادات المالية وأثرها في المراكز القانونية للموظفين»، بحث.
● مجلة مجلس الدولة، السنوات الثامنة والتاسعة والعاشرة، ص١٦١، ١٦٢.

(٢) ينظر في تفصيلات البطلان والانعدام في القرارات الإدارية:
مؤلفنا: «القرار الإداري الباطل والقرار المعدوم»، ١٩٩٧، دار النهضة العربية.

(٣) في قرب ذلك، يراجع:
إفتاء الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري الذي ستأتي الإشارة إليه في النقطة القادمة مباشرة إن شاء الله تعالى.

(٤) ينظر في تفصيلات ذلك:
مؤلفنا: «موسوعة الإمارات القانونية الإدارية»، الكتاب الثاني: (شرح قانون الخدمة المدنية الجديد ولائحته التنفيذية)، ٢٠٠٤، ص٤١، ٢١٤ - ٢١٥.

الثانية – إذا كان القرار المعدوم لم يصدر بناء على غش أو تدليس من صاحب الشأن:

وفي هذه الحالة يسري على سحب القرار المعدوم أو إلغائه ما يسري على القرار الباطل من حيث الالتزام برد ما سبق وأن حصل عليه العامل من فروق مالية من جراء هذا القرار، فلا يلتزم بردها تأسيساً على ذات الاعتبارات التي استند إليها القول بعدم الرد في القرار الباطل والتي سلف بيانها فيما سبق.

٢ – إفتاء الجمعية العمومية وقضاء المحكمة الإدارية العليا بمجلس الدولة المصري بشأن هذه المسألة:

١ – انتهت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري في حديث إفتائها إلى أنه:

«بالنسبة إلى الفروق المالية المترتبة على الترقيات أو التسكين الملغاة – تجب التفرقة بصفة عامة بين ما إذا كانت الترقية الملغاة قامت على غش وقع من الموظف المرقى أو نتيجة سعي غير مشروع أو خطأ مادي، وبين ما إذا كانت تلك الترقية قوامها محض خطأ في التقدير من جانب الإدارة. فإن كانت الأولى فلا جدال في جواز مطالبة الموظف المرقى بالفروق المالية التي قبضها بغير حق منذ ترقيته وإلى حين إبطالها دفعاً لغشه وسوء قصده وتفويتاً لباطل مسعاه أو تصويباً لواقع الخطأ المادي، وإن كانت الثانية فإن مقتضيات العدالة – وعلى ما جرى عليه إفتاء الجمعية – ترتب للموظف الذي ألغيت ترقيته الحق فيما قبضه من فروق مالية نتيجة الترقية الملغاة، إذ لا شأن له فيما صاحب تلك الترقية من خطأ في الفهم أو اختلاف في التقدير».

وشيدت الجمعية العمومية إفتاءها هذا على ثلاث حجج:

١ – قياس حالة العامل في هذه الحالة على حائز الشيء حسن النية الذي يستجمع قانوناً الحق في جني ثمراته، ولو ظهر فيما بعد أن الشيء مستحق لسواه.

٢ – أن مثل هذا الموظف إنما يكون في الغالب قد رتب حياته واستقام معاشه وأسرته على أساس ما ناله من ترقية، ومن غير المستساغ إلزامه برد ما قبضه بحسن نية مقترناً بإرجاع حالته إلى ما كانت عليه قبل الترقية.

٣ – لا غبن في ذلك على الخزانة العامة ما دام أن مثل هذا الموظف قد قام بعمل الوظيفة المرقى إليها ونهض بمقتضياتها وتحمل التزاماتها ومظهرها طوال الفترة التي انقضت بين صدور قرار الترقية وإلغائها، وغنمت الحكومة من جراء ذلك ما أداه إليها من خدمات في الوظيفة المرقى إليها الأصل تعادلها مع سائر مزاياها المقررة تأسيساً على قاعدة الغرم بالغنم.

وخلصت الجمعية من ذلك إلى أنه:

«لما كان انعدام القرارات الصادرة في شأن ترقية أو تسكين بعض العاملين بالهيئة العامة للاستثمار وفقاً لإفتائها السابق، مرجعه إلى خطأ وقعت فيه جهة الإدارة وسوء تقدير منها بناء على الخطأ المادي، ولا يداخله غش أو مسعى غير مشروع من قبل الموظف؛ فإنه ومن ثم لا يتأتى استرداد الفروق المالية المترتبة على الترقيات التي تقرر سحبها تنفيذا لهذا الإفتاء أياً كان السبب في استحقاق تلك الفروق على وجه ما تقدم»[١].

(١) الملف رقم (٨٦/ ٣/ ٨٤٤) بجلسة ١٩٩٢/٤/١٢.

٢ – وأما بالنسبة للمحكمة الإدارية العليا، فقد سبق لها أن انتهت بشأن أثر سحب قرارات الترقية الوجوبية على الفروق المالية إلى القول بأنه: «ومن حيث يترتب على سحب قرار الترقية إعدامه بأثر رجعي من تاريخ صدوره، ومن ثم يتعين إعادة حالة العامل إلى ما كانت عليه قبل الترقية واسترداد ما قامت الإدارة بصرفه بناء على قرار الترقية المخالف للقانون، إذ لا يكون هناك ثمة سند لاستحقاق العامل للآثار المالية المترتبة على هذا القرار لزوال سببها وهو القرار المسحوب»[١].

٣ – رأينا في هذه المسألة:

ونحن من جانبنا نتفق مع كل ما انتهت إليه الفتوى الآنفة البيان، باستثناء ما تضمنته من جواز مطالبة الموظف المرقى بالفروق المالية التي قبضها إثر ترقيته نتيجة خطأ مادي، ونرى عدم التزام الموظف بالرد حتى في حالة ترقيته نتيجة خطأ مادي ذات الاعتبارات التي من أجلها انتهى الرأي إلى عدم التزام من جاءت ترقيته الخاطئة عن محض خطأ في التقدير من جانب الإدارة، فلا يلتزم برد هذه الفروق متى كانت ترقيته نتيجة خطأ مادي، ولاسيما أن التفرقة بين الحالتين رغم ما بينهما من تشابه لا تجد لها أساساً من الواقع أو القانون[٢].

وقد كان هذا رأينا بعباراته تلك في مؤلفنا «القرار الإداري الباطل والقرار المعدوم»، والذي نشرت الطبعة الأولى منه في العام ١٩٩٧.

وإنه لمن دواعي سرورنا أن تشاطرنا الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع الرأي، فيما جرى عليه إفتاؤها من عدم جواز استرداد ما صرف للعامل بغير وجه حق إذا كان لم يداخل مسلكه غش أو تدليس، وذلك لدواعي الاستقرار التي ثقلت موازينها في القانون الإداري، ونزولاً على مقتضيات سير المرافق العامة وما تمليه من ضرورة رعاية عمال المرافق العامة وتأمينهم ضد المفاجآت التي تضطرب بها حياتهم[٣].

الفرع الثالث:

أثر حكم الإلغاء بالنسبة للمحكوم لصالحه في قرارات التخطي في التعيين والترقية وقرارات إنهاء الخدمة[٤].

تتدرج الآثار التي تنشأ عن حكم الإلغاء بالنسبة للمحكوم لصالحه في إلغاء القرارات الثلاثة الآنفة البيان، بدءاً من أحقيته في شغل الوظيفة التي تخطى في التعيين فيها، أو الترقية إليها، بأثر رجعي اعتباراً من تاريخ صدور القرار، أو إعادته إلى وظيفته التي كان يشغلها عند صدور قرار إنهاء خدمته. كما ينشئ الحكم للمحكوم لصالحه أيضاً بعض الآثار المالية.

وأخيراً يثور التساؤل عن أثر إلغاء القرار في هذه الحالات على القرارات التبعية المرتبطة به.

وسوف نتناول بحث هذه الآثار في النقاط الآتية:

---

(١) الطعن رقم: (٥٤٣) لسنة ٢٦ القضائية، جلسة ٩/ ٣/ ١٩٨٦.
● الموسوعة الإدارية الحديثة، مرجع سابق، الجزء ٣٥، القاعدة رقم (٣٦٤)، ص١٠٥٠.

(٢) يذهب المستشار إبراهيم مشيمش إبراهيم إلى جواز استرداد ما صرفه الموظف بناء على تسوية خاطئة، ولو كان بحسن نية، تأسيساً على أن القول بعدم الجواز قياساً على حالة قبض الثمار بحسن نية في القانون الخاص لا يجدي سواء ذهبوا في تأويلها إلى مبادئ القانون الخاص أو على أساس من القانون العام، ذلك أن الأصل أن روابط القانون الخاص تختلف في طبيعتها عن روابط القانون العام، وأن قواعد القانون المدني إنما وضعت لتحكم روابط القانون الخاص، فلا تطبق على روابط القانون العام إلا إذا وجد نص خاص يقضي بغير ذلك، فإن لم يوجد فلا يلتزم القضاء الإداري بتطبيق القواعد المدنية حتماً وكما هي.

(٣) المرجع السابق ص ١٥٩.
فتوى الجمعية العمومية رقم (٣٦٨) بتاريخ ٣١/ ٥/ ١٩٩٩، جلسة ٥/ ٥/ ١٩٩٩، الملف رقم (٨٦/ ٤/ ١٣٨٣).

(٤) يسري ما سنعرض له في هذه النقطة على سحب قرارات التخطي في التعيين والترقية وقرارات إنهاء الخدمة كذلك.

١ - أحقية المحكوم لصالحه في شغل الوظيفة التي تخطى في التعيين فيها أو الترقية إليها أو أنهيت خدمته فيها.

٢ - الحقوق المالية للمحكوم لصالحه.

٣ - أثر حكم الإلغاء على القرارات التالية.

وذلك على النحو الآتي:

أولاً - أحقية المحكوم لصالحه في شغل الوظيفة التي تخطى في التعيين فيها أو الترقية إليها وأنهيت خدمته فيها:

١ - بالنسبة لحالتي التخطي في التعيين والترقية:

إذا صدر الحكم بإلغاء قرار تخطي أحد العاملين في التعيين في وظيفة ما، أو الترقية إليها، فإنه يتعين اعتباره شاغلاً للوظيفة التي تخطي في التعيين فيها أو الترقية إليها اعتباراً من تاريخ صدور القرار الذي تخطاه في التعيين أو الترقية.

فقد سبق للمحكمة الإدارية العليا بمجلس الدولة المصري أن انتهت في قديم أحكامها إلى أن الإلغاء:

«إذا كان قد انبنى على أن أحداً ممن كان دور الأقدمية يجعله محقاً في الترقية قبل غيره ممن يليه، فألغى القرار فيما تضمنه من ترك صاحب الدور في هذه الترقية، فيكون المدى قد تحدد على أساس إلغاء ترقية التالي في ترتيب الأقدمية، ووجوب أن يصدر قرار بترقية من تخطى في دوره، وبأن ترجع أقدميته في هذه الترقية إلى التاريخ المعين لذلك في القرار الذي ألغي جزئياً على هذا النحو. أما من ألغيت ترقيته فيعتبر وكأنه لم يرق في القرار الملغى».

ثم أضافت المحكمة: «على أن هذا لا يخل بحق الإدارة في الإبقاء على الترقية المطعون فيها، وترقية المحكوم لصالحه على أية درجة تكون خالية عند تنفيذ الحكم، وإرجاع أقدميته فيها إلى التاريخ المعين في الحركة الملغاة إذا رأت من المصلحة العامة ذلك لعدم زعزعة مراكز قانونية استقرت لذويها»[(١)].

وهكذا الحال بالنسبة للتخطي في التعيين كذلك.

«وأما إذا لم يكن ثمة درجات خالية وقت تنفيذ الحكم، فلا مناص عندئذ من إلغاء تعيين أو ترقية الموظف الذي سماه الحكم أو آخر المرقين أو المعينين بالقرار المطعون فيه وترقية الطاعن أو تعيينه محله»[(٢)].

---

(١) يراجع في ذلك:
الحكم الصادر بجلسة ١٩٥٧/٣/١٦، في الطعن رقم (١٦١١) لسنة ٢ق، السنة الثانية، المبدأ رقم: (٧٣)، ص٦٩٥.
وفي ذات المعنى: فتوى الجمعية العمومية، الملف رقم (٨٦/ ٣/ ٩٣٤) بجلسة ١٩٩٦/١٢/٤.

(٢) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري، الملف رقم (٨٦/ ٣/ ٩٣٤)، بجلسة ١٩٩٦/١٢/٤، المشار إليها سلفاً.
وينطبق هذا الحكم إذا كان المحكوم لصالحه أكثر من واحد، فيتعين تعيينهم جميعاً أو ترقيتهم جميعاً إذا رغبت الجهة الإدارية في الإبقاء على تعيين أو ترقية المطعون في ترقيته أو تعيينه حتى ولو كان فرداً واحداً، فإن لم يتوافر إلا درجة واحدة، فيتعين سحب قرار تعيين أو ترقية المطعون في ترقيته أو في تعيينه، وبحيث يعين أو يرقى عليها أحق المحكوم لصالحهم.
يراجع في ذلك أيضاً:
فتوى اللجنة الثانية بمجلس الدولة بجلسة ٢٥ من ديسمبر سنة ١٩٩٦، سجل رقم (١٢٧/ ٥٠).

٢ - بالنسبة للحكم بإلغاء قرار إنهاء الخدمة:

يترتب على الحكم بإلغاء قرار إنهاء الخدمة، ضرورة إعادة العامل إلى الخدمة بالحالة التي كان عليها قبل صدور القرار، واعتبار مدة خدمته متصلة مع ما يترتب على ذلك من آثار، والاعتداد بآخر تقارير كفايته قبل إنهاء خدمته.

١ - وقد سبق للجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري أن انتهت بجلستها المعقودة في ١٧ من نوفمبر سنة ١٩٨٢ إلى أن:

«تنفيذ الحكم الصادر بإلغاء قرار فصل نقيب الشرطة ..... يترتب عليه اعتبار قرار الفصل كأن لم يكن وأحقية السيد المذكور في الترقيات والعلاوات التي كان يستحقها لو استمرت خدمته بهيئة الشرطة باعتبار ذلك من آثار الحكم بإلغاء قرار الفصل.

ولا يؤثر فيما تقدم التحاق السيد المذكور بخدمة القطاع العام أثناء فصله، ولا يعتبر ذلك منه جمعاً بين وظيفتين؛ ذلك أنه خلال مدة فصله لا يعتبر شاغلاً سوى وظيفة واحدة على سبيل الحقيقة وهي تلك التي التحق بها بالقطاع العام»[١].

٢ - كما أفتت الجمعية العمومية بجلستها المعقودة في التاسع من شهر نوفمبر سنة ١٩٩٤ بأن:

«صدور حكم لصالح أحد الضباط من محكمة القضاء الإداري بإلغاء قرار إنهاء خدمته للانقطاع من شأنه إعادته إلى الحالة التي كان عليها قبل صدور القرار الملغى»[٢].

٣ - وأفتت - أيضاً - بجلستها المعقودة في ٢٢/ ١١/ ١٩٩٢، بأن:

«تنفيذ الحكم الصادر بإلغاء قرار إنهاء خدمة العامل لانقطاعه عن العمل مع ما يترتب على ذلك من آثار مؤداه اعتبار خدمة العامل متصلة وحساب مدتها ضمن المدة المقررة لاستحقاق العلاوة الدورية والترقية».

وأسست الجمعية العمومية ذلك على أن: «الأحكام الصادرة بالإلغاء تكون حجة على الكافة، وتلك نتيجة لا معدى عنها إدراكاً للطبيعة العينية لدعوى الإلغاء، وأن جهة الإدارة تلتزم بتنفيذ الحكم وإعادة الحال إلى ما كان عليه لو لم يصدر القرار إطلاقاً دون أن يكون لجهة الإدارة أن تمتنع عن تنفيذه أو تتقاعس فيه بأي وجه نزولاً على حجية الأحكام وإعلاء لشأنها وإكباراً لسيادة القانون والنزول عند مقتضياته»[٣].

٤ - أثر تقاعس صاحب الشأن على مؤدى تنفيذ الحكم.

غني عن البيان أن من مقتضى تنفيذ حكم الإلغاء إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل صدور القرار المحكوم بإلغائه، وكأن هذا القرار لم يصدر».

وقد استظهرت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري - في هذا الصدد - أن:

«الحاصل أن العلاقة بين العامل وبين الجهة الإدارية التي يعمل بها هي علاقة تنظيمية تمسك زمامها الجهة الإدارية التي يعمل بها

---

(١) الملف رقم (٣٢/ ٢/ ٩٣٢)، جلسة ١٧/ ١١/ ١٩٨٢.
● مجموعة مبادئ السنتين، ٣٧، ٣٨، ص ٧٧، المبدأ رقم: (٣٣).
(٢) الفتوى رقم (٧٧٩) بتاريخ ٢٠/ ١١/ ١٩٩٤، جلسة ٩/ ١١/ ١٩٩٤. الملف رقم (٨٦/ ٣/ ١٨١).
(٣) الملف رقم (٨٦/ ٣/ ٨٣٢).

العامل في حدود ما تفرضه القوانين واللوائح، باعتبار أن تلك الجهة هي القوامة على تحقيق سير المرفق العام بانتظام واضطراد وأن المهام الموكولة إلى العاملين بها إنما تنصب على تحقيق تلك الغاية، وبذلك تتأبى هذه العلاقة، وأن ينتقل زمامها من جهة الإدارة إلى العامل فينخرط فيها ويجني ثمارها كلما أراد ويزهد فيها فيتقاعس عن تسلم مهامها حسب رغبته وإرادته دون أن ترخص له الإدارة في شيء من ذلك».

وبناء عليه، خلصت الجمعية العمومية إلى أنه:

«لما كان ذلك، وكان العامل المعروضة حالته قد انفصمت عرى العلاقة الوظيفية بينه وبين الجهة التي كان يعمل بها، وهي مستشفى الحسين الجامعي بصدور القرار رقم (١٠٥) لسنة ١٩٨٧، بإنهاء خدمته للانقطاع، ثم قضت محكمة القضاء الإداري في حكمها المشار إليه بإلغاء هذا القرار، ومن مؤدي ذلك اعتبار هذا القرار كأن لم يكن، واعتبار مدة خدمته متصلة من تاريخ صدور هذا القرار حتى صدور هذا الحكم في ٢٥/ ٣/ ١٩٩١، بيد أنه تقاعس عن طلب تنفيذ هذا الحكم لمدة تزيد على ست سنوات ظل خلالها يعمل بالخارج غير قائم بأعباء وظيفته، مبتعداً عنها برغبته وسلطان إرادته ودون أن يرخص له في ذلك من جهة الإدارة والتي لم يكن بملكها أن تنهي خدمته أو تتخذ ضده الإجراءات التأديبية عن مسلكه هذا لعدم وضع نفسه تحت تصرفها بطلب تنفيذ هذا الحكم، ومن ثم يتعين استنزال تلك المدة من خدمته»[(١)].

٥ - ليس مؤدى الحكم بإلغاء قرار إنها الخدمة واعتبار الخدمة مستمرة ومتصلة اكتساب المركز القانوني الذي يتطلب تدخل جهة الإدارة وتقدير مدى صلاحية المحكوم لصالحه:

إذا كان مؤدى تنفيذ الحكم بإلغاء القرار الإداري عموماً هو اعتباره كأن لم يكن، أي وكأنه لم يصدر من الأصل مما يعرف بالأثر الرجعي للإلغاء، وعليه فإذا كان القرار المحكوم بإلغائه قرار إنهاء خدمة، فإن مؤدى تنفيذ الحكم بإلغائه إعادة المحكوم لصالحه إلى وظيفته واعتبار مدة خدمته متصلة، أي المدة من تاريخ صدور قرار إنهاء الخدمة إلى تاريخ عودته إلى الخدمة.

وقد يتحقق بذلك للمحكوم لصالحه شرط قضاء المدة اللازمة لاكتساب مركز قانوني معين، بينما يكون اكتساب هذا المركز مرهوناً بثبوت صلاحية المحكوم لصالحه من خلال ما تجريه الجهات المنوط بها تقدير ذلك، كما هو الحال بالنسبة للترقية إلى وظيفة أستاذ بالجامعة، فيشترط لها فضلاً عن قضاء مدة معينة شرط الإنتاج العلمي والذي يمر في تقييم مدى صلاحية المرشح للترقية إلى وظيفة أستاذ باللجنة العلمية ثم مجلس الجامعة.

فإذا ما انتهى الأمر إلى صلاحية المحكوم لصالحه للترقية، أثير التساؤل: ما مدى أحقيته في الارتداد بأقدميته إلى تاريخ سابق تأسياً بزملائه الذين سبق ترقيتهم في هذا الخصوص؟

وقد طرح هذا الموضوع على المحكمة الإدارية العليا بخصوص ترقية أحد أعضاء هيئة التدريس بجامعة الأزهر، فقالت:

«لا وجه لما يذهب إليه الطاعن من أن الحكم الصادر من المحكمة الإدارية العليا بإلغاء قرار مجلس جامعة الأزهر الصادر في ١٩٨٠/٦/٤ فيما تضمنه من إنهاء خدمته يوجب على جامعة الأزهر ليس إعادته إلى وظيفته فحسب بل عليها أن تضعه في المركز الذي كان يمكن أن يصل إليه لو لم يصدر قرار إنهاء خدمته، وإن إلغاء هذا القرار يعني اعتباره على قوة الجامعة، ومن ثم تتوافر في شأنه شرط مدة خمس السنوات، فضلاً عن توافر شرط الإنتاج العلمي مما يجعله مستحقاً للقب العلمي لوظيفة أستاذ منذ ١٩٨٢/٣/٩ أو على الأقل من ١٩٨٢/٧/٣١ تاريخ استحقاق زميله لهذا اللقب.

(١) الفتوى رقم (١٨٢) بتاريخ ١٩٩٩/٣/١، جلسة ١٩٩٩/٢/١٠، الملف رقم (٥٥١/٦/٨٦).

ولا وجه لهذا القول، ذلك أن مرور خمس سنوات في وظيفة أستاذ مساعد ليس سوى شرط مدة بينية لازمة وحد زمني أدنى يلزم توافره في أمر الترقية أو التعيين إذ ما توافرت شروطها الأخرى.

كم وأن توافر الإنتاج العلمي وإجازته من اللجنة المختصة بفحص هذا الإنتاج لا يعني سوى مرور المرشح بمرحلة لازمة للتثبت من الكفاية العلمية اللازمة لشغل وظيفة أستاذ.

وأياً ما كان رأي اللجنة في إنتاجه العلمي، وأياً كان تاريخ هذا الإنتاج، فإنه لا يلزم السلطة المختصة - من ناحية - في الأخذ برأي اللجنة العلمية، ولا يجوز لها من ناحية أخرى أن ترتد بموافقتها على التعيين إلى تاريخ سابق على تاريخ تلك الموافقة لما في ذلك من مخالفة صريحة لنص المادة (١٤٨) من اللائحة التنفيذية لقانون إعادة تنظيم الأزهر، ولما يتضمنه هذا من رجعية غير جائزة لقرار مجلس الجامعة ومساسه بالمراكز القانونية المستقرة والحقوق المكتسبة لزملاء الطاعن»[١].

٦ - متى تعذر على جهة الإدارة التنفيذ الفعلي للحكم الصادر لصالح الضابط ببطلان قرار إنهاء خدمته لكونه مستحقاً للمد لمدة عامين، فلا تثريب عليها إن هي لجأت للتنفيذ الحكمي.

فقد أرست المحكمة الإدارية العليا هذا المبدأ، حيث كان الثابت من الاطلاع على حكم محكمة القضاء الإداري الصادر بجلسة ١٩٩٨/٨/١٧، في الدعوى رقم (٢١٠٧)، لسنة ٥٢ق، أنه قضى بإلغاء قرار وزير الداخلية رقم ٨٣٩ لسنة ١٩٩٧، فيما تضمنه من إنهاء خدمة المطعون ضده اعتباراً من ١٩٩٧/٨/٢، مع ما يترتب على ذلك من آثار. ومن ثم أوضحت المحكمة الإدارية العليا أن هذا الحكم قد كشف عن بطلان إنهاء خدمة المطعون ضده لكونه مستحقاً للبقاء في الخدمة والاستمرار فيها منذ ١٩٩٧/٨/٢، احتراماً لحجية هذا الحكم والالتزام بحدود المركز القانوني الذي كشف عنه للمطعون ضده.

وبناء عليه، انتهت المحكمة إلى أنه:

«وإذ استحال تنفيذ هذا الحكم عملاً على أساس صدوره بعد هذا التاريخ بأكثر من عام، فلا جناح على الجهة الإدارية من اللجوء إلى التنفيذ الحكمي واعتبار خدمة المدعي مستمرة قانوناً خلال فترة المد مع ما يترتب على ذلك من آثار على نحو ما تضمنه القرار المطعون فيه رقم (١٤٣٤) لسنة ١٩٩٨، من مد خدمة المطعون ضده لمدة سنتين اعتباراً من ١٩٩٧/٨/٢، وتسوية حالته بناء على ذلك، والقول بغير ذلك وبأحقية المطعون ضده في مد خدمته سنتين فعليتين من تاريخ عودته للعمل ينطوي على خروج على حجية الحكم الصادر لصالحه ويجعل منه حكماً منشئاً لمركز قانوني جديد على خلاف طبيعة الأحكام، فضلاً عما يؤدي إليه من نتائج قد تتعارض مع أحكام قانون هيئة الشرطة رقم (١٠٩) لسنة ١٩٧١، الخاصة بتحديد سن انتهاء الخدمة، لأن حساب السنتين الفعليتين من تاريخ العودة للعمل دون ضابط محدد مقتضاه الاستمرار في الخدمة حتى لو تجاوز السن المقررة لانتهاء الخدمة قانوناً وتلك نتيجة شاذة لا تساندها أحكام هذا القانون»[٢].

٧ - تقدير كفاية المحكوم لصالحه خلال فترة إنهاء خدمته:

أوضحت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بجلستها المعقودة في التاسع من شهر نوفمبر سنة ١٩٩٤ أن:

(١) الطعن رقم: (١٣٣٥) لسنة ٣٧ق، جلسة ١٩٩٦/١١/٩.
(٢) الطعن رقم: (٧٢٧١) لسنة ٤٥ق. عليا، الدائرة السابعة، جلسة ٢٠٠٢/٩/١.

«إفتاء مجلس الدولة وقضاءه يجري على أن الأصل في التقارير التي توضع عن الموظفين لتقدير كفايتهم خلال مدة معينة، إنما تستهدف أساساً تقييم أعمالهم من خلال هذه الفترة.

فإذا ثبت أن الموظف لم يؤد عملاً في الفترة التي وضع التقرير خلالها لأمر خارج عن إرادته كمرض أقعده عن العمل، أو قرار صدر بوقفه عن العمل، فإنه يمتنع على الجهة أن تضع عنه تقريراً خلال هذه الفترة، إذ ليست هناك أعمال أداها تكون محلاً للتقييم.

ومتى استحال وضع تقرير كفاية عن الموظف، فإنه يؤخذ بآخر تقرير كفاية عنه.

وخلصت الجمعية في فتواها هذه إلى أن:

«الاعتداد بآخر تقرير كفاية قدم عن الضابط في هذه الحالة، والذي حرر بمرتبة ضعيف وترتيب آثاره بالنسبة إليه سواء ما يتعلق منها بالعلاوات الدورية المقررة في الأعوام التالية أو الترقية إلى الرتبة التالية، وذلك بحرمانه منها جميعاً»[١].

بيد أنه يشترط – وحسبما جرى به إفتاء الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري – لإنهاء الخدمة إثر الحصول على تقريري كفاية بمرتبة ضعيف أن يكون التقريران فعليين[٢].

ثانياً - الحقوق المالية للمحكوم لصالحه:

أثار الواقع العلمي التساؤل حول مدى أحقية المحكوم لصالحه في التخطي في التعيين لأول مرة، والمحكوم لصالحه في قرار إنهاء الخدمة في صرف مرتبه، ومدى جواز إضافة العلاوات المقررة إلى مرتبه، وكذلك مدى أحقية المحكوم لصالحه في التخطي في الترقية في فروق الترقية وبدلات الوظيفة المرقى إليها. وهو ما سنتناوله بالبحث فيما يأتي:

١ – مدى الأحقية في المرتب خلال فترة إنهاء الخدمة أو التخطي في التعيين:

من المستقر عليه في قضاء المحكمة الإدارية العليا بمجلس الدولة المصري أن:

«مقتضى إلغاء أو سحب قرار الفصل أن تصبح الرابطة الوظيفية وكأنها لا تزال قائمة بكافة آثارها، إلا أن ذلك ليس من شأنه أن يعود للعامل حقه في المرتب طوال مدة الفصل، ذلك لأن الأصل في المرتب أنه يقابل العمل، وينشأ للعامل الحق في التعويض عن الفصل غير المشروع إذا ما توافرت عناصره»[٣].

وقد سارت اللجنة الأولى على ذلك، بما انتهت إليه – في حديث إفتائها– : «من عدم أحقية العامل في اقتضاء المرتب وملحقاته عن مدة انقطاعه عن عمله نتيجة عدم تنفيذ قرار نقله، رغم صدور حكم بإلغاء قرار نقله لعدم مشروعيته».

فقد أوضحت اللجنة أن:

«قاعدة الأجر مقابل العمل هي قاعدة أصلية في القانون الإداري جرى المشرع على النص عليها في تشريعات التوظف المتعاقبة، وقد حرص المشرع في قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة الصادر بالقانون رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٨، والمعمول به حالياً على ذلك الحكم،

(١) الفتوى رقم (٧٧٩) بتاريخ ١٩٩٤/١١/٢٠، جلسة ١٩٩٤/١١/١٩، الملف رقم (٨٨١/٣/٨٦).
(٢) الفتوى رقم: (١٢٥) بتاريخ ١٩٩٦/٢/٢٩، جلسة ١٩٩٦/٢/٧، الملف رقم: (٤٦١/٦/٨٦).
(٣) يراجع: حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (٣١٨)، لسنة ٢٦ القضائية جلسة ١٩٨٦/٦/١٧.
وفي ذات المبدأ: حكمها في الطعن رقم (٢٣٠)، لسنة ٣١ القضائية، جلسة ٤ من يناير سنة ١٩٩٤.

إذ تنص المادة (٣٥) منه – ضمن ما تنص – على استحقاق العامل لأجره اعتباراً من تاريخ تسلمه العمل وهذا المسلك من جانب المشرع هو ترديد لما سبق أن سار عليه في التشريعات السابقة. وهذه القاعدة استقرت في تطبيقات القضاء الإداري، وأصبحت من المسلمات التي لا خلاف عليها إذ إنها إعمال لأصل طبيعي وعادل يتسق وقاعدة الإثراء على حساب الغير بلا سبب قانوني».

وركنت اللجنة في تأييد قرارها إلى ما جرى عليه الرأي في إفتاء الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ولجان الفتوى بمجلس الدولة من عدم أحقية العامل الذي ينقطع عن العمل نتيجة عدم تنفيذ قرار نقله من مرتبه طوال فترة انقطاعه، ومن ثم عدم استلام عمله بالجهة المنقول إليها تأسيساً على أنه:

«لما كان الأجر مقابل العمل فمن ثم لا يستحق مثل هذا العامل راتبه عن الفترة التي لم ينفذ فيها قرار نقله، لأنه لم يؤد عملاً خلالها للجهة المنقول إليها، وأن تظلمه من قرار النقل ونعيه عليه بمخالفته لأحكام القانون لا يبرر امتناعه عن العمل إذ إن من واجب العامل المنقول الذي يتضرر من قرار نقله أن يتسلم العمل في الجهة المنقول إليها، ويسلك الطريق القانوني في التظلم من القرار الصادر بالنقل إن كان لذلك وجه»[١].

٢ – فروق الترقية وإعانة غلاء المعيشة ومكافآت الامتحان والملاحظة والحوافز:

أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري بخصوص صدور حكم لصالح أحد العاملين بجامعة الإسكندرية بإلغاء القرار المطعون فيه فيما تضمنه من تخطيه في الترقية إلى وظيفة مدير عام مع ما يترتب على ذلك من آثار، أفتت بأن:

«إعمال مقتضى هذا الحكم مؤداه ترقيته إلى وظيفة مدير عام من تاريخ صدور القرار الملغى مع ما يترتب على ذلك من آثار شاملة الفروق المالية عن المرتب الأساسي المقرر لهذه الوظيفة وملحقاته المتمثلة في مكافآت الامتحان والملاحظة وإعانة غلاء المعيشة كأثر مترتب على الحكم[٢].

كما انتهت اللجنة الثانية من لجان الفتوى إلى:

«أحقية المحكوم لصالحه في هذه المبالغ، وكذلك الحوافز[٣].

كما انتهت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع إلى:

«أحقية العامل الذي حكم بإلغاء قرار تخطيه في الترقية إلى وظيفة رئيس إدارة مركزية في الفرق بين ما صرف له من حوافز باعتباره شاغلاً وظيفة مدير عام، وبين ما يستحق له باعتباره شاغلاً وظيفة رئيس إدارة مركزية»[٤].

ولا غرو في ذلك، فمناط الاستحقاق بالنسبة للحوافز هو بذل الجهد الزائد وقد ثبت تحققه بيقين في المعروضة حالته، وآية ذلك

---

(١) فتوى اللجنة الأولى لقسم الفتوى بمجلس الدولة رقم ٢٥٧، بتاريخ ٢٠٠١/٤/٢٩، سجل رقم ٥٥/٤٨، إدارة الفتوى للوزارات والمصالح العامة بمحافظة الإسكندرية، الملف رقم (٣٢/١/١).

(٢) الفتوى رقم (٢٠٦٢)، بتاريخ ١٩٩٢/١٢/٢٦، جلسة ١٩٩٢/١٢/٢٠، الملف رقم (١٢٥٤/٤/٨٦).
وفي ذات المبدأ :الفتوى رقم (٢٠٧٦)، بتاريخ ١٩٩٢/١٢/٢٠، جلسة ١٩٩٢/١٢/٢، الملف رقم (١٢٥٣/٤/٨٦).

(٣) الفتوى رقم (٩٩)، بتاريخ ١٩٩٦/٣/٣، السجل رقم (٤٩/١٩٦).
وفي ذات المعنى: فتوى اللجنة الثالثة رقم (١٩٢)، بتاريخ ١٩٩٦/٤/١١، الملف رقم (٤٩/٤٩)، والتي انتهت فيها إلى:أحقية المحكوم له بإلغاء قرار نقله إلى وظيفة غير قيادية في تعويض يعادل الفرق بين ما صرف له بالفعل وبين ما كان يستحق له بصفته شاغلاً لهذه الوظيفة القيادية من بدلات وحوافز ومنح ومكافآت ما دامت قد توافرت فيه شروط استحقاقها وفقاً للتقارير المقدمة عنه خلال هذه الفترة.

(٤) الملف رقم (٩٤٣/٣/٨٦)، جلسة ١٩٩٨/٦/١٧.

أن صرفت له الحوافز بوصفه شاغلاً وظيفة مدير عام بينما وظيفته - صدعاً بما قضى به الحكم - هي رئيس إدارة مركزية، ومن ثم فحقيق أن ينتهي الرأي إلى أحقيته في الفرق على نحو ما سلف بيانه.

٣ - بدل الانتقال الثابت وبدل السيارة:

أوضحت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري أنه:

«سواء تعلق الأمر ببدل الانتقال الثابت المقرر بالمادة ٣٥ من لائحة بدل السفر ومصاريف الانتقال المشار إليها أو ببدل السيارة الذي قرره مجلس الوزراء في ١٩٥١/٧/٢٢، فإن مناط صرف أي منهما مرهون بقيام الموظف فعلاً بأعباء الوظيفة المقرر لها هذا البدل أو ذاك، ولا يكفي في هذا الصدد مجرد شغل هذه الوظيفة حكماً، وأن بدل الانتقال الثابت وإن اعتبر من توابع المرتب يدور معه من حيث الدورية، ومن حيث ارتباطه بشغل الوظيفة لمركز قانوني، فإنه يستقل بذاته من حيث شروط استحقاقه وموانع تقاضيه».

وخلصت الجمعية العمومية مما تقدم إلى أنه:

«وإن كان المعروض حالته قد استصدر لصالحه حكماً من المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (٢٩٧٥)، لسنة (٣٦) القضائية، يقضي بإلغاء القرار المطعون فيه فيما تضمنه من تخطيه في الترقية لوظيفة رئيس الإدارة المركزية للشئون القانونية مع ما يترتب على ذلك من آثار، وكان مقتضى تنفيذ هذا الحكم إعادة الحال إلى ما كان عليه لو لم يصدر هذا القرار وترقيته إلى هذه الوظيفة اعتباراً من تاريخ صدور القرار الملغى مع ما يترتب على ذلك من آثار شاملاً الفروق المالية عن المرتب الأساسي المقرر لهذه الوظيفة وملحقاته، إلا أنه لا يدخل ضمن هذه الملحقات ما يكون منها مرهوناً بالأداء الفعلي لأعمال الوظيفة شأن بدل الانتقال الثابت أو بدل السيارة في الحالة المعروضة، ومن ثم يغدو متعيناً عدم اندراج هذا البدل ضمن الآثار المالية المترتبة على هذا الحكم»[١].

كما سبق لها أن أفتت بأن:

«بدل الانتقال الثابت لا يمنح إلا للموظفين الذين يشغلون وظائف يستدعي القيام بأعمالها المصلحية استعمال إحدى وسائل النقل استعمالاً متواصلاً ومتكرراً.

وبناء عليه، لا يكفي شغل مثل هذه الوظائف حكماً لتقرير هذا البدل، بل لا بد من القيام بأعبائها فعلاً بما يستدعيه من استعمال إحدى وسائل النقل استعمالاً متواصلاً متكرراً»[٢].

ويختلف الحال - في تقديرنا - لو أن كلاً من الوظيفة التي قام الموظف بأعبائها فعلاً والوظيفة المحكوم له بشغله لها كان مقرراً لهما بدل الانتقال الثابت، حيث نرى أحقيته في هذه الحالة في هذا البدل بفئة الوظيفة المحكوم له بشغلها، قياساً على ما انتهت إليه الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بشأن الحوافز على نحو ما سلف بيانه.

٤ - بدل التمثيل:

سبق أن أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بشأن بدل التمثيل بأنه:

---

(١) الفتوى رقم (٣٣٢)، بتاريخ ١٩٩٦/٤/٧، جلسة ١٩٩٦/٤/٣، الملف رقم (٨٩٥/٣/٨٦).

(٢) الفتوى رقم (٣٧٦)، بتاريخ ١٩٨٣/٣/٢٩، جلسة ١٩٨٣/٣/١٦، الملف رقم (٩٦٣/٤/٨٦)، السنتان ٣٧، ٣٨، المبدأ رقم: (٧٧ب)، ص١٧٩.
وفي ذات المبدأ: الملف رقم (١٠٧٢/٤/٨٦)، بجلسة ١٩٨٧/٤/١.

«من آثار الحكم، احتراماً لحجيته، والتي لا خلاف عليها، وضع العامل المرقى في الفئة أو الدرجة المرقى إليها، وفقاً لربطها المالي أو أجرها المحدد، من التاريخ الذي قضى به الحكم، واستحقاق ما عساه أن يكون من فروق مالية في المرتب نتيجة لذلك، وقد استقر إفتاء الجمعية العمومية واضطرد على أنه: «إذا تقرر صرف المرتب الأصلي للعامل في فترة الوقف عن العمل، فإنه يستحق كذلك بدل التمثيل المقرر لوظيفته عن هذه المدة كاملاً، لأنه من ملحقات المرتب وتوابعه، ويدور مع المرتب الأصلي وجوداً وعدماً»[١].

ثم أفتت الجمعية العمومية بعد ذلك بأنه:

«ومن حيث إن بدل التمثيل - حسبما استقر عليه إفتاء الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع - هو، بحسب طبيعته - يستهدف مواجهة مصروفات فعلية تقتضيها الوظيفة الرئاسية وضرورة ظهور القائم بها بالمظهر اللائق، وأن استحقاق هذا البدل منوط بتوافر أمرين: أولهما: أن يتم شغل الوظيفة المقرر لها هذا البدل بإحدى الطرق المحددة قانوناً. وثانيهما: وهو الممارسة الفعلية لاختصاصاتها والقيام فعلاً بأعبائها بحيث لا يمنح البدل المذكور إلا لمن تحقق في شأنه هذان الأمران معاً، وإذا كان الثابت أن العامل المعروضة حالته قد ظل شاغلاً للوظيفة المرقى منها ولم يمارس أعباء ومهام الوظيفة المرقى إليها والمقرر لها البدل المذكور، فإنه يكون قد تخلف في شأنه مناط استحقاق هذا البدل، ولا يجوز بالتالي منحه إياه، وإذ كان عدم ممارسته لأعباء هذه الوظيفة يرجع إلى خطأ الجهة الإدارية التابع لها، وثبت أنها تقاعست عن تمكينه من الاطلاع بأعبائها؛ فإنه يحق له الحصول على التعويض المناسب متى توافرت سائر عناصره الأخرى»[٢].

ونعتقد أن القاعدة التي يمكن السير عليها في كل ما سبق ذكره أنه لما كانت جهة الإدارة هي التي حالت بقرارها الذي أعلن القضاء - بحكم يمثل عنوان الحقيقة - عدم مشروعيته بين صاحب الشأن وبين أداء مهام الوظيفة التي تخطى في الترقية إليها، فإنه يستحق تعويضاً عن ذلك وخير تعويض له هو صرف ما كان سيصرف له من مزايا الوظيفة حالة شغله لها.

٥ - بدل حضور الجلسات:

أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري بأنه:

«أما عن بدلات حضور جلسات اللجان الإدارية واللجان الخاصة بالمشتريات وغيرها، فإنه لما كان من المقرر أن هذه البدلات لا تعد من ملحقات المرتب، وتكون نظير القيام بعمل فعلي أو نظير تكليف العامل بخدمات إضافية، فإن لم يتم أو لم يعهد إليه بها تخلف مناط استحقاقها، ولا يجوز المطالبة بهذه البدلات كأثر من آثار حكم الإلغاء في الحالة الماثلة، لأن هذه الآثار تقف عند حد الراتب وتوابعه، ولا تمتد لتشمل ما كان من الممكن أن يكلف به العامل من أعمال إضافية وحال بين تكليفه صدور قرار تخطيه في الترقية»[٣].

ولهذا الإفتاء - من وجهة نظرنا - وجاهته وسنده.

٦ - ميزة التليفون المجاني:

أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة بأنه: «وإذا كان النظام الذي استنته الهيئة القومية للاتصالات السلكية

---

(١) الفتوى رقم (٣٧٦)، بتاريخ ١٩٨٣/٣/٢٩، جلسة ١٩٨٣/٣/١٦، الملف رقم (٩٣٦/٤/٨٦)، السنتان ٣٧، ٣٨، المبدأ رقم: (٧٧)، ص١٧١.
وفي ذات المبدأ: الملف رقم (١٠٧٢/٤/٨٦)، جلسة ١٩٨٦/١٢/٣.

(٢) الملف رقم (١٠٧٢/٤/٨٦)، جلسة ١٩٨٧/٤/١.

(٣) الملف رقم (١٠٤٦/٤/٨٦)، جلسة ١٩٨٦/١٢/٣.

واللاسلكية، يبيح لمن أمضى مدداً محددة في خدمة الهيئة وشغل وظيفة عضو مجلس إدارة، أن يركب له تليفون مجاني وأن تتحمل الهيئة اشتراكه السنوي مدى الحياة، وكان مقتضى تنفيذ حكم محكمة القضاء الإداري سالف البيان اعتبار المعروضة حالته شاغلاً لوظيفة عضو مجلس إدارة حكماً من تاريخ تخطيه في الترقية إلى هذه الوظيفة، فلا مناص من الإقرار بأحقيته في التمتع بميزة التليفون المجاني باعتباره شاغلي وظيفة نائب رئيس مجلس إدارة وعضو مجلس إدارة الهيئة»[1].

رابعاً - أثر حكم الإلغاء على القرارات التالية:

قد تصدر جهة الإدارة قراراً معيناً، ويطعن صاحب الشأن في هذا القرار، ثم تمضي فترة من الزمن - غالباً ما تطول - بين صدور هذا القرار وصدور الحكم بإلغائه كلياً أو جزئياً، وتصدر جهة الإدارة خلالها عدة قرارات تتأثر فيها بالقرار الأول الذي قضى بإلغائه.

ومن الأمثلة الواقعية لذلك، أن تتخطى جهة الإدارة موظفا معيناً في التعيين في وظيفة معينة أو في الترقية إليها، ثم يطعن الموظف في هذا القرار فيما تضمنه من تخطيه في التعيين أو في الترقية.

وإبان نظر الطعن تصدر عدة قرارات أخرى بالترقية بالنسبة إلى أقرانه إلى وظائف أخرى، أو أن تقدر جهة الإدارة كفاية أحد العاملين بمرتبة تبرر تخطيه في الترقية، ثم يطعن العامل المذكور في تقرير كفايته وتقضي المحكمة بإلغائه لعدم قيامه على سبب صحيح من الواقع أو القانون، في حين تكون جهة الإدارة قد تخطته بسبب تقدير كفايته بهذه المرتبة التي ألغيت بحكم القضاء حسبما تقدم، أو أن تصدر جهة الإدارة قراراً بإحالة أحد الضباط إلى الاحتياط أو المعاش، ثم يلغى هذا القرار ويعود إلى الخدمة بمقتضى هذا الحكم، وتكون قد صدرت عدة حركات ترقيات لأقرانه إبان هذه الفترة، وهكذا.

ففي كل هذه الحالات يثار التساؤل حول مدى تأثير إلغاء القرار على ما يكون قد صدر من قرارات مرتبطة به خلال المدة من تاريخ صدور هذا القرار حتى تنفيذ حكم الإلغاء.

وتجدر الإشارة - بادئ ذي بدء - إلى أن هذه المشكلة لا تثور، وذلك التساؤل لا يقوم بالنسبة لكل قرار جاء تالياً في التاريخ للقرار الأول المحكوم بإلغائه، وإنما يثار هذا الأمر بالنسبة إلى طائفة من القرارات التالية اصطلح على تسميتها بالقرارات التبعية.

ويقتضي منا ذلك، أن نتعرف على هذه القرارات، وأن نحدد نطاق فكرة ما يسمى بالقرارات التبعية، ثم نقف على قضاء وإفتاء مجلس الدولة في شأن هذه المسألة.

١ - تحديد المقصود بالقرارات التبعية:

يمكننا تعريف القرارات التبعية بأنها: القرارات التي تصدر استناداً إلى القرار السابق المحكوم بإلغائه. فإما أن يكون هذا القرار هو سند إصدارها من الأصل، وإما أن يكون سبب صدورها على هذا النحو، وإما أن يكون هذا القرار والقرارات اللاحقة يشكل كل منها حلقة في عملية قانونية مركبة.

وتتوافر الصورة الأولى في حالة صدور القرار الفردي بناء على قرار تنظيمي عام.

وتتحقق الصورة الثانية متى كان القرار الأول شرطاً أو سبباً لصدور القرار اللاحق على هذا النحو، فلولا صدور القرار الأول ما صدر

(١) الملف رقم (١٠٤٦/٤/٨٦)، جلسة ١٩٨٦/١٢/٣.

القرار الثاني على النحو الذي صدر به. ومن أمثلة ذلك تخطي أحد العاملين في الترقية إلى الدرجة الثالثة مثلاً، ثم تخطيه في الترقية إلى الدرجة الثانية بعد ذلك.

وتعتبر قرارات التعيين والترقية وإنهاء الخدمة التي يقضي بإلغائها المجال الخصب لفكرة القرارات التبعية.

وأخيراً، فإن الصورة الثالثة، من أوضح تطبيقاتها ما جرى الرأي على تسميته بالقرارات المنفصلة في عملية إبرام العقد الإداري[١].

والذي يهمنا التأكيد عليه في هذا الشأن ما يأتي:

١ - القرارات التبعية هي قرارات قائمة بذاتها، وكل منها يعتبر قراراً قائماً بذاته.

٢ - إن هذه القرارات بالمفهوم السالف البيان، تتميز تماماً عن آثار القرار الملغى، فآثار القرار الملغى هي عبارة عن النتائج القانونية والمادية التي تلزم مباشرة من صدور القرار المطعون فيه بحيث لا يكون المركز القانوني الذي ينشئه القرار كاملاً إلا بترتيب هذه النتائج.

وهذه النتائج تترتب - بالطبع - على هذا القرار الأول بمجرد صدوره، وأما القرارات التبعية فتتجه فيها نية الإدارة من جديد إلى إحداث الآثار المقصودة من هذه القرارات، فتلك النتائج آثار لازمة للقرار الأول، وأما القرارات التبعية يمكن القول بأنها من الآثار غير اللازمة، فلا تنشأ إلا بصدور القرار الجديد.

٣ - يلزم لاعتبار القرار من بين القرارات التبعية بالمعنى الآنف البيان أن تقوم بينه وبين القرار الأول رابطة يبدو منها انعكاس أثر القرار الأول على القرار أو القرارات اللاحقة أو ما يعرف بالقرارات التبعية، بحيث يكون القرار الأول هو سبب صدورها على النحو الذي صدرت به، فلولا هذا القرار الأول ما صدر القرار اللاحق على هذا النحو.

٢ - نطاق فكرة القرارات التبعية:

تتحقق فكرة القرارات التبعية عند الحكم بإلغاء القرار الأول الذي صدرت بناء عليه عدة قرارات لاحقة مترتبة عليه، بحيث يكون وجود القرار الأول سبباً وشرطاً لصدورها على النحو الذي صدرت به، ولا يكون صاحب الشأن قد طعن على استقلال في هذه القرارات التبعية أو اللاحقة، فيثور التساؤل عن أثر حكم إلغاء القرار الأول على هذه القرارات اللاحقة.

ويختلف الأمر، ولا تثور هذه المشكلة من أساسها، إذا كان قد صدر قرار ما ولم يطعن فيه صاحب الشأن، وغدا هذا القرار حصيناً وبمنأى عن السحب والإلغاء، ثم صدرت بناء عليه عدة قرارات اعتدت به وانعكس أثره على أثرها، ففي هذه الحالة لا تثور فكرة القرارات التبعية بالمعنى المقصود في شأن أثر حكم الإلغاء، وإنما يكون القرار اللاحق أو القرارات اللاحقة أو ما يعرف بالقرارات التبعية قد صدرت سليمة ولا يجوز المساس بها متى توافرت شرائط صدورها الأخرى.

«وليس صحيحاً - كذلك - أن الطعن بالإلغاء الموجه إلى قرار ما يشمل جميع القرارات المرتبطة به، إذ إنه لا يتناول من هذه القرارات إلا ما كان لاحقاً للقرار المطلوب إلغاؤه، أما القرارات السابق صدورها على القرار المطلوب إلغاؤه فإن الطعن بالإلغاء لا يشملها»[٢].

مع مراعاة ما جرى عليه قضاء المحكمة الإدارية العليا من أن الطعن في الترقية بسبب تقارير الكفاية ينطوي على الطعن في تقرير

(١) ينظر ما سبق ذكره في الباب الأول والثالث من مؤلفنا: الوسيط في القانون الإداري، الكتاب الثاني (القرارات الإدارية)، تحت الطبع.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم: (١٠٧٠)، لسنة ٨ق، جلسة ١٩٦٥/٤/٢٥.
مجموعة أبو شادي، المبدأ رقم: (١٠٠٧)، ص١٠٤٢.

الكفاية كسبب للتخطي ما لم يكن المدعي قد علم بتقرير الكفاية من قبل علماً يغدو معه قرار تقرير الكفاية حصيناً من السحب أو الإلغاء.

٣ - موقف قضاء مجلس الدولة وإفتائه بشأن أثر حكم الإلغاء على القرارات التبعية:

اختلف قضاء مجلس الدولة وإفتاؤه حول أثر حكم الإلغاء على القرارات التالية للقرار الملغى والمترتبة عليه، أو ما يعرف بالقرارات التبعية، وانقسم الرأي حولها إلى اتجاهين هما:

الاتجاه الأول:

يعتد بفكرة القرارات التبعية، ويرى أن أثر الإلغاء لا يقتصر فقط على القرار المطعون فيه والمحكوم بإلغائه، وإنما يمتد ليشمل القرارات التي صدرت تبعاً للقرار المحكوم بإلغائه، باعتبار أن أثر هذا الحكم يقتضي تصحيح الأوضاع بالنسبة للقرارات التالية.

وقد تبنت هذا الاتجاه بعض أحكام المحكمة الإدارية العليا القديمة واتجهت صوبه - كذلك - الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، فيما ذهبت إليه في فتواها الصادرة بجلسة ١٩٨٢/١١/١٧.

وسوف نعرض - إن شاء الله تعالى - لكل ذلك تفصيلاً فيما يأتي:

١ - ذهبت المحكمة الإدارية العليا بجلستها المعقودة في ١٩٥٧/٣/١٦ إلى أنه:

«إذا صدر حكم لصالح موظف بإلغاء قرار الترقية ....، وكان من ألغيت ترقيته بالحكم المذكور يستحق الترقية بدوره في أول قرار، فإن وضع الأمور في نصابها السليم يقتضي أن يرقى المذكور في أول قرار تالي بحسب دوره في ترتيب الأقدمية بالنسبة للمرقين في هذا القرار التالي، وهكذا بالنسبة إلى سائر القرارات الأخرى الصادرة بعد ذلك».

وبررت المحكمة ذلك بقولها: «ولما كان حكم الإلغاء يترتب عليه إلغاء كل ما يترتب على القرار الملغى من آثار، في الخصوص الذي انبنى عليه الحكم المذكور، وعلى الأساس الذي قام عليه قضاؤه، فإن أثر الحكم المذكور يقتضي تصحيح الأوضاع بالنسبة للقرارات التالية، ذلك أن كل قرار منها يتأثر حتماً بإلغاء القرار السابق عليه، ما دامت الترقيات فيها جميعاً مناطها الدور في ترتيب الأقدمية عند النظر في الترقية».

وأضافت المحكمة: «ويترتب على تنفيذ حكم الإلغاء، أن تلغى ترقية الأخير في كل قرار، ليحل محله فيه الأخير في القرار السابق، ما دام دوره في الأقدمية يسمح بترقيته في أول قرار تالٍ، مع إسناد ترقية كل من المذكورين إلى التاريخ المعين في القرار، الذي كان يستحق الترقية فيه.

وعلى هذا الأساس يستقر الوضع على إلغاء ترقية آخر المرقين في آخر قرار»[١].

٢ - كما ظهر هذا الاتجاه بصورة أكثر وضوحاً فيما ذهبت إليه هذه المحكمة بجلستها المعقودة في ١٩٥٧/٤/١٣ من: «أن هذا الأثر يتحقق دون حاجة إلى الطعن من جانب أحد من هؤلاء بالإلغاء في أي من القرارات الصادرة، خلال المدة من تاريخ صدور القرار الأول المحكوم بإلغائه، حتى تاريخ صدور الحكم القاضي بهذا الإلغاء، وتنفيذه، إذ من شأن هذا الحكم أن يزعزع جميع المراكز القانونية

(١) الطعن رقم: (١٦١١) لسنة ٢ق، جلسة ١٩٥٧/٣/١٦، السنة ٢ المبدأ رقم: (٧٢)، ص٦٩٥.

غير السليمة، التي ترتبت على صدور القرار الأول المحكوم بإلغائه، وذلك حتى ينال كل موظف - نتيجة لإعادة تنظيم هذا المركز على مقتضى الحكم - ما كان يستحقه بصورة عادية لو لم يصدر القرار المطعون فيه، إذ لو اقتصر التنفيذ على إلغاء ترقية آخر من رقي بهذا القرار المحكوم بإلغائه دون المساس بالقرارات التالية المترتبة عليه، لانبنى على ذلك تخلف هذا الموظف الذي سبق أن اتجهت نية الإدارة إلى ترقيته ورقته بالفعل إلى ما بعد زملائه الأحدث منه، في ترتيب الأقدمية ممن رقوا بهذه القرارات على الرغم مما شابها من عيب الأمر الذي يجافي الأوضاع الإدارية السليمة»[١].

٣ - وأما الفتوى التي نعتقد أن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع قد أعملت فيها هذا الاتجاه، واعتنقت فيها هذا الرأي، فهي ما انتهت إليه من أن تنفيذ الحكم الصادر بإلغاء قرار فصل نقيب شرطة يترتب عليه اعتبار قرار الفصل كأن لم يكن، وأحقية السيد المذكور في الترقيات والعلاوات التي كان يستحقها لو استمرت خدمته بهيئة الشرطة باعتبار أن ذلك من آثار الحكم بإلغاء قرار الفصل[٢].

٤ - كما أنه سبق للجمعية العمومية للقسم الاستشاري بمجلس الدولة المصري أن ألمحت إلى هذا الاتجاه بقولها: «يتعين تصحيح الأوضاع بالنسبة إلى القرارات التالية إعمالاً لأثر حكم الإلغاء، ذلك أن كل قرار منها يتأثر حتماً بإلغاء القرارات السابقة عليه»[٣].

الاتجاه الثاني:

ويذهب هذا الاتجاه إلى الرأي العكسي الذي لا يرى لإلغاء القرار الأصلي أثراً على القرار التبعي ما لم يُطعن في هذا الأخير على استقلال. وقد تبنت هذا الاتجاه الجمعية العمومية للقسم الاستشاري والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، واتجهت صوبه للمحكمة الإدارية العليا في أحكامها الحديثة.

فقد سبق للجمعية العمومية للقسم الاستشاري بمجلس الدولة المصري أن انتهت إلى أن: «الإلغاء لا يستتبع سوى إلغاء القرار المطعون فيه والآثار المترتبة عليه، ولا يمتد إلى قرارات أخرى لا تعتبر من قبيل الآثار القانونية للقرار المطعون فيه، وعلى ذلك لا يؤدي حكم الإلغاء إلى زوال القرارات الإدارية التالية التي لا تعتبر آثاراً للقرار الملغى»[٤].

كما اتجهت صوب هذا الاتجاه المحكمة الإدارية العليا في حكمها الذي أصدرته بجلستها المعقودة في ٢٥ يونيه سنة ١٩٨٣، ثم أعلنت في عبارات صريحة أخذها بهذا الاتجاه في حكمها الذي أصدرته بجلستها المعقودة في ٢١ من مايو سنة ١٩٨٩، وقالت فيه - وهي بصدد تحديد المقصود بعبارة «مع ما يترتب على ذلك من آثار» التي اشتمل عليها منطوق الحكم: «ليس المقصود أبداً من ذلك الحكم إلغاء قرارات الترقية اللاحقة للقرار المقضي بإلغائه حتماً وبصفة تلقائية، وإنما الغاية من تلك العبارة فيما يختص بتلك القرارات إفساح المجال أمام المحكمة له بالطعن عليها وانفتاح ميعاد جديد لهذا الطعن يبدأ من تاريخ صيرورة الحكم الصادر لصالحه نهائياً.

---

(١) الطعن رقم: (١٦٥٠) لسنة ٢ق، لسنة ١٩٥٧/٤/١٣، السنة ٢، المبدأ رقم: (٩٥)، ص٨، ٩.

(٢) الملف رقم (٩٣٢/٢/٣٢)، جلسة ١٩٨٢/١١/١٧.
● مجموعة مبادئ السنتين، ٣٧، ٣٨، المبدأ رقم: (٣٣)، ص٧٧.

(٣) الفتوى رقم ٢٩٦ بتاريخ ١٩٥٩/٥/١.
مشار إليها في بحث: الأستاذ إبراهيم شحاتة، بحث سابق، ص٢٨٤.

(٤) الفتوى رقم (١٥٢)، بتاريخ ١٩٥٨/٣/٢٦.
مشار إليها في: البحث السابق للأستاذ إبراهيم شحاتة، ص٢٤٨.
وفي ذات المعنى: فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بجلسة ١٩٩٧/٢/٢٦، الملف رقم (٢٦٢/٢/٨٦).

وليس من تاريخ صدور قرار جهة الإدارة بتنفيذ الحكم ما دام المركز القانوني الجديد قد تحقق من الحكم ذاته لا من القرار المنفذ»[١].

٤ - رأي الفقه بشأن الاتجاهين السابقين:

أ - تعرض الاتجاه الثاني من الاتجاهين السابقين للانتقاد:

١ - فقد ذهب جانب من الفقه إلى القول بأنه: «واضح ما في هذا الرأي من خلط، فهو وإن بدأ بداية سليمة في التفرقة بين آثار القرار الأصلي وبين القرارات التالية نافياً التطابق بينهما، إلا أنه أخطأ عندما اعتقد أن إلغاء القررات التبعية أساسه إلغاء «ما ترتب على القرار الملغى من آثار»، على حين أن الأساس السليم إلغاء القرارات التي تربطها بالقرار الأصلي رابطة تبعية متينة هو تحقيق الأثر الرجعي للإلغاء تحقيقاً كاملاً، الأمر الذي لن يكون إذا اقتصر الإلغاء على القرار المطعون فيه دون ما انبنى عليه من قرارات لاحقة»[٢].

٢ - وذهب جانب آخر من الفقه في انتقاده لهذا الاتجاه إلى أنه يؤدي إلى نتائج شاذة في التطبيق العملي، ويؤدي إلى عدم استفادة الطاعن من حكم الإلغاء من الناحية العملية، ويجعله يدور في حلقة مفرغة لا تنتهي، الأمر الذي يتعذر معه حصول المضرور على حقه من الناحية العملية، رغم حصوله على حكم لصالحه بإلغاء قرار ترقيته المطعون فيه، فيما تضمنه من تخطيه في الترقية، فضلاً عن أن هذا الاتجاه يتعارض مع القاعدة المستقرة من أن ما بني على الباطل فهو باطل، ومن شأنه إطالة أمد التقاضي بين العاملين وكثرة المنازعات القضائية بينهم، الأمر الذي يترتب عليه التأثير الخطير على حسن سير العمل الوظيفي داخل المرافق العامة»[٣].

ب - الرأي الذي نرجحه في هذا الشأن:

ونحن من جانبنا نؤيد كل هذه الانتقادات، رغم الاعتبارات القانونية البحتة التي يقوم عليها هذا الاتجاه. ونرى أن هذه الاعتبارات لا تتأبى على الإطلاق مع الأخذ بالرأي الآخر الذي لا يتعارض مع المنطق القانوني السليم، ويرتفع صوت قواعد العدالة في المناداة بتطبيقه، وينادي منادي المصلحة العامة داعياً للأخذ به، فلا ريب أن القرارات التبعية هي قرارات مستقلة قائمة بذاتها، ولا تثريب على صاحب الشأن إن طعن فيها استقلالاً، إلا أنه إذا لم يطعن فيها فيتعين أن يشملها حكم إلغاء القرار الأول، متى كان هذا القرار وحده هو السبب في صدورها على هذا النحو كما هو الحال بالنسبة للتخطي في الترقية بالأقدمية لعدة مرات. وأما إن كان هناك سبب آخر لهذه القرارات غير القرار الأول، وكان هذا السبب كافياً من حيث الواقع والقانون لإصدارها على هذا النحو، فلا غرو في أنه لا يشملها إلغاء القرار الأول.

وأخيراً فلا خشية مما استند إليه هذا الاتجاه من أن هذه القرارات اللاحقة لم تعرض على المحكمة لمناقشتها ومراقبتها حتى يمكن القول بإلغائها، إذا أخذنا في الاعتبار ما سبق قوله من أن الإلغاء بالتبعية لا يسري إلا على القرارات التي كان القرار الأول هو السبب الوحيد لوجودها وصدورها على النحو الذي صدرت به، فبإلغاء هذا القرار الأول تصبح هذه القرارات فاقدة لسببها ومن الواجب

---

(١) الطعن رقم: (١٢٨٢) لسنة ٢٧ القضائية.
- مجموعة مبادئ السنة (٢٨)، المبدأ رقم: (١٢٨)، ص٨٦٤ وما بعدها.

وفي ذات المعنى: حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (٢٣٣٤)، المبدأ رقم: (١٢٨) لسنة ٣٠ القضائية، جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٥.
- مجموعة مبادئ السنة ٣٤، العدد الأول، المبدأ رقم: (٥٢)، ص٣٤٩.

(٢) ينظر البحث السابق للأستاذ إبراهيم شحاتة، ص٢٨٤.

(٣) ينظر: الدكتور عمرو فؤاد أحمد بركات، بحث بعنوان: «الترقية وأثر الحكم بإلغائها».
- مجلة العلوم الإدارية، السنة ٢٨، العدد الأول (يونيه ١٩٨٦)، ص٥٨ وما بعدها.

إلغاءها بالتبعية. وأما بالنسبة لغير ذلك من القرارات والتي تجد سبباً آخر يبررها حقاً وصدقاً من حيث الواقع والقانون، فلا يسري عليها الإلغاء بالتبعية، وإنما يتعين على صاحب الشأن أن يطعن فيها على استقلال.

وتأسيساً على ذلك، فإننا نرى أنه إذا صدر حكم بإلغاء قرار ترقية فيما تضمنه من تخطي أحد العاملين في الترقية، وكانت قد صدرت عدة قرارات أخرى بتخطيه أيضاً في الترقية إلى وظائف أخرى في الدرجات التالية، فيتعين تنفيذاً للحكم بإلغاء القرار الأول أن تقوم جهة الإدارة بترقيته إلى كل الوظائف التي تخطته في الترقية إليها بالقرار الأول والقرارات التالية، وإلا كان تنفيذها للحكم تنفيذاً منقوصاً.

كما وأننا نعتقد أن الامتناع عن تنفيذ حكم الإلغاء تنفيذاً كاملاً بالمعنى الذي نرجحه في شأن فكرة إلغاء القرارات التبعية يشكل قراراً سلبياً بالامتناع يخول صاحب الشأن الحق في الطعن فيه ما انفك الامتناع قائماً، وهذا أيضاً من شأنه أن يعطي صاحب الشأن بسطة في المواعيد إذا ما نازعته جهة الإدارة في التنفيذ الكامل لحكم الإلغاء، على خلاف الحال بالنسبة للاتجاه الذي استلزم منه الطعن على استقلال في هذه القرارات التبعية، واشترط لقبول دعوى الطعن فيها أن تقام خلال ستين يوماً من تاريخ صيرورة الحكم بإلغاء هذا القرار الأول نهائياً[١].

وتجدر الإشارة – في ختام البحث في هذه المسألة – إلى أنه إذا كان من شأن حكم الإلغاء أن يفتح لصاحب الشأن باب الطعن في القرارات المرتبطة بالقرار المحكوم بإلغائه، فإنه يفتح – كذلك – باب سحبها لجهة الإدارة. ومن ثم يكون حرياً بها سحبها خلال الستين يوماً لعلمها بحكم الإلغاء حتى تجنب ذوي الشأن مشقة التقاضي، كي ينصرف عمالها إلى أداء أعمالهم بدلاً من قضاء جلّ وقتهم داخل أروقة المحاكم للمطالبة بحقوقهم. فالإدارة الرشيدة هي التي تعطي الحقوق لذويها بمجرد أن يطلبوها ولا ترهقهم من أمرهم عسراً حتى يأخذوها[٢].

(١) الثابت من استقراء المادة رقم (٧) من المرسوم بقانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٨١، بشأن إنشاء دائرة بالمحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية بالكويت أن ميعاد رفع دعوى الإلغاء – كما هو الحال بالنسبة لما قضت به المادة (٢٤) من قانون مجلس الدولة المصري الحالي بالقانون رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ – هو ستون يوماً من تاريخ نشر القرار الإداري المطعون فيه أو إعلان صاحب الشأن به، أو ثبوت علمه به علماً يقينياً.

(٢) اعتبر السيد الأستاذ المستشار محمد أمين المهدي، رئيس مجلس الدولة الأسبق، ضرورة الالتزام بالأصول العامة للإدارة الرشيدة حقاً من الحقوق الأساسية للإنسان، مناشداً القاضي الإداري – وهو قاضي المشروعية وحامي حماها – أن يعيد النظر في الأساس الذي يستند إليه في قضائه الإنشائي، بحيث يكون هاديه في قضائه ومصدر المرجعية في أحكامه، الأصول العامة لمفهوم الإدارة الرشيدة، بديلاً عن، أو بالأقل جنباً إلى جنب، مع فكرة المرفق العام.
مؤلفة: منهج القاضي الإداري، ٢٠٠٨، محاضرات ألقيت على قضاة الدوائر الإدارية بمعهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية.

مكنات القاضي الإداري في منازعات العقود الإدارية

المستشار/ محمد عبد القادر عبد الله

نائب رئيس المحكمة الدستورية العليا بجمهورية مصر العربية

من الحقائق الثابتة أن القانون الإداري هو قانون من خلق القضاء في معظمه، وأن الأسس التي قامت عليها « نظرية العقد الإداري «بوصفها إحدى نظريات هذا القانون – هي من صنع القضاء الإداري[١] ومن أدق التعبيرات التي وردت في هذا الشأن ما تضمنه حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر بتاريخ ٢ يونيه ١٩٥٦؛ حيث قالت: « إن روابط القانون الخاص تختلف في طبيعتها عن روابط القانون العام، وأن قواعد القانون المدني قد وضعت لتحكم روابط القانون الخاص، ولا تطبق وجوباً على روابط القانون العام إلا إذا وجد نص يقضي بذلك، فإن لم يوجد فلا يلتزم القضاء الإداري بتطبيق القواعد المدنية حتما، وكما هي، وإنما تكون له حريته واستقلاله في ابتداع الحلول المناسبة للروابط القانونية التي تنشأ في مجال القانون العام بين الإدارة في قيامها على المرافق العامة وبين الأفراد، فله أن يطبق من القواعد المدنية ما يتلاءم معها، وله أن يطرحها إن كانت غير متلائمة معها. وله أن يطورها بما يحقق هذا التلاؤم. ومن هنا يفترق القانون الإداري عن القانون المدني في أنه غير مقنن، حتى يكون متطوراً غير جامد ويتميز القضاء الإداري عن القضاء المدني في أنه ليس مجرد قضاء تطبيقي مهمته تطبيق نصوص مقننة مقدماً، بل هو على الأغلب قضاء إنشائي لا مندوحة له من خلق الحل المناسب، وبهذا أرسى القواعد لنظام قائم بذاته ينبثق من طبيعة روابط القانون العام واحتياجات المرافق ومقتضيات سيرها، وإيجاد مركز التوازن والمواءمة بين ذلك وبين المصالح الفردية، فابتدع نظرياته التي استقل بها في هذا الشأن أو سبق بها القانون الخاص، سواء في علاقة الحكومة بالموظف أو في المرافق العامة وضرورة استدامتها وحسن سيرها أو في العقود الإدارية أو المسئولية أو في غير ذلك من مجالات القانون العام....»[٢].

ولقد كان لمجلس الدولة الفرنسي قصب السبق في وضع الأسس التي قامت عليها نظرية العقد الإداري وتابعه في ذلك مجلس الدولة المصري. ومن هنا كان اختيارنا لموضوع البحث ببيان دور القاضي الإداري في التعامل مع المنازعات التي يثيرها العقد الإداري لما لذلك من أهمية قصوى في الوقوف على حقيقة المشكلات العملية في مجال العقود الإدارية والحلول التي ابتكرها القضاء الإداري لحلها، على أساس من الموازنة بين الصالح العام والصالح الخاص. وحتى نتمكن من إبراز دور القاضي الإداري في هذا المجال وبيان الحلول العملية التي وضعها فسوف نتتبع هذا الدور من خلال المراحل التي يمر بها هذا العقد في مباحث ثلاثة:

- الأول: خاص بمرحلة إبرام العقد.
- الثانى: خاص بمرحلة تنفيذ العقد.
- الثالث: خاص بمرحلة إنهاء العقد.

ونمهد لذلك ببيان المعيار المميز للعقد الإداري عن غيره من عقود القانون الخاص مستخلصين منه تعريف العقد الإداري الذي استقر في أحكام القضاء، وأثر ذلك على اختصاص القضاء الإداري وبيان مدى جواز التحكيم في مجال العقود الإدارية.

(١) راجع في ذلك العميد الدكتور سليمان الطماوي. الأسس العامة للعقود الإدارية– الطبعة الرابعة، ١٩٨٤.
(٢) مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا. السنة الأولى، ص٨٠٧.

مبحث تمهيدي : المعيار المميز للعقد الإداري

أهمية هذا المعيار:

الإدارة في مباشرتها لنشاطها المتعلق بإشباع الحاجات العامة تلجأ إلى سبل مختلفة للوصول إلى أهدافها، منها : إبرام عقود مع الأفراد أو الأشخاص الاعتبارية لأداء أعمال أو توريد أشياء، أو لإدارة المرافق العامة ذاتها، وهي إذ تسلك هذا السبيل قد تبقى في دائرة القانون الخاص فتكون عقودها مدنية، وقد تأخذ بأساليب القانون العام وامتيازاته، فتكون العقود التي تبرمها تبعاً لذلك عقوداً إدارية؛ تخضع لنظام قانوني يختلف عن النظام الذي تخضع له العقود المدنية.

وللتمييز بين عقود الإدارة المدنية وعقودها الإدارية أهمية كبرى، إذ يترتب على هذا التمييز تحديد مضمون الالتزامات التي تنشأ عن هذه العقود والقواعد القانونية التي تحكمها، وما إذا كانت قواعد القانون الخاص أو قواعد القانون العام.

كما يترتب على هذا التمييز تعيين الجهة القضائية التي تختص بنظر المنازعات التي قد تثور حول العقد، فيفصل فيها القاضي الإداري إذا نشأت عن عقد إداري، ويختص بها القاضي العادي إذا تعلق الأمر بعقد مدني.

الجهود القضائية لتحديد المعيار:

وترتيباً على ما تقدم، فإن مجرد وجود الشخص العام طرفاً في العقد لا يكفي لتكييف العقد، وتحديد الجهة القضائية المختصة بنظر المنازعات التي قد تثور بشأنه، ويصبح من الضروري البحث عن المعيار أو المعايير التي تساعد على هذا التكييف. ولقد كان لقضاء كل من مجلس الدولة الفرنسي ومجلس الدولة المصري اجتهاداته في هذا الشأن لتحديد المعيار المميز للعقد الإداري.

ففي فرنسا اعتقد أغلب الفقهاء الفرنسيين في البداية أن معيار المرفق العام هو المعيار الكافي لطبع العقد بالطابع الإداري، إلا أنه، ومنذ عام ١٩٥٦،استقرت أحكام مجلس الدولة الفرنسي بحكميه الصادرين في ٢٠ إبريل سنة ١٩٥٦ و ١١ مايو سنة ١٩٥٦،في قضيتي «بيرتان» و «جوندراند» على معيار المرفق العام في القضية الأولى، وعلى معيار مزدوج في القضية الثانية، قوامه فكرة المرفق والشروط الاستثنائية، ففي القضية الأولى اكتفي القضاء بقيام المتعاقد مع الإدارة على تنفيذ المرفق العام ذاته لإضفاء الصفة الإدارية على العقد دون أن تكون هناك حاجة للبحث فيما إذا كان العقد يتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص من عدمه. أما في القضية الثانية «قضية جوندراند» فعلى الرغم من أن العقد أبرم لإشباع حاجات المرفق العام، إلا أنه يعتبر من عقود القانون الخاص لكونه لم يستهدف تكليف المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ المرفق العام ذاته، ولم يتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص.[١]

ولقد أصبح هذا المعيار المزدوج مبدأً قضائياً مستقراً في قضاء مجلس الدولة الفرنسي والمصري وكذا قضاء المحكمة الدستورية العليا المصرية، حيث جرى ذلك القضاء على تعريف العقد الإداري بأنه:

«العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام، بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره، وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمين العقد شرطاً أو شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص».

ومن خلال هذا التعريف نتبين أن العقد الإداري يقوم على شروط ثلاثة:

(١) المستشار الدكتور عبد المجيد فياض- العقد الإداري في مجال التطبيق – طبعة ١٩٨٣ ص٦.

الشرط الأول: أن يكون أحد أطرافه شخصاً من أشخاص القانون العام.

الشرط الثاني: أن يستهدف إدارة أو تسييره مرفق عام.

الشرط الثالث: أن يتضمن شرطاً أو شروطاً استثنائية؛ أي شروط غير مألوفة في القانون الخاص.

ومن استعراض كل من قضاء مجلس الدولة الفرنسي ومجلس الدولة المصري يتبين أن التمييز بين العقد الإداري الذي تبرمه الإدارة والعقد المدني أو التجاري من الأمور الدقيقة التي يستخدم القضاء فيها أكثر من ضابط، وهو ما انعكس على تصنيف العقود الإدارية على النحو التالى:

١- عقود إدارية بنص القانون :

ومثال ذلك ما نص عليه قانون مجلس الدولة المصري من تكييف عقود الأشغال العامة والتوريد والالتزام بأنها عقود إدارية. وكذلك كل عقد تبرمه الإدارة ويكيفه القانون بأنه عقد إداري أو عقد مدني. وهذا هو ما أدى بكثير من الفقهاء وأحكام القضاء إلى القول بأن هناك عقوداً إدارية بنص القانون، إلا أن بعض الفقه لا يكتفي بذلك ويتطلب ضرورة بحث طبيعة العقد اعتماداً على العناصر المستمدة من الأسباب الأخرى، وهي إرادة المتعاقدين وموضوع العقد[١].

٢- عقود إدارية بناء على إرادة المتعاقدين:

وذلك بأن ينص طرفا العقد صراحة أو ضمناً على اعتبار العقد المبرم بين الإدارة وشخص آخر عقداً إدارياً أو عقداً من عقود القانون الخاص، غير أن اختيار الطرفين لتكييف العقد لا يلزم القضاء بهذا التكييف.

٣- عقود إدارية بطبيعتها أو بسبب موضوعها :

فموضوع العقد وطبيعته كاف لتكييفه بأنه عقد إداري، تبعاً لمعيار المرفق العام الذي ساد فترة من الزمن، ثم معيار الشروط الاستثنائية أو المعيار المزدوج الذي يجمع بين معيار المرفق العام ومعيار الشروط الاستثنائية، إلى أن انتهي الأمر حالياً في فرنسا بأنه يكفي أن يتعلق العقد الذي تبرمه الإدارة بالمرفق العام لكي يعتبر عقداً إدارياً، كما يكفي أن يتضمن العقد شرطاً أو شروطاً استثنائية حتى يعتبر العقد إدارياً كذلك، وباعتبار أن كلاً من المعيارين له دور حاسم في تكييف العقد بأنه عقد إداري فسوف نقوم بإلقاء الضوء على هذين المعيارين.

تعلق العقد بمرفق عام :

وهو المعيار الذي يكتفي به القضاء الفرنسي، فوجود علاقة بين العقد الذي تبرمه الإدارة ومرفق عام كاف لتكييف العقد بأنه عقد إداري سواء تعلق الأمر بتسيير مرفق عام، أم تنفيذ إحدى مهام المرفق العام، مع الأخذ في الاعتبار التطور الذي طرأ على فكرة المرفق العام ووجود المرافق العامة الصناعية والتجارية، التي يرى الفقه والقضاء أن هذه المرافق ليست مرافق إلا في مجال الإدارة العليا، وأن موظفي القطاع العام الاقتصادي لا يعتبرون موظفين عموميين ما عدا الإدارة العليا، ومن ثم فإن العقود التي تتعلق بهذه المرافق

(١) الدكتورة سعاد الشرقاوى – العقود الإدارية – طبعة ٩٨/٩٩،ص١٤.

لا تعتبر عقوداً إدارية. يضاف إلى ذلك الاتجاه الحديث إلى خصخصة القطاع العام بما يحمله ذلك من مفاهيم جديدة ينحسر بها عن هذا القطاع صفة العمومية ووجود دور للدولة في هذا المجال.

إن معيار المرفق العام،على الرغم من الهجوم عليه من جانب خصومة، و على الرغم من الأزمات الشديدة التي يتعرض لها، ما زال محل اهتمام القضاء الإداري ليس كمعيار مميز للعقد الإداري فقط ولكن بوصفه أساساً للقانون الإداري برمته، وترى غالبية الفقه الفرنسي حالياً كفاية المرفق العام كمعيار للعقد الإداري دون حاجة للبحث عن شروط استثنائية في العقد أما موقف مجلس الدولة المصري فيختلف عن نظيره الفرنسي إذ يقرن هذا المعيار بمعيار آخر، وهو ضرورة وجود شروط استثنائية في العقد.

احتواء العقد على شروط استثنائية:

والشروط الاستثنائية غير المألوفة هي تلك التي تمنح الإدارة امتيازات لا وجود لها في القانون الخاص مثل حق الإدارة في اللجوء إلى إصدار قرارات إدارية نافذة على العقد، وحق الإدارة في فرض شروط بإرادتها المنفردة على المتعاقد معها، وحقها في فرض جزاءات بقرارات منها في حالة تخلف المتعاقد معها عن تنفيذ التزاماته، وحق الإدارة في فسخ العقد أو سحبه، وكذلك حقها في تعديل العقد في أثناء تنفيذه بإرادتها المنفردة.

قواعد الاختصاص القضائي في العقود الإدارية :

عقود الإدارة لا تخضع كلها لنظام قانوني واحد؛ فمنها ما يخضع للقانون الخاص، وهي عقود الإدارة المدنية ومنها ما يخضع للقانون العام،وهي العقود الإدارية، وذلك تبعاً للمعيار الفاصل بين النوعين، ويكون تحديد القانون الواجب التطبيق هو الفيصل في تحديد الاختصاص؛ بمعنى أن الفصل في المنازعات المتعلقة بعقود الإدارة الخاصة يكون لجهة القضاء العادى، بينما يكون الاختصاص للقضاء الإداري في حالة العقود الإدارية.

ولقد ذهبت بعض الآراء في فرنسا إلى ضرورة اختصاص القضاء الإداري بكل ما يتعلق بنشاط الإدارة ولو اتخذ أسلوب القانون الخاص باعتبار أن هدفها هو تحقيق النفع العام، وأن توحيد الاختصاص لصالح القضاء الإداري يقضي على كثير من الصعوبات، وخاصة في الاتفاق على معيار موحد جامع لتمييز العقد الإداري.

وبالنسبة لطبيعة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية، فهي تنتمي إلى القضاء الكامل، حيث يختص القاضي بتصفية النزاع كلية إلغاءً وتعويضاً شاملاً وما يتصل بأصل المنازعة وما يتفرع عنها، والأمور المستعجلة المتصلة بمشكلات العقود الإدارية، وهو ما أكدته محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ١٠٥٩ لسنة ٧ ق بجلسة ١٩٦٣/٥/٢٥ [١]، بقولها: « إن القضاء الإداري يختص دون غيره بالفصل في منازعات العقود الإدارية، فيلزم أن يختص تبعاً بالفصل فيما ينبثق منها من أمور مستعجلة، ما دام أن القانون لم يسلبه ولاية الفصل في الأمور المستعجلة التي تثيرها تلك المنازعات ويعهد بها إلى جهة أخرى».

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا[٢] بأن القرار مثار النزاع يدخل في منطقة العقد الإداري، فهي منازعة حقوقية، وتكون محلاً للطعن على أساس استعداء ولاية القضاء الكامل لمحكمة القضاء الإداري دون ولاية قضاء الإلغاء، فتفصل المحكمة فيما يطرح عليها من منازعات أصلية أو منازعات متفرعة عنها...».

(١) مجموعة المبادئ ١٢٢٥/١١٦/٨.
(٢) الحكم رقم ١١٠٩ لسنة ٨ ق في ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٦٣،المجموعة س٩،ص٣٢٤.

الطعن على القرارات الإدارية المنفصلة التي تمهد لابرام العقد يختص بها القضاء الإداري في نطاق ولايته بقضاء إلغاء القرارات الإدارية النهائية.

وكل من قضاء مجلس الدولة الفرنسي ومجلس الدولة المصري مستقر على هذا المبدأ باعتبار أن هذه القرارات وإن كانت تسهم في تكوين العقد وتستهدف إتمامه، فإنها تنفرد في طبيعتها عن العقد مدنياً أو إدارياً وتنفصل عنه. ومن ثم يجوز الطعن فيها بالإلغاء استقلالاً.

تعلق قواعد الاختصاص بالنظام العام :

تتعلق قواعد الاختصاص القضائي في مجال العقود الإدارية المحددة لاختصاص مجلس الدولة بالنظام العام بحسبانها قواعد آمرة، ومن ثم، فلا يجوز للإدارة أن تتفق على خلافها أو أن تعدل في قواعد الاختصاص عن طريق القرارات الإدارية.

والمسلم به في قضاء مجلس الدولة الفرنسي هو بطلان الشرط أو الاتفاق المخالف للاختصاص إلا إذا أقره المشرع صراحة.

مدى جواز اللجوء إلى التحكيم الدولي أو المحلي في منازعات العقود الإدارية :

تأتي أهمية هذا التساؤل في ضوء ما تتمتع به الدولة في مجال القانون الدولي العام من مركز متميز بوصفها أحد أشخاص القانون العام في مواجهة المتعاقدين معها من أشخاص القانون الخاص. و تتبدى أهمية هذا الموضوع من أن للدولة سيادتها ومصالحها العليا، ويرى البعض أن شرط التحكيم ينطوي على مساس بسيادة الدولة، بينما يرى البعض الآخر أن سيادة الدولة لا تتعارض مع لجوئها إلى التحكيم الدولي أو المحلي للتقاضي بشأن عقودها الإدارية، ويشترط فريق آخر أن هذا الحق في اللجوء إلى التحكيم لا يقوم إلا بسند تشريعي، بينما يرى البعض الآخر أن الأمر ليس بحاجة إلى نصوص تشريعية جديدة إذ إن النظام القانوني الحالي يسمح بالتحكيم في منازعات العقود الإدارية، وقد رفض القضاء شرط التحكيم على أساس أنه يؤدي إلى المساس بالولاية القضائية وينتقص منها، ولكن مع التطور الحديث الذي جعل من التحكيم طريقاً موازياً للقضاء ليسر إجراءاته ويساطتها، فقد أصبح الالتجاء إلى التحكيم أمراً مؤكداً في مجال العقود الإدارية، وتطورت أحكام القضاء في هذا الشأن، بل صدرت التشريعات المؤيدة، وعلى سبيل المثال في مصر صدور القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤،بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية. وفي فرنسا، يتجه الفقه في معظمه إلى أنه لا يجوز لأشخاص القانون العام الالتجاء إلى التحكيم إلا إذا أجاز ذلك نص تشريعي صريح.

المبحث الأول : مرحلة إبرام العقد الإداري:

مظاهر السلطة العامة في اختيار المتعاقد:

من الأصول المسلمة أن الإدارة لا تستوي على الأفراد في حرية التعبير عن الإرادة في إبرام عقودها إدارية كانت أم مدنية، ذلك أنها تلتزم في هذا الخصوص بإجراءات وأوضاع رسمها الشارع في القوانين واللوائح وصولاً لاختيار أفضل الأشخاص للتعاقد معها من حيث المقدرة، وسابقة الأعمال، وحسن السمعة، أو الكفاية الفنية أو المالية. ومن هنا فإن عملية إبرام العقود من جناب الإدارة تتصف بأنها معقدة ومركبة، فالتعاقد يكون مسبوقاً بإجراءات وموافقات أو مراجعات قانونية، وقد يشترط القانون موافقات سابقة أو تصديق لاحق كي يدخل العقد حيز التنفيذ.

فمنذ اللحظات الأولى التي يبدأ فيها تكوين العقد الإداري، يتضح أن الإدارة في مركز متميز عن المتعاقد الآخر، وأن قاعدة المساواة بين المتعاقدين التي تخضع لها العقود المدنية، غير مطبقة في مجال العقود الإدارية، ومرد ذلك أن الإدارة تمارس – حتى في المراحل التمهيدية للتعاقد – حقوقاً مستمدة من امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها. فمنذ تقديم العطاء يلتزم المتقدم بالبقاء على إيجابه حتى يتم إرساء المناقصة وإبرام العقد، بينما يكون للإدارة الحق خلال هذه المرحلة في استبعاد بعض العطاءات تقيداً بقرار صادر بحرمان مقدمى هذه العطاءات من دخول المناقصات الحكومية أو كإجراء وقائي لتهيئة الجو الصالح للمناقصة، أو بسبب عدم استيفائها الشروط المطلوبة. بل إن للإدارة – حتى بعد إرساء المناقصة – أن ترفض إتمام العقد. ويمكن استخلاص أربعة مبادئ اساسية تحكم عملية التعاقد.

التزام المتقدم بالبقاء على إيجابه.

حرية المنافسة والمساواة بين المتنافسين.

سلطة الإدارة في الحرمان والاستبعاد.

حق الإدارة في عدم إتمام العقد.

المبدأ الأول: التزام المتعاقد بالبقاء على إيجابه:

استقر الفقه والقضاء على أن إعلان الإدارة عن المناقصة أو الممارسة ليس إلا دعوة إلى التعاقد، وأن التقدم بالعطاء هو الإيجاب الذي يلحقه قبول الإدارة، وأن هذا القبول لا يتم إلا بصدور قرار من الجهة المختصة بإبرام العقد باعتماد إرساء المناقصة.

والقاعدة المستقرة فقهاً وقضاء في هذا الشأن أن مقدم العطاء يلتزم بالبقاء على إيجابه حتى يتم البت في عطائه على أساس التزامه بذلك بالإرادة المنفردة، ويعتبر هذا المبدأ من المبادئ الأساسية في مجال العقود الإدارية التي استقر عليه الفقه والقضاء في فرنسا ومصر. وقد أكدت ذلك محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة المصري في حكمها الصادر في ١٥ ديسمبر سنة ١٩٦٣،في نزاع بشأن عقد أبرم بطريق الممارسة، فقد طبقت هذا المبدأ على العقد، وقضت بأن عقد الشركة يعتبر مقترناً بأجل ضمني لا يجوز لها خلاله سحبه أو تعديله، وأن هذا الأجل هو المدة المعقولة اللازمة للبت فيما قدم في الممارسة من عروض ولاعتماد التعاقد.

ويستفاد من الحكم المتقدم وما استقر عليه الفقه والقضاء في كل من فرنسا ومصر أن تقديم العطاء يرتب التزاماً في ذمة المتقدم بالبقاء على إيجابه لمدة معينة أو إلى أن يتم إرساء المناقصة، وأن هذا المبدأ من المبادئ العامة والأصلية في مجال العقود الإدارية سواء جاء النص عليه في اللوائح ودفاتر الشروط أم لم ينص عليه، بل إن القضاء الفرنسي تشدد في تطبيق هذا المبدأ تطبيقاً صارماً، فهو يرفض الموافقة على سحب العطاء قبل البت فيه حتى ولو كان وليد غلط مادي، بل إنه لا يعتد بالغلط في القانون أو الواقع مبرراً لسحب العطاء أو تعديله إلا في حالة واحدة، وهي إذا كان مرد ذلك إلى مسلك الجهة الإدارية ذاتها في الوثائق التي تقدمها للمتعاقد.

أما في مصر فإن القضاء مستقر على جواز تصحيح الخطأ الذي لا يتجاوز سقطات القلم، وعلى القاضي أن يتحرى الإرادة الصحيحة للمتعاقدين، وأن يقوم بتصحيح الخطأ بما يتحقق معه التعبير الصحيح للإرادة، من ذلك ما قضت به المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في ٥ مايو سنة ١٩٦٢ (١)، والذي قررت فيه «أن سلطة القاضي في استظهار الخطأ الذي وقع في العقد لا تقل عن سلطته في فسخه أو تعديله، فله أن يتحرى الإرادة الظاهرة للمتعاقدين للوقوف على الخطأ الذي شاب هذه الإرادة من واقع الظروف والملابسات، فإذا استبان له وجود خطأ قام بتصحيحه بما يتحقق معه التعبير الصحيح للإرادة » ثم في موضع آخر من الحكم قالت «أما الخطأ الذي

مرده سقطات القلم عند الكتابة، فليس في نصوص القانون ما يمنع من تصحيحه».

إذا كانت قاعدة التزام المتقدم بالبقاء على إيجابه تعتبر مبدأ عاماً على النحو المتقدم فإنه الذي يخفف من غلوائها أنها ليست من النظام العام، ومن ثم فإنه يجوز الاتفاق على ما يخالفها بالنص في العقد أو دفاتر الشروط على حق المتقدم في سحب عطائه أو تعديله لأسباب محددة خلال مدة معينة، وفي مصر أجاز القضاء للمتقدم – على الرغم من عدم النص على هذا الحق في العقد أو في دفاتر الشروط، تعديل عطائه أو سحبه، إعمالاً لأحكام لائحة المناقصات والمزايدات في حالتين:

الحالة الأولى: حق المتقدم في تعديل عطائه بعد تقديمه شريطة أن يقتصر التعديل على الشروط المتعلقة بالأسعار دون الشروط الأخرى، وأن يكون التعديل بخفض الأسعار الواردة بالعطاء لا زيادتها، وأن يصل التعديل إلى جهة الإدارة قبل الموعد المحدد لفتح المظاريف.

الحالة الثانية: حق المتعاقد في سحب العطاء بعد تقديمه بشرط أن يصل الإدارة طلب السحب قبل موعد فتح المظاريف مع حق الإدارة في مصادرة التأمين المؤقت المودع واعتباره حقاً خالصاً لها جزاء لمخالفة المتقدم لقاعدة البقاء على إيجابه.

وبالنسبة لمدة الالتزام بالإيجاب فإن المتقدم يلتزم بالبقاء على إيجابه حتى تعلن نتيجة المناقصة، فبعد الترسية يتحرر المتقدمون من الإلتزام بعطاءاتهم، ما عدا من رسا عليه العطاء، فإنه يبقى ملتزماً إلى أن يتم إعتماد المناقصة، مع التفرقة في هذا الشأن بين مرحلتين:

«مدة سريان العطاء» وتتحدد بإرساء المناقصة.

مرحلة «استمرار الارتباط بالعطاء» وهي المرحلة التالية لمرحلة سريان العطاء؛ فالإيجاب لا يسقط بمجرد انقضاء مدة سريان العطاء، ولكن يبقى مستنداً إلى قرينة قانونية مؤداها أن المتقدم يقبل استمرار الارتباط بعطائه بعد انقضاء مدة سريانه وذلك لمدة غير محددة، إلى أن يتم البت في المناقصة، فإذا لم يعلن المتقدم سحبه لعطائه صراحةً، فإنه يستمر مرتبطاً بعطائه لمدة أخرى غير محددة إلى أن يتم إرساء المناقصة. ولكن يستطيع المتقدم إنهاء مرحلة الإرتباط في أي وقت، ويعتبر سكوت المتقدم عن طلب استرداد التأمين المؤقت بمنزلة قبول لاستمرار الارتباط بعطائه.

وإذا كان المبدأ المستقر عليه في كل من الفقه والقضاء الفرنسي والمصري، أن العقد لا ينعقد بإرساء المناقصة وإنما باعتماد هذا الإرساء من الجهة المختصة بإبرام العقد، وأنه لا يعتبر نافذاً إلا من تاريخ هذا الإعتماد، فإن من المقرر – على الرغم من ذلك – أن بعض آثار العقد يجب أن ترتد إلى تاريخ ارتباط المتقدم بعطائه ؛ أى إلى تاريخ تقديم العطاء، ويكون ذلك بصفة خاصة بسبب تغير الاسعار في حالة الظروف الطارئة.

فإذا كان العطاء يتضمن تخفيض نسبة معينة من الأسعار السائدة، فإن هذه الأسعار تحسب على أساس الأسعار السائدة وقت تقديم العطاء وليس وقت اعتماد المناقصة.

وفي حالة الظروف الطارئة يجب أن تقارن الأسعار الحالية بالأسعار التي كانت قائمة وقت تقديم العطاء، ويعوض المتعاقد على هذا الأساس.

المبدأ الثاني: حرية المنافسة والمساواة بين المتنافسين:

من المبادئ العامة في مجال العقود الإدارية أن تكفل الإدارة حرية المنافسة والمساواة بين المتنافسين، فيكون للأفراد حق التقدم

للمناقصات العامة دون أن تستطيع الإدارة منع أحدهم أو حرمانه من حقه في التنافس، غير أن هذا المبدأ العام يرد عليه قيود، إما مستمدة من طبيعة المناقصة أو نوعها، فالمناقصات المحددة أو المحلية بطبيعتها تكون مقصورة على أشخاص معينين، وإما من الرغبة في تحقيق المصلحة العامة التي هي الهدف الدائم للإدارة، وهي في مجال العقود الإدارية تتبلور في التأكد مقدماً من صلاحية المتقدمين، ويحكمها سلطة الإدارة في الحرمان والاستبعاد التي سنتناولها في شرح المبدأ الثالث من المبادئ الحاكمة للعقود الإدارية.

ومن الأحكام التي أكدت هذا المبدأ حكم محكمة القضاء الإداري في مصر الصادر في ٢١ إبريل سنة ١٩٥٧، الذي تضمن: «من المبادئ الأساسية التي تخضع لها المناقصة العامة الإعلان وحرية المنافسة والمساواة بين المتنافسين».

والمقصود بحرية المنافسة حق الأفراد في التقدم للمناقصة العامة دون منع الإدارة لأحد منهم أو حرمانه من حقه في التنافس للوصول إلى إرساء العطاء عليه، بإجراء سواء كان عاماً أم خاصاً، إلا أن هذا المبدأ الطبيعي يحد من إطلاقه قيدان:

أولهما: يتعلق بما تفرضه الإدارة من شروط معينة ترى وجوب توافرها فيمن يتقدم للمناقصة. وثانيهما: يتعلق بما تتخذه الإدارة من إجراءات وهي بصدد تنظيم أعمال المناقصة العامة من: استبعاد بعض الأفراد الذين يثبت لها عدم قدرتهم الفنية أو المالية لأداء هذه الأعمال مستهدفة بذلك ألا يتقدم للمناقصة إلا الصالحون من الأفراد والقادرون منهم.

المبدأ الثالث: سلطة الإدارة في الحرمان والإستبعاد:

يأتي هذا المبدأ في نطاق الاستثناء من المبدأ السابق، وهو حرية المنافسة والمساواة بين المتنافسين، ويجد هذا المبدأ سنده في فكرة السلطة العامة وما تثيره من امتيازات يحق للإدارة مباشرتها في مواجهة الأفراد.

سلطة الإدارة في الحرمان:

والحرمان هو إجراء شخصي ينصب على شخص معين بالذات، على عكس الاستبعاد فهو إجراء موضوعي يلحق عطاء معيناً وليس شخصاً من الأشخاص. وتباشر الإدارة سلطتها في الحرمان وفي الاستبعاد عن طريق سلطتها في إصدار القرارات التنفيذية والتنفيذ المباشر أي بإرادتها المنفردة. ويعتبر الحرمان والاستبعاد من أهم مظاهر السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة في مرحلة تكوين العقد، إذ يخولان الإدارة سلطات استثنائية لا توجد في القانون الخاص بل تتعارض معه، إلا أن القضاء الإداري وازن هذه السلطة بأن أجاز للأفراد الطعن أمامه بالإلغاء لإساءة استعمال السلطة إذا كان القرار قد صدر متنكباً الصالح العام أو لأسباب لا تتصل به كالأسباب السياسية مثلاً، كما أجاز الطعن بالإلغاء لعدم قيام الأسباب المبررة للاستبعاد أو الحرمان، أو لعدم صحة هذه الأسباب [١].

والحرمان يأتي كإجراء عام يطبق على عدد غير محدود من المناقصات والممارسات الخاصة بجهة إدارية معينة (وزارة أو مصلحة)، وقد ينصرف في بعض الأحيان إلى كل المناقصات والممارسات الحكومية، وقد يكون لمدة معينة أو دون تحديد مدة، كما قد يكون في حدود مالية معينة أو بغير حدود.

(١) يراجع حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر في ٢١ إبريل سنة ١٩٥٧.

والحرمان نوعان: جزائي، ووقائي:

النوع الجزائي: بسبب التنفيذ المعيب لالتزام سابق، وهو نوع من القيود التي ترد على مبدأ حرية المنافسة، يوقع كجزاء تعاقدي عن أخطاء سابقة ارتكبها المقاول أو المتعهد، ويعتبر من تطبيقات نظرية الجزاءات في العقود الإدارية، ومن ثم فهو يخضع لأحكام هذه النظرية، وعلى الأخص باعتباره سلطة مقيدة يراقبها القضاء.

الحرمان الجزائي:

وهو لا يقتصر فقط على حالة التنفيذ المعيب لالتزام سابق، وإنما قد يكون بنصوص صريحة في القوانين واللوائح، كالنص على حرمان الشركات أو المنشآت الخاصة التي ارتكب القائمون بالعمل فيها مخالفات مالية معينة، أو حرمان الأشخاص الذين لم يقدموا إقراراتهم المالية أو لم يدفعوا الضرائب أو الرسوم المستحقة للدولة.

وكذا حرمان الأشخاص الذين حكم عليهم بعقوبة جناية من التقدم للمناقصات الحكومية.

الحرمان الوقائي:

إذا قدرت الجهة الإدارية أن المتقدم للتعاقد معها غير مليء أو غير كفء تقرر حرمانه من الاشتراك في المناقصات والممارسات لأسباب تتصل بالمصلحة العامة. والأساس القانوني لحق الإدارة في هذه الحالة هي فكرة السلطة العامة؛ وذلك بما لها من سلطة تقديرية كأحد امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها. ولكونها سلطة تقديرية للإدارة، فإنه لا يجوز للقاضي التعقيب على قرار الحرمان إلا إذا كان مشوباً بعيب إساءة استعمال السلطة، وهذا هو ما قضت به محكمة القضاء الإداري في مصر [(١)] بأن «للوزارة الحق – وهي بصدد تنظيم أعمال المناقصات الخاصة بمشروعاتها – في أن تستبعد المقاولين الذين يثبت لها عدم قدرتهم الفنية أو المالية لأداء هذه الأعمال، وقرارها في هذا الشأن يصدر بناءً على سلطتها التقديرية، ولا يطعن عليه إلا إذا شابه عيب إساءة استعمال السلطة....».

وقد استقر القضاء على أن الإدارة غير ملزمة بتسبيب قرار الحرمان، ولكنها إذا سببت هذا القرار، فإن الأسباب يجب أن تكون سليمة من حيث الواقع والقانون.

سلطة الإدارة في الاستبعاد:

هذه السلطة تمارسها الإدارة في الاستبعاد في العطاء ذاته لعدم استيفائه للشروط أو لعدم جدارة المتقدم.

وقرار الاستبعاد هو إجراء فوري ينطبق على حالة معينة بالذات في مناقصة محددة، وقد يكون سبب الابتعاد عدم استيفاء العطاء أو مقدمة لشروط المناقصة، أو للأوضاع التي نصت عليها القوانين واللوائح، وقد يكون تنفيذاً لقرار سابق بالحرمان، كما قد يكون إجراءً وقائياً لأسباب تتصل بمصلحة المرفق وحسن تنفيذ العقد. والقضاء مستقر على أن سلطة الإدارة في الابتعاد هي سلطة تقديرية لا يكون ثمة محل للتعقيب عليها، والإدارة غير ملزمة بتسبيب قراراها، ولكنها إذا تطوعت وسببت قرارها فإنه يخضع للقضاء ولمراقبة سلامة هذه الأسباب.

(١) حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٥٧/٤/٢١، – المجموعة السنة ١١،رقم ٢٥٣،ص ٢٦٩.

ويشترط لصحة قرار الاستبعاد في فرنسا أن يصدر قبل فتح المظاريف، أما في مصر فقد استقر القضاء والفقه على عكس ذلك، فالابتعاد يصدر بقرار من لجنة البت بعد فتح مظاريف العطاءات.

المبدأ الرابع: سلطة الإدارة في عدم إتمام العقد :

طبقاً لما استقر عليه الفقه والقضاء في كل من فرنسا ومصر- لا ينعقد العقد بقرار إرساء المناقصة، إذ لا يعدو هذا القرار كونه إجراء تمهيدياً سابقاً على مرحلة التعاقد، وإنما ينعقد بقرار تال وهو اعتماد الارساء من الجهة المختصة بإبرام العقد، إذ به تفصح الإدارة عن إرادتها في إبرام العقد وتلاقي رضائها مع رضاء المتقدم الذي أعلنه عند تقديم عطائه. وهذا الاعتماد يجب أن يكون صريحاً لا ضمنياً.

ويترتب على إرساء المناقصة التزام الإدارة- إذا رأت إبرام العقد- بأن تبرمه مع الراسى عليه العطاء دون غيره إذ يكون اختصاصها في ذلك اختصاص مقيد تلتزم بموجبه الامتناع عن التعاقد مع غير من رسا عليه العطاء.

إلا أن الإدارة يحق لها دائماً أن ترفض إتمام العقد، حتى لا يفرض عليها التعاقد مع شخص لا تقبله، أو إذا تبينت ملاءمة اتخاذ هذا القرار لظروف تتعلق بالمصلحة العامة أو بمصلحتها المالية أو الإدارية.

وتتمتع الإدارة دائماً بسلطة تقديرية في رفض اعتماد المناقصة، هذه السلطة التقديرية تعني الحق المطلق للإدارة في قبول الاعتماد، أو رفضه وهذا ما أكده القضاء في كل من فرنسا ومصر، من ذلك حكم محكمة القضاء الإداري في مصر[١] الصادر في ١٩٥٦/١١/١٨ بقوله: « لا نزاع في أن للجهات الإدارية سلطة تقديرية في إبرام العقود بعد فحص العطاءات وإرسائها على المتعهدين»، وفي حكمها الصادر في ١٩٥٧/٤/٢٨، قررت بأن «للجهة المختصة بإبرام العقد اختصاصاً مقيداً في اختيار المتعاقد الذي عينته لجنة البت، فتلتزم بالتعاقد معه إذا رأت إتمام الصفقة، واختصاصاً تقديرياً في العدول عن إبرام العقد معه بأن تلغى المناقصة في الحالات التي قررها القانون»[٢]

ولا شك أن فكرة السلطة التقديرية هي في ذاتها امتياز من امتيازات الإدارة المتفرعة عن السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة الأفراد، وتكون هذه الفكرة بذاتها هي الأساس القانوني لسلطة الإدارة في عدم إتمام العقد. ما دامت المصلحة العامة تقتضي ذلك، فإذا كانت المصلحة العامة تخول الادارة سلطة التحرر من العقد بعد إبرامه، فإن لها من باب أولى عدم إبرامه ابتداءً إذا لم تكن قد تعاقدت بعد.

وإذا كان حق الإدارة في رفض اعتماد المناقصة يندرج في نطاق السلطة التقديرية فإن ذلك لا يمنع من الطعن بالإلغاء، استناداً إلى الأسباب التي يجوز أن يطعن بها على السلطة التقديرية، كإساءة استعمال السلطة، أو الانعدام المادي أو القانوني للأسباب إذا ذكرت الإدارة أسباباً لقرارها، كما يجوز للمتقدم بالعطاء المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر من جراء هذه القرارات، إما على أساس الخطأ أو الإثراء بلا سبب.

ويثور التساؤل في هذا المجال عن ما إذا كانت جهة الإدارة تستطيع بعد إصدار قرارها بعد اعتماد الترسية، تصحيح أو تعديلها إجراءات المناقصة؟

(١) حكم القضاء الإداري المجموعة، ١ لسنة ١١، رقم ٢٢، ص ٣١.
(٢) حكم محكمة القضاء الإداري- المجموعة، ١ لسنة ١١، رقم ٢٦٧، ص ٣٨٩.

أجاب القضاء عن ذلك، بأن جهة الإدارة تستطيع تصحيح نتيجة المناقصة، إذا توافرت شروط ثلاثة، وهي:

١ – أن يكون التعديل يقصد تصحيح إرساء غير مشروع. فلا يجوز التعديل لتصحيح إرساء غير مناسب.

٢ – أن يكون من الممكن تصحيح المخالفة برمتها، وذلك بإعادة إرسائها على العطاء التالي أو بتصحيح القائمة النهائية للمتناقصين، وإعادة إرساء المناقصة على المناقص الأول.

٣ – أن يكون من يعاد إرساء العطاء عليه مازال ملتزماً بإيجابه.

وبالنسبة للآثار المترتبة على استعمال الإدارة سلطتها في عدم إتمام العقد، فإن ذلك قد يرتب مسئولية الإدارة، سواء على أساس الخطأ أو على أساس الإثراء بلا سبب أو الانحراف في استعمال السلطة، وهو ما يرتب حقاً للمناقص المضار في التعويض.

المبحث الثاني: مرحلة تنفيذ العقد الإداري:

إذا كانت الغاية من إبرام العقد الإداري تكمن أساساً في كفالة حسن سير المرافق العامة، وأداء الأعمال والخدمات وسرعة إنجازها، تحقيقاً للمصلحة العامة، فإن تلك الغاية لن تتحقق عملاً إلا بتنفيذ الالتزامات العقدية التي يولدها العقد تنفيذاً سليماً وفقاً للشروط الواردة به، وفي المدد المحددة للتنفيذ، وهذه هي الحالة العادية لتنفيذ العقد، إلا أن للإدارة سلطتها العامة التي تمنحها مكنات وامتيازات في مجال العقد الإداري لتحقيق المصلحة العامة تبعاً لتغير الظروف، فقد تستخدم سلطتها العامة في التأثير في القوة الملزمة للعقد سواء في مجال تعديله بإرادتها المنفردة أم في مجال إنهائه، كما تتبدى سلطتها في مراقبة تنفيذ العقد، وكذا سلطتها في توقيع جزاءات على المتعاقد معها بإرادتها المنفردة، كما قد يصادف المتعاقد مع الإدارة صعوبات أو ظروفاً استثنائية لم يكن في الوسع توقعها في أثناء إبرام العقد، وقد يؤدي تدخل الإدارة من خلال سلطتها العامة إلى أوضاع لم تكن في الحسبان وتؤثر بشكل أو بآخر على ظروف تنفيذ العقد، ويتفاوت تأثير هذه الأمور ذات الطبيعة المتنوعة على تنفيذ المتعاقد لالتزاماته العقدية، فقد يقتصر الأمر على زيادة أعبائه المالية زيادة يختل معها التوازن المالي للعقد، وقد يصاب المتعاقد بخسائر جسيمة من شأنها أن تقلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب، وقد يصل الأمر إلى استحالة تنفيذ الالتزامات العقدية استحالة مطلقة. وعلاجاً لهذه الأوضاع إبتدع القضاء الإداري عدداً من النظريات المختلفة وهي. نظرية عمل الأمير، والظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة، وسنعرض لكل من هذه النظريات تباعاً، ثم نبين الآثار القانونية المترتبة على كل منها من زاوية التزامات المتعاقد مع الإدارة وتتحصل في الالتزام بالاستمرار في تنفيذ العقد مع بيان حالة استحالة التنفيذ وما تؤدي إليه من إعفاء المتعاقد في إطار نظرية القوة القاهرة، وكذلك نعرض لالتزام الإدارة تجاه المتعاقد، وتتحصل في تعويض المتعاقد، وبيان أساس هذا التعويض من خلال فكرة التوازن المالي للعقد أو المسئولية عن التعويض بلا خطأ. وعلى ذلك نقسم هذا المبحث إلى النقاط الآتية:

أولاً: سلطة الإدارة في التأثير على القوة الملزمة للعقد بتعديله أو إنهائه بإرادتها المنفردة.

ثانياً: امتيازات الإدارة إزاء المتعاقد– مجالات التنفيذ المباشر في العقود الإدارية، وهي:

أ – سلطة الإدارة في مراقبة تنفيذ العقد.

ب – سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات بإرادتها المنفردة.

ثالثاً: الظروف التي تطرأ في أثناء تنفيذ العقد وكيفية مواجهتها وإعادة التوازن للعقد.

١ - نظرية عمل الأمير.

٢- نظرية الظروف الطارئة.

٣- نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

٤- الآثار القانونية المترتبة على هذه النظريات الثلاث.

رابعاً: التزامات العقد وحقوق المتعاقد مع الإدارة.

أولاً: سلطة الإدارة في التأثير على القوة الملزمة للعقد:

التعديل والإنهاء:

من المسلم به في مجال القانون الخاص أن العقد شريعة المتعاقدين؛ بمعنى سيادة القوة الملزمة للعقد بين أطرافه، فليس لأي من المتعاقدين أن يتحلل من التزامه بإرادته المنفردة، ولا يجوز له نقض العقد أو تعديله إلا برضاء الطرف الآخر أو وفقاً لما يقرره القانون إلا أن الأمر على خلاف ذلك في مجال العقود التي تتم بين الإدارة والأفراد، فالعقد الإداري لا يتمتع في مواجهة الإدارة بقوة الإلزام التي تكون للعقود المدنية بين الأفراد، فهو لا يكون دائماً قانون المتعاقدين كالعقد المدني؛ لأنه يقتضي اخضاع المصلحة الخاصة للتعاقد لمقتضيات المصلحة العامة التي تعهد بالمعاونة على تحقيقها، ومن ثم يجوز للإدارة تعديله، كما يجوز لها إنهاؤه إذا إقتضى ذلك الصالح العام، بما يعتبر خرقاً لمبدأ إثبات العقد، ولكنه لا يعني مطلقاً نفي القوة الملزمة للعقد في مواجهة الإدارة. وفيما يلي نعرض لهذين الأمرين:

١- سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة :

سادت في الفقه والقضاء فكرة مرونة العقود الإدارية أي سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد المتصلة بالمرفق العام بإرادتها المنفردة إذا اقتضى ذلك الصالح العام؛ ففي فرنسا ذهبت الأغلبية العظمى من الفقه والقضاء إلى الأخذ بهذا الرأى، في حين ذهب البعض إلى إنكار سلطة الإدارة في التعديل، ورأى فريق ثالث وجوب قصرها على بعض العقود وحصرها في نطاق الشروط اللائحية فقط. ومن ثم فالرأي السائد في الفقه الفرنسي يؤكد أن للإدارة سلطة تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة، وأن هذه السلطة سلطة أصيلة توجد مستقلة عن العقد ودفاتر الشروط، وهو ما أكده مجلس الدولة الفرنسي سواء ما يتعلق بتعديل مدى التزامات المتعاقد بالزيادة أو النقصان، أو بتعديل طرق ووسائل تنفيذ العقد.

وفي مصر فإن الرأي المطبق في القضاء والسائد في الفقه يقر سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية، وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا وجود هذه السلطة في العديد من أحكامها.

فقد قررت في حكمها الصادر في ١٩٥٧/٤/٢٠، أن للإدارة دائماً حق تغيير شروط العقد، وإضافة شروط جديدة بما قد يتراءى لها أنه أكثر اتفاقاً مع الصالح العام دون أن يتحدى الطرف الآخر بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين[١]. وأكدت هذا المعنى بالعبارات نفسها تقريباً في حكمها الصادر في ١٩٦٨/٣/٢[٢]. كما قررت في حكمها الصادر في ١٩٦٨/٥/١١ أن «تعديل العقد الإداري أمر تملكه الإدارة

(١) مجموعة مبادئ المحكمة الإدارية العليا- السنة الثانية رقم ٩٧،ص ٩٣٧.
(٢) المجموعة، ١ لسنة ١٣ رقم ٨٣،ص ٦٢٥.

المتعاقدة على أن تعوض المتعاقد معها عما لحقه من ضرر نتيجة هذا التعديل»[١].

وكذلك قررت محكمة القضاء الإداري أن للإدارة دائماً حق تغيير شروط العقد وإضافة شروط جديدة بما قد يتراءى لها أنه أكثر إتفاقاً مع الصالح العام[٢]،وأن «للإدارة سلطة تعديل العقد من جانبها وحدها، وهي تتمتع بهذه السلطة حتى ولو لم ينص عليها العقد؛ لأنها تتعلق بالنظام العام». وأن سلطة جهة الإدارة في تعديل العقد أو تعديل طريقة تنفيذه «هي الطابع الرئيسى لنظام العقود الإدارية، بل هي أبرز الخصائص التي تميز نظام العقود الإدارية»[٣]. وأن سلطة التعديل الانفرادى المقررة للإدارة «تتناول وتشمل جميع العقود الإدارية بما فيها عقود التوريد».[٤]

ونحن نرى أن سلطة الإدارة في تعديل عقودها بإرادتها المنفردة لا تحتاج إلى النص عليها في العقد أو في دفاتر الشروط، وهي سلطة موجودة وأصيلة وأن أحكام القضاء لا تترك مجالاً للشك في ذلك.

الأساس القانوني لسلطة التعديل :

في فرنسا فإن الرأي الغالب في الفقه الفرنسي يقيم سلطة التعديل على أساس مزدوج من اعتبارات الصالح العام ومقتضيات المرافق العامة من ناحية، وامتيازات السلطة العامة من ناحية أخرى والمسلك نفسه أخذ به القضاء الإداري المصري إذ أقام سلطة التعديل الانفرادي على أساس مزدوج من فكرة السلطة العامة وفكرة المرفق العام وتحقيق الصالح العام، فقد قررت محكمة القضاء الإداري أن حق الإدارة في تعديل شروط عقودها الإدارية هو مظهر من مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، وأن هذا الحق يرتكز على سلطتها الضابطة لناحية العقد المتصلة بالصالح العام». [٥]

نطاق سلطة التعديل :

يشمل نطاق سلطة التعديل شروط تنفيذ العقد الإداري كافة من حيث مقدار الأداءات، أو من حيث طرق ووسائلة التنفيذ، أو من حيث مدد التنفيذ.

قيود سلطة التعديل الانفرادي :

على الرغم من أن سلطة التعديل هي سلطة أصيلة تسري على جميع العقود الإدارية، فإنها ليست مطلقة، إذ ترد عليها قيود، وهذه القيود نوعان:

أ- قيود متعلقة بالمشروعية، ويترتب على مخالفتها بطلان التعديل.

ب- قيود متعلقة بنطاق التعديل، ويترتب على مخالفتها حق المتعاقد في طلب فسخ العقد.

---

(١) المجموعة، ١ لسنة ١٣ رقم ١٢٠،ص ٨٩٧.
(٢) حكم القضاء الإداري الصادر في ١٩٥١/١٢/٢٦- المجموعة ١ لسنة ٦،رقم ٧٣،ص ٢١٤.
(٣) حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ٣٠ يونية سنة ١٩٥٧، المجموعة، ١ لسنة ١١،رقم ٣٧٧، ص ٦٠٧.
(٤) حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٥٦/١٢/١٦، المجموعة ١ لسنة ١١،رقم ٦٠،ص ٩٠.
(٥) حكم القضاء الإداري الصادر في ١٩٥١/١٢/٢٦، المجموعة، السنة السادسة رقم ٧٣،ص ٢١٤.

القيود التي يترتب البطلان على مخالفتها :

وهي الشروط المتصلة بمشروعية الإجراءات التي تتخذها الإدارة لتعديل عقودها تعديلاً انفرادياً، إذ يتعين لصحة هذه الإجراءات طبقاً للسائر في الفقه والقضاء مراعاة الشروط الآتية:

١ – أن يقتصر قرار التعديل على شروط العقد المتصلة بالمرفق العام دون أن يجاوزها إلى شروط العقد التي تعتبر أجنبية عن المرفق، وهي الشروط المتعلقة بالمزايا المتفق عليها للمتعاقد، وعلى الأخص العناصر المالية للعقد.

٢ – أن ينحصر التعديل في موضوع العقد فلايخرج على هذا الموضوع.

٣ – أن تصدر إجراءات التعديل في حدود المبدأ العام للمشروعية الإدارية.

٤ – أن يكون قد حدث تغير في الظروف يبرر هذا التعديل.

القيود التي يترتب الفسخ على مخالفتها :

فهناك قيود لا ترتب البطلان، إنما ترتب للمتعاقد حقاً في طلب فسخ العقد مع التعويض إن كان له موجب، وذلك إذا تجاوزت الإدارة الحدود المرسومة للتعديل، أو كان من شأن التعديل أن يؤدي إلى إرهاق المتعاقد، أو قلب اقتصاديات العقد، فإذا لم يصل التعديل إلى هذا المدى فإن حق المتعاقد يقتصر على طلب التعويض فقط.

٢ – سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية:

تنقضي العقود الإدارية بالطريقة العادية التي تنقضي بها العقود بصفة عامة، وذلك بتنفيذ الإلتزامات المنصوص عليها في العقد تنفيذاً كاملاً، أو بانقضاء المدة المحددة للعقد متى كان من عقود المدة، كعقد التزام المرفق العام وعقود الصيانة. ويعتبر الانقضاء في هذه الأحوال مجرد تطبيق للقواعد العامة في القانون المدني.

وقد تنتهي العقود الإدارية نهاية مبتسرة قبل الأوان، أي قبل تنفيذ الالتزامات التي تضمنها بالكامل، وقبل انقضاء المدة المحددة لسريانها، وقد يكون هذا الانقضاء مجرد تطبيق للقواعد العامة، كما قد يكون انقضاء خاصاً بالعقود الإدارية وحدها تتميز به عن العقود المدنية.

فقد ينقضي العقد قبل أوانه الطبيعي باتفاق الطرفين (الفسخ الاتفاقي)، وقد يتضمن هذا الاتفاق تعويض المتعاقد أو عدم تعويضه بحسب ما تلتقي عليه إرادات المتعاقدين، ويعتبر ذلك مجرد تطبيق للقواعد العامة.

وقد ينفسخ العقد بقوة القانون، في حالتين:

(١) إذا استحال تنفيذه بسبب القوة القاهرة أو بسبب هلاك موضوع العقد، وفي هذه الحالة يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه. ولايكون للمتعاقد الحق في المطالبة بالتعويض مادامت الواقعة التي سببت استحالة التنفيذ أجنبية عن الإدارة، أو كانت بفعل الإدارة نفسها نتيجة إجراء عام أصدرته في مواجهة عدد غير معين من الأفراد. أما إذا استحال التنفيذ بفعل الإدارة، بأن أرتكبت خطأ ترتب عليه هلاك موضوع العقد، أو أنها أنهت العقد بإرادتها المنفردة، فإن المتعاقد يكون له في هذه الحالة حق المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر نتيجة لخطأ الإدارة، أو مقابل استعمال الإدارة حقها في الفسخ، وهذه هي حالة الفسخ الإداري.

(٢) هي حالة إذا ما نص العقد أو القانون على اعتبار العقد مفسوخاً بقوة القانون إذا حدثت وقائع معينة، فإن العقد يعتبر مفسوخاً من

تلقاء نفسه من لحظة حدوث الواقعة، ويعتبر ذلك مجرد تطبيق للقواعد العامة.

وقد يتقرر الفسخ بحكم من القاضي الإداري، وذلك بناء على طلب المتعاقد أو بناء على طلب الإدارة.

ويتم الفسخ بناء على طلب المتعاقد في حالة ارتكاب الإدارة خطأ جسيماً، أو فرضها تعديلات على شروط تنفيذ العقد تجاوز إمكانيات المتعاقد المالية وقدراته الفنية أو تقلب اقتصاديات العقد.

ويكون الفسخ بناء على طلب الإدارة في حالة طلب إسقاط الالتزام كجزاء لتقصير الملتزم في فرنسا، أما في مصر فإن الوضع يختلف، إذ يجوز لمانح الالتزام إسقاطه دون حاجة للجوء إلى القضاء.

وقد يكون طلب فسخ العقد قضائياً من حق الطرفين في آن واحد، وذلك في حالة القوة القاهرة الإدارية، وذلك إذا تبين أن العقد لن يسترد توازنه على الرغم من مساعدة الإدارة وأن بقاءه أصبح رهيناً باستمرار هذه المساعدة.

وإذا كان الفسخ القضائي للعقود الإدارية ينتمي إلى نظرية العقود الإدارية بسبب الأفكار الإدارية التي يتضمنها، فإن الإنهاء الانفرادى لهذه العقود الذي يصدر عن الإرادة المنفردة للإدارة يعتبر من الخصائص التي تتميز بها العقود الإدارية.

وقد أقر القضاء والفقه في فرنسا وجود هذه السلطة خارج شروط العقد ونصوص القوانين واللوائح، وهو ما أكده كذلك الفقه والقضاء في مصر.

فقد قررت محكمة القضاء الإداري أن حق الإدارة في فسخ عقودها بإرادتها المنفردة هو حق تتمتع به دون حاجة للنص عليه في العقد، وأن هذا الحق يعتبر من الخصائص المميزة للعقود الإدارية[1]. وقد أكدت ذلك المحكمة الإدارية العليا بقولها إن « للإدارة دائماً سلطة إنهاء العقد إذا قدرت أن هذا هو ما يقتضيه الصالح العام، ولايكون للطرف الآخر إلا الحق في التعويضات إن كان لها وجه.

وسلطة الإدارة في إنهاء عقودها بإرادتها المنفردة ليست سلطة مطلقة، بل ترد عليها قيود، ويمكن حصرها في قيدين:

الأول- أن يكون الإنهاء من مقتضيات الصالح العام أو صالح المرفق:

فإذ صدر الفسخ دون أن يقتضيه الصالح العام أو تستلزمه احتياجات المرفق العام المتصل بالعقد، فإن قرار الفسخ يكون بلا مبرر، ويستطيع قاضي العقد أن يقضي بإلغائه.

الثاني - أن تتوافر الشروط اللازمة بصحة الأعمال المبنية على سلطة تقديرية:

كالغلط في الواقع إذا سببت الإدارة قرار الفسخ تسبيباً معيباً، وكالانحراف في استعمال السلطة، إذا استهدفت الإدارة من الإنهاء منفعة مالية فقط.

المقابل المستحق للمتعاقد:

مقابل سلطة الإدارة في الفسخ فإن المتعاقد يستحق تعويضاً كاملاً وفقاً للأوضاع الآتية:

(١) حكم القضاء الإداري الصادر في ٢٥ يونيه سنة ١٩٦١،المجموعة، السنة ١٥، رقم ١٩٩، ص ٢٦٩.

أ – إذا نظم العقد مدى استحقاق التعويض وعناصره في حالة الإنهاء الانفرادى وجب إعمال شروط العقد، حتى ولوتضمنت حرمان المتعاقد من التعويض، وكذلك الشأن إذا حددت القوانين واللوائح مقدار التعويض الذي يستحقه المتعاقد في حالة إنهاء العقد.

ب – إذا لم ينظم العقد أو القوانين واللوائح أوضاع منح التعويض عند إنهاء العقد، فإن القاضي هو الذي يقدر التعويض المستحق للمتعاقد.

ويجب لاستحقاق التعويض أن يكون المتعاقد قد أصابه ضرر حقيقي من جراء الفسخ.

والتعويض الذي يستحقه المتعاقد في هذه الحالة هو التعويض الكامل، وهو يتضمن عنصرين: مالحق المتعاقد من خسارة، وما فاته من كسب.

ففيما يختص بالعنصر الأول من عناصر التعويض – وهو مالحق المتعاقد من خسارة – لا يجوز المساس به ولا ترد عليه استثناءات أو قيود. أما العنصر الثاني– وهو ما فات المتعاقد من كسب– فيرد على حق المتعاقد فيه قيدان، استقر عليهما قضاء مجلس الدولة الفرنسي، أولهما: ألا يكون الفسخ قد تم بسبب ظروف خارجية لا يد للإدارة فيها كحالة الحرب، والثاني: ألا يكون قرار الفسخ قد صدر بناء على طلب المتعاقد أو بسبب تخليه عن تنفيذ العقد بموافقة الإدارة المتعاقدة.

ثانياً – مجالات التنفيذ المباشر في العقود الإدارية :

يعتبر امتياز التنفيذ المباشر من أهم الامتيازات التي تتمتع بها الإدارة في نطاق تنفيذ العقد، بل إن بعض الفقهاء يرون أن كل مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية مردها في الحقيقة إلى هذا الامتياز.

وامتياز التنفيذ المباشر هو سلطة الإدارة في أن تقرر حقوقها بمقتضى قرارات إدارية تصدرها وتنفذها بإرادتها المنفردة، دون حاجة لتدخل القضاء، حتى ولو ترتب على هذه القرارات المساس بحقوق الأفراد، ويرتكز هذا الامتياز على فكرة السلطة العامة باعتبارها مصدر القواعد الاستثنائية الخارجة على القانون الخاص.

وتمارس الإدارة سلطات التدخل المقررة لها في نطاق تنفيذ العقود الإدارية عن طريق استعمال امتيازها في التنفيذ المباشر. فهي تباشر هذا الامتياز عندما تعمل سلطتها في مراقبة تنفيذ العقد أو في توقيع الجزاءات على المتعاقد الذي يقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية، وهي عندما تعدل في شروط هذه العقود، بقرارات تصدرها بإرادتها المنفردة وتكون نافذة على المتعاقد رغماً عنه، إنما تستند في ذلك إلى امتياز التنفيذ المباشر. كما تعتبر سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة أيضاً من مجالات هذا الامتياز في نطاق تنفيذ العقد، وهو ما سبق أن عرضنا له في النقاط السابقة.

وهنا نلقي الضوء في إيجاز على نقطتين :

الأولى : سلطة الإدارة في مراقبة تنفيذ العقد.

والثانية: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقد معها بإرادتها المنفردة.

١ – سلطة الإدارة في مراقبة تنفيذ العقد:

تتميز العقود الإدارية عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه سد احتياجات المرفق العام بما يكفل أداءه لوظيفته وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة. ومن مقتضيات هذا الطابع أن يكون للإدارة سلطة الرقابة على تنفيذ عقودها الإدارية، وللرقابة

في هذا الخصوص معنيان:

أ - **معنى ضيق:** يتناول سلطة الإشراف على تنفيذ العقد؛ أي حق الإدارة في مراقبة التنفيذ والتأكد من أنه يتم وفقاً لما تضمنه العقد من شروط. وغالباً ما تتم الرقابة في هذا النطاق في صورة أعمال مادية، كدخول أماكن استغلال المرفق والمخازن والورش والمصانع، أو استلام بعض الوثائق من المتعاقد للاطلاع عليها وفحصها، أو إجراء التحريات، أو تلقي شكاوى المنتفعين والبت فيها. وقد تتم الرقابة في صورة أعمال قانونية، كتعليمات أو أوامر تنفيذية، أو إنذارات توجهها الإدارة للمتعاقد. والرقابة بهذا المعنى تتم في أثناء تنفيذ العقد باعتبارها حقاً مقرراً للإدارة حتى ولو لم ينص عليه في العقد.

ب -**معنى واسع:** يتناول سلطة التوجيه؛ أي حق الإدارة في توجيه أعمال التنفيذ واختيار أنسب الطرق التي تؤدي إليه. وهنا يكون تدخل الإدارة أعمق وأوسع من تدخلها كسلطة إشراف، إذ لا يقتصر تدخلها على التأكد من تنفيذ العقد بما يتفق والشروط الواردة به، بل تتدخل في توجيه أعمال التنفيذ، باختيار أنسب الطرق التي تراها مناسبة لحسن سير المرفق، ويكون ذلك في الحالات غير المنصوص عليها صراحة في العقد، ولكن إذا لجأت إلى التعديل في شروط العقد فإنها تكون أمام سلطة أخرى، هي سلطة التعديل الانفرادي من جانب الإدارة لشروط العقد.

والرقابة بهذا المعنى لا تتم إلا بأعمال قانونية فقط، كإصدار التعليمات باتباع طريقة معينة في التنفيذ أو بالامتناع عن اتباع هذه الطريقة، أو بإصدار أوامر تنفيذية لتوجيه التنفيذ، والإدارة تباشر سلطتها على هذا الوجه إعمالاً لامتيازاتها الأصلية في التنفيذ المباشر وفي إصدار القرارات التنفيذية بإرادتها المنفردة دون ما حاجة إلى الالتجاء مقدماً إلى القضاء.

وسلطة الإدارة في الرقابة ليست سلطة طليقة من القيود بل لها حدود يتعين الوقوف عندها، وإلا أصبحت مظهراً لسلطة أخرى غير سلطة الرقابة أو أصبحت عملاً غير مشروع تلتزم الإدارة إزاءه بتعويض من أصابه ضرر من جرائه.

وسلطة الرقابة قد ينص عليها في العقد ودفاتر الشروط أو في القوانين واللوائح، ويختلف مداها وأثرها باختلاف نوع العقد.

وقد أكد القضاء الإداري المصري في أحكام عديدة، وجود هذه السلطة مستقلة عن العقد ودفاتر الشروط، باعتبارها من النظام العام، وحظر على الإدارة التنازل عنها؛ فقد قررت محكمة القضاء الإداري أن شروط العقد الإداري « هي مظهر لإرادة لها سلطة إلزام من يقبل أن يكون خاضعاً لقانونها، وأن هذا القانون – وهو دستور العقود الإدارية – يعطى لجهة الإدارة سلطة الرقابة على تنفيذ العقد وسلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها إذا أخل بالتزاماته»، كما قررت أن الإدارة « تتمتع بهذه الحقوق والسلطات ولم ينص عليها العقد لأنها تتعلق بالنظام العام»[1]

ويجب التمييز في نطاق سلطات التدخل ذاتها بين سلطة الرقابة على تنفيذ العقد وسلطة تعديل شروط العقد. كما يجب التمييز بين سلطة الرقابة كوسيلة للتدخل في تنفيذ العقود الإدارية، وبين سلطة الضبط الإداري باعتبارها سلطة لائحية مستقلة تستهدف حماية النظام العام بعناصره الثلاثة، الأمن العام، والصحة العامة، والسكينة العامة.

٢ – سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات بارادتها المنفردة:

إذا قصر المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية، فإن الإدارة تملك أن توقع عليه جزاءات مختلفة، وهي لا تستمد سلطتها في توقيع هذه الجزاءات من نصوص العقد الإداري بل من امتيازات السلطة العامة التي تملكها وعلى الأخص امتيازها في التنفيذ المباشر. ودون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء، ومبرر هذه السلطة هو ضمان حسن تنفيذ العقد المتصل بسير المرفق العام وضمان استمراره وانتظامه تحقيقاً

(١) حكم القضاء الإداري الصادر في ١٩٥٧/٦/٣٠،– المجموعة – السنة ١١،رقم ٣٧٧،ص ٦١٠.

للمصلحة العامة، والإدارة لا تستند في مباشرة هذه السلطة إلى نصوص العقد الإداري، بل إلى سلطتها الضابطة لسير المرفق العام.

وسكوت العقد عن النص على جزاءات معينة لمخالفة الالتزامات العقدية لا يعني عدم وجود جزاء، إذ القاعدة أن كل التزام تعاقدي يقابله جزاء وأن من حق الإدارة أن تتخذ بإرادتها المنفردة الإجراءات الضرورية لتأمين سير المرفق العام، وسلطتها في هذا المجال تقوم مستقلة عن النصوص التعاقدية، بل إن الإدارة في فرنسا ليست مقيدة بالجزاءات التي ينص عليها العقد، فهي تستطيع توقيع جزاءات أخرى إذا رأت أنها أكثر تناسباً مع المخالفات التي ارتكبها المتعاقد.

أما في مصر فإن مبدأ وجوب احترام النصوص التعاقدية المتعلقة بالجزاءات الإدارية مازال معمولاً به دون إي استثناء. فلا يجوز للإدارة كقاعدة عامة أن تخالف ما نص عليه العقد في هذا الشأن، وعلى عكس القضاء الفرنسي الذي اعترف للإدارة بالحق في تقدير التعويض عن الضرر الذي أصابها من جراء تقصير المتعاقد وإستئدائه بنفسها، فإن القضاء المصري لم يعترف للإدارة بذلك، إذ يتعين على الإدارة أن تلجأ إلى القضاء لاقتضاء التعويض عن الأضرار التي أصابتها من جراء تقصير المتعاقد.

والغرض من الجزاءات الإدارية هو «إرغام الطرف المتعاقد من جهات الإدارة على تنفيذ التزامه، أما تعويض الإدارة عن الضرر الذي يكون قد لحق بها فإنه هدف يأتى في المرتبة الثانية[١]. فالجزاءات الإدارية لا تستهدف تقويم اعوجاج في تنفيذ الالتزامات التعاقدية بقدر ما تتوخى تأمين سير المرافق العامة[٢]؛ أى أنها ليست عقوبة توقع على المتعاقد، ولكنها «وسيلة قانونية لتأمين سير المرافق العامة».

وسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات بإدارتها المنفردة تجد سندها في فكرة السلطة العامة في العقود الإدارية، وهي تطبيق لامتيازات السلطة العامة التي تملكها الإدارة قبل الأفراد وهو امتياز التنفيذ المباشر. وقد قررت المحكمة الإدارية العليا أنه «ولئن كان التنفيذ عيناً في المعاملات المالية لا يتم إلا عن طريق القضاء، فإنه في العقود الإدارية يكون تنفيذ الالتزام عيناً بواسطة الإدارة تقوم به بنفسها وعلى حساب المتعاقد معها وتحت مسئوليته، فالشراء على حساب المتعاقد المقصر في تنفيذ تعهده وإلزامه بفرق السعر، ليس عقوبة توقع على المتعهد، وإنما هو تطبيق لقاعدة تنفيذ الالتزام عيناً تقوم به الإدارة بنفسها وعلى حساب المتعاقد معها وتحت مسئوليته، فالشراء على حساب المتعهد المقصر في تنفيذ تعهده وإلزامه بفرق السعر ليس عقوبة توقع على المتعهد، وإنما هو تطبيق لقاعدة تنفيذ الالتزام عيناً تقوم به الإدارة بنفسها عند إخلال المتعاقد معها بتعهده، ضماناً لحسن سير المرافق العامة واطراد سيرها، ومنعاً من تعطلها بما قد يعرض المصلحة العام للضرر إذا توقفت هذه المرافق[٣]. كما قررت أن «التأمين في حقيقته هو ضمان لتنفيذ العقد الإداري، فلا يمكن تصور قيام هذا الضمان ما لم يكن للإدارة حق مصادرة التأمين؛ أي اقتضاء قيمته بطريق التنفيذ المباشر دون حاجة للإلتجاء إلى القضاء[٤].

كما أكدت محكمة النقض المصرية أن توقيع الإدارة لإجراءات الضغط على المتعاقد هو مباشرة منها لسلطتها في التنفيذ المباشر على حساب المتعاقد المقصر في أداء إلتزاماته، وأن الأمر الذي تصدره جهة الإدارة بالامتناع عن صرف المبالغ المستحقة للمقاول لدى جهات الحكومة المختلفة على مقتضى شروط العقد الإداري نتيجة سحب العمل منه لا يعتبر حجزاً إدارياً، بل هو من وسائل تنفيذ العقد الإداري، الذي يخرج عن ولاية القضاء العادي سلطة الفصل فيه[٥] وسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية هي سلطة تقديرية لا يقيدها إلا القاعدة العامة التي توجب أن يكون تصرف الإدارة بقصد تحقيق الصالح العام.

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٥٦/١/١١،- المجموعة -،السنة العاشرة،رقم ١٦٣،ص ٢٤٠.
(٢) حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٥٧/٣/١٧،- المجموعة - السنة ١١،رقم ١٨٠،ص ٢٤٠.
(٣) حكم الإدارية العليا الصادر في ١٩٦٢/١٢/١٦،المجموعة،السنة السابعة، رقم ١٤،ص ١٠٢.
(٤) حكم الإدارية العليا المجموعة، السنة العاشرة،رقم ٣٤،ص ٣١٣.
(٥) نقض ١٤ مارس سنة ١٩٦٧، مجموعة المكتب الفني - السنة ١٨،ص ٦١٢.

أنواع الجزاءات الإدارية:

(١) الجزاءات المالية:

وتشتمل على: أ- غرامات التأخير. ب- مصادرة التأمين.

(٢) الجزاءات المؤقتة أو إجراءات الضغط المؤقتة: وتشمل الحراسة على المرفق في عقد التزام المرافق العامة، والحلول محل المتعاقد في عقد الأشغال العامة والشراء على حساب المتعهد في عقد التوريد.

(٣) الجزاءات النهائية أو إجراءات الردع النهائية: وتتضمن فسخ العقود الإدارية بصفة عامة، وإسقاط الالتزام في التزام المرافق العامة كتطبيق من تطبيقات جزاء الفسخ.

ثالثاً : الظروف التي تطرأ في أثناء تنفيذ العقد وكيفية مواجهتها وإعادة التوازن للعقد:

قلنا إن الغاية من إبرام العقد الإداري تكمن أساساً في كفالة حسن سير المرافق العامة وأداء الأعمال والخدمات وسرعة إنجازها، تحقيقاً للمصلحة العامة، ولن يتحقق ذلك عملاً إلا بتنفيذ الالتزامات العقدية التي يولدها العقد تنفيذاً سليماً وفقاً للشروط الواردة به، وفي المدد المحددة للتنفيذ، إلا أن المتعاقد مع الإدارة قد تصادفه في أثناء تنفيذ العقد صعوبات أو ظروف استثنائية لم يكن في الوسع توقعها في أثناء إبرام العقد، وقد يتعرض في أثناء التنفيذ لتدخلات مختلفة من السلطة العامة لم تكن في الحسبان، وتؤثر بشكل أو بآخر على ظروف تنفيذ العقد ويتفاوت تأثير هذه الأمور ذات الطبيعة المتنوعة على تنفيذ المتعاقد لالتزاماته العقدية، فقد يقتصر الأمر على زيادة أعبائه المالية زيادة يختل معها التوازن المالي للعقد، وقد يصاب المتعاقد بخسائر جسيمة من شأنها أن تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب، وقد يصل الأمر إلى استحالة تنفيذ الالتزامات العقدية استحالة مطلقة.

ويثور التساؤل عن التبعات القانونية المترتبة على هذه الأمور فيما يتعلق بالتزامات طرفي العقد وحقوقهما ؟.. وهل يترك هذا المتعاقد الذي صادف أموراً لم يكن في الوسع توقعها -على الرغم من اتخاذه الحيطة الواجبة وفقاً للمجرى العادي للأمور- ضحية لصعوبات وظروف وأفعال لا يد له في إحداثها ؟

يجيب عن هذه التساؤلات عدد من النظريات المختلفة: عمل الأمير، والظروف الطارئة، والصعوبات المادية غير المتوقعة، والقوة القاهرة. وهذه النظريات ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي بناء على الفهم الصحيح لطبيعة العلاقة بين الإدارة وبين المتعاقد معها ليقيم توازناً بين الطرفين يؤدي إلى تحقيق المصلحة العامة مع عدم التضحية بالمصلحة الخاصة للمتعاقد. وقد سلم مجلس الدولة المصري بتلك النظريات متابعاً في ذلك مجلس الدولة الفرنسي وعلى الرغم من قلة الأحكام الصادرة في هذا الشأن من محكمة القضاء الإداري بمصر، والمحكمة الإدارية العليا، فإنها تكشف عن فهم وإدراك عميق للمبادئ الأساسية التي تقوم عليها هذه النظريات،وسوف نعرض فيما يلي تلك النظريات.

١ - نظرية عمل الأمير:

يمكن أن تعرف عمل الأمير بأنه «عمل يصدر من سلطة عامة متعاقدة، دون خطأ من جانبها، لم يكن في الوسع توقعه أو توقع الآثار المترتبة عليه، ينجم عنه تسوئ مركز المتعاقد في عقد إداري ويترتب عليه إثارة مسئولية الإدارة العقدية دون خطأ، والتزامها بتعويض

المتعاقد تعويضاً كاملاً عن جميع الأضرار التي تلحق به من جراء ذلك، بما يعيد التوازن المالي للعقد[١] ويقوم هذا التعريف على العناصر التالية:

١- أن الإجراء المكون لعمل الأمير سواء كان إجراء خاصاً أم عاماً، يجب أن يكون صادراً من جهة الإدارة سواء كانت هي الجهة التي أبرمت العقد او من جهة إدارية أخرى، وقد تتخذ شكل قرار فردي أو تكون بقواعد تنظيمية عامة.

٢- أن مسئولية الإدارة في نطاق نظرية عمل الأمير، وإن كانت مسئولية عقدية، فهي مسئولية عقدية بلا خطأ، أما إذا انطوى تصرف الإدارة على خطأ، فلا مجال لتطبيق نظرية عمل الأمير، وتسأل الإدارة على أساس المسئولية العقدية طبقاً للقواعد العامة على أساس الخطأ.

٣- أن الإجراء الصادر من جهة الإدارة المتعاقدة، يجب أن يكون غير متوقع أو لم يكن في الإمكان توقعه في أثناء إبرام العقد سواء في ذاته أو نتائجه.

٤- لا يشترط في الضرر المترتب على عمل الأمير أي قدر من الجسامة، فيكفي أن يسبب الضرر إنقاص الربح الذي كان يتوقعه المتعاقد ويأمل تحقيقه.

٥- أن نظرية عمل الأمير لا تعمل إلا في مجال العقد الإداري وأن يكون العمل الصادر من الإدارة من أعمال الغير بالنسبة لطرفي العقد.

وهذه النظرية نشأت نشأة قضائية، فهي من خلق مجلس الدولة الفرنسي وعلى الرغم من قدم هذه النظرية، فإنه ما زال هناك خلاف في الفقه حول بعد عناصر الغموض والإبهام التي تعتورها، خاصة في مجال نطاق عملها وما إذا كان يتسع ليشمل تعبير «عمل الأمير» كل تدخل للسلطة العامة يؤثر بشكل أو بآخر على تنفيذ الالتزامات العقدية أم يقتصر نطاقها على معنى ضيق ينصب فقط على الإجراء الذي تتخذه السلطة المتعاقدة ويؤثر على شروط تنفيذ العقد ولا سيما القرارات التي تؤدى إلى تعديل مباشر في شروط العقد، فغالبية الفقه ينظر إلى أن سلطة تعديل العقد هي إحد تطبيقات هذه النظرية، بل إن أستاذنا الدكتور العميد الطماوى يرى أن نظرية عمل الأمير تتمثل في هذا الغرض في أجلى صورها[٢]، ومع ذلك فإن بعض الفقهاء يذهبون إلى أن نظرية «عمل الأمير» يجب أن تقتصر فقط على ممارسة الإدارة المتعاقدة لسلطاتها الخارجة عن النطاق التعاقدي، ومن ثم التضييق من مجال عمل هذه النظرية؛ بحيث لا يشمل سلطة الإدارة في تعديل العقد، على اعتبار أنها ممارسة لسلطة عادية مستمدة من العقد ذاته.

ولا تقتصر الصعوبة على وضع إطار محدد لنظرية «عمل الأمير»، حتى يمكن تحديد نشأة هذه النظرية تحديداً دقيقاً، بل إن الأمر يتجاوز ذلك إلى بعض الأفكار المرتبطة بتلك النظرية ارتباطاً وثيقاً، وأهمها فكرة التوازن المالي للعقد الإداري. هذه الفكرة التي على أساسها يتعين على جهة الإدارة أن تعيد التوازن المالي للعقد كلما اختل هذا التوازن نتيجة فعلها وتدخلها في أثناء تنفيذ العقد.

وفكرة التوازن ظهرت لأول مرة بمناسبة تدخل الإدارة في عقود الامتياز وسوف نعرض لها بالتفصيل في موضع آخر.

٢- الظروف الطارئة:

عندما تختل اقتصاديات العقد إختلالاً جسيماً نتيجة ظروف استثنائية لم يكن في الوسع توقعها عند إبرام العقد، وتؤدي إلى جعل تنفيذ

(١) يراجع في ذلك الدكتور علي عبد المولى – رسالة دكتوراه «الظروف التي تطرأ في أثناء تنفيذ العقد الإداري سنة ١٩٩١ ص ٧ وما بعدها.
(٢) الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسات مقارنة، الطبعة الرابعة، سنة ١٩٨٤،ص ٥٧٤.

الالتزام أكثر إرهاقاً للمتعاقد، بما يترتب عليها من خسائر تجاوز في عبئها الخسارة العادية التي قد تحدث في التعامل، يكون للمتعاقد الحق في طلب مساعدة جهة الإدارة له للتغلب على هذه الظروف، ومشاركته في تحمل جزء من الخسارة التي حاقت به. فالظروف الطارئة وإن كانت لا تؤدي إلى جعل تنفيذ العقد مستحيلاً، إلا أنها تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب. والمتعاقد يجب عليه الاستمرار في تنفيذ التزاماته العقدية، رغماً عن هذه الظروف الاستثنائية، وليس من العدل أن يترك هذا المتعاقد يتحمل وحده آثار هذه الظروف التي لم يكن في إمكانه توقع حدوثها، كما أنه ليس من صالح الإدارة أن يتعثر تنفيذ العقد بما يؤثر سلباً على سير المرفق العام.

ولقد نشأت هذه النظرية لمواجهة ما قد يطرأ في أثناء العقد من عقبات طارئة مؤقتة خارجة عن نطاق تنفيذ العقد. ويستخدم مجلس الدولة الفرنسي في أحكامه المتعلقة بالظروف الطارئة مصطلحات تعبر عن هذا الموقف غير التعاقدي. الذي ينشأ نتيجة للظرف الطارئ، فالفترة التي يستغرقها الظرف الطارئ هي فترة غير تعاقدية والتكاليف والنفقات التي يتكبدها المتعاقد خلالها هي تكاليف أو نفقات غير تعاقدية، بل إن مجلس الدولة الفرنسي في قضية «غاز بوردو» الذي ولدت به هذه النظرية قد عبر عن هذه الظروف التي تطرأ في أثناء تنفيذ العقد، بأنها ظروف غير تعاقدية وخارج نطاق العقد، وهو ما يبرر الخروج عن تلك النصوص، وقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين ومبدأ القوة الملزمة للعقد، استجابة لحاجة ملحّة تقتضيها العدالة وبحسبان أن الموقف الذي يتعرض له المتعاقد هو موقف مؤقت، فإنه يتعين عليه أن يستمر في تنفيذ التزاماته العقدية. أما إذا استدام الموقف غير التعاقدى فإنه سيؤدى حتماً إلى فسخ العقد. كما أن الموقف المؤقت يعنى أن التزام الإدارة بمساعدة المتعاقد معها ومشاركتها له في تحمل جزء من الخسائر التي ترتبت على الظرف الطارئ، إنما هو التزام مؤقت، ولكن إذا ثبت أن المتعاقد لن يمكنه الاستمرار في تنفيذ التزاماته العقدية إلا بمعاونة دائمة من جهة الإدارة، فهنا يجب البحث عن حل آخر وعدم تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

والظروف الطارئة قد يكون مرجعها إلى حوادث استثنائية عامة كالزلازل أو الحروب، أو كالأزمة المالية العالمية التي يمر بها العالم الآن، وما يترتب على هذه الحوادث من إضطراب اقتصادي يؤثر على اقتصاديات العقد فيقلبه رأساً على عقب، إلا أن قلب اقتصاديات العقد قد يرجع أيضاً إلى تدخلات جهة الإدارة، وقد أقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي وتابعه في ذلك قضاء مجلس الدولة المصري، تطبيق نظرية الظروف الطارئة في حالة قلب اقتصاديات العقد الناجم عن إجراءات صادرة من السلطات العامة، سواء أكان مصدر الظروف الطارئة نتيجة عمل جهة الإدارة المتعاقدة أم عمل جهة إدارية أخرى.

ولقد ضمنت المحكمة الإدارية العليا المصرية حكمها الصادر في ١٨ ديسمبر ١٩٨٤[١]،العناصر الأساسية التي تقوم عليها نظرية الظروف الطارئة، وينم هذا الحكم عن الفهم العميق للمحكمة لوضع هذه النظرية وفقاً لأحدث التطورات التي انتهجها مجلس الدولة الفرنسي، حيث جاء بالحكم أن «مجال إعمال نظرية الظروف الطارئة أن تطرأ خلال تنفيذ العقد الإداري حوادث أو ظروف طبيعية أو اقتصادية، سواء من عمل الجهة الإدارية المتعاقدة أو من غيرها، ولم تكن في حسبان المتعاقد عند إبرام العقد ولا يملك لها دفعاً، وأن يترتب عليها أن تنزل بالمتعاقد خسائر فادحة تختل معها إقتصاديات العقد إختلالاً جسيماً، وتؤدي هذه النظرية بعد توافر شروطها إلزام جهة الإدارة المتعاقدة مشاركة المتعاقد معها في تحمل نصيب من الخسارة التي حاقت به طوال فترة قيام الظرف الطارئ....».

ويستفاد من ذلك أنه إذا كانت نظرية الظروف الطارئة تقوم على أساس مشاركة جهة الإدارة للمتعاقد معها في تحمل جزء من النفقات غير التعاقدية التي تكبدها نتيجة الظرف الطارئ، فإن ذلك يعني أن التعويض الذي تلتزم به جهة الإدارة لا يستهدف تغطية الربح الضائع أياً كان مقداره، ولا يستهدف تغطية الكسب الذي كان يأمل المتعاقد تحقيقه. فهذا التعويض نظراً لأنه يرمى أساساً إلى تأكيد إستمرارية سير المرفق العام بانتظام واطراد، فإنه يهدف إلى مّد يد العون للمتعاقد لحل ضائقة أو تجاوز أزمة في التنفيذ، وتوحيد

(١) مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها المحكمة الإدارية العليا – السنة ٣٠، العدد الأول،ص ٢٥٠.

جهود الإدارة والمتعاقد للتغلب على هذه الظروف الطارئة. ويترتب على ذلك أنه لا محل للتعويض عن الظرف الطارئ إلا إذا ترتب عليه تحقيق خسارة فادحة توصف بأنها قلب الاقتصاديات العقد. ومن ثم فإن هذه النظرية تقوم على فكرة التحاضر والتساند والمشاركة بين طرفي العقد، لمواجهة الظرف الطارئ والتغلب على نتائجه القاسية، وإذا لم تتحقق هذه الغاية، فإن مواجهة الظرف الطارئ تقوم على أساس التعاون المالي بين الطرفين في تحمل جزء من الخسارة.

وجدير بالذكر أن النشأة القضائية لتلك النظرية التي ولدت مع الحكم الشهير لمجلس الدولة الفرنسي في قضية «غازبوردو» عام ١٩١٦،ترتبط إرتباطاً وثيقاً بتغير المفاهيم الاقتصادية والسياسية والاجتماعية السائدة عقب نشوب الحرب العالمية الأولى، التي كانت المناسبة التي جعلت مجلس الدولة الفرنسي يخرج على القواعد القانونية التقليدية، محاولاً التوفيق بين تلك القواعد والمصلحة العامة وبالقدر الذي تقتضيه هذه المصلحة. ولقد ساعده على ذلك أنه ليس مقيداً بنصوص تشريعية تحد من انطلاقه في ابتداع وابتكار الحلول والنظريات التي تنسجم مع طبيعة القضايا التي تعرض عليه، وهي تتصل اتصالاً وثيقاً بالصالح العام، ودونما تضحية بالمصالح الفردية[١].

وتخلص وقائع قضية «غازبوردو» التي تعتبر أول تطبيق لهذه النظرية، إلى أن شركة الإضاءة لمدينة «بوردو» كانت ملزمة بتوريد الغاز والكهرباء للمدينة بسعر محدد في عقد الالتزام، وعقب نشوب الحرب العالمية الأولى ارتفعت أسعار الفحم ارتفاعاً فاحشاً، وإرتفعت تكلفة الأيدي العاملة. ونتيجة لهذا الاضطراب الاقتصادي، اختلت اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً، ووجدت الشركة الملتزمة أن الأسعار التي تتقاضاها من المنتفعين والتي حددت كراسة الشروط حدها الأقصى وفقاً لحجم الاستهلاك لا تكفي لتغطية النفقات الإدارية وحدها، ولقد رفضت السلطة مانحة الالتزام الطلبات التي تقدمت بها الشركة لرفع الأسعار متمسكة بأن العقد شريعة المتعاقدين.

وعند عرض النزاع على مجلس الدولة الفرنسي، أقر مبدأ جديداً مقتضاه أنه إذا طرأت ظروف جديدة لم يكن في الإمكان توقعها، وكان من شأنها أن تؤدي إلى اختلال اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً، فإن هناك ما يبرر أن تساهم الإدارة. ولو مؤقتاً في تحمل جزء من الخسارة التي تلحق بالمتعاقد من جراء هذه الظروف.

٣- الصعوبات المادية غير المتوقعة:

في أثناء تنفيذ العقد الإداري، قد يصادف المتعاقد صعوبات مادية ذات طبيعة غير عادية واستثنائية، لم تكن متوقعة أو لم يكن في الوسع توقعها عند إبرام العقد، وتؤدي إلى تنفيذ العقد أكثر إرهاقاً، مما يخول للمتعاقد أن يطالب بتعويضه كاملاً عن الأضرار التي أصابته، وشرط ذلك أن تكون تلك الصعوبات من طبيعة مادية وغير عادية أو استثنائية، وغالباً ما تكون الصعوبات المادية ناتجة عن الظواهر الطبيعية، إلا أنها قد ترجع أيضاً إلى فعل الغير، وفي جميع الأحوال فهي مستقلة عن إرادة طرفي العقد. وكما هو الشأن بالنسبة لعمل الأمير والظروف الطارئة، فإن الصعوبات المادية يجب أن تكون غير متوقعة، ولم يكن في الوسع توقعها عند إبرام العقد. فشرط عدم التوقع أو عدم إمكان التوقع يخضع لمعيار موضوعي ولا يختلف تقديره من نظرية إلى أخرى، إلا أنه يجب التمييز بين نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وبين بعض الأفكار الأخرى المتعلقة بحوادث أو أفعال قد تطرأ في أثناء تنفيذ العقد الإداري.

فنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة يجب تمييزها عن نظرية القوة القاهرة، والتي تعتبر المصدر التاريخي لها. ذلك أن مجلس

(١) الدكتور علي عبدالمولى – المرجع السابق،ص ٢٥.

الدولة الفرنسي حينما خلق نظرية الصعوبات المادية وأقر تعويض المتعاقد عن هذه الصعوبات، إنما ابتدع هذه النظرية وأسس التعويض فيها استناداً إلى التفسير الواسع لنص المادة ٢٨ من كراسة الشروط والمواصفات العامة للطرق والكبارى، المتعلقة بحالة تعويض المتعاقدين عن الهلاك والضرر الناجم عن القوة القاهرة.

فمن أوجه الشبه، بين النظريتين، أن الفعل المكون للقوة القاهرة يجب أن يكون أجنبياً عن إرادة المتعاقدين، كما أن الصعوبات المادية يجب أن تكون مستقلة عن إرادة طرفي العقد، بالإضافة إلى أن النظريتين تشتركان في خاصية عدم التوقع أو عدم إمكان التوقع للفعل أو الصعوبة.

ومن أوجه الخلاف، أن الفعل المكون للقوة القاهرة يمكن أن يكون من أي طبيعة كانت، أما الصعوبات المادية غير المتوقعة فيجب أن تكون من طبيعة مادية فقط.

ومن جهة النتائج المترتبة على كل من النظريتين، فإن القوة القاهرة تؤدى إلى استحالة التنفيذ استحالة مطلقة؛ مما يبرر إعفاء المتعاقد من تنفيذ التزماته العقدية. أما الصعوبات المادية فإنها تؤدى إلى جعل تنفيذ العقد أكثر إرهاقا وأكثر كلفة من الناحية المالية؛ مما يبرر منح المتعاقد الذي يستمر في تنفيذ العقد على الرغم من هذه الصعوبات – تعويضاً كاملاً عن الأضرار التي أصابته.

وهكذا تلتقي نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة مع نظرية عمل الأمير في تقرير قاعدة التعويض الكامل الذي يغطي جميع الأضرار التي تلحق بالمتعاقد.

ومن ناحية أخرى فإن الصعوبات المادية غير المتوقعة تتيح للمتعاقد الحصول على تعويض كامل لمواجهة جميع النفقات الإضافية التي تكبدها والتي تجاوز ما كان مقدراً في العقد، دون اشتراط أي قدر من الجسامة في الضرر الذي أصابه. في حين أن التعويض الجزئي الذي يمكن أن يحصل عليه المتعاقد في حالة تطبيق نظرية الظروف الطارئة، يشترط معه أن يصل الضرر إلى قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب.

الحكمة التي من أجلها خلقت هذه النظريات الثلاث:

باعتبار أن الغاية من إبرام العقد الإداري تكمن أساساً في كفالة حسن سير المرافق العامة، والنظر إلى المتعاقد على أساس أنه معاون لجهة الإدارة في أداء وظيفتها، فلقد جاءت تلك النظريات الثلاث محققة لحكمة واحدة تهدف أساساً إلى تحقيق مصلحة المرفق العام وكفالة سيره بانتظام وإطراد وحسن أداء الأعمال والخدمات تحقيقاً للمصلحة العامة، ولا يتحقق ذلك إلا بالتعاون والتحاضر بين كل من الإدارة والمتعاقد معها للتغلب على كل ما يصادف تنفيذ العقد من عقبات وما يعترضه من صعوبات، فمن خلال هذا الإدراك لطبيعة العلاقة بين الإدارة ومن يتعاقد معها، أمكن لمجلس الدولة الفرنسي أن يخلق النظريات الثلاث متخطياً في ذلك القوة الملزمة للعقد، وقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، ومنسجماً مع طبيعة النظام القانوني للعقد الإداري الذي يتضمن كثيراً من مظاهر السلطة العامة، التي تجعل الإدارة في وضع متميز عن المتعاقد معها، بما تتمتع به من سلطات خطيرة في مواجهة المتعاقد منذ ولادة الرابطة العقدية حتى نهايتها، ولهذا قدر مجلس الدولة الفرنسي حين خلق هذه النظريات، أن الأفراد في ظل خضوعهم لهذه السلطات الاستثنائية، يجب أن تكون لهم حقوق مقابلة توازن تلك السلطات، فإذا كان لجهة الإدارة حق ممارسة هذه السلطات التابعة من الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية، فقد حرص مجلس الدولة الفرنسي على خلق هذه النظريات لإحداث التوازن وتشجيعاً للأفراد على التعاقد مع الإدارة، وليؤكد لهم أن حقهم في التعويض العادل عن الأضرار التي تلحق بمركزهم التعاقدي أو تخل بالتوازن المالي للعقد الذي روعي عند التعاقد.

فضلاً عن ذلك، فإن هناك حكمة أملتها الاعتبارات العملية، أشارت إليها محكمة القضاء الإداري المصرية في حكم من أحكام المبادئ

صادر في ٣٠ يونيه سنة ١٩٥٧. [١]

حيث تقول المحكمة إن «المتعاقد مع الإدارة – مع حسن وزنه للأمور وسلامة تقديره واتخاذه الحيطة الواجبة – قد تصادفه عند التنفيذ ظروف استثنائية وأمور لم تكن في الحسبان وصعوبات غير منظورة لم يكن يتوقعها، أو يتعرض لمخاطر إدارية أو إقتصادية، وينشأ عن ذلك زيادة أعبائه المالية زيادة يختل معها التوازن المالي للعقد، ويصاب بخسارة محققة، فيكون من حقه على جهة الإدارة ألا يتحمل وحدة كل الغرم وأن تساهم جهة الإدارة بقدر معين فتعوضه تعويضاً عادلاً عما يصيبه من أضرار، ولو لم يكن هناك خطأ من جانب الجهة الإدارية التي تعاقد معها، تأسيساً على أنه ليس من العدل والإنصاف وحسن النية في المعاملات أن يترك مثل هذا المتعاقد فريسة لظروف سيئة لا دخل له فيها وبدون أى تعويض استناداً إلى نصوص العقد الحرفية؛... لأن معنى ذلك استباحة الإضرار به، وهو أمر – إلى جانب مجافاته للعدالة – لا يتفق والمصلحة العامة، إذ ينتهي الأمر إلى إحدى نتيجتين:

إما إلى خروج المقاولين أو متعهدي التوريد الأمناء الأكفاء من سوق التعامل مع الدولة، أو انصرافهم عن الاشتراك في المناقصات مستقبلاً، فيتلقف الزمام غير الأكفاء وغير الأمناء، وتقع المنازعات والاشكالات التي تنتهي إلى تعطيل المرافق العامة، وبخاصة بالنسبة للأعمال الإنتاجية والاقتصادية والعمرانية الصحية ذات الأهمية الخاصة...

وإما أن يعمد هؤلاء إلى تأمين أنفسهم بأن يحتسبوا من ضمن أسعار عطاءاتهم مبلغاً للاحتياط ضد تلك المضار والأخطار المحتملة، وتكون النتيجة زيادة عامة في الأسعار التي تتم بطريق المناقصة، مما يفوت على جهة الإدارة غرضها في الحصول على الأيدي العاملة بأفضل الأسعار وأنسبها، وهذه كلها نتائج يجب تناول الأسباب المقدمة لها؛ لأنها لا تتفق والمصلحة العامة....

الآثار القانونية المترتبة على كل من النظريات الثلاث:

نبحث ذلك من خلال بيان التزامات المتعاقد مع الإدارة، وبيان التزامات الإدارة مع المتعاقد.

التزامات المتعاقد مع الإدارة (الاستمرار في تنفيذ العقد)

إن الظروف التي تطرأ في أثناء تنفيذ العقد الإداري سواء أكانت من فعل جهة الإدارة المتعاقدة، أم كانت مستقلة عن عمل الإدارة، لا تؤدى إلى إعفاء المتعاقد من تنفيذ التزاماته العقدية، إلا إذا أصبح هذا التنفيذ مستحيلاً في إطار نظرية القوة القاهرة.

وعلى ذلك فإن الأصل العام في بيان تلك الآثار هو التزام المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ العقد، على الرغم من مصادفته لصعوبات أو ظروف لم تكن في الحسبان عند إبرام العقد، حتى لو أدت هذه الظروف إلى قلب اقتصاديات العقد في بعض الحالات.

أما إذا وجد المتعاقد نفسه إزاء استحالة مطلقة في تنفيذ التزاماته فإن ذلك يؤدي إلى إعفائه من التنفيذ، إذا توافرت شروط نظرية القوة القاهرة.

الأصل العام إلتزام المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ العقد:

نظراً لصلة العقد الإداري بالمرفق العام، وأن غاية الإدارة التي تسعى إلى تحقيقها من خلال إبرام عقودها الإدارية، يحتم على المتعاقد معها باعتباره معاوناً لها في سبيل تحقيق هذه الغاية، أن يستمر في تنفيذ الالتزامات المتولدة عن العقد على الرغم مما قد يصادفه

(١) القضية رقم ٩٨٤ لسنة ٩ ق،مشار إليها سلفاً.

من عقبات أو صعوبات في أثناء التنفيذ حتى يستمر المرفق العام في عمله بانتظام وإطراد.

فأياً ما كان حجم الصعوبات التي واجهت المتعاقد وأثرها على تنفيذ العقد، فإنه من خلال العلاقة التي تربطه بالإدارة وتهيمن عليها فكرة المرفق العام ومقتضيات سيره بانتظام واطراد، يجب عليه الاستمرار في تنفيذ العقد، واضعاً في اعتباره أن ذات الفكرة المهيمنة على هذه العلاقة لها انعكاسها في تعويضه كلياً أو جزئياً بحسب الحالات، عن الإرهاق الذي صادفه في التنفيذ.

وقد عبرت المحكمة الإدارية العليا عن هذه المبادئ في حكمها الصادر في ٥ يوليو سنة ١٩٦٩؛ حيث تقول: «من المبادئ المقررة أن العقود الإدارية تتميز بطابع خاص؛ مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، ولما كان العقد الإداري يتعلق بمرفق عام فلا يسوغ للمتعاقد مع الإدارة أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته حيال المرفق، بحجة أن ثمة إجراءات إدارية قد أدت إلى الإخلال بالوفاء باحد التزاماتها قبله، بل يتعين عليه إزاء هذه الاعتبارات أن يستمر في التنفيذ ما دام ذلك في استطاعته، ثم يطالب جهة الإدارة بالتعويض عن إخلالها بالتزاماتها إن كان لذلك مقتضى وكان له فيه وجه حق فلا يسوغ له الامتناع عن تنفيذ العقد بإرادته المنفردة وإلا حقت مساءلته عن تبعة فعله السلبي».

ويؤكد أستاذنا الدكتور سليمان الطماوي[1] «أن العقد الإداري ليس إلا إحدى وسائل الإدارة لضمان سير المرافق العامة. ومن ثم فإنه من اللازم: لا ينظر إلى العقد الإداري باعتباره مصدراً لالتزامات تعاقدية فحسب – كما هو الشأن في القانون الخاص – بل يتعين أولاً وقبل كل شئ أن يوضع في الاعتبار أن العقود الإدارية تؤدي دوراً مهماً في تسيير المرافق العامة بطريق مباشر أو غير مباشر. ويترتب على ذلك أن المتعاقد الذي يتوقف عن الاستمرار في تنفيذ العقد مهما كانت الصعوبات التي واجهها، قد لا يستفيد من أي من النظريات الثلاث مادام التنفيذ لم يصبح مستحيلاً. وما ذلك إلا إحدى نتائج فكرة التعاون لمصلحة المرفق العام وأثر هذه الفكرة على حقوق والتزامات المتعاقد مع الإدارة.

حالة استحالة تنفيذ العقد (نظرية القوة القاهرة):

في النظريات الثلاث السابقة تعترض تنفيذ العقد صعوبات غير منظورة لم تكن متوقعة أو ظروفاً استثنائية لم تكن في الحسبان، أو تدخلات لجهة الإدارة المتعاقدة، وجميعها تؤثر على ظروف تنفيذ العقد، إما بجعل هذا التنفيذ أكثر صعوبة وإرهاقاً للمتعاقد، وإما أن تطرأ في أثناء التنفيذ أفعال ذات طبيعة مختلفة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، ويترتب على ما تقدم أن التزام المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ العقد يظل قائماً ما دام هذا التنفيذ كان ممكناً، ومهما كانت درجة المشقة التي يواجهها في أثناء تنفيذ العقد.

أما في حالة استحالة تنفيذ العقد، فهنا نكون إزاء نظرية أخرى تختلف عن النظريات الثلاث السابقة، وهي «نظرية القوة القاهرة» وهذه النظرية هي الوحيدة التي يصبح بمقتضاها تنفيذ التزامات المتعاقد مع الإدارة مستحيلاً، وتؤدي إلى إعفاء المتعاقد من التنفيذ.

ويجري تعريف القوة القاهرة بمفهومها التقليدي بأنها «الحادث الخارجي عن إرادة الأطراف المتعاقدة، وغير المتوقع، والذي يستحيل دفعه، ويؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزامات التعاقدية».

ويتبين من هذا التعريف الشروط أو العناصر الثلاثة المكونة لحالة القوة القاهرة وهي:

١ – الحدث الخارجي:

أي أن الفعل المكون للقوة القاهرة يجب أن يكون أجنبياً عن إرادة المتعاقد ومستقلاً تماماً عنه ولا يستطيع له دفعاً.

(١) العقود، المرجع السابق،ص ٣٨٧.

٢ – عدم امكان التوقع:

فالقوة القاهرة يجب أن تكون غير متوقعة أو لم يكن في الوسع توقعها بمعنى أنه يكفي لتحقيقها عدم التوقع النسبي لا المطلق.

٣ – عدم إمكان الدفع:

بمعنى أن القوة القاهرة يتعين أن تكون مستحيلة الدفع، فإذا أمكن دفع الحادث – حتى لو استحال توقعه – لم يكن قوة قاهرة، ويجب أن يكون من شأنها أن تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً استحالة مطلقة.

أما الصعوبات التي يواجهها المتعاقدون في أثناء تنفيذ العقد مهما كانت جسيمة، فلا يمكن اعتبارها من قبيل القوة القاهرة، وليس من شأنها أن تؤدي إلى إعفائهم من المسئولية إذا ما أخلوا بالتزاماتهم العقدية، مادامت هذه الصعوبات لا تؤدي إلى جعل تنفيذ العقد مستحيلاً.

هذا الشرط هو الذي يميز بدقة القوة القاهرة عن النظريات الأخرى الثلاث، التي تواجه العقبات التي تعترض التنفيذ وتجعله أكثر عبئاً وإرهاقاً للمتعاقد دون أن تجعل هذا التنفيذ مستحيلاً.

ومن ناحية أخرى فقد تشدد القضاء في إثبات هذا الشرط حتى يمكن أن توجد حالة قوة قاهرة، يترتب على نشوئها إعفاء المتعاقد من التنفيذ.

كما أن هذا الشرط ذو مدلول نسبي وشخصي يختلف من متعاقد لآخر، فيؤخذ في توافر هذا الشرط من عدمه بما يتمتع به المتعاقد من موارد وإمكانات مادية، وما بذله من جهد لمحاولة الوفاء بالتزاماته، فما يعتبر قوة قاهرة بالنسبة لمتعاقد قد لا يعتبر كذلك بالنسبة لآخر في ضوء إمكاناته المادية والفنية. فمعيار القوة القاهرة هو معيار شخصي.

ومن أهم تطبيقات القوة القاهرة :

١ – الإضراب.

٢ – الحرب.

٣ – الظواهر الطبيعية.

٤ – فعل الغير ومعاوني المتعاقد والمتعاقدين من الباطن.

يتمثل في ضرورات سير المرافق العامة وإلى قواعد العدالة، التي تشغل جانباً مهماً في نظرية العقد الإداري لا تقل أهمية عن فكرة استدامة سير المرفق العام.

ب – التزامات الإدارة تجاه المتعاقد معها:

التعويض – أساسه وكيفية تحديده ومداه:

إذا توافرت شروط تطبيق أي من النظريات الثلاث، فإنه يقع على عاتق الإدارة تعويض المتعاقد المضار. والتعويض الذي يحكم به القاضي في حالة الاستناد إلى كل من نظريتي عمل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة هو التعويض الكامل الذي يغطي جميع

الأضرار التي تلحق بالمتعاقد. في حين أن التزام الإدارة بتعويض المتعاقد في حالة الاستناد إلى نظرية الظروف الطارئة، تحكمه قاعدة التعويض المؤقت والجزئي.

ويثور التساؤل عن الأساس القانوني الذي يقوم عليه التعويض الذي يحكم به القاضي في حالة الاستناد إلى أي من تلك النظريات، وما هي القواعد التي يتم بناء عليها تحديد قيمة التعويض والعناصر التي يشملها، ونعرض لذلك بالنسبة لكل نظرية على حدة.

الأساس القانوني للتعويض عن عمل الأمير:

هناك فكرتان أساسيتان تردد بينهما الفقه والقضاء، وكانت لهما الغلبة على ما عداهما من أفكار، وهما فكرة التوازن المالي للعقد والمسئولية التعاقدية للإدارة.

فكرة التوازن المالي للعقد :

ظهرت فكرة التوازن المالي للعقد، أول الأمر في عقود الالتزام، ثم انتقلت منه إلى عقود المقاولات والأشغال العامة والتوريد.

إن التوازن المالي يعني الحرص على التوازن العادل أو الشريف أو المعقول بين الالتزامات والحقوق التي أخذها المتعاقد في الاعتبار عند إبرام العقد، فعندما يختل التوازن المعقول يمكن إعمال مبدأ التوازن المالي للعقد. والتوازن المالي لا يعني التوازن الحسابي بين الحقوق والالتزامات، ولذلك فإن ما ذهب إليه الفقيه «بيكنيو» من رد فكرة التوازن المالي للعقد إلى معادلة حسابية، هو أمر منتقد في الفقه. كما أن من الفقهاء من يجعل لمبدأ التوازن المالي صبغة عامة، بحيث تلتزم الإدارة ضمان التوازن المالي للعقد في كل حالة لم يختل فيها هذا التوازن، والصحيح أن هذه الفكرة لا تصلح إلا في مجال عمل الأمير؛ لأنه في مجال الظروف الطارئة تلتزم الإدارة فقط بمد يد المساعدة للمتعاقد لكي يمكنه تجاوز الظروف التي أعترضت تنفيذ العقد.

ويرى بعض الفقه أنه مع التسليم بأن أساس حق التعويض في نطاق نظرية عمل الأمير يرتكز على فكرة التوازن المالي للعقد، إلا أن ذلك يرجع إلى النية المشتركة للمتعاقدين؛ بمعنى أن إعادة التوازن المالي للعقد ناتج عن تطبيق شرط تعاقدي ضمني للنية المفترضة لأطراف العقد، إلا أنه يؤخذ على هذه الفكرة أنها لا تصدق في جميع الفروض وأن تعميمها ينطوي على قدر كبير من التعسف، فإذا تم النص في العقد، صراحة على ضمان الإدارة للتوازن المالي للعقد، فإن الأمر لا يخرج عن كونه تفسيراً لشروط العقد. أما إذا لم ينص في العقد صراحة على ذلك، فإن أساس فكرة التوازن المالي للعقد التي تبرر منح التعويض، يرجع إلى قواعد العدالة، على اعتبار أن فكرة التوازن المالي تواجه السلطات الاستثنائية التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعاقد، ومن جهة أخرى فإنه بالنظر إلى أن المتعاقد ما هو إلا معاون لجهة الإدارة، فإنه يجب لصالح المرفق العام، الحفاظ على التوازن المالي للعقد، وإعادة هذا التوازن في كل مرة يختل فيها نتيجة تدخلات جهة الإدارة في أثناء تنفيذ العقد.

ولهذا، فإن أستاذنا الدكتور سليمان الطماوي يرى – بحق – أنه من الأسلم أن نسلم بفكرة التوازن المالي للعقد، دون حيلة إرجاعها إلى نية الطرفين، باعتبارها من خصائص العقد الإداري، وأنها مجرد توجيه عام، وتستهدف الإبقاء على طبيعة العقد، كما روعي عند التعاقد.... ومن ثم فمن المغالاة القول إن هذه الفكرة خطيرة وغير صحيحة.[1]

(١) مؤلفه في العقود، المرجع السابق، ص ٥٩٧.

المسئولية التعاقدية للإدارة دون خطأ:

هناك تفسير آخر لأساس المسئولية عن عمل الأمير، هو المسئولية التعاقدية دون خطأ من الإدارة وليس على أساس فكرة التوازن المالي للعقد، فنظرية المسئولية العقدية في القانون الإداري تتميز بأنها قد توجد بناء على وجود خطأ أو دون خطأ، وهو الأمر الذي لا مثيل له في القانون الخاص.

وفي الواقع، فإن هذه الخصوصية التي تميز المسئولية العقدية الإدارية، ترجع إلى العلاقة التي تربط بين العقد الإداري ومقتضيات المرفق العام من ناحية، ومظاهر السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها. ويؤكد العديد من الفقهاء أن عمل الأمير يشكل الفرض النموذجي للمسئولية العقدية دون خطأ وأن هذه الفكرة هي التي يؤسس عليها الحق في التعويض[١]، ولكن هذه الفكرة لم تسلم من النقد.

الأساس المزدوج لحق التعويض عن عمل الأمير:

التوازن المالي والمسئولية التعاقدية يمكن تأسيس حق التعويض عن عمل الأمير، على أساس فكرتي التوازن المالي والمسئولية التعاقدية معاً، فكل منهما تكمل الأخرى

وفي تقديرنا أن فكرة التوازن المالي للعقد وضرورة إعادته تصلح وحدها أساساً مقبولاً للتعويض عن عمل الأمير.

الأساس القانوني للتعويض عن الظروف الطارئة:

لم يتفق الفقهاء على أساس موحد يرجع إليه تبرير منح المتعاقد تعويضاً جزئياً استناداً إلى نظرية الظروف الطارئة، ويمكن رد الأسس التي اقترحها الفقهاء إلى الأفكار الآتية:

١ – النية المشتركة لأطراف العقد:

يرى البعض أن التعويض الذي يحكم به القاضي في حالة تطبيق نظرية الظروف الطارئة إنما يستند إلى الإرادة المشتركة لطرفي العقد، إلا أن العديد من الفقهاء انتقد تأسيس حق التعويض في حالة الظروف الطارئة على فكرة النية المشتركة للطرفين باعتبار أن البحث عن الإرادة المشتركة مسألة دقيقة جداً، وعلى القاضي لكي يتحراها أن يعود إلى تاريخ إبرام العقد، وربما يكون قد أبرم منذ فترة طويلة، كما أن أطراف العقد مصالحهم متعارضة بما يصعب معه تحري النية المشتركة لكليهما.

ولذا يرى بعض الفقهاء أن حق المتعاقد في التعويض بناء على نظرية الظروف الطارئة ما هو إلا تطبيق لمبدأ التوازن المالي للعقد، إلا أن ذلك قد لا يكون صحيحاً، باعتبار أن نظرية الظروف الطارئة تفترض حدوث قلب في اقتصاديات العقد رأساً على عقب، وليس مجرد اختلال التوازن المالي للعقد، كما أن فكرة التوازن تؤدي إلى تعويض المتعاقد تعويضاً كاملاً، في حين أن التعويض في حالة الظروف الطارئة ليس إلا تعويضاً مؤقتاً وجزئياً، تمكيناً للمتعاقد من تخطي هذه الظروف والاستمرار في التنفيذ.

ولعل الفكرة الأكثر شيوعاً كأساس للتعويض في ظل هذه النظرية، هي فكرة الحفاظ على سير المرفق العام بانتظام واطراد، وهي الفكرة الأكثر شيوعاً في قضاء مجلس الدولة الفرنسي ومجلس القضاء المصري.

(١) الأستاذ الدكتور محمود حلمي، العقد الإداري،ص ١٢٢.

ومع التسليم بأن هذه الفكرة هي التي استلهمها مجلس الدولة الفرنسي عند إقراره لنظرية الظروف الطارئة، إلا أنها لا تصلح وحدها في جميع الحالات، أساساً لحق التعويض، لأن الغرض من نظرية الظروف الطارئة هو فقط « ضمان استدامة سير المرفق العام، ولذا فإنها لا تصلح في حالة طلب فسخ العقد، وقد دعت هذه الاعتبارات إلى البحث عن أساس تكميلي، ولذا فإن الرأي الراجح، يذهب إلى إرجاع التعويض إلى أساس مزدوج، يتمثل في ضرورات سير المرافق العامة، وإلى قواعد العدالة التي تشغل جانباً مهماً في نظرية العقد الإداري لا تقل أهمية عن فكرة استدامة سير المرفق العام.

ولقد أبرزت المحكمة الإدارية العليا هذا الأساس المزدوج الذي يرتكز عليه التعويض في حالة تطبيق نظرية الظروف الطارئة، وذلك في حكمها الصادر في ١٧ يونيه ١٩٧٢، حيث أكدت أن «نظرية الظروف الطارئةً تقوم على فكرة العدالة المجردة التي هي قوام القانون الإداري، كما أن هدفها تحقيق المصلحة العامة، ورائد جهة الإدارة هو كفالة حسن سير المرافق العامة باستمرار وانتظام».

الأساس القانوني للتعويض عن الصعوبات المادية غير المتوقعة:

لم يتفق الفقهاء حول أساس حق التعويض عن الصعوبات المادية غير المتوقعة، التي قد يصادفها المتعاقد في اثناء التنفيذ، فالبعض يراه في النية المشتركة للطرفين المتعاقدين، ويرجعه آخرون إلى فكرة المسئولية، ويتبنى البعض أفكاراً مختلفة مثل فكرة التعاون التي تحكم العقود الإدارية، وفكرة العدالة التي يجب أن تهيمن على العلاقة بين الإدارة والمتعاقدين معها، ويتفق آخر برد أساس التعويض إلى إرادة القاضي.

والرأي الراجح الذي نؤيده يؤسس حق التعويض في هذه الحالة على اعتبارات العدالة، والطبيعة الذاتية للعقود الإدارية ؛ لأن حق التعويض يرتكز بصفة أساسية على مواجهة النتائج غير العادلة التي تترتب على هذه الصعوبات، ومجلس الدولة الفرنسي حين قرر حق المتعاقد في الحصول على تعويض عند مواجهة صعوبات مادية غير متوقعة، إنما أقام قضاءه على أساس العدالة وبطريقة بريتورية في إطار ما يتطلبه الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية من تعاون بين الإدارة والمتعاقد معها، رائدة في ذلك الصالح العام.

كيفية تحديد التعويض ومداه:

إذا ما توافرت شروط تطبيق أي من النظريات الثلاث، فإن للمتعاقد المضار الحق في الحصول على تعويض، هذا التعويض يكون تعويضاً كاملاً في حالة التسليم بقيام نظرية عمل الأمير، أو الصعوبات المادية غير المتوقعة، ويكون تعويضاً جزئياً في حالة الظروف الطارئة.

ويترتب على مبدأ التعويض الكامل، حق المتعاقد في أن يعوض عن كل ما لحقه من خسارة، وما فاته من كسب، وقد أكدت محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في ٣٠ يونيو ١٩٥٧[١]، أنه «لا يتصور أن المتعاقد مع الإدارة يقبل معاونتها في تسيير المرفق بالمجان وبغير مقابل، بل الطبيعي أنه قرر طبقاً لتقديراته أنه سيظفر مقابل التزاماته العقدية بفائدة معينة وربح معلوم، فإذا سلم للإدارة بحق التعديل تحقيقاً للمصلحة العامة، فإن العدالة تأبى حرمان المتعاقد من حقه المشروع في الفائدة أو الربح الذي قرره عند إبرام العقد....».

وفي موضع آخر من الحكم ذاته قررت المحكمة أن التعويض يشمل عنصرين: الأول؛ مالحق المتعاقد من خسارة.... والثاني: مافات المتعاقد مع الإدارة من كسب اعتباراً بأن من حقه أن يعوض عن ربحه الحلال عن عمله ورأس ماله.....

(١) سابق الإشارة إليه.

إلا أن مجلس الدولة الفرنسي خرج أحياناً على قاعدة التعويض الكامل في بعض الحالات، وهي حالة فسخ الإدارة للعقد بسبب ظروف الحرب أو بسبب توقف الأعمال الحربية، وكذلك حالة الضرر غير المنسوب إلى الإدارة وحدها.

أما في حالة نظرية الظروف الطارئة فإن مبدأ التعويض الجزئي هو الذي يسود؛ إذ أن التعويض في هذه الحالة، ليس إلا مساعدة من جهة الإدارة للمتعاقد حتى يمكنه تخطى العقبات التي طرأت في أثناء تنفيذ العقد. والمبدأ الذي يحكم هذا التعويض هو مبدأ المشاركة في تحمل جزء من النفقات غير التعاقدية التي تترتب على حالة الظرف الطارئ.

فالمتعاقد يجب دائماً أن يتحمل جزءاً من هذه النفقات حتى ولو كان جزءاً يسيراً، وهو المبدأ الذي استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي ومجلس الدولة المصري على السواء، وأياً ما كان الأمر، فإن تحديد التعويض عن الظرف الطارئ، لا يخلو من بعض الصعوبات، ويلجأ القاضي إلى الخبراء القضائيين لتحديد قيمة الخسائر المترتبة على حالة الظرف الطارئ حتى يمكنه تحديد القدر الذي يتحمله المتعاقد، وذلك الذي يجب أن تتحمله الجهة الإدارية تطبيقاً لمبدأ المشاركة، ويستلزم ذلك ثلاثة أمور:

تحديد نقطة البدء للظرف الطارئ ؛ أى بدايته.

تحديد الخسارة أو النفقات غير العقدية التي لحقت بالمتعاقد نتيجة الظرف الطارئ.

توزيع عبء الخسارة بين المتعاقد والإدارة، والجهة المسئولة عن دفع التعويض.

رابعاً: التزامات طرفي العقد وحقوق المتعاقد مع الإدارة:

من خلال عرضنا السابق لما قد يصادف تنفيذ العقد من ظروف وعقبات، عرضنا ضمناً لبعض امتيازات الإدارة وحقوقها وكذا حقوق المتعاقد معها والتزاماته، ولكن في هذه النقطة من البحث يهمنا أن نعرض في صعيد واحد لحقوق طرفي العقد والتزاماتهما لمزيد من الإيضاح للجوانب العملية في هذا المجال.

(١) التزامات الإدارة التعاقدية:

(أ) الالتزام باحترام شروط العقد:

تلتزم الإدارة المتعاقدة باحترام شروط العقد، بأداء الالتزامات المفروضة عليها بموجبه، ومن أهم هذه الالتزامات التزام الإدارة باعطاء المتعاقد معها المميزات المالية الممنوحة له بموجب العقد، وعلى الأخص الثمن المتفق عليه.

والثمن المتفق عليه في العقد، هو قيمة التعاقد التي ارتضاها طرفا العقد لتنفيذ الالتزامات المبينة به، وهو يشمل جميع عناصر أداء العمل المطلوب.

وغالباً ما ينص العقد الإداري على إمكانية تعديل الثمن باتفاق طرفي التعاقد في أحوال محددة.

ويجري العمل في أداء الثمن بأن يتم على دفعات أو مستخلصات بحسب نسبة إنجاز العمل وما تم تنفيذه بالفعل، إلا أن غالبية العقود الإدارية تجري تيسيراً للعمل ومعاونة للمتعاقد في التنفيذ على منح المتعاقد «دفعة مقدمة» أي جزء من قيمة العقد مقدماً غالباً ما يكون نسبة معينة من إجمالي الثمن المحدد بالعقد.

(ب) التزام تنفيذ العقد بحسن نية:

هذا الالتزام لا يقع على عاتق الإدارة وحدها، وإنما بالدرجة ذاتها يلتزم به المتعاقد معها، وهو التزام يعد من المبادئ المسلمة في جميع العقود مدنية كانت أم إدارية، فالعقود تخضع لأصل عام من أصول القانون مؤداه أن يكون تنفيذها بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، ولا يخل بتطبيق هذا الأصل على العقود الإدارية أن تتميز بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد الإداري تسييرة، وتغليب المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة؛ ذلك أن هذا الامتياز للإدارة لا يترتب عليه تحللها من تنفيذ العقد بحسن نية. وتحفل أحكام القضاء بالعديد من المبادئ والتطبيقات التي تؤيد هذا المبدأ، وخاصة في شأن تفسير العقد وفقاً لروح التزامها بتنفيذ عقودها بحسن النية الواجب.

(ج) التزام إعادة التوازن المالي للعقد:

العقد الإداري كالعقد المدني يقوم على تلاقي إرادتي المتعاقدين بالإيجاب والقبول، ويتم تحديد الثمن أو المقابل من جانب المتعاقد على الإدارة في مقابل الأداءات التي يلتزم بها على أساس من التوازن بين ما يتحمله المتعاقد من أعباء وما يجنيه من مزايا ومنافع، هذا التوازن المالي للعقد من المفترض أن العقد بدأ به، وأن ينتهي التنفيذ وحالة التوازن قائمة لا تمسها الإدارة بمقررات تؤثر في التوازن، ولا تؤثر فيها أيضاً ما يطرأ على تنفيذ العقد من عوارض على نحو ما عرضنا له آنفاً.

وإعادة التوازن المالي للعقد هو في ذاته «التزام» يقع على عاتق الإدارة إذا انقلبت اقتصاديات العقد لأي سبب ودون مطالبة من المتعاقد، كما أنه «حق» للمتعاقد يترتب على عدم تمتعه به لتعرضه للخسارة.

(٢) حقوق والتزامات المتعاقد مع الإدارة:

نعرض فيما يلي بإيجاز لبيان أهم الحقوق والالتزامات التي تقع على عاتق المتعاقد مع الإدارة دون شرح تفصيلي اكتفاء بما ورد بشأنها في ثنايا البحث لضيق المقام.

الحقوق: إجمالاً هي:

١ - الحق في الحصول على المقابل النقدي.

٢ - الحق في إعادة التوازن المالي للعقد.

٣ - الحق في التعويض عن الافتقار الناشئ عن إثراء الإدارة بلا سبب.

٤ - الحق في التعويض عن إخلال الإدارة بالتزاماتها التعاقدية.

الالتزامات إجمالاً هي:

١ - الالتزام بالتنفيذ الشخصي.

٢ - الالتزام بالتنفيذ في المدة المحددة.

٣ - الالتزام بضمان سير المرفق العام.

٤ - الالتزام بتنفيذ الأعمال محل التعاقد وتسليمها.

٥ – الالتزام بضمان سلامة الأعمال.

٦ – الالتزام بتنفيذ العقد بحسن نية.

المبحث الثالث: نهاية العقود الإدارية:

ينتهي العقد الإداري نهاية عادية بتنفيذ جميع التزاماته أو بانقضاء مدته.

وقد ينتهي العقد نهاية مبتسرة أي قبل تلك النهاية العادية، ويتحقق ذلك في فروض عديدة. فقد يتم فسخ العقد جزاء إما عن طريق الإدارة ذاتها، وإما عن طريق القضاء، وقد يتم باتفاق طرفيه.

ويمكن للمشرع إنهاء بعض العقود. كما يحق للإدارة إنهاء العقد متى اقتضى ذلك صالح المرفق، كذلك قد ينتهي العقد بقوة القانون.

فنقصر دراستنا في هذا المبحث – للنهاية المبتسرة للعقود – على حق الإدارة في إنهاء العقد الإداري قبل الأوان، وفسخ العقد بقوة القانون، ثم نتناول النهاية العادية للعقود.

١ - حق الإدارة في إنهاء العقد قبل الأوان:

كمبدأ قضائي ثابت وقطعي، للإدارة – دائماً – الحق في إنهاء العقد الإداري، أياً كان نوعه، دون خطأ من المتعاقد، متى اقتضى ذلك صالح المرفق، دون اشتراط النص على هذا الحق في العقد. ويقابل هذه السلطة حق المتعاقد في المطالبة بالتعويض، إن كان له مقتضى.

ففي نطاق عقد التزام المرافق العامة، يحق للإدارة، إعمالاً لهذا المبدأ – استرداد المرفق.

وقد نظم العقد أحكام هذا الاسترداد، فيكون استرداداً اتفاقياً، وقد تقرره الإدارة بإرادتها المنفردة إذا خلا العقد من النص عليه، بل أيضاً في حالة وجود نص عقدي يمنعه، فيكون بذلك استرداداً جبرياً.

فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن وسيلة الإدارة في إنهاء الالتزام المرفق العام، دون خطأ من الملتزم، هو استرداد المرفق.

(حكم المجلس في ١٦ من ديسمبر سنة ١٩٦٤،في قضية commune de Moins، المجموعة، ص ٩٣٧).

وقد يتدخل المشرع فيصدر قوانين خاصة ينظم بها استرداد بعض المرافق المهمة.

وغالباً ما تنظم هذه القوانين كيفية تعويض الملتزم، كما تبين وثيقة الالتزام – عادة – الأموال التي تؤول على الدولة مجاناً، وتلك التي تبقي على ملك الملتزم، وما يحق للإدارة المانحة التزام شرائها منها دون اعتراض منه.

والأحكام القاضية بهذا المبدأ بالنسبة لعقدي الأشغال العامة والتوريد وغيرهما من العقود الإدارية الأخرى ما عدا عقد الالتزام، كثيرة ومتواترة، منها ما يلي:

(حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٦ فبراير سنة ١٩٢٥، في قضية Demouchy المجموعة، ص ١٨١، وحكمه في

مايو سنة ١٩٥٨،في قضية Distillerie de Maganac-Laval، المجموعة، ص ٢٤٦، ومنشور أيضاً مع تعليق دي لوبادير في مجموعة داللوز سنة ١٩٥٨ القسم القضائى،ص ٧٣٠، وحكمه في ٢٢ فبراير سنة ١٩٨٠، S.a des Sapileres modernes d Aressy، المجموعة ص ١٠٩).

ومن أحكام المحكمة الإدارية العليا القاضية بهذا المبدأ حكمها في ٢٠ إبريل سنة ١٩٥٧، حيث قالت: «للإدارة دائماً سلطة إنهاء العقد إذا قدرت أن هذا يقتضيه الصالح العام، وليس للطرف الآخر إلا الحق في التعويض إن كان له وجه، وهذا على خلاف الأصل في العقود المدنية التي لا يجوز أن يستقل أحد الطرفين بفسخها أو إنهائها دون إرادة الطرف الآخر».

فإذا ثبت أن «البوية» المتعاقد عليها مع أحد أسلحة الجيش أصبحت غير صالحة للغرض المتعاقد من أجله عليها بسبب تغيير صنف الجلد المستعمل لأحذية الجنود، فللإدارة أن تتحلل من تعاقدها وتعمل سلطتها العامة في إنهاء العقد مع تعويض المتعاقد عما أصابه من ضرر.

فإذا اتضح أن هذا الصنف من «البوية» إنما صنع خصيصاً لأحذية الجنود، وأنه لا سبيل للانتفاع به بعرضه للبيع في الأسواق المحلية فقد اختل التوازن المالي للعقد، وحق للمتعاقد أن يعوض عن رفض «البوية». والتعويض بوجه عام مقياسه الضرر المباشر وهو يشتمل على عنصرين جوهريين، هما الخسارة التي لحقت المضرور والكسب الذي فاته.

(حكم رقم ١٥٢٠ لسنة ٢ ق، المجموعة س ٢ ص ٩٣٧).

كما قضت المحكمة الإدارية العليا في حكم لها بتاريخ ٢٨ يناير سنة ١٩٧٨، بأن: «فسخ العقد الإداري كأصل عام تترخص فيه جهة الإدارة ضماناً لحسن سير المرفق العام وليس للمتعاقد معها إلا حق المطالبة بالتعويض إن كان له مقتضى». (رقم١١٢٥ لسنة ١٥ق).

وقضى مجلس الدولة الفرنسي بأن هذا الفسخ الإداري ليس له أثر رجعى.

(حكم المجلس في ٢ إبريل سنة ١٩٧١ في قضية A.J،Tlati Salah Eddine، سنة ١٩٧٢، ص ١٧١).

ويشتمل التعويض هنا ما أصاب المتعاقد من خسارة، وكذلك ما فاته من كسب من جراء إنهاء العقد قبل أوانه.

وفي حكم للمحكمة الإدارية العليا بتاريخ ٢ مارس سنة ١٩٦٨، قضت بأنه «يحق للجهة الإدارية أن تتحلل من تعاقدها الماثل بعد ما تحقق لها أن الأصناف الموردة، والتي تم التعاقد عليها لا تفي بالغرض المطلوبة من أجله، ويعتبر العقد كذلك كأن لم يكن، وتعود الحالة إلى أصلها قبل التعاقد، فتقوم الجهة الإدارية بتسليم المدعي الأصناف التي قام بتوريدها، والتأمينات التي دفعها، وما في ذلك، على أن يرد هو بدوره للجهة الإدارية ما يكون قد حصل عليه منها تنفيذاً لهذا العقد».

وقد قدرت المحكمة الإدارية العليا التعويض المستحق للمتعاقد في هذه الحالة – بمراعاة أنه يمكن أن يفيد من طرح الأصناف للبيع في السوق.

(المجموعة س ١٣، ص ٦٢٥).

– والمستقر عليه في قضاء مجلس الدولة الفرنسي عدم جواز إلغاء الفسخ الإداري قضاء مهما شابه من عيوب، حيث لا يحق للقاضي سوى الحكم بتعويض المتعاقد عنه.

على سبيل المثال :

(حكم المجلس في ١٧ مارس سنة ١٩٧٦، في قضية Lechert، مع تعليق Roche، داللوز سنة ١٩٧٨، القسم القضائي، ص ١١).

وقد قضت محكمة القضاء الإداري في حكم لها بتاريخ ١٢ ديسمبر سنة ١٩٨٢،في القضية رقم ١٥٥٤، لسنة ٣٥ ق – على خلاف هذا النظر – حيث قالت: «من حيث إنه للإحاطة بمدى حق الإدارة في إنهاء العقود الإدارية يتعين مراعاة الأحكام الآتية:

١ – أن حق الإدارة في إنهاء العقود الإدارية ليس سلطة مطلقة تلجأ إليها الإدارة كيفما أرادات، ولكنها سلطة تقديرية يجب أن تستهدف تحقيق المصلحة العامة.

٢ – أن الإدارة حين تستعمل تلك السلطة، إنما تستعملها تحت رقابة القضاء، والقاضي الإداري إذا ما لجأ إليه صاحب الشأن أن يتحرى الأسباب الحقيقية التي دفعت الإدارة إلى إنهاء العقد، ويصبح القرار الإداري الصادر بالإنهاء غير مشروع إذا قام الإنهاء على سبب غير سليم، أو إذا استهدفت الإدارة مصلحة غير المصلحة العامة.

٣ – أن سلطة القاضي الإداري محددة في هذه الحالة، فهي مقصورة على التحقق من جدية السبب التي استهدفته ولكنه لا يملك التصدي لبحث مدى ملاءمة إنهاء العقد للسبب الذي قام عليه الإنهاء.

٤ – إذا ثبت للقضاء الإداري أن القرار الصادر بإنهاء العقد لا يقوم على سبب مشروع فإنه يملك إلغاء القرار».

وقضت هذه المحكمة بإلغاء قرار فسخ العقد لعدم قيامه على سبب صحيح مبرر له، ولعدم إثبات الإدارة المصلحة العامة التي استهدفتها من هذا الفسخ.

٢ - فسخ العقد بقوة القانون:

ينتهي العقد بقوة القانون في بعض الحالات متى تحققت شروطها المنصوص عليها في العقد، فغالباً ما تنص دفاتر الشروط على فسخ العقد في حالة إفلاس المتعاقد أو إعساره، ففي هذا الغرض يقع الفسخ بقوة القانون.

ويسمح مجلس الدولة الفرنسي لسنديك التفليسة أو المصفي القضائي بأن يتمسك بالتزام الإدارة بهذا الفسخ الحتمي.

(حكم المجلس في ١٥ أكتوبر سنة ١٩٦٥،في قضية Soc EntrePrise Prignon، بمجلة القانون العام سنة ١٩٦٦،ص ٩٩٤).

(وحكمه في ٣ يناير سنة ١٩٦٨،في قضية Mazzia-S.Martin – Soc EntrePrise بمجلة القانون العام سنة١٩٦٨،ص ٩٤٣).

فإذا لم ينص العقد على الفسخ في هاتين الحالتين، فإن مبدأ قضاء مجلس الدولة الفرنسي أنهما لا تؤديان إلى فسخ العقد لزوماً، وإنما تترخص الإدارة فقط في أن تقرره إذا قدرت أن تنفيذ العقد لم يعد ممكناً بوجه صحيح.

(حكم المجلس في ٢٢ مارس سنة ١٩٠٢ في قضية، المجموعة، ص ٢٤٤، وحكمه في ٢٤ يناير سنة ١٩٦٢، في قضية Chambon، Ajda،EtabliN pilleux سنة ١٩٦٢، ص ٣٠١).

وتنص المادة ٨٥ من لائحة المناقصات والمزايدات الصادر بها قرار وزير المالية رقم ٥٤٢ لسنة ١٩٥٧، على بعض حالات فسخ العقد بقوة القانون، وهي:

أ – إذا استعمل المتعهد الغش أو التلاعب في معاملته مع الإدارة.

ب – إذا ثبت أن المتعهد أو المقاول شرع بنفسه أو بواسطة غيره بطريق مباشر أو غير مباشر في رشوة أحد موظفي الحكومة أو

جـ – مستخدميها أو عمالها، أو التواطؤ معه إضراراً بالإدارة.

إذا أفلس المتعهد أو المقاول أو أعسر.

وقد أوجبت المادة ٢٧ من القانون ٩ لسنة ١٩٨٣، بتنظيم المناقصات والمزايدات – والذي استعيض به عن القانون ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ – فسخ العقد في تلك الحالات أيضاً.

وفي بيان الغش الذي يستوجب فسخ العقد طبقاً للمادة ٨٥ المشار إليها قضت المحكمة الإدارية العليا في حكم لها بتاريخ ١٦ مايو سنة ١٩٧٠، بأنه «يتعين لوصم المتعاقد مع الإدارة بالغش في تنفيذ التزاماته وبتوقيع الجزاء المنصوص عليه في المادة ٢٧ من الاشتراطات العامة للعقد المقابلة للمادة ٨٥ من لائحة المناقصات والمزايدات أن يثبت سوء نيته؛ أي علمه بما يشوب الأصناف التي يوردها من غش أو تلاعب، وأنه وإن كان هذا العلم مفترضاً في المتعاقد مع الإدارة، فإنه متى كانت ظروف الحال تنفي هذا العلم عن المتعهد فإنه لا يسوغ وصمه بالغش. وظروف الحال التي تنفي هذا العلم . كما قد نستفاد مما يصدر من أحكام جنائية في شأن ما نسب إلى المتعاقد من غش – تستفاد أيضاً مما قد يرد في الأوراق متعلقاً بمدى حسن نية المتعاقد في تنفيذ التزاماته التي يتضمنها التعاقد بصفة عامة، وحجم التعاقد في ذاته، وتعدد الالتزامات الواردة به».

(المجموعة س ١٥، ص ٣٢٤).

– كما قضت هذه المحكمة بتاريخ ١٦ يناير سنة ١٩٧١،بعد أن رددت المبدأ المشار إليه في حكمها السابق بما يلي : « أنه لا يسوغ بالنسبة لعقود التوريد وما تقتضيه من توريد أصناف متعددة لجهات متفرقة وعلى فترات دورية، لا يسوغ القول بأن يقوم المتعهد الأصلي بتنفيذ التزاماته وحده من غير الاستعانة بمجهودات غيره وإلا وضع أمام استحالة مطلقة.

وإذا جرى العرف على السماح بهذه الاستعانة في الحدود المقررة والجائزة في العقود الإدارية، فإنه من غير المستساغ فسخ العقد ومصادرة التأمين وشطب اسم المتعهد من قبل المتعهدين، وعدم السماح له بالدخول في مناقصات حكومية، إلا إذا قام الدليل المقنع من واقع الأوراق على تواطؤ المدعي أو علمه بغش من استعان بهم أو تلاعبهم في أداء التزامه، والقول بغير ذلك يؤدي إلى إحجام الموردين في الدخول في المناقصات العامة، وقد يكون منهم كفايات وحسنو السمعة».

(المجموعة س ١٦، ص ١٥٠).

- كما قضت المحكمة الإدارية العليا في حكم لها بتاريخ ٢٦ يونيو سنة ١٩٧٦ أيضاً بأنه: «يلزم حتى ترقى مخالفة المواصفات إلى مرتبة الغش أن يثبت علم المتعهد بهذه المخالفة مما ينطوى عليه هذا العلم من خداع من جانب المورد في حقيقة الشيء المسلم من حيث نوعه أو صفاته الجوهرية التي جرى التعاقد عليها. أو يأتي المتعهد أعمالاً تنم عن عدم التزام الجادة في تنفيذ التزاماته ابتغاء الحصول على منفعة غير مشروعة على حساب المصلحة العامة، وفي هذه الحالات يتوافر سوء القصد الدال على استعمال الغش أو التلاعب المبرر لعدم التعامل».

(المجموعة س ٢١، ص ٢٢٨).

٣ - النهاية العادية للعقد الإداري:

نهاية عقود المدة:

غالباً ما ينص عقد المدة على مدة سريانه، وكيفية تجديده الصريح أوالضمني، فبنهاية هذه المدة – أصلية أو مجددة – ينتهي العقد ذاته.

وفي حكم للمحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٣ نوفمبر سنة ١٩٨٢،في شأن تجديد عقد « استغلال « كازينو لمدة عقدية أخرى، قالت هذه المحكمة « من حيث إن الثابت أن مجلس مدينة سوهاج طرح مزايدة لتأجير كازينو مجلس المدينة رست على الطاعن في ١٩٧٣/٦/١٠، والثابت أن شروط المزايدة التي تم التعاقد على أساسها قد نصت في البند (أولاً) على أن مدة الإيجار ثلاث سنوات تبدأ من تاريخ التعاقد، ويجوز للمجلس تجديد العقد بعد انتهاء مدته لفترة أخرى إذا رأى ذلك وبموافقة المستغل، أما إذا رأى أحد الطرفين عدم رغبته في التجديد، فيجب أن يخطر الطرف الآخر، وذلك بخطاب مسجل بعلم الوصول وذلك قبل انتهاء مدة الإيجار بثلاثة أشهر على الأقل.

وينص البند (سادساً) على أنه لا يجوز للمستغل أن ينهي العقد من جانبه وحده أثناء مدة سريانه.

ومن حيث إن المستفاد من صريح عبارة تلك النصوص أنه ولئن كان تجديد العقد لمدة مماثلة جوازياً للجهة الإدارية المتعاقدة في خصوصية تقدير الالتجاء إليه. لا مجال لقيام تجديد العقد إلا بموافقة الطرفين، وأنه – طبقاً لنصوص العقد – فقد يتم التجديد بعبارات صريحة بعرض الجهة الإدارية وموافقة المتعاقد، كما قد يتم بإرادة ضمنية تستفاد من السكوت عن الإخطار بعدم الرغبة في التجديد قبل نهاية مدة العقد بثلاثة أشهر على الأقل، وليس من ريب في أن تحديد أداة الإخطار بأن تكون بخطاب مسجل بعلم الوصول – ليس غاية في ذاته أو شكلية لازمة لقيام الإرادة، بل إنه يمكن أن يتحقق الإخطار بأية وسيلة قاطعة في الدلالة على التعبير عن إرادة أحد الطرفين في عدم رغبته في التجديد بشرط أن يتحقق لهذه الإرادة الوجود القانوني بأن تتصل بعلم الطرف الآخر قبل انتهاء مدة العقد بثلاثة أشهر على الأقل.

ومؤدى ذلك أيضاً أن الإفصاح عن تلك الرغبة في تاريخ أسبق يكون أمضى وأبلغ في مجال تنفيذ العقد والالتزام بأحكامه، لذلك ولما كان الثابت الذي لا يجادل فيه الطاعن أن مدة العقد ثلاث سنوات تنتهي في ٩ يوليو سنة ١٩٧٦، وأنه خلال مدة سريان العقد وقبل انقضائها تقدم بعدة طلبات إلى الجهة الإدارية المتعاقدة، آخرها في ١٧ من مايو سنة ١٩٧٥، يطالب فيها بتخفيض الأجرة أو زيادة أسعار المبيعات أو تقصير مدة العقد الأصلية إلى سنة ونصف أو سنتين – ولما كان مفاد طلب إنهاء العقد بصورته القائمة قبل مدته

يستغرق معنى الرغبة في عدم التجديد ويجاوزها، وأنه قد اتصلت تلك الرغبة بعلم الجهة الإدارية المتعاقدة، فليس عليها إن هي التفتت عن الإخطار بعدم رغبتها في تجديد العقد لعدم جدواه بعد أن بادر الطاعن إلى ذلك. ولا مجال للقول، - والحالة هذه - بانصراف إرادة الجهة الإدارية للتجديد الضمني بعد أن تحقق ما يحول دون ذلك على النحو السالف بيانه.

ومن حيث إنه لما تقدم تكون الجهة الإدارية المتعاقدة،وقد قامت بإعلان عن مزايدة لاستغلال الكازينو بعد انتهاء مدة العقد المبرم مع الطاعن لعدم قيام التجديد، تكون قد التزمت بأحكام العقد وتطبيقها على نحو سليم».

(حكم رقم ١٦٦٧ لسنة ٢٦ ق)

٢ - فإذا خلا العقد من النص على مدته، وكان من العقود الزمنية، فإن مدته تقدر - وفق قضاء المحكمة الإدارية العليا - طبقاً لنصوص القانون المدني.

ففي حكم لها بتاريخ ٢٦ من فبراير سنة ١٩٧١،قضت بما يأتي (... أن العقد الذي أبرم بين المدعي والمصلحة في سنة ١٩٥١ قد عقد دون اتفاق على مدة، ولما كان القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٤٨، الذي أبرم العقد في ظله لم يتضمن أية نصوص خاصة بتجديد مدة العقد فإنه يتعين والحالة هذه، الرجوع في هذا الشأن إلى الأحكام العامة الواردة في القانون المدني.

ومن حيث إنه طبقاً لما تقضي به المادة ٥٦٣ مدني من أنه (إذا عقد الإيجار دون اتفاق على مدة أو عقد لمدة غير معينة أو تعذر إثبات المدة المدعاة، اعتبر الإيجار منعقداً للفترة المعينة لدفع الأجرة) فإن العقد الذي أبرم بين المدعي والمصلحة يعتبر منعقداً لمدة سنة، وهي الفترة المعينة لدفع الأجرة.

ومن حيث إن القانون ١٣٦ لسنة ١٩٤٨،قد خلا من أي نص بتجديد مثل هذا العقد، ويتعين كذلك الرجوع في هذا الشأن إلى ما أورده القانون المدني من أحكام.

ومن حيث إنه طبقاً لما تقضي به المادة ٥٩٩ من القانون المدني من أنه: «إذا انتهى عقد الإيجار وبقي المستأجر منتفعاً بالعين المؤجرة بعلم المؤجر دون اعتراض منه، اعتبر الإيجار قد تجدد بشروطه الأولى ولكن لمدة غير معينة، وتسري على الإيجار إذا تجدد على هذا الوجه أحكام المادة ٥٦٣ مدني، ويعتبر هذا التجديد الضمني إيجاراً جديداً لا مجرد امتداد للإيجار الأصلي».

فإن بقاء الشركة المنتفعة بالعين المؤجرة بعلم المصلحة ودون اعتراض منها بعد انتهاء مدة العقد يعتبر تجديداً ضمنياً للعقد بشروطه الأولى لمدة سنة، وهكذا.

ومن حيث إنه ولئن كان هذا هو الأصل العام في شأن تجديد عقد الإيجار إلا أنه ليس من المحتم إذا انتهى عقد الإيجار وبقى المستأجر بعد ذلك في العين المؤجرة أن يعد بقاء المستأجر هذا تجديداً ضمنياً لعقد الإيجار، فقد توجد ظروف يتعارض وجودها مع افتراض (هذا التجديد).

(المجموعة س ١٧، ص ٢٦٣)

تصفية عقد التزام المرفق العام :

يعقب انتهاء التزام المرفق العام بنهاية مدته تصفية العقد لتحديد مصير الأموال والأدوات المستعملة في إدارة المرفق.

وليس ثمة قاعدة قانونية مستقر عليها في خصوص ذلك. فوثيقة الالتزام هي التي يناط بها تحديد الأشياء التي تبقى ملكاً للملتزم، وهذه التي تؤول للإدارة دون مقابل. وتلك التي يحق للإدارة شراءها دون اعتراض من الملتزم.

وقد ذكرت فتوى قسم الرأي مجتمعاً بمجلس الدولة بتاريخ ٢٣ مارس سنة ١٩٥٥، بأن (عند أيلولة المرفق لجهة الإدارة، تؤول تبعاً له كافة المنشآت والموجودات التابعة له واللازمة لسيره، سواء نص في عقد الالتزام على أيلولتها أو لم ينص، وتكون هذه الأيلولة مقابل التعويض اللازم، ما لم ينص في عقد الالتزام على أيلولة هذه الأشياء بدون مقابل).

(المجموعة س ١٠، ص ٢٨٨)

نهاية عقد الأشغال العامة:

يتحرر المقاول من التزاماته بتسليم الإدارة الأعمال التي قام بتنفيذها، وتنقضي التزامات الإدارة بالوفاء بالثمن المتفق عليه.

وثمة تسليم مؤقت لتلك الأعمال يعقبه – بعد فترة ضمان – تسليم نهائي لها. وفيما يلي أحكام كل منهما:

الاستلام المؤقت :

فبعد انتهاء المقاول من تنفيذ الأعمال المتفق عليها مباشرة يتم تسليمها للإدارة مؤقتاً، حيث يعقبه فترة ضمان عقدية، يظل المقاول خلالها مسئولاً عن الأعمال، ويصلح ما يلحقها من عيوب.

(حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٢٨ يوليو سنة ١٩٤٣، في قضية Faula، المجموعة، ص ٣٣٩).

فإذا قصر المقاول في إصلاح تلك العيوب فإن للإدارة. طبقاً لما قضى به مجلس الدولة الفرنسي. أن توقع عليه الجزاء المناسب، بل تقوم بهذا الإصلاح على حسابه وتحت مسئوليته أيضاً.

(حكم المجلس في ٢٧ يونيو سنة ١٩٣٤، في قضية Casa، المجموعة، ص ٧٣٨).

وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن المقاول يتحمل الخسائر الناتجة من تهدم الأشغال أو إصابتها بالتلف بفعل القوة القاهرة، مادام ذلك حدث قبل التسليم المؤقت. وما لم ينص العقد على خلاف ذلك.

(حكم المجلس في ١٧ مارس سنة ١٩٧٦ في قضية

Compagnia Les Assurances generales de France، et ville de Romars المجموعة ص ١٦٦)

وقد نظمت المادة ٩٧ من لائحة المناقصات والمزايدات الصادر بها قرار وزير المالية رقم ٥٤٢ لسنة ١٩٥٧، الاستلام المؤقت للأعمال.

فبعد أن ألزمت المقاول بإخلاء موقع العمل من جميع المواد والأتربة والبقايا، وأن يمهده وإلا قامت الإدارة بذلك على حسابه، أوجبت

إخطاره بالموعد المعين لإجراء المعاينة، وبتحرير محضر التسليم المؤقت، ويوقعه كل من المقاول أو مندوبه، وفي حالة عدم حضور المقاول أو مندوبه في الموعد المحدد، تتم المعاينة ويوقع المحضر من مندوبي الإدارة وحدهم.

فإذا تبين من المعاينة أن العمل تم على الوجه المطلوب اعتبر تاريخ إخطار المقاول لجهة الإدارة باستعداده للتسليم المؤقت موعد إنهاء العمل وبدء مدة الضمان، وإذا ظهر من المعاينة أن العمل لم ينفذ على الوجه الأكمل، فيثبت هذا في المحضر، ويؤجل التسليم إلى أن يتضح أن الأعمال قد تمت بما يطابق الشروط، ومع عدم الإخلال بمسئولية المقاول طبقاً لأحكام القانون المدني، وتبدأ من تاريخ المعاينة الأخيرة مدة الضمان.

وقد حددت المادة ٩٨ من تلك اللائحة مدة الضمان التي تعقب الاستلام المؤقت وحدود هذا الضمان بقولها: (يضمن المقاول الأعمال موضوع العقد وحسن تنفيذها على الوجه الأكمل لمدة سنة واحدة من تاريخ التسليم المؤقت، وذلك دون إخلال بمدة الضمان المنصوص عليها في القانون المدني - والمقاول مسئول عن بقاء جميع الأعمال سليمة أثناء مدة الضمان، فإذا ظهر بها أي خلل أو عيب يقوم بإصلاحه على نفقته، وإذا قصر في إجراء ذلك فللوزارة أو المصلحة أو السلاح أن تجريه على نفقته وتحت مسئوليته).

وقد نصت الفقرة الأخيرة من المادة ٩٧ السابق بيانها على أنه بعد إتمام التسليم المؤقت يرد للمقاول - إذا لم توجد قبله مطالبات للجهة المتعاقدة أو لأي مصلحة حكومية - ما زاد من قيمة التأمين النهائي على النسبة المحددة بالمادة ٥١ من ذات اللائحة من قيمة الأعمال التي تمت فعلاً، وتحتفظ الجهة المتعاقدة بهذه النسبة لحين انتهاء مدة الضمان وإتمام التسليم النهائي.

الاستلام النهائي:

أ - يتم استلام الأعمال نهائياً بعد قيام المقاول بالوفاء بالتزاماته كاملة، وبعد انتهاء فترة الضمان العقدية التي تعقب الاستلام المؤقت.

وقد نظمت المادة ٩٩ من لائحة المناقصات والمزايدات المشار إليها أحكام هذا الاستلام النهائي، بأنه متى تبين من المعاينة أن الأعمال قد نفذت بحالة جيدة، فإنه يتم تسليمها نهائياً بموجب محضر موقع عليه من المقاول أو مندوبه الرسمي ومندوبي الإدارة، فإذا ظهر من المعاينة أن المقاول لم يقم ببعض الالتزامات فيؤجل التسليم النهائي لحين قيامه بما يطلب إليه من الأعمال، هذا مع عدم الإخلال بمسئوليته طبقاً لأحكام القانون المدني.

ب - حق الإدارة في التحقق من سلامة تنفيذ العقد:

فقد قضت المحكمة الإدارية العليا في حكمها بتاريخ ٢٣ من يناير سنة ١٩٨٢ - وفي صدد عقد مقاولة أعمال - بأن « من امتيازات الإدارة في العقود الإدارية أن الإدارة ذاتها هي صاحبة الحق في القول الفصل والحكم الأخير على سلامة تنفيذ العقد الإداري دون ما حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء في شيء من ذلك.

ومن امتيازات الإدارة في مجال عقد المقاولة الحق في تجربة جميع أجزاء العمل بالطريقة المبينة بالشروط الفنية والشروط الخصوصية وحقها في فحص الأعمال ومعاينتها قبل الاستلام النهائي، وحقها في رفض الاستلام النهائي إذا ما أسفرت المعاينة عن وجود عيب أو نقص في الأعمال، ويؤجل الاستلام النهائي إلى حين قيام المقاول بما يطلب إليه من الأعمال في بحر مدة

معينة تحدد له كتابة. ومتى كان ما تقدم فإن الإدارة تتمتع بامتياز في مجال العقد الإداري من مقتضاه أنها - أي الإدارة - تستقل دون ما حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء بالحكم على مدى مطابقة تنفيذ المقاولة لأصول الصناعة ولمواصفات العقد وشروطه».

(رقم ٤٩٩، لسنة ٢٤ ق)

ج - ويترتب على الاستلام النهائي للأعمال ما يلي:

١ - يتحرر المقاول من التزامه بصيانة هذه الأعمال، فلا تستطيع الإدارة إلزامه بإصلاح أية عيوب إلا تلك التي تضمنها محضر الاستلام النهائي.

(حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٤٧، في قضية Commune de Dommarie المجموعة، ص ٦٤٥)

٢ - وهذا الاستلام النهائي - دون تحفظ، كما قضى مجلس الدولة الفرنسي - ينهي العلاقات العقدية الناشئة عن العقد، فلا يحق للإدارة استناداً على خطأ عقدي منسوب للمتعاقد بتقصيره في أداء التزاماته العقدية مطالبته بالتعويض.

(حكم المجلس في ٤ يوليو سنة ١٩٨٠، في قضية S.A. Forrer et Cie، S.، المجموعة، ص ٣٠٧ وحكمه بالمبدأ ذاته بتاريخ ٢٥ يوليو سنة ١٩٨٠، في قضية Ville de Saint-Ouen، l›aumone المجموعة، ص ٣٤٢)

٣ - طبق كل من القضاء الإداري الفرنسي والقضاء الإداري المصري بالنسبة لعقود الأشغال العامة أحكام القانون المدني المتعلقة بالضمان العشري للمقاول والمهندس والمنصوص عليها في المادتين ١٧٩٢، ٢٢٧٠ من القانون المدني الفرنسي، والمواد من ٦٥١ إلى ٦٥٤ من القانون المدني المصري.

فقد نصت المادة ٦٥١ المذكورة بأن «يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيدوه من مبان أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى، ولو كان التهدم ناشئاً عن عيب في الأرض ذاتها أو كان رب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعيبة، ما لم يكن المتعاقدان في هذه الحالة قد أرادا أن تبقى هذه المنشآت مدة أقل من عشر سنوات.

ويشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة المبنى وسلامته.

وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسلم العمل.

«ولا تسري هذه المادة على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين من الباطن».

كما تنص المادة ٦٥٢ من القانون المدني على أنه «إذا اقتصر المهندس المعماري على وضع التصميم دون أن يكلف الرقابة على التنفيذ، لم يكن مسئولاً إلا عن العيوب التي أتت من التصميم».

وتنص المادة ٦٥٣ من هذا القانون على أنه «يكون باطلاً كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه».

كما تقضي المادة ٦٥٤ من القانون ذاته بسقوط دعوى الضمان المتقدمة بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حصول التهدم أو انكشاف العيب.

وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بأنه ما لم يتم الاستلام النهائي صراحة أو ضمناً، فإن المسئولية العقدية تظل قائمة دون المسئولية الناتجة من الضمان العشري.

(حكم المجلس في ٥ فبراير سنة ١٩٨٢، في قضية Dandel et autres المجموعة، ص ٥٣)

والتزاماً بأحكام النصوص المدنية المتعلقة بدعوى الضمان المشار إليها، قضت المحكمة الإدارية العليا في حكم لها بتاريخ ٦ إبريل سنة ١٩٦٨،بسقوط هذه الدعوى.

حيث قالت «من حيث إن الحكم المطعون فيه قد أصاب وجه الحق فيما قضى به من سقوط الدعوى لانقضاء ثلاث سنوات من تاريخ انكشاف العيب حتى رفعها... وذلك للأسباب التي استندت إليها المحكمة بحكمها المذكور والتي تأخذ بها هذه المحكمة وتضيف إليها أن المادة ٥٧ من العقد المبرم مع الشركة المدعى عليها تنص على أنه: «وعلى المقاول أن يضمن الأعمال وحسن تنفيذها على الوجه الأكمل – وذلك لمدة سنة ميلادية – من تاريخ الاستلام المؤقت أو لأي مدة أطول يمكن أن تمد إليها مدة الضمان طبقاً للمادة ٥٨ بدون أن يحدد أو يخل ذلك بشيء ما من سريان مفعول الضمان المقرر بنصوص القانون المدني المصري» ويبين من هذا النص أنه لم يحل فقط إلى المادة ٦٥١ من القانون المدني – التي تنص على أن «يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيدوه من مبان أو اقاموه من منشآت ثابتة أخرى.....».

وإنما أشار إلى سريان مفعول الضمان المقرر بنصوص القانون المدني ومنها نص المادة ٦٥٤ التي تنص على سقوط الدعوى بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حصول الهدم أو انكشاف العيب. ومن حيث إنه لا وجه لما ذهبت إليه الطاعنة من أن حكم المادة ٦٥٤ المنوه عنه يتعارض مع روابط القانون العام. ذلك أنه لا محل لأن يطول أمد رفع الدعوى أكثر من مدة ثلاث سنين حتى لا يظل موقف المتعاقد مع الحكومة معلقاً لمدة طويلة، وذلك بغية أن تستقر الأوضاع بين الحكومة ومن يتعاقد معها.

ومن حيث إن الحكم المطعون فيه أصاب وجه الحق فيما ارتآه من أن مدة السقوط لم تنقطع لا برفع الدعوى المستعجلة ولا بإقرار الشركة ؛ لأن هذه المدة لا تنقطع كما قالت المحكمة وبحق، إلا برفع الدعوى الموضوعية.

(المجموعة س ١٣،ص ٧٦٦)

وقضى مجلس الدولة الفرنسي أيضاً بأن سقوط دعوى الضمان العشري لا يتعلق بالنظام العام، وما دام أصحاب المصلحة لم يدفعو به فلا يحق للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه.

(حكم المجلس في ٥ يوليو سنة ١٩٧٤، في قضية Ville de Montreuil – Sous Bois، المجموعة، ص ١٠٦٠)

وبالمبدأ ذاته قضت المحكمة الإدارية العليا في حكم لها بتاريخ ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٧١ في شأن دعوى الضمان أيضاً حيث قالت:

«من حيث إنه لا مرية لدى هذه المحكمة في أن مدة السنوات الثلاث المحددة بالمادة ٦٥٤ من القانون المدني هي مدة تقادم مسقط لا تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها ولا تسقط بانقضائها الدعوى تلقائياً، وإنما يسوغ أن تثار كدفع من جانب المدين أو أحد دائنيه أو كل ذي شأن أساسه المصلحة في إثارة هذا الدفع، وبغير أن يدفع به لا تكون المحكمة في حل من القضاء بعدم قبول الدعوى ويكون تصديها لإسقاط الدعوى بالقضاء بعدم قبولها من تلقاء نفسها مخالفاً للقانون مادامت لم يقدم لها دفع من ذي شأن ممن عينتهم المادة ٦٥٤ من القانون المدني المشار إليها. ويؤكد هذا التفسير لنص تلك المادة ما ورد من تعليقات بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني حيث يقول :» وقد ترتب على عدم وجود نص في التقنين الحالي (نقصد التقنين المدني السابق)... أن محكمة الاستئناف المختلطة قررت أن دعوى المسئولية قبل المقاول بناء على نص المادة ٥٠٠ من التقنين المختلط يجوز رفعها بعد مضي عشر سنين المقررة بالنص، ولا يسقط الحق في إقامتها إلا بمضى خمس عشرة سنة من يوم وقوع الحادث، ويترتب على ذلك أنه لو حدث الخلل في السنة العاشرة، فإن الدعوى تبقى جائزة حتى تمر ٢٤ سنة من تاريخ تسليم العمل.. على أن هذه النتيجة تتعارض تماماً مع ما رأيناه من ميل التقنينات الحديثة إلى تقصير المدة التي يكون فيها كل من المقاول والمهندس مسئولاً، لذلك يكتفي المشرع بتحديد مدة.... «وحاصل ذلك ومفهومه أن الاتجاه عند استحداث هذا النص لم يكن إلى تغيير طبيعة التقادم والخروج به إلى السقوط وإنما كان القصد هو جعل التقادم قصيراً في مدته فحسب.... وتكون الدعوى في موضوعها وقد ثبتت واقعاتها على النحو السابق إيضاحه حقيقة بالقبول وقد وقع التهدم للمنشآت التي أقامها المقاول المطعون ضده خلال سنة من تاريخ التسليم الابتدائي لها، وكان سببه هو مخالفة المؤن والخرسانة المستعملة في إقامة تلك المنشآت للمواصفات الفنية والمتفق عليها في العقد المبرم بين المحافظة الطاعنة والمطعون ضده. ولذلك فإنه يكون مسئولاً عن تعويض الأضرار التي لحقت مباشرة بالمحافظة، والتي تتمثل فيما كانت قد دفعته من مقابل لإقامة المنشآت، بالإضافة إلى مصاريف تحليل عينات مواد البناء مع الفوائد القانونية».

(المجموعة س ١٧، ص ١٢١)

٤ – من حق المقاول – وقد تم استلام الأعمال نهائياً – المطالبة بجميع مستحقاته قبل الإدارة.

وقد قضت الفقرة الأخيرة من المادة ٩٩ من لائحة المناقصات والمزايدات الصادر بها قرار وزير المالية رقم ٥٤٢ لسنة ١٩٥٧،على أنه عند إتمام التسليم النهائي يدفع للمقاول ما قد يكون مستحقاً له من مبالغ ويرد إليه التأمين النهائي أو ما تبقى منه.

القضاء الإداري
ودوره في تأديب الموظفين

المستشار/ أحمد سعد الدين
نائب رئيس مجلس الدولة المصري
والمستشار القانوني بديوان المحاسبة الكويتي

من المسلم به أن النظام التأديبي جزء لا يتجزأ من أحكام الوظيفة العامة، ويكوّن عنصراً مهماً ورئيسياً من عناصر المركز الوظيفي الذي يشغله الموظف. والنشاط التأديبي منذ نشأة القضاء الإداري في دولة الكويت – بصدور المرسوم بالقانون رقم ٢٠/١٩٨١ بشأن إنشاء دائرة إدارية بالمحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية – يتبع القضاء الإداري، فلا توجد محاكم تأديبية منفصلة عن الدائرة الإدارية، إذ يمارس التأديب في صورة قرارات إدارية، سواء صدر القرار التأديبي من الرئيس الإداري الفرد، أم من مجلس تأديبي، ومن ثم فإن الطعن في القرارات الإدارية بنوعيها يتم في صورة دعوى إلغاء عادية، لا تفترق عن غيرها من دعاوى الإلغاء سواء في شروط القبول أم أوجه الإلغاء، وتختص بنظرها الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية عملاً بنص المادة الأولى من المرسوم بالقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ المشار إليه، المعدلة بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٢ والتي نصت على أن « تنشأ بالمحكمة الكلية دائرة إدارية تشكل من ثلاثة قضاة وتشتمل على غرفة أو أكثر حسب الحاجة، وتختص دون غيرها بالمسائل الآتية، وتكون لها فيها ولاية قضاء الإلغاء والتعويض:

أولاً:..... ثانياً:..... ثالثاً: .....

رابعاً: الطلبات التي يقدمها الموظفون المدنيون بإلغاء القرارات الصادرة بإنهاء خدماتهم أو بتوقيع جزاءات تأديبية عليهم.

خامساً:.....»

ومفاد ذلك، وفقاً لما انتهت إليه محكمة التمييز، أن مؤدى نص المادة الأولى من القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ بإنشاء الدائرة بالمحكمة الكلية والمعدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٢ هو انعقاد الاختصاص لتلك الدائرة دون غيرها بنظر طلبات إلغاء القرارات الخاصة بالتعيين والترقية وإنهاء الخدمة وتوقيع الجزاءات التأديبية والمتعلقة بالموظفين المدنيين متى كان مبنى الطعن عدم الاختصاص أو وجود عيب في الشكل أو مخالفة القوانين واللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو إساءة استعمال السلطة.

حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٤١١ لسنة ٢٠٠٤ جلسة ٢٠٠٤/١٢/٢٧

والموظف المدني مناط التأديب وفقاً لتعريف المادة الثانية من المرسوم بالقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٧٩ بشان الخدمة المدنية، هو كل من يشغل وظيفة مدنية من وظائف الجهات الحكومية أياً كانت طبيعة عمله أو مسمى وظيفته.

وفي هذا الشأن قضت محكمة التمييز بأن صفة الموظف العام تثبت – وفقا للقانون ١٥ لسنة ١٩٧٩ بشان الخدمة المدنية – لكل من يعين في وظيفة مدنية بأداة قانونية من السلطة المختصة يستوي في ذلك أن تكون هذه الأداة قراراً من السلطة المختصة أم بطريق التعاقد، وكان من المقرر أن علاقة الموظف بالحكومة هي علاقة تنظيمية تحكمها القوانين واللوائح التي تصدر في شأنها، وبها يكون الموظف في مركز قانوني عام يخضع في تنظيمه أساساً لما تفرضه تلك القوانين واللوائح من أحكام ولا يعتبر في مركز تعاقدي خاص، حتى ولو كان معيناً بعقد، ومن ثم يجوز تعديله في أي وقت دون الاحتجاج بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وما قبول الموظف للعقد الذي تبرمه معه جهة الإدارة إلا مجرد قبول للخضوع للوائح وأحكام الوظيفة وحقوقها وواجباتها، ومؤدى ذلك أن القرارات التي تصدر في الشأن الوظيفي على النحو المتقدم هي قرارات إدارية وليست تصرفات تعاقدية، وتخضع لما تخضع له القرارات الإدارية من أحكام، ويجوز الطعن عليها بالإلغاء وفقاً لنص المادة (١) من المرسوم بقانون رقم ٢٠/١٩٨١.

حكم محكمة التمييز في الطعون أرقام ١١و٣٢و٣٨ لسنة ٢٠٠٤ إداري جلسة ٢٠٠٤/١٢/٦

المخالفة التأديبية:

لكي تتخذ الإجراءات التأديبية ضد موظف لابد أن ينسب إليه خطأ أو ذنب إداري يستوجب العقاب، وإذا كانت القاعدة العامة المنصوص عليها بالمادة ٣٢ من الدستور، أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، إلا أن هذه القاعدة لا تطبق على الجرائم التأديبية، فليس من اللازم أن تصدر من جهة الإدارة المختصة أو من السلطة التشريعية قواعد تؤثم بعض الأفعال مسبقاً، حتى يعاقب الموظف، وإنما يعاقب الموظف إذا ما ثبت قبله فعلٍ أو امتناع لا يتفق ومقتضيات الوظيفة سواء نص على ذلك صراحة أم لم ينص، فالأفعال المكوّنة للذنب الإداري ليست محددة حصراً ونوعاً، وإنما مردها بوجه عام إلى الإخلال بواجبات الوظيفة العامة أو الخروج على مقتضياتها، وكل فعل بالذات لم يحدد له ما يناسبه من جزاء وإنما يترك تحديد ذلك للسلطة التأديبية بحسب تقديرها لدرجة جسامة الفعل وما يستأهله من جزاء في حدود النصاب القانوني المقرر.

وفي بيان المخالفة التأديبية، فقد نصت المادة ٢٧ من المرسوم بالقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٧٩ بشان الخدمة المدنية على أن «**كل موظف يخل بالواجبات أو يخالف المحظورات المنصوص عليها في القوانين أو اللوائح يعاقب تأديبياً، وذلك مع عدم الإخلال بالمسئولية الجزائية أو المدنية عند الاقتضاء.**

يعفى الموظف من العقوبة التأديبية إذا ثبت أن ارتكابه المخالفة كان تنفيذاً لأمر كتابي صدر إليه من رئيسه بالرغم من تنبيهه إلى المخالفة. وفي هذه الحالة تكون المسئولية على مصدر الأمر، ولا يسأل الموظف مدينا إلا عن خطئه الشخصي».

وقد قضت محكمة التمييز بأن المخالفة التأديبية سبب القرار التأديبي هي بوجه عام إخلال الموظف بواجبات وظيفته أو إتيانه عملاً من الأعمال المحظورة عليه – سلباً أو إيجاباً – أو يسلك سلوكاً معيناً ينطوي على تقصير أو إهمال في القيام بعمله أو في أداء واجبات وظيفة أو خروج على مقتضياتها أو إخلال بكرامتها أو بالثقة الواجب توافرها فيمن يقوم بأعبائها، وأن استخلاص ثبوت المخالفة التأديبية الموجبة لمسئولية الموظف التأديبية أو نفي ذلك هو من وسائل الواقع التي تستقل تقديرها محكمة الموضوع – بما لها من سلطة في تحصيل الواقع وفهمه في الدعوى، متى كان استخلاصها سائغاً له سنده الثابت بالأوراق ويؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها.

حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٢٤٨ لسنة ٢٠٠٧ إداري جلسة ٢٠٠٩/٦/٢٣

مشروعية القرار التأديبي والغلو في تقدير الجزاء:

وتطبيقاً لقاعدة عدم تحديد الأفعال المكونة للذنب الإداري حصراً ونوعاً فإن السلطات التأديبية في تقديرها للجرائم التأديبية تلتزم ضوابط الوظيفة العامة بما تتضمنه من حقوق وواجبات، فتقدير إذا ما كان الموظف أخطأ خطأً يستوجب الجزاء، إنما يرجع فيه إلى هذه الحقوق والواجبات دون غيرها، وتخضع في ذلك لرقابة القضاء الإداري.

وفي هذا الشأن قضت محكمة التمييز بان تخير الجزاء في المجال التأديبي أمر متروك إلى تقدير من يملك توقيع العقاب التأديبي، غير أن هذه السلطة تجد حدها عند قيد عدم إساءة استعمال السلطة، الذي يتحقق عند عدم قيام التناسب بين المخالفة التأديبية والجزاء الموقع عنها والغلو في تقدير الجزاء إنما يصم الجزاء التأديبي بعدم المشروعية، والتناسب بين المخالفة التأديبية والجزاء الذي يوقع عنها إنما يكون على ضوء التحديد الدقيق لوصف المخالفة في ضوء الظروف والملابسات المكونة لأبعادها، فلا تتساوى المخالفة القائمة على غفلة أو استهتار أو إهمال بتلك القائمة على عمد إذ لا غرو في أن الأولى أقل جسامة من الثانية، وهو ما يجب أن يدخل في التقدير.

حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٧٢٧ لسنة ٢٠٠٥ إداري جلسة ٢٠٠٨/٦/٢٤م

كما قضت بأنه ولئن كان لجهة التأديب سلطة تقدير الذنب الإداري وما يناسبه من جزاء بغير معقب عليها في ذلك فإن مناط مشروعية هذه السلطة . شأنها كشأن أي سلطة تقديرية أخرى . ألا يشوب استعمالها غلو ومن صوره عدم الملائمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب ونوع الجزاء ومقداره، فيخرج التقدير من نطاق المشروعية إلى نطاق عدم المشروعية، ومعيارها ليس شخصياً وإنما هو معيار موضوعي، قوامه أن درجة خطورة الذنب الإداري لا يتناسب مع نوع الجزاء ومقداره، ومن ثم تخضع لرقابة القضاء.

أحكام محكمة التمييز في الطعون أرقام٢٤٠و٢٤٤ لسنة ١٩٨٨ تجاري جلسة ١٩٨٩/٣/١٣ ورقم ٢٠٧ لسنة ١٩٨٨ تجاري جلسة ١٩٨٩/٢/٥ ورقم ١٩٦ لسنة ١٩٩٥ جلسة ١٩٩٧/٣/١٠ ورقم ٢٩٢ لسنة ١٩٨٩ جلسة ١٩٩٠/٣/٥ ورقم ٢٤٠ لسنة ١٩٨٨ جلسة ١٩٨٩/٣/١٣

وقضت أيضاً بأن رقابة المشروعية التي يمارسها القضاء الإداري على القرارات التأديبية تجد حدها الطبيعي في وزن القرار المطعون فيه بميزان القانون في ضوء صحيح واقعه، وحقيقة ما يثبت عليه أركانه ومدى استقامته على أسس مستمدة من عناصر ثابتة في الأوراق تفضي إليه، فإذا استظهر جادة القرار واستقامته صحيحاً انحاز الحكم إليه وأجازه، وإن تبين اختلال أحد أركانه ومجاوزته أركان المشروعية، أو صدوره بغلو يفسده يخرج به عن نطاق المشروعية ألغاه وأزال آثاره.

أحكام محكمة التمييز في الطعون أرقام ٢٠٠٦/١٨٨ إداري جلسة ٢٠٠٨/١/٢٢ ورقم ١٥٦ لسنة ٢٠٠٦ جلسة ٢٠٠٨/١/٢٢ ورقم ١١٣ لسنة ٢٠٠٦ جلسة ٢٠٠٨/٣/٤

وقضت أيضاً بأنه من المقرر أن نشاط القضاء الإداري في وزنه للقرارات الإدارية و إن كان ينبغي أن يقف عند حد المشروعية أو عدمها في نطاق الرقابة القانونية، فلا بتجاوزها إلى وزن مناسبات القرار وغير ذلك مما يدخل في نطاق الملاءمة التقديرية التي تملكها الإدارة بغير معقب عليها إلا أن له الحق في بحث الوقائع التي بني عليها القرار الإداري بقصد التحقق من مطابقته أو عدم مطابقته للقانون وأثر ذلك في النتيجة التي انتهى إليها القرار، وهذه الرقابة الإدارية تجد مجالها الطبيعي في التحقق مما إذا كانت هذه النتيجة مستخلصة استخلاصاً سائغاً من أصول تنتجها مادياً وقانونياً.

حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٣٠١ لسنة ١٩٩١ جلسة ١٩٩٢/١/١٩

التصدي لتقدير مشروعية القرارات المعدومة وإزالتها بحكم صريح:

مؤدى نص المادة الأولى من القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ بإنشاء الدائرة بالمحكمة الكلية والمعدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٢ هو انعقاد الاختصاص لتلك الدائرة دون غيرها بنظر طلبات إلغاء القرارات الخاصة بالتعيين والترقية وإنهاء الخدمة وتوقيع الجزاءات التأديبية المتعلقة بالموظفين المدنيين متى كان مبنى الطعن عدم الاختصاص أو وجود عيب في الشكل أو مخالفة القوانين واللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو إساءة استعمال السلطة، بما مؤداه أن اختصاص تلك الدائرة مراقبة مشروعية القرارات المشار إليها، وهو لا يقتصر على القرارات غير المعدومة وإنما من حقه أن يتصدى لتقدير مشروعية القرارات المعدومة وتقرير

إزالتها بحكم صريح؛ إذ ليس من المعقول حماية الأفراد في مواجهة القرارات المشوبة بعيب بسيط وتركهم دون حماية في مواجهة حالات الانعدام المنطوية على أبشع العيوب.

حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٤١١ لسنة ٢٠٠٤ جلسة ٢٠٠٤/١٢/٢٧

افتقاد الموظف شرط حسن السمعة كمبرر لتوقيع جزاء الفصل من الخدمة:

إنه لا يسوغ القول إن الموظف قد افتقد شرط حسن السمعة مما لا يدع مجالاً للبحث في مدى غلو الجزاء؛ ذلك أنه فضلاً عن أن افتقاد حسن السمعة يتطلب قدراً من القرائن والشبهات المقنعة والمستخلصة استخلاصاً سائغاً من الأوراق الدالة على سوء السمعة، فإنه في جميع الأحوال ينبغي أن يكون الجزاء التأديبي ملائماً للذنب المنسوب للموظف وإلا بطل.

حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٢٩٢ لسنة ١٩٨٩ جلسة ١٩٩٠/٣/٥

الجريمة الجزائية والجريمة التأديبية:

في كثير من الأحيان قد تشكل الأخطاء المنسوبة للموظف جريمة جزائية وجريمة تأديبية في الوقت ذاته، وعليه، فإن الموظف يتعرض للمسئولية الجزائية والتأديبية معاً، وإذا كان الأصل هو استقلال كل من المسئوليتين بحيث لا تتوقف المسئولية التأديبية على نتيجة المسئولية الجزائية، ومن ثم فقد ترى الجهة الإدارية توقيع جزاء تأديبي دون انتظار نتيجة التحقيق الجزائي الذي تجريه النيابة العامة مادام قد قام لديها السبب المبرر لهذا الجزاء واقتنعت بالدليل على حجيته، فإنه قد يكون من الملائم انتظار الفصل في التحقيق الجزائي قبل النظر في توقيع الجزاء الإداري، وتلك الملاءمة متروك تقديرها للجهة الإدارية.

فتوى إدارة الفتوى والتشريع رقم ٢٠٠١/٧١/٢ - ١٠٧٩ في إبريل ٢٠٠١

السبب في القرار التأديبي:

من المقرر أن السبب في القرار الإداري - بصفة عامة - هو الحالة الواقعية أو القانونية التي تحمل الإدارة على التدخل بقصد إحداث أثر قانوني هو محل القرار ابتغاء الصالح العام الذي هو غاية القرار، وإنه وإذا كانت الإدارة غير ملزمة بتسبيب قراراتها إلا حيث يقضي القانون بذلك و يفترض في القرار غير المسبب أنه قام على سببه الصحيح، وعلى من يدعي العكس أن يقيم الدليل على ذلك، فإنها إذا ذكرت أسباباً له خضعت لرقابة القضاء الإداري للتحقق من مطابقتها أو عدم مطابقتها للقانون، وأثر ذلك في النتيجة التي انتهى إليها القرار.

يراجع في ذلك حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٣٠١ لسنة ١٩٩١ جلسة ١٩٩٢/١/١٩

وفي مجال السبب في القرارات التأديبية فقد قضت محكمة التمييز بأن سبب القرار التأديبي هو إخلال الموظف بواجبات وظيفته إيجاباً أو سلباً، أو إتيانه عملاً من الأعمال المحرمة عليه؛ فكل موظف يخالف الواجبات المنصوص عليها قانوناً أو يسلك سلوكاً معيباً ينطوي على الخروج عن مقتضيات الوظيفة أو الإخلال بكرامتها أو لا يستقيم مع ما تفرضه عليه الوظيفة من استقامة وبعد عن مواطن الريب، إنما يرتكب ذنباً إدارياً يستوجب تأديبه بقرار يصدر بحسب الأوضاع المقررة قانوناً، وفي حدود

النصاب المقرر والقرار التأديبي كأي قرار إداري يجب أن يقوم على سبب يبرره؛ فلا تتدخل الإدارة لتوقيع الجزاء إلا إذا قامت حالة واقعي أو قانونية تسوغ تدخلها، وللقضاء الإداري أن يباشر رقابته على سبب القرار التأديبي في شقيه الواقعي والقانوني، فيراقب صحة قيام هذه الوقائع وصحة تكييفها القانوني، ولمحكم الموضوع السلطة التامة في تحصيل فهم الواقع في الدعوى والوقوف على حقيقتها من الوقائع وجميع الأدلة والشواهد المعروضة عليها متى قامت قضاءها على أسباب سائغة من الأوراق تؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها.

حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٧٦ لسنة ١٩٨٦ جلسة ١٩٨٦/١٢/٣١

كما انتهت أيضاً إلى أن السبب في القرار التأديبي بوجه عام هو إخلال الموظف بواجبات وظيفته أو إتيانه عملاً من الأعمال المحرمة عليه سلباً أو إيجابياً أو سلوكه مسلكاً معيناً ينطوي على تقصير أو إهمال في القيام بعمله أو في أداء واجبات وظيفته أو خروج على مقتضياتها أو إخلال بها – تقدير خطورة الذنب الإداري وما يناسبه من جزاء من سلطة الجهة المختصة بالتأديب بغير معقب عليها في ذلك إلا أن يشوب تقديرها غلو قد يتمثل في عدم الملاءمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الإداري ونوع الجزاء ومقداره – للقضاء التحقق من سبب القرار ومن صحة الوقائع التي بني عليها وصحة تكييفها القانوني ومن ملاءمة الجزاء ومدى تناسبه مع المخالفة الثابتة في حق الموظف ليكون الجزاء عادلاً – استخلاص ذلك هو مما تستقل بتقديره محكمة الموضوع بغير معقب عليها متى كان استخلاصها سائغاً له سند الثابت بالأوراق ويؤدي إلى النتيجة التي أنتهى إليها.

حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٥٢٧ لسنة ٢٠٠٥ إداري جلسة ٢٠٠٦/١٢/٢٦ وكذا حكمها في الطعن رقم ٦٣ لسنة ٢٠٠٦ إداري جلسة ٢٠٠٨/٣/٤م

العبرة في تسبيب القرار التأديبي هي بوجود السبب في الواقع، وتخير الجزاء غرضه وغايته ردع الموظف عما ارتكبه من مخالفة وزجره عن الامتناع عن أداء عمله والالتزام بواجبات وظيفته، وإنه لجهة الإدارة سلطة تحديد الجزاء المناسب بحسب تقديرها للمخالفة وما تستأهله من عقاب، وذلك في حدود الجزاءات المنصوص عليها وداخل النصاب القانوني لكل سلطة.

حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٧٢٧ لسنة ٢٠٠٥ إداري جلسة ٢٠٠٨/٦/٢٤م

الواجبات والمحظورات في قانون الخدمة المدنية:

نصت المادة رقم ٢٤ من المرسوم بالقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٧٩ بشان الخدمة المدنية على أنه «يجب على الموظف:

١ – أن يقوم بنفسه بالعمل المنوط به وأن يؤديه بأمانة وإتقان وأن يعامل المواطنين معاملة لائقة.

٢ – أن يخصص وقت العمل الرسمي لأداء واجبات وظيفته، ويجوز تكليفه بالإضافة إلى ذلك بالعمل في غير الأوقات الرسمية إذا اقتضت ذلك مصلحة العمل أو طبيعة الوظيفة.

٣ – أن ينفذ ما يصدر إليه من أوامر بدقة وأمانة وذلك في حدود القوانين واللوائح والنظم المعمول بها.

٤ – أن يلتزم بأحكام القوانين واللوائح وأن يحافظ على ممتلكات الدولة وأن يتقيد في إنفاق أموالها بما تفرضه الأمانة والحرص عليها.

٥ – أن يحافظ على كرامة الوظيفة وأن يسلك في تصرفاته مسلكاً يتفق والاحترام الواجب».

كما نصت المادة رقم ٢٥ من القانون ذاته على أنه «يحظر على الموظف:

١ – أن يشتري أو يستأجر بالذات أو بالواسطة عقارات أو منقولات من الجهة الحكومية التي يؤدي فيها أعمال وظيفته ، كما يحظر عليه أن يبيع أو يؤجر لها شيئاً من ذلك.

٢ – أن تكون له مصلحة بالذات أو بالواسطة في أعمال أو مقاولات أو مناقصات أو عقود تتصل بأعمال أية جهة حكومية.

٣ – أن يؤدي أعمالاً للغير بمرتب أو بمكافأة أو بدونهما ولو في غير أوقات العمل الرسمية إلا بإذن كتابي من الوزير، ويعتبر عدم الحصول على هذا الإذن بمثابة مخالفة تأديبية تستوجب المساءلة.

ومع ذلك يجوز للموظف أن يتولى القوامة أو الوصاية أو الوكالة عن الغائبين ممن تربطه بهم صلة قربى أو نسب لغاية الدرجة الرابعة على أن يخطر الموظف الجهة التابع لها بذلك.

٤ – أن يستغل وظيفته لأي غرض كان أو أن يتوسط لأحد أو أن يوسط أحداً في شأن من شئون وظيفته.

٥ – أن يدلى بأية معلومات عن الأعمال التي ينبغي أن تظل سرية بطبيعتها أو وفقاً لتعليمات خاصة أو ينشر ذلك بأية وسيلة إلا بإذن كتابي من الوزير ، ويستمر هذا الحظر حتى بعد انتهاء خدمة الموظف.

٦ – أن يحتفظ لنفسه بأصول أية وثائق رسمية أو صور منها سواء كانت أوراقا أو شرائط تسجيل أو أفلاماً أو غيرها مما يتعلق بالجهة التي يعمل بها ولو كانت خاصة بعمل كلف به شخصياً».

ونصت المادة رقم ٢٦ على أنه «يحظر على الموظف:

١ – أن يزاول الأعمال التجارية أو الصناعية أو المهنية وذلك فيما عدا الحالات التي يحددها مجلس الخدمة المدنية.

٢ – أن يكون عضواً في مجلس إدارة شركة مساهمة تجارية و صناعية إلا إذا كان ممثلاً للحكومة فيها».

وبالتطبيق لذلك فقد قضت محكمة التمييز بأن النص في المادة ٢٥ من المرسوم بالقانون رقم ١٩٧٩/١٥ في شأن الخدمة المدنية على أن «يحظر على الموظف أن يؤدي أعمالاً للغير بمرتب أو بمكافأة أو بدونهما ولو في غير أوقات العمل الرسمية إلا بإذن كتابي من الوزير، ويعتبر عدم الحصول على هذا الإذن بمثابة مخالفة تأديبية تستوجب المساءلة»، مفاده أن مخالفة هذا النص بقيام الموظف بالعمل للغير لا تعدو وأن تكون مخالفة إدارية تعرضه للجزاء التأديبي ولا يترتب عليها بطلان هذا العمل أو حرمان الموظف – مما يستحقه من أجر أو مكافأة لدى الغير.

حكم محكمة التمييز في الطعون أرقام ١٧٩ لسنة ١٩٩٢ جلسة ١٤/ ٣/ ١٩٩٣ورقم٤٦ لسنة ٢٠٠١ جلسة ٢٠٠١/١١/١٩ ورقم ٥١ لسنة ٢٠٠١ جلسة ٢٠٠١/١١/١٩

قائمة العقوبات التأديبية في قانون الخدمة المدنية:

نصت المادة رقم ٢٨ من المرسوم بالقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٧٩ على أن «العقوبات التأديبية التي يجوز توقيعها على الموظفين هي :

١ – الإنذار.

٢ – الخصم من المرتب لمدة لا تزيد على خمسة عشر يوماً في المرة الواحدة ولا تجاوز تسعين يوماً خلال اثني عشر شهراً.

٣ – تخفيض المرتب الشهري بمقدار الربع لمدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تجاوز اثني عشر شهراً عن المخالفة الواحدة.

٤ – خفض الدرجة إلى الدرجة الأدنى مباشرة ويحدد القرار الصادر بتوقيع العقوبة الأقدمية في هذه الدرجة ومرتب الموظف فيها.

٥ – الفصل من الخدمة.

ولا توقع على شاغلي مجموعة الوظائف القيادية إلا إحدى العقوبات التالية.

١ – التنبيه كتابة من الوزير.

٢ – اللوم.

٣ – الفصل من الخدمة».

وهي العقوبات ذاتها التي رددتها المادة رقم ٦٠ من المرسوم الصادر بنظام الخدمة المدنية.

العقوبات التأديبية المقنعة:

يقوم مبدأ شرعية العقوبة التأديبية على أساس اختيار عقوبة بذاتها من بين العقوبات الواردة بالقانون ولا تملك الخروج عنها في توقيع الجزاء التأديبي، فإذا وضعنا في الاعتبار أن الإجراءات التأديبية معقدة وتستغرق وقتاً طويلاً، فإن جهة الإدارة تتجه في كثير من الأحيان إلى التهرب من العقاب التأديبي عن طريق اتخاذ إجراء مما تملكه، يحقق لها التخلص من الموظف المخطئ دون استيفاء إجراءات التأديب، وهذا هو المعنى المقصود بالعقوبة التأديبية المقنعة، فهي إجراء مؤلم تتخذه الإدارة ضد الموظف دون أن توجه إليه اتهاماً معيناً.

وعلى العكس من ذلك فليس كل قرار تصدره الإدارة ويكون من شأنه النيل من مزايا الموظف يعتبر قراراً تأديبياً بالضرورة فقد يتعرض الموظف لكثير من هذه القرارات، ومع ذلك فإنها تعتبر قرارات مشروعة ولا سلطان للقضاء في التعقيب عليها، ومن ثم فإن القضاء الإداري لا يعتبر قراراً إدارياً متضمناً لعقوبة مقنعة إلا إذا اكتشف نية الإدارة القاطعة في توقيع عقوبة على الموظف دون اتباع الإجراءات التأديبية. [١]

ومن أمثلة ذلك قرارات النقل المكاني أو النوعي إذا ما اتخذت في غير صالح العمل ومقتضياته، وهي تخضع في ذلك لرقابة القضاء للوقوف على ما إذا كان قرار النقل قد انطوى على عقوبة تأديبية مقنعة من عدمه، وذلك بالوقوف على دوافع جهة الإدارة وهدفها من إصداره، وذلك من ظروف الأحوال ومناسبتها ونيتها في اتخاذ القرار.

وكذلك يعد قراراً تأديبياً مستتراً ومقنعاً ، إذ لم تسلك جهة الإدارة الإجراءات القانونية في التأديب، وذلك بأن تلفت نظر الموظف بعد أن أجرت تحقيقاً معه ودمغت سلوكه بأنه معيب وأودعت قرار لفت النظر بملف خدمته ، فهذه العقوبة وإن لم تكن من العقوبات التأديبية التي نص عليها القانون بالنسبة لغير شاغلي الوظائف القيادية فإنها تعد عقوبة مقنعة.

(١) مؤلف قضاء التأديب للأستاذ الدكتور سليمان الطماوي، طبعة ١٩٧١، ص٣١٣.

وفيما يلي نعرض لبعض التطبيقات القضائية لمحكمة التمييز في مجال العقوبات المقنعة:

النقل كجزاء مقنع:

اختصاص الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية في مجال طلبات إلغاء القرارات الإدارية المتعلقة بالموظفين المدنيين طبقاً لما تنص عليه المادة الأولى من القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١بإنشاء دائرة بالمحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية المعدل بالقانون رقم ٦١ لسنة 1982 يقتصر - وعلى ما جرى به قضاء محكمة التمييز - على طلبات إلغاء القرارات الخاصة بالتعيين أو الترقية أو إنهاء الخدمة أو توقيع الجزاءات التأديبية ومن ثم ينأى عن اختصاص تلك الدائرة طلبات إلغاء قرارات ندب ونقل الموظفين إلا أن تكون منطوية على عقوبة مقنعة مما تختص الدائرة أصلاً بنظره؛ لأن الموظف بحسب الأصل لا ينهض له حق في القرار في موقع عمل وظيفي معين ولو زعم أنه يفيد منه خبرة معينة لا تتوافر في الوظيفة التي سينقل إليها؛ ذلك أنه مركز قانوني عام يجوز تغييره في أي وقت، فللإدارة سلطة تقديرية في إخلائه من موقعه والاستفادة منه في المكان الذي تريده والعمل الذي تعينه ولا معقب للقضاء على الإدارة في هذا الشأن مادام النقل يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة ولا يشوبه إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها، ولم ينطو على تنزيل الموظف إلى وظيفة أقل درجة أو مرتبة في مدارج السلم الإداري من تلك التي يشغلها أو إلى وظيفة تتدنى في طبيعتها أو مجموعة الوظائف الرئيسية التي تنتمي إليها أو نظام التوظف الذي يحكمها، وغير ذلك مما يكون معه النقل ساتراً عقوبة تأديبية قصدت إليها الإدارة على خلاف أحكام القانون، ولا يغير من طبيعة قرار النقل أن يكون قد جاء في أعقاب تحقيق عن أخطاء نسبت إلى الموظف ويستوي في ذلك أن يكون التحقيق قد انتهى إلى ثبوت إدانة الموظف ومجازاته أم لا، فالنقل مكنة للإدارة في وضع الموظف في المكان الذي ترى أنه يحقق المصلحة العامة بل إن واقعة التحقيق قد تستوي بذاتها سنداً صحيحاً للنقل وباعثاً مشروعاً على إجرائه حرصاً على حسن سير العمل وانتظامه، فيكفي أن تتبين المحكمة من ظروف الأحوال وملابساتها أن نية الإدارة لم تتجه إلى عقاب الموظف بغير اتباع الإجراءات والأوضاع المقررة ولم تنحرف بسلطتها في القرار لتحقيق هذا الغرض المستتر وإنما قصدت تحقيق مصلحة المرفق وحسن تنظيمه فيكون قرارها سليماً وموافقاً للقانون. هذا، وليس كل قرار تصدره الإدارة ويكون من شأنه النيل من مزايا الموظف يعتبر بالضرورة قراراً تأديبياً، واستخلاص ما إذا كان قرار النقل يتضمن جزاءً تغيت به جهة الإدارة الكيد للموظف والانتقام منه أم أن تصرفها يستهدف المصلحة العامة، متروك تقديره لمحكمة الموضوع تستخلصه من ظروف الدعوى وملابساتها بغير معقب عليها مادامت قد أقامت قضاءها على أسباب سائغة تكفي لحمله، وإذا ما تبينت أن قرار النقل لم يتوسل به في ذاته بديلاً للعقوبة التأديبية فعليها أن تقضي بعدم اختصاصها تأسيساً على أن الطعن وجه إلى قرار لا يندرج ضمن النصوص القانونية التي حددت اختصاصها.

أحكام محكمة التمييز في الطعون أرقام٢٩٠ لسنة ١٩٨٧ جلسة ١٩٨٨/٦/٦ ورقم ٢٣٨ لسنة ١٩٨٨ جلسة ١٩٨٩/٢/٢٧ ورقم ٢١٧ لسنة ١٩٩٣ تجاري جلسة ١٩٩٤/٣/٢٢ ورقم ٨٠٥ لسنة ٢٠٠١ جلسة ٢٠٠٣/٥/٥ ورقم ٨١٧ لسنة ٢٠٠١ جلسة ٢٠٠٣/٥/٥ ورقم ١١٠ لسنة ٢٠٠٦ إداري جلسة ٢٠٠٧/٢/٢٠م ورقم ١١٥٠ لسنة ٢٠٠٥ إداري جلسة ٢٠٠٧/٤/١٠ ورقم ٢٠٨ لسنة ٢٠٠٦ إداري جلسة ٢٠٠٩/٥/١٢ ورقم ٣٣٧ لسنة ٢٠٠٨ إداري جلسة ٢٠٠٩/٦/٣٠

معاصرة قرار النقل لقرار الجزاء لا يعني اعتباره جزاء مقنعاً:

من المقرر أن النقل المعاصر لقرار جزاء تأديبي أو بعده، لا يعنى حتماً، كأصل عام، وجود انحراف أو إساءة استعمال السلطة باعتباره عقوبة مقنعة، فقد يكشف التحقيق عن اعتبارات من المصلحة العامة تحتم إجراء النقل، سواء انتهى هذا التحقيق إلى إدانة الموظف أو عدم إدانته، لاستقلال كل من الأمرين عن الآخر، فاقتران النقل بالجزاء الواقع على الموظف ليس في ذاته دليلاً على أن النقل ينطوي على جزاء مقنع تتعدد به العقوبة عن الفعل الواحد، مادام النقل قصد به مصلحة العمل بوضع الموظف في الوظيفة أو المكان المناسب على هدى ما تكشف من التحقيق الذي أجري معه وأنه لم يكن متوشحاً بالجزاء ناضحاً بالسخط على الموظف للسبب نفسه الذي جوزي من أجله، واستكمالاً له، بأن تكون قد انصرفت بنيتها إلى معاقبة الموظف بنقله مستهدفة إيذاءه على نحو يلحق به ضرراً مادياً أو أدبياً، و إلا انتهى عن النقل شبهة انطوائه على عقوبة مقنعة.

حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٢١٦ لسنة ١٩٩٣ جلسة ١٩٩٤/٥/٢

الندب كجزاء مقنع:

طلبات إلغاء القرارات الصادرة بندب الموظفين المدنيين تخرج عن اختصاص الدائرة الإدارية متى كانت تلك القرارات اتجهت بها إرادة الجهة الإدارية إلى إحداث الأثر القانوني المقصود بالندب، وهو شغل الوظائف بصفة مؤقتة تنظيماً للعمل وفقاً لمتطلباته ودواعيه بما يكفل حسن سير المرفق، دون أن تتخذ من تصرفها في هذا الشأن ستاراً يخفي قراراً مما تختص به الدائرة الإدارية بطلب إلغائه، هذا وقد جرى قضاء هذا المحكمة على أن العبرة في تقرير مدى اختصاص الدائرة الإدارية هي بالنظر إلي طبيعة القرار محل النزاع وأركانه على ضوء ما عسى أن يسفر عنه التكييف الصحيح له وصولاً إلى تحديد إذا ما كان يدخل في اختصاصها من عدمه .

حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ١٢٥٨ لسنة ٢٠٠٥ إداري جلسة ٢٠٠٧/٤/٣م

لفت النظر كجزاء مقنع:

مؤدى نص كل من المادة ٢٨ من المرسوم بالقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٧٩ في شأن الخدمة المدنية والمادة ٦٠ من المرسوم في شأن نظام الخدمة المدنية، الصادر في ١٩٧٩/٤/٤ أن لفت النظر وإن لم يكن من العقوبات التأديبية التي حرص المشرع على تحديدها على سبيل الحصر في هاتين المادتين، إلا أنه لما كان من المقرر أن العقوبة التأديبية هي تلك التي يرمي بها الرئيس الإداري إلي دمغ سلوك الموظف بالخطأ، وبما لازمه أنه كلما تبين أن توجيه الرئيس الإداري لهذا الإجراء – لفت النظر – إلى الموظف إنما تضمن تعييباً لمسلكه ودمغه بالخطأ، كأن يكون ذلك بعد اتخاذ إجراءات التحقيق الإداري بما تتضمنه من تحقيق دفاعه بشأن ذنب إداري نسب إليه وأتبع ذلك بتوجيه لفت النظر إليه، فإن هذا الإجراء يكون لا ريب بمثابة جزاء تأديبي مقنع، وإن ألبسه ثوباً آخر، وأطلق عليه تسمية مغايرة، خلاف تلك الواردة بنص المادتين ٢٨، ٦٠ المشار إليهما، إلا إذا كانت ظروف الحال لم تفصح عن اتجاه مقصد الرئيس الإداري إلى توقيع الجزاء.

إنه لما كانت المحكمة قد انتهت إلى أنه إذا ما تبين من ظروف الحال أن الرئيس الإداري قصد بتوجيه إجراء لفت النظر إلى الموظف دمغ تصرفه بالخطأ أو مؤاخذته عن ذنب إداري أسنده إليه، فإنه يكون قد أوقع به عقوبة تأديبية وإن أطلق عليها تسمية لفت النظر، أما إذا لم تفصح ظروف الحال عن أن نية الرئيس الإداري قد اتجهت إلى إنزال عقوبة إدارية بالموظف، أو قرنه لفت النظر كتحذير من

العودة لمثل الذنب الذي أوقع به إحدى العقوبات الواردة بالمادة ٢٨ من المرسوم بالقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٧٩ في شأن الخدمة المدنية أو المادة ٦٠ من مرسوم نظام الخدمة المدنية المطابقة لها، بما لا يكشف عن عقوبة أخرى للذنب الإداري ذاته، فإن هذا الإجراء – لفت النظر – لا يعد حينئذ عقوبة إدارية صريحة أو مقنعة.

القرار الصادر بتوقيع جزاء الخصم من الراتب الذي شُفع به لفت النظر بضرورة عدم تكرار ذلك مستقبلاً، فإن الشطر الخاص بلفت النظر الوارد بذلك القرار وبالنحو الذي قرن به بعقوبة الخصم من الراتب لا يمكن عده عقوبة تأديبية صريحة أو مقنعة مادام لم يفصح عن اتجاه الإدارة إلى توقيع عقوبة أخرى خلاف الخصم، وبما لا يتوافر معه ازدواج العقوبة المنهي عنه عن الذنب الإداري الواحد.

حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٣٤٧ لسنة ٢٠٠٢ جلسة ٢٠٠٣/٤/٢٨

لفت النظر – مدى جواز توقيعه كجزاء على أعضاء الإدارة العامة للتحقيقات:

النص في المادة (١) من المرسوم بقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ المعدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٢ بإنشاء دائرة بالمحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية على أن «تنشأ دائرة إدارية ..... وتختص دون غيرها بالمسائل الآتية وتكون لها فيها ولاية قضاء الإلغاء والتعويض : أولاً .... ثانياً ..... ثالثاً ..... رابعاً الطلبات التي يقدمها الموظفون المدنيون بإلغاء القرارات الصادرة بإنهاء خدمتهم أو بتوقيع جزاءات تأديبية عليهم ....» وقد جاءت عبارة هذا النص عامة باختصاص الدائرة الإدارية بنظر طلبات إلغاء القرارات الصادرة بتوقيع الجزاءات التأديبية على الموظفين المدنيين ، وباختصاصها « دون غيرها » بما يعني قصر هذا الاختصاص عليها وحدها ، كما تفيد عبارة النص الشمول والاستغراق لجميع القرارات التي تصدر عن الجهة الإدارية بإنزال أي عقوبة على الموظف سواء كان القرار متضمناً إحدى العقوبات التأديبية المسماة قانوناً أو تعدى أثر القرار إلي ما يعتبر جزاء تأديبياً قصد به مؤاخذة الموظف ، وإذ كان الأمر كذلك، وكان النص في المادة (١٥) من القانون رقم (٥٣) لسنة ٢٠٠١ في شأن الإدارة العامة للتحقيقات بوزارة الداخلية على أنه « لمدير عام التحقيقات أن يوجه لفت نظر كتابياً أو شفوياً إلى عضو الإدارة العامة للتحقيقات الذي يخل بواجبات وظيفته وذلك بعد سماع أقواله ....» والنص في المادة (٢٢) من القانون ذاته على أن « العقوبات التأديبية التي توقع على أعضاء الإدارة العامة للتحقيقات هي: التنبيه – الإنذار – الفصل من الخدمة. وتصدر عقوبة التنبيه بقرار مسبب من وزير الداخلية، أما عقوبتا الإنذار والفصل فيكون توقيعها عن طريق مجلس التأديب» والواضح من هاتين المادتين **أن المشرع رتب الجزاءات التي يجوز توقيعها على عضو الإدارة العامة للتخفيضات لدى إخلاله بواجبات وظيفته، كما حدد السلطات المختصة بتوقيعها، وكان الحكم المطعون فيه قد خلص تأييداً لأسباب الحكم الابتدائي إلى أن القرار الصادر بلفت نظر المطعون ضده قد قصد به مؤاخذته عن الإخلال بواجبات وظيفته – لتأخره عن الحضور للعمل دون إذن – هو بهذه المثابة قرار جزاء تأديبي وقضي بإلغائه لصدوره من غير السلطة المخولة قانوناً بإصداره، وكان ما خلص إليه الحكم في هذا الشأن صائباً ومتفقاً مع حكم القانون فإن النعي عليه بهذا الوجه يكون على غير أساس.**

حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ١٢٩٣ لسنة ٢٠٠٥ إداري بجلسة ٢٠٠٧/٢/٢٧ م

الحرمان من مكافأة نهاية الخدمة كجزاء:

مؤدى نص المادة ١٥ من المرسوم بقانون ١٥/١٩٧٩ بشأن الخدمة المدنية أن أحكام العقود المبرمة بين الجهة الإدارة والموظفين غير الكويتيين هي الأصل في تحديد مراكزهم، وتسري القواعد القانونية واللائحة فيما لم يرد بشأنه نص في هذه العقود دون إخلال بما هو

مقرر من أن جهة الإدارة تملك الحق في تعديل بنود هذه العقود كلها أو بعضها باعتبارها عقوداً إدارية، وذلك بالنسبة للشروط التنظيمية التي تحكم مراكزهم . ولما كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن القرار المطعون فيه بحرمان المطعون ضده من نهاية الخدمة هو قرار تأديبي ارتكز على نص اتفاقي بتوقيع جزاء تأديبي استناداً للمادة الثامنة من عقد تعيين المطعون ضده ومن ثم تنقضي عن القرار صفة القرار الإداري بالمعنى المقرر لهذا الاصطلاح؛ لأنه لم يجئ استناداً لنص قانون الخدمة المدنية أو لائحة شئون التوظيف الخاصة بالهيئة الطاعنة – وإن انطوى على عقوبة تأديبية – وعلى هذا الأساس فإن المنازعة بخصوص القرار المطعون فيه لا يكون بسلوك طريق دعوى الإلغاء التي تقتصر على القرارات الإدارية وإنما بالدعوى العقدية في ظل ولاية القضاء الكامل ومن ثم، فإن الدعوى تعتبر منازعة منشؤها عقد إداري، ولا يلزم لقبولها سبق التظلم إلى الجهة الإدارية أو الرئاسية وإذ خلص الحكم إلى رفض الدفع بعدم قبول دعوى المطعون فيه فإنه يكون قد انتهى إلى نتيجة صحيحة في القانون.

حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ١٥٧ لسنـة ١٩٨٧ جلسة ١٩٨٨/٢/١٤

وقد غايرت محكمة التمييز هذا الاتجاه في أحكامها اللاحقة إذ انتهت إلى الآتي:

صفة الموظف العام تثبت – وفقاً للقانون ١٥ لسنة ١٩٧٩ بشان الخدمة المدنية – لكل من يعين في وظيفة مدنية بأداة قانونية من السلطة المختصة، يستوي في ذلك أن تكون هذه الأداة قراراً من السلطة المختصة أم بطريق التعاقد، وكان من المقرر أن **علاقة الموظف بالحكومة هي علاقة تنظيمية تحكمها القوانين واللوائح التي تصدر في شأنها، وبها يكون الموظف في مركز قانوني عام يخضع في تنظيمه أساساً لما تفرضه تلك القوانين واللوائح من أحكام، ولا يعتبر في مركز تعاقدي خاص، حتى ولو كان معيناً بعقد**، ومن ثم يجوز تعديله في أي وقت دون الاحتجاج بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وما قبول الموظف للعقد الذي تبرمه معه جهة الإدارة إلا مجرد قبول للخضوع للوائح وأحكام الوظيفة وحقوقها وواجباتها، ومؤدى ذلك أن القرارات التي تصدر في الشأن الوظيفي على النحو المتقدم هي قرارات إدارية وليست تصرفات تعاقدية، وتخضع لما تخضع له القرارات الإدارية من أحكام، ويجوز الطعن عليها بالإلغاء وفقا لنص المادة (١) من المرسوم بقانون رقم ١٩٨١/٢٠.

حكم محكمة التمييز في الطعون أرقام١١و٣٢و٣٨ لسنة ٢٠٠٤ إداري جلسة ٢٠٠٤/١٢/٦

الخصم من راتب الموظف إعمالاً لقاعدة الأجر مقابل العمل لا يعد قراراً تأديبياً:

المقرر أن القضاء الإداري هو بالأساس قضاء مشروعية إذ يسلط رقابته على مشروعية القرار الإداري المختصم ليزنه بميزان القانون في ضوء صحيح واقعه، وحقيقة ما بنيت عليه أركانه، ومدى استقامته على أسس مستمدة من عناصر ثابتة في الأوراق تؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها، الخصم من راتب الموظف إعمالاً لقاعدة الأجر مقابل العمل ليس فيه ما يفضي إلى اعتباره قراراً عقابياً وقيام الجهة الإدارية بإجراء هذا الخصم لا يخل بحقها في مساءلة الموظف تأديبياً على ضوء ما تكشف لها من ثبوت إخلاله بواجبات وظيفته بعدم التزامه بمواعيد العمل الرسمية بما ينبئ معه عن استهتاره وعدم جديته في العمل، فضلاً عن تكرار المخالفة عن الفعل ذاته خلال أقل من سنة واحدة، ومن ثم يغدو النعي على القرار المطعون فيه بانطوائه على مجازاته بعقوبتين عن الفعل ذاته على غير أساس.

حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ١٢٢ لسنـة ٢٠٠٤ جلسة ٢٠٠٤/١٢/٢٧

الوقف الاحتياطي لا يصلح في المجال التأديبي لطلبة الجامعة:

الوقف الاحتياطي هو إجراء قانوني قصد به تنحية الموظف العام بصفة مؤقتة عن أعمال وظيفته، إما لصالح تحقيق يجرى – إدارياً كان أم جنائياً – وإما تصوناً للوظيفة وحرصاً على كرامتها ، صيانة لها من العبث أو الإخلال بها، وهو – في أصل شرعته – إسقاط ولاية الوظيفة عن الموظف إسقاطاً مؤقتاً، فلا يتولى خلاله سلطة ولا يباشر لوظيفته عملاً، حتى يطهر من أدران ما شابه وعلق به من تهم ومآخذ، وقد نظم المشرع الوقف الاحتياطي في مجال الوظيفة العامة في القانون رقم ١٥ / ١٩٧٩ م في شأن الخدمة المدنية ومرسوم نظام الخدمة المدنية، كما وضع في الوقت ذاته، نظاماً خاصاً لتأديب طلبة الجامعة بمقتضى لائحة قواعد السلوك الطلابي الصادرة بقرار وزير التربية رقم ١٩٧٧/١ التي جاءت غفلاً من النص على حق الجامعة في وقف الطلاب كإجراء احتياطي، سواء لمصلحة التحقيق أو للمصلحة العامة، مثلما فعل المشرع بالنسبة للموظف العام، ومن ثم فإنه التزاماً بمنطق الضمان، والتفسير الضيق لنصوص الأحكام التأديبية، فإنه لا يجوز إعمال قاعدة الوقف الاحتياطي في مجال تأديب الطلبة بالتعليم الجامعي إلا تطبيقاً لنص صريح، ولا يقبل في شأنه قياس أو استقراء؛ ذلك أن المشرع إذا أجاز الوقف الاحتياطي في أحوال معينة محددة على سبيل الحصر في المجال التأديبي، فلا يجوز لجهة الإدارة أن تلجأ إلى هذه الوسيلة في غير تلك الأحوال، وإلا كان ذلك خروجاً على حدود التنظيم الذي رسمه المشرع وإهداراً للحكمة التي استهدفها من تخصيص لكل حالة الإجراء الذي يناسبها، وابتداعاً من الإدارة لنظام العقاب يقوم على التعسف والانحراف في استخدام سلطتها التقديرية، مخالفة بذلك مضمون مبدأ شرعية العقوبة التأديبية.

حكم محكمة التمييز في الطعنين رقمي ٢٤٤و٢٤٩ لسنة ١٩٨٥ جلسة ١٩٨٦/٧/٢

الوقف عن العمل بقوة القانون:

النص في المادة ٣٠ من المرسوم بالقانون رقم ١٥/١٩٧٩ في شأن الخدمة المدنية على أنه « يوقف الموظف عن عمله في الحالات الآتية .... ٢- إذا حبس في دولة الكويت حبساً احتياطياً أو تنفيذاً لحكم قضائي، فيوقف صرف نصف مرتبه في حال الحبس الاحتياطي على أن يرد له إذا انتهى التحقيق الذي حبس من أجله إلى عدم مسئوليته وإلا حرم منه، أما في الحبس تنفيذاً لحكم قضائي فيوقف صرف ثلاثة أرباع مرتبه إذا كان الحكم غير نهائي ولا يرد له إلا إذا انتهت المحكمة إلى عدم مسئوليته، وفي كل الأحوال يحرم الموظف من مرتبه عن مدة حبسه إذا كانت تنفيذاً لحكم نهائي » مؤداه أن الموظف الموقوف عن عمله لا يحرم من كامل مرتبه عن مدة حبسه إلا أن يكون التنفيذ تالياً لصيرورة الحكم نهائياً، أما قبل ذلك فإن الحبس يعد تنفيذاً لحكم غير نهائي يوقف خلاله صرف ثلاثة أرباع مرتبه.

حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٢٩٣ لسنة ١٩٩٠ جلسة ١٩٩٢/٢/٩

قرارات التحميل:

من المقرر أن طلب إلغاء القرارات التأديبية يرتبط ارتباطاً وثيقاً بطلب إلغاء القرارات الصادرة بتحميل الموظف بما لحق الجهة الإدارية من ضرر باعتبار أن هذا الطلب يرتبط ارتباطاً جوهرياً بالشق الآخر من القرار الصادر بمجازاة الموظف تأديبياً والذي استهدفت الجهة الإدارية بإصدارها القرار بشقيه مساءلة الموظف عن المخالفات المنسوبة إليه بتوقيع الجزاء التأديبي عنها وتحميله الأضرار المترتبة عليها.

حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٦٢٣ لسنة ٢٠٠١ جلسة ٢٠٠٢/٤/٨ وكذا حكمها في الطعن رقم ٨٣١ لسنة ٢٠٠١ جلسة ٢٠٠٣/١٠/٢٠

نظام الإحالة للتقاعد لا يقوم على فكرة التأديب:

مفاد نص المادة ٧٦ من نظام الخدمة المدنية أن المشرع لم يقيد الإدارة عند إحالة الموظف إلى التقاعد إلا بشرط واحد هو أن يكون الموظف مستحقاً لمعاش تقاعدي فيما لو انتهت خدمته بالاستقالة وقت هذه الإحالة، مما مفاده أن جهة الإدارة تتمتع في مجال تقدير إحالة الموظف إلى التقاعد بسلطة تقديرية لا يحدها سوى الصالح العام، مرد هذه السلطة أصل طبيعي ثابت هو وجوب هيمنة الإدارة على تسيير المرافق العامة على وجه يحقق الصالح العام وحريتها في اختيار من ترى صلاحيته لهذا الغرض والاستغناء عمن تراه غير صالح لذلك، ولا يقوم نظام الإحالة إلى التقاعد على فكرة التأديب أو الجزاء، ومن ثم لا يلزم أن يسبقها تحقيق أو أن يواجه الموظف بمخالفات أو وقائع معينة منسوبة إليه وإنما يكفي فيها أن تكون ثمة أسباب لدى جهة الإدارة استمدت منها تقديرها سواء أفصحت عنها أم لم تفصح ما دام أن المشرع قد أحلها من تسبيب قرارها ولم يثبت أنها قد انحرفت بها إلى غير الصالح العام.

حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٢ جلسة ١٩/ ٤/ ١٩٩٣وكذا حكمها في الطعن رقم ٣٠١ لسنة ١٩٩١ جلسة ١٩/١/١٩٩٢

إحالة الموظف بالصندوق الكويتي للتنمية الاقتصادية والعربية على التقاعد لا يعد قراراً بالجزاء على الرغم من سلوك الجهة سبيل الجزاء التأديبي ابتداءً.

وقضت أيضاً بأن إنهاء خدمة الموظف بالصندوق الكويتي للتنمية الاقتصادية والعربية طبقاً للائحة العاملين بالصندوق قد تتم بالطريق التأديبي بفصله من الخدمة بقرار من مجلس التأديب أو بغير الطريق التأديبي بفصله من الخدمة لعدم الصلاحية أو بإحالته على التقاعد بقرار من المدير العام بناء على توصية أو اقتراح لجنة شئون العاملين، وفي الحالة الأخيرة يشترط أن يكون الموظف مستحقاً لمعاش تقاعدي عند إحالته على التقاعد، وإن قرار إحالة الموظف على التقاعد قبل بلوغ السن لا يدخل في باب الجزاءات التأديبية ولا يقوم على فكرة التأديب أو الجزاء وإنما هو تصرف خوله القانون للإدارة بما لها من هيمنة على إدارة المرافق العامة، ويكفي فيه أن يكون لدى الإدارة أسباب تبرره، واستهدفت به المصلحة العامة، فلكل منهما مجاله الخاص به ووصفه الذي يميزه وغايته التي يستهدفها، لذلك فإن المحاكمة التأديبية لا تمنع جهة الإدارة من استعمال حقها في إنهاء خدمة الموظف بغير الطريق التأديبي بإحالته على التقاعد متى قام سببه المبرر له، وإن سلوكها سبيل الجزاء التأديبي لا يغل يدها في العدول عنه وسلوك سبيل إنهاء الخدمة بغير الطريق التأديبي متى رأت مناسبة ذلك وقامت لديها الأسباب التي تبرره والكافية لحمله، فلا عليها إن هي عدلت من نظام إلى آخر متى التزمت فيما أخذت به الضوابط والقواعد الحاكمة له.

حكم محكمة التمييز في الطعنين رقمي ٣٤٢ ، ٢٠٠٥/٣٤٩ إداري جلسة ١٩/١٢/٢٠٠٦

القرار الصادر عن مجلس تأديب المحامين ليس قراراً إدارياً - المشرع ألحقه بالأحكام:

كما قضت بأن ما يصدره مجلس تأديب المحامين في حق المحامي الذي يقدم إليها قد ألحقه المشرع بالأحكام وليس من القرارات الإدارية إذ أسبغ عليه طبيعة الحكم وخصائصه، فقد غلب العنصر القضائي في تشكيل المجلس الذي ينظر الموضوع في مراحله الأولى وحمل تشكيل المجلس بهيئته الاستئنافية لأعضاء من هيئة القضاء لا يشارك فيه غيرهم ، ومن ثم عقد سلطة الاتهام للنيابة العامة ونظم إجراءات نظر ما يطرح على المجلس بدرجتيه بما يكفل إعلام المحامى المقدم بما ينسب إليه والجلسات التي ينظر الموضوع

فيها، ويمكن له إبداء دفاعه، وقرر له حقاً في المعارضة في القرار الذي يصدر ضده إن حصل ذلك، كما قرر لكل من النيابة العامة والمحامي والمحكوم عليه استئناف قرار المجلس الذي ينظر الموضوع كدرجة أولى، وجدد الأجل الذي تجوز المعارضة فيه ومبدأ سريانه ، وجعل للمجلس سلطه استدعاء الشهود الذين يرى لزوم سماع شهادتهم وولاية مجازاتهم إن تخلوا عن الحضور أو امتنعوا عن الشهادة ، أوجب تسبيب القرار الذي يصدر المجلس وتلاوة أسبابه كاملة عند النطق في جلسة سرية ، ورتب ذلك آثارها على صدوره ، فكان ما يطرح على المجلس بدرجتيه لذلك . وكما نصت المادة ٣٦ من القانون . صادراً في دعوى تأديبية وما يصدر عنه فيها من قرار الإدانة أو البراءة قد ألحقه المشرع بالأحكام التي تصدر عن المحاكم كما نعتها في بعض نصوص القانون ، وهي منبتة الصلة بالقرارات الإدارية، وكان مفاد ما جاء بعجز المادة ٤٤ المشار إليها فيما تقدم من أن القرار الذي يصدر يكون نهائياً أن القرار الذي يصدر من المجلس كهيئة استئنافية لا يقبل الطعن فيه أمام جهة قضائية أخرى، ولو كان تعييبه مؤسساً على أنه أخطأ في تطبيق القانون.

حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ١١٨ لسنة ١٩٩٥ جلسة ١٩٩٦/٥/١٣

لا يجوز لجهة الإدارة سحب قرار الإحالة للمحاكمة من مجلس التأديب:

من المقرر أن لجنة التأديب بعد أن اتصلت بالدعوى التأديبية تصبح هي الجهة الوحيدة صاحبة الاختصاص في التصرف في المخالفات المطروحة عليها، و يمتنع على جهة الإدارة سحب قرار الإحالة إذا طلب منها ذلك، ومن ثم لا يتصور قيام قرار سلبي بالامتناع؛ لأن مثل هذا القرار لا يقوم حكماً إلا في حالة رفض الإدارة أو امتناعها عن إصدار قرار توجب عليها القوانين و اللوائح اتخاذه.

حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٢٨٢ لسنة ١٩٨٨ جلسة ١٩٨٩/٥/١

السلطة التأديبية والتفويض في التأديب:

يحكم السلطة المختصة بالتأديب مبدأ الشرعية؛ بمعنى أنه لا تستطيع توقيع عقوبة تأديبية معينة على أحد الموظفين إلا السلطة التي عينها المشرع، فلا يمكن تحت أي ظرف من الظروف توقيع عقوبة تأديبية على أحد الموظفين إلا من قبل السلطة التأديبية المختصة، ولا تملك السلطة المختصة أن تفوض في اختصاصها إلا في حدود القوانين التي تنظم تفويض الاختصاص، كما أنه لا يمكن أن يحل محل السلطة المختصة بالتأديب إلا من عينه المشرع، وإذا كانت هذه الأحكام مجرد تطبيق للقواعد العامة، فإن القضاء يعملها بصرامة في هذا المجال، ويلجأ إلى التفسير الضيق بالنظر إلى الطبيعة العقابية للتأديب.[١]

وقد أخذ المشرع الكويتي في المرسوم بقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٧٩ في شأن الخدمة المدنية بالنظام الإداري – الرئاسي – في تنظيم السلطات الإدارية الرئاسية التي لها الاختصاص في توقيع العقوبة الإدارية، وذلك بالنسبة إلى الموظفين الذين ينتمون إلى مجموعات الوظائف العامة والحرفية والخدمات، كما أخذ بنظام هيئات التأديب بالنسبة لمن ينتمون لمجموعة الوظائف القيادية في توقيع بعض العقوبات التأديبية عليهم وترك أدنى عقوبة مقررة لشاغلي هذه المجموعة، وهي عقوبة التنبه للوزير المختص.

وتوسع في الأخذ بالنظام الرئاسي ومنحه سلطة توقيع أشد العقوبات، حتى عقوبة الفصل من الخدمة، وقصر هيئة التأديب على شاغلي الوظائف القيادية لتوقيع عقوبتي اللوم والفصل من الخدمة.

(١) مؤلف قضاء التأديب للأستاذ الدكتور سليمان الطماوي، طبعة ١٩٧١، ص٣١٣.

والتفويض هو أن يعهد صاحب الاختصاص إلى شخص آخر بممارسة جانب من هذا الاختصاص، سواء في مسألة معينة أم في نوع معين من المسائل، وهو أمر يقدم عليه صاحب الاختصاص من تلقاء نفسه، فالتفويض والحلول في الاختصاص التأديبي لا يثور إلا بين السلطات التأديبية الرئاسية التي حدد اختصاصها التأديبي المشرع، وبالطبع فهو لا يثور البتة حال ما إذا كان المشرع اختص هيئة معينة بالتأديب، فالتفويض والحلول يثار ما بين السلطات الإدارية واختصاصاتها التأديبية.

وفي هذا الشأن قضت محكمة التمييز بأنه إذا ناط التشريع بسلطة من السلطات الإدارية اختصاصاً معيناً بنص صريح فلا يجوز لغيرها أن تتصدى لهذا الاختصاص وتحل فيه محل صاحبة الاختصاص إلا بناء على حكم القانون إحالة أو تفويضاً وإلا كان المتصدي مغتصباً للسلطة؛ ذلك أن الأصل أن يباشر صاحب الاختصاص المهام المخولة له قانوناً ما لم يبح له القانون لاعتبارات معينة أن يفوض غيره في مباشرتها، وفي هذه الحالة فإن التفويض - وهو استثناء من الأصل العام - يجب أن يكون صريحاً واضحاً ولا يجوز افتراضه ضمناً.

إحالة شاغل مجموعة الوظائف العامة لا يكون في الأصل إلا بقرار من الوزير المختص ولا يجوز أن يضطلع بهذا الاختصاص أي من وكيل الوزارة أو وكيل الوزارة المساعد أو مديري الإدارات أو من في حكمهم إلا إذا صدر بذلك قرار كتابي صريح من الجهة المفوضة وفي الحدود التي يقررها الوزير وفقاً لمقتضيات مصلحة العمل.

أحكام محكمة التمييز في الطعون أرقام ٢٣٨ لسنة ٢٠٠١ جلسة ٢٠٠٢/٤/٢٩ ورقم ٣٨٧ لسنة ٢٠٠٣ جلسة ٢٠٠٤/٣/٢٩ ورقم ٣٦٣ لسنة ٢٠٠٣ إداري جلسة ٢٠٠٥/١/٣

كما قضت أيضاً بأنه إذا اناط القانون بسلطة من السلطات الإدارية اختصاصاً معيناً بمقتضى القانون، فلا يجوز لها أن تنزل عنه أو تفوض فيه؛ لأن مباشرة الاختصاص - عندئذ - يكون واجباً عليها وليس حقاً لها، فلا يجوز أن تعهد به لغيرها، ويجوز استثناء التفويض في الاختصاص متى أجاز القانون ذلك، وفي هذه الحالة يتعين أن يكون التفويض محدداً وليس كلياً وبطريقة واضحة لا لبس فيها، فلا يجوز افتراضه ضمناً - معنى جواز التفويض للمستوى الأدنى، انه يتعين ألا يتخطى التفويض في الاختصاص هذا المستوى إلى مستويات أدنى منه إلى ما لا نهاية، بل يجب أن يتم في حدود المستوى الأدنى مباشرة.

حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٢٠٠٦/٢٣٨ إداري جلسة ٢٠٠٨/١/٨م

وانتهت أيضاً إلى أن قرارات الجزاء التي يصدرها وكيل الوزارة تخضع لمراجعة ومراقبة من الوزير المختص الذي يملك في جميع الأحوال تخفيف العقوبة أو تشديدها أو إلغاء القرار أو حفظ التحقيق، وذلك لما للوزير من سلطة الإشراف العام على أعمال مرؤوسيه وحرصاً من المشرع على أن تأتي هذه القرارات متسقة وما ينسب للموظف من مخالفات من خلال الرقابة الواسعة التي عقدها المشرع للوزير المختص باعتباره الرئيس الأعلى لوزارته ولا يسوغ الفصل الجامد بين اختصاص وكيل الوزارة واختصاص الوزير؛ إذ إن الهدف من توقيع العقوبة هو ضبط أداء العاملين وردع من يرتكب منهم أي مخالفة لأحكام القوانين واللوائح أو الخروج على مقتضى الواجب في أعمال الوظيفة بما ينعكس على حسن سير العمل بالمرفق العام، وهو أمر يقع في صميم اختصاص الوزير، وإذا كان المشرع جعل الدور الرئيسي في توقيع الجزاء لوكيل الوزارة الذي له أن يفوض فيها الوكيل المساعد وأجاز للأخير أن يفوض فيها السلطة الأدنى في الحدود التي يراها الوزير محققة للصالح العام فإن علة ذلك هو تخفيف العبء الإداري عن صاحب الاختصاص، فإذا كان للوزير سلطة التعقيب على قرارات الجزاء التي يصدرها وكيل الوزارة على النحو المشار إليه فإن ذلك لا يحجب عنه الحق في ممارسة هذا الاختصاص في بعض الحالات ابتداءً كما إذا اتصل عمله مباشرة بموضوع المخالفة أو أحيل له من وكيل الوزارة، ولا يعد تدخل الوزير

المباشر في توقيع العقوبة إخلالاً بالضمانة التي يهدف إليها المشرع؛ إذ إن هذه الضمانة متحققة بإجراء دقيق تتوافر فيه حيرة المحقق وإتاحة الفرصة للموظف لإبداء دفاعه وسماع أقواله.

حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٩٧ لسنة ٢٠٠٦ إداري جلسة ٢٠٠٨/١٢/٢م

سلطة إحالة موظفي ديوان المحاسبة إلى التحقيق قاصرة على رئيس الديوان أو من يفوضه فحسب بما لا يسوغ معه لأية رئاسة أخرى في الديوان مباشرة هذا الاختصاص دون تفويض من رئيس الديوان، فلا يجوز مجازاة الموظف تأديبياً إلا بناء على هذا التحقيق – صدور قرار الجزاء استناداً إلى تحقيق شفوي أجري مع المطعون ضدها بواسطة رئيسها المباشر – خلو الأوراق مما يفيد تفويض الرئيس في إحالتها إلى التحقيق وإجرائه معها بناء على هذه الإحالة – مخالفة القرار للإجراءات والقواعد المقررة قانوناً بما يرتب القضاء بإلغائه.

حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٨٦٣ لسنة ٢٠٠١ جلسة ٢٠٠٣/٦/٣٠

التحقيق وضماناته:

نصت المادة (٥٥) من المرسوم الصادر بنظام الخدمة المدنية على أن «لا يجوز توقيع عقوبة تأديبية على الموظف إلا بقرار مسبب بعد التحقيق معه كتابة أو شفاهة وسماع أقواله وتحقيق دفاعه».

كما نصت المادة (٥٦) من المرسوم الصادر بنظام الخدمة المدنية على أن «تكون إحالة الموظفين من شاغلي مجموعتي الوظائف القيادية والعامة إلى التحقيق بقرار من الوزير وتكون الإحالة بقرار من وكيل الوزارة بالنسبة لشاغلي الوظائف الأخرى.

ويثبت التحقيق إذا كان كتابة في محضر أو محاضر بأرقام مسلسلة وتذيل كل ورقة من أوراقه بتوقيع المحقق والكاتب إن وجد».

كما نصت المادة (٦١) من القانون ذاته على أن» يختص وكيل الوزارة بتوقيع جميع العقوبات التأديبية المشار إليها في المادة السابقة بالنسبة إلى شاغلي مجموعتي الوظائف الفنية المساعدة والمعاونة.

أما بالنسبة لشاغلي مجموعة الوظائف العامة فيختص وكيل الوزارة بتوقيع جميع العقوبات التأديبية عدا الفصل من الخدمة فيصدر به قرار من الوزير.

ويكون للوزير في جميع الأحوال تعديل القرار الصادر من وكيل الوزارة لتخفيف العقوبة أو تشديدها كما يكون له إلغاء القرار وحفظ التحقيق».

كما نصت المادة (٦٢) على أن «يختص مجلس الخدمة المدنية بتأديب شاغلي مجموعة الوظائف القيادية وذلك بتوقيع عقوبتي اللوم والفصل من الخدمة. .....».

كما نصت المادة (٦٣) على أن « تكون إحالة شاغلي مجموعة الوظائف القيادية إلى مجلس الخدمة المدنية كهيئة تأديبية بقرار من الوزير .....».

ومفاد ذلك أن المشرع حدد السلطة المختصة بإحالة الموظفين إلى التحقيق بحسب المجموعة التي ينتمي إليها الموظف، وقد غاير

المشرع بين السلطات المختصة بتوقيع العقوبة التأديبية والسلطات المختصة بالإحالة للتحقيق، ولكل منهم اختصاصاته التي لا يجوز مخالفتها وإلا بطل التحقيق وما ترتب على ذلك من بطلان قرار الجزاء الصادر استناداً إليه.

وقد قضت محكمة التمييز بأنه إذا كان المشرع لم يستلزم اتباع إجراءات محددة أو شكل معين في التحقيق الذي تجريه جهة الإدارة، فإنه يشترط أن تتوافر جميع المقومات الأساسية للتحقيق القانوني السليم باعتباره من أهم الضمانات في مجال التأديب، فإذا افتقدها أضحى الأمر وكأنه لم يتم ذلك التحقيق بما يؤثر على القرار أو القرارات التأديبية الصادرة بناء عليه، ويصمها بالبطلان لصدورها غير مستخلصة استخلاصاً سائغاً من الأوراق، فالتحقيق بصفة عامة يعني الفحص والبحث والتقصي الموضعي والمحايد والنزيه لاستبانه وجه الحقيقة واستجلائها فيما يتعلق بصحة حدوث وقائع محددة ونسبتها إلى أشخاص محددين وذلك لوجه الحق والصدق والعدالة، واستظهار وجه الحقيقة في أمر اتهام موجه إلى إنسان لا يتسنى إلا لمن تجرد من أية ميول شخصية إزاء من يجري التحقيق معهم سواء كانت هذه الميول لجانبهم أو كانت في مواجهتهم؛ إذ إن هذا التجرد هو الذي يحقق الحيدة والنزاهة والموضوعية التي تقود مسار التحقيق في مجرى غايته الحق والحقيقة والصالح العام الذي لا يتحقق إلا إذا ثبت لكل من يميل للحقيقة أنه تجرد لوجه الحق والعدل والقانون في حماية ضمير يحكم سلوك المحقق بأن يكون موجهاً في اتجاه استظهار الحقيقة أياً كان موقعها، فإذا ما افتقد التحقيق أياً من تلك القواعد والضمانات الأساسية الواجب توافرها فيمن يقوم بإجرائه، بات التحقيق باطلاً وغير منتج لآثاره القانونية، وتضحي جميع التصرفات والقرارات التأديبية الصادرة بناء عليه باطلة كذلك.

حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٦٢٣ لسنة ٢٠٠١ جلسة ٢٠٠٢/٤/٨ وكذا حكمها في الطعن رقم ٨٣١ لسنة ٢٠٠١ جلسة ٢٠٠٣/١٠/٢٠

وقضت أيضا بأنه من المقرر أن التحقيق في ذاته ليس غاية بل هو مجرد وسيلة لإظهار الحقيقة، ويطلق على مجموعة الإجراءات التي تستهدف تحديد المخالفات التأديبية والمسئولية عنها، ويجرى التحقيق عادة بعد اكتشاف المخالفة، وتتبع في شأنه جميع الإجراءات المقررة، ويراعى فيه الضمانات اللازمة قانوناً؛ وذلك بغية تيسير الوسائل للجهة الإدارية بقصد الكشف عن الحقيقة والوصول إلى وجه الحق مع تحقيق الضمان وتوفير الاطمئنان للشخص موضوع المساءلة الإدارية حتى يأخذ للأمر عدته ويتأهب للدفاع عن نفسه ويدرأ ما هو موجه إليه.

ومن المقرر أيضاً أن من مقتضى تمكين الشخص من الدفاع عن نفسه بشأن الإجراء التأديبي أنه يجب أن يخطر صاحب الشأن بالمخالفات المنسوبة إليه وأن يمهل وقتاً كافياً لتقديم ملاحظاته وإطلاعه على جميع أوراق الملف، إذ من الضمانات الجوهرية للمتهم إعلانه بما يتخذ ضده من إجراءات تأديبية وأن يتأكد لديه نية توقيع جزاء تأديبي عليه وأن يعطي أجلاً كافياً لإعداد دفاعه، وأن الإخطار السابق إلزامي حتى في حالة عدم النص، والإعلان يجب أن يتم قبل الجلسة بوقت كاف يسمح للمتهم بتحضير دفاعه، وهذا الإعلان ضروري حتى ولو كان قد سبق التحقيق مع المتهم ومواجهته بما هو منسوب إليه في هذا التحقيق، وتمكين المتهم من الدفاع عن نفسه على هذا النحو؛ مما يخضع لرقابة المحكمة وإشرافها، فإذا تمت المحاكمة بغير ذلك الإعلان كان إخلالاً بحق الدفاع يترتب عليه بطلان القرار.

حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٤٧٧ لسنة ١٩٩٦ جلسة ٠٩ / ١١ / ١٩٩٨

وقد انتهت محكمة التمييز أيضاً إلى أنه يشترط قبل توقيع عقوبة تأديبية على الموظف أن يسبقه تحقيق إداري تتوافر له كل مقومات التحقيق القانوني وكفالته وضماناته من حيث إحاطة الموظف علماً بما هو منسوب إليه، وما يستتبع ذلك من وجوب سؤاله ومواجهته

بما هو مأخوذ عليه وإتاحة الفرصة له للدفاع عن نفسه ومناقشة شهود الإثبات وسماع من يرى الاستشهاد بهم من شهود النفي، وذلك حتى يصدر الجزاء مستنداً إلى السبب المبرر له دون تعسف أو انحراف عن وجه الصالح العام، وحتى يمكن لقاضي المشروعية تسليط رقابته على قرار الجزاء فإذا ما استجمع التحقيق عناصره وأركانه فإنه يعتد به قانوناً في ترتيب أثره، وهو توقيع الجزاء المناسب لما ارتكبه الموظف من مخالفة، أما إذا خلا التحقيق المكتوب من تلك الضوابط والضمانات فإنه لا يمكن الاعتماد عليه قانوناً ويضحي القرار التأديبي الصادر بناء عليه مشوباً بعيب مخالفة القانون.

حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٢٠٣ لسنة ٢٠٠٧ إداري جلسة ٢٠٠٨/٥/٢٧م

إنه يتعين إجراء تحقيق قانوني صحيح مع الموظف ومواجهته بما نسب إليه وسماع أقواله وتحقيق دفاعه قبل توقيع الجزاء عليه، وهو أصل يقوم عليه نظام التأديب، ويعد من الضمانات الجوهرية التي لا يسوغ الإخلال بها أو إهدارها، وعليه فإن أي قرار بالجزاء يصدر دون إجراء تحقيق سابق أو يصدر بناء على تحقيق قاصر أو غير مستوف لشروطه وأركانه يكون قراراً غير مشروع

حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٢٠٠٥/١٢٩٣ إداري بجلسة ٢٠٠٧/٢/٢٧ م

التحقيق مع طلبة الجامعة:

لائحة النظام الجامعي الطلابي بجامعة الكويت – عدم جواز توقيع أي جزاء تأديبي على الطالب إلا بعد التحقيق معه فيما نسب إليه من مخالفة – يشترط لسلامة التحقيق أن تتوافر له مقومات التحقيق القانوني وكفالته وضماناته من حيث إحاطة الطالب بما هو منسوب إليه وتمكينه من الدفاع عن نفسه قبل توقيع الجزاء عليه – الأصل في التحقيق أن يكون كتابة إلا إذا نص صراحة على جواز إجرائه شفاهة – خلو الأوراق مما يفيد إجراء تحقيق مكتوب مع الطالب توافرت ضوابطه وضماناته بما يعجز التثبت من حقيقة ما نسب إليه من مخالفات – مؤدى ذلك أن القرار التأديبي يضحي مشوباً بعيب مخالفة القانون.

حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ١٢٦١ لسنة ٢٠٠٥ إداري جلسة ٢٠٠٧/١/٢٣

المعنى الاصطلاحي للتحقيق:

من الحقوق الأساسية للموظف ألا يوقع عليه جزاء تأديبي قبل إجراء تحقيق معه يتوافر فيه كل مقومات التحقيق القانوني الصحيح وكفالاته من حيث مواجهة الموظف بما هو مأخوذ عليه كمخالفة تأديبية وتمكينه من الدفاع عن نفسه وإتاحة الفرصة له لمناقشة شهود الإثبات وسماع من يريد استشهادهم من شهود النفي، وغير ذلك من مقتضيات الدفاع، فإذا خلا التحقيق من هذه الضمانات فلا يمكن وصفه بأنه تحقيق بالمعنى الاصطلاحي المقصود – لا يكفي مجرد إلقاء أسئلة على الموظف حول وقائع معينة وإنما يلزم مواجهته بالواقعة كمخالفة منسوبة إليه حتى يكون على علم بها وعلى بينة من اتهامه بها، فيعد دفاعه على أساسها تمشياً لما قد يسفر عنه التحقيق من مجازاته، وبذا يكفل له حق الدفاع كضمانة أساسية ابتغاء استظهار مشروعية الجزاء .

حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٧٩ لسنة ٢٠٠٥ إداري جلسة ٢٠٠٦/١٠/١٧

إن المادة ٥٥ من المرسوم في شأن نظام الخدمة المدنية الصادر بتاريخ ١٩٧٩/٤/٤ تنص على أنه « لا يجوز توقيع عقوبة تأديبية على الموظف إلا بقرار مسبب بعد التحقيق أو شفاهة وسماع أقواله وتحقيق دفاعه» وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أنه لا يجوز توقيع أي جزاء من الجزاءات التأديبية الواردة في المادة (٦٠) من المرسوم في شأن نظام الخدمة المدنية إلا بعد التحقيق مع الموظف وسماع أقواله وتحقيق دفاعه، وإنه يشترط لسلامة هذا التحقيق الإداري أن تتوافر فيه ضماناته من حيث إحاطة الموظف علماً بما هو منسوب إليه وتمكينه من الدفاع عن نفسه ومواجهته بما هو مأخوذ عليه من مخالفات وإتاحة الفرصة له للدفاع عن نفسه ومناقشة شهود الإثبات وسماع من يرى الاستشهاد بهم من شهود النفي، وغير ذلك من مقتضيات الدفاع وهو أمر تقتضيه العدالة وتمليه المصلحة العامة حتى يصدر قرار الجزاء مستنداً إلى السبب المبرر له دون تعسف أو انحراف، وأن الأصل أن يتم التحقيق كتابة ولاسيما فيما ينسب للموظف من مخالفات جسيمة قد تستوجب إنهاء خدمته كما في الحالة المعروضة وحتى يمكن لقاضي المشروعية تسليط رقابته على التحقيق، وأنه قد استجمع أركانه على النحو الذي يعتد به قانوناً، وأن النتيجة التي انتهت إليها الجهة الإدارية في شأنه مستخلصة استخلاصاً سائغاً من أصول موجودة تنتجها مادياً وقانونياً، فإذا خلت الأوراق مما يقطع باستيفاء التحقيق هذه الضوابط وتوافرت له تلك الضمانات فإنه لا يمكن الاعتداد به قانوناً ويضحي القرار الصادر بناء عليه مشوباً بعيب مخالفة القانون.

حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٢٣ لسنة ٢٠٠٦ إداري جلسة ٢٠٠٩/٣/٣١

حيدة الهيئة التأديبية:

من المبادئ المستقرة والأصول العامة في المحاكمات، والضمانات الجوهرية التي ينبغي أن تتوافر للمتهم سواء كانت المحاكمة جنائية أو تأديبية ضمان حيدة الهيئة التي تقوم بالمحاكمة، ومن مقتضى ذلك ولازمه أن من أبدى رأياً في الاتهام أو ساهم أو شارك في إجراءات التحقيق يمتنع عليه أن يشترك في هيئة المحاكمة.

حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٢٠٠٦/١٠٨ إداري جلسة ٢٠٠٨/٣/١١م

عدم جواز اشتراك سلطة الاتهام في هيئة الحكم:

مفاد نص المادة ٥٢ من لائحة الخدمة بمؤسسة الخطوط الجوية الكويتية الصادرة في ١٩٩٨/٧/٢٠، أن من سبق له المشاركة في التحقيق لا يجوز له أن يكون عضواً في مجلس التأديب، إعمالاً لقاعدة أصولية مؤداها عدم اشتراك سلطة الاتهام في هيئة الحكم، وأن من يجلس مجلس القضاء يجب ألا يكون قد قام بعمل يجعل له رأياً في الدعوى أو معلومات تتعارض مع ما يشترط فيه من خلو الذهن عن موضوع الدعوى، وهي ضمانة أساسية لحيدة هيئة الحكم في الخصومة التأديبية بين سلطة الاتهام والمحال للتأديب وكان الثابت أنه تم تشكيل مجلس التأديب بالمخالفة لكل ما تقدم، وهو ما يبطله ويبطل القرار الصادر عنه.

حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٤٣٢ لسنة ٢٠٠٥جلسة ٢٠٠٦/١٢/١٩

إحالة الموظف إلى التحقيق يعد حائلاً دون قبول استقالته:

إحالة الموظف على التحقيق يعد حائلاً مانعاً دون قبول استقالته أو إعمال قرينة قبولها حكماً لفوات الميعاد لاعتبارها مقبولة، لارتباط

ذلك بالنظام التأديبي وما يقوم عليه من زجر وردع، وما يرنو إليه في هذا الصدد من عدم إفلات الموظف من المساءلة التأديبية عما اقترفه من ذنب إداري، فيظل أمر قبول استقالته معلقاً إلى أن تنتهي الجهة الإدارية من تحديد مسئوليته، فإذا ما أصدرت قراراً بمجازاته، ثم أعقبت ذلك بإصدار قرارها بقبول استقالته اعتباراً من يوم تقديمها فإن هذا القرار الأخير لا ينال من سلامة القرار الصادر بمجازاته تأديبياً إذ إن صفته كموظف وحتى صدور قرار قبول استقالته كانت قائمة لم تنحسر عنه أو تزايله، ولم تنفصم عرى علاقته القانونية بجهة عمله إلا من تاريخ صدور القرار الأخير، وذلك إعمالاً للقرار بأثر مباشر والذي يعد من قبيل القرارات الفورية التي تحدث أثرها وقت صدورها، فليس من شأن صدور قرار قبول استقالته لاحقاً وارتداد قبول استقالته حكماً إلى تاريخ تقديم استقالته القول بانتفاء صفة الموظف عنه والتي كانت ما فتئت قائمة فعلاً عند صدور قرار توقيع الجزاء عليه بما يؤثر على صحة هذا القرار بحسبان أن العبرة في تقدير ما إذا كان القرار صحيحاً أو غير صحيح هي بكونه كذلك وقت صدوره لا بما قد يجد بعد ذلك من أحداث من شأنها أن تغير وجه الحكم عليه.

حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٨٥٠ لسنة ٢٠٠٣ جلسة ٢٠٠٤/١٢/٢٠ وكذا حكمها في الطعنين رقمي ٤٢٧،٤٧٦ لسنة ٢٠٠٣ جلسة ٢٠٠٤/٥/٣١

التظلم الوجوبي:

سبق أن أوضحنا أن التأديب يمارس في صورة قرارات إدارية، سواء صدر القرار التأديبي من الرئيس الإداري الفرد، أو من مجلس تأديبي، ومن ثم فإن الطعن في القرارات الإدارية بنوعيها يتم في صورة دعوى إلغاء عادية، لا تفترق عن غيرها من دعاوى الإلغاء سواء في شروط القبول أو أوجه الإلغاء، وتختص بنظرها الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية عملاً بنص المادة الأولى من المرسوم بالقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ المشار إليه

وقد نصت المادة السابعة من المرسوم بالقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١بشأن إنشاء دائرة بالمحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية على أن «ميعاد رفع دعوى الإلغاء ستون يوماً من تاريخ نشر القرار الإداري المطعون فيه في الجريدة الرسمية أو في النشرات التي تصدرها المصالح الحكومية أو إعلان صاحب الشأن به، أو ثبوت علمه به علماً يقينياً.

وينقطع سريان هذا الميعاد بالتظلم إلى الجهة الإدارية التي أصدرت القرار إلى الجهات الرئاسية لها، ويجب أن يبت في التظلم خلال ستين يوماً من تاريخ تقديمه، وإذا صدر القرار بالرفض وجب أن يكون مسبباً، ويعتبر فوات ستين يوماً على تقديم التظلم دون أن تجيب عنه السلطات المختصة بمثابة رفضه، ويحسب ميعاد رفع الدعوى من تاريخ الرفض الصريح أو الضمني حسب الأحوال».

كما نصت المادة الثامنة من القانون ذاته على أن «لا تقبل طلبات الإلغاء المنصوص عليها في البنود ثانياً وثالثاً ورابعاً من المادة الأولى – عدا الصادرة من مجالس تأديبية – قبل التظلم منها إلى الجهة التي أصدرتها أو الجهات الرئاسية وانتظار المواعيد المقررة للبت في التظلم.....».

ومفاد هذه النصوص وفقاً لما انتهت إليه محكمة التمييز أن طلبات الإلغاء المنصوص عليها في المادة الأولى لا تكون مقبولة إلا بعد التظلم منها إلى الجهة التي أصدرتها أو الجهة الرئاسية لها وانتظار المواعيد المقررة للبت في التظلم، وإجابة صاحب الشأن إلى طلبه إذا ما ثبت سلامة التظلم قبل اللجوء إلى القضاء، وأحالت المادة الثامنة في بيان إجراءات تقديم التظلم والبت فيه إلى مرسوم يصدر بهذا الشأن، وقد صدر بتاريخ ١٩٨١/١٠/٥ مرسوم بشأن إجراءات التظلم من القرارات الإدارية و البت فيه تضمن النص في المادة الأولى منه على أن يكون

«التظلم من القرارات الإدارية ..... إلى الجهة التي أصدرتها أو الجهات الرئاسية لها « .....والمادة الثالثة من المرسوم إنه على أن «تقوم الجهة التي تتلقى التظلم تقيده في سجل خاص .....يبين فيه تاريخ تقديمه، ويسلم المتظلم إيصالاً يبين فيه رقم التظلم وتاريخ تقديمه « ؛مما مؤداه أن المعول عليه في حصول التظلم هو بتقديمه إلى الجهة المختصة بالبت فيه والموضحة بنص المادة الأولى سالف الذكر.

حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ١٦٦ لسنة ١٩٩٣ جلسة ١٩٩٤/٧/٤

مفاد نص المادتين السابعة و الثامنة من المرسوم بقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ بإنشاء الدائرة الإدارية، وعلى ما جرى به قضاء التمييز أن ميعاد رفع دعوى إلغاء القرارات الإدارية قد حدده المشرع بستين يوماً إلا أن هذا الميعاد ينقطع سريانه بالتظلم الإداري الذي استلزم القانون حصوله قبل رفع دعوى الإلغاء والتربص بفوات الميعاد المقرر للبت فيه فإذا مضت تلك المدة دون رد فإن الأصل أن ترفع دعوى الإلغاء خلال الستين يوماً التالية لانقضاء الفترة التي يعتبر فواتها دون إجابة السلطة المختصة عن التظلم بمثابة رفضه؛ أي أن القانون افترض في الإدارة أنها رفضت التظلم ضمناً باستفادة هذا الرفض التحكمي من قرينة فوات هذا الفاصل الزمني دون أن تجيب الإدارة عليه حتى ولو أعلن صاحب الشأن بعد ذلك بقرار صريح بالرفض ما دام أن الميعاد سبق جريانه قانوناً بأمر تحقيق هو القرار الحكمي بالرفض.

حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٢ جلسة ١٩٩٣/٤/١٩

طلبات إلغاء القرارات الخاصة بالتعيين في الوظائف العامة المدنية والترقية وإنهاء خدمات الموظفين المدنيين أو بتوقيع جزاءات تأديبية عليهم لا تكون مقبولة إلا بعد التظلم منها إلى الجهة الإدارية التي أصدرتها أو الجهة الرئاسية لها، وعلة اشتراط هذا التظلم وعلى ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون أن تتهيأ للجهة الإدارية الفرصة لدراسة أسباب التظلم ومراجعة قرارها وإجابة صاحب الشأن إلى طلبه إذا ما ثبت سلامة تظلمه فتكفيه مؤونة التقاضي بشأنه، ومؤدى ذلك بالضرورة أن التظلم الوجوبي هو افتتاح للمنازعة الإدارية في مرحلتها الأولى بما يتعين للاعتداد به كإجراء لازم لقبول دعوى الإلغاء أن يكون من شأنه تحقيق الغرض منه وهو ما لا يتأتى إلا إذا انصب تحديداً على قرار إداري قد صدر فعلاً حتى تستطيع السلطة التي أصدرته أو السلطة الرئاسية إعادة النظر فيه، أما ما يقدم قبل ذلك من طلبات فلا يستوي بها معنى التظلم في مفهوم القانون.

حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٧٨ لسنة ٢٠٠٦ إداري جلسة ٢٠٠٧/٥/٢٩

عدم جدوى التظلم من القرارات الصادرة من مجالس التأديب:

مفاد نص المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ بإنشاء دائرة بالمحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية يدل- وعلى ما بينته المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون المذكور - على عدم قبول طلبات الإلغاء المنصوص عليها في البنود ثانياً وثالثاً ورابعاً من المادة الأولى إلا بعد التظلم منها إلى الجهة التي أصدرتها أو الجهة الرئاسية لها وانتظار المواعيد المقررة للبت في التظلم الموضحة في المادة ٧ والحكمة في ذلك أن تتهيأ للحكومة فرصة لدراسة أسباب التظلم وإجابة صاحب الشأن إلى طلبه إذا ما ثبت سلامة التظلم، وأحالت إجراءات تقديم التظلم والبت فيه إلى مرسوم يصدر بهذا الشأن، وقد صدر بتاريخ ١٩٨١/١٠/٥ مرسوم بشأن إجراءات تقديم التظلم من القرارات الإدارية والبت فيه، وإذا كان ذلك فان التظلم الإداري على الوجه السالف بيانه - وجوبي - ويكون شرطا لقبول دعوى الإلغاء بالنسبة للقرارات الإدارية بالتعيين في الوظائف العامة المدنية أو بالترقية أو بإنهاء خدمات الموظفين المدنيين أو بتوقيع جزاءات تأديبية عليهم، عدا تلك الصادرة من مجلس التأديب التي لا تملك العدول عن قراراتها؛ لأنه لا توجد أية سلطة إدارية تملك

التعقيب على قراراتها بالإلغاء أو التعديل، ولا يكون ثمة جدوى من التظلم من القرارات التأديبية الصادرة منها.

حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٢١٠ لسنة ١٩٩٠ جلسة ١٩٩٢/٦/٢٢

جواز التظلم من أي قرار تأديبي يوقع على موظفي مؤسسة الخطوط الجوية الكويتية، بما فيها القرارات الصادرة من مجلس التأديب

لائحة الخدمة بمؤسسة الخطوط الجوية الكويتية الصادرة في ١٩٩٨/٧/٢٠ بعد أن حددت في المادتين ٤٢ ، ٤٣ منها العقوبات التي يجوز توقيعها على موظفي المؤسسة وقصرت على مجلس التأديب توقيع عقوبة الفصل من الخدمة بالنسبة لموظفي المؤسسة من غير شاغلي وظائف مديري الدوائر وما يعلوها، وناطت برئيس مجلس الإدارة توقيع عقوبة التنبيه واللوم بالنسبة لشاغلي وظائف مديري الدوائر وما يعلوها، وبمجلس الإدارة توقيع عقوبة الفصل من الخدمة، أوجبت في المادة ٤٧ منها إبلاغ الموظف بقرار العقوبة وأجازت له التظلم من هذا القرار إلى مصدره أو إلى السلطة الرئاسية بحسب الأحوال خلال ستين يوماً من تاريخ علمه به، بما مؤداه جواز التظلم من أي قرار تأديبي يوقع على موظفي المؤسسة، بما فيها القرارات الصادرة من مجلس التأديب حيث ورد النص عاماً فلا يجوز تخصيصه بغير مخصص، ومن ثم فإن التظلم من القرارات الأخيرة يكون اختيارياً وليس وجوبياً ولما كانت الفقرة الأخيرة من المادة السابعة من القانون رقم ١٩٨١/٢٠ بإنشاء دائرة إدارية بالمحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية المعدل بالقانون رقم ١٩٨٢/٦١ تقضي بأن ميعاد رفع دعوى الإلغاء ينقطع بالتظلم إلى الجهة الإدارية التي أصدرت القرار المطعون فيه أو إلى الجهات الرئاسية لها، يستوي في ذلك أن يكون التظلم وجوبياً كشرط لازم بقبول دعوى إلغاء بعض القرارات الإدارية، على ما ورد في المادة الثامنة من القانون ذاته سالف البيان، أم كان اختيارياً بالنسبة للقرارات الأخرى متى أجيز قانوناً التظلم منها وهذا سالف البيان، وهذا التظلم يأخذ حكم التظلم الوجوبي في قطع ميعاد رفع الدعوى.

حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٤٣٢ لسنة ٢٠٠٥ إداري جلسة ٢٠٠٦/١٢/١٩ وكذا حكمها في الطعن رقم ٣٢ لسنة ٢٠٠٦ جلسة ٢٠٠٦/١٢/٢٦

قيام جهة الإدارة بتخفيض الجزاء أثناء نظر الدعوى وأثره:

من المقرر قانوناً أنه مادامت المنازعة قائمة بقيام أساسها وسببها، فإن ما يطرأ عليها خلال نظر الدعوى من أمور أو ظروف قد تغير في بعض الآثار المترتبة على القرار الإداري المطعون فيه، فإن ذلك لا يمحو الخصومة الأصلية أو يجعلها منتهية، بل يتعين على القضاء الإداري أن يحسم الخصومة في ضوء الظروف المستجدة وعلى مقتضى الآثار التي تترتب قانونا على هذه الظروف، ومن ثم فإذا ما صدر الجزاء في المنازعة التأديبية بعقوبة معينة هي التي رفعت الدعوى بطلب إلغائها، ثم خفضت العقوبة في أثناء نظر الدعوى، فإن المنازعة الإدارية تعتبر ما زالت قائمة، وينصب طلب الإلغاء في هذه الحالة على العقوبة المخفضة.

حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٦٢٥ لسنة ٢٠٠١ جلسة ٢٠٠٢/٢/١٨

وفي النهاية نؤكد دور القضاء الإداري الرائد في مجال تأديب الموظفين، وقد قمنا بتجميع جميع المبادئ الصادرة عن محكمة التمييز في مجال تأديب الموظفين لتكون خير معين لمن يستعين بها.

مدى اختصاص القضاء الإداري الكويتي بمنازعات الضرائب والرسوم

المستشار الدكتور/ خليفة ثامر الحميدة

قسم القانون العام- كلية الحقوق - جامعة الكويت

تمهيد:

تترتب على منازعات الضرائب والرسوم أهمية لا يمكن إغفالها على الدولة، سواء كان ذلك في ما يتعلق بتكوين إيرادات موازنتها أم بقدرتها على القيام بالأعباء الواقعة على عاتقها. ولما كانت الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية تتمتع باختصاص عام للمنازعات المتعلقة بالقرارات الإدارية النهائية المتعلقة بالأفراد والهيئات إلا ما استثنى قانون إنشائها بشكل صريح البند خامساً من المادة الأولى من القانون٢٠ لسنة ١٩٨١ المعدل بالقانون ٦١ لسنة ١٩٨٢ بإنشاء الدائرة، وعلى الرغم من توافر أركان القرار الإداري في قرار الربط الضريبي، فإن عدم وجود دراسة واضحة في هذا الموضوع أثار التساؤل حول الطبيعة القانونية لتلك القرارات؛ مما يهدد حق الدائرة الإدارية بنظر المنازعات المتعلقة بها.

وفي سبيل بيان الطبيعة القانونية لقرارات الربط الضريبي ابتداء، وتحديد مدى اختصاص الدائرة الإدارية بشأن المنازعات المتعلقة بالضرائب والرسوم، لجأت هذه الدراسة إلى بيان التعريف القانوني للقرار الإداري؛ مبينة أركانه، ثم تطرقت إلى اختصاص الدائرة المذكورة. وبحثت في تحديد ماهية الضرائب والرسوم؛ محددة في ذلك تعريف قرار الربط الضريبي، وتحليل طرق الطعن به. وأخيراً تنتهي الدراسة إلى توضيح الطبيعة القانونية لتلك القرارات، والإجابة عن التساؤل حول مدى تحقق الاختصاص للدائرة الإدارية للبت في منازعات الضرائب والرسوم.

المبحث الأول - مدى اختصاص القضاء الإداري الكويتي بمنازعات القرار الإداري:

وسيكون البحث في تعريف القرار الإداري، وبيان أركانه التي لا يصح وجوده بدون تحققها بوجه صحيح. كما سيكون إلقاء الضوء على اختصاص الدائرة الإدارية.

المطلب الأول - تعريف القرار الإداري وأركانه:

وسيشمل تعريف القرار الإداري، ثم بيان أركانه.

الفرع الأول - تعريف القرار الإداري:

عرفت محكمة التمييز الكويتية القرار الإداري بأنه: « إفصاح الجهة الإدارية عن إرادتها الملزمة في الشكل الذي يتطلبه القانون بما لها من سلطة مستمدة من القوانين واللوائح بقصد إحداث أثر قانوني يكون ممكناً وجائزاً وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة»[١]. وعلى ضوء ذلك فإن القرار الإداري ينطوي على أربع خصائص وهي أنه تصرف قانوني، وهو تصرف من جانب واحد، وهو يتعلق بمباشرة العمل الإداري، ومتمتعة الإدارة فيه بميزات السلطة العامة[٢].

(١) الطعن رقم (١٥٥ لسنة ١٩٩٦) بتاريخ ١٩٩٧/٤/٧، والطعن رقم (١٩٩ لسنة ١٩٨٨) بتاريخ ١٩٨٨، منشور في موسوعة مبادئ القضاء الإداري التي أقرتها محكمة التمييز الكويتية، الكتاب الأول، الدعوى الإدارية، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، ١٩٩٩، ص ١٥.

(٢) د. عبد الفتاح حسن، مبادئ القانون الإداري الكويتي، دار النهضة العربية، ١٩٦٩، ص ٣٥٧.

إن هذا التعريف يرسم بشكل واضح معيار التمييز بين ما يعتبر قراراً إدارياً وبين غيره من التصرفات التي تأتيها الإدارة. فليس كل ما تقوم به الإدارة يعد من قبيل إصدار القرارات الإدارية. فهي تقوم – بالإضافة إلى إصدار القرارات الإدارية– بالتعاقد مع الغير تحت مظلة العقد الإداري. كما لها أن تباشر حقها في التنفيذ المباشر من خلال وسائلها المادية. ولعل أهم ما ينبغي الإشارة إليه في القرار الإداري هو اعتماده على الإرادة المنفردة للإدارة. فحق هذه الأخيرة في إصدار ما تراه من قرارات هو حق أصيل، فلا تحتاج في ذلك إلى أخذ موافقة جهة أخرى سوى الجهة الإدارية التي حددها القانون أو اللائحة كما هو الحال في القرارات المركبة.

وللتأكد من صحة القرارات الإدارية أرسى القضاء الإداري مجموعة من العناصر التي اعتبرها أركان لهذه القرارات. فتصح هذه الأخيرة مدى ما كانت مستوفية بشكل كامل تلك الأركان، أما إذا شابها شيء من المخالفة فإن القرار يتأثر بها بحسب جسامتها. وفي ذلك قررت محكمة التمييز الكويتية بأنه: «يجب على المحكمة حين تعرض للقرار الإداري أن تتحقق من قيامه بمقوماته القانونية والتعرف على فحواه، فإن ظهر لها سلامته وصحته، عليها أن تعمل تطبيقه وفقاً لنصوصه، وتنزل ما يرتبه له القانون من آثار على النزاع المطروح عليها. وإن بان لها أنه مشوب بمخالفة صارخة للقانون فإنه في هذه الحالة يتجرد عن صفته الإدارية وتسقط عنه الحصانة المقررة للقرارات الإدارية، ولا تعتد المحكمة به ويكون هو والعدم سواء»[(١)].

وللتمييز بين نوع المخالفة الواقعة على القرار الإداري، وما يترتب على ذلك من أثر على وجود القرار أولاً، وصحته ثانياً. فقد بينت المحكمة أن: «اختلال ركن أو أكثر من هذه الأركان يتفاوت بين الجسامة واليسر، بحيث يجرده من صفته كقرار إداري ويهبط به إلى منزلة العمل المادي الذي لا يعدو أن يكون مجرد عقبة مادية يصبح معها القرار غير جدير بالحماية التي يقررها القانون لأعمال الإدارة ويعتبر الحالة هذه معيباً بخلل جسيم ينحدر به إلى حد العدم، وهذا هو الحال أيضاً فيما لو حصل أحد الأفراد على قرار نتيجة غش أو تدليس من جانبه؛ لأن ذلك يعيب الرضا ويشوب الإرادة. وفي هذه الأحوال الاستثنائية يكون من حق الإدارة سحب القرار الإداري في أي وقت ودون التقيد بمدة. أما إذا كان الإخلال يسيراً ودون الوصول إلى إهدار أركان القرار الإداري كله، فإنه يكون معيباً وقابلاً للإبطال. إلا أنه رغم ذلك يعتبر قائماً قانوناً ومنتجاً لآثاره إلى أن يقضى بإلغائه. وكل ذلك مشروط بأن يكون القرار – وإن كان معيباً– ما زال متصفاً بصفة القرار الإداري كتصرف قانوني. ولخطورة هذه الحالة على استقرار المعاملات فقد قيد القضاء الإداري دعوى الإلغاء بالنسبة للقرارات الإدارية التي تولد حقاً أو مركزاً شخصياً للأفراد بنطاق زمني محدد سوى فيه بين الإدارة والأفراد؛ إذ قاس المدد التي يجوز للإدارة سحب القرار الإداري خلالها في هذه الحالة على مدد التقاضي وهي ستون يوماً من تاريخ نشر القرار، بحيث إذا مضت تلك المدة أغلق سبيل الطعن، وأصبح القرار المعيب بمثابة القرار السليم»[(٢)].

الفرع الثاني - أركان القرار الإداري:

أما بالنسبة لهذه الأركان فهي خمسة:

أولاً – الاختصاص:

ويقصد به صدور القرار الإداري ممن كان متمتعاً بإصداره وفقاً للقوانين واللوائح. فالاختصاص يعني حيازة مصدر القرار على الحق في

(١) الطعن رقم (٢١٣ لسنة ١٩٨٥) بتاريخ ١٩٨٦/٥/٢١، منشور في الطعن رقم (١٥٥ لسنة ١٩٩٦) بتاريخ ١٩٩٧/٤/٧، والطعن رقم (١٩٩ لسنة ١٩٨٨) بتاريخ ١٩٨٨، منشور في موسوعة مبادئ القضاء الإداري التي أقرتها محكمة التمييز الكويتية، الكتاب الأول، الدعوى الإدارية، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، ١٩٩٩، ص ٤٤.

(٢) الطعن رقم (٩ لسنة ١٩٨٧) بتاريخ ١٩٨٧/٥/٦، منشور في الطعن رقم (١٥٥ لسنة ١٩٩٦) بتاريخ ١٩٩٧/٤/٧، والطعن رقم (١٩٩ لسنة ١٩٨٨) بتاريخ ١٩٨٨، منشور في موسوعة مبادئ القضاء الإداري التي أقرتها محكمة التمييز الكويتية، الكتاب الأول، الدعوى الإدارية، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، ١٩٩٩، ص ٣٤.

تقرير وقت اتخاذ القرار، ومحتوى هذا القرار. وفي هذا الشأن تؤكد محكمة التمييز الكويتية على أنه: « من المقرر وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن القرار الإداري المنعدم لانطوائه على عيب اغتصاب السلطة هو المشوب بعيب عدم الاختصاص الجسيم، كأن لم يصدر من سلطة لا تمت بصلة إطلاقاً للسلطة التي اعتدى على اختصاصها؛ فيصبح القرار بذلك عملاً مادياً متجرداً من كيانه ومن وصفته الإدارية، أما إذا كان عيب الاختصاص غير جسيم فلا يؤدي ذلك إلى انعدام القرار الإداري وإن جاز اعتباره باطلاً»[١].

ثانياً - الشكل:

ومقتضاه الالتزام بوضع القرار الإداري بقالب معين يقتضيه القانون أو تتطلبه اللائحة. وقد أرست المحكمة القاعدة بالنسبة لشكل القرار الإداري، معتبرة أن الكتابة لا تمثل شرطاً لصحة القرار الإداري ما لم ينص القانون على غير ذلك[٢].

ثالثاً - المحل:

وفيه تقول محكمة التمييز إن: « محل القرار الإداري هو إنشاء حالة قانونية معينة أو تعديلها أو إلغاؤها، ومن ثم فهو المركز الذي تتجه إرادة مصدر القرار إلى إحداثه والأثر القانوني الذي يترتب عليه حالاً ومباشرة»[٣]. مما لاشك فيه أن سلطة الإدارة بإنشاء هذه الحالة القانونية إنما تمنحها القوانين واللوائح.

رابعاً - السبب:

وقد بينته محكمة التمييز بقولها إن: «من المقرر أن القرار الإداري يجب أن يكون الباعث عليه مصلحة عامة، وأن يقوم على سبب يبرره في الواقع والقانون. وذلك كركن من أركان انعقاده. والسبب في القرار الإداري هو الحالة الواقعية والقانونية التي تحمل الإدارة على التدخل بقصد إحداث أثر قانوني هو محل القرار ابتغاء الصالح العام الذي هو غاية القرار». وتضيف المحكمة بأنه: «ولئن كانت الإدارة غير ملزمة بتسبيب قراراتها إلا حيث يقضي القانون بذلك، ويفترض في القرار غير المسبب أنه قام على سببه الصحيح وعلى من يدعي العكس أن يقيم الدليل على ذلك إلا أنها إذا ذكرت أسباباً لها فإنها تخضع لرقابة القضاء الإداري للتحقق من مطابقتها أو عدم مطابقتها للقانون»[٤].

أما إذا ألزم القانون الإدارة بتسبيب قراراتها فإن التسبيب عندئذ يصبح: «إجراء شكلياً يتعين إفراغه في الشكل الذي رسمه القانون، وذلك بإيراد الأسباب في صلبه أو ديباجته وبالقدر الذي تتحمله صيغة القرار وتتسع له وكاشفاً عن سببه». وتكتفي المحكمة بذكر التسبيب حتى ولو كان في ديباجة القرار إذ إن: « ديباجة القرار الإداري هي جزء لا يتجزأ منه، ومن ثم يكفي لاستيفاء ركن الشكل بالقرار

---

(١) الطعن رقم (٦٠ و ٦٣ لسنة ١٩٩٤) بتاريخ ١٩٩٤/٦/٢٧، منشور في الطعن رقم (١٥٥ لسنة ١٩٩٦) بتاريخ ١٩٩٧/٤/٧، والطعن رقم (١٩٩ لسنة ١٩٨٨) بتاريخ ١٩٨٨، منشور في موسوعة مبادئ القضاء الإداري التي أقرتها محكمة التمييز الكويتية، الكتاب الأول، الدعوى الإدارية، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، ١٩٩٩، ص ١١٨.

(٢) الطعن رقم (١٧٩ لسنة ١٩٨٧) بتاريخ ١٩٨٨/٣/١٤، منشور في الطعن رقم (١٥٥ لسنة ١٩٩٦) بتاريخ ١٩٩٧/٤/٧، والطعن رقم (١٩٩ لسنة ١٩٨٨) بتاريخ ١٩٨٨، منشور في موسوعة مبادئ القضاء الإداري التي أقرتها محكمة التمييز الكويتية، الكتاب الأول، الدعوى الإدارية، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، ١٩٩٩، ص ١٦٦.

(٣) الطعن رقم (١٥٦ لسنة ١٩٩٣) بتاريخ ١٩٩٤/٤/١١، منشور في موسوعة مبادئ القضاء الإداري التي أقرتها محكمة التمييز الكويتية، الكتاب الأول، الدعوى الإدارية، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، ١٩٩٩، ص ٣٣٨.

(٤) الطعن رقم (٣٠١ لسنة ١٩٩١) بتاريخ ١٩٩٢/١/١٩، منشور في موسوعة مبادئ القضاء الإداري التي أقرتها محكمة التمييز الكويتية، الكتاب الأول، الدعوى الإدارية، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، ١٩٩٩، ص ١٧٦.

الإداري إذا استلزم القانون تسبيب القرار الإداري أن يرد التسبيب في ديباجة القرار»[١].

خامساً: الغاية:

ويقصد بها الهدف النهائي من إصدار القرار الإداري والمتمثل في تحقيق الصالح العام. وفي هذا السياق تذهب المحكمة إلى القول بأنه: « يتعين ألا يترك تقدير المصلحة العامة لجهة الإدارة، بل تخضع في ذلك لرقابة القضاء الذي يملك بحث الوقائع التي بني عليها القرار بقصد التحقق من مطابقته للقانون»[٢]. وتوضيحاً منها لما قد يشوب الغاية من القرار الإداري من عيوب، تقرر المحكمة أنه: « من المقرر أن عيب إساءة استعمال السلطة والانحراف بها الذي يبرر إلغاء القرار الإداري أو التعويض عنه من العيوب القصدية التي تشوب الغاية منه ذاتها بأن تكون جهة الإدارة قد تنكبت وجه المصلحة العامة التي يجب أن يتغياها القرار أو أن تكون قد أصدرته بباعث لا يمت لتلك المصلحة بصلة، بما يجب معه إقامة الدليل عليه لأنه لا يفترض، وتقدير ثبوته من عدمه هو مما تستقل به محكمة الموضوع متى كان استخلاصها سائغاً»[٣].

المطلب الثاني: اختصاصات القضاء الإداري في دولة الكويت:

تنص المادة الأولى من القانون رقم (٢٠ لسنة ١٩٨١)، بإنشاء الدائرة الإدارية على أنه: « تنشأ بالمحكمة الكلية دائرة إدارية تشكل من ثلاثة قضاة، وتشتمل على غرفة أو أكثر بحسب الحاجة، وتختص دون غيرها بالمسائل الآتية: وتكون لها فيها ولاية قضاء الإلغاء والتعويض.

أولاً: المنازعات الخاصة بالمرتبات والمعاشات والمكافآت والعلاوات المستحقة للموظفين المدنيين أو لورثتهم.

ثانياً: الطلبات التي يقدمها ذوو الشأن بإلغاء القرارات الإدارية الصادرة بالتعيين في الوظائف العامة المدنية.

ثالثاً: الطلبات التي يقدمها الموظفون المدنيون بإلغاء القرارات الإدارية الصادرة بالترقية.

رابعاً: الطلبات التي يقدمها الموظفون المدنيون بإلغاء القرارات الصادرة بإنهاء خدماتهم أو بتوقيع جزاءات تأديبية عليهم.

خامساً: الطلبات التي يقدمها الأفراد أو الهيئات بإلغاء القرارات الإدارية النهائية عدا القرارات الصادرة في شأن مسائل الجنسية وإقامة وإبعاد غير الكويتيين وتراخيص إصدار الصحف والمجلات ودور العبادة».

وقد أضافت المادة (٢) من القانون المذكور اختصاص الدائرة الإدارية بنظر منازعات العقود الإدارية. أما نطاق اختصاص الدائرة بشأن القرارات الإدارية الواردة في المادة الأولى، فقد بينتها المادة (٥) بقولها: « تكون للدائرة الإدارية وحدها ولاية الحكم بإلغاء القرارات الإدارية المشار إليها في البنود: ثانياً وثالثاً ورابعاً وخامساً من المادة الأولى، كما تكون لها وحدها ولاية الحكم في طلبات التعويض عن الأضرار الناشئة عن تلك القرارات، سواء رفعت إليها بطريقة أصلية أو تبعية».

---

(١) الطعن رقم (٩٢ لسنة ١٩٩٤) بتاريخ ١٩٩٤/١١/٢٢، منشور في موسوعة مبادئ القضاء الإداري التي أقرتها محكمة التمييز الكويتية، الكتاب الأول، الدعوى الإدارية، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، ١٩٩٩، ص ٢٢٤.

(٢) الطعن رقم (٦٠، ٦٣ لسنة ١٩٩٤) بتاريخ ١٩٩٤/٦/٢٧، منشور في موسوعة مبادئ القضاء الإداري التي أقرتها محكمة التمييز الكويتية، الكتاب الأول، الدعوى الإدارية، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، ١٩٩٩، ص ٣٤٩.

(٣) الطعن رقم (٢٣٣ لسنة ١٩٩٧) بتاريخ ١٩٩٨/٤/٢٠، منشور في موسوعة مبادئ القضاء الإداري التي أقرتها محكمة التمييز الكويتية، الكتاب الأول، الدعوى الإدارية، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، ١٩٩٩، ص ٣٥٠.

ومن هذين النصين يتضح أن ولاية الدائرة الإدارية على القرارات الإدارية غير المرتبطة بالوظيفة العامة تتصف بالعمومية. فما لم تكن تلك القرارات مرتبطة بموضوع الجنسية أو إقامة وإبعاد غير الكويتيين ودور العبادة، فإن هذه الدائرة تختص بها ما دامت هذه القرارات نهائية. أما بالنسبة إلى القرارات المتعلقة بتراخيص إصدار الصحف والمجلات فقد فتح القانون رقم (٣ لسنة ٢٠٠٦)، بشأن المطبوعات والصحف الباب لذوي الشأن ممن رفضت الإدارة منحهم رخص إصدار صحف للطعن بهذا القرار. وفي تعريفه للنهائية التي ينبغي أن تتصف القرارات الإدارية بها حتى يصبح من حق الأفراد الطعن بها أمام القضاء، فقد قضى مجلس الدولة المصري بأن القرار يصبح نهائياً عندما تصدره الإدارة متمتعاً بالصفة التنفيذية دون حاجة إلى تصديق سلطة أعلى. والعبرة في انتفاء هذه الصفة بوجوب لجوء الإدارة إلى جهة أعلى[١]. أما إذا كان اللجوء إلى مثل هذه الجهة على سبيل الاختيار وليس الإجبار، فإن ذلك لا يحول دون اعتبار قراراتها نهائية. فالعبرة دائماً بالإلزام الذي يرد على الإدارة للجوء إلى سلطة أعلى؛ لكي يكون قرارها نهائياً.

المبحث الثاني - الضرائب والرسوم وأداة ربطها:

وسيكون التعرض إلى ماهية هذين المصطلحين، ثم بيان أداة ربط الضريبة، مروراً بإلقاء الضوء على بعض الضرائب التي يعرفها القانون الكويتي.

المطلب الأول - ماهية الضرائب والرسوم ومجالات تطبيقها في الكويت:

تعتبر الضرائب والرسوم أحد أهم منابع إيرادات الموازنة العامة للدولة. كما أنهما مرتبطان بتعزيز قدرة أجهزة الدولة الإدارية على مد المرافق العامة بما تحتاجه من الأموال لتأدية ما عليها من التزامات. وإذا كانت هذه المرافق تقوم إداراتها بتحصيل الرسوم من المنتفعين بها، فإنها ترتبط بالخدمات الخاصة التي يطلبها المنتفعون من هذه المرافق.

الفرع الأول - ماهية الضرائب والرسوم:

وفي سبيل تحديد تلك الماهية ستحدد الدراسة تعريف الرسوم والضرائب أولاً، ثم بيان الضرائب التي ينظمها القانون الكويتي.

الغصن الأول – تعريف الرسوم وتمييزها عن غيرها:

يُعرف الرسم بأنه: «مبلغ نقدي، يدفعه الفرد جبراً إلى الدولة مقابل نفع خاص يحصل عليه من جانب إحدى الهيئات العامة»[٢]، أو هو: «مبلغ من النقود تقتضيه الدولة أو أحد أشخاص القانون العام جبراً من بعض أفراد المجتمع مقابل حصولهم على خدمة خاصة (نفع خاص) مقرونة بالنفع العام»[٣]. أو هو: «مبلغ من النقود، يدفعه الفرد إلى الدولة أو غيرها من أشخاص القانون العام، جبراً مقابل انتفاعه بخدمة معينة تؤديها له، ويترتب عليها نفع خاص له إلى جانب نفع عام»[٤]. ويلاحظ في هذه التعريفات اشتماله على العناصر الجوهرية لما يعتبر رسماً. فالرسم عبارة عن مبلغ نقدي، حيث لا يجوز تقديم الرسم بشكل عيني أو بالعمل لدى الإدارة في مقابل ما

(١) أحكام محكمة القضاء الإداري، الدعوى رقم (١٥٠٧ لسنة ٥ قضائية)، المجموعة ٧، ص ٦٢٧، والمنشورة لدى حمدي ياسين عكاشة، موسوعة القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، الجزء الأول، ٢٠٠١، ص ٤٠.

(٢) د. زين العابدين ناصر، موجز في مبادئ علم المالية العامة، دار النهضة العربية، ١٩٧٥، ص ١٢٣.

(٣) د. إبراهيم الحمود ود. خالد زغلول، الوسيط في المالية العامة، الطبعة الأولى، غير محدد مكان الطبع، ١٩٩٨، ص ١٩٩.

(٤) د. محمد سعيد فرهود، مبادئ المالية العامة، غير محدد مكان وسنة الطبع، ص ١٤٠.

تقدمه له هذه الأخيرة من خدمات. وإذا كان الفرد يتمتع بحرية طلب الخدمة التي تقدمها الإدارة، إلا أنه يلتزم بدفع ما يترتب على استفادته من الخدمة من رسوم. بل إن الإجبار ليتجاوز هذا الفرض إلى ما تلزم به الدولة الأفراد من ضرورة الحصول على وثائق معينة، ثم تلزمهم كذلك بدفع رسوم معينة على قيام الإدارة بمدهم بتلك الوثائق. ولعل في المقابل الذي يترتب على دفع الرسوم من خدمات ليمثل أهم ما يميز الرسوم عن غيره مما يشكل إيراداً لموازنة الدولة. وفي السياق ذاته يجب تحقق قدر من التناسب بين مبلغ الرسم من جهة؛ وما يحصل عليه الفرد نظير دفعه لهذا المبلغ من خدمة.

وإذا كانت الرسوم تمثل القيمة الرمزية للخدمات التي يتمتع بها أفراد المجتمع حيناً، بينما تكون مساوية لما تتكبده المرافق العامة من نفقات لتقديم تلك الخدمات، فإن هناك حالات تحدد الرسوم فيها بما يزيد على تلك النفقات. الأمر الذي يمنح المرافق العامة فرصة الحصول على زيادة في الموارد المالية بعد أن تسدد نفقات إنتاج الخدمات التي تقدمها. وفي هذه الأخيرة لا يتردد البعض من الفقه من إطلاق مصطلح الضريبة المقنعة على هذه الرسوم[١].

ويختلف الرسم عن الثمن العام والذي تحصله الدولة كمقابل لما تقدمه من خدمة أو سلعة. فالرسم يحصله المرفق العام الذي يقدم الخدمة العامة بصورة خاصة لمن يتمتع بها من الأفراد. في حين يقصد بالثمن المقابل لما تقدمه المرافق الصناعية أو التجارية من سلع وخدمات للأفراد. كما أن تقدير الرسم إنما يكون وفقاً لما تقرره الإدارة في قراراتها أو لوائحها. بينما يتوقف تحديد الثمن العام على قانون السوق بما يتضمنه من عرض وطلب على تلك السلع أو هذه الخدمات. وأخيراً يكون فرض الرسوم بناء على قانون. أما الثمن العام فيتحدد بقرار إداري من المرفق العام المقدم للسلع والخدمات[٢].

والجدير بالذكر أن الرسوم مما يعجز القلم عن تعدادها؛ وذلك نظراً لإمكانية فرضها بمراسيم أميرية أو قرارات إدارية مبنية على قانون سابق عليه. وهذا ما يتمثل في ما قرره الدستور لها من جواز فرضها بناء على قانون، فيكفينا ضرب الأمثلة عليها من خلال ما يلتزم به الفرد من مبلغ واجب الأداء لقاء ما تقدمه له الدولة من خدمات. ومن ذلك رسوم التسجيل في الجامعة، ورسوم تسجيل المواد الدراسية فيها. وكذلك رسوم استخراج إجازة قيادة مركبة، ورسوم استخراج دفتر تسيير تلك المركبة. ورسوم استخراج وثيقة رسمية كالوكالات، ورسوم الحصول على وثيقة الجنسية أو الجواز أو الإقامة.

الغصن الثاني - تعريف الضريبة وتمييزها عن غيرها:

وتعرف الضريبة بأنها: « فريضة مالية يدفعها الفرد جبراً إلى الدولة مساهمة منه في التكاليف والأعباء العامة، بصفة نهائية دون أن يعود عليه نفع خاص مقابل دفع الضريبة»[٣]. كما تعرف بأنها: « مبلغ من النقود تفرضه الدولة جبراً على أفراد المجتمع بصفة نهائية وبدون مقابل، وذلك بغرض تحقيق النفع العام»[٤]. أو هي: «اقتطاع مالي، يلزم الأشخاص بأدائه للسلطات العامة، بصفة نهائية، دون مقابل معين، بغرض تحقيق نفع عام»[٥]. ومن هذه التعريفات يمكن استخلاص أهم ما تتضمنه الضريبة من عناصر، حيث تأتي صفتها الجبرية لتكون فرضاً على الفرد لمصلحة الدولة[٦]. ولاشك أن في هذه الصفة للضريبة انتفاء لأي احتمال للصفة التعاقدية بين دافع

(١) د. زين العابدين ناصر، مرجع سابق، ص ١٢٣.
(٢) د. إبراهيم الحمود ود. خالد زغلول، مرجع سابق، ص ٢٠٢.
(٣) د. زين العابدين ناصر، مرجع سابق، ص ١٣٤.
(٤) د. إبراهيم الحمود ود. خالد زغلول، مرجع سابق، ص ٢٠٩.
(٥) د. محمد سعيد فرهود، مرجع سابق، ص ١٥١.
(٦) حول حق الدولة في فرض الضريبة وهو ما يعرف بالسيادة الضريبية، انظر: د. رمضان صديق محمد، مشكلات الضريبة على دخل التجارة الإلكترونية والحلول الممكنة، مجلة الحقوق الصادرة عن كلية الحقوق بجامعة الكويت، العدد ٣، السنة ٢٦، سبتمبر ٢٠٠٢، ص٢٥٥.

الضريبة والإدارة، وكذلك عدم اعتبارها نتيجة لاتفاق بينهما. ولعل ذلك ما يبرر اتجاه الدستور إلى اشتراط فرضها بقانون صادر عن مجلس الأمة وعدم الاكتفاء بالمرسوم في تحقيق ذلك[١]. بل إن الصفة الجبرية للضريبة بلغت حداً من الخطورة على دخل الأفراد إلى درجة أن منع الدستور تضمينها قانون الموازنة. وإنما استلزم دائماً أن تسن في قانون خاص بها حتى يمنع أي لبس في حقيقتها أو غموض[٢]. أما صفتها المالية فهي تأكيد لغالب حقيقتها. إذ إنها تدفع نقداً ما لم يقرر المشرع خلاف ذلك. وينتج عن الصفة الجبرية للضريبة ما تتمتع به الدولة من حق امتياز على أموال المدين بها؛ الأمر الذي يمكنها من استعمال أدوات التنفيذ المباشر، التي يكفلها لها القانون الإداري. ويؤكد البعض هذه الحقيقة كأهم معايير التمييز بين الضريبة من جهة وكل من الرسوم والأثمان العامة[٣].

أما بقية خواص الضريبة فتتحصل في نهائية أدائها، حيث تمتلكها الدولة بصفة نهائية ولا مكان بعدئذ في مطالبة الدولة برد ما فاض منها على الموازنة. كما أن الضريبة لا تقابل نفعاً خاصاً للفرد، وإنما يدفعها بصورة التزام مستقل. فلا يتوقف أداؤها على تمتع دافعها بمنفعة محددة يحصل عليها من الإدارة. ولذلك فإن ما يلتزم به الفرد من مبلغ للضريبة يتوقف على اعتبارات عدة أهمها مقدرته المالية من جهة، والتزاماته الشخصية من جهة أخرى. ولما كان يقصد بالضريبة الإسهام في تمويل الدولة بما تحتاج إليه من موارد مالية تمهيداً لقيامها بأعبائها؛ فقد استعملت في حقيقتها لأغراض مختلفة كإعادة توزيع الثروة من خلال تصاعد نسبتها مع ارتفاع دخل الأفراد الخاضعين لها، وكذلك حماية للمصنوعات المحلية كما هو الحال مع الضريبة الجمركية، كما قد يهدف منها محاربة بضائع معينة كالضرائب على التبغ[٤].

وتجدر الإشارة إلى اختلاف الضرائب عن الرسوم. فالضريبة تفرض بقانون، في حين يكتفي الرسم بأن يقرر بناء على قانون. والضريبة تدفع دون مقابل مباشر يجنيه دافعها، أما الرسم فتحصله الدولة ممن تمتع بسلعة تقدمها، أو خدمة تؤديها. من جهة أخرى فإن الضرائب تختلف بحسب ما إذا كانت مباشرة أو غير مباشرة. وفي سبيل التمييز بين كلا النوعين اجتهد الفقه في تبني أكثر من معيار. فالضريبة تكون مباشرة عندما تدفع من فرد إلى الإدارة بصورة مباشرة، أو هي التي يتحملها الشخص ذاته الذي قرر القانون فرض الضريبة عليه دون تمكين له من نقلها بصورة خفية إلى الغير، أو هي التي تتبنى وعاء ضريبي يتميز بالثبات كدخل الفرد أو ثروته. ومثل هذه الضريبة تأتي بشكل عام في صورتين؛ إحداهما كضريبة على الدخل، والأخرى كضريبة على رأس المال. من جهة أخرى تتضمن الضريبة غير المباشرة حقيقة إمكانية نقلها إلى الغير بصورة خفية؛ وذلك في حال استهلاك الفرد أو تداوله، وذلك كما هو الحال في الضريبة الجمركية.

الفرع الثاني - مجالات تطبيق الضرائب والرسوم في دولة الكويت:

يمثل المرسوم رقم (٣ لسنة ١٩٥٥)، بإنشاء ضريبة الدخل الكويتية البناء الأساسي لهذه الضريبة[٥]. وعلى الرغم من صدور بعض التعديلات عليه بين حين وآخر فإنه يظل هو الشريعة العامة لمثل تلك الضرائب فيها. وتوضح المذكرة التفسيرية للقانون رقم (٢ لسنة ٢٠٠٨)، في شأن تعديل بعض أحكام مرسوم ضريبة الدخل الكويتية رقم (٣ لسنة ١٩٥٥)، ذلك بقولها: « فقد ارتأى المشرع الإبقاء على جوهر المرسوم رقم (٣ لسنة ١٩٥٥)، لحين الانتهاء من المشروع المتكامل والشامل للضرائب في دولة الكويت، مع تعديل طفيف

(١) المادة (١٣٤) من الدستور.
(٢) المادة (١٤٣) من الدستور.
(٣) د. زين العابدين ناصر، مرجع سابق، ص ١٣٨.
(٤) للمزيد حول الأهداف المختلفة للضريبة،انظر: د. زين العابدين ناصر، المرجع السابق، ص ١٤٠.
(٥) للمزيد بشأن هذا المرسوم، انظر: د. طعمة صعفك الشمري، قانون ضريبة الدخل رقم (٣ لسنة ١٩٥٥)، بين النقص التشريعي وسوء التطبيق، مجلة الحقوق الصادرة عن كلية الحقوق بجامعة الكويت، العدد ١، السنة ٢٠، مارس ١٩٩٦، ص ١٠٩.

يساير أجواء التنافس على اجتذاب رأس المال الأجنبي بتخفيض سعر الضريبة على أرباح الشركات غير الكويتية، وهو ما تكفلت به المادة الأولى من هذا القانون».

في إطار رسم طبيعة العلاقة بين الشركة الأجنبية الخاضعة لضريبة الدخل ووكيلها التجاري، بينت محكمة التمييز الكويتية أن ما قرره نص المادة (٢٤) من قانون التجارة رقم (٦٨ لسنة ١٩٨٠)، من اشتراط على الشركات الأجنبية مزاولة نشاطها التجاري في الكويت من خلال وكيل، ليس إلا تيسيراً لأصحاب الشأن لاتخاذ إجراءات التقاضي عند نشوب النزاع. إلا أن المحكمة سرعان ما أعلنت أن الشركة الأجنبية متى ما دخلت في تعاقد مباشر للقيام بأنشطة في الكويت؛ فإن وكيلها - عندئذ - سيكون في حل من الالتزام بالضرائب المترتبة عليها بموجب هذا التعاقد، ومن ثم لا يمثلها في دعوى مطالبتها بدين الضريبة الناشئ عن العقد المذكور[١].

أما بالنسبة لمقدار الضريبة فعلى الرغم من تبني القانون رقم (٣ لسنة ١٩٥٥)، نظام الشرائح في تقدير ما يلتزم به دافع الضريبة؛ حيث ابتدأ من ٥٪ ليصل إلى ٥٥٪، فقد جاء القانون رقم (٢ لسنة ٢٠٠٨)، في شأن تعديل بعض أحكام مرسوم ضريبة الدخل الكويتية رقم (٣ لسنة ١٩٥٥)؛ ليتبنى نظام تقدير الضريبة بمقدار ١٥٪ من الدخل الصافي الخاضع للضريبة. وفي نظرة سريعة على المقارنة بين كلا الأسلوبين يظهر جلياً ما يتميز به نظام الشرائح من مراعاة لصافي الدخل، وبما يراعي التمايز بين المقدرة المالية لدافعي الضريبة.

أما بالنسبة للضرائب الأخرى المقررة في دولة الكويت فتتحصل في الضريبة الجمركية. حيث جاء في المادة (٢) من المرسوم بالقانون رقم (١٣ لسنة ١٩٨٠)، في شأن الجمارك أنه: « تخضع للضريبة الجمركية والرسوم الأخرى المقررة بموجب أحكام هذا القانون جميع البضائع والمواد التي تدخل إقليم دولة الكويت إلا ما استثني منها بنص خاص في المرسوم». أما مقدار هذه الضريبة فتبلغ (٤٪) من قيمة البضائع التي تدخل الدولة، وذلك بحسب قيمتها في بلد المنشأ أو المصدر مضافاً إليها أجور الشحن وأية مصاريف أخرى يصدر ببيانها قرار من سلطة الجمارك[٢].

كما أضاف القانون رقم (١٩ لسنة ٢٠٠٠)، في شأن دعم العمالة الوطنية وتشجيعها للعمل في الجهات غير الحكومية ضريبة أخرى على صافي الأرباح السنوية المقدمة لسوق الكويت للأوراق المالية من الشركات الكويتية المدرجة فيه. وتبلغ هذه الضريبة (٢,٥٪) من صافي تلك الأرباح. وفي سبيل الحصول على تلك البيانات، فإن الشركات الخاضعة للقانون المذكور ملزمة تقديم الإقرار الضريبي مدققاً من قبل أحد مكاتب المحاسبة المعتمدة لدى وزارة المالية، وذلك لإدارة الخضوع الضريبي في أو قبل اليوم الخامس عشر من الشهر الرابع التالي لنهاية الفترة الخاضعة للضريبة، وذلك بموجب المادة (٢) من القرار الوزاري رقم (٢٤ لسنة ٢٠٠٦)، الصادر عن وزارة المالية بشأن قواعد تحصيل هذه الضريبة. كذلك أوجب القرار الوزاري رقم (٢٦ لسنة ٢٠٠٦)، بتطبيق قواعد تحصيل الضريبة المقررة بقانون دعم العمالة الوطنية رقم (١٩ لسنة ٢٠٠٠)، على الشركات تقديم موازناتها المعتمدة من مراقبي الحسابات إلى إدارة الضريبة بوزارة المالية فور اعتمادها.

ومما استحدثه القانون كذلك من ضرائب ما قرره المشرع في المرسوم الصادر في ١٢ ديسمبر ١٩٧٦، بالاعتراف بالشخصية المعنوية لمؤسسة الكويت للتقدم العلمي. فقد جاء في المادة (٦) من مرسوم إنشائها أن المصادر المالية لهذه المؤسسة تتحصل عليها المؤسسة من مبلغ (٥٪) من صافي الأرباح السنوية للشركات المساهمة الكويتية. ومما لاشك فيه أن هذا المبلغ هو ضريبة على الشركات المذكورة، وذلك وفقاً لمفهوم الضريبة سابق الذكر.

كما يعد القانون رقم (٤٦ لسنة ٢٠٠٦)، في شأن الزكاة ومساهمة الشركات المساهمة العامة والمقفلة في موازنة الدولة أساساً لفرض

(١) حكم محكمة التمييز في الطعن رقم (٢٠٠٣/٢٢٥ تجاري ٣) بتاريخ ٢٠٠٤/٢/٢٨. (حكم غير منشور).

(٢) حول هذه الضريبة، انظر: د. محمد سعيد فرهود، الضريبة الجمركية في الكويت، مجلة الحقوق الصادرة عن كلية الحقوق بجامعة الكويت، العدد ٣، السنة ١٨، سبتمبر ١٩٩٤، ص ٦٣٧.

ضريبة جديدة على الشركات التجارية في الدولة. فقد نصت المادة الأولى منه على أن: «تحصل نسبة مقدارها ١٪ سنوياً من صافي أرباح الشركات الكويتية المساهمة العامة المقفلة، ولهذه الشركات عند تقديم إقراراتها بالمستحق عليها مرفقاً به ميزانياتها السنوية بموجب هذا القانون أن تحدد القدر الذي يمثل زكاة عن أموالها من المبلغ المحصل، كما لها أن تطلب توجيه المبلغ المستحق عليها أو جزء منه إلى إحدى الخدمات العامة». وإعمالاً للمادة (٣) منه التي قررت أن: «يصدر وزير المالية اللائحة التنفيذية لهذا القانون التي تبين قواعد وإجراءات التحصيل والإنفاق للأموال المحصلة»، فقد صدرت هذه اللائحة في ٢٥ نوفمبر ٢٠٠٧، ومما جاء في اللائحة المذكورة العناصر الداخلة في حساب الضريبة، وكذلك بينت إجراءات صدور قرارات الربط لهذه الضريبة ووسائل الشركات الخاضعين لها للتظلم من تلك القرارات[١].

المطلب الثاني - أداة ربط الضرائب وطرق الطعن بها:

تعتبر مرحلة تقدير وعاء الضريبة خطوة مهمة للإدارة والفرد على حد سواء؛ فهي تحدد مقدار ما يلتزم به الأخير من مبلغ وفاء لما عليه من التزام ضريبي. ويقسم الفقه بين نوعين من الوسائل التي تمكن الإدارة تحديد وعاء الضريبة. فقد تلجأ الإدارة إلى الوسيلة المباشرة، حيث يأتي إقرار دافعي الضريبة كأساس في تحديد مقدار ما يلتزم به، أو اعتمادها على موظفيها في تقصي حقيقة ما يمتلكه الفرد لتحديد وعاء الضريبة الذي يتناسب مع إمكانياته المالية. في حين قد تلجأ الإدارة إلى الوسيلة غير المباشرة لتحديد مقدار الوعاء الضريبي للفرد. وتبدو هذه الوسيلة في صورة البحث عن قرائن خارجية للفرد لبيان حقيقة مقدرته المالية كدراسة ما يدفعه من مبالغ لمحاله التجارية أو للقيمة الإيجارية التي يدفعها لسكناه.

ولقد تبنى المشرع الضريبي المصري إقرار دافع الضريبة أساساً في تحديد وعائها، حيث تطلب من هذا الأخير التقدم إلى إدارة الضريبة بالإقرار بما تحقق له من أرباح أو تكبده من خسائر للفترة المراد استحقاق الضريبة عنها[٢]. ولم يكتف هذا القانون بالإقرار بل أجاز للإدارة اللجوء إلى التقدير الإداري في تحديد وعاء الضريبة للفرد متى تخلف عن تقديم إقراره في الميعاد، أو تبين للإدارة عدم دقة ما تضمنه الإقرار من بيانات وأرقام. كما لم يكن المشرع الفرنسي بعيداً عما تبناه نظيره المصري في هذا الشأن، حيث تبنى الإقرار كأساس لتحديد مقدار الضريبة الواجب أداؤها، مع إمكانية اللجوء إلى التقدير الإداري عند تعذر الحصول على هذا الإقرار، أو الاشتباه بصحة محتواه[٣].

أما بالنسبة للمشرع الكويتي فقد وافق نظيره المصري كذلك في ما انتهجه من الاعتماد على الإقرار والتقدير الإداري عند تحديد وعاء الضريبة. إذ قرر في المادة (٩) من المرسوم رقم (٣ لسنة ١٩٥٥)، بشأن ضريبة الدخل في الكويت بأنه: « على دافع الضريبة أن يدخل في سجلات حسابه جميع مواد المدخولات وجميع المواد الأخرى التي تؤثر على مقدار ضريبة دخله للفترة الخاضعة للضريبة. وعلى دافع الضريبة أن يسجل بيانه على أساس السجلات التي تكون صحيحة وتعطي صورة عادلة عن دخله». وفي تعديل على هذا المرسوم بموجب قانون ضريبة الدخل الكويتية رقم (٢٢ لسنة ١٩٦١)، فقد ألزمت الخاضعين لهذه الضريبة تقديم بيانين منفصلين بشأن نشاطهم التجاري. إذ بينت المادة (٣) منه أنه: «على دافع الضريبة أن يقدم بيانين مستقلين أحدهما بالنسبة للدخل المتحقق من التجارة أو العمل التجاري المشار إليهما في البند (١) من المادة الأولى (ويقصد به استخراج أي معدن أو أي مادة طبيعية أخرى)، والثاني للدخل المتحقق من التجارة أو العمل التجاري المشار إليهما في البند (٢) من تلك المادة (أي تكرير هذا المعدن).

---

(١) للمزيد حول هذه الضريبة انظر: حسين جمعة بو عركي، الزكاة والضريبة بين الشريعة الإسلامية والدستور الكويتي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة الكويت، ٢٠٠٧، ص ٩٥.

(٢) المادة (٣٤) من قانون الضريبة على الدخل رقم (١٥٧ لسنة ١٩٨١)، والمعدل بالقانون رقم (٨٧ لسنة ١٩٨٣).

(٣) د. سالم الشوابكة، قرار تقدير ضريبة الدخل وطرق الطعن به، مجلة الحقوق الصادرة عن كلية الحقوق بجامعة الكويت، العدد (٢)، السنة (٢٤)، يونيو ٢٠٠٠، ص ١٩١.

ولم يكن قانون ضريبة الدخل الكويتية في المنطقة المعينة رقم (٢٣ لسنة ١٩٦١) مخالفاً لهذا النهج الموجب لتقديم الإقرار الضريبي. فقد جاء في الفقرة (أ) من المادة (٨) منه بأنه: « على كل دافع ضريبة أن يقدم للمدير في مكتبه بمدينة الكويت بياناً عن ضريبة الدخل في اليوم الخامس عشر من الشهر الرابع التالي لنهاية الفترة الخاضعة للضريبة التي يقدم البيان عنها، أو قبل ذلك». أما الفقرة (ب) من المادة المذكورة فقد استلزمت من دافع الضريبة الذي يمارس التجارة أو عملاً تجارياً في المنطقة المعينة - (وهي المنطقة المحايدة بين الكويت والمملكة العربية السعودية إضافة إلى بعض الجزر الكويتية) - أن يقدم بيانين منفصلين كل بالنسبة إلى دخله من تلكما التجارتين أو العملين التجاريين[١].

أما في حالة عدم التزام دافع الضريبة بمواعيد الإقرارات فقد جاء القراران (١٥ لسنة ١٩٩٧ و١١٣ لسنة ١٩٩٨)، ببيان كيفية احتساب الغرامات المترتبة على التأخير في تقديم الإقرار الضريبي وغرامة التأخر في سداد الضريبة المستحقة.

الفرع الأول - تعريف أداة ربط الضريبة:

يقصد بربط الضريبة تحديد مقدار ما يلتزم دافع الضريبة به من مبالغ بموجب قانون الضريبة[٢]. وتلتزم الإدارة في ربطها للضرائب إثبات تحقق الوقائع التي حددها قانون الضريبة كأساس لنشوء الالتزام بدفع الضريبة. وتتمكن الإدارة من ربط الضريبة من خلال إصدار قرارها الإداري بربط الضريبة، الذي بموجب ما يتضمنه يتحدد المبلغ الواجب الأداء على الفرد.

ومما تجدر الإشارة إليه ما جرت عليه القوانين الضريبية من تبنيها لبعض القواعد التي تقدم من خلالها دين الضريبة على غيرها من الديون الواقعة في ذمة دافع الضريبة. فمن ذلك ما نصت عليه المادة (١٠٧٢) من المرسوم بالقانون المدني الكويتي رقم (٦٧ لسنة ١٩٨٠)، بنصها على أن: «١- المبالغ المستحقة للخزانة العامة من ضرائب ورسوم وحقوق أخرى من أي نوع كان، يكون لها امتياز بالشروط المقررة في القوانين والنظم الصادرة في هذا الشأن. ٢- وتستوفي هذه المبالغ من ثمن الأموال المثقلة بهذا الامتياز في أي يد كانت قبل أي حق آخر ولو كان ممتازاً أو مضموناً برهن عدا المصروفات القضائية»[٣].

كما ينبغي تأكيد أن الالتزام بدفع الضريبة لا يتأجل بمجرد المنازعة في قرار ربطها إدارياً أو قضائياً. إذ تظل واجبة الأداء متى ما حل الميعاد المحدد لدفع الضريبة[٤]. أما إذا ظهر صحة ما يدعيه الملتزم بها، فعندئذ يعاد إليه المبلغ المحكوم له به. كما تتمتع الإجراءات الإدارية والقضائية المتعلقة بالضريبة من تحصيل وحجز وفصل في منازعاته بصفة الاستعجال.

الفرع الثاني - طرق الطعن بأداة ربط الضرائب:

نظراً لما يترتب على الضريبة من مساس بدخل الشخص طبيعياً كان أو معنوياً، فقد استقرت التشريعات الضريبية على فتح الباب أمام دافعي الضرائب للطعن بوعاء الضريبة الذي حددته الإدارة لهم. وفي هذا إنما تتحقق العدالة بين الأفراد من خلال عدم إجبار

(١) الجدير بالذكر أن المرسوم بقانون رقم (١٠ لسنة ١٩٩٩)، بشأن تنظيم الاستثمار المباشر لرأس المال الأجنبي في دولة الكويت أعفى المستثمر الأجنبي من الضريبة لفترة معينة؛ وذلك تشجيعاً له للمبادرة إلى المشاركة في الاقتصاد الكويتي. فقد جاء في المادة (١٢) من هذا القانون أن: « للجنة الاستثمار منح الاستثمارات الأجنبية كل أو بعض المزايا التالية في ضوء مدى مساهمة المشروع في تنفيذ أهداف خطط التنمية الاقتصادية بدولة الكويت: ١- الإعفاء من ضريبة الدخل أو أي ضرائب أو رسوم أخرى لمدة لا تزيد على عشر سنوات من بدء التشغيل الفعلي للمشروع». وقد جاء ذات الإعفاء من الضرائب في المادة (١٣/أ) من القانون رقم (٨ لسنة ٢٠٠١)، في شأن تنظيم الاستثمار المباشر لرأس المال الأجنبي في دولة الكويت.

(٢) د. إبراهيم الحمود ود. خالد زغلول، مرجع سابق، ص ٣٤٦.

(٣) ويرد في القانون المدني المصري نص المادة (١١٣٩) بذات مضمون النص الكويتي.

(٤) د. أحمد ماهر عز، التشريع الضريبي المصري، الكتاب الأول، ضرائب الدخل، غير محدد مكان الطبع، ١٩٩٢، ص ١٩٧.

بعضهم على دفع ما يزيد على ما يلتزم به البعض الآخر. كما أن فيه تأكيداً للشعور بالرضا من خلال علم هؤلاء بصحة مقدار ضريبتهم، وإمكانية الطعن به عندما يكون لذلك مقتضى. وبالبحث في الوسائل المقررة للطعن بأداة ربط الضريبة يتضح أن الطعن بها إما أن يكون إدارياً وإما أن يكون قضائياً. ولما كان التظلم الإداري ينحصر في أروقة الإدارة الضريبية، في حين تنتقل منازعات قرارات الربط الضريبي إلى قاعات القضاء، فسيكون البحث في التظلم الإداري هنا، بينما سيصار إلى دراسة الطعن القضائي لمثل هذه القرارات في المبحث التالي.

لقد بيّن المشرع المصري في المادة (١٥٨) من قانون الضريبة على الدخل رقم (١٥٧ لسنة ١٩٨١)، والمعدل بالقانون رقم (٨٧ لسنة ١٩٨٣)، حق دافع الضريبة إبداء اعتراضه على تحديد الإدارة الضريبية لمقدار ما يلتزم به من ضريبة أمام الجهة الإدارية التي خصمت تلك الضريبة، وذلك في خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إخطاره بربط ضريبته. ولقد رتب المشرع اعتبار قرار ربط الضريبة نهائياً متى ما مضت مدة التظلم دون تقديم الاعتراض. كما أوجب المشرع على هذه الأخيرة أن تبادر إلى إرسال الاعتراض إلى مأمورية الضريبة خلال ثلاثين يوماً من تقديمه مع ردها على هذا الاعتراض. ومع وصول الاعتراض إلى المأمورية، فإنها ترسل قرارها بتعديل مبلغ الوعاء الضريبي إذا أقرت بصحة ما جاء في الاعتراض. أما إذا كان موقفها مخالفاً لما جاء فيه فإنها تحيل المسألة إلى لجنة الطعن مع إبلاغ المعترض بخطاب موصى عليه بعلم الوصول خلال ثلاثين يوماً. ويكون للجنة الطعن – وهي مشكلة من ثلاثة موظفين من العاملين في مصلحة الضرائب – البحث في الاعتراض والبت فيه، ويكون قرارها نهائياً[١].

أما في الكويت فقد اقتصر المرسوم رقم (٣ لسنة ١٩٥٥)، بيانه لطرق الطعن بقرارات الربط الضريبي بالتأكيد على حق مدير الضريبة ودافعها باللجوء إلى القضاء، أو الاتفاق بينهما على عرض النزاع على التحكيم[٢]. وبالنص ذاته جاء قانون ضريبة الدخل الكويتية في المنطقة المعينة رقم (٢٣ لسنة ١٩٦١)، في المادة (١٣) منه. وفي سبيل فتح الباب أمام دافعي الضريبة للتأكد من صحة ما أوجب قرار الربط الضريبي عليه من مبالغ مالية، فقد صدر القرار الوزاري رقم (١٦ لسنة ١٩٩٧)، بشأن اعتراضات دافعي الضريبة على الربط الضريبي. وبموجب هذا القرار لدافع الضريبة أن يعترض على قرار الربط الضريبي الخاص به خلال ستين يوماً من تاريخ إخطاره بكتاب الربط. ورتب القرار على مضي هذا الميعاد دونما تقديم لهذا الاعتراض اعتبار قرار الربط نهائياً. كما يجب عندئذ الإسراع إلى سداد المبالغ الواردة فيه فترة لا تتجاوز ثلاثين يوماً التالية لاعتبار قرار الربط نهائياً.

أما إذا رفع دافع الضريبة اعتراضه على قرار الربط لضريبته فقد استوجب القرار على الإدارة البت في هذا الاعتراض خلال تسعين يوماً التالية لتاريخ تقديمه. أما إذا اتفقت إدارة الضريبة مع دافع الضريبة على تحديد الضريبة المستحقة على الدخل فإن ضريبته تحدد بموجب هذا الاتفاق وتصبح نهائية. وعندها يلتزم دافع الضريبة بالوفاء بها خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الاتفاق. واتساقاً مع ما قرره القانون الإداري في شأن التظلمات الإدارية على القرارات الإدارية، اعتبر القرار انتهاء ميعاد التسعين يوماً المقررة لرد الإدارة على الاعتراض ودون صدور هذا الرد من إدارة الضريبة على الاعتراض رفضاً له.

أما إذا ردت إدارة الضريبة على الاعتراض بالرفض له صراحة أو ضمناً، فلدافع الضريبة التظلم من هذا القرار أمام لجنة الطعون في خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إخطاره بقرار الرفض أو من تاريخ مضي الفترة المقررة للإدارة للرد على الاعتراض. والجدير بالذكر أن هذه الإجراءات لا تبتعد كثيراً عن تلك التي قررها نظام ضريبة الدخل السعودي الصادر في عام ١٣٧٠هـ، ولائحته التنفيذية. إذ أنشأ هذا النظام لجاناً ابتدائية في إدارة الضريبة. ولدافع الضريبة فقط اللجوء إليها؛ وذلك لكونها منبثقة من الإدارة مصدرة قرار الربط

(١) د. سالم الشوابكة، مرجع سابق، ص ١٩٨.

(٢) المادة (١٣) من المرسوم المذكور. في شرح ذلك، انظر: د. محمد سعيد فرهود، ضريبة الدخل الكويتية، مجلة الحقوق الصادرة عن كلية الحقوق بجامعة الكويت، العدد ١ و٢، السنة ١٧، مارس ويونيو ١٩٩٣، ص ٢٧٣.

الضريبي. أما إذا لم يرتض قرارها الصادر في طعنه، فله وللإدارة على حد سواء رفع استئناف أمام اللجنة الاستئنافية. أما القرار الصادر من هذه الأخيرة فنهائي[1].

وبالعودة إلى النظام الضريبي الكويتي فقد أنشأت لجنة الطعون بموجب القرار الوزاري رقم (١٦ لسنة ١٩٩٧)، بمسمى لجنة الطعون الضريبية والمكونة من أربعة أعضاء. كما أوجب أن تكون جلساتها سرية حماية لسرية تعاملات دافعي الضريبة. وتصدر القرارات بالأغلبية، أما في حالة التساوي فيرجح الجانب الذي فيه رئيسها. أما القرار رقم (٤٢ لسنة ١٩٩٨)، فقد جاء بتشكيل لجنة الطعون الضريبية، حيث أشرك في عضويتها ممثلين عن إدارة الضريبة، وممثلاً عن إدارة الشئون القانونية، وممثلاً عن جمعية المحاسبين والمراجعين الكويتية. في حين بين القرار الإداري رقم (٧٣ لسنة ١٩٩٨)، بشأن إجراءات الطعن أمام لجنة الطعون الضريبية تلك الإجراءات، التي يمكن تلخيصها بأن يقدم الطعن من دافع الضريبة أو النائب عنه إلى أمانة سر لجنة الطعون الضريبية بوزارة المالية على النموذج المعد لذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إخطاره كتابة بموجب كتاب مسجل برفض الاعتراض المقدم منه إلى إدارة الضريبة صراحة أو ضمناً على أن يرفق بالطلب المستندات المؤيدة للطعن كافة. كما شكل القرار لجنة الطعون الضريبية من مراقب الفحص والتحصيل بإدارة الضريبة، ورئيس قسم الحصر والمتابعة بإدارة الضريبة، وباحث قانوني من إدارة الشئون القانونية، وعضو في جمعية المحاسبين والمراجعين الكويتية. كما أنشأ القرار أمانة سر اللجنة، وحدد لها إجراءات عملها. أما مضي تسعين يوماً من تاريخ تقديم الطعن أمامها ودون رد من اللجنة، فإن القرار اعتبر ذلك رفضاً منها للطعن.

في حين صدر القرار الإداري رقم (١١٥ لسنة ٢٠٠٢)، بتعديل بعض أحكام القرار الإداري رقم (٧٣ لسنة ١٩٩٨)، بشأن إجراءات الطعن أمام لجنة الطعون الضريبية. أما التعديل فقد تم من خلال جعل رئيس قسم المراجعة يقوم مقام رئيس اللجنة عند غياب هذا الأخير. كما جعل هذا التعديل وجود ممثل عن دافع الضريبة المعترض متوقفاً على موافقة اللجنة بعد أن كان فرضاً عليها بموجب القرار رقم (٧٣ لسنة ١٩٩٨).

ثم صدر التعديل شاملاً إجراءات الطعن بواسطة اللائحة التنفيذية للقانون رقم (٢ لسنة ٢٠٠٨)، في شأن تعديل بعض أحكام مرسوم ضريبة الدخل الكويتية رقم (٣ لسنة ١٩٥٥). فقد جاء في الفصل السابع وتحت عنوان الاعتراضات والطعون نص المادة (٢٤)، أنه: «يحق لدافع الضريبة أن يعترض على الربط الضريبي خلال ستين يوماً من تاريخ إخطاره بكتاب الربط، وعليه أن يبين أسباب الاعتراض ويرفق باعتراضه المستندات المؤيدة للإدارة الضريبية. وإذا انقضى الميعاد المذكور في هذه المادة دون أن يعترض دافع الضريبة يعتبر الربط الضريبي نهائياً وتصبح واجبة الأداء».

أما المادة (٢٥) فقد بينت أن: « على الإدارة الضريبية البت في الاعتراض خلال تسعين يوماً من تاريخ تقديمه، ويعتبر عدم الرد على الاعتراض رفض ضمني له.

إذا اتفقت الإدارة الضريبية ودافع الضريبة على تحديد الضريبة المستحقة خلال الفترة المذكورة في الفقرة الأولى من هذه المادة تربط الضريبة وفقاً للاتفاق وتصبح نهائية وواجبة الأداء».

أما المادة (٢٦) فقد حددت إجراءات الطعن بقولها إنه: « يجوز لدافع الضريبة الطعن في قرار الرفض الصادر عن الإدارة الضريبية أمام لجنة طعون ضريبية خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إخطاره بقرار الرفض أو من تاريخ انتهاء الفترة المحددة للبت في الاعتراض دون الرد على الاعتراض.

(١) د. خالد بن عبد العزيز بن عبد الله الرويس، الخضوع للضريبة والاختصاص بنظر المنازعات الضريبية في المملكة العربية السعودية، مجلة الحقوق الصادرة عن كلية الحقوق بجامعة الكويت، العدد ٢، السنة ٢٩، يونيو ٢٠٠٥، ص ٢١٦.

ويتم الطعن بطلب يقدم إلى لجنة طعون ضريبية مرفقاً به جميع المستندات المؤيدة للطعن وفقاً للقواعد والتعليمات التنفيذية.

وإذا انقضى الميعاد المذكور في الفقرة الأولى من هذه المادة دون أن يطعن دافع الضريبة يعتبر الربط الضريبي نهائياً وتصبح الضريبة واجبة الأداء. ولا يجوز لدافع الضريبة التقدم بطلب إعادة النظر بالربط متى أصبح الربط الضريبي في أي من مراحله نهائياً».

وأخيراً تختتم المادة (٢٧) إجراءات الطعن بنصها على أنه: « للإدارة الضريبية ودافع الضريبة الطعن في قرار لجنة الطعون الضريبية أمام المحكمة المختصة خلال ستين يوماً من تاريخ الإخطار بقرار لجنة الطعون الضريبية بموجب كتاب موصى عليه بعلم الوصول.

وإذا انقضى الميعاد المذكور بالفقرة الأولى من هذه المادة دون أن يتم الطعن يصبح قرار لجنة الطعون الضريبية نهائياً وتكون الضريبة واجبة الأداء»[١].

ويثور هنا التساؤل الآتي: هل يعد اللجوء إلى تقديم تظلم إداري شرطاً لقبول الطعن القضائي بإلغاء قرار الربط الضريبي؟

في الواقع يعد التظلم الإداري وسيلة لتأكيد حسن النية الذي يجب أن يتوافر دائماً لدى الإدارة عند إصدارها للقرارات الإدارية المختلفة. فمن خلاله يوجه نظر الإدارة إلى شبهة مخالفة القانون في أحد قراراتها، الأمر الذي يسمح لها باتخاذ الإجراءات اللازمة لبحث حقيقة وجود الشبهة، وإزالتها إن تأكد وجودها. كما أن في التظلم الإداري إجراء يسهم في تقليل الدعاوى الإدارية أمام القضاء من خلال اللجوء مباشرة إلى مصدر القرار لتصحيح المخالفة مباشرة؛ وهذا يكون عندما تقع الإدارة فيها بطريق الخطأ؛ مما يسعدها أن تصحح ذلك الخطأ بعد تنبيهها إلى وجود المخالفة. وفي هذا الصدد تبين محكمة التمييز الحكمة من المطالبة بالتظلم وذلك: «لكي تقل المنازعات بين الإدارة وأصحاب الشأن حتى يمكن للجهة الإدارية تدارك ما تقع فيه من أخطاء»[٢]. كما تضيف المحكمة أن: «الحكمة من ذلك أن يتهيأ للحكومة فرصة دراسة أسباب التظلم وإجابة صاحب الشأن إلى طلبه إذا ما ثبت سلامة التظلم قبل اللجوء إلى القضاء»[٣].

وبناء على ذلك قررت المادة (٨) من المرسوم بالقانون رقم (٢٠ لسنة ١٩٨١)، بإنشاء دائرة بالمحكمة الكلية لنظر الدعاوى الإدارية وجوب التظلم من القرارات الإدارية الصادرة بتعيين الموظفين العموميين وترقيتهم وإنهاء خدماتهم وتوقيع الجزاءات التأديبية عليهم. كما أضافت المحكمة إلى الالتزام بالتظلم من القرارات الإدارية الصادرة بتقارير الكفاءة. فقد قضت بأنه: «ولئن كانت قرارات تقدير الكفاية التي توضع عن الموظفين العموميين لم ترد نصاً ضمن اختصاصات الدائرة الإدارية... إلا أنه لما كانت تقارير الكفاية بعد استيفاء مراحلها القانونية هي قرارات إدارية نهائية تؤثر مآلاً في الترقية والفصل... فإنه بذلك تختص تلك الدائرة – ودون غيرها بالفصل فيها مع وجوب شرط مسبق بالتظلم من القرار النهائي الصادر بتقرير الكفاية، بحيث إذا رفعت الدعوى قبل تقديمه فإنها تكون غير مقبولة»[٤].

وإذا كان ذلك هي القاعدة بالنسبة للموظفين العموميين الخاضعين لقانون الخدمة المدنية رقم (١٥ لسنة ١٩٧٩) فإن القوانين الوظيفية لا تتردد في بيان التزام موظفيها بالتظلم إدارياً على القرار الإداري المتعلق بهم قبل رفع الطعن القضائي. من ذلك ما قررته المادة

---

(١) خلال العام ٢٠٠٨/٢٠٠٩ بلغ عدد قرارات الربط الضريبي (٤٥٩) قراراً. وبلغ مجموع الاعتراضات على تلك القرارات (١١١) اعتراضاً. أما بالنسبة إلى الطعون المرفوعة من الأفراد إلى لجنة الطعون فلم تتجاوز (١٣) طعناً، وذلك وفقاً للإحصائيات الأولية عن تلك الفترة.

(٢) الطعن رقم (١٠٣،١٠٤،١٠٥ لسنة ١٩٨٦) بتاريخ ١٩٨٧/٢/١٨، منشور في موسوعة مبادئ القضاء الإداري التي أقرتها محكمة التمييز الكويتية، الكتاب الأول،الدعوى الإدارية، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، ١٩٩٩، ص ١٥٩.

(٣) الطعن رقم (١٦٦ لسنة ١٩٩٣)، بتاريخ ١٩٩٤/٧/٤، منشور في موسوعة مبادئ القضاء الإداري التي أقرتها محكمة التمييز الكويتية، الكتاب الأول،الدعوى الإدارية، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، ١٩٩٩، ص ١٧٨.

(٤) الطعن رقم (٢١٠ لسنة ١٩٩٠)، بتاريخ ١٩٩٢/٦/٢٢، منشور في موسوعة مبادئ القضاء الإداري التي أقرتها محكمة التمييز الكويتية، الكتاب الأول،الدعوى الإدارية، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، ١٩٩٩، ص ١٦٨.

(١٠٧) من القانون رقم (٦١ لسنة ١٩٧٦)، بشأن قانون التأمينات الاجتماعية من وجوب التظلم أمام المؤسسة بالقرار الإداري قبل الطعن به أمام القضاء.

إن التشريعات المتعلقة بالضريبة، وبقرار الربط الضريبي على وجه الخصوص نظمت إجراءات التظلم من تلك القرارات. كما حددت مواعيد التظلم بالاعتراضات المرفوعة من ذوي الشأن، والفترة المقررة لإدارة الضريبة للرد على هذه الاعتراضات، والفترة المحددة للجنة الطعون الضريبية لإصدار قرارها النهائي في المنازعة بين الإدارة ودافع الضريبة. كل ذلك يجعلنا نذهب إلى القول: إنه نظراً للإجراءات المفصلة للتظلم الإداري من قرارات الربط الضريبي، فإن لجوء دافع الضريبة إلى رفع التظلم الإداري على القرار الصادر بربط ضريبته متطلب سابق على فتح الباب له للطعن أمام القضاء على هذا القرار. فلا يصح – فيما نرى – الطعن القضائي ما لم يسبقه تظلم إداري، وصدور القرار الإداري فيه، أو انقضاء ميعاد الرد الإداري دون صدور قرار البت في التظلم؛ الأمر الذي يجعل التظلم مرفوضاً ضمنياً من قبل الإدارة.

المبحث الثالث - مدى اختصاص القضاء الإداري الكويتي بشأن منازعات الضرائب والرسوم:

تمدنا دراسة القانون المقارن باتجاه المشرع الضريبي المصري في تحديد وسيلة دافعي الضريبة فيها للطعن أمام القضاء بقرارات الربط الضريبي[١]. فقد ميز القانون المصري بين مصلحة الضرائب ولجان الطعن الإداري، الأمر الذي توقع معه لجوء مصلحة الضرائب ذاتها إلى الطعن قضائياً بقرارات تلك اللجان. ومما تجدر الإشارة إليه أن المشرع المصري خص المحكمة الابتدائية التجارية بنظر الطعون الضريبية. فقد استلزم رفع الطعن أمامها خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان قرار لجنة الطعن الإداري.أما بالنسبة للاختصاص الجغرافي لهذه المحكمة فهي الدائرة التي يقع فيها المركز الرئيسي لدافع الضريبة أو محل إقامته أو مقر المنشأة[٢]. ونظراً لارتباط هذه المنازعات بموازنة الدولة العامة فقد جعل لها القانون صفة الاستعجال. وفي بيان لموقف المحكمة المصرية من متطلب التظلم إدارياً أمام لجان الطعن، فقد قضت بعدم سماع أي سبب للطعن ما لم يسبق عرضه على المحكمة التظلم منه أمام لجان الطعن. فقد أعلنت المحكمة اتجاهها هذا بقولها إنه: « جرى قضاء هذه المحكمة على أن ما لم يسبق عرضه على لجنة الطعن أو أصدرت قرارها فيه فلا يجوز طرحه ابتداء أمام المحكمة»[٣]. وأياً ما كان حكم المحكمة الابتدائية فقد فتح المشرع الباب لاستئناف ما يصدر عنها من أحكام.

المطلب الأول - الطبيعة القانونية لأداة ربط الضريبة:

في سبيل تحديد الطبيعة القانونية لقرارات الربط الضريبي ذهبت المحكمة الإدارية المصرية إلى القول بأن: «القرار الإداري عمل قانوني من جانب واحد يصدر بالإرادة الملزمة لإحدى الجهات الإدارية في السلطة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح، في الشكل الذي يتطلبه القانون بقصد إنشاء وضع قانوني معين ابتغاء مصلحة عامة والعمل المادي أو الإجراء التنفيذي للقانون لا تتجه فيه إرادة الإدارة بإرادتها الذاتية إلى إحداث آثار قانونية، وإن رتب القانون عليها آثاراً معينة. قانون الضريبة على الاستهلاك رقم ١٣٣ لسنة

(١) د. سالم الشوابكة، مرجع سابق، ص ٢٠٥.
(٢) المادة (١٦١) من قانون الضرائب على الدخل رقم (٥٧ لسنة ١٩٨١)، والمعدل بالقانون رقم (٨٧ لسنة ١٩٨٣).
(٣) ورد لدى د. سالم الشوابكة، مرجع سابق، ص ٢٠٧.

١٩٨١، يتضح من تحصيله أن عملية تحصيل الضرائب في حد ذاتها تعتبر عملاً مادياً، غير أن هذا العمل لا يتم إلا تنفيذاً لقرار إداري تفصح به مصلحة الضرائب – باعتبارها الجهة الإدارية التي ناط بها القانون رقم ١٣٣ لسنة ١٩٨١ تنفيذ أحكامه – عن أن المنتجات محل النزاع هي المنتجات التي ينطبق عليها حكم ذلك القانون. لا يسوغ النظر إلى واقعة تحصيل الضريبة مستقلة عن القرار الذي وقعت تنفيذاً له، إذ هي ذات ارتباط وثيق به؛ لأن كيانها القانوني مستمد منه. القانون المذكور خول المصلحة سلطة في تصحيح وتعديل الإقرار المقدم من الملتزم بالضريبة. وأعطى الممول الحق في التظلم من تصحيح الإقرار أو تعديله أو خضوع سلطة ما للضريبة أو تقدير كمية الإنتاج أو تحديد قيمتها. وبعد بحث التظلم تصدر المصلحة قراراً بشأنه – حرص المشرع على وصف ما تصدره المصلحة في موضع التظلم بأنه قرار – هذا القرار باعتباره قراراً إدارياً نهائياً يجوز أن يكون محلاً للطعن، في هذه الحالة يباشر مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري اختصاصه في بحث مشروعيته، وذلك على هدي من الأحكام التي تضمنها القانون المذكور لمعرفة هل صدر القرار ملتزماً أحكام القانون في شأن تحديد ما قصد القانون إلى خضوعه، فجاء مطابقاً للقانون أم أنه جاوز ذلك فوقع باطلاً فيحكم بإلغائه أو بوقف تنفيذه – الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء القرار الإداري على غير سند من القانون»[١].

وبمقارنة أركان القرار الإداري على قرارات ربط الضريبة، فإن هذه الأخيرة تصدر لتكون قرارات إدارية. فهي صادرة بالإرادة المنفردة للإدارة. كما أنها لا ترتب آثارها القانونية في إلزام دافع الضريبة بالمبالغ الضريبية ما لم تصدر ممن منحته القوانين واللوائح الاختصاص في إصدار مثل تلك القرارات. كما أن التشريعات المختلفة للضريبة حددت شكل إصدار قرارات الربط وإجراءاتها. من جهة أخرى فإن للقرارات المذكورة لها محل معين وممكن متمثل في إلزام دافع الضريبة بمبلغ معين، وسبب قانوني وهو تحقق الشروط فيمن يصدر قرار الربط الضريبي في مواجهتهم، والغاية التي ترجع بإسهام دافع الضريبة بإرجاع جزء من أرباحه كإيراد مالي للدولة.

كما أن انتفاء شرط التراضي في العلاقة الضريبية بين الإدارة ودافع الضريبة يعزز الصفة الإدارية لقرارات الربط الضريبي؛ ذلك أنه وإن كان المشرع سمح لدافع الضريبة بالاعتراض على قرار ربط ضريبته، فإن الفصل في هذا الاعتراض إنما يكون بيد الإدارة، التي ما أن تصدر قرارها النهائي في اعتراض دافع الضريبة حتى ينشأ التزام على عاتق هذا الأخير بوجوب الخضوع لقرارها، ودفع ما حددته له من ضريبة.

ولما كانت الضريبة تتعلق بالنظام العام، فإن إنشاءها وتعديلها وإلغاءها والإعفاء منها لا يكون إلا بقوانين آمرة. بل إن الدستور نص على ذلك بصورة صريحة ومباشرة. فقد نصت المادة (١٣٤) من الدستور على أن: « إنشاء الضرائب العامة وتعديلها وإلغاءها لا يكون إلا بقانون. ولا يعفى أحد من أدائها كلها أو بعضها في غير الأحوال المبينة بالقانون. ولا يجوز تكليف أحد بأداء غير ذلك من الضرائب والرسوم والتكاليف إلا في حدود القانون». كما قررت المادة (١٤٣) من الدستور بأنه: « لا يجوز أن يتضمن قانون الميزانية أي نص من شأنه إنشاء ضريبة جديدة، أو زيادة في ضريبة موجودة، أو تعديل قانون قائم أو تفادي إصدار قانون خاص في أمر نص هذا الدستور على وجوب صدور قانون في شأنه». فمن كل ذلك يظهر جلياً تشدد الدستور في موضوع الضريبة وما يحيط بها من إجراءات تنظيمية.

من جهة أخرى فإن اعتبار قرار ربط الضريبة قراراً إدارياً يبدو واضحاً من خلال إجراءات تحصيل الضريبة. فالتنفيذ المباشر يعتبر حقاً للإدارة لجبر الأفراد على احترام تلك القرارات[٢]. وهذا الحق يعتبر منطقياً ومشروعاً مادمنا اعترفنا للإدارة بالسعي لتحقيق المصلحة العامة، الذي يمثل ركن الغاية في قراراتها. ولهذا السبب أصبحت القاعدة في القانون الإداري أن الطعن بالقرار الأصل فيه ألا

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (٥٧٦ لسنة ٣٢ قضائية)، بالجلسة ١٩٩٠/٤/٢١، منشور لدى حمدي ياسين عكاشة، موسوعة القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، الجزء الأول، ٢٠٠١، ص ١٣٦.

(٢) حول التنفيذ المباشر للإدارة، انظر: د. عبد الفتاح حسن، مرجع سابق، ص ٤٣٨.

يؤدي إلى تعليق تنفيذه بصورة تلقائية. كما أن القاعدة بالنسبة للضريبة هي الدفع أولاً ثم الطعن. فاعتراض دافع الضريبة على مبلغها المقرر بقرار الربط لا يؤدي تلقائياً إلى تأجيل التزامه بسدادها. وإنما عليه المبادرة إلى دفعها ثم الطعن بها إن كان لذلك مقتضى.

وإعمالاً لذلك صدر القرار الوزاري رقم (٨ لسنة ٢٠٠٣)، بشأن تحصيل الضرائب والغرامات المستحقة على الشركات من محجوز ضمان ضريبة الدخل لدى الجهات المتعاملة معها. والذي قرر في مادته الأولى بأن: « على جميع الوزارات والهيئات والإدارات والشركات والمؤسسات الحكومية والخاصة ومن في حكمهم المتعاقدة مع الشركات الأجنبية والمكلفة بحجز ٥٪ من جملة قيمة كل عقد، توريد قيمة الضرائب والغرامات المستحقة على الشركات الأجنبية إلى وزارة المالية – إدارة الضريبة – خصماً من محجوز الضمان الخاص بالشركات وكافة التأمينات والضمانات المالية الموجودة لديها متى طلب منها ذلك بكتاب من وزارة المالية (إدارة الضريبة)». وما من شك في أن طبيعة قرار الربط الضريبي باعتباره قراراً إدارياً هو الذي منح الإدارة سلطة فرض هذا الالتزام دونما حاجة إلى أخذ موافقة الشركات الخاضعة للضريبة.

كما يمكن إضافة العقوبات المقررة في القانون رقم (٨ لسنة ٢٠٠١)، في شأن تنظيم الاستثمار المباشر لرأس المال الأجنبي في دولة الكويت، كوسائل مقررة للإدارة عند اقتضائها لمبلغ الضريبة المقرر بقرارها الإداري بالربط. إذ تنص المادة (١٥) من هذا القانون التي جاءت تحت عنوان الجزاءات على أنه: « في حالة مخالفة المستثمر الأجنبي لأحكام هذا القانون أو لاشتراطات الترخيص أو للقوانين واللوائح المعمول بها في البلاد، يجوز للجنة الاستثمار أن توقع عليه أحد الجزاءات التالية:

١- التنبيه.

٢- الحرمان من الامتيازات الممنوحة له جزئياً أو كلياً، ويجوز له إذا عدل عن المخالفة طلب إعادة النظر في قرار الحرمان.

٣- الوقف الإداري للمشروع لمدة معينة.

كما يجوز للمحكمة، بناء على طلب لجنة الاستثمار، أن تحكم بإلغاء الترخيص وتصفية الاستثمار.

ودون الإخلال بحث المستثمر الأجنبي في اللجوء إلى القضاء، يجوز له التظلم لدى مجلس الوزراء من الجزاءات المنصوص عليها في البندين ٣، ٤، وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إبلاغه بقرار الجزاء وفي حالة رفض التظلم يجب أن يكون القرار مكتوباً ومسبباً.

ويعتبر فوات مدة الستين يوماً من تاريخ استلام التظلم رسمياً دون الرد عليه بمثابة رفضه.

ولا يخل توقيع الجزاء بالمسئولية المدنية والمسئولية الجزائية عند الاقتضاء».

ويجب أن نشير بداية إلى أن ما قررته المادة السابقة من جعل سلطة الإلغاء النهائي للترخيص بيد المحكمة إنما قصد به تشجيع رأس المال الأجنبي للدخول إلى اقتصاد الدولة والمشاركة في بناء بنيتها وتنميتها دونما خوف من تعسف من جانب الإدارة[١]. ومن ثم فإنه خلافاً لهذا الاستثناء يظل منح الترخيص وسحبه قراراً إدارياً خاضعاً للإرادة المنفردة للإدارة. وفي هذا تقرر محكمة التمييز الكويتية بأنه: «من المبادئ المسلمة في القانون الإداري أن الترخيص الصادر من جهة الإدارة إنما هو تصرف إداري يتم بالقرار الصادر بمنحه، وهو تصرف مؤقت قابل بطبيعته للسحب أو للتعديل في أي وقت متى اقتضت المصلحة العامة ذلك. ويقع هذا السحب أو التعديل غير قابل للإلغاء متى تم وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة، ولم يكن مشوباً بعيب إساءة استعمال السلطة»[٢].

---

(١) حول استعمال الضرائب كوسيلة للتشجيع على الاستثمار في الدولة، انظر: د. صفوت عبد السلام، الحوافز الضريبية وأثرها على الاستثمار والتنمية في مصر، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، ص ٨٣ وما بعدها.

(٢) الطعن رقم (١٥ لسنة ١٩٩٠)، بتاريخ ١٩٩٠/٥/٢٠، منشور في موسوعة مبادئ القضاء الإداري التي أقرتها محكمة التمييز الكويتية، الكتاب الأول، منازعات الأفراد والعقود الإدارية، الجزء السابع، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠، ص ٢٠. انظر كذلك: فهد مرزوق العنزي، النظام القانوني للترخيص الإداري في دولة الكويت، غير محدد مكان الطبع، ٢٠٠٢، ص ٢٠٣.

وعلاوة على ذلك فإن تبني مثل هذه العقوبات المتعلقة بإلغاء الترخيص أو حبس مبلغ من العقود المبرمة مع الخاضعين للضريبة لا تستوجب النص عليها، لكي تتمتع الإدارة بقدرة على فرض احترام الضريبة على من يمتنع من الممولين عن أدائها. فمن المعروف أن القاعدة في القانون الإداري تكمن في أنه غير مقنن. وفي هذا تبرر المحكمة الإدارية العليا المصرية ذلك بقولها: «إن روابط القانون الخاص تختلف في طبيعتها عن روابط القانون العام، وإن قواعد القانون المدني قد وضعت لتحكم روابط القانون الخاص، ولا تنطبق وجوباً على روابط القانون العام إلا إذا وجد نص يقضي بذلك، فإن لم يوجد فلا يلزم القضاء الإداري بتطبيق القواعد المدنية حتماً وكما هي، وإنما يكون له حريته واستقلاله في ابتداع الحلول المناسبة للروابط القانونية التي تنشأ في مجال القانون العام بين الإدارة في قيامها على المرافق العامة وبين الأفراد، فله أن يطبق من القواعد المدنية ما يتلاءم معها، وله أن يطرحها إن كانت غير ملائمة معها، وله أن يطورها بما يحقق هذا التلاؤم، ومن هنا يفترق القانون الإداري عن القانون المدني في أنه غير مقنن حتى يكون متطوراً غير جامد»[1].

وينبغي التأكيد على أن قرار الربط الضريبي إنما يخضع لما يخضع له غيره من القرارات الإدارية من تحصين لها ضد الطعن متى ما انقضى الميعاد المقرر، وهو ستون يوماً من تاريخ إعلان دافع الضريبة بما عليه من مبالغ بموجب قرار الربط. أما القول بغير ذلك فإن من شأنه أن يجعل حق الإدارة باستيفاء ما لها من ضرائب على الخاضعين لها مهلهلاً، حيث سيخضع للطعن به في أي وقت. ويعود تحديد بدء ميعاد الستين يوماً بتاريخ إخطار دافع الضريبة للتظلم من قرار الربط إنما يعود إلى الطبيعة القانونية لقرار الربط الضريبي باعتبار أنه قرار إداري وقتي. فهذا القرار يبدأ ميعاد الطعن به بمجرد علم ذوي الشأن به. فبصدور قرار الربط الضريبي، ثم علم دافع الضريبة بما عليه من مبالغ واجبة الأداء كضريبة، يبدأ ميعاد الستين يوماً للتظلم منه إدارياً تمهيداً للطعن به قضاء. فمادمنا اعترفنا بالصفة الإدارية لقرارات ربط الضريبة يبقى أن نقول إن هذه القرارات تخضع لما تخضع له نظيراتها من تحصين لما يرد فيها. فقرار ربط الضريبة في حقيقته قراراً إدارياً وقتياً، مما يجعله محصناً بمضي ستين يوماً من تاريخ صدوره بتحديد ما يلتزم به دافع الضريبة من مبالغ.

وتجدر الإشارة إلى أن لجوء الإدارة إلى القضاء لاستيفاء مبالغ ضريبية ينبغي ألا يحمل على اعتبار تلك الخصومة مدنية أو تجارية. ذلك أن العبرة في تكييف عمل إداري ما بكونه قراراً إدارياً، إنما يكون بالنظر إلى أساسه وبدايته، وليس إلى نتائجه ومنتهاه. فامتياز التنفيذ المباشر المقرر للإدارة يكون فيه اللجوء إلى القضاء في مرحلة لاحقة على التنفيذ. ويكون لجوء الإدارة إلى القضاء اختيارياً. أما الوسيلة الأصيلة للإدارة عند مباشرتها لقراراتها الإدارية فيتجسد في قوتها أي موظفيها وامتيازاتها لتنفيذ القرار جبراً على الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين إن هم رفضوا تنفيذه طواعية واختياراً من عند أنفسهم. وبناء على ذلك يظل قرار الربط الضريبي قراراً إدارياً، حتى ولو بادرت الإدارة إلى الاستعانة بالقضاء لمواجهة تقاعس دافعي الضريبة.

وأياً ما كان الأمر فإن القرار الوزاري رقم (٢٩ لسنة ٢٠٠٨)، بشأن إصدار اللائحة التنفيذية لأحكام مرسوم ضريبة الدخل الكويتية رقم (٣ لسنة ١٩٥٥)، وتعديلاته والمعدل بالقانون رقم (٢ لسنة ٢٠٠٨)، قد جاء ليجعل جميع المنازعات الضريبية منازعات إدارية بصورة مطلقة. فقد نصت المادة (٢٧) منه على أن: « للإدارة الضريبية ودافع الضريبة الطعن في قرار لجنة الطعون الضريبية أمام المحكمة المختصة خلال ستين (٦٠) يوماً من تاريخ الإخطار بقرار لجنة الطعون الضريبية بموجب كتاب موصى عليه بعلم الوصول.

وإذا انقضى الميعاد المذكور بالفقرة (١) من هذه المادة دون أن يتم الطعن يصبح قرار لجنة الطعون الضريبية نهائياً وتكون الضريبة واجبة الأداء». وفي هذا تقرر محكمة التمييز الكويتية أن: «الربط الضريبي عن السنة المالية موضوع النزاع قد صار نهائياً لعدم الطعن

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في ٢٣ يناير ١٩٦٥، مجموعة أبو شادي، الجزء الثاني، ص ١٢٩١. انظر كذلك: د. محمد عبد الحميد أبو زيد، الطابع القضائي للقانون الإداري، دار الثقافة العربية، ١٩٨٤، ص ٧.

على القرار الضمني برفض اعتراضها على هذا الربط أمام لجنة الطعون الضريبية»[١].

ويستخلص من هذا النص نتيجتان؛ الأولي أن قرار لجنة الطعون الضريبية قرار إداري. الأمر الذي يجعل منازعة الإدارة الضريبية أو دافع الضريبة فيه منازعة إدارية، خاضعة في ذلك إلى اختصاص الدائرة الإدارية. الثانية: أن الضريبة تتمتع بالجانب القسري في القرار الإداري والمترتب على قرار ربطها. ومن ثم إذا انقضى ميعاد الطعن في قرار لجنة الطعون الضريبية دون طعن قضائي به، أصبحت الضريبة ملزمة على عاتق دافعها.

وبناء على ذلك لا يسعنا سوى تأييد ما قررته محكمة التمييز فيما ذهبت إليه من اعتبار قرار لجنة الطعون الضريبية قراراً إدارياً. ففي معرض البت في الطعن المرفوع أمامها بعدم جواز فرض الضريبة وتحصيلها ما لم يكن بالاستناد إلى حكم ملزم صادر عن المحكمة المدنية من هيئة التحكيم؛ عند اتفاق الطرفين على ذلك؛ وذلك لعدم كفاية إصدار القرارات الإدارية النهائية بهذا الشأن، بينت المحكمة أن: « القرار الصادر من لجنة الطعون الضريبية التي أنشئت بموجب قرار وزير المالية رقم ١٩٩٧/١٦، في شأن تحديد كيفية اعتراضات دافعي الضريبة على الرابط الضريبي- يعد قراراً إدارياً، ومن ثم يجوز رفع دعوى بطلب إلغائه أمام الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية... وذلك خلال ستين يوماً من تاريخ إعلان صاحب الشأن به أو ثبوت علمه به علماً يقينياً»[٢]. وتنتهي المحكمة إلى القول بأن:» الثابت من الأوراق والتي لا تنازع فيه الطاعنة أنها علمت بالقرار الصادر من لجنة الطعون الضريبية برفض طعنها بتاريخ ٢٠٠٢/٦/٤، ولم تطعن عليه برفع دعوى بإلغائه أمام الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية، وذلك خلال ستين يوماً من التاريخ المذكور... فإن هذا القرار يضحى نهائياً والضريبة واجبة الأداء».

وإذا كان هذا الحكم يقرر الرأي الراجح بشأن قرارات الربط الضريبي من وجوب النظر إليها على أنها قرارات إدارية نهائية محضة، فإن محكمة التمييز - وفي تاريخ سابق على هذا الحكم - كانت قد أصدرت حكماً مغايراً في ذلك، حيث قضت بعدم اعتبار المنازعات الضريبية منازعات إدارية[٣]. ومن الملاحظ في هذا الحكم أن المحكمة لم تتجاوز بيان رأيها في المنازعة، إذ قررت بأن المنازعة الضريبية: « لا تتعلق بمنازعة إدارية مما سبق بيانه إذ لا تعدو إلا أن تكون مطالبة بأداء مبلغ نقدي تطالب به الطاعنة كضريبة دخل مستحقة في ذمة المطعون ضدها (أي الإدارة)، ومن ثم فهي لا تدخل في الاختصاص النوعي للدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية». أما بالنسبة للحجج التي أدت إلى رفض المحكمة الاعتراف بالصفة الإدارية لمنازعات الضريبة، فلم تتجاوز التذكير بالقواعد العامة لاختصاص الدائرة الإدارية. فبعد تعداد نطاق الاختصاص الموضوعي للدائرة الإدارية، وبيان المواعيد الإجرائية لرفع الطعون الإدارية أمام هذه الدائرة، والتذكير بإنشاء دائرة إدارية في محكمة الاستئناف، والتأكيد على وجوب احترام قواعد الاختصاص القضائي، وذلك لتعلقها بالنظام العام، فإن المحكمة لم تتطرق إلى بيان عناصر الطبيعة القانونية للمنازعة الضريبية. فقد سكتت عن بيان التكييف القانوني لقرار الربط الضريبي، الذي يترتب على المنازعة فيه تحديد طبيعة الطعن المراد رفعه أمام المحكمة.

المطلب الثاني - الاختصاص الحصري القضاء الإداري الكويتي بالبت في منازعات الضرائب والرسوم:

في دراسة مدى اختصاص مجلس الدولة المصري بنظر منازعات الضرائب والرسوم، يذهب البعض من الفقه[٤] إلى القول بأن قانون مجلس الدولة نص على اختصاص هذا الأخير بنظر تلك المنازعات، إلا أنه علق ممارسة هذا الاختصاص على قانون الإجراءات الخاصة

(١) حكم محكمة التمييز في الطعن رقم (٢٠٠٦/١٥٥ تجاري ٢)، بتاريخ ٢٠٠٧/١٠/٢٨. (حكم غير منشور).
(٢) حكم محكمة التمييز في الطعن رقم (٢٠٠٥/٢٥٠ تجاري ٢)، بتاريخ ٢٠٠٦/٤/١٦. (حكم غير منشور).
(٣) حكم محكمة التمييز في الطعن رقم (٢٠٠١/٥٨٤ إداري)، بتاريخ ٢٠٠٣/٢/٣. (حكم غير منشور).
(٤) د. محمود عاطف البنا، الوسيط في القضاء الإداري، الطبعة الثانية، غير محدد مكان الطبع، ١٩٩٩، ص ٢٠١.

الذي كان يفترض أن يصدر لينظم العمل بالقسم القضائي لمجلس الدولة(١). وأمام عدم صدور القانون المذكور فقد ميز هؤلاء فيما يتعلق بمنازعات الضرائب والرسوم. فنظراً لكون قرارات الضريبة والرسوم من قبيل القرارات الإدارية النهائية، فإن الأصل إنما يكون لمجلس الدولة للبت في المنازعات الناشئة عنها؛ وذلك باعتباره صاحب الاختصاص الأصيل في نظر منازعات القرارات الإدارية.

من جهة أخرى تختص المحاكم العادية بالبت في بعض منازعات الضرائب متى ما نص المشرع على ذلك صراحة. ومن ذلك ما قرره القانون رقم (١٤ لسنة ١٩٣٩)، بشأن ضريبة إيراد الأموال المنقولة وضريبة الأرباح التجارية والصناعية وضريبة كسب العمل. فقد جعل هذا القانون بنظر المنازعات المتعلقة بتلك الضرائب إلى المحاكم العادية. وفي هذا السياق يؤكد هذا الرأي أن قانون إنشاء مجلس الدولة لا يلغي الاختصاص الخاص للمحاكم العادية بنظر منازعات ذلك النوع من الضرائب. ويستدلون في ذلك إلى أن العام لا يلغي الخاص، وإنما هذا الأخير يقيد الأول. كما أن قانون مجلس الدولة وأعماله التحضيرية تفتقد إلى ما يدل على اتجاه رغبة المشرع في إلغاء هذا الاختصاص للمحاكم العادية، أو جعل جميع منازعات الضريبة بيد مجلس الدولة.

أما بالنسبة لمحكمة التمييز الكويتية فقد أرست المبدأ الأساسي في تحديد جهة الاختصاص القضائي في شأن ما يتعلق بالقرارات الإدارية من منازعات. فقد قضت بأن: « مقتضى المادة (٥) من القانون رقم (٢٠ لسنة ١٩٨١)، بإنشاء الدائرة الإدارية المعدل بالقانون رقم (٦١ لسنة ١٩٨٢)، أن للدائرة الإدارية وحدها ولاية الحكم في طلبات التعويض عن الأضرار الناشئة عن القرارات الإدارية المنصوص عليها في المادة الأولى متى كانت معيبة، سواء رفعت إليها بطريقة أصلية أو تبعية»[٢].

ولما كانت قرارات الربط الضريبي قرارات إدارية لما تتضمنه من أركان للقرارات الإدارية، فإن ذلك يعني اختصاص الدائرة الإدارية في جميع ما ينشأ من منازعات بشأنها[٣]. وإذا حدث أن رفعت الدعاوى المتعلقة بها أمام غيرها من دوائر المحكمة الكويتية على اختلاف درجاتها، فينبغي أن يصار إلى إعلان عدم الاختصاص نظراً لما للاختصاص القضائي من إلزام وارتباط بالنظام العام، فلا يجوز مخالفته؛ ولا الاتفاق على ما يتعارض مع قواعده.

ولا يترتب على السماح بحل منازعات الضريبة بموجب تحكيم بين الإدارة ودافع الضريبة اعتبار منازعاتها تجارية أو مدنية[٤]. وفي هذا تنص المادة (١٣) من المرسوم رقم (٣ لسنة ١٩٥٥)، بشأن ضريبة الدخل في الكويت على أن: « أي نزاع بين المدير (أي مدير ضرائب الدخل الذي يعينه الحاكم) ودافع الضريبة ينشأ فيما يتعلق بإدارة هذا المرسوم أو بمقدار ضريبة الدخل المستحقة بموجبه يجوز إحالته من قبل أي الفريقين إلى المحاكم للحكم به، إلا إذا اتفق كلا الفريقين على عرض النزاع للتحكيم». ومما تجدر الإشارة إليه أن التحكيم لا يغير من حقيقة الطبيعة القانونية للتصرف القانوني شأنه في ذلك شأن ما قرره القانون رقم (١١ لسنة ١٩٩٥)، من فتح باب فض المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية عن طريق التحكيم القضائي.

وينبغي التأكيد على أن الطعن القضائي بقرارات الربط الضريبي يستلزم ابتداء التظلم منها إدارياً. فإذا كان القرار الوزاري رقم (٢٩ لسنة ٢٠٠٨)، بشأن إصدار اللائحة التنفيذية لأحكام مرسوم ضريبة الدخل الكويتية رقم (٣ لسنة ١٩٥٥)، وتعديلاته والمعدل بالقانون رقم (٢ لسنة ٢٠٠٨)، قد استلزم تظلم الفرد إدارياً قبل رفعه للطعن القضائي، كما أن ما أرسته الدائرة الإدارية في الكويت من وجوب

---

(١) د. زين العابدين ناصر، النظام الضريبي المصري، دار النهضة العربية، ١٩٦٨، ص ٢٦٨.

(٢) الطعن رقم (١٠ لسنة ١٩٨٩)، بتاريخ ١٩٨٩/٧/٣، منشور في موسوعة مبادئ القضاء الإداري التي أقرتها محكمة التمييز الكويتية، الكتاب الأول، الدعوى الإدارية، الجزء الخامس،الطبعة الأولى، ١٩٩٩. ص ١٥.

(٣) بنفس المعنى يذهب المستشار محمد أمين المهدي، منهج القاضي الإداري، مطبوعات معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية، ٢٠٠٩، ص ٨٦.

(٤) حظرت المادة (٩) من المرسوم رقم (٣ لسنة ١٩٥٥)، زيادة مقدار الضريبة بعد الاعتراف بصحة إقرار الملتزم بها ما لم يكن تلك الزيادة قد تقررت بحكم محكمة أو تحكيم. فقد جاء في عجز المادة المذكورة النص على أنه: « ولا يجوز بأية حالة زيادة المقدار المذكور في البيان إلا إذا كانت الزيادة بنتيجة قرار من المحاكم أو التحكيم بموجب المادة ١٣ أو إذا كان دافع الضريبة قد وافق على ذلك».

التظلم من قرار تقدير الكفاءة، ليستوجب اللجوء إلى التظلم الإداري من قرار الربط الضريبي عندما يرغب دافع الضريبة في اللجوء إلى الطعن القضائي في مواجهة قرار ربط ضريبته؛ وذلك نظراً للإجراءات المحددة التي رسمتها الإدارة له في حال اعتراضه على مبلغ قرار ربط الضريبة.

ولعل تبني محكمة التمييز في أحكامها لاعتبار قرار ربط الضريبة تصرفاً مدنياً أو تجارياً إنما يعود لتطبيقها لنص المادة ٤٤١ من القانون المدني، الذي ينص فيه على تقادم حق الدولة في المبالغ الضريبية بمضي خمس سنوات من نشوء حقها بها[١]. ومما ينبغي تأكيده أن القاضي الإداري لايمنع من تطبيق قواعد قانونية أخرى غير القانون الإداري على القرار الإداري. ما دامت أنها عالجت موضوعاً يتعلق بالقرار الإداري. فيظل هذا القضاء هو المختص. ويستمر القرار الإداري بالتمتع بهذه الصفة دون أن تتحول صفته بالضرورة لتكون مدنية أو تجارية. ومن ذلك ما استندت محكمة التمييز عليه في المادة (٢٢٧) من القانون المدني عندما تعرضت لتحديد الضرر المترتب على الخطأ في تحديد مقدار الضريبة الجمركية. فبعد أن بينت ما قررته المادة المذكورة من تحديد لعناصر التعويض عن الخطأ بجبر الضرر والمتمثل بالخسارة التي لحقت بالمضرور والكسب الذي فات، أعلنت أن استحقاق مقدار خاطئ للضريبة الجمركية نتيجة تعديل نصابها بأداة قانونية أدنى من تلك التي أوجدت الضريبة ابتداء، إنما يكون فقط بخصم المقدار المضاف دون وجه حق، أما ما فات على دافعها من انخفاض للربحية نتيجة زيادة التكلفة وانخفاض المبيعات فلا يعد أثراً مباشراً للقرار غير المشروع بزيادة الضريبة الجمركية[٢].

ويعد ما أورده القانون رقم (٢ لسنة ٢٠٠٨)، في شأن تعديل بعض أحكام مرسوم ضريبة الدخل الكويتية رقم (٣ لسنة ١٩٥٥)، علاجاً لهذه الحالة، حيث نصت المادة (١٣ مكرراً) على أنه: «لا يسقط حق الحكومة في المطالبة بالضرائب المستحقة لها بموجب هذا القانون إلا بمضي خمس سنوات من تاريخ تقديم الهيئة المؤسسة للإقرار الضريبي أو من تاريخ علم المدير بعناصر الأنشطة التي لم تبينها الهيئة المؤسسة للإقرار الضريبي أو علمه بالبيانات التي أخفتها والمتعلقة بالتزاماتها المالية.

ويبقى سؤال ينبغي الإجابة عنه، وهو هل مجرد لجوء الإدارة إلى القضاء يجعل من المنازعة تتصف بكونها تجارية أو مدنية[٣]؟

للإجابة عن هذا السؤال ينبغي الاعتراف بأن ما يحدد طبيعة المنازعة هو أساس نشوء الالتزام الذي ترتب على عدم الوفاء به قيام المنازعة. ذلك أن العقد الإداري يظل إدارياً حتى ولو لجأت الإدارة طواعية إلى القضاء للمطالبة بممارسة سلطة استثنائية يمكّنها منها العقد الإداري. ولذلك تخضع مثل هذه المطالبة لاختصاص الدائرة الإدارية. وأسوة بهذا المثال تظل الضريبة تتمتع بجانب السيادة لمصلحة الدولة. فإذا نازع دافع الضريبة بقرار الربط الضريبي فإن الاختصاص ينعقد مباشرة إلى الدائرة الإدارية؛ لأنه طعن في هذا القرار الإداري. ويسري هذا الحكم على الفرضية التي تكون الإدارة هي الطاعنة أمام القضاء؛ إذ إن حقيقة هذا الطعن هي المطالبة بتنفيذ قرار الربط الضريبي والذي تقاعس دافع الضريبة عن الوفاء بما يترتب عليها من مبالغ. وفي هذا السياق ينبغي التأكيد على أن استعمال وسائل التنفيذ المباشر هو حق للإدارة. ولها في الوقت ذاته أن تلجأ إلى القضاء دون أن يترتب على ذلك انتقال العلاقة من نطاق القانون الإداري إلى غيره من القوانين سواء أكانت هذه الأخيرة مدنية أم تجارية.

كما لا يصح اعتبار الضريبة في أي من منازعاتها المختلفة مدنية أو تجارية بمجرد استحقاق الإدارة الضريبية لمبلغ الضريبة بموجب اتفاق مبرم بينها وبين دافع الضريبة[٤]. إذ لا يعدو هذا الاتفاق أن يكون وسيلة تسوية أوجدها القرار الوزاري رغبة منه في تحقيق الصلح

(١) من ذلك ما قضت به محكمة التمييز في الطعن رقم (٢٠٠٣/١٠٠٠ تجاري ٢)، بتاريخ ٢٠٠٥/٥/١٩. (حكم غير منشور).

(٢) حكم محكمة التمييز في الطعن رقم (٢٠٠٦/١٤٧ إداري)، بتاريخ ٢٠٠٧/٧/٢. (حكم غير منشور).

(٣) من ذلك ما قررته محكمة التمييز في الطعن رقم (٢٠٠٦/١٥٥ تجاري ٢)، بتاريخ ٢٠٠٧/١٠/٢٨. (حكم غير منشور)، حيث أشارت إلى أن: « الوزارة المطعون ضدها أقامت على الشركة الطاعنة الدعوى رقم (١٢٤٥ لسنة ١٩٩٩)، تجاري مدني كلي حكومة».

(٤) أجاز القرار الوزاري رقم (١٦ لسنة ١٩٩٧)، للإدارة الضريبية الحق في الدخول في اتفاق على مبلغ الضريبة مع دافعها.

في ذلك. ولا يتجاوز الاتفاق هذا المعنى ليوحي وكأن هناك اتفاقاً لإرادتين متساويتين بين الإدارة ودافع الضريبة. ويمكن تشبيه ذلك بالصلح المتمثل بالغرامة التي يدفعها المخالف لقانون المرور درءً لنفسه من الذهاب إلى محكمة المرور، وبما يشكله ذلك من احتمال توقيع عقوبة أقسى من مبلغ الصلح – أي الغرامة – وفقاً لما ينص عليه قانون المرور في ذلك. وبناء على ذلك تظل الدائرة الإدارية مختصة بنظر منازعات القرار الإداري حتى ولو كانت الإدارة هي الطاعنة مادام مناط اختصاص الدائرة المذكورة هو ارتباطها بالقرار الإداري وليس بأشخاص الدعوى الإدارية.

وأخيراً فعلى غرار ما قرره المشرع المصري بشأن تقادم الضرائب[١]، حدد المشرع الكويتي تقادم الحق في اقتضاء الضرائب بمضي خمس سنوات من تاريخ تقديم دافع الضريبة للإقرار الضريبي أو من تاريخ على الإدارة الضريبية بما لم يتضمنه ذلك الإقرار من عناصر خاضعة للضريبة[٢]. كما يسقط حق دافع الضريبة بالمطالبة بالمبالغ الزائدة التي دفعها في ضريبته بمضي خمس سنوات من تاريخ إخطاره بتسوية الوضع الضريبي النهائي أو علمه بتلك المبالغ[٣]. وهذا الميعاد هو استمرار لما قرره القانون المدني الكويتي في شأن عدم سماع دعوى المطالبة بالضرائب والرسوم[٤]. أما بالنسبة للتقادم الثلاثي، والذي كان مقرراً بموجب المادة (٣٦٣) من قانون الجارة الملغى رقم (٢ لسنة ١٩٦١)، فقد بينت المحكمة أن التقادم الخمسي الذي جاءت به المادة (٤٤١) من القانون المدني يسري على جميع ديون الضريبة والتي لم تكتمل مدة الثلاث السنوات الخاصة بتقادمها بموجب القانون الملغى[٥]. وغني عن القول بأن الإجراء القاطع للتقادم لا يحقق هذا الأثر ما لم يكن موجهاً إلى علم الممول المسئول عن الضريبة بالطريق الذي رسمه القانون[٦]. كما لم تتردد المحكمة في تبني التقادم الخمسي بالنسبة للرسوم. إذ قضت في مطالبة وزارة المواصلات للطاعن بمبالغ مترتبة على الخدمة الهاتفية التي تقدمه له بأنه رسم. ومن ثم فإنها واجبة الأداء لمطالبة الطاعن به من قبل الوزارة قبل مضي خمس سنوات عليه من تاريخ استحقاقه[٧].

الخاتمة:

وتخلص الدراسة إلى اعتبار جميع المنازعات المتعلقة بالضريبة والرسوم منازعات إدارية بما يترتب عليها من تحقق الاختصاص القضائي للدائرة الإدارية في المحكمة. ويرجع ذلك أساساً إلى أسباب تبدو أهمها في ارتباط الضرائب ومنازعاتها بالنظام العام للدولة. كما أن الطبيعة الفنية لكلا المصطلحين ترتبط أساساً بموازنة الدولة وسيادتها. أضف إلى ذلك أن هذه الطبيعة لا تتواءم مع إفراغها في صورة رضائية بين الإدارة ودافع الضريبة. ولا يخل بذلك لجوء الإدارة الضريبية إلى المحاكم العادية للمطالبة بالوفاء بمبلغ الضريبة.

---

(١) د. أحمد ماهر عز، مرجع سابق، ص ٣٩٥.

(٢) المادة (٤١) من القرار الوزاري رقم (٢٩ لسنة ٢٠٠٨)، بشأن إصدار اللائحة التنفيذية لأحكام مرسوم ضريبة الدخل الكويتية رقم (٣ لسنة ١٩٥٥)، وتعديلاته والمعدل بالقانون رقم (٢ لسنة ٢٠٠٨).

(٣) المادة (٤٢) من القرار السابق.

(٤) المادة (٤٤١) من المرسوم بقانون رقم (٦٧ لسنة ١٩٨٠)، بإصدار القانون المدني.

(٥) حكم محكمة التمييز الكويتية في الطعن رقم (١٩٩٥/٢٦٦ تجاري)، بتاريخ ١٩٩٧/١/٢٧، منشور في مجلة القضاء والقانون الصادرة عن وزارة العدل الكويتية، السنة ٢٥، العدد ١، ص ٩٠. وكذلك حكم ذات المحكمة في الطعن رقم (١٩٩٦/٢١٧ تجاري)، بتاريخ ١٩٩٧/٦/٢٩، منشور في مجلة القضاء والقانون الصادرة عن وزارة العدل الكويتية، السنة ٢٥، العدد ٢، ص ٦٠.

(٦) حكمة محكمة التمييز في الطعن رقم (١٩٩٥/١٣١ تجاري) بتاريخ ١٩٩٧/١/٢٧، منشور في مجلة القضاء والقانون الصادرة عن وزارة العدل الكويتية، السنة ٢٥، العدد ١، ص ٧٤.

(٧) حكم محكمة التمييز في الطعن رقم (١٩٩٧/١٣٥ مدني)، بتاريخ ١٩٩٧/١١/٥، منشور في مجلة القضاء والقانون، السنة ٢٦، العدد ١، ص ٦١٨.

الإجراءات في الدعوى الإدارية
دراسة
مقارنة بين النظامين المصري والكويتي

المستشار الدكتور/محمد ظهري محمود
نائب رئيس مجلس الدولة المصري
وكبير المستشارين القانونيين بشركة نفط الكويت

مقدمة :

تمارس الإدارة وظيفتها من خلال أسلوبين، أولهما: يتمثل في القرار الإداري الذي هو إفصاح الإدارة عن إدارتها الملزمة بما لها من سلطات بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إحداث مركز قانوني معين، يكون جائزاً وممكناً قانوناً متى كان بباعث من المصلحة العامة التي يتغياها القانون ، وكما يكون القرار الإداري منشئاً لحالة قانونية جديدة ، يكون معدلاً لحالة قانونية سابقة، أو رافضاً لطلب بتعديل حالة قانونية سابقة أو بإنهاء هذه الحالة[١] ، ويتمتع القرار الإداري بسمة التنفيذ المباشر ، وقرينة الصحة ، وتظل هذه القرينة حتى إلغاء القرار.[٢]

وثانيهما : يتمثل في أسلوب العقد الإداري، وفيه يتعاقد أحد أشخاص القانون العام مع فرد طبيعي أو شخص معنوي من أشخاص القانون الخاص ، تتوافق إرادتاهما في صورة عقد ينطوي على شروط استثنائية أو غير مألوفة مقررة لصالح الجهة الإدارية ولا تعرفها العقود المدنية ، ولو كانت الإدارة أحد أطرافها بغية تغليب المصلحة العامة التي أبرم العقد الإداري لتحقيقها على المصلحة الفردية للطرف الآخر بالعقد؛ وذلك لسمو المصلحة الأولى على الثانية[٣] ، ولم يكن- في الماضي - إمكان انعقاد مسئولية الجهات الإدارية عن تصرفاتها القانونية مهما أصاب الغير من ضرر من جراء هذه التصرفات؛ وذلك ناتج من هالة الاحترام التي أحاطت بمبدأ عصمة الملك ، الذي عد بمنزلة ظل الله على أرضه ، بما جعله متصفاً بالقداسة ، والنزاهة ، فلا يمكن نسبة خطأ إليه، ولأن أساس المسئولية هو ركن الخطأ وهو منتفٍ هنا فلا تنعقد المسئولية[٤] ولأن الموظفين مفوضون في أدائهم لعملهم من صاحب القداسة الملك ، فإنه لا يجوز مساءلتهم بدورهم عمًا صدرٍ عنهم في أدائهم لأعمال وظائفهم ما داموا لم يتجاوزوا نطاق التفويض المخول من الملك لموظفيه[٥]، إلا أن هذه الأفكار تلاشت تدريجياً ، مع ظهور وانتشار المبادئ الاشتراكية التي أدت إلى ازدياد تدخل الدولة في الأنشطة الاقتصادية لدرجة حلول النشاط الموجه محل النشاط الفردي الحر ، ومن ثم أدى ذلك إلى زيادة أخطاء موظفي الدولة في حق الأفراد ، وهو ما تأباه العدالة، التي تستوجب جبر ما يصيب الأفراد من أضرار لحقت بهم من أعمال الموظفين غير المشروعة ، ومنذ هذه اللحظة بدأت مرحلة

---

(١) راجع أحكام محكمة القضاء الإداري في الدعاوى أرقام ١/٢٦٣ ، ١/٣٨ ق جلسة ١٩٤٨/١/٧ س ٢ ص ٢٢٢ ، ١/١٢٢ق ، ١/١٥٥ ق جلسة ١٩٤٨/٤/١٣ ، أما المحكمة الإدارية العليا فقد تبنت تعريفاً مختصراً للقرار الإداري ، إذ عرفته بأنه إفصاح جهة الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة طبقاً للقوانين واللوائح أياً كان الشكل الذي يصدر به سواء كان مكتوباً أم شفوياً . راجع الطعون أرقام ٣٩/١٧٨٧ق جلسة ١٩٩٩/١١/١ ، الطعن رقم ٤٢/٦٦٧٠ ق جلسة ١٩٩٩/٥/٩ ، ٣٦/٣٤٣٥ ق جلسة ١٩٩٩/٦/٢٧ والطعن رقم ٨/٩٧٩ ق جلسة ١٩٦٤/٢/٢٩.

(٢) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة. مسئولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية (القرارات والعقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة منشأة المعارف ٢٠٠٧، ص ٥.

(٣) ذهب القضاء إلى القول بأن مناط العقد الإداري أن تكون الإدارة أحد أطرافه، وأن يتصل بنشاط مرفق عام من حيث تنظيمه وتسييره بغية خدمة أغراضه وتحقيق احتياجاته مراعاة لوجه المصلحة العامة. راجع حكم محكمة التمييز الكويتية في الطعنين رقمي ٩٥/٢٥٤ ، ٩٦/١٦٠ تجاري - جلسة ١٩٩٧/٤/٧ ، وهو قضاء مستقر للمحكمة الإدارية العليا - منه الطعون أرقام ٣٥/٣١٢٨ ق جلسة ١٩٩٥/١/٢٤، والطعن رقم ٣٥/١٣٨٣ ق جلسة ١٩٩٥/٥/١٨ ، ٣٤/١٥٤ ق جلسة ١٩٩٧/١/٢. وانظر في نفس المعنى د. إبراهيم طه الفياض - العقود الإدارية - مكتبة الفتح ١٩٨١ ص (٩ ، ١٠)، وقد أضاف البعض إلى تصرفات الإدارة التي تسأل عنها الأعمال المادية. راجع في ذلك عبد العزيز خليفة، ص ٥ ، محمد عبد العال السناري. مبادئ وأحكام العقود الإدارية في مجال النظرية والتطبيق - دار النهضة العربية - بدون سنة طبع، ص٥.

(٤) عزيزة الشريف - القانون الإداري - مسئولية السلطة العامة وموظفيها قضاء التعويض - ج٢ - طبعة أولى - مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر والتوزيع بالكويت ٢٠٠١ ص ٢ ، قارن ماجد راغب الحلو- القضاء الإداري - منشأة المعارف ٢٠٠٤ ص ١٥ ، عبد العزيز عبد المنعم، ص٥.

(٥) راجع عزيزة الشريف ص ٢-٣ عبد العزيز عبد المنعم ذات الإشارة.

جديدة إذ حلت فكرة مسئولية الإدارة ومسئولية موظفيها عن أخطائهم الشخصية محل فكرة العصمة السابقة ، ثم تطور الأمر حتى وصل إلى تقرير مسئولية الإدارة عن تصرفاتها كافة ما دامت قد ألحقت ضرراً بالغير.[1]

تحديد نطاق البحث :

من القواعد الأصولية التي تحكم أي بحث علمي قاعدة أن من يحدد نطاق بحثه يمكنه الكتابة فيه بيسر ، ولذا علينا أن نحدد نطاق هذا البحث في الدعوى الإدارية منذ رفعها حتى يفصل فيها بحكم باتٍّ حائز لقوة الأمر المقضي ، ولطول هذا البحث وما يحتاجه سبرغوره من مؤلفات متعددة ورسائل متنوعة تتناول الجوانب المختلفة لهذه الموضوعات ، فإننا نلتزم فيه غاية الاختصار شريطة ألا يكون مخلاً أخذاً بالمثل المأثور «خير الكلام ما قل ودل» ، ولكي تزداد أهمية هذا البحث فإننا نتخذ الأسلوب المقارن منهجاً له ، فنقارن بين النظامين المصري والكويتي ، وبهذا تعم الفائدة.

خطة البحث :

تتبع في هذا البحث خطة تتفق مع نطاقه والغاية منه، ولهذا فقد قسمناه إلى الفصول التالية :

الفصل التمهيدي : ونتناول فيه :

الرقابة القضائية على أعمال الإدارة.

ولاية القضاء الإداري.

أنواع الدعاوى الإدارية

الفصل الأول: الإجراءات السابقة على رفع الدعوى الإدارية.

المبحث الأول: التظلم الإداري من القرار .

المبحث الثاني: العرض على لجنة التوفيق.

المبحث الثالث: ميعاد رفع دعوى الإلغاء.

الفصل الثاني: اتصال المحكمة بالدعوى الإدارية.

المبحث الأول: رفع الدعوى الإدارية.

المبحث الثاني: الاختصاص بنظر الدعوى.

المبحث الثالث: شروط قبول الدعوى الإدارية.

---

(١) يلاحظ أن مساءلة الدولة لم تكن مقبولة من كثير من الفقه الفرنسي حتى أواخر القرن التاسع عشر ، وذلك تأسيساً على عدم تمتع الدولة بالشخصية المعنوية ، أما من قال بغير ذلك فقد أقر بمسئولية الدولة. راجع عزيزة الشريف الإشارة ذاتها- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، ص٦ ، مع ملاحظة أنه على الرغم من تقرير مسئولية الدولة عن أعمالها غير المشروعة فإن نطاق تطبيق هذا المبدأ قاصر على السلطة التنفيذية وحدها ، وحتى في مجال مسئولية السلطة التنفيذية فإنه ما زال هناك قرارات تخرج عن نطاق رقابة القضاء، وهي المعروفة بأعمال السيادة؛ إذ على الرغم من أنها قرارات إدارية إلا إنها تخرج عن رقابة القضاء العادي والإداري على السواء استناداً إلى مسوغ مؤداه اتصال تلك الأعمال بحماية أمن الدولة الداخلي والخارجي ، وارتباطها بأمور حساسة ليس من الملائم عرضها علانية بجلسات المحاكم.

الفصل الثالث: نظر الدعوى والفصل فيها.

المبحث الأول: إصدار الحكم في الطلب المستعجل.

المبحث الثاني: نظر الدعوى وقفل باب المرافعة فيها.

المبحث الثالث: الحكم في موضوع الدعوى.

الفصل الرابع: الطعن في الأحكام الصادرة في الدعاوى الإدارية.

المبحث الأول: الطعن في الأحكام الصادرة من المحاكم الإدارية.

المبحث الثاني: الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا.

المبحث الثالث: نظر الطعن والفصل فيه.

الفصل التمهيدي:

نتناول في هذا الفصل المسائل التالية كتمهيد ضروري لدراسة الدعاوى الإدارية :

أ – الرقابة القضائية على أعمال الإدارة.

ب – ولاية القضاء الإداري.

ج – أنواع الدعاوى الإدارية.

أ – الرقابة القضائية على أعمال الإدارة:

تعد هذه الرقابة التي تباشرها المحاكم أكثر أنواع الرقابة ضماناً لحقوق الأفراد وحرياتهم ضد عسف الإدارة [1] ؛ وذلك لحيدة القضاء ونزاهته واستقلاله عن الخصوم ، كما يمتاز القاضي بدرايته بالقوانين وتعمقه في فهمها ومسائل الأنزعة وحلها، ولكن يعاب على هذه الرقابة تكلفتها [2]، وتعقد الإجراءات والرقابة القضائية قد تتولاها المحاكم العادية ، فتختص بالفصل في جميع المنازعات التي ترفع إليها سواء أكانت إدارية أم غير إدارية ، وهذا هو نظام القضاء الموحد ، وقد يتولى هذه الرقابة قضاء متخصص يناط به الفصل في المنازعات الإدارية ، في حين يتولى القضاء العادي الفصل في جميع المنازعات الأخرى ، وهو ما يعرف بنظام القضاء المزدوج [3].

أولاً – نظام القضاء الموحد :

وهو النظام الذي توجد به المحاكم العادية دون سواها، ويناط بها الفصل في جميع أنواع المنازعات ، سواء تلك التي تثور بين الأفراد بعضهم مع بعض، أم تلك التي تكون الإدارة طرفاً فيها[4] ، وقد أخذت الكويت بهذا النظام ؛ فعلى الرغم من أن الدستور الكويتي قد فوض المشرع العادي، وجعل له الخيار بين الأخذ بنظام القضاء الموحد عن طريق إنشاء دائرة أو أكثر بالمحكمة الكلية ، والتي تعد المحكمة ذات الولاية العامة بالقضاء، وبين الأخذ بنظام القضاء المزدوج، وذلك بإنشاء مجلس دولة يعد بمنزلة هيئة قضائية مستقلة يعهد إليه بوظائف القضاء الإداري أو بإقامة محكمة قضاء إداري، تختص بنظر المنازعات الإدارية، إلا أن المشرع الكويتي ظل في حالة تردد طويلة امتدت إلى ما يقارب العشرين سنة حتى حسم أمره وتبنى نظام القضاء الموحد، وذلك بإنشائه دائرة بالمحكمة الكلية تتولى نظر المنازعات الإدارية[5] ، وذلك بالقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ المعدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨١ ، والذي قضت مادته الأولى بأن « تنشأ بالمحكمة الكلية دائرة إدارية تشكل من ثلاثة قضاة، وتشمل غرفة أو أكثر بحسب الحاجة.

---

(١) عثمان عبد الملك الصالح – ولاية الدائرة الإدارية في نظر طعون الموظفين . دارسة تحليلية من خلال الفقه المقارن وأحكام القضاء. مقالة منشورة بمجلة الحقوق، س١٠ ع٤، ديسمبر ١٩٨٦، ص ١١. ماجد راغب الحلو ، مؤلفه السابق ، ص٦٠ ، عزيزة الشريف – محمد العتيبي- الدعاوى الإدارية – دعوى الإلغاء ودعوى التعويض – طبعة أولى ٢٠٠٤، بدون دار نشر، ص ٢.

(٢) ماجد راغب الحلو الإشارة السابقة.

(٣) عثمان عبد الملك الصالح – ص ١٢ ، المراجع المشار إليها عنده، هـ ٢، ماجد راغب الحلو، ص ٦٠ ، عزيزة الشريف ، محمد العتيبي ص٨.

(٤) ماجد راغب الحلو، ص ٦١ ، عزيزة الشريف، ص٩.

(٥) عثمان عبد الملك الصالح . مقالته ص١٢ ، ١٣ ، محمود سامي جمال الدين، بدون دار نشر ١٩٩٨، ص ٢٨ ــــ ٢٩، وهذا الاتجاه هو الذي أيدناه بعدما أثبت الواقع فشل مجلس الدولة، وتحول قضاته نحو الانتداب بالجهات الإدارية على نحو أفقدهم الحيدة والنزاهة الواجب توافرها في القاضي. راجع محمد ظهري محمود ــــ نقل الموظف العام ــــ دراسة تحليلية في القضائين المصري والكويتي – مجلة الداخلية، عدد أغسطس، ٢٠٠٨، وفي عرض مزايا وعيوب نظام القضاء الموحد ، ماجد راغب الحلو، ص ٦٣ ، ٦٤.

ثانياً- نظام القضاء المزدوج:

ويقصد به انقسام السلطة القضائية في الدولة إلى فرعين؛ الأول: المحاكم العادية، ويناط بها الفصل في المنازعات التي تثور بين الأفراد بعضهم مع بعض، والثاني: محاكم القضاء الإداري، وتتولى الفصل في المنازعات التي تكون الجهة الإدارية طرفاً فيها، وتظهر فيها كسلطة عامة [١]، وقد أخذت مصر بنظام القضاء المزدوج أول مرة بموجب القانون رقم ١١٢ لسنة ٤٦، الذي أنشأ مجلس الدولة، ومنحه سلطة القضاء المفوض، فكان لأحكامه الحجية في مجال إلغاء القرارات الإدارية والتعويض منذ نشأته [٢] ، وقد تعاقبت التشريعات المعدلة لاختصاص مجلس الدولة حتى صدر القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ الذي جعل مجلس الدولة هيئة قضائية ، لها الولاية العامة بنظر المنازعات الإدارية [٣]، ولم يكتف المشرع بذلك وإنما خول المجلس ولاية النظر في المنازعات الإدارية غير تلك ا لمتعلقة بالقرار الإداري، كما لو كان موضوع المنازعة إجراء إدارياً خلاف القرار، وترتب عليه ضرر لمن صدر بشأنه ، وينطوي على عيب إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها ، كما مدت المحكمة الإدارية العليا اختصاص محاكم القضاء الإداري لنظر مدى مسئولية الإدارة عن أعمالها المادية ، إذا ترتب عليها ضرر بذي الشأن ، مستندة في ذلك إلى المعيار المحدد لطبيعة المنازعة الإدارية، وأهم أسسه وجود السلطة العامة طرفاً في المنازعة، واتصال تلك المنازعة بنشاط مرفق عام تباشره الإدارة مستعملة وسائل القانون العام ، وبهذا اعتبرت دعوى التعويض عن الأعمال المادية بمنزلة منازعة إدارية إذا تعلقت بمرفق عام يدار بواسطة الإدارة مستخدمة وسائل القانون العام أو امتيازات السلطة العامة. [٤]

تحديد ولاية القضاء الإداري :

تتحدد ولاية القضاء الإداري – في الدول التي تأخذ به – بالفصل في الدعاوى الإدارية التي ترفع إليه ، إلا أن تحديد المنازعات الإدارية، وبيان ما يندرج ضمنها من مسائل يختلف باختلاف المنهج الذي سلكه الشارع لتحديد هذه المنازعات ؛ فقد يتجه المشرع إلى تحديد اختصاصات القضاء الإداري على سبيل الحصر وترك الولاية العامة في غير المنازعات الإدارية للقضاء العادي، وفي هذه الحالة يتحدد اختصاص محاكم القضاء الإداري على سبيل الحصر، وتختص المحاكم العادية بنظر جميع أنواع الدعاوى التي لا تندرج ضمن القائمة الحصرية المنوطة بالقضاء الإداري ، حتى لو أجمع على أنها منازعات إدارية بطبيعتها. [٥]

وقد يرى المشرع أفضلية تحديد اختصاص كل من القضاء الإداري والقضاء العادي وولايتهما، عن طريق قاعدة عامة، مؤداها أن الولاية العامة في نظر المنازعات الإدارية تكون للقضاء الإداري ، في حين تكون الولاية العامة في نظر المنازعات خلاف الإدارية للمحاكم العادية ، وتبدو أفضلية هذه القاعدة في أن المشرع عندما حدد ولاية القضاء الإداري لم يحدد الموضوعات التي تندرج تحت هذه الولاية ؛ بحيث يترك الأمر لاجتهاد القضاء والفقه في تحديد نطاق المنازعات الإدارية وموضوعاتها ، وفقاً لما ترجح لديه من معايير. [٦]

---

(١) راجع عزيزة الشريف ، محمد العتيبي ص ١٣ ، ماجد راغب الحلو، ص ٦٤، عثمان عبد الملك الصالح، ص ١٢.

(٢) وبهذا فلا يكون مجلس الدولة المصري قد مر كمجلس الدولة الفرنسي بمرحلة القضاء المحجوز الذي علقت الأحكام فيه على تصديق رئيس الدولة. راجع ماجد راغب الحلو، ص ١٢٥.

(٣) عددت المادة (١٠) المسائل التي تختص محاكم مجلس الدولة بنظرها ، وهو مسلك منتقد ، راجع عزيزة الشريف. مسئولية السلطة العامة وموظفيها، ص ٩٣ ، ٩٤ وهو ما تفاديناه في مؤلفنا – مشروع قانون المرافعات الإدارية ومذكرته الإيضاحية – منشور بمجلة كلية الحقوق جامعة حلوان – العدد السابع يوليو / ديسمبر ٢٠٠٢.

(٤) راجع عزيزة الشريف – المرجع السابق – ص ٩٣-٩٤ ، حكم المحكمة الإدارية – الصادر بجلسة ٢٥ أبريل ١٩٨١، التي حكمت فيه المحكمة الإدارية العليا بتعويض الطاعن عن الأضرار التي سببتها الأعمال المادية للجهة الإدارية، المتمثلة في الحفر الموجودة في الشوارع ورداءة البلاط المستخدم في أرصفة الشوارع وسوء تركيبه بما مؤداه تجمع المياه القذرة وتحولها إلى نافورات تتسخ من جرائها ملابس المارة ، كما أن طفح المجاري المستمر وبقاء الحفر ومخلفاتها وتسرب المياه العفنة إليهم يسهم في انتشار البعوض ويضر بصحة المواطنين ومن بينهم المدعي الذي تلحقه الأضرار من جراء ما تقدم جميعاً – أوردته عزيزة الشريف، ص ٩٥. وانظر محمد ظهري محمود – مشروع قانون المرافعات الإدارية.

(٥) محمود سامي جمال الدين – المرجع السابق ص ١٠ ، قارن عزيزة الشريف ، محمد العتيبي، ص ٢٣.

(٦) محمود سامي جمال الدين، الإشارة ذاتها ، عثمان عبد الملك، ص ١٨.

وفي مصر، وفي ظل القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢، فقد أخذ المشرع بقاعدة أن محاكم مجلس الدولة هي صاحبة الولاية العامة في نظر المنازعات الإدارية ، ويتجلى ذلك في أنه قد حدد المسائل التي تختص بها محاكم مجلس الدولة بالمادة (١٠) على سبيل الحصر، وقصرها على ثلاث عشرة مسألة، ثم جاءت المادة ١٤/١٠ بقاعدة عامة، هي اختصاصها بنظر المنازعات المتعلقة بسائر المنازعات الإدارية.[١]

وفي الكويت ، فقد اكتفى المشرع الكويتي بإنشاء دائرة إدارية متخصصة بالمحكمة الكلية ، والاستئناف ، والتمييز ، وذلك، لأنه تبنى الأسلوب الحصري في بيان اختصاص هذه الدائرة، فحصر اختصاص هذه الدائرة بالمسائل الخمس الواردة بالمادة الأولى من القانون رقم ١٩٨١/٢٠[٢]، في حين تختص الدوائر العادية الأخرى بالفصل في باقي المنازعات خلاف تلك التي أنيطت بالدائرة الإدارية.[٣]

أنواع الدعاوى الإدارية :

إذا ثارت منازعة إدارية فإنه ليس بمكنة القاضي الإداري في أدائه لدوره أن يتدخل فيها من تلقاء نفسه ، وإنما لكي يمارس وظيفته ، عليه انتظار رفع الأمر إليه عن طريق الدعوى ؛ معنى هذا أن الدعوى هي الوسيلة التي من خلالها يمارس القضاء رقابته القضائية.[٤]

ويختص القاضي الإداري بنظر عدة أنواع من الدعاوى ؛ إذ تشمل ولايته كلاً من :

قضاء الإلغاء:

وهو قضاء موضوعي يوجه إلى القرار الإداري ذاته لبحث مشروعيته، ويقتصر القاضي فيه على الحكم إما بإلغاء القرار غير المشروع أو برفض الدعوى، إذا استبان له سلامة القرار المطعون فيه ، ولا تمتد سلطة القاضي إلى أبعد من ذلك ؛ بمعنى أنه ليس من سلطته ترتيب الآثار الناشئة عن الإلغاء فيما يتعلق بالحقوق والالتزامات.[٥]

---

(١) حددت المادة (١٠) من قانون مجلس الدولة رقم ١٩٧٢/٤٧ المسائل التي تختص بها محاكم مجلس الدولة على سبيل الحصر بالآتي: أولاً: الطعون الخاصة بانتخابات الهيئات المحلية. ثانياً : المنازعات الخاصة بالمرتبات والمعاشات والمكافآت المستحقة للموظفين العموميين أو لورثتهم.
ثالثاً : الطلبات التي يقدمها ذوو الشأن بالطعن في القرارات الإدارية الصادرة بالتعيين في الوظائف العامة أو الترقية أو منح العلاوات .
رابعاً : الطلبات التي يقدمها الموظفون العموميون بإلغاء القرارات الإدارية الصادرة بإحالتهم إلى المعاش أو الاستيداع أو فصلهم بغير الطريق التأديبي.
خامساً : الطلبات التي يقدمها الأفراد أو الهيئات بإلغاء القرارات الإدارية النهائية.
سادساً : الطعون في القرارات النهائية الصادرة عن الجهات الإدارية في منازعات الضرائب والرسوم وفقاً للقانون الذي ينظم كيفية نظر هذه المنازعات أمام مجلس الدولة.
سابعاً : دعاوى الجنسية.
ثامناً : الطعون التي ترفع عن القرارات النهائية الصادرة عن جهات إدارية لها اختصاص قضائي ما عدا القرارات الصادرة عن هيئات التوفيق والتحكيم في منازعات العمل ، وذلك متى كان مرجع الطعن عدم الاختصاص أو عيباً في الشكل، أو مخالفة القوانين واللوائح، أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها.
تاسعاً : الطلبات التي يقدمها الموظفون العموميون بإلغاء القرارات النهائية للسلطات التأديبية.
عاشراً : طلبات التعويض عن القرارات المنصوص عليها في البنود السابقة، سواء رفعت بصفة أصلية أم تبعية.
حادي عشر: المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريدات أو بأي عقد إداري آخر.
ثاني عشر : الدعاوى التأديبية المنصوص عليها في هذا القانون.
ثالث عشر : الطعون في الجزاءات الموقعة على العاملين بالقطاع العام في الحدود المقررة قانوناً.
= رابع عشر : سائر المنازعات الإدارية ، وعلى الرغم من هذا التعداد الكبير للمنازعات الإدارية التي تختص بها محاكم مجلس الدولة ، فإن المادة العاشرة قد شابها كثير من عيوب الصياغة السليمة، وكان من الأفضل القول باختصاص محاكم مجلس الدولة بالمنازعات الإدارية لتنهض هذه المحاكم بدورها على أكمل وجه.

(٢) وناطت المادة الثانية من القانون المذكور بالدائرة مهمة الفصل في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية ، راجع عثمان عبد الملك الصالح مقالته ص ١٨ ، ١٩، ومحمود سامي جمال الدين، ص ١١.

(٣) محمود سامي جمال الدين ص ١١ ، ١٢ ، عثمان عبد الملك، ص٢٠ ، عزيزة الشريف – مسئولية السلطة العامة، ص ٨٦ وما بعدها.

(٤) ماجد راغب الحلو.

(٥) ماجد راغب الحلو الإشارة ذاتها ، سامي جمال الدين ، ص ١٥

القضاء الكامل :

وهو عبارة عن قضاء شخصي يوجه من المدعي إلى الإدارة مطالباً فيه بحق له قبلها ، وفي هذا القضاء يبحث القاضي مشروعية العمل الإداري، ولكن يمتد إلى تعديله ، والحكم بتعويض جابر للأضرار التي سببها ، وذلك لتصحيح المركز القانوني للمدعي، ومن أمثلة هذه النوعية من القضاء الطعون الخاصة بانتخابات الهيئات المحلية ، ومنازعات المرتبات والمعاشات والمكافآت ومنازعات الضرائب والرسوم، وطلبات التعويض ومنازعات العقود الإدارية.[١]

قضاء الزجر:

وينجلي هذا القضاء في توقيع الجزاءات على مرتكبي المخالفات التأديبية من العاملين المدنيين بالدولة.[٢]

قضاء التفسير :

ويوجد في حالة إذا ما كان تفسير القرار الإداري وبيان معناه أو بحث مشروعيته ومدى مطابقته للقانون مطلوباً ، وذلك عندما يكون تفسير القرار مسألة أولية في دعوى قائمة تستلزم ذلك ، ولهذا فهو معروف في فرنسا، ولكن غير موجود في مصر أو الكويت.[٣]

وبصرف النظر عن الجدل الفقهي الذي لا ينتهي في هذه المسألة[٤]، فإننا نقسم الدعاوى الإدارية إلى الدعاوى الآتية:

(١) دعوى الإلغاء.

(٢) دعاوى الموظفين وتنقسم إلى قسمين: أولهما دعاوى التسوية، وثانيهما دعاوى القرارات المتعلقة بشئون الموظفين.

(٣) دعاوى العقود الإدارية.

(٤) دعاوى المسئولية وتنقسم إلى: (أ) دعاوى التعويض عن القرارات غير المشروعة. (ب) دعاوى التعويض عن الأعمال المادية للإدارة.[٥]

وفي الكويت حصر المشرع اختصاص الدائرة الإدارية وحدده في ثلاث طوائف من المنازعات، هي:

(١) المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية.

(٢) المنازعات المتعلقة بإلغاء القرارات الإدارية النهائية.

(٣) المنازعات الخاصة بشئون الموظفين.[٦]

الفصل الأول:

الإجراءات السابقة على رفع الدعوى الإدارية

---

(١) ماجد راغب الحلو. الإشارة ذاتها ، سامي جمال الدين، ص ١٥،١٦.
(٢) ماجد راغب الحلو ، محمود سامي جمال الدين، ص ١٩.
(٣) محمود سامي جمال الدين، ص١٨ ، ماجد راغب الحلو، ص٢٦٦.
(٤) راجع بعض هذا الجدل عند سامي جمال الدين، ص ٢٠ -٢٣.
(٥) أخذنا بهذا التقسيم في دراستنا عن مشروع قانون المرافعات الإدارية ومذكرته الإيضاحية ، سابق الإشارة إليه.
(٦) عثمان عبد الملك الصالح، ص٢٠ ، ٢١، وقارن عزيزة الشريف مسئولية السلطة العامة ص٨٧ مع ملاحظة أن دعوى الإلغاء في الكويت ضيقة جداً، وذلك بسبب كثرة القرارات التي رفعها المشرع إلى مرتبة أعمال السيادة على الرغم من أنها في الحقيقة قرارات إدارية عادية.

لا تثير دعاوى العقود أو المسئولية الإدارية ، أو دعاوى التسوية أية إشكالات بشأنها؛ فهي لا تحتاج إلى إجراءات سابقة قبل رفعها وإنما هي أقرب إلى الدعاوى المدنية في طبيعتها.[1]

ولكن تثور المسائل والإجراءات الشكلية ، بصدد دعوى الإلغاء باعتبارها الدعوى التي تقام للمطالبة بإعدام قرار إداري غير مشروع ، وهي بهذا تعد أهم وسائل حماية مبدأ المشروعية ، إذ يؤدي قبولها إلى إلغاء القرار الإداري المطعون فيه.[2]

ينقسم هذا الفصل إلى المباحث الآتية :

المبحث الأول: التظلم الإداري من القرار الإداري.

المبحث الثاني: العرض على لجنة التوفيق.

المبحث الثالث: ميعاد رفع دعوى الإلغاء.

المبحث الأول: التظلم الإداري قبل رفع دعوى الإلغاء:

ليست كل طلبات الإلغاء يجب أن تكون مسبوقة بالتظلم الإداري قبل ولوج باب القضاء[3]، وإنما هناك قرارات معنية أوجب المشرع التظلم منها إلى الجهة الإدارية مصدرة القرار أو الجهة الرئاسية لها ، قبل رفع دعوى الإلغاء ، هذه الطائفة حددتها المادة ٢/١٢ من قانون مجلس الدولة رقم ١٩٧٢/٤٧ بقولها لا تقبل الطلبات الآتية :

١- .....

٢- الطلبات المقدمة رأساً بالطعن في القرارات الإدارية النهائية المنصوص عليها في البنود: ثالثاً ورابعاً وتاسعاً من المادة (١٠)، وذلك قبل التظلم منها إلى الهيئة الإدارية التي أصدرت القرار أو إلى الهيئات الرئاسية وانتظار المواعيد المقررة للبت في هذا التظلم.

وبالرجوع إلى القرارات الواردة بالمادة المذكورة نجد أنها تلك المتعلقة بالقرارات الإدارية النهائية الصادرة بالتعيين في الوظائف العامة أو الترقية أو بمنح العلاوات ، ثانياً: الطلبات المقدمة من الموظفين العموميين بإلغاء القرارات النهائية للسلطات التأديبية.[4]

ولم يتجاهل المشرع الكويتي هذا الإجراء، إذ استلزمت المادة ٨ من القانون رقم ١٩٨١/٢٠ التظلم الإداري قبل اللجوء إلى القضاء في طائفة من القرارات الإدارية ، وهي تلك الواردة بالمادة الأولى ثانياً، وثالثا، ورابعاً، وهي تلك المتعلقة بالتعيين في الوظائف العامة وتلك المتعلقة بالترقيات ، والقرارات المقدمة من الموظفين المدنيين بإلغاء القرارات الصادرة بإنهاء الخدمة أو بتوقيع الجزاءات التأديبية عليهم في حالة ارتكابهم مخالفات تأديبية.[5]

ينقسم هذا المبحث إلى المطلبين التاليين:

---

(١) فلا تحتاج إلى تظلم إداري ولا يتعلق رفعها بمواعيد ، وإن كان يجب عرض الأمر على لجنة التوفيق قبل ولوج باب التقاضي

(٢) ماجد راغب الحلو، ص٣٦٩.

(٣) عزيزة الشريف ومحمد العتيبي، ص١٢٧ ، فالأصل أن التظلم عمل اختياري أمام صاحب الشأن ، فله إن شاء أن يتظلم أو يلجأ مباشرة إلى القضاء ، ماجد راغب الحلو، ص ٣١٩ ، فؤاد أحمد عامر . ميعاد رفع دعوى الإلغاء، دار الفكر الجامعي ٢٠٠١، ص ١٢٤.

(٤) فؤاد أحمد عامر، ص ١٣٣ ، ماجد راغب الحلو، ص ٣٢٠.

(٥) عثمان عبد الملك الصالح، مقالته ص٨٢ ، ٨٣ ، محمود سامي جمال الدين، ص ١٦٦.

المطلب الأول : ماهية التظلم الإداري:

التظلم الإداري هو وسيلة إدارية للتضرر من القرار الإداري أو التأديبي، يقدمها العامل إلى الجهة الإدارية عسى أن تعدل عن قرارها فتسحبه وتكفي العامل مئونة الالتجاء إلى القضاء طلباً لإلغاء القرار.[١]

والتظلم إن كان اختيارياً فهو غير ملزم سواء للمتظلم أو غيره ، فبالنسبة لذي الشأن فإنه يستطيع أن يقدم تظلمه إلى جهة الإدارة، ثم يتوجه مباشرة إلى القاضي الإداري رافعاً دعواه أمامه دون تريث لرد الجهة الإدارية المتظلم إليها ، بقبول التظلم أو رفضه ، أما إذا كان التظلم وجوبياً، وذلك عندما يجعله المشرع شرطاً لقبول الدعوى ؛ أي يتعين إجراؤه قبل ولوج باب التقاضي، ففي هذه الحالة يجب انتظار نتيجة فحص التظلم، وهذه النوعية من التظلمات قاصرة على طعون الموظفين في القرارات المتعلقة بشئونهم الوظيفية ، وقد ذكرت النصوص هذه القرارات صراحة ، وأضاف القضاء إليها- على سبيل القياس - بعض القرارات، كالطعون الموجهة ضد تقارير الكفاءة التي توضع من الموظفين ، باعتبارها قرارات إدارية نهائية تؤثر مآلاً في الترقية.[٢]

شكل التظلم وإجراءاته:

لم يتطلب المشرع المصري في التظلم الإداري الذي يقدم إلى الجهة الإدارية مصدرة القرار أو الجهة الرئاسية لها شكلاً مخصوصاً[٣]؛ لذا يجوز تقديمه بعريضة يقدمها صاحب الشأن ، أو بإنذار على يد محضر يبين فيه المنذر غرضه بوضوح مع طلب تصحيح الوضع القانوني غير المشروع الذي ترتب على القرار المطعون فيه[٤]، كما لا يشترط في التظلم صيغة خاصة أو أوضاع معينة يترتب على مخالفتها البطلان[٥]، كما لا يلزم أن يحدد المتظلم في التظلم وجه العيب الذي شاب القرار ، أو يكون النعي على القرار بوجه من أوجه الطعن بالإلغاء، ولذا يكفي أن يستند المتظلم في تظلمه إلى اعتبارات العدالة أو الملاءمة ... إلخ.

كما لا يشترط في التظلم تضمنه رقم القرار المتظلم منه ، وتاريخ صدوره وإنما يكفي أن يشير المتظلم إلى القرار إشارة موضحة لمعالمه وعلم المتظلم [٦] بمحتوياته علماً يقيناً شاملاً ، يمكن أن يكون من أثره سريان ميعاد الطعن في حقه ، كما لم يشترط القضاء طريقاً معيناً لتقديمه، فيمكن إرساله في صورة برقية متضمنة عناصر التظلم ، أو عن طريق البريد الموصى عليه بعلم الوصول ، ما دامت الجهة الإدارية لم تنكر ذلك، ومن سبل تيسير المشرع لهذا الإجراء أن خلو التظلم من توقيع صاحب الشأن لا يبطله ما دام واضحاً من عباراته صدوره عنه، كما أن عدم وضع رسم الدمغة لا يؤثر عليه ، فلا يبطل بسبب عدم وضع طابع الدمغة عليه.[٧]

وعلى الرغم من التيسيرات الواضحة ، وعدم التقيد بشكليات جامدة في التظلم فإن هناك قواعد يتعين على المتظلم مراعاتها، وإلا كان تظلمه غير مجد ، وهذه القواعد هي :

أ – تقديم التظلم بعد صدور القرار ؛ وذلك لتتمكن جهة الإدارة من إعادة النظر فيه ، ولذا لا يقبل التظلم من قرار لم يصدر بعد؛ إذ ليس منطقياً أن يطلب من الإدارة إعادة النظر في قرار ما زال تحت نظرها ومحل بحثها ، فإن صدر القرار فعندئذ يجوز التظلم منه.[٨]

---

(١) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في ١٩٦٦/٣/٦، أشار إليها فؤاد أحمد عامر، ص ١٢٢. وقارن ماجد راغب الحلو، ص٣١٨.
(٢) في عرض هذين الرأيين عزيزة الشريف ، محمد العتيبي ، ص ١٢٧ ، راجع م٢٩ من قانون العاملين ٧٨/٤٧.
(٣) فؤاد عامر ص ١٢٧ ، ماجد راغب الحلو ص ٢ ، ٣
(٤) حكم محكمة القضاء الإداري. الدعوى رقم ٢/١٦٣ ق جلسة ١٩٤٨/١٠/١٧.
(٥) فؤاد عامر الإشارة ذاتها.
(٦) فؤاد عامر، ص ١٢٨.
(٧) راجع فؤاد عامر، ص ١٢٨ ، ١٢٩ والأحكام المشار إليها عنده.
(٨) راجع ماجد راغب الحلو ، ص ٣٢٠ ، ٣٢١ وحكم المحكمة الإدارية العليا الطعن ١١/٨٦٩ ق جلسة ١٩٦٩/١٢/١٤.

ب – أن يقدم التظلم إلى جهة الإدارة مصدرة القرار أو الجهة الرئاسية لها، فإن قدم إلى جهة غير مختصة فلا يعتد به.

ج– أن يقدم التظلم خلال المدة الجائز فيها إقامة دعوى الإلغاء ، فإذا قدم بعد تحصن القرار – حتى وإن كان القرار معيباً بعيوب تبطله – فإن جهة الإدارة لن تقبل التظلم ولا يمكن إجبارها على نظره.

د– وضوح عبارات التظلم بدقة في تحديد القرار المتظلم منه والجهة التي أصدرته.

هـ – يجب أن يكون التظلم مجدياً أي يكون بمكنة الجهة المتظلم إليها سحب قرارها أو تعديله ، فإن كان التظلم غير مجد؛ لأنه ليس بمقدور جهة الإدارة إعادة النظر في القرار ، كما لو استنفدت ولايتها فور صدوره أو لعدم وجود سلطة رئاسية تملك التعقيب على الجهة مصدرة القرار فإنه لا جدوى من التظلم.[1]

إجراءات التظلم في القانون الكويتي:

على عكس الحال في مصر سار المشرع الكويتي ، إذ جعل التظلم إجراء شكلياً محضاً؛ فجعل التظلم إلى الجهة الإدارية مصدرة القرار أو الجهة الرئاسية بطلب يقدم أو يرسل بكتاب مسجل بعلم الوصول ، وقد حدد مرسوم إجراءات تقديم التظلم الصادر في ١٩٨١/١٠/١٥ البيانات التي يجب أن يتضمنها التظلم، وهي:

(١) اسم المتظلم ووظيفته وعنوانه.

(٢) تاريخ صدور القرار محل التظلم وتاريخ نشره في الجريدة الرسمية أو في النشرات المصلحية أو تاريخ إعلان المتظلم به.

(٣) موضوع القرار محل التظلم والأسباب التي أسس عليها التظلم ، كما يجب إرفاق المستندات التي يرى المتظلم تقديمها تأييداً لتظلمه، وفور تلقي الجهة التظلم فإنها تقيده بسجل خاص برقم مسلسل يبين فيه تاريخ تقديمه ، ويسلم للمتظلم إيصال مبين به رقم التظلم وتاريخ تقديمه أو يرسل إليه بكتاب مسجل بعلم الوصول.[2] بعد استلام الجهة مصدرة القرار المتظلم منه ، للتظلم ، تقوم بتحرير مذكرة توضح فيها وجهة نظرها في التظلم، وذلك خلال مدة قدرها عشرة أيام من وقت تقديم التظلم.

– ترسل الجهة المذكرة وصورة القرار محل التظلم والمستندات المتعلقة بالموضوع إلى ديوان الموظفين.

– هذا إذا كان التظلم قد وجه إلى الجهة ذاتها مصدرة القرار ، أما إن كان قد وجه إلى الجهة الرئاسية لها ، فإن على هذه الجهة إحالة التظلم إلى الجهة مصدرة القرار لاتباع الإجراءات سالفة الذكر.

– يقوم ديوان الموظفين بدراسة التظلم ويبين الرأي القانوني فيه ، ثم يقوم بإرسال التظلم مشفوعاً برأيه خلال عشرين يوماً من تاريخ وروده إليها.

– عقب عودة التظلم مشفوعاً بالآراء القانونية من إدارة الفتوى إلى الجهة المختصة ، تقوم بالبت النهائي في التظلم إما بقبوله أو رفضه، وذلك خلال عشرة أيام من تاريخ عودة التظلم إليها مجدداً ، ويبلغ المتظلم بالقرار الصادر في تظلمه، وذلك بكتاب موصى عليه بعلم الوصول ، فإن كان صادراً برفض التظلم ، فيتعين في هذه الحالة بيان الأسباب التي قام عليها الرفض.[3]

---

(١) فؤاد عامر، ص ١٤٨ ، ١٤٩ ، ماجد راغب الحلو، ص ٣٢١ ، ٣٢٢. راجع إجراءات لفحص التظلم في المراجع المذكورة.

(٢) عزيزة الشريف ، محمد العتيبي ص ١٣٠ ، وقارن إجراءات فحص التظلم في القانون المصري، فؤاد عامر، ص ١٥١ وما بعدها.

(٣) عزيزة الشريف ص ١٣٠ ، ١٣١، ويلاحظ أن هذه الإجراءات ذاتها متبعة في مصر عدا العرض على الفتوى والتشريع ، إذ تعرض التظلمات على إدارات الفتوى أو مفوضي الدولة.

وفي نظرنا أنه قد آن الأوان لإعادة النظر في التظلم الإداري ، وذلك بإلغاء هذا التظلم سواء أكان اختيارياً أم وجوبياً بعدما كشف العمل عن أنه في الأولى أداة للتحايل على مواعيد رفع دعوى الإلغاء ، فقد كشف العمل عن أن القرار قد يصدر، ويظل سنوات ويعلم به صاحب الشأن يقيناً، ومع ذلك ما أن يرى أن القرار قد مس مصلحة له حتى يبادر إلى التظلم من القرار، بحجة أنه لم يعلم به، وقد ساير القضاء الإداري هذا الاتجاه غير السليم، وألغى الكثير من القرارات ، ثم استبان له بعد ذلك العلم اليقيني لصاحب الشأن بالقرار ، وبالنسبة للثاني فهو مضيعة للوقت ، وتطويل لإجراءات التقاضي بغير مقتضى ، إذ إن الجهة الإدارية غالبا ما لا ترد على التظلم أو ترفضه ، تاركة المتظلم ليلجأ إلى القضاء الذي يصدر حكماً ملزماً ، تقوم الجهة الإدارية بتنفيذه ، ولهذا فإننا نرى إلغاء التظلم وفتح باب التقاضي على مصراعيه ليلجأ إليه كل مظلوم.

المطلب الثاني : أثر التظلم الإداري:

تصور المشرع عندما أخذ بالتظلم الإداري أن الجهة الإدارية المتظلم إليها قد تقتنع بصحة وجهة نظر المتظلم ، وعدم مشروعية قرارها فتقوم بسحبه أو تعديله[1]؛ أي عمل رقابة ذاتية من الإدارة على قراراتها؛ مما يؤدي إلى تصفية الكثير من المنازعات الإدارية بحلها قبل الدخول لساحة القضاء، كما أن التظلم قد يؤدي بالإدارة إلى سحب قرارها أو تعديله لاكتشافها عدم الملاءمة ، وهو ما يتعذر إدراكه بواسطة القضاء الذي يراقب المشروعية لا الملاءمة.[2]

ولأهمية التظلم فقد رتب عليه المشرع الكثير من الآثار، لعل أبرزها قطع سريان ميعاد الطعن ، لتبدأ مدة طعن جديدة بعد إظهار وجهة الإدارة موقفها من التظلم[3]، وتبدأ المدة الجديدة منذ صدور قرار رفض التظلم في حالة رفضها الضمني ، الذي يستفاد من سكوت الجهة الإدارية[4]؛إذ اعتبر القضاء انقضاء مدة الستين يوماً في الحالة الأخيرة قرينة غير قاطعة على رفض التظلم ، فإذا أثبت المتظلم أن الإدارة لا تزال تنظر مسألة إنهاء المنازعة ودياً ، فإنه بهذا الإثبات يمكنه رفع الدعوى ، حتى بعد فوات ستين يوماً من تاريخ انقضاء الستين يوماً، التي يعتبر فواتها دون رد من جهة الإدارة بمنزلة رفض للتظلم، ومن ثم فلا تقوم قرينة رفض التظلم إذا استبان للقاضي عدم إهمال الإدارة التظلم ، وأنها استشعرت حق المتظلم فيه فاتخذت مسلكاً إيجابياً واضحاً في سبيل إجابته ، وأن فوات ميعاد الستين يوماً يرجع إلى بطء الإجراءات .... والقول بغير ذلك مؤداه دفع المتظلم إلى اختصام الإدارة قضائياً في وقت تكون هي جادة في سبيل إنصافه.[5]

وإذا تظلم المتظلم فلا يلزم ، أن ينتظر رد الإدارة الصريح أو الضمني على التظلم لكي يلجأ إلى المحكمة ، بل استقر القضاء المصري على قبول الدعوى المسبوقة بتظلم فقط ؛ أي قبل البت فيه ، ولكن بشرط ألا يحكم في الدعوى إلا عقب رد الإدارة على التظلم صراحة

---

(١) وبهذا فإنه إذا انتفت هذه العلة فإن التظلم يكون عديم الأثر ، مثال ذلك قرارات مجلس المراجعة ، قرارات مجلس التأديب هي قرارات نهائية لا يجوز الرجوع فيها ، ولهذا فإن التظلم منها لا يقطع ميعاد رفع الدعوى بطلب إلغائها – راجع فؤاد عامر ص١٥٠-١٥٤ ، حكم المحكمة الإدارية العليا – دائرة توحيد المبادئ الطعن رقم ٢٩/٢٨ ق جلسة ١٩٨٥/١٢/١٥ ، حكم محكمة التمييز الكويتية – « الطعون أرقام ١٠٣ ، ١٠٤ ، ١٠٥ لسنة ١٩٨٦ تجاري جلسة ١٩٨٧/٢/١٨» والطعن رقم ١٩٩٠/٢١٠ إداري جلسة ١٩٩٢/٦/٢٢».

وعلى هذا فإن أعلنت الجهة الإدارية سلفاً أنها لن تنظر التظلمات المقدمة بشأن قرار معين ، فإن التظلم من مثل هذا القرار يكون غير مجد.

« محكمة القضاء الإداري – الحكم الصادر منها في ١٩٦٥/٢/٢٣»

(٢) ماجد راغب الحلو، ص٣١٩.

(٣) فؤاد عامر، ص ٢٠٩ وحكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ٥/٩٢٣ ق جلسة ١٩٥٣/١٢/٢١ ، ماجد راغب الحلو، ص ٣٢٢.

(٤) راجع نص المادة ٢٤ من قانون مجلس الدولة وحكم المحكمة الإدارية العليا . الطعن رقم ١٥/٥٦٠ ق جلسة ١٩٧٣/٢/٢٥ وحكمها في الطعون ١٣١٠، ١٢/١٤٣٣ ق ، ١٨٦٠ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٧٢/٦/٣ ، فؤاد عامر ص ١٩٣ ، ماجد راغب الحلو، ص ٣٢٣ .

(٥) المحكمة الإدارية العليا . الطعن رقم ٣١/٢٠٦٦ ق جلسة ١٩٨٨/١/١٧ ، الطعن رقم ٢٦/٣٠٩ ق جلسة ١٩٨٦/١١/٢ الطعن رقم ٣٦/١٧٣٣ ق جلسة ١٩٩٣/٨/٣ ، ماجد راغب الحلو الإشارة ذاتها، وللمزيد من التفاصيل فؤاد عامر، ص ١٩٤ – ٢٠٢.

أو ضمناً.[1]

والتظلم الذي يقطع ميعاد رفع الدعوى هو التظلم الأول دون سواه ، أما التظلمات التالية فلا أثر لها في هذا الشأن ، وعلة ذلك هي قطع الطريق على ذوي الشأن في أن يتخذوا من تكرار التظلم وسيلة للاسترسال في إطالة ميعاد رفع الدعوى إلى أجل غير مسمى.[2]

والأثر الثاني للتظلم ، هو أنه يخول جهة الإدارة حق نظر الموضوع برمته، فتسحب القرار أو تعدله ، بحسب ما يتراءى لها، كما أن لها أن ترفض التظلم ، والقرار الصادر في شأن التظلم هو القرار النهائي في الموضوع ، ولا يبقى أمام صاحب الشأن من طريق سوى اللجوء إلى القضاء لإنصافه.[3]

المبحث الثاني : العرض على لجنة التوفيق:

وضع المشرع شرطا جديداً لقبول الدعاوى ، وذلك بموجب القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ بإنشاء لجان التوفيق في المنازعات المدنية والتجارية والإدارية ، وهو تقديم طلب التوفيق إلى لجنة التوفيق ، وانقضاء الميعاد المحدد لإصدار التوصية[4]، أو الميعاد المقرر لعرضها على المتنازعين دون قبولها ، وذلك بالنسبة للدعاوى التي ترفع ابتداء إلى محاكم القضاء الإداري ، المتعلقة بالمنازعات التي تثور بين الجهات الإدارية والعاملين فيها أو بينها وبين أشخاص القانون الخاص طبيعة كانت أو معنوية ، وعلى الرغم من أن الغرض من هذه اللجان كان التقليل من نظر المنازعات التي تعرض على المحاكم سواء كانت مدنية أم تجارية أم محاكم إدارية فإن الواقع قد كشف عن أنها لم تطبق إلا بصدد الدعاوى الإدارية دون سواها ، ولم تحقق الغرض الذي أنشئت من أجله بل لم تقترب منه وتحولت إلى عبء جديد زاد من أمد التقاضي.[5]

المنازعات التي تخرج عن اختصاص لجان التوفيق :

على الرغم من أن قانون لجان التوفيق قد ولد ميتاً ، إذ لم يرد المشرع لها أن تكون فعالة في حسم المنازعات التي تعرض عليها لافتقاد ما تصدره من قرارات لحسم المنازعة من صفة الإلزام التي تتميز بها القرارات الحاسمة للمنازعات سواء صدرت من المحاكم في صورة أحكام أم قرارات صادرة عن لجان قضائية أو مجالس تأديب ، إلا أنه لم يشأ أن يجعلها شاملة لجميع المنازعات وإنما أخرج من اختصاصها العديد من المنازعات، فصارت ، أولاً قاصرة على المنازعات الإدارية التي تعرض على محاكم القضاء الإداري دون أن يمتد اختصاصها إلى المنازعات المدنية والتجارية التي تكون الإدارة طرفاً فيها على الرغم من أن قانونها يدخل هذه المنازعات في اختصاصها[6] ثانياً ، حتى في داخل المنازعات الإدارية فقد أخرج المشرع من اختصاصها المنازعات الآتية :

المنازعات التي تكون وزارة الدفاع والإنتاج الحربي أو أي من أجهزتها طرفاً فيها وذلك حفاظاً على سرية البيانات المتعلقة بالأمن القومي.

---

(١) وعلى هذا فالدفع بعدم قبول الدعوى لمجرد أنها قد أقيمت قبل انقضاء ستين يوماً على تقديم التظلم لا سند له من القانون. إدارية عليا الحكم الصادر بجلسة ١٩٦٠/١/١٦ ، ماجد راغب الحلو، ص ٣٢٣ ، ٣٢٤.

(٢) ماجد الحلو، ص ٣٢٤ ، وفي المعنى ذاته حكم محكمة القضاء الإداري الصادر بجلسة ١٩٦٥/٦/٢٦.

(٣) فؤاد عامر، ص ٢٠٩ وما أشار إليه من أحكام في هذا الصدد.

(٤) محمد ظهري محمود – الفصل في الخصومات خارج مجلس القضاء – لجان التوفيق في بعض منازعات الجهات الحكومية والأشخاص العامة. دراسة لما هو كائن وما يجب أن يكون – مقالة منشورة بمجلة هيئة قضايا الدولة، العدد الرابع – س٥٠ أكتوبر – ديسمبر ٢٠٠٦، ص ٣٧ ، ماجد راغب الحلو، ص ٣٣٣ – ٣٣٤.

(٥) محمد ظهري محمود ،الدراسة ذاتها ، ص ٦٠ ، ٦٢.

(٦) محمد ظهري محمود، ص ٣٧-٣٩.

المسائل التي يختص بنظرها القضاء المستعجل:

وهي المسائل التي يخشى عليها من فوات الوقت ، بغض النظر عن طبيعة أصل الحق أو نوعه ، ويتحقق فيها ركن الاستعجال وذلك بأن يكون هناك خطر داهم أو ضرر يتعذر تداركه إذا لم يتدخل القاضي المستعجل وترك الأمر للقضاء العادي ، ومن أشهر الدعاوى المستعجلة بطبيعتها دعاوى إثبات الحالة ، طلبات تقرير نفقة مؤقتة.[١]

منازعات التنفيذ؛ وهي تلك المتعلقة بتنفيذ الأحكام القضائية ويناط بقاضي التنفيذ دون غيره الاختصاص بنظرها والفصل فيها سواء كانت منازعات وقتية أم موضوعية أياً كانت قيمتها ، كما يختص بإصدار القرارات والأوامر المتعلقة بالتنفيذ.[٢]

الطلبات المتعلقة بالأوامر على العرائض:

وهي الطلبات التي يصدرها القاضي بصفته الولائية ، دون سماع أقوال الخصم الآخر؛ أي تخلو من إعمال مبدأ المواجهة.[٣]

الطلبات المتعلقة باستصدار أوامر الأداء.

وهي الأوامر الصادرة بناء على عريضة مقدمة من الدائن مرفقاً بها سند دينه وما يفيد حصول التكليف بالوفاء، وذلك في حالة إذا ما كان الدين ثابتاً بالكتابة وحال الأداء ، ومبلغ من النقود معين المقدار أو منقولاً بذاته أو بنوعه ... إلخ، وهو ما يعتبر استثناء من رفع الدعوى ، ويصدر أمر الأداء على إحدى نسختي العريضة خلال ٣ أيام من تاريخ تقديمها ، ويعلن المدين لشخصه أو في موطنه بالعريضة والأمر الصادر ضده بالأداء ، فإن لم تعلن العريضة والأمر الصادر عليها خلال ٣ شهور من تاريخ إصدار الأمر اعتبر أمر الأداء كأن لم يكن ، ويجوز التظلم من الأمر أمام المحكمة المختصة خلال ١٠ أيام من تاريخ إعلانه.[٤]

طلبات إلغاء القرارات الإدارية المقترنة بطلبات وقف التنفيذ

وهذه النوعية من المنازعات لا يجوز عرضها على لجان التوفيق[٥] فإذا عرضت المنازعة على لجنة التوفيق فإن على خصم الإدارة انتظار ميعاد إصدار اللجنة لتوصيتها، وهي عادة ٦٠ يوماً ، ثم تعرض التوصية على جهة الإدارة فإن قبلتها أصبحت ملزمة وانتهت المنازعة ، إما أن رفضتها الجهة الإدارية ، ففي هذه الحالة ينفتح ميعاد رفع دعوى الإلغاء أمام من مس القرار مصلحته أو أضير من تصرف الإدارة.[٦]

المبحث الثالث : ميعاد رفع دعوى الإلغاء:

بعد تقديم التظلم فإن الأمر لا يخرج عن أحد الفروض الثلاثة الآتية :

الأول : أن يترتب على التظلم سحب القرار المتظلم منه أو تعديله على الوجه السليم، وبهذا ينتهي الأمر وتتحقق رغبة المتظلم وتنتهي المشكلة.[٧]

الثاني : رفض جهة الإدارة التظلم صراحة وتبلغ المتظلم بذلك قبل مضي الستين يوماً المقررة للبت في التظلم.

(١) التفاصيل عند محمد ظهري محمود، ص ٤٢ – ٤٥، ماجد راغب الحلو ص ٣٣٤.
(٢) راجع محمد ظهري محمود، ص٤٤ ، ماجد راغب الحلو، ص٣٣٤
(٣) محمد ظهري محمود الإشارة ذاتها ، ماجد الحلو، الإشارة ذاتها.
(٤) ماجد راغب الحلو، ص ٣٣٥ ، ومحمد ظهري ، الإشارة ذاتها.
(٥) وعلة ذلك أن هذه المسائل مستعجلة بطبيعتها ولا تحتمل التأخير، محمد ظهري ص٤٤، والمراجع المشار إليها عنده.
(٦) محمد ظهري، ص ٤٦ وما بعدها، ولا يعرف النظام الكويتي نظام لجان التوفيق.
(٧) فؤاد عامر، ص ٢٠٩ وما أشار إليه من أحكام في هذا العدد.

الثالث : سكوت جهة الإدارة مدة الستين يوماً الواجب البت فيها دون رد على التظلم . فالإدارة اكتفت بالصمت عقب تلقيها التظلم.

أولاً – ميعاد رفع دعوى الإلغاء في الفرض الثاني:

وفقاً لحكم المادة ٢٤ من قانون مجلس الدولة المصري فإنه إذا لم يكن القرار الحكمي برفض التظلم قد تحقق بانقضاء الستين يوماً المقررة قانوناً لفحص التظلم، وأخطرت الإدارة قبل فواته المتظلم صراحة بالرفض؛ ففي هذه الحالة يحسب الميعاد من تاريخ إعلان هذا القرار الصريح بالرفض؛ لأن هذا الإعلان هو الذي يجري سريان الميعاد قانوناً.[١]

والمقرر قانوناً أن بدء سريان ميعاد رفع الدعوى هو تاريخ الوصول الفعلي للإبلاغ الموجه للمتظلم برفض تظلمه وليس بتاريخ إيداعه مكتب البريد أو بتاريخ ختمه لقيده في سجل المكاتبات الصادرة ، على أنه يتعين الأخذ في الاعتبار أنه في حالة إرسال الإخطار بالبريد فإن المدة التي يتعين وصوله إلى صاحب الشأن فيها مما يخضع لتقدير محكمة الموضوع.[٢]

ثانياً : ميعاد رفع الدعوى في حالة الرفض الضمني للتظلم :

في هذه الحالة ، قدم المتظلم تظلمه ولكن جهة الإدارة تجاهلته فلا هي أجابته ، ولا هي رفضته ، ولا شك في أن هذا الأمر يمثل غالبية موقف جهة الإدارة ، وهو ما عالجه المشرع المصري صراحة في المادة ٢٤ من قانون مجلس الدولة بقوله « ... ويعتبر مضي ستين يوماً على تقديم التظلم دون أن تجيب عنه السلطات المختصة بمثابة رفضه ، ويكون ميعاد رفع الدعوى بالطعن في القرار الخاص بالتظلم ستين يوماً من تاريخ انقضاء الستين يوماً المذكورة وهو ما يستفاد منه أن المشرع قد افترض رفض التظلم ضمناً من قبل الإدارة ، والذي يستفاد من قرينة فوات المدة الزمنية دون أن تجيب جهة الإدارة على التظلم[٣] ، وفي هذه الحالة ترفع الدعوى بالطعن في القرار الخاص بالتظلم خلال ستين يوماً من تاريخ انقضاء الستين يوماً المشار إليها[٤] ، ويتفرع عن هذه المسألة الأمور التالية:

أ – إعلان المتظلم بقرار صريح بالرفض بعد انقضاء الستين يوماً المحددة لفحص التظلم ، تناولت المحكمة الإدارية العليا هذه المسألة ، بقولها اطردت أحكام المحكمة الإدارية العليا في تفسيرها لنص المادة ٢٤ من قانون مجلس الدولة رقم ١٩٧٢/٤٧ على أن ميعاد رفع الدعوى بعد انقطاعه بالتظلم من القرار أو حسابه من تاريخ فوات ستين يوماً على التظلم دون إجابة عنه أو من تاريخ رفضه صراحة قبل مضي هذه المدة؛ أي التاريخين أقرب ، بمعنى أنه إذا صدر قرار صريح برفض التظلم قبل انقضاء مدة القرار الضمني بالرفض ، احتسب ميعاد رفع الدعوى من تاريخ القرار الصريح، أما إذا انقضت فترة القرار الضمني دون صدور قرار صريح احتسب الميعاد من تاريخ انقضاء فترة القرار الضمني حتى ولو صدر قرار صريح بالرفض بعد ذلك.[٥]

ب – رفع الدعوى قبل فوات ميعاد البت في التظلم.

في هذه الحالة يقوم ذو الشأن بالتظلم من القرار إلى الجهة مصدرة القرار ، ولكن بدلاً من أن ينتظر بت الإدارة في التظلم ، يبادر إلى إقامة دعواه أمام المحكمة ، أجابت المحكمة الإدارية العليا على هذه المسألة ، بقولها إن رفع الدعوى قبل انقضاء الميعاد المحدد للبت

---

(١) إذ في هذه الحالة انتهت المشكلة قبل الوصول للقضاء ومن ثم اقتصر الأمر عند هذا الحد.

(٢) راجع ماجد راغب الحلو، ص ٣١٠ ، فؤاد عامر، ص٣١٥.

(٣) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا . الطعن رقم ٤/٣٩١ق جلسة ١٩٦٠/١/٢٣ ، فؤاد عامر ص٢١٦ مع ملاحظة أن ميعاد الطعن بالإلغاء على القرارات الإدارية الفردية يبدأ سريانه من تاريخ علم صاحب الشأن بها علماً يقينياً لا ظنياً ولا افتراضياً، وهو يتم إما بإعلان صاحب الشأن بالقرار أو من آية واقعة أو قرينة تفيد حصول هذا العلم . إدارية العليا . الطعن رقم ٣٥/٤٩ ق جلسة ١٩٩٣/٤/٣.

(٤) راجع فؤاد عامر، ص ٢١٩.

(٥) راجع المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم ٣١/٣٠٦٦ ق جلسة ١٩٨٨/١/١٧ وفؤاد عامر، ص ٢٢٠.

في التظلم صحيح ويتفق مع القانون ، ولكن يشترط في هذه الحالة عدم إصدار حكم في الدعوى قبل البت في التظلم من قبل جهة الإدارة.[١]

ج- حالة اتجاه الإدارة إلى قبول التظلم، ثم عدولها عن الاتجاه المذكور في هذه الحالة بحسب الميعاد من التاريخ الذي تكشف فيه الإدارة عن اتجاهها إلى إجابة المتظلم لتظلمه.[٢]

د- إذا سلكت الإدارة مسلكاً إيجابياً نحو بحث التظلم ، فإن هذا المسلك يعتبر مانعاً لسريان قرينة الرفض الضمني ، وفي هذه الحالة ، فإن ميعاد رفع دعوى الإلغاء لا يسري إلا من تاريخ إخطار المتظلم بالموقف النهائي للجهة الإدارية.[٣]

وبفوات المواعيد السابقة ، دون لجوء إلى القضاء يتحصن القرار ، فيصبح عصياً على الإلغاء ، حتى وإن كان باطلاً.

وفي الكويت فإنه وفقاً لحكم المادة ٧ من قانون إنشاء الدائرة الإدارية فإن ميعاد رفع دعوى الإلغاء هو ستون يوماً من تاريخ نشر القرار المطعون فيه أو إعلان صاحب الشأن به ؛ أي أن المشرع الكويتي قد ساوى بين النشر والإعلان في قوة إثبات وصول القرار الطعين إلى علم صاحب الشأن[٤]، وفي بدء الميعاد المقرر للطعن عليه، وإن كان القضاء لم يأخذ بهذا الأمر على إطلاقه[٥] والمقصود بالعلم هو العلم اليقيني بالقرار وبجميع عناصره والأسباب التي بني عليها علماً يجعله على بينة من أمره ، ويبين حقيقة مركزه القانوني بالنسبة إليه[٦]، ولا يختلف الأمر في حالة القرارات الواجب التظلم منها عما هو الحال عليه في مصر.[٧]

الفصل الثاني: اتصال المحكمة بالدعوى الإدارية:

إذا صدر القرار الإداري وتبين لفرد ما أو لموظف في جهة إدارية أن هذا القرار قد مس مصلحة له ، وتحقق علمه اليقيني بهذا القرار ، فإن له في الحالة الأولى أن يلجأ إلى القضاء الإداري طالباً منه العدل والإنصاف مباشرة أو أن يفضل اللجوء إلى جهة الإدارة ذاتها متظلماً إليها من قرارها بحيث تغدو الإدارة خصماً وحكماً في آن واحد، وهي إما أن ترى أن له حقاً قد أضر به قرارها فتقوم بسحبه أو تعديله ، بما يؤدي إلى إنصاف المتظلم دون ولوج باب التقاضي وما يستتبعه ذلك من وقت وجهد ونفقات ، وطول إجراءات ، أو ترفض طلبه صراحة أو ضمناً ، فيضطر إلى رفع دعواه أمام القضاء الذي ينصفه بحكم حائز لقوة الأمر المقضي يعيد الأمر إلى نصابه الصحيح ، وقد كشف العمل عن أن الجهات الإدارية قلما تنصف المتظلم إليها ، أما بالنسبة للموظف العام فإنه يجب عليه التظلم من القرار الذي مس مركزه وأن ينتظر المواعيد المقررة للبت في التظلم، ولا يختلف في هذه الحالة عن حالة سلفه غير الموظف؛ إذ الإدارة تنظر تظلمه ولها الخيار في أن تنصفه أو تتجاهل تظلمه وفي هذه الحالة عليه اللجوء إلى القضاء طالباً إنصافه بحكم وعندئذ تتصل المحكمة بالدعوى الإدارية.[٨]

---

(١) راجع فؤاد عامر ص ٢٢٢ وما أشار إليه من أحكام هـ ١.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا . الطعن ١٤/١٢٣٤ ق جلسة ١٩٧٤/٢/٢٤ وفؤاد عامر، ص ٢٢٤.

(٣) والمقصود بالمسلك الإيجابي لجهة الإدارة اتجاه جهة الإدارة نحو إجابة الطالب لتظلمه، أي لطلباته وليس المقصود به فحص التظلم ، واتجاه جهة الإدارة نحو بحث التظلم. راجع أحكام المحكمة الإدارية العليا في الطعون ارقام ١٣١٠ ، ١٤٣٣ لسنة ١٢ ق ، ٣/١٠٦٨ ق جلسة ١٩٧٢/٦/٣ ، والطعون أرقام ٣٢/٤٠٨ق جلسة ١٩٩٣/٢/٧ ، ٣٦/٣٠٩ق جلسة ١٩٨٦/١١/٢ وفؤاد عامر ص ١٩٣-١٩٦.

(٤) سامي جمال الدين، ص ١٧٣.

(٥) إذ لا زال الإعلان بالقرار هو الأصل ، أما النشر فهو الاستثناء؛ بحيث لا يكفي النشر في حالة إمكانية الإعلان – راجع سامي جمال الدين، ص١٧٤ وما أشار إليه من أحكام .

(٦) راجع حكم محكمة التمييز . الطعون أرقام ١٠٣ ، ١٠٤ ، ٨٦/١٠٥ تجاري جلسة ١٩٨٧/٢/١٨ ، وإذا دفعت الجهة الإدارية بعدم قبول الدعوى لفوات ميعاد الطعن بالإلغاء ، لعلم الطاعن بالقرار فإنه – مع ذلك يقع عبء إثبات علم صاحب الشأن بالقرار عليها – الطعن بالتمييز رقم ٨٨/١٩٩ تجاري جلسة ١٩٨٨/١١/٢٧.

(٧) راجع ما تقدم – وسامي جمال الدين ، ص ١٧٣ وما بعدها.

(٨) لا تثور أية مشكلة بالنسبة لباقي الدعاوى الإدارية – كدعاوى العقود الإدارية ، ودعاوى المسئولية الإدارية ، ودعاوى التسوية ، فهذه الدعاوى لا ترتبط بمواعيد ، ولا يشترط سبقها بتظلم قبل ولوج باب القضاء ، ولهذا فلا تثير أية مشكلة في العمل.

تقسيم ينقسم هذا الفصل إلى المباحث التالية :

المبحث الأول : رفع الدعوى الإدارية.

المبحث الثاني : الاختصاص بنظر الدعوى الإدارية.

المبحث الثالث : شروط قبول الدعوى الإدارية.

المبحث الأول : رفع الدعوى الإدارية:

ترفع الدعوى الإدارية بعريضة تودع من صاحب الشأن نفسه أحياناً أو من وكيله غالباً[١] قلم كتاب المحكمة المختصة موقعة من محام مقيد بجدول المحامين المقبولين للمرافعة أمام تلك المحكمة[٢] متضمنة – بالإضافة إلى البيانات العامة المتعلقة باسم المدعي ومن يوجه إليه الطلب وصفته ومحل إقامته – البيانات التالية:موضوع الطلب وتاريخ التظلم من القرار، إن كان من القرارات الواجب التظلم منها، ونتيجة فحص التظلم ، والمستندات المؤيدة لطلبه ، ويرفق بالعريضة صورة للقرار الطعين أو ملخص له إن كان هذا القرار صريحاً ، إما إذا كان هذا القرار ضمنياً ، مستفاداً من صمت الإدارة المدة الواجب الرد فيها على التظلم دون إجابة وهي المحددة بستين يوماً من تاريخ تقدمه ، فيقدم ما يفيد تقديمه التظلم في التاريخ المحدد.

وإذا ارتأى المدعي عدم كفاية عريضة الدعوى في تبيان حقيقة مقصودة من الدعوى فله أن يقدم مع العريضة مذكرة شارحة للموضوع بتعمق، يوضح فيها أسانيد دعواه الواقعية والقانونية ، وكل ما يؤيده في طلباته ، وعليه أن يودع كذلك بقلم الكتاب – عدا الأصل – عدداً كافياً من صور العريضة والمذكرة وحافظة المستندات ، وقد جرى العمل في مصر على إمكانية رفع دعوى الإلغاء ودعوى التعويض بعريضة واحدة.[٣]

الإعلان وما يليه:

تعلن صحيفة الدعوى ومرفقاتها إلى جهة الإدارة المختصة في العريضة وإلى ذوي الشأن في ميعاد لا يجاوز سبعة أيام من تاريخ تقديمها بخطاب موصى عليه بعلم الوصول (م٢٥) من قانون مجلس الدولة ، وقد أوجب المشرع على الجهة الإدارية أن ترد على الدعوى ، بأن تودع قلم الكتاب مذكرة بالبيانات والملاحظات المتعلقة بموضوع الدعوى ، مشفوعة بالمستندات المؤيدة لوجهة نظرها ، وذلك خلال ميعاد قدره ثلاثون يوماً من تاريخ الإعلان[٤] ولرئيس المحكمة أن يقصر هذا الميعاد ، وذلك بقرار غير قابل للطعن عليه يعلن لذوي الشأن عن طريق البريد الموصى عليه بعلم الوصول خلال ميعاد قدره ٢٤ ساعة من تاريخ صدوره ، ويبدأ سريان الميعاد المقصر من تاريخ الإعلان ، وللطالب حق الرد على مذكرة الجهة الإدارية خلال المهلة التي يحددها له مفوض الدولة إن رأى وجهاً لذلك ، وإعمالاً

---

(١) وفقاً لإحصائية غير منشورة فإن نحو ٨٥٪ من الدعاوى الإدارية تقدم بواسطة المحامين ، وليس بواسطة ذوي الشأن أنفسهم، ولعل ذلك راجع إلى ما تمتاز به الموضوعات الإدارية من دقة تحتاج إلى شخص يحترف الصياغة القانونية ، وهو الأمر الذي يتوافر في المحامي ، وليس في غيره.

(٢) ويترتب على إغفال هذا الإجراء ، بطلان عريضة الدعوى وهو بطلان متعلق بالنظام العام ، راجع أحكام محكمة النقض في الطعون أرقام ١٩٧٢/١/٢٠ س٢٣ ص٨٨ ، ٥١/٢/٢٧ ق جلسة ١٩٨٤/٦/٧، ٥٠/١١٩٧ق جلسة ١٩٨٤/٣/١٥ – مزيد من التفاصيل – محمد ظهري محمود – كاتب المحكمة ودوره في الدعوى المدنية – تحت النشر بمجلة مصر المعاصرة ، ص٢ وما بعدها.

(٣) في هذه الحالة خالف القضاء الإداري المصري نظيره الفرنسي الذي لا يجيز الجمع بين طلبي الإلغاء والتعويض في صحيفة دعوى واحدة – ماجد الحلو ص٣٤٢-٣٤٣ ، حيث ذكر أن دعوى الإلغاء لا ترفع إلا في عريضة مستقلة.

(٤) على الرغم من أن ظاهر النص المتعلق بالمواعيد يوحي بأنه وجوبي، أي يترتب على مخالفته البطلان المتعلق بالنظام العام إلا أن العمل قد كشف عن أن كل المواعيد الواردة بالنصوص السابقة هي مواعيد تنظيمية ، لا يترتب على مخالفتها البطلان.

لمبدأ المواجهة ، فإن الجهة الإدارية أن تودع مذكرة بملاحظاتها على رد ذي الشأن خلال مدة مماثلة ، وبعد ذلك يقوم قلم كتاب المحكمة بإحالة ملف الدعوى إلى هيئة مفوض الدولة بالمحكمة لتهيئة الدعوى للمرافعة ، وقد جرى العمل على أن ترفع الدعوى لقلم الكتاب الذي يحيل الدعوى إلى هيئة مفوض الدولة ، التي تقوم بعقد جلسات متتالية يقدم كل خصم فيها ما لديه من مستندات ومذكرات ، فإن ارتأى المفوض أنها استوفت يقوم بحجزها لإيداع التقرير ، وبعد ذلك يقوم مفوض الدولة بإعداد تقرير يتضمن وقائع الدعوى والنصوص القانونية والمبادئ القضائية التي تحكمها ثم يقترح مشروع حكم فاصل في الدعوى ، وبعد ذلك تقوم هيئة المفوضين بعرض ملف الدعوى على رئيس المحكمة لتحديد جلسة نظر الدعوى ، فإن حدد هذه الجلسة يقوم قلم الكتاب بإبلاغ ذوي الشأن بها، وميعاد الحضور هو ثمانية أيام على الأقل ، ويمكن في حالة الاستعجال تقصيره إلى ثلاثة أيام.[١]

نطاق القضية أمام المحكمة:

أخذاً بقواعد المرافعات التي أحال إليها قانون مجلس الدولة ، فإن للمدعي أن يقصر طلباته على الطلبات الأصلية الواردة بالعريضة منذ رفعها أو يعدل طلباته إما بالنزول عن بعضها ، أو بإضافة طلبات جديدة إليها إن رأى محلاً لذلك شريطة ألا يكون باب المرافعة قد قفل في الدعوى.

كما يجوز للغير أن يتدخل في الدعوى ، وهذا التدخل قد يكون إجبارياً أو اختيارياً ، إذ وفقاً لحكم المادة ٢٧ من قانون مجلس الدولة فإن لمفوض الدولة أن يأمر بإدخال شخص ثالث في الدعوى.

وقد يكون التدخل انضمامياً ، وفيه يتدخل الغير لتأييد المدعي أو جهة الإدارة في طلباته ، وقد يكون التدخل اختصامياً، وفيه يتدخل الغير لدحض ادعاءات المدعي التي تؤثر في مصالحه ، ويشترط في التدخل أن يكون للمتدخل مصلحة ، كما يجب أن يتم التدخل خلال المدة التي يجوز الطعن خلالها بالإلغاء .

وعموماً فإن التدخل في دعوى الإلغاء يخضع لقواعد قانون المرافعات المدنية والتجارية ، وذلك لعدم صدور قانون خاص بالمرافعات الإدارية.[٢]

وفي الكويت – فإنه وفقاً لحكم المادتين ٩ ، ١٠ – ترفع دعوى الإلغاء بصحيفة تودع إدارة كتاب المحكمة الكلية متضمنة بيان موضوع المنازعة وأسبابها وطلبات مقدم الصحيفة، بالإضافة إلى البيانات العامة التي تتضمنها صحف الدعاوى[٣] وإلى جانب هذه الشكلية فقد استلزم المشرع أن يقدم المدعي المستندات المؤيدة لادعاءاته، وأصل الصحيفة ، وعدداً كافياً من الصور، فإذا استوفى المدعي هذا الإجراء ، سلمت إدارة الكتاب له إيصالاً تثبت فيه تاريخ الإيداع وساعته ، وعليها خلال الأيام الثلاثة التالية إعلان الجهات الحكومية والمؤسسات العامة بإدارة الفتوى والتشريع ، ويكون لكل من الخصوم الحق في إبداء رده على ما ورد بالصحيفة، وذلك بمذكرة يتم إيداعها إدارة كتاب المحكمة مشفوعة بالمستندات اللازمة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان بالصحيفة ، وبانتهاء هذه المدة تحدد إدارة الكتاب جلسة نظر الموضوع وذلك خلال ميعاد قدره شهران على الأكثر ، مع إخطار جميع أطراف النزاع بتاريخ الجلسة قبل انعقادها بأسبوع على الأقل، وذلك بكتاب موصى عليه بعلم الوصول ، فإذا انعقدت جلسة نظر الدعوى فإنه يجوز للخصوم تقديم ما يتوافر لديهم من مستندات ، وكذلك تقديم مذكرات جديدة ، إن صرحت المحكمة بذلك

---

(١) راجع في تفاصيل هذه المسألة محمد ظهري محمود – مشروع قانون المرافعات الإدارية . منشور بمجلة كلية الحقوق جامعة حلوان سابق الإشارة إليه.

(٢) والغريب أن المحكمة الإدارية العليا قد أجازت التدخل أمامها لخصم ارتأت أن له مصلحة في التدخل ، على الرغم من عدم تدخله أمام محكمة القضاء الإداري – الحكم الصادر بجلسة ١٩٦٠/١/٢٠ – مشروع قانون المرافعات الإدارية سالف ذكره.

(٣) وقد جرى قضاء محكمة التمييز بأن قانون المرافعات فيما نظمه بصدد الخصومة وإجراءاتها وإجراءات الفصل فيها وأحكامها وقواعدها هو كأصل عام القانون الإجرائي العام فيما لم يرد به نص إجرائي خاص (الطعن رقم ٩٩٣/٣ مدني جلسة ١٩٩٣/١١/١٥).

وفي خلال المواعيد التي تحددها لهم والملاحظ على هذا النص أنه لم يشر من قريب أو بعيد إلى ضرورة أن تكون الصحيفة موقعة أو مصوغة من محام مقبول للمرافعة أمامها ، فضلاً عن أن النص مشوب بكثير من الغموض الذي كان يتعين استجلاؤه. إلا أن الأصل العام الوارد بقانون المحاماة يوجب توقيع صحيفة الدعوى قبل إيداعها قلم الكتاب.

المبحث الثاني : أثر رفع الدعوى والاختصاص بنظرها:

لا يترتب على رفع دعوى الإلغاء وقف تنفيذ القرار الإداري المطعون فيه، وذلك راجع لقرينة الصحة التي تلحق بالقرار فوره صدوره ، إذ يفترض في القرار الإداري أنه صحيح ، متفق مع القانون ، إلى أن يثبت العكس، كما أن وقف التنفيذ لمجرد رفع الدعوى بطلب إلغاء القرار ، استناداً إلى الادعاء بعدم مشروعيته من شأنه عرقلة أعمال الإدارة ، وعدم تمكنها من مباشرة أنشطتها على النحو المحقق للصالح العام ، وهو ما أكدته المادة ٤٩ من قانون مجلس الدولة بقولها : «لا يترتب على رفع الطلب إلى المحكمة وقف تنفيذ القرار المطلوب إلغاؤه ..» مع ملاحظة أن الجهة الإدارية عندما تستمر في تنفيذ قرار تم الطعن عليه بالإلغاء ، إنما تقوم بذلك على مسئوليتها، خاصة أن الحكم بالإلغاء من شأنه إعدام القرار منذ مولده؛ أي يعتبر كأن لم يكن، وهو ما يلقي على الإدارة عبء إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل صدور القرار . باختصار فإن رفع الدعوى بطلب الإلغاء لا يعطل تنفيذ القرار[١] ولا يوقف تنفيذه إلا إذا قضت المحكمة بهذا الوقف لأسباب خاصة وبشروط معينة سنعرض لها .[٢]

الاختصاص بنظر الدعوى الإدارية :

تثور مسألة الاختصاص هذه في حالة تعدد درجات المحاكم في الطبقة الواحدة ؛ ففي محاكم أول درجة في القضاء الإداري يوجد نوعان من المحاكم هما : (أ) المحاكم الإدارية ، (ب) محكمة القضاء الإداري ، وفي داخل المحاكم التأديبية ، يوجد نوعان من المحاكم هما : (١) المحكمة التأديبية العادية ، والمحكمة التأديبية المختصة بتأديب موظفي مستوى الإدارة العليا[٣]، ولكل من النوعين دعاوى معينة يختص بنظرها ، وقد أخذ المشرع المصري بالدرجة الوظيفية معياراً لتوزيع الاختصاص بين محكمة القضاء الإداري ، كمحكمة أول درجة، والمحاكم الإدارية ، فوفقاً لحكم المادة ١٤ من قانون مجلس الدولة المصري فإن المحاكم الإدارية تختص بالنظر في المسائل الواردة بالمادة ١٠ / ثالثاً ورابعاً ، وهي المنازعات المتعلقة بالمرتبات والمعاشات والمكافآت المستحقة للموظفين العموميين أو لورثتهم وكذلك الطلبات المتعلقة بالطعن في القرارات الصادرة بالتعيين في الوظائف العامة أو الترقية أو منح علاوات ، وكذلك طعون الموظفين العموميين في القرارات الصادرة بإحالتهم إلى المعاش أو الاستيداع أو فصلهم بغير الطريق التأديبي[٤]، كما ناط المشرع بالمحاكم الإدارية الاختصاص بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية وذلك إذا كانت قيمة المنازعة لا تجاوز خمسمائة جنيه مصري، ولعل أهم ما يلاحظ على اختصاص المحاكم الإدارية ما يلي: (١) تشكل المحكمة الإدارية من ثلاثة قضاة، ومع ذلك فقد ضيق المشرع من نطاق اختصاصها بصورة مبالغ فيها؛ بحيث جعل اختصاصها على سبيل الاستثناء ، بينما جعل محكمة القضاء الإداري هي صاحبة الولاية العامة في نظر الدعاوى الإدارية ، وهو ما أدى إلى حدوث نتيجة غير منطقية في العمل تمثلت في تكدس محكمة القضاء الإداري بأعداد مهولة من الدعاوى ، الكثير منها بسيط خاصة قضايا الموظفين التي لا تحتاج إلى جهد أو إعمال فكر أو ابتداع مبادئ قضائية جديدة لاستقرار

---

(١) راجع في هذا الشأن سامي جمال الدين ص ٣٦٩ ، وهو الوضع نفسه في الكويت. راجع نص المادة ٦ من قانون إنشاء الدائرة الإدارية ، وانظر كذلك ماجد راغب الحلو . المرجع السابق، ص٣٤٥.

(٢) راجع ما سيلي بخصوص هذه المسألة.

(٣) سنخصص دراسة مستقلة للمحاكم التأديبية.

(٤) محمد ظهري محمود – الاختصاص النوعي والقيمي للمحكمتين الجزئية والإدارية – دراسة مقارنة – منشورة بمجلة البحوث القانونية الصادرة عن كلية الحقوق بني سويف، عدد يناير ٢٠٠١، السنة ١٥.

المبادئ بشأنها، ومع ذلك ظلت راكدة بمحكمة القضاء الإداري لسنوات عديدة نتيجة للتكدس الذي تعانيه المحكمة المذكورة وقلة عدد قضاتها.[1]

(٢) عندما أخذ المشرع بمعيار درجة الوظيفة لتحديد اختصاص المحاكم الإدارية جعل منازعات الموظفين العموميين من الدرجة الثالثة وما دونها هو مناط اختصاص المحاكم الإدارية ، ومنازعات الموظفين من الدرجة الثانية وما يعلوها هو مناط اختصاص محكمة القضاء الإداري، بنظر منازعات الموظفين، وهو معيار تحكمي أكثر منه معياراً منضبطاً أدى إلى نتائج غير منطقية في العمل؛ إذ قد ترفع الدعوى من مجموعة من الموظفين بالطعن على أحد القرارات المتعلقة بشئونهم الوظيفية ، أمام المحكمة الإدارية المختصة وقد يتصادف أن يكون من بينهم موظف من الدرجة الثانية ، فتكون النتيجة أن تفصل المحكمة في موضوع الدعوى بالنسبة للمدعين جميعاً عداه ، إذ بالنسبة لذي الدرجة الثانية تحكم المحكمة بعدم اختصاصها نوعياً بنظر الدعوى وإحالتها إلى محكمة القضاء الإداري ، ليلقى طعنه في أكداس القضايا المكدسة بمحكمة القضاء الإداري ، وتكون النتيجة هي حصول زملائه على حقهم بينما يظل هو منتظراً لمدة سنوات حتى تفصل محكمة القضاء الإداري في طعنه ، وهو أمر غير منطقي بالمرة، فعلى الرغم من وحدة موضوع المنازعة إلا أنه قد فصل فيها من محكمتين مختلفتين في وقت متباعد بين الحكمين الأول والثاني، وهو ما يمثل خللاً لا يمكن إنكاره بين المراكز القانونية للمدعين.[2]

(٣) ثار خلاف واضح عن الاختصاص المنوط بالمحاكم الإدارية في المسائل المتفرعة من القرارات التي تختص بنظرها، وعلى سبيل المثال قرارات نقل الموظفين من الدرجة الثالثة وما دونها ، وتقارير الكفاية عنهم ، وقرارات الندب وغيرها من المسائل المتعلقة بشئونهم الوظيفية ، فهذه القرارات لم تتعرض لها المادة (١٠) من قريب أو بعيد ، ولم يُنط الاختصاص بنظرها لمحكمة القضاء الإداري أو للمحاكم الإدارية مما أحدث تناقضاً واضحاً في الاختصاص ، إذ مدت محكمة القضاء الإداري في بعض المحافظات اختصاصها للطعون المتعلقة بقرارات النقل والندب أياً كانت درجة الموظف الذي رفع الطعن؛ أي ولو كان درجة ثالثة أو دونها في حين أن دوائر أخرى لمحكمة القضاء الإداري بمحافظات أخرى قضت بعدم اختصاصها نوعياً بنظر الدعاوى المتعلقة بقرارات النقل والندب إذا كان رافعها من الدرجة الثالثة وما دونها ، والوضع نفسه سارت عليه المحاكم الإدارية ، إذ قضت بعضها في الدعاوى المتعلقة بقرارات النقل والندب المرفوعة من موظفي الدرجة الثالثة بأحكام فاصلة في الموضوع ، بينما قضت بعضها بعدم اختصاصها نوعياً بنظر الدعوى وإحالتها إلى محكمة القضاء الإداري ، وقد انعكس هذا الخلاف على أحكام المحكمة الإدارية العليا إذ قضت بعضها باختصاص محكمة القضاء الإداري بنظر المنازعات المتعلقة بقرارات النقل أياً كانت درجة الموظف الذي أقامها بنظر المنازعات المتعلقة بقرارات النقل أياً كانت درجة الموظف الذي أقامها ، في حين قضت أحكام أخرى باختصاص المحاكم الإدارية بهذه النوعية من المنازعات إذا رفعت من موظف درجة ثالثة أو ما دونها، وقد أدى هذا الخلاف إلى تدخل دائرة توحيد المبادئ التي قضت مؤخراً باختصاص محكمة القضاء الإداري بالمنازعات المتعلقة بقرارات النقل والندب، أياً كانت درجة الموظف الذي أقامها ، وعلى الرغم من أن هذا المبدأ منتقد بشدة ، إلا أنه حسم الخلاف السابق حول تحديد المحكمة المختصة بنظر الطعون في قرارات النقل المقامة من الموظفين العموميين من الدرجة الثالثة وما دونها.

(٤) ناط المشرع بالمحاكم الإدارية المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية على الرغم من أن العمل قد كشف عن عدم وجود منازعات متعلقة بعقود إدارية بهذه القيمة التافهة ، وهو ما ترتب عليه عملياً تعطل هذا الاختصاص وصيرورة النص المقرر له إلى مجرد نص نظري كل قيمته وجوده بالكود.[3]

---

(١) راجع في سنة ٢٠٠٢ بلغ عدد القضايا المتداولة بمحكمة القضاء الإداري ٦٦٠٢٣ قضية وعدد مستشاريها ١٤٩، راجع مقالنا: لجان التوفيق، ص١٦-١٧.

(٢) راجع محمد ظهري محمود ، مقالته سالفة الذكر.

(٣) محمد ظهري محمود – مقالته المنشورة بمجلة كلية حقوق بني سويف حيث عرضنا فيها المشكلات التي تواجه المحاكم الإدارية ، وكيف أن المشرع المصري كان قصير النظر – على عكس المشرع الفرنسي – في تنظيمه للمحاكم الإدارية التي جعلها مجرد كيان لا دور له في التنظيم القضائي المصري بما لا يتفق مع المنطق السليم، وعلى نحو ما فعل المشرع الفرنسي وهو ما يوجب عليه أن تكون مختصة بالغالبية العظمى من المنازعات الإدارية أو على أقل تقدير أن تكون المختصة بنظر جميع منازعات الموظفين ، وغالبية الدعاوى التي لا تعد من القضايا التي لا تمثل أهمية في موضوعها ؛ أي باختصار أن تكون المحاكم الإدارية هي المحاكم ذات الولاية العامة في نظر المنازعات الإدارية ، وأن يقتصر دور محكمة القضاء الإداري على القضايا ذات الأهمية الخاصة التي تمس بطريق مباشر مؤسسات الدولة في الصميم ، وفي بيان التنظيم القضائي المصري ، راجع لنا مشروع قانون المرافعات الإدارية سابق الإشارة إليه وكذلك مذكرته الإيضاحية.

الوضع بالكويت :

أدى عدم وجود تنوع بمحاكم الدرجة الأولى ، واقتصار الفصل في كل المنازعات الإدارية على الدائرة الإدارية المنشأة بالمحكمة الكلية إلى عدم ظهور هذه المشكلة ، ومن ثم ، فلا وجود للخلاف السابق في النظام القضائي ، وهو نتيجة طبيعية لوحدة القضاء الذي أخذ به المشرع الكويتي.[١]

المبحث الثالث: شروط قبول الدعوى الإدارية:

إذا رفعت الدعوى الإدارية وتحققت المحكمة من مسألة اختصاصها بنظرها ، تأتي المسألة الثانية وهي التحقق من توافر شروط قبول الدعوى ، فإذا تحققت المحكمة من توافرها نظرت الدعوى ، وإذ تخلف أحدهما قضت بعدم قبول الدعوى ، وهذا الحكم ليس نهاية المطاف بل يستطيع المحكوم ضده تصحيح دعواه وإعادة رفعها من جديد[٢]، وهذه الشروط، هي: (١) المصلحة ،(٢) الصفة.

الشرط الأول - المصلحة :

شرط المصلحة في رافع الدعوى ، شرط مطلوب لجميع الدعاوى إدارية أو غير إدارية، وذلك لأنه من المبادئ المقررة قانوناً بأنه حيث لا مصلحة فلا دعوى إلا أن هذا الشرط يختلف في دعوى الإلغاء عن سائر الدعاوى الإدارية الأخرى ، فالمصلحة في دعوى الإلغاء أكثر اتساعاً بحكم أن هذه النوعية من الدعاوى تنتمي إلى نوعية الدعاوى المسماة بالقضاء العيني الذي يستهدف الدفاع عن مبدأ المشروعية ذاته ، أكثر من الدفاع عن حقوق المتقاضين[٣] الشخصية .

تعريف المصلحة :

تعرف المصلحة بأنها الفائدة العملية التي تعود على رافع الدعوى من الحكم له بطلباته، ولهذا فلا تقبل الدعوى إذا لم يكن الحق أو المركز القانوني المطلوب حمايته قد وقع عليه اعتداء أو حصلت منازعة بشأنه تبرر الالتجاء إلى القضاء[٤].

الشروط الواجب توافرها في المصلحة :

يشترط في المصلحة أن تكون شخصية ومباشرة ، ويتفرع عن هذا الشرط عدة أوصاف للمصلحة ؛ فقد تكون مادية وقد تكون أدبية ، وقد تكون محققة ، وقد تكون محتملة، كما أن المصلحة يجب توافرها ابتداء؛ أي منذ رفع الدعوى وأن تستمر حتى الفصل فيها ، ونعالج هذه المسائل على النحو التالي :

---

(١) راجع محمد ظهري محمود – مقالته عن نقل الموظف العام المنشورة بمجلة وزارة الداخلية الكويتية المسماة الداخلية حيث أيدنا اتجاه المشرع الكويتي في مسألة الأخذ بنظام القضاء الموحد.

(٢) باعتبار أن هذا الحكم غير منه للخصومة ، ولم يتعرض للموضوع ، ومن ثم لم تستنفد المحكمة ولايتها بإصداره .. سامي جمال الدين، ص١٣٦.

(٣) ماجد الحلو ص٢٩٢ ، سامي جمال الدين ص١٣٦ وما بعدها ، عزيزة الشريف ، محمد العتيبي، المرجع السابق، ص٩٤ حيث ذهبا إلى أنه يكفي لتحريك دعوى الإلغاء من قبل شخص معين أن يكون في مركز قانوني يؤثر عليه القرار الإداري ، وحكم محكمة التمييز في الطعن رقم ١٩٨٨/١٤ تجاري جلسة ١٩٨٨/٧/٤ حكم المحكمة الإدارية العليا – الطعن ٣٥/٣١٥٩ ق جلسة ١٩٩٥/٣/٧.

(٤) قالت بهذا التعريف محكمة التمييز الكويتية الطعن رقم ٩ لسنة ١٩٩٢ مدني جلسة ١٩٩٣/٥/١٠ ، عزيزة الشريف وآخر ، ماجد الحلو ص٢٩٢، راجع ما سيلي.

المصلحة الشخصية والمباشرة :

ويقصد بها أن الدعوى لا تقبل ممن له مصلحة شخصية في إلغاء القرار ، بصرف النظر عن صلته بصاحب المصلحة ، فالمدعي يجب أن يكون هو نفس الشخص الذي مس القرار مركزه القانوني.[١]

المصلحة المادية ، والمصلحة الأدبية :

من المبادئ التي تحكم المصلحة مبدأ اتساع المصلحة في دعوى الإلغاء ؛ بحيث تقبل دعوى الإلغاء ولو كانت المصلحة التي يستند إليها المدعي مصلحة أدبية بحتة ، وعلى هذا فإن للمدعي غير المسلم الطعن في القرار الذي صدر بتحديد المواسم والأعياد الرسمية ؛ وذلك لأن مصلحته تتوافر في مطالبة الحكومة بالاحتفال بأعياد ديانته رسمياً ، وهذه المصلحة مصلحة أدبية[٢] بحتة؛ إذ لا توجد أية منفعة مادية تعود عليه في حالة القضاء بأحقيته في طلباته.

(ج) المصلحة المحققة والمصلحة المحتملة:

يقصد بالمصلحة الأولى تلك القائمة فعلاً وقت رفع الدعوى ، أما الثانية فيقصد بها تلك التي يحتمل قيامها؛ أي قد تقوم أو لا تقوم[٣] ولاتساع مفهوم المصلحة في دعوى الإلغاء ، فقد ذهب قضاء مجلس الدولة المصري إلى قبول الدعوى إذا كانت المصلحة محتملة ، من ذلك ما أكدته محكمة القضاء الإداري من حق المدعي الطعن في القرارات المخالفة للقانون والمتعلقة بالترقيات حتى ولو لم يكن من شأن إلغاء هذه القرارات ترقيته فوراً ، فمصلحة الطاعن في هذه الحالة مصلحة شخصية محتملة في الطعن في القرار المطعون فيه[٤]، على الرغم من عدم استيفائه وقت صدوره للمدة البينية الواجبة للترقية ، وقد خطت المحكمة الإدارية العليا خطوة أكبر في أمثال هذه الدعاوى ، إذ ذهبت إلى قبول دعاوى تهيئة الدليل وإثبات الحالة بعد أن ظل القضاء الإداري يرفض لسنوات طويلة أمثال هذه الدعاوى.

وقت توافر المصلحة :

استقر قضاء المحكمة الإدارية العليا بعد تطور طويل إلى ضرورة توافر شرط المصلحة اللازم لقبول الدعوى ابتداء منذ رفعها وأن يستمر حتى يفصل نهائياً في الموضوع[٥]؛ فإذا تخلف هذا الشرط في أية مرحلة من مراحل الدعوى تعين الحكم بعدم قبولها ، فإذا رفعت ابتداء دون توافر شرط المصلحة قضت المحكمة بعدم قبول الدعوى لرفعها قبل الأوان ، أما إن رفعت والمصلحة متوافرة ثم زالت بعد ذلك، حكمت بعدم قبول الدعوى لزوال شرط المصلحة.

---

(١) راجع محكمة التمييز – الطعنين رقمي ٣٨ ، ٢٠٠٨/٨٧ إداري جلسة ٢٠٠٨/٣/١٨ وكذلك عزيزة الشريف ومحمد العتيبي، ص٩٧–٩٨ ، ماجد الحلو، ص٢٩٦–٢٩٧.

(٢) راجع المزيد من الأمثلة لدى عزيزة الشريف ومحمد العتيبي ص٩٨–٩٩ ، وماجد الحلو ص١٩٧ ، حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ٦/١١٢ق مج المبادئ التي قررتها محكمة القضاء الإداري س٩ ص١٠٢، محمد الحلو ، هـ٢، الصفحة ذاتها.

(٣) لم يأخذ القضاء الإداري الكويتي بفكرة المصلحة المحتملة على عكس النظام المصري ، راجع عزيزة الشريف وآخر، ص١٠١، وقد أشارت إلى حكم محكمة التمييز رقم ٨٩/١٨١ تجاري جلسة ١٩٩٠/١٠/٧، وفي مصر ماجد الحلو ص٢٩٨، إذ ذهب إلى أن المصلحة المحتملة هي التي يكون من شأنها أن تهيئ الفرصة لجلب نفع أو دفع ضرر دون أن يكون ذلك مؤكداً.

(٤) أشار إلى هذا الحكم ماجد الحلو، ص٢٩٧.

(٥) راجع التطور التاريخي لهذا المبدأ عند ماجد الحلو ص٢٩٨ ، وهو نفس ما يسير عليه القضاء في الكويت – عزيزة الشريف ، محمد العتيبي ص١٠٢–١٠٣، راجع بحثا تحت النشر بمجلة إدارة الفتوى والتشريع بعنوان المصلحة في دعوى الإلغاء.

الصفة :

ويقصد بها قدرة صاحب المركز القانوني الذي مس به القرار الإداري في مواجهة المعتدي عليه أو المهدد بالاعتداء؛ أي الجهة الإدارية التي أصدرت القرار، على مباشرة الدعوى[١] وعلى الرغم من أن المشرعين المصري والكويتي لم ينصا على شرط الصفة ضمن شروط قبول دعوى الإلغاء فإن القضاء قد اشترط وجوب توافر الصفة في رافع الدعوى ، لقبول دعواه ، وكذلك في المدعى عليه لقبول اختصامه في الدعوى ، فإن رفعت الدعوى من غير ذي صفة أو على غير ذي صفة حكمت المحكمة بعدم قبول الدعوى[٢]، وقد اتجه جانب من الفقه والقضاء إلى اعتبار المصلحة هي الأصل والصفة جزءاً منها ، خاصة بالنسبة لرافع الدعوى ، إذ يجب أن يكون هو من مس القرار مركزه القانوني ، وترتيباً على هذا فقد اختلف حول الصفة هل هي شرط قائم بذاته لقبول الدعوى أو أنها أحد أوصاف المصلحة التي تعد الشرط الوحيد لقبول الدعوى[٣] ، إلا أن الرأي الراجح قد ذهب إلى أن الصفة هي شرط مستقل عن المصلحة ، وأيد وجهة نظره بفكرة منطقية نابعة من طبيعة الصفة التي يشترط توافرها في كل من المدعي وخصمه على عكس المصلحة التي يجب توافرها في المدعي فقط ، وعلى هذا فإن الدعوى إذا رفعت فإن القاضي يقوم بفحص الدعوى وما إذا كانت موجهة إلى الخصم الحقيقي؛ أي الجهة الإدارية مصدرة القرار من عدمه ، فإن استبان له أن الدعوى موجهة لجهة أخرى خلاف الجهة مصدرة القرار فإنه يحكم بعدم قبول الدعوى لرفعها على غير ذي صفة.[٤]

والصفة في دعوى الإلغاء من النظام العام ، ولهذا فإن على المحكمة أن تبحث مسألة مدى توافر الصفة من عدمه من تلقاء نفسها إن لم يثرها أحد الخصوم ، وذلك قبل البحث في شكل الدعوى أو الخوض في موضوعها.[٥]

الفصل الثالث : نظر الدعوى والفصل فيها :

تمهيد :

بعد أن تتحقق المحكمة المرفوعة إليها الدعوى من توافر مناط اختصاصها وشروط قبول الدعوى ، وسماع ما ترى لزوم سماعه من إيضاحات ودفوع ودفاع ، تبدأ المرحلة الأخيرة من مراحل الدعوى وهي حسم المنازعة ، فتبدأ بالفصل في الشق العاجل من الدعوى إن وجد، وبعد الفصل فيه تحيل الشق الموضوعي من الدعوى إلى هيئة مفوض الدولة لتحضيره، وإعداد تقرير بالرأي القانوني فيه ، فإن أنجزت هيئة المفوضين مهمتها تعيد ملف الدعوى إلى المحكمة ؛ لتعاود نظر موضوع الدعوى من جديد ، غير متقيدة بالحكم الصادر منها في الشق العاجل.

تقسيم :

---

(١) انظر عزيزة الشريف ، محمد العتيبي ص ١٠٤ ، ماجد الحلو ص٢٩٢ حيث عرف الصفة بأنها هي إمكانية رفع الدعوى قانوناً أو الصلاحية للترافع أمام المحاكم كطرف في الدعوى.

(٢) عزيزة الشريف ، محمد العتيبي ، الإشارة ذاتها.

(٣) راجع في ذلك محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ٢/١٩ ق جلسة ٤٨/١٢/١٥ أشار إليه ماجد الحلو، هـ٢، ص٢٩٣، حيث ذهبت المحكمة إلى القول باندماج الصفة في دعاوى إلغاء القرارات الإدارية لتجاوز حدود السلطة في المصلحة ، فتتوافر الصفة كلما كانت هناك مصلحة شخصية مباشرة مادية أو أدبية لرافع الدعوى ... وقد عقب د. الحلو على هذا الحكم بقوله يبدو أن إدماج الصفة في المصلحة في هذا الحكم يرجع إلى الوضع الطبيعي الغالب للأمور، وهو أن يكون صاحب المصلحة هونفسه صاحب الصفة في رفع دعوى الإلغاء ، وذلك لتمتعه بالأهلية القانونية الكاملة ، راجع – حكم محكمة التمييز الكويتية – الطعن رقم ٨٩/١٨١ تجاري جلسة ١٩٩٠/١/٧.

(٤) وذلك إعمالاً للقواعد العامة المتعلقة بالدفوع المتعلقة بالنظام العام. راجع محمد ظهري محمود – المحكمة الجزئية – تاريخها – اختصاصها – أحكامها – الناشر دار النهضة العربية، طبعة أولى، سنة ٢٠٠٥، رقم ٣٥، ص ٦٨-٦٩.

(٥) عزيزة الشريف وآخر، ص١٠٤، وعكس ذلك حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٨٩/١٨١ سابق الإشارة إليه حيث ذهبت إلى أن ... تجري الصفة في الدعوى من مسائل الواقع التي تستقل محكمة الموضوع بالفصل فيها دون معقب عليها ما دامت تستند في قضائها إلى أسباب تبرره.

ينقسم هذا الفصل إلى المباحث التالية :

المبحث الأول : إصدار الحكم في الطلب المستعجل من الدعوى.

المبحث الثاني : نظر الدعوى وقفل باب المرافعة فيها.

المبحث الثالث : الحكم في موضوع الدعوى.

المبحث الأول : إصدار الحكم في الطلب المستعجل من الدعوى:

وفقاً لحكم المادة ٤٩ من قانون مجلس الدولة المصري فإنه « يجوز للمحكمة أن تأمر بوقف تنفيذ القرار إذا طلب منها ذلك في صحيفة الطعن (الدعوى)، ورأت المحكمة أن نتائج التنفيذ قد يتعذر تداركها ، وبالنسبة للقرارات التي لا يقبل طلب إلغائها قبل التظلم منها إدارياً لا يجوز طلب وقف تنفيذها ، على أنه يجوز للمحكمة بناء على طلب المتظلم أن تحكم مؤقتاً باستمرار صرف مرتبه كله أو بعضه إذا كان القرار صادراً بالفصل ، فإذا حكم له بهذا الطلب ثم رفض تظلمه ولم يرفع دعوى في الميعاد اعتبر الحكم كأن لم يكن واسترد منه ما قبضه».

من مطالعة هذا النص يبين أن شروط وقف تنفيذ القرار المطعون فيه هي:

(١) أن يطلبه المدعي صراحة في صحيفة دعواه ، فإذا لم يطلبه فلا يجوز للمحكمة أن تتعرض له من تلقاء نفسها أو على حسب تعبير المحكمة الإدارية العليا « أن يقترن طلب وقف تنفيذ القرار بطلب إلغائه وإلا عد غير مقبول شكلاً ، فلا يجوز طلب وقف التنفيذ استقلالاً.

(٢) أن يترتب على التنفيذ نتائج قد يتعذر تداركها[١]، وهذه المسألة من المسائل الموضوعية التي يترك تقديرها لمحكمة الموضوع.[٢]

(ج) أن يكون طلب الإلغاء قائماً – بحسب الظاهر– على أسباب جدية يرجح معها إلغاء القرار عند الفصل في موضوع الدعوى ، باعتبار أن سلطة الوقف منبثقة من سلطة الإلغاء وفرع منها مردها إلى الرقابة القانونية المسلطة من القضاء الإداري على القرار ، على أساس وزن القرار بميزان القانون وزناً مناطه مبدأ المشروعية.[٣]

(د) ألا يكون القرار المطلوب وقف تنفيذه من القرارات التي لا يقبل طلب إلغائها مباشرة؛ أي يلزم التظلم منها إدارياً قبل ولوج باب التقاضي ، وهي القرارات المتعلقة بالموظفين[٤] وعلة ذلك أن تقديم التظلم لجهة الإدارة يغني عن طلب وقف تنفيذ القرار ، إلا أن المشرع عاد واستثنى حالة إذا ما كان القرار صادراً بفصل العامل من الوظيفة إذ خول للموظف المفصول أن يطلب من المحكمة . بصفة مستعجلة . أن تحكم له مؤقتاً باستمرار صرف راتبه كله أو بعضه باعتبار أن المرتب هو الذي يقوم عليه أوده هو وعائلته ، ولهذا جعل طلب استمرار الراتب مستقلاً عن دعوى الإلغاء ، وتتوقف هذه الحالة على مصير التظلم؛ فإن قبلته الجهة الإدارية وأعادته إلى عمله ، انتهت المشكلة[٥] وإن رفضت التظلم فعليه إقامت دعوى الإلغاء في الميعاد القانوني لها ، وإلا اعتبر الحكم المستعجل كأن لم يكن ، وألزم الطالب برد ما

(١) كما لو صدر قرار بحرمان طالب من أداء الامتحان ، أو بهدم منزل أثري أو بمنع مريض من السفر. راجع ماجد الحلو، ص ٣٤٦ ، سامي جمال الدين، ص٣٧٥ .
(٢) سامي جمال الدين ، ص٣٧٧ ، ماجد الحلو، ص٣٤٦.
(٣) المحكمة الإدارية العليا – الحكم الصادر بجلسة ١٩٩٥/١١/٥.
(٤) راجع المادة ١٢ من قانون مجلس الدولة، ماجد الحلو، ص٣٤٧.
(٥) ومن ثم ثبت الحكم بصفة نهائية ، بعد زوال المشكلة ولا حاجة للمتظلم في اللجوء إلى القضاء ؛ لأن قبولها للتظلم معناه أنها إما سحبت قرار الفصل أو عدلته لصالح المتظلم.

قبضه استناداً لهذا الحكم.[١]

ومما يجدر ذكره في هذا الصدد أن وقف التنفيذ إنما يرد على القرارات الإدارية السليمة أو المعيبة المطلوب الحكم بإلغائها ، شريطة ألا يكون العيب جسيما ، كفقد القرار لأحد أركانه بما يجعله معدوماً أو مجرد عمل مادي ، وفي هذه الحالة ، فإن لكل معنى بهذا القرار الحق في مقاومته بأي طريق مشروع ، صحيح أن قرينة الصحة تسبغ على كل قرار ، بما يحفظ له قوته التنفيذية حتى وإن كان معيباً، إلا أنه إذا نزل إلى حد اغتصاب السلطة وانحدر بذلك إلى درك العمل المادي المعدوم الأثر قانوناً فلا تلحقه أية حصانة ، ولا يزول ما لحقه من عيب جسيم بفوات ميعاد الطعن فيه ولا يكون قابلاً للتنفيذ بالطريق المباشر ، ويكون مجرد عقبة مادية تقف في سبيل استعمال ذوي الشأن لمراكزهم القانونية المشروعة.[٢]

حجية الحكم بوقف تنفيذ القرار:

إذا قدرت المحكمة صحة الأسباب التي يستند عليها طلب وقف تنفيذ القرار ، تحكم في هذه الحالة بوقف التنفيذ ، وتأمر بإحالة الدعوى إلى هيئة مفوضي الدولة للكتابة في موضوعها ، وإذ استبان لها غير ذلك قضت برفض طلب الوقف ، والإحالة لهيئة المفوضين لتحضير الدعوى وإعداد التقرير بالرأي القانوني في طلب الإلغاء.[٣]

والحكم بالوقف هو حكم مستعجل « صادر في مادة مستعجلة له جميع مقومات الأحكام المستعجلة وخصائصها ، ولهذا فهو يحوز حجية الأمر المقضي فور صدوره ، وتظل هذه الحجية قائمة ما دامت لم تتغير الظروف التي صدر فيها، ويجوز الطعن فيه على استقلال أمام المحكمة الإدارية العليا، ولأنه حكم مستعجل صادر بناء على قراءة ظاهر المستندات، فهو لا يقيد المحكمة التي أصدرته عند نظرها موضوع الدعوى[٤] ووجوده نفسه معلق على نتيجة الحكم في الموضوع ، فإذا قضت المحكمة بإلغاء القرار ، فإنه لم يعد لوقف التنفيذ محل بعد إلغاء القرار وإعدامه من الوجود القانوني.[٥]

في الكويت :

وفقاً لحكم المادة ٦ من قانون الدائرة الإدارية الكويتي، فإن طلب وقف التنفيذ يجب أن يقترن بطلب الإلغاء في صحيفة الدعوى وأن تكون حالة الاستعجال متوافرة، وأن يرتبط ذلك بشرط جدية أسباب الطعن بالإلغاء ، على نحو ما سلف بيانه.[٦]

---

(١) وهذا منطقي إذ ما دام لم يبلغ الحكم القرار فإن الأخير يظل قائماً ويتحصن ، راجع ماجد الحلو، ص ٣٤٧.

(٢) في بيان القرار المنعدم سامي جمال الدين ص٢٠١-٢٠٤ وأحكام المحاكم المشار إليها عنده، ص٢٠٢ ، حكم المحكمة الإدارية العليا جلسة ١٩٥٦/١/١٤ أشار إليه ماجد الحلو، هـ ٢ ، ص ٣٤٧.

(٣) وذلك لأن المحكمة عندما تفصل في طلب وقف التنفيذ فإنها تبحث الموضوع من ظاهر الأوراق ودونما مساس بأصل الحق ، الذي يظل قائماً يناضل حوله الخصوم ، ولأن تحضير الدعوى هو أحد أركان الدعوى الإدارية ، فلابد من إحالة الموضوع إلى هيئة المفوضين للقيام بهذا الدور باعتبارها المكلفة به. راجع سامي جمال الدين ، ص٣٧٧ ، لهيئة المفوضين عدة اختصاصات إلا أنها نظرية.

(٤) ماجد الحلو ص ٣٤٧-٣٤٨ ، سامي جمال الدين، ص٣٧٧-٣٧٨، وإذا صدر الحكم بالوقف ، فعل جهة الإدارة تنفيذه ، إذا اتخذ المحكوم له إجراءات تنفيذه ، وتوقف قرارها لحين الفصل في الموضوع ، بل يتعدى الأمر ذلك أن يصبح وقف تنفيذ القرار بمثابة حكم إلغاء نهائي له ، كما في حالة وقف تنفيذ القرار السلبي بالامتناع عن قبول الاستقالة الحكمية ، إذ يعني الحكم بوقف تنفيذه قبول هذه الاستقالة وكذلك الأمر في حالة القرار الصادر بمنع مواطن من السفر أو منع احتفال معين إذ يؤدي الوقف إلى سفر المواطن ، وإقامة الاحتفال ، ومن ثم استنفد حكم الوقف الغاية من الإلغاء ، إلا أن الاستمرار في الدعوى لحين الفصل في موضوعها قد يكون لازماً على الرغم من الحكم بوقف تنفيذ القرار ، وذلك كحالة منع الطالب من أداء الامتحان ، فإذ حكم بوقف التنفيذ فإن الطالب يؤدي الامتحان ولكن الإدارة ليست ملزمة بتصحيح أوراق إجابته ، وإعلان نتيجته دون فصل في موضوع الدعوى والحكم بإلغاء القرار – سامي جمال الدين، ص ٣٧٩.

(٥) ماجد الحلو، ص٣٤٨.

(٦) راجع في وقف تنفيذ القرار في القانون الكويتي سامي جمال الدين، ص٣٧٣-٣٧٦. وفي الحكم في هذا الطلب من ص٣٧٧-٣٨٠.

المبحث الثاني : نظر الدعوى وقفل باب المرافعة فيها :

إذا قدم كل من المدعي وجهة الإدارة مستنداته وأوجه دفاعه ودفوعه وطلباته الختامية انتهت بذلك المرافعة ، ويجوز للمحكمة في هذه الحالة إصدار الحكم المستعجل أو الموضوعي في الدعوى ، والمحكمة بالخيار بين سلوك أحد السبل التالية : (أ) إذا كانت الدعوى بسيطة والمبادئ التي تحكمها مستقرة ولا تثير مشكلة قانونية، ففي هذه الحالة لها أن تصدر الحكم فوراً فيها عقب انتهاء المرافعة مباشرة وفي غرفة المداولة. (ب) إذا رأت المحكمة أن الدعوى في حاجة إلى فحص ودراسة لما تثيره من مشكلات قانونية؛ ففي هذه الحالة تحدد جلسة مستقلة للنطق بالحكم ، وفي هذه الحالة يتم قفل باب المرافعة فلا يجوز لأي من الخصوم تقديم أية مذكرات أو مستندات بعد هذا الإجراء ما لم تأمر المحكمة بغير ذلك ، وعقب قفل باب المرافعة وحجز الدعوى لإصدار الحكم فيها فإن الأمر لا يخرج عن أحد الفروض التالية: (أ) إما أن تحجز الدعوى للحكم دون السماح بمذكرات أو مستندات، وفي هذه الحالة يوزع رئيس المحكمة ملف الدعوى على القاضي المقرر الذي يأخذ معه ملف الدعوى كاملاً ليكتب مشروع الحكم ، ويعيد الملف بالجلسة المحددة للنطق به ، (ب) أن تحجز الدعوى للحكم مع السماح بتقديم مذكرات لمن يشاء خلال أجل معين، وبانتهاء هذا الأجل لا يجوز تقديم أية مذكرات من أي من الخصوم [1] يستوي أن يكون الخصوم قد قدموا مذكراتهم خلال الأجل المضروب من عدمه ، (ج) أن تحجز المحكمة الدعوى لإصدار الحكم مع السماح بتقديم مذكرات ومستندات لمن يشاء خلال أجل معين ، وهذه الحالة كسابقتها ، وفي هذه الحالة يأخذ القاضي المقرر ملف الدعوى معه إلى منزله ليعد مشروع الحكم ، فإن أعده بدأت المرحلة التالية، وهي المداولة، ويقصد بها المشاورة وتبادل الرأي بين أعضاء المحكمة بقصد تكوين الرأي القانوني الحاسم للمنازعة ، وقد تنعقد المداولة في غرفة المداولة أو في غرفة المشورة أو في أي مكان آخر قبل يوم النطق بالحكم ، وخلال فترة قفل باب المرافعة فإنه لا يجوز للمحكمة سماع خصم أو وكيله في غيبة الخصم الآخر أو وكيله ، أو قبول أية مذكرات أو مستندات من أي من الخصوم دون تمكين خصمه أو ممثله من الاطلاع عليها ، كما لا يجوز اشتراك غير القضاة الذين سمعوا المرافعة في المداولة، فإذا قام مانع لدى أحد القضاة ولم يشترك في المداولة ، وجب في هذه الحالة إعادة الدعوى للمرافعة من جديد أمام القاضي الذي حل محل من قام به المانع ، وتتم المداولة بطريقة سرية ، ولذا فلا يحضرها مفوض الدولة ولا كاتب المحكمة فإذا تمت المداولة ووقع أعضاء المحكمة على مسودة الحكم ، ينطق رئيس المحكمة به في الجلسة المحددة للنطق به علانية ، وبهذا النطق تستنفد المحكمة ولايتها مع ملاحظة أن قفل باب المرافعة ليس جامداً وإنما يجوز للمحكمة إعادة الدعوى للمرافعة سواء بناء على طلب أحد الخصوم لتقديم مستندات من شأنها أن تغير وجه الرأي في الدعوى وتخضع مسألة إعادة الدعوى للمرافعة في هذه الحالة للسلطة التقديرية للمحكمة وحسبما يتراءى لها ، أو بناء على طلب المستشار المقرر نفسه إذا استبان له عدم صلاحية الدعوى للفصل فيها ، أو أن هناك مستندات معينة يجب تقديمها لتتمكن المحكمة من قول كلمة القانون في الدعوى ، وفي هذه الحالة يذكر سبب الإعادة والجلسة المحددة لنظر الدعوى والخصم المكلف تنفيذ قرار الإعادة ، بمحضر الجلسة ويوقعه رئيس الدائرة.[2]

المبحث الثالث : الحكم في الدعاوى الإدارية:

تقوم المحكمة ببحث شروط الدعوى وتتحقق من صلاحية الدعوى للحكم في موضوعها وذلك من خلال طلب الخصمين حجز الدعوى للحكم فيها ، أو من تلقاء نفسها بعد تحققها من كفاية المستندات والمذكرات المقدمة من الطرفين لتكوين عقيدتها ، فتقوم بقفل باب المرافعة ، وتحديد جلسة النطق بالحكم ، وفي الدعاوى الإدارية عدا دعوى الإلغاء ، تحكم في موضوع الدعوى إما بقبول الدعوى وأحقية المدعي في طلباته وإما برفض الدعوى مع إلزام خاسر الدعوى المصروفات ، أما إن استبان للمحكمة أن الدعوى تنطوي على مسائل فنية يستعصي على القاضي تكوين عقيدته في الدعوى إلا بعد الفصل فيها من ذوي الخبرة ، فإنه يحيل الدعوى إلى خبير واحد أو

(١) راجع محمد ظهري – المحكمة الجزئية رقم ١٠٠ ص، ١٦٥–١٦٧ والمراجع المشار إليها فيه.

(٢) في هذا المعنى – محمد ظهري، المرجع السابق، الإشارة ذاتها – سيد أحمد محمود أصول التقاضي – وفقاً لقانون المرافعات الكويتي – مؤسسة دار الكتب، بدون سنة طبع، ص ٦٤٣ وما بعدها.

لجنة من الخبراء العاملين بمكتب خبراء وزارة العدل من أهل التخصص الذي يقوم بفحص المسائل الفنية ، وسماع ملاحظات الخصوم ، ثم يودع تقريراً بالرأي الفني في الموضوع يخضع لتقدير قاضي الموضوع، فله الأخذ بما ورد فيه كله أو بعضه أو يطرحه ، ويعيد إحالة الدعوى إلى مكتب الخبراء لإعادة المأمورية من جديد وذلك بحسب ما يطمئن إليه قاضي الموضوع ، والإحالة إلى الخبراء تكون غالباً في دعاوى العقود الإدارية.[١]

الحكم في دعوى الإلغاء:

لهذه الدعوى خصوصية ليست متوافرة لغيرها من الدعاوى الإدارية؛ وذلك لاتصالها بقرارات الإدارة التي تعد الوسيلة الأهم في مباشرتها لأنشطتها، ولهذا فإن القاضي يقوم بفحص القرار المطعون فيه من جميع الجوانب ، فيبدأ بفحصه من حيث مشروعيته ، ووزنه بميزان المشروعية للتحقق من مخالفته أو عدم مخالفته القانون ، ويقصد به القانون بمعناه الواسع ، الذي يشمل اللوائح وما سارت عليه الإدارة من نظم استقرت على السير عليها ، وكذلك العرف الإداري كمصدر من مصادر القانون الإداري... إلخ[٢] وبعد ذلك يقوم بفحص القرار من حيث ملاءمته أو عدم ملاءمته في الوقت الذي صدر فيه ، فإذا انتهت عملية الفحص فإنه يصدر حكمه في الدعوى، وهذا الحكم قد يكون إلغاء القرار دون أن يتعدى ذلك، إذ لا يمكنه أن يذهب إلى مجال أبعد من ذلك فلا يستطيع أن يعدل القرار المعيب أو يصدر أمراً للإدارة بشأنه؛ لأن ذلك يتعارض مع مبدأي الفصل بين السلطات والفصل بين الإدارة العاملة والقضاء الإداري[٣] إلا أنه على الرغم من أن القاضي الإداري لا يمكنه الحلول محل الإدارة في إجراء ما هو من صميم اختصاصها فإنه يملك التعقيب على تصرف الإدارة من الناحية القانونية وأن يبين حكم القانون فيما هو متنازع عليه بين ذوي الشأن ، فيضع الأمور في نصابها القانوني الصحيح[٤]، وسواء صدر الحكم في دعوى الإلغاء أو في دعوى أخرى ، فإنه يجب أن يستوفي أسبابه التي بني عليها ، وأن تكون منطقية غير مهترئة أو متعارضة ، وأن تتضمنها مسودة الحكم ، فلا يجوز الإحالة في ذلك إلى ما جاء بورقة أخرى وإلا بطل الحكم[٥]،كما يبطل الحكم في حالة عدم إثبات حضور مفوض الدولة بالجلسة[٦]،وهذا البطلان من النظام العام تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها ... وفي نظرنا أن عدم إثبات حضور مفوض الدولة لا يبطل الحكم ، بل نرى أن الأفضل عدم حضوره، فهو ليس من أعضاء المحكمة ولا يشترك في المداولة ، ولا نعلم العلة من حضوره أو تحكم المحكمة برفض الدعوى إذا استبان لها سلامة القرار الإداري في جميع عناصره من الناحية القانونية ، ولا يوجد به أي عيب من العيوب التي ذكرها الطاعن أو تلك التي يمكن للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه ، وبهذا الحكم يبقى القرار محتفظاً بقوته الإلزامية، ويتأكد للجميع مشروعيته .[٧]

ويترتب على هذا الحكم خروج الدعوى من ولاية المحكمة ؛ إذ بالنطق بالحكم استنفدت المحكمة ولايتها ، ومن ثم فليس لها أن تعدل عما قضت به أو تعدل فيه، ولكن إذا طوي المنطوق على لبس أو غموض أو وقع فيه خطأ مادي أو حسابي فإنه يجوز لذي المصلحة أن يرجع إلى المحكمة التي أصدرت الحكم لتفسير حكمها أو تصحيح ما وقع به من أخطاء مادية كتابية أو حسابية ، وذلك وفقاً لنصوص قانون المرافعات الذي لا يتعارض مع طبيعة المنازعة الإدارية في هذه الحالة.[٨]

---

(١) (وذلك لأن تنفيذ العقود الإدارية ينطوي على الكثير من المسائل الفنية ، فإن نوزع فيها فإن أغلب منازعات العقود تكون حول المسائل الفنية المتعلقة بتنفيذها كعدم مطابقة التنفيذ للمواصفات المتعاقد عليها ، أو التأخر في التنفيذ ... إلخ.

(٢) فالقرار يجب أن يكون مطابقاً لحكم القانون من جميع جوانبه وجميع مصادره.

(٣) راجع ماجد الحلو، ص٢٤٨ حكم الإدارية العليا – الطعن رقم ٧/١٤٣٧ ق جلسة ١٩٦٤/٦/٢٨.

(٤) راجع حكم المحكمة الإدارية رقم ٤/٢ ق – مج السنة ٤، ص ٦٢٨ أشار إليه ماجد الحلو ص ٣٤٨ ، سامي جمال الدين ص٣٨٠.

(٥) راجع محمد ظهري محمود – المحكمة الجزئية – المرجع السابق رقم ١٠٢، ص ١٧٦ وما بعدها.

(٦) حكم المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم ٢٥/١٣٤٣ ق جلسة ١٩٨٢/١/٣ أشار إليه ماجد الحلو ٣٤٩.

(٧) سامي جمال الدين ص ٣٧٩ ، ٣٨١.

(٨) وذلك وفقاً للقواعد العامة في تصحيح الأحكام وتفسيرها ، باعتبار أن ذلك لا يتعارض مع طبيعة المنازعة الإدارية ، راجع المادتين ١٩١ ، ١٩٢ من قانون المرافعات.

حجية الأمر الصادر في الدعوى :

وفقاً لحكم المادة ٥٢ من قانون مجلس الدولة رقم ١٩٧٢/٤٧ فإنه « تسري في بشأن جميع الأحكام القواعد الخاصة بقوة الشيء المحكوم فيه ، على أن الأحكام الصادرة بالإلغاء تكون حجة على الكافة».

يستفاد من هذا النص أنه قد وضع قاعدة عامة تسري على جميع الأحكام الصادرة في الدعاوى الإدارية ، ولا تختلف في هذه الحالة عن الأحكام الصادرة في الدعاوى العادية « المدنية – التجارية» ... إلخ ثم أعقبها بقاعدة خاصة ، تتعلق بالحكم الصادر في دعوى الإلغاء، ونظراً لطبيعتها الخاصة فقد جعل للحكم الصادر فيها حجية خاصة ، وذلك على النحو التالي: أولاً بالنسبة للأحكام الصادرة في جميع الدعاوى الإدارية كالتعويض ، والتسوية وغيرها تحوز حجية نسبية قاصرة على أطراف النزاع ، وباعتبار أن الحكم قد فصل في مسألة لا تهم سوى أطرافها ، ولا يمتد أثرها إلى الغير ؛ وذلك لأنها تقتصر على الحقوق الشخصية للخصوم ، أما دعوى الإلغاء فتحمي مبدأ المشروعية الذي يتأذى من بقاء أي عمل يخالف القانون ، لذا يجب تقنيته منه ،ولأن دعوى الإلغاء هي دعوى عينية توجه للقرار في ذاته استهدافاً لمراقبة مدى مشروعيته ، فإن الحكم الصادر فيها بإلغاء القرار ، يحوز حجية على الكافة ؛ لأنه إذا ألغي القرار زال وجوده ، وأصبح في حكم العدم ؛ أي كأن لم يكن في الوجود القانوني.[١]

وإلغاء القرار قد يكون كلياً ؛ أي يشمل القرار بأكمله ، أو جزئياً فينصب على بعض أحكام القرار ، في حالة إذا ما تضمن القرار عدة أحكام منها المخالف للقانون ومنها السليم ، فيلغي الأحكام المخالفة للقانون، في حين تبقى الأحكام المتفقة مع القانون[٢] وقد يتعلق القرار بعدد من الأفراد ، ويكون مشروعاً بالنسبة لبعضهم ، ومعيباً بالنسبة للبعض ، وذلك كما لو صدر قرار بترقية عدد من الموظفين ، فيمكن الطعن في القرار بالنسبة لبعض من شملهم القرار ، كما قد يطعن في القرار فيما تضمنه من تخطي بعض الموظفين ، فيثبت صحة الطعن بالنسبة للبعض وعدم صحته بالنسبة للبعض الآخر، فيلغى غير المشروع ويبقى الجزء المتفق مع حكم القانون[٣] ، وقد أطلقت المحكمة الإدارية العليا على الإلغاء الجزئي للقرار الإلغاء النسبي ، بالمقارنة بالإلغاء التام أو المجرد.[٤]

وإذا كان للحكم الصادر بالإلغاء هذه الحجية ، فإن الحكم الصادر برفض دعوى الإلغاء يحوز حجية نسبية ، إذ يظل القرار قائماً ؛ وذلك لأن المحكمة قد طرحت ما استند إليه المدعي في دعواه من مزاعم حاول بها إثبات عدم مشروعية القرار إلا أنه لم يستطع ، ولكن هذا لا يعني أن القرار سليم حتماً ؛ إذ قد تكون هناك أسانيد مما تملك المحكمة إثارتها من تلقاء نفسها تؤيد عدم مشروعية القرار، ومع ذلك لم تستعمل المحكمة سلطتها في ذلك.[٥]

والأصل أن تكون الحجية لمنطوق الحكم والأسباب المكملة له أو التي ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالمنطوق ، أو تلك التي لا يمكن فصلها منه.[٦]

ولا يشترط لإعمال حجية حكم الإلغاء اتحاد الخصوم أو المحل أو السبب ، بل يجوز للغير أن يتمسك بهذه الحجية ، كما يمكن أن يحتج بهذا الحكم في مواجهة الغير، ويمكن التمسك بهذه الحجية في أية منازعة يثار بصددها بحث مشروعية القرار المحكوم بإلغائه ، ولو اختلفت موضوعاً وسبباً عن دعوى الإلغاء يستوي أن تدخل في دائرة اختصاص القضاء الإداري أو العادي.[٧]

---

(١) راجع سامي جمال الدين، ص٣٨٢، وحكم المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم ٣٤/٢٣٦٩ق جلسة ١٩٩٤/٥/٨ أشار إليه سامي جمال الدين الصفحة ذاتها، هـ١.
(٢) راجع ماجد الحلو، ص ٣٤٩-٣٥٠.
(٣) ماجد الحلو، ص ٣٥٠.
(٤) المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم ٣٧/٢١٤٦ ق جلسة ١٩٩٧/٤/٥.
(٥) ماجد الحلو ص٣٤٩ ، سامي جمال الدين ص ٣٨٣.
(٦) سامي جمال الدين ، الإشارة ذاتها.
(٧) سامي جمال الدين ، ص٣٨٤.

تنفيذ الأحكام الصادرة في الدعاوى الإدارية:

من المبادئ التي تحكم تنفيذ أحكام محاكم مجلس الدولة ، مبدأ أن الأحكام نافذة فور صدورها ، وأن مجرد الطعن عليها لا يوقف تنفيذها ما لم تأمر دائرة فحص الطعون بوقف تنفيذها ، وعلى هذا فإنه إذا صدر حكم لصالح المدعي فإن له أن يذيله بالصيغة التنفيذية، ويعلن بها جهة الإدارة ، التي يجب عليها تنفيذ الحكم عملاً بما ورد في الصيغة التنفيذية[١] ولا يضيره في ذلك طعن الجهة المحكوم ضدها على الحكم ، هذا بالنسبة للأحكام الصادرة في الدعاوى الأخرى ... عدا دعوى الإلغاء.

أما الحكم الصادر بإلغاء القرار الإداري فإنه يؤدي إلى إعدام هذا القرار بأثر رجعي، يمتد إلى تاريخ صدوره ، وعلى الإدارة في هذه الحالة إزالة الآثار التي ترتبت على القرار الملغى وإعادة الوضع إلى ما كان عليه قبل صدوره ، وهو ما يحتاج إلى إلغاء القرارات التي كان أساسها القرار الملغى عملاً بقاعدة ما بني على باطل فهو باطل مثله ، كما يؤدي تنفيذ حكم الإلغاء إلى نتيجة منطقية تتمثل في امتناع جهة الإدارة عن إصدار قرار جديد يخالف حكم الإلغاء[٢]؛ أي يقوم على الأسباب ذاتها التي أدت إلى إلغاء القرار ، أو يتحايل عليها ، وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا ذلك بقولها ، بعدم مشروعية القرار الجديد الصادر بفصل المدعي من الخدمة لمخالفته قوة الشيء المقضي ، بحسبان أن القرار لا يعدو أن يكون إحياء للقرار السابق المقضي بإلغائه وترديداً لمقتضاه سواء في محله أو في سببه.[٣]

وعلى الرغم مما يرتبه حكم الإلغاء من الآثار القانونية المهمة السابق الإشارة إلى بعضها ، لكونها الأهم والأبرز في العمل فإن الحكم لا ينفذ إلا بعد أن يتم تذييله بالصيغة التنفيذية الخاصة التي أوردتها المادة ٥٤ من قانون مجلس الدولة ونصها على الوزراء ورؤساء المصالح المختصين تنفيذ هذا الحكم وإجراء مقتضاه ، فإذا أعلن رجل الإدارة بالصورة التنفيذية للحكم ، ولم يبادر إلى تنفيذه فإنه يتعرض لجزاء جنائي أوردته المادة ١٢٣ عقوبات بقولها: « يعاقب بالحبس والعزل كل موظف عمومي استعمل وظيفته في وقف تنفيذ الأوامر الصادرة من الحكومة أو أحكام القوانين واللوائح أو تأخير تحصيل الأموال والرسوم أو بوقف تنفيذ حكم صادر من المحكمة أو من أية جهة مختصة، كذلك يعاقب بالحبس والعزل كل موظف عمومي امتنع عمداً عن تنفيذ حكم أو أمر مما ذكر بعد مضي ثمانية أيام من إنذاره على يد محضر إذا كان تنفيذ الحكم أو الأمر داخلاً في اختصاص الموظف».[٤]

كما يتعرض الموظف الذي يعرقل تنفيذ الحكم الصادر في مادة إدارية أو غيرها للمسئولية المدنية باعتباره قد ارتكب خطأ سبب ضرراً لطالب التنفيذ الذي يحق له مطالبته بالتعويض عما لحقه من ضرر من جراء الخطأ الشخصي الذي ارتكبه[٥]، وقد لوحظ ، بحق أن الجهات الإدارية تسوف كثيراً وتمتنع غالباً عن تنفيذ الأحكام التي تلغي قرارات فصل الموظفين من الخدمة ، على الرغم من أن مجلس الوزراء قد أصدر في صيف ١٩٧٣ قراراً بتنفيذ هذه النوعية من الأحكام ، وعادة ما تبرر الإدارة هذا المسلك باعتبارات شخصية أو عدم وجود اعتماد مالي لديها لتنفيذ هذه الأحكام ؛ إذ تستند إلى حجة مفادها أن إعادة من سبق فصلهم يمثل ضرراً لا يمكن إنكاره بصالح العمل الذي تنفرد هي بتقديره.[٦]

وإذا وجدت الإدارة الطريق السالف ذكره مسدوداً أمامها فإنها تلجأ في الغالب إلى وسيلة قانونية لتعطيل تنفيذ الأحكام ، وهي

---

(١) محمد ظهري محمود – إشكالات التنفيذ المتعلقة بتنفيذ أحكام محاكم مجلس الدولة . طبعة أولى ٢٠٠٢ ، وللتنفيذ الأحكام ص ٥-٨ تذيل الأحكام الصادرة في الدعاوى الإدارية – عدا دعوى الإلغاء – بالصيغة التنفيذية العادية التي نص عليها، وهي أن على الجهة التي يناط بها التنفيذ أن تبادر إليه متى طلب منها ، وعلى السلطات المختصة أن تعين على إجرائه ولو باستعمال القوة متى طلب إليها ذلك .

(٢) ماجد راغب الحلو ص ٣٥٠-٣٥١

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم ٢٠/١١٨٧ ق جلسة ١٩٨٢/٤/٢٤ وماجد الحلو ص٣٥١.

(٤) يعد هذا النص تطبيقاً لما أوردته المادة ٧٢ من الدستور المصري الدائم التي تقضي بأن « تصدر الأحكام وتنفذ باسم الشعب ويكون الامتناع عن تنفيذها أو تعطيل تنفيذها من جانب الموظفين العموميين المختصين جريمة يعاقب عليها القانون ، وللمحكوم له في هذه الحالة حق رفع الدعوى الجنائية مباشرة إلى المحكمة المختصة ... راجع ماجد الحلو، ص٣٥١ ،هـ ٣.

(٥) راجع سامي جمال الدين ص ٣٨٨ ، ماجد الحلو ص ٣٥٢.

(٦) ماجد الحلو ، الإشارة ذاتها.

الاستشكال في التنفيذ ، إذ ما أن يصدر الحكم ضدها ويحصل المحكوم له على صورة تنفيذية للحكم الصادر لصالحه ويبادر إلى التنفيذ ، حتى يفاجأ برفع إشكال في التنفيذ يرفع غالباً إلى محكمة غير مختصة ولائياً بنظر الإشكال في الحكم الصادر من محكمة من محاكم مجلس الدولة وهي محكمة التنفيذ المدنية[١] ، التي تستغرق بعض الوقت في نظره ، ثم تحكم بعدم اختصاصها ولائياً بنظر الإشكال وإحالته إلى المحكمة المختصة ضمن محاكم مجلس الدولة ، وطوال هذه المدة يظل التنفيذ موقوفاً.

إلى أن تحكم المحكمة المختصة برفض الإشكال ، والاستمرار في التنفيذ، وهو ما يكشف بجلاء عن رغبة جهة الإدارة في تعطيل تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها ، صحيح أن جهة الإدارة تستعمل وسيلة قانونية لتعطيل التنفيذ إلا أن العمل قد كشف بوضوح عن إساءة استعمال هذه الوسيلة أيما إساءة ، ويكفي أن غالبية الإشكالات المقامة من الجهة الإدارية تقام على سبب وحيد هو أن الحكم المراد تنفيذه مطعون عليه ، ولم ينظر الطعن بعد، وهو سبب استقر على القضاء والفقه على عدم صحة الاستناد إليه لإقامة إشكال في التنفيذ.[٢]

الوضع في الكويت :

لم يتعرض قانون إنشاء الدائرة الإدارية الكويتي لمسألة تنفيذ الأحكام الصادرة من الدائرة الإدارية فلم يخصها بمسألة النفاذ الفوري على نحو ما فعل المشرع المصري ، وهو ما يعني خضوعها للقواعد العامة التي تسري على سائر الأحكام ، فلا تنفذ إلا الأحكام النهائية أي الصادرة من محكمة الاستئناف أو تلك المشمولة بالنفاذ المعجل ، ولا شك أن مسلك المشرع الكويتي يحتاج إلى إعادة النظر فيه ، بإضافة نص إلى قانون إنشاء الدائرة الإدارية يجعل أحكامها نافذة فور صدورها ، وإن أراد التحوط خشية إلغائها من محكمة الاستئناف فيمكنه أن يضيف على النص إلزام طالب التنفيذ إيداع كفالة معينة تصادر إذا ألغي الحكم من محكمة الاستئناف ، وهو في هذه الحالة يوازن ما بين مصلحتين؛ مصلحة المحكوم له الذي يهمه تنفيذ الحكم الصادر لصالحه ومصلحة الجهة الإدارية التي يهمها التريث في تنفيذ الحكم حتى يصير نهائياً ولهذا فإن الإلزام بالكفالة من شأنه إقامة هذا التوازن وهو نظام معروف في النظم الأنجلوسكسونية.[٣]

الفصل الرابع : الطعن في الأحكام الصادرة في الدعاوى الإدارية:

يعرف الحكم بأنه القرار الذي تصدره المحكمة في الدعوى المعروضة عليها ، وهو عمل بشري يخضع لما تخضع له جميع أعمال البشر من احتمال الصواب والخطأ إلا أنه لما يترتب عليه من آثار مهمة تتعلق بحقوق الخصوم ، وما يجب أن يسود النشاط الإداري من استقرار؛ فقد خول المشرع لمن يخسر دعواه مكنه الطعن على الحكم الصادر ضده ، لتنتقل الخصومة إلى محكمة أعلى تضم قضاة أكثر خبرة من القضاة الذين أصدروا الحكم ، بغية الوصول إلى إصلاح ما شابه من أخطاء يدعيها ، فأباح الطعن في أحكام المحاكم الإدارية أمام محكمة القضاء الإداري منعقدة بهيئة استئنافية ، وجعل حكمها نهائياً حائزاً لقوة الأمر المقضي، وخول المحكوم ضده من محكمة القضاء الإداري ، مكنة الطعن في الحكم الصادر ضده أمام المحكمة الإدارية العليا التي يكون حكمها نهاية المطاف بالنسبة للدعوى الإدارية.[٤]

---

(١) محمد ظهري محمود – إشكالات التنفيذ المتعلقة بتنفيذ أحكام محاكم مجلس الدولة – ٢٠٠٢، الطبعة الأولى، ص ٥ وما بعدها.

(٢) محمد ظهري محمود ، المرجع السابق ، ص٨-٩-١٠ ، المراجع المشار إليها ص٣٦ وما بعدها.

(٣) عالجنا هذه المسألة بالتفصيل في مؤلفنا – المعالم البارزة للمحاكم المدنية الأمريكية ، طبعة ثانية ٢٠٠٦ – الناشر دار الجامعة الحديثة للنشر بالإسكندرية – فلمن يريد المزيد عن هذه المسألة يمكنه الرجوع إليه.

(٤) راجع محمد ظهري محمود – دور غرفة المشورة في خصومة التمييز – دراسة مقارنة – منشور بمجلة الفتوى والتشريع – العدد الخامس عشر – ديسمبر ٢٠٠٨ ، ص ١١٣وما بعدها.

تقسيم :

ينقسم هذا الفصل إلى المباحث التالية :

المبحث الأول : الطعن في الأحكام الصادرة من المحاكم الإدارية.

المبحث الثاني : الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا.

المبحث الثالث : نظر الطعن والفصل فيه.

المبحث الأول : من المحاكم الإدارية:

وفقاً لحكم المادة ١٣ من قانون مجلس الدولة رقم ١٩٧٢/٤٧ فإنه « تختص محكمة القضاء الإداري ... بالفصل في الطعون التي ترفع إليها عن الأحكام الصادرة من المحاكم الإدارية. ويكون الطعن من ذوي الشأن أومن رئيس هيئة مفوض الدولة. وذلك خلال ستين يوماً من تاريخ صدور الحكم».

من هذا النص يمكن أن تحدد شروط الطعن بالاستئناف، وهي :

أن يكون الحكم المستأنف صادراً من محكمة إدارية أياً كانت قيمته أو موضوعه [١] ، وذلك باعتبار أن جميع الأحكام التي تصدر من المحاكم الإدارية يجوز الطعن عليها بالاستئناف ، وهو أمر منتقد لأن هناك أحكاماً بسيطة كالأحكام الصادرة بتعويض موظف بمبلغ ٥٠٠ « خمسمائة جنيه » مثلاً ، أليس من الأفضل جعلها نهائية ؟ وهل من المنطق استئناف مثل هذا الحكم ؟ وفي نظرنا أن جميع القضايا المحكوم فيها بقيم مالية لا تجاوز عشرة آلاف جنيه يجب أن تكون نهائية ؛ لأن الأخذ بالنص السابق على إطلاقه أدى إلى صيرورة جميع الأحكام الصادرة من المحاكم الإدارية مطعوناً عليها أمام محكمة القضاء الإداري ، وكأن المحكمة الأخيرة في حاجة إلى مزيد من التكدس حتى يزداد عليها تلك الطعون.

يرفع الطعن من رئيس هيئة مفوض الدولة ، أو من ذوي الشأن ، ويعتبر من ذوي الشأن كل صاحب مصلحة في الدعوى يستوي في ذلك أن يكون طرفاً فيها أو أدخل أو تدخل فيها ، بل توسعت المحكمة الإدارية العليا في تفسيرها لذوي الشأن فأضافت إليهم من مس الحكم الصادر في الدعوى مصلحة له، يستوي أن تكون قانونية أو مادية ، وبهذا فأي شخص ولو من الغير حتى ولو لم يكن قد علم بالدعوى أو تدخل فيها يحق له الطعن في الحكم الذي مس مصلحته[٢] ، وفي نظري أن هذا المبدأ من المبادئ الشاذة ، ويخالف القواعد الأساسية في حجية الأحكام مخالفة صارخة ، والتي تقرر نسبية الحجية ، بحيث تقتصر على طرفيه ، وأية تبريرات لهذا المبدأ فهي محل نظر[٣]

ميعاد الطعن هو ستون يوماً من تاريخ صدور الحكم ، فإذا انقضى هذا الميعاد سقط الحق في الاستئناف، وأصبح الحكم الصادر من المحكمة الإدارية نهائياً حائزاً لقوة الأمر المقضي.[٤]

أن يكون الحكم المراد استئنافه منهياً للخصومة ؛ أي فاصلاً في الموضوع وعلى هذا فلا يجوز الطعن في الأحكام التمهيدية أو غير المنهية للخصومة.[٥] .

---

(١) راجع هذا المعنى ماجد الحلو، ص ٥٦٦.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم ٨/١٣٠٤ ق جلسة ١٩٦٦/٦/١١ ، أورده ماجد الحلو ، الصفحة ذاتها، هـ(١).

(٣) انظر تبريرات ماجد الحلو ص٥٦٦-٥٦٧ ، هامش حيث تكلم عن حجية الحكم بالإلغاء ، باعتباره صادراً في خصومة عينية فيكون حجة على الكافة على الرغم من أن المحاكم الإدارية ذات اختصاص محدود جداً وقاصر على بعض منازعات الوظيفة العامة دون أن يمتد إلى إلغاء القرارات المنوط بمحكمة القضاء الإداري.

(٤) وهو الميعاد نفسه المحدد للطعن أمام المحكمة الإدارية العليا.

(٥) كالحكم الصادر باختصاص المحكمة ولائياً بنظر الدعوى ... انظر ماجد الحلو، ص ٥٦٧.

رفع الاستئناف وأثره:

يرفع الطعن بالاستئناف بصحيفة موقعة من محام من المحامين المقبولين للمرافعة أمام محكمة القضاء الإداري متضمنة، فضلاً عن البيانات العامة التي تتضمنها صحف الطعون، تاريخ صدور الحكم محل الطعن والأسباب التي استند إليها في قضائه ، ومنطوقه ، والأسباب التي يؤسس عليها الطاعن طعنه وطلباته ، والتي غالبا ما تكون قبول الطعن شكلاً وفي الموضوع بإلغاء الحكم المستأنف وإلغاء القرار أو التعويض... أو أي طلب يطلبه[1] فإذا أودعت العريضة قلم كتاب محكمة القضاء الإداري – الدائرة المختصة ، فإنه يقوم بضم ملف محكمة أول درجة[2] ويحيل الملف إلى هيئة مفوض الدولة التي تتولى تحضير الطعن وإيداع التقرير بالرأي القانوني فيه ، فإن تم هذا الإجراء يحال الملف إلى رئيس الدائرة الذي يحدد جلسة لنظر الطعن في خلال أجل معين ، ثم يقوم قلم الكتاب بإخطار الخصوم بميعاد الجلسة بمدة ثمانية أيام على الأقل ولا يترتب على رفع الطعن بالاستئناف وقف تنفيذ الحكم المطعون فيه إلا إذا أمرت المحكمة بالوقف.[3]

الحكم الصادر في الاستئناف:

باستئناف الحكم يعاد طرح المنازعة – في حدود ما يعرضه الطاعن – من حيث القانون والواقع على الهيئة الاستئنافية بمحكمة القضاء الإداري التي تقوم بفحص الطعن من جميع جوانبه ، وتصدر الحكم فيه ، الذي قد يكون بتأييد الحكم المستأنف أو إلغائه أو تعديله ، وذلك بحسب ما يكشفه لها فحص الطعن. والحكم الصادر في الطعن هو حكم نهائي حائز لقوة الأمر المقضي[4] ، فلا يجوز الطعن عليه إلا في حالة خاصة سنعرض لها في المبحث التالي.

أما في الكويت فإنه إذا أصدرت الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية حكماً لم يرتضه الخصوم ؛ فإن لذوي الشأن – في هذه الحالة – استئنافه أمام الدائرة الإدارية بمحكمة الاستئناف وذلك خلال ميعاد قدره ثلاثون يوماً من تاريخ صدوره ، والحكم الصادر من محكمة الاستئناف هو حكم نهائي حائز لقوة الأمر المقضي ، وتسري عليه القواعد السالف ذكرها سواء فيما يتعلق بصحيفة الطعن أو إجراءات نظر الطعن.[5]

المبحث الثاني: الطعن في الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري:

تعتبر محكمة القضاء الإداري بمنزلة محكمة أول درجة بالنسبة لغالبية المنازعات الإدارية ، فهي المحكمة ذات الولاية العامة في الدعاوى الإدارية وفي الوقت ذاته هي محكمة استئناف أو محكمة الدرجة الثانية بالنسبة للأحكام الصادرة من المحاكم الإدارية، وهي مشكّلة من ثلاثة مستشارين ، ومن المتصور حدوث الخطأ من جانبهم ، لذا أجاز المشرع الطعن في الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري بصفتيها؛ أي سواء أكانت محكمة أول درجة أم محكمة الدرجة الثانية أمام المحكمة الإدارية العليا والمشكّلة من خمسة مستشارين لكل دائرة فيها، وقد نصت على هذا الطريق المادة ٢٣ من قانون مجلس الدولة ، بقولها: « يجوز الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا في الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري ... وذلك في الأحوال التالية :

إذا كان الحكم المطعون فيه مبنياً على مخالفة القانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله.

---

(١) وذلك وفقاً للقواعد العامة في الاستئناف .

(٢) وذلك حتى يكون الملف كاملاً تحت نظر هيئة المفوضين.

(٣) يشترط أن يطلب الطاعن وقف التنفيذ بصحيفة الطعن ، فإذا لم يطلبه فلا يجوز للمحكمة التصدي لمسألة الوقف من تلقاء نفسها.

(٤) باعتباره حكماً صادراً من محكمة الدرجة الثانية.

(٥) راجع المادة ١٤ من قانون إنشاء الدائرة الإدارية التي أوضحت كيفية رفع الاستئناف وإجراءاته.

إذا وقع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم.

إذا صدر الحكم على خلاف حكم سابق حاز قوة الشيء المحكوم فيه سواء دفع بهذا الدفع أو لم يدفع.

ويكون لذوي الشأن ولرئيس هيئة مفوض الدولة أن يطعن في تلك الأحكام خلال ستين يوماً من تاريخ صدور الحكم .. وذلك مع مراعاة الأحوال التي يوجب عليه القانون فيها الطعن في الحكم.

أما الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري في الطعون المقامة أمامها في أحكام المحاكم الإدارية فلا يجوز الطعن فيها أمام المحكمة الإدارية العليا إلا من رئيس هيئة مفوضي الدولة خلال ستين يوماً من تاريخ صدور الحكم وذلك إذا صدر الحكم على خلاف ما جرى عليه قضاء المحكمة الإدارية العليا أو إذا كان الفصل في الطعن يقتضي تقرير مبدأ قانوني لم يسبق لهذه المحكمة تقريره ونعالج في هذا المبحث المسائل التالية:

أ – الأحكام التي يجوز الطعن فيها.

ب – الأسباب التي يؤسس عليها الطعن.

ج– من له حق الطعن.

د– ميعاد رفع الطعن.

هـ – صحيفة الطعن، وذلك على النحو التالي:

أولاً : الأحكام التي يمكن الطعن فيها أمام المحكمة الإدارية العليا:

يجوز الطعن في الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري سواء أكانت محكمة أول درجة أم منعقدة بهيئة استئنافية لنظر الطعون في أحكام المحاكم الإدارية ، ويجب أن يكون الحكم المطعون فيه فاصلاً في الموضوع أي منهياً للمنازعة ، وهو ما يؤدي إلى عدم جواز الطعن في الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع ولا تنتهي بها الخصومة عدا الحكم الصادر برفض طلب وقف تنفيذ القرار أو بوقف تنفيذه ، إذ يجوز الطعن فيه استقلالاً.

الأسباب التي يؤسس عليها الطعن :

حددت المادة ٢٣ سالفة الذكر ، أسباب الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا بثلاثة أسباب هي:

إذا بني الحكم على مخالفة القانون أو خطأ في تطبيقه وتأويله:

وعلى الرغم من أن هذا السبب يوحي بأن المحكمة الإدارية العليا يقتصر دورها في الطعن على بحث الجانب القانوني فقط إلا أن رقابة المحكمة الإدارية العليا فيما يتعلق ببحث هذا السبب تشبه رقابة محكمة القضاء الإداري المسلطة على مشروعية القرار الإداري في دعوى الإلغاء ، ولذلك يتعدى بحثها إلى بحث الوقائع بالقدر الذي يتطلبه التحقق من صحة تطبيق القانون ، وهو ما يترتب عليه إمكانية مخالفة القضاء الإداري في تقديرها للأسباب التي أسست عليها الإدارة إحالة أحد موظفيها إلى المعاش.[1]

(١) ماجد الحلو، ص٥٧٢ وما أشار إليه من أحكام ، وهذا الدور منتقد من غالبية الفقه ، إذ تحولت المحكمة الإدارية العليا من محكمة طعن إلى محكمة درجة ثانية. راجع مشروع قانون المرافعات الإدارية ومذكرته الإيضاحية، سبق الإشارة إليه.

ومن صور مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه حالة تناقض أسباب الحكم مع منطوقه.

(٢) بطلان الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم:

يمكن إقامة طعن أمام المحكمة الإدارية العليا في الحكم في حالة صدوره باطلاً أي مخالفاً للقانون ، وكذلك وقوع بطلان في الإجراءات أثر في الحكم ، ومن أمثلة ذلك صدور الحكم دون حضور مفوض الدولة بالجلسة ، وكذلك خلو الحكم من البيانات الواجب اشتماله عليها ، وكذلك اشتراك مفوض الدولة في إصدار الحكم من المحكمة الإدارية ، ثم تمثيله هيئة مفوضي الدولة أمام محكمة القضاء الإداري عند نظرها الطعن في حكم المحكمة الإدارية المشار إليه.

مخالفة قوة الشيء المحكوم فيه: [١]

يقصد بهذا السبب صدور حكم من إحدى محاكم القضاء الإداري على خلاف حكم سابق صادر من محكمة أخرى من محاكم مجلس الدولة في المنازعة ذاتها، فإذا حدث ذلك فإن الحكم السليم يكون عدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها فإن خالفت المحكمة الثانية ذلك ، فإن للمحكمة الإدارية العليا أن تحكم بإلغاء الحكم الجديد من تلقاء نفسها إن لم يثر الطعن أحد الخصوم ؛ وذلك لتعلق هذا العيب بالنظام العام ، بل إن للمحكمة إذا طعن أمامها في دعوى تعويض التصدي لمشروعية القرار ، ما دام شق التعويض مرتبطاً بشق الإلغاء ارتباطاً جوهرياً[٢] وإذا كانت الأسباب الثلاثة السابقة هي التي يستند الطاعن إليها للطعن في حكم محكمة القضاء الإداري كمحكمة أول درجة ، فإن المشرع قد أورد سببين للطعن في الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري كمحكمة استئناف أي محكمة ثاني درجة وهما :

صدور الحكم المراد الطعن عليه على خلاف ما جرى عليه قضاء المحكمة الإدارية العليا:

عندما تصدر المحكمة الإدارية العليا حكمها في الطعن ، فإنها تقرر مبدأ قضائياً تسير المحاكم الأدنى على هديه في أحكامها ، إلا أنه قد يحدث أن محكمة القضاء الإداري باعتبارها محكمة استئناف تصدر حكماً على خلاف المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا سواء من خلال تفسيرها لنصوص التشريع أو استخلاصاً من متطلبات سير المرافق العامة[٣] ، وقد تنتج مخالفة محكمة القضاء الإداري لأحد هذه المبادئ إما نتيجة خطأ وقعت فيه ، أو أنها تعمدت ذلك من أجل إعادة النظر في هذا المبدأ في ضوء تغير الظروف التي صدر فيها ، وفي هذه الحالة يعرض الطعن على المحكمة الإدارية العليا لتفصل فيه، ويكون حكمها القول الفصل في قبول تغيير المبدأ أو الإبقاء عليه.[٤]

الحاجة إلى تقرير مبدأ قانوني جديد:

في هذه الحالة ، يتطلب الحكم في الطعن تقرير مبدأ قانوني جديد لم تقرره المحكمة الإدارية العليا من قبل ، وعندئذ يقوم الحكم المطعون فيه على أسباب وأسس غير ثابته تشريعاً أو من مبادئ المحكمة الإدارية العليا ، وتعد هذه المسألة ظاهرة في مجال القانون

---

(١) راجع الأحكام العديدة المشار إليها عند ماجد الحلو ، ص٥٧٣ ، ٥٧٤.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٩٥٥/١١/١٩ ، وهي وجهة نظر غير سليمة ؛ إذ تجعل المحكمة تحكم بشيء لم يطلبه الخصوم ، وهو خطأ قانوني ومن أسباب الطعن بالتماس إعادة النظر.

(٣) ماجد الحلو، ص ٥٧٥.

(٤) في هذا المعنى ماجد الحلو الإشارة ذاتها.

الإداري نتيجة للتطور السريع في الأنظمة التي يحكمها ، ولقلة تشريعاته.[1] ومن الأمثلة الحديثة لهذه المسألة مدى اعتبار القرارات الصادرة عن البورصة إدارية أو خضوع العاملين بها للمحاكم التأديبية، حيث انتهت إلى أن قراراتها قرارات إدارية ، وخضوع موظفيها للمحاكم التأديبية ، ومما يجدر ذكره أن الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا ليس من شأنه غل يدها في بسط رقابتها في وزن الحكم بميزان القانون دون تقيد بالأسباب الواردة بتقرير الطعن دون غيرها.[2]

(ج) من له حق الطعن أمام المحكمة الإدارية :

حددت المادة ٢٣ سالفة الذكر ذوي الشأن ورئيس هيئة مفوضي الدولة باعتبارهم أصحاب الحق في الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا في الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري كمحكمة أول درجة ، أما الأحكام الصادرة منها كمحكمة استئناف فقد اقتصر الطعن فيها على رئيس هيئة مفوضي الدولة دون سواه.

١ . رئيس هيئة مفوضي الدولة:

يطعن رئيس هيئة المفوضين في الأحكام التي يراها مشوبة بأحد العيوب المحددة قانوناً لجواز الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا وطعن رئيس هيئة المفوضين ليس لصالح الخصوم وإنما لصالح القانون وإن استفاد منه أحد الخصوم، ولهذا فإن هذا الطعن جوازي غالباً إلا أنه قد يكون وجوبياً في حالة وحيدة نصت عليها المادة ٢٢ من قانون مجلس الدولة من أن « على رئيس هيئة المفوضين بناء على طلب من العامل المفصول أن يطعن في الأحكام الصادرة بالفصل من الوظيفة، ويلاحظ أن المشرع قد قصر الطعن في الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري في الطعون المرفوعة أمامها في أحكام المحاكم الإدارية على رئيس هيئة مفوضي الدولة دون سواه ، وقد علل البعض حرمان ذوي الشأن من حقهم في الطعن في هذه الحالة بأن الحكم قد سبق نظره على درجتين من درجات التقاضي بما لا مجال معه لإعادة بحثه من جديد.[3]

٢ . ذوو الشأن.

حددت المحكمة الإدارية العليا المقصود بذوي الشأن الذين لهم حق الطعن أمامها بأنهم :

أطراف الدعوى الأصلية .

المتدخلون في الدعوى إن وجدوا.

الخارج عن الخصومة الذي مس الحكم الصادر.

في الدعوى مصلحة له ولم يكن في مركز يسمح له بتوقع الدعوى أو العلم بها والذي ليس له طريق طعن قضائي آخر، وذلك خلال ميعاد قدره ستون يوماً من تاريخ علمه بالحكم الذي مس مصلحته.[4]

(د) من اعتبرهم القانون صراحة من ذوي الشأن. مثال ذلك ما ذهبت إليه المادة ٢٢ من قانون مجلس الدولة من أنه « يعتبر من ذوي الشأن في الطعن الوزير المختص ورئيس الجهاز المركزي للمحاسبات ومدير النيابة الإدارية.

---

(١) ماجد الحلو، ص ٥٧٦.
(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم ٢٩/٣٤٣٠ ق جلسة ١٩٨٩/١/٢٨ ، وماجد الحلو، الإشارة ذاتها.
(٣) ماجد الحلو، ص٥٧٧.
(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بجلسة ١٩٦١/١٢/٢٣ ، ماجد الحلو ، ص ٥٧٨.

الميعاد الواجب رفع الطعن خلاله:

يرفع الطعن خلال ميعاد قدره ستون يوماً من تاريخ صدور الحكم ، ويصدق كل ما يقال عن قطع ميعاد الطعن في دعوى إلغاء القرار على ميعاد الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا ، ويرجع إلى قانون المرافعات في حساب الميعاد ، وما قد يصادف إليه من ميعاد مسافة إن كان الطاعن خارج مدينة القاهرة حيث مقر المحكمة الإدارية العليا.[١]

ويسقط الحق في رفع الطعن ولو قبل انتهاء ميعاده في حالة قبول ذوي المصلحة الحكم ، يستوي في هذا القبول أن يكون صراحة أو ضمناً ، غير أنه يتعين أخذ الأمر بحذر في استخلاص القبول الضمني من الوقائع الدالة عليه.[٢]

المبحث الثالث : رفع الطعن والفصل فيه:

وفقاً لحكم المادة ٤٤ من قانون مجلس الدولة فإن الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا يرفع بتقرير طعن يقدم من ذوي الشأن موقعاً من محام مقبول للمرافعة أمام المحكمة ، ويودع قلم الكتاب – متضمناً علاوة على البيانات العامة المتعلقة بأسماء الخصوم وصفاتهم وموطن كل منهم – بيان الحكم المطعون فيه وتاريخ صدوره وبيان الأسباب والأسانيد التي أسس عليها الطعن وطلبات الطاعن ، فإن تخلف أحد هذه البيانات جاز الحكم ببطلانه، وذلك حسب أهمية البيان المتخلف.[٣]

أوجب المشرع على ذوي الشأن عند تقريرهم بالطعن إيداع خزانة المجلس كفالة قدرها عشرة جنيهات تقضي المحكمة منعقدة في صورة دائرة فحص الطعون بمصادرتها في حالة حكمها برفض الطعن ، ولا يسري هذا الحكم على الطعون المقامة من هيئة قضايا الدولة ، أو هيئة مفوضي الدولة أو رئيس الجهاز المركزي للمحاسبات أو مدير النيابة الإدارية.[٤]

عرض الطعن على دائرة فحص الطعون :

تشكل دائرة فحص الطعون من ثلاثة مستشارين من مستشاري الدائرة المرفوع أمامها الطعن ، وهي تنظر الطعن وتفحصه بعد سماع إيضاحات مفوضي الدولة وذوي الشأن إن رأى رئيس الدائرة وجهاً لذلك، وهي لذلك تعد محكمة ذات تشكيل خاص وولاية قضائية متميزة.[٥] وهي بعد فحص الطعن تصدر قراراً بإحالة الطعن إلى دائرة الموضوع لتفصل في موضوعه، وذلك إذا قدرت صحة الطعن من الناحية الشكلية ، وجدارته بالعرض على المحكمة من الناحية الموضوعية إما لأنه مرجح قبوله، وإما لأن الفصل في موضوعه يقتضي تقرير مبدأ قانوني لم يسبق للمحكمة تقريره ، فإن صدر القرار بإحالة الطعن إلى المحكمة ، اشار قلم الكتاب بذلك على تقرير الطعن ، ويخطر ذوو الشأن وهيئة المفوضين بهذا القرار لمتابعة الطعن ، أما إن رفضت دائرة الفحص الطعن فإنه يجب أن يصدر قرار الرفض بإجماع الآراء ، وذلك لخطورة هذا القرار على الطاعن، خاصة أن هذا القرار غير مسبب ،[٦] ومن المتصور أن يكون غير سليم، ويكون رفض الطعن في حالة من الحالات التالية :

أن يشوب الطعن عيب في الشكل يتعلق بإجراءاته ، كما لو قدم بعد فوات ميعاد الستين يوماً المقرر تقديم الطعن خلالها.[٧]

---

(١) راجع المادة ٢٣ من قانون مجلس الدولة رقم ١٩٧٢/٤٧ ، ماجد الحلو، ص ٥٧٨.
(٢) ماجد الحلو، ص ٥٧٩.
(٣) ماجد الحلو، ص ٥٧٩
(٤) راجع المادة ٤٤ من قانون مجلس الدولة ، والشكل الذي يجب أن تكون صحيفة الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا – محمد ظهري محمود – مشروع قانون المرافعات الإدارية ، سابق الإشارة إليه.
(٥) راجع محمد ظهري محمود – دراسته عن دورة غرفة المشورة في خصومة التمييز دارسة مقارنة، سابق الإشارة إليه ، ص١٢١-١٢٣ والطعن رقم ٣٠/١٥٤٥ ق جلسة ١٩٨٩/٢/١٨- مشار إليه في مقالنا هذا ص ١٣٠ ، وانظر أيضاً ص ١٢٩-١٣٠ من المقال المذكور.
(٦) انظر محمد ظهري محمود – مقالة دور غرفة المشورة ، ص١٣٠.
(٧) ماجد الحلو ص ٥٨١ ، محمد ظهري محمود ، ص ١٢٥.

بطلان الطعن ، لعدم اندراج أسبابه تحت حالة من الحالات المحددة قانوناً لجواز الطعن أمام المحكمة ، كما لو اقتصر على أسباب موضوعية بحتة تتعلق بتقدير محكمة الموضوع.[١]

عدم جدارة الطعن للعرض على المحكمة لمخالفته لأحد المبادئ التي استقر عليها قضاء المحكمة ؛ لأن نتيجة الفصل فيه معروفة سلفاً وهي الرفض ، فلا يوجد داع إذن لإضاعة وقت المحكمة وجهدها في نظر مثل هذا الطعن، [٢] وسواء قررت دائرة الفحص إحالة الطعن إلى دائرة الموضوع أو رفضه ، فأيها تتمتع بسلطة تقديرية لا يمكن إنكارها، إذ لها أن تحيل الطعن إلى دائرة الموضوع على الرغم من قيامه على سبب يخالف أحد مبادئ المحكمة ، إن قدرت أن الظروف التي صدر فيها هذا المبدأ قد تغيرت وأن ظروف المجتمع قد أصابها تغير واضح بما يحتمل معه عدول المحكمة عنه ، وقد كيفت المحكمة الإدارية العليا دائرة الفحص بأنها محكمة ذات ولاية قضائية خاصة ورتبت نتيجة منطقية على هذا التكييف هي أنه إذا كانت الدائرة هي التي فصلت في الطعن الملتمس فيه ، فإن هذه الدائرة هي المختصة بنظر الالتماس المرفوع عنه وبناء عليه قضت المحكمة بعدم اختصاصها بنظر الدعوى وإحالتها إلى دائرة فحص الطعن،[٣] أما أحكام المحكمة الإدارية العليا فلا يجوز قبول الطعن بالتماس إعادة النظر فيها ، وذلك عملاً بحكم المادة ٥١ من قانون مجلس الدولة.

وقف تنفيذ الحكم :

ليس للطعن أمام المحكمة الإدارية العليا أثر موقف لتنفيذ الحكم المطعون فيه ما لم يطلب الطاعن ذلك في صحيفة طعنه ، وتصدر المحكمة حكمها في الطلب بحسب ما يتراءى لها من جدية أسباب الطعن وكفايتها لإلغائه من عدمه[٤] فضلاً عن توافر الاستعجال ، وذلك على نحو ما سبق.

الفصل في الطعن:

بعد استيفاء الطعن لمراحل نظره من إيداع تقرير هيئة مفوضي الدولة في الطعن وإحالته إلى دائرة الموضوع المشكلة من خمسة مستشارين، والتي تسمع وجهات نظر الخصوم إن رأت وجهاً لذلك ، وحجزت الطعن للحكم ، فإن حكمها لا يخرج عن أمر من الأمور التالية :

إما أن يكون الحكم برفض الطعن ، وهو ما يعني سلامة الحكم المطعون فيه ، وهذا الفرض لا يثير أية مشكلة في العمل ؛ لأنه يعني أن المحكمة قد أيدت الحكم المطعون فيه.[٥]

وإما أن تقضي بإلغاء الحكم المطعون ، وفي هذه الحالة لا يخرج الأمر عن أحد الفروض التالية : (أ) إذا كان أن الحكم الملغى قد فصل في موضوع الدعوى، وفي هذا الفرض عندما تلغي المحكمة الإدارية العليا مثل هذا الحكم ، فإنها تتصدى لنظر الطعن والفصل فيه ، بحيث تنزل حكم القانون بنفسها عليه ، وذلك إن استبان لها أن الموضوع صالح للفصل فيه ، أما إن استبان لها خلاف ذلك فإنها تحدد المبدأ الذي يحكم الموضوع ، وتعيد الدعوى إلى المحكمة المختصة للفصل فيها مجدداً.[٦]

إذا كان الحكم المطعون فيه غير فاصل في الموضوع كالحكم بعدم الاختصاص أو بعدم القبول، فإن المحكمة تحيل الدعوى للمحكمة المختصة للفصل في موضوعها وهو إعمال لصحيح حكم القانون لأن المحكمة لم تتعرض للموضوع ، ومن ثم فلا يجوز حرمان الخصوم

(١) ماجد الحلو ص ٥٨١ ، محمد ظهري مقالته، ص ١٢٦.
(٢) راجع ماجد الحلو، الإشارة ذاتها ، محمد ظهري ، ص ١٢٥.
(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا جلسة ١٩٦٨/٢/١٧ ، ماجد الحلو، ص ٥٨٢ والمزيد من التفاصيل – مقالتنا سالفة الذكر.
(٤) راجع المادة ٥٠ من قانون مجلس الدولة ، مقالنا ص ١٢٥-١٣٠ وماجد الحلو ، ص ٥٨٢.
(٥) راجع ماجد الحلو، ص ٥٨٣.
(٦) راجع ماجد الحلو ، ص ٥٨٣.

من إحدى درجات التقاضي[١] وعلى الرغم من أن هذا القول يتفق مع المنطق السليم ، فإن المحكمة الإدارية العليا قد خرجت عليه ، فنظرت الموضوع وفصلت فيه بعد أن قضت بإلغاء الحكم بعدم قبول الدعوى[٢] ، وقد علل البعض ذلك بفكرة اختصار الإجراءات من أجل التيسير على المتقاضين ؛ فعندما ترى صلاحية الموضوع للفصل فيه فإنها تحكم فيه ولا تعيده إلى المحكمة التي أصدرته،[٣] وهو ما يتفق مع ما أورده قانون المرافعات بالنسبة لدور محكمة النقض ، إذ وفقاً لحكم المادة ٢٦٩ مرافعات فإنه إذا حكمت المحكمة بنقض الحكم المطعون فيه وكان الموضوع صالحاً للفصل فيه ، وجب عليها أن تحكم في الموضوع.

تكييف الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا:

هل يعتبر الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا من قبيل الطعن بالنقض أولا ؟ ويجد هذا التساؤل مبرره في أن الأسباب التي أوردها القانون لجواز الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا هي الأسباب ذاتها المقررة قانوناً للطعن بالنقض، أي هي أسباب قانونية ، مما جعل البعض يذهب إلى أن الطعن المذكور هو طعن بالنقض[٤] إلا أن المحكمة لم تأخذ بهذا الرأي ، وإنما بسطت رقابتها على الطعن من النواحي القانونية وتصدت لبحث وقائعه ، كما هو الشأن أمام محكمة الاستئناف ، على خلاف ما تسير عليه محكمة النقض ، كما أنها عندما تحكم بإلغاء الحكم الطعين فهي إما أن تعيد الدعوى للمحكمة التي أصدرت الحكم لتفصل فيه مجدداً أو تتصدى للفصل في الموضوع وتحكم في الدعوى إذا رأت ألا محل لإعادتها إلى المحكمة المختصة[٥] من جديد. ومن جانب آخر فإن قضاء المحكمة الإدارية العليا يقترب إلى حد كبير من قضاء محكمة النقض المدني عند نظرها الطعون المرفوعة ضد أحكام محكمة القضاء الإداري كمحكمة استئناف ؛ لأنه في هذه الحالة تكون الدعوى قد نظرت على درجتين ، فلا يوجد ثمة داع لإعادة نظر الوقائع للمرة الثالثة ، وبهذا تقتصر رقابة المحكمة على بحث الجانب القانوني وحده دون بسط رقابتها على وقائع الدعوى.[٦]

الوضع في القانون الكويتي:

بينت المادة ١٥٣ من قانون المرافعات الكويتي رقم ١٩٨٠/٣٨ كيفية إقامة الطعن بالتمييز ، فهو يرفع بصحيفة يتم إيداعها إدارة كتاب محكمة الاستئناف العليا تتضمن البيانات المتعلقة بالخصوم من حيث بيان أسمائهم وصفاتهم وموطن كل منهم . وذلك على النحو المتعارف عليه بالنسبة لصحف الطعن ، فإن وقع تجهيل في ذلك بطل الطعن ، كما يجب على الطاعن أن يضمن صحيفة الطعن بياناً وافياً عن الحكم محل الطعن بذكر تاريخ صدوره والمحكمة التي أصدرته ورقم الطعن ومحكمة الاستئناف التي أصدرته.

- كما يجب على الطاعن أن يوضح الأسباب التي يؤسس عليها طعنه والتي حددها المشرع على سبيل الحصر وتأثيرها على الحكم المراد تمييزه.

- طلبات الطاعن ، توقيع محام مقبول للمرافعة أمام محكمة التمييز.

- الكفالة ، وهي التي أوجب المشرع إيداعها عند تقديم الطاعن لطعنه وقدرها ٥٠ (خمسون ديناراً) إذا كان الحكم صادراً من محكمة أول درجة (جزئية أو كلية) في حدود نصابها الانتهائي ، وكان مخالفاً لحكم سابق حائز لقوة الأمر المقضي و١٠٠ (مائة دينار) إذا ما

---

(١) ماجد الحلو ، الإشارة ذاتها.
(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا جلسة ١٩٦٢/٣/١٧ – والحكم الصادر بجلسة ١٩٥٩/٥/١٦ والحكم الصادر في ١٩٦٠/١/٢ أوردها ماجد الحلو هـ٤ من الصفحة ذاتها.
(٣) ماجد الحلو ، ص ٥٨٣-٥٨٤.
(٤) ماجد الحلو ، ص ٥٨٤.
(٥) ماجد الحلو ، الإشارة ذاتها.
(٦) ماجد الحلو ، ص ٥٨٥ ، وراجع محمد ظهري محمود – مشروع قانون المرافعات الإدارية – سابق الإشارة إليه.

كان الحكم صادراً من محكمة الاستئناف.

- يجب على الطاعن إيداع مستنداته المؤيدة لطعنه مع صحيفة الطعن وذلك بإدارة كتاب محكمة الاستئناف العليا ما لم تكن مودعة ملف القضية المراد تمييز حكمها ، أما إذا كانت مودعة ملف طعن آخر فإن على الطاعن تقديم ما يثبت ذلك ، وذلك كنوع من تبسيط الإجراءات.

- إذا استوفت الصحيفة الشكل والإجراءات السابقة وأودعت في الميعاد المحدد قانوناً وهو ثلاثون يوماً من تاريخ صدور الحكم المطعون فيه فإن الإدارة تقيدها في السجل المعد لذلك ، وعليها تسليم الصحيفة ومرفقاتها في اليوم التالي على الأكثر إلى قسم الإعلانات بمحكمة التمييز ليتولى إعلانها إلى المطعون ضدهم ورد الأصل.[١]

- إذا أعلن المطعون ضده فإن القانون خوله حق الرد على ما ورد بالصحيفة بمذكرة دفاع يودعها إدارة الكتاب خلال ميعاد معين، قدره ١٥ يوماً من تاريخ إعلانه بالطعن ، كما له إرفاق ما يرى إرفاقه من مستندات مؤيدة لدفاعه ، وإذا استوفى ملف التمييز تعين على إدارة كتاب المحكمة إرساله إلى نيابة التمييز التي تتولى بحث أسباب الطعن ومدى جديتها وإيداع مذكرة برأيها فيها[٢] ، مع إعادة الملف إلى إدارة الكتاب ، وذلك كله خلال أجل معين لا يجاوز ستين يوماً من تاريخ إرسال إدارة الكتاب ملف الطعن إلى النيابة، وهذا الميعاد من المواعيد التنظيمية التي لا يترتب على مخالفتها بطلان،[٣] وبعد ذلك يحال الطعن إلى غرفة المشورة لنظره ، والقيام بفحصه فإن استبان لها جدية أسبابه وجدارته بالعرض على المحكمة قررت قبوله وإحالته إلى محكمة الموضوع وإلا قضت بعدم قبوله ، [٤] فإذا أحيل الطعن إلى الدائرة الموضوعية ، فإنها تنظره وتفصل فيه على النحو الذي تم بسطه بالنسبة للمحكمة الإدارية العليا ؛ لأنه النموذج الذي اتخذه المشرع الكويتي لمحكمة التمييز ، لذا نحيل إليه بخصوص هذه المسألة منعاً من التكرار.[٥]

---

(١) راجع مقالنا – دور غرفة المشورة في خصومة التمييز ص ١١٧-١١٨ حيث فصلنا فيه هذه المسألة.
(٢) محمد ظهري محمود ، مقالة دور غرفة المشورة ، ص ١١٩.
(٣) محمد ظهري محمود ، مقاله السابق ، الإشارة ذاتها.
(٤) التفصيل عند محمد ظهري محمود ، مقالته ، ص ١٢٥-١٢٦.
(٥) راجع ما تقدم حيث استوفت المحكمة الإدارية العليا جانباً كبيراً من البحث ، وكذلك مقالنا سالف الذكر ، ص ١١٤-١١٥.

الإثبات في الدعوى الإدارية في القانون الكويتي

المستشار/ أيمن سيد محمد عبد الرحمن

نائب رئيس هيئة قضايا الدولة بجمهورية مصر العربية

المستشار القانوني للرئاسة العامة للحرس الوطني

مقدمة:

تعريف الإثبات :

أولاً – الإثبات لغة: الإثبات لغة من فعل ثبت. وثبت– ثباتاً – وثبوتاً : أي استقر ويقال صح وتحقق.

وفي التنزيل العزيز «يمحو الله ما يشاء ويثبت».

– والأمر– حققه وصححه. والتثبت أي الحجة ، ورجل ثبت أي حجة يوثق به. والمثبت أي كلام مثبت غير منفي [١] .

ثانياً – الإثبات اصطلاحاً : يعرف الإثبات بمعناه القانوني – هو إقامة الدليل أمام القضاء ، بالطرق التي حددها القانون ، على وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها[٢].

وقد عرفته محكمة التمييز بما يأتي « الإثبات قانوناً هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق القانونية على وجود واقعة قانونية هي مصدر الحق المدعي به وعبء إثبات هذه الواقعة على المتمسك بها» [٣].

مذاهب الإثبات :

يهدف الإثبات إلى الكشف عن الحقيقة توصلاً إلى إقرار الحقوق لأصحابها . وفي سبيل ذلك يمكن أن تتعدد الطرق ، وإن هدفت كلها إلى محاولة الوصول إلى حقيقة قضائية تتطابق وحقيقة الواقع.[٤]

أ- مذهب الإثبات الحر (أو المطلق) Systeme de la Preuve libre:

المذهب الحر أو المطلق ، لا يرسم القانون طرقاً محددة للإثبات يقيد بها القاضي ، بل يترك الخصوم أحراراً يقدمون الأدلة التي يستطيعون إقناع القاضي بها ، ويترك القاضي حراً في تكوين اعتقاده من أي دليل يقدم إليه . وهذا المذهب يقرب كثيراً بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية لمصلحة العدالة. [٥]

---

(١) المعجم الوسيط ، باب الثاء ، ص٩٧.

(٢) الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الثاني ، نظرية الالتزام بوجه عام ، المجلد الأول ، الإثبات ، للأستاذ الدكتور : عبد الرزاق السنهوري ، الطبعة المنقحة للمستشار: مصطفى الفقي ، طبعة دار النهضة سنة ١٩٨٢، بند رقم ١٠ ، ص١٩ وما بعدها.

(٣) طعن بالتمييز رقم٢٩/١٩٨٧ عمالي ، جلسة ١٩٨٧/١٢/١٢م ، مشار إليه بمجلة القضاء والقانون ، السنة ١٥ ، العدد الثاني ، قاعدة رقم ١٠٨ ، ص٣٧٢.

(٤) شرح قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية الكويتي دراسة مقارنة ، أ.د: محمد شكري سرور، الطبعة الأولى ، سنة ١٩٩٤ ، طبعة مطبوعات وحدة التأليف والترجمة والنشر ، ص٢ وما بعدها.

(٥) أ.د / عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، بند رقم ٢٢ ، ص٣٩ وما بعدها.

ب - المذهب القانوني أو المقيد أو الجامد Systeme de la prevue legale:

وفيه يلتزم القاضي من الإثبات موقفاً سلبياً محضاً، حيث يحدد فيه المشرع طرق الإثبات تحديداً دقيقاً ، ويحدد لكل طريق قيمته ، فلا يستطيع المتقاضي أن يثبت حقه إلا بهذه الطرق ، ولا يستطيع القاضي أن يقبل منه غيرها ، أو أن يعطي لأي طريق قيمة مغايرة للقيمة التي أعطاها لها القانون.

وإذا كان لهذا المذهب ميزة اتقاء تحكم القضاء وضمان حسن سير العدالة ، وتأمين الاستقرار في التعامل ، فإنه يؤخذ عليه أنه يباعد بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية التي قد تكون ظاهرة للعيان ، ولكن لا يمكن إقامة الدليل عليها إلا بالطرق التي حددها القانون. (١)

ج - المذهب الوسط أو المختلط. Systeme Mixte:

غير أنه بالإمكان في الحقيقة الجمع بين مزايا المذهبين السابقين وتلافي عيوبهما ؛ وذلك بأن يختلط المشرع مذهباً وسطاً بينهما : فيلزم القاضي أولاً أن يلتزم من الإثبات موقف الحياد كأصل ، وإن جعل له – في بعض الحالات– دوراً إيجابياً محدداً كذلك تتحدد طرائق الإثبات وتتعين قوة بعضها ؛ ليكون للقاضي في بعضها الآخر سلطة تقدير قيمة الدليل.(٢)

وهذا المذهب هو الذي أخذ به المشرع الكويتي والمشرع المصري مقتفياً في ذلك اثر الشرائع اللاتينية ، كالقانون الفرنسي والقانون الإيطالي ، والقانون البلجيكي .(٣)

وتطبيقاً لذلك قضى بأنه (لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة في تقدير الأدلة التي تأخذ بها في ثبوت تزوير الورقة المطعون عليها أو نفيه بناء على ما يستظهره من ظروف الدعوى وملابساتها متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة من شأنها أن تؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها ، كما أن لها تقدير أقوال الشهود والأخذ بما يطمئن إليه وجدانها منها ما دام لم تخرج أقوال الشاهد عما قد يؤدي إليه مدلولها، وأن الشهادة السماعية جائزة قد تجوز الشهادة الأصلية وتخضع مثلها لتقدير قاضي الموضوع.(٤)

كما قضى بأن « لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تقدير الأدلة والمستندات التي تقدم إليها وفي الموازنة بينها وترجيح ما تطمئن إليه وإطراح ما عداه ، وتقدير أقوال الشهود مرهون بما يطمئن إليه وجدانها». (٥)

وقضى أن « قاضي الموضوع – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – حر في أن يستنبط القرينة التي يعتمد عليها من وقائع الدعوى والأوراق المقدمة له ومن أقوال شهود سمعوا في تحقيق قضائي أو إداري.(٦)

---

(١) المطول في شرح الصيغ القانونية للدعاوى والأوراق القضائية ، المجلد الثالث في الإثبات طبعة سنة١٩٩١، للمستشار / سيد حسن البغال، الناشر عالم الكتب ، ص٢١.

(٢) أ.د / محمد شكري سرور، المرجع السابع ، ص ٥.

(٣) أ.د عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق بند رقم ٢٤ ، ص٤٣.

(٤) حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٧٤لسنة ١٩٩٦ مدني ، جلسة ١٩٩٧/٥/١٢ مشار إليه بمجلة القضاء والقانون ، السنة ٢٥ ، الجزء الأول ، يوليو ٢٠٠٠، عن الفترة من ١٩٩٧/١/١ إلى ١٩٩٧/٥/٣١، قاعدة رقم١٣٧، ص٥٥١ وما بعدها.

(٥) حكم محكمة النقض المصرية جلسة ١٩٨٨/١١/٣ ، طعن رقم ٢٣٤٦ لسنة ٥١ ، مشار إليه بمؤلف المستشار / سيد حسين البغال ، المرجع السابق، ص٦٦٣ وما بعدها .

(٦) حكم محكمة النقض في الطعن رقم ٢١ لسنة ٣٥ ، جلسة ١٩٦٧/٥/٣١ ، مج س ١٧ ، ص ١١٨٤ مشار بمؤلف المستشار / سيد حسن البغال سالف الإشارة إليه ، ص٦٨١، حكم محكمة التمييز في هذا المعنى في الطعن رقم ١٥ لسنة ١٩٩٦ عمالي ، جلسة ١٩٩٧/٢/٣ ، مشار إليه بمجلة القضاء والقانون ، السنة ٢٥ ، الجزء الأول ، يوليو ٢٠٠٠ ، عن الفترة من ١٩٩٧/١/١ إلى ١٩٩٧/٥/٣١ ، قاعدة رقم ٩٩، ٣٧٩.

مكان الإثبات في النظام القانوني الكويتي:

في كل فرع من فروع القانون، تصاغ نظرية الإثبات، بما يتفق وظروف ذلك الفرع من القانون وطبيعة الدعوى القضائية التي يحكمها ، بحيث تختلف النظرية في القانون الخاص، عنها في القانون العام ومن ثم فإن صياغة نظرية الإثبات في القانون المدني ، تختلف إجرائياً وموضوعياً ، عن صياغتها في القانون التجاري إلى حد ما، ويزداد الاختلاف عنها في القانون الجنائي والقانون الإداري ، وفي ضوء ذلك قامت نظرية الإثبات في القانون المدني على أساس من التحفظ والتقيد بنصوص ذلك القانون والتنظيم الكامل لها ، في ضوء الدور المحايد للقاضي المدني الذي يقتصر أصلاً على تقدير ما يقدم من أدلة ، في حين اتسمت النظرية بشيء من الحرية والمرونة في القانون التجاري بما يتلاءم وطبيعة الأعمال التجارية التي تقوم على الثقة والسرعة في التعامل . والنظرية في الحالتين تتعلق بروابط القانون الخاص التي تقوم بين طرفين متعادلين، بدافع كل منهما عن مصالحه الشخصية التي لا ترتبط بالصالح العام. [١]

والقواعد المنظمة للإثبات القضائي بعضها قواعد موضوعية، لاتصالها الوثيق بالحق في الإثبات « كالقواعد التي تحدد محل الإثبات ووسائله وقيمة الأدلة ، ومن يقع عليه عبؤه) فيكون – من ثم – مكانها الطبيعي في التنظيم القانوني – بين قواعد المجموعة المدنية . أما البعض الآخر فيعد قواعد شكلية أو إجرائية؛ لأنه يبين الإجراءات التي تتبع عند تقديم الأدلة في المنازعات القضائية ، فيكون – من ثم – مكانها الطبيعي في التنظيم القانوني ، بين قواعد المرافعات لما لها من صلة وثيقة بتنظيم العمل أمام القضاء.[٢]

ولقد آثر المشرعان الكويتي والمصري نهج إفراد قانون مستقل للإثبات ينظم نوعي القواعد، ففي الكويت سن المشرع الكويتي المرسوم بقانون رقم ٣١ لسنة ١٩٨٠ في شأن الإثبات، وفي مصر سن المشرع المصري القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٦٨ في شأن الإثبات.

الإثبات في القانون الإداري :

في القانون الإداري ، تتم صياغة نظرية الإثبات على أساس ظروف هذا القانون وطبيعة الدعوى الإدارية التي يختص بنظرها القضاء الإداري وتطبق بشأنها نظرية الإثبات الخاصة به ، وهي تتعلق بروابط إدارية تنشأ بين الإدارة كسلطة عامة تقوم بوظيفتها الإدارية وبين الأفراد ، وتقوم على الصالح العام ويسودها مبدأ المشروعية الذي يعني خضوع الإدارة في تصرفاتها لحكم القانون .

– وقد بدأ القضاء الإداري في مصر بصورة فعلية بإنشاء مجلس الدولة سنة ١٩٤٦، وأخذت اختصاصاته تتسع تدريجياً إلى أن بلغت أقصى درجاتها بشمولها لجميع المنازعات الإدارية بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢، إعمالاً لنص المادة ١٧٢ من الدستور الصادر في ١١ سبتمبر ١٩٧١، حيث أصبح مجلس الدولة القاضي العام للمنازعات الإدارية.

وقد درجت قوانين مجلس الدولة المصري المتعاقبة على الإحالة بالنسبة للإجراءات ، بما فيها إجراءات الإثبات بطبيعة الحال ، إلى أحكام قانون المرافعات فيما لم يرد فيه نص ؛ وذلك إلى أن يصدر قانون بالإجراءات الخاصة بالقسم القضائي.[٣]

وفي القانون الإداري، لم تحدد النصوص بصورة كاملة طرق الإثبات المقبولة، ولم تنظم عبء الإثبات سواء في فرنسا أو في مصر فيما عدا بعض النصوص المتفرقة التي أشارت إلى وسائل معينة للإثبات. وبذلك يتحرر القاضي الإداري من أية قيود بصفة عامة ويترك لتقديره الاقتناع من الدليل القانوني الذي يطمئن إليه مع تنظيم عبء الإثبات بما يتفق وطبيعة الدعوى الإدارية ، وتلعب القرائن

---

(١) الموسوعة الشاملة في القضاء الإداري للمستشار الدكتور / محمد ماهر أبو العينين ، الكتاب الرابع ، طبعة ٢٠٠٧ ، الناشر لجنة الشريعة الإسلامية ، ص٥٥٩.

(٢) أ.د/ شكري سرور ، سالف الإشارة إليه ، ص٩ وما بعدها.

(٣) سلسلة المرافعات الإدارية ، الخصومة والدعوى الإدارية ، للمستشار الدكتور / محمد ماهر أبو العينين ، بدون دار نشر أو سنة طبعة ، ص٧١٦ وما بعدها.

دوراً كبيراً في هذا المجال ، وبذلك فإن مذهب الإثبات الذي يتفق وظروف القانون الإداري هو مذهب الإثبات الحر كما هو الشأن في القانون الجنائي ، ويمكن القول إنه إثبات قضائي يعبر عن دور القاضي الإداري الفعال في سبيل تحقيق التوازن العادل بين الطرفين، على أن حرية القاضي الإداري في تقدير الأدلة المقبولة ومدى الاعتماد عليها وتنظيم عبء الإثبات محددة بعاملين : الأول إيجابي يقتضي الاعتداد بصحة وقائع معينة، والثاني سلبي يمنع الاعتداد ببعض الوقائع ، ويظهر مثل هذا التقييد أمام القضاء الجنائي الذي يأخذ بنظام الإثبات الحر بلا جدال.(١)

ووسائل الإثبات ؛ إذ تكشف عن الدور الإيجابي للقاضي تنطوي في الواقع على طرق الإثبات المقبولة أمام القاضي الإداري ؛ بحيث تشمل دراستها دراسة هذه الطرق كتابية كانت أم شفهية ، موضوعية أم شخصية . ويعتبر دور القاضي الإيجابي حجر الزاوية في صياغة نظرية الإثبات في القانون الإداري.

وسيادة الصفة الكتابية لإجراءات التقاضي الإدارية تجعل الأولوية في الأهمية لوسائل الإثبات الموضوعية التي تعتمد على المستندات والأوراق الإدارية وهي الدليل الرئيسي في الإثبات ؛ لذلك كانت وسيلة التكليف بالمستندات هي الوسيلة الفعالة لمرونتها ويسرها وملاءمتها لدور القاضي الإداري ، في حين أن وسائل الإثبات التي تعتمد على الرواية أو المواجهة الشخصية لا تكون إلا استثناء ؛ إذ الأصل هو دراسة الملف. واستخلاص الحقيقة من مرفقاته الأمر الذي أدى إلى القول إن القاضي الإداري هو قاضي أوراق قبل كل شيء.

ووسائل الإثبات التي يترخص القاضي في تقدير ملاءمتها ونتائجها بمراعاة مبدأ المواجهة في الإجراءات ذات أثر بعيد بالنسبة لإقامة الدليل وتنظيم عبء الإثبات ، حيث تنطوي على الأدلة المقبولة . وبجانب الدور الحيوي للقاضي الإداري من الناحية الإجرائية ، فإنه يقوم بدور موضوعي يتحصل في استخلاص القرائن القضائية وتنظيم محل الإثبات الواقع على عاتق صاحب الشأن ، الأمر الذي يساهم في النهاية في تحقيق التوازن العادل بين الطرفين.(٢)

خطة البحث:

بعد هذا التمهيد ، يمكن أن نقسم الدراسة في هذا البحث إلى فصلين رئيسيين ، نقدم لهما بفصل تمهيدي ، على النحو التالي :

الفصل التمهيدي:

أنواع الدعاوى الإدارية:

يمكن تقسيم الدعاوى الإدارية على أساس عدة معايير ، فيمكن تقسيمها على أساس مهمة القاضي في مواجهة الدعوى ، كذلك يمكن تقسيم الدعاوى الإدارية وفقاً لموضوع المنازعة، ويذهب هذا المعيار إلى تقسيم الدعاوى إلى موضوعية من ناحية وذاتية من ناحية أخرى ، ويختلط المعيار بمعيار المركز القانوني الذي تثيره المنازعة هل هو مركز قانوني موضوعي أو مركز قانوني ذاتي أو شخصي . والواقع أن هذه المعايير متداخلة إلى حد كبير.

وأكثر هذه المعايير قبولاً لدى الفقه هو المعيار الذي يستند إلى سلطة القاضي في مواجهة المنازعة : هل يملك القاضي في مواجهة الدعوى ولاية القضاء كاملة أو لا يستطيع غير إلغاء القرار الإداري المطعون فيه؟

---

(١) الموسوعة الشاملة للقضاء الإداري للمستشار الدكتور / محمد أبو العينين سالف الإشارة إليه ، ص٥٦٠ وما بعدها.

(٢) سلسلة المرافعات الإدارية ، للمستشار الدكتور / محمد ماهر أبو العينين ، سالف الإشارة إليه ، ص٧٢٠ وما بعدها.

وعلى هذا الأساس جرت التفرقة بين الدعوى التي تثير ولاية القضاء كاملة من ناحية ودعوى الإلغاء من ناحية أخرى . ومن المتفق عليه رغم اختلاف التقسيمات أن هاتين الدعويين في النظام الفرنسي وكذلك في النظام المصري هما من أهم الدعاوى الإدارية وإن وجد بجانبهما بعض الدعاوى الأخرى . كدعوى التفسير في فرنسا . أو دعوى الزجر عندهم والدعوى التأديبية في مصر [١]

ومن تطبيقات دعوى ولاية القضاء الكامل في الكويت منازعات العقود الإدارية، حيث قضت محكمة التمييز في تحديد هذه المنازعات بأن «اختصاص الدائرة الإدارية المنشأة بمقتضى المرسوم بقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١، هو اختصاص يتعلق بالنظام العام إلا أن اختصاصها – طبقاً – للمادة الثانية من هذا القانون. بالنسبة للعقود التي تكون الإدارة طرفاً فيها لا ينعقد إلا إذا اعتبر العقد إدارياً، ومن المقرر أنه لا يكفي لاعتبار العقد إدارياً أن يكون أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً ، وإنما يجب أن يتعاقد هذا الشخص بوصفه سلطة عامة وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام بقصد تسييره أو تنظيمه، وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية وهو انتهاج أسلوب القانون العام فيما يتضمن من شروط استثنائية بالنسبة إلى روابط القانون الخاص.[٢]

ومن أمثلة دعوى الإلغاء ما قضت به محكمة التمييز من أن « دعوى الإلغاء هي دعوى عينية تنصب على القرار الإداري لإلغائه لمخالفته القانون ولا تتسع لغيره من القرارات التي لم يشملها الطعن.[٣] ولا يجوز للمحكمة وهي تنظر دعوى إلغاء قرار إداري إذا ما انتهت إلى إلغائه أن تجيب الطاعنة إلى طلبها بإعادتها إلى عملها؛ ذلك أن ولاية المحكمة وهي تراقب مشروعية القرار الإداري المعيب يمتنع عليها أن تصدر أمراً إلى الجهات الإدارية بإجراء شيء معين بذاته، بل يترك الأمر للإدارة وحدها تقوم به كنتيجة مباشرة لحكم الإلغاء.[٤]

تعريف دعوى التسوية والآثار المترتبة على اعتبار المنازعة من دعاوى التسوية:

دعوى التسوية هي الدعوى التي يكون موضوعها منازعة في استحقاق راتب أو ميزة مالية يستمد الحق في أي منها مباشرة من القوانين واللوائح أو أية قاعدة تنظيمية عامة.

ولقد قضت محكمة التمييز في هذا المنحى بأن (المنازعة في الراتب تختص الدائرة الإدارية بنظرها وفقاً للبند أولاً من المادة الأولى من قانون إنشائها دون التقيد بإجراءات ومواعيد باعتبارها من دعاوى التسوية ،وهو اختصاص مطلق شامل لأصل تلك المنازعات ولجميع ما يتفرع عنها من مسائل ، وبهذه المثابة تنظر المحكمة في حدود اختصاصها الكامل ما يكون قد صدر في شأن تلك المرتبات من قرارات أو اتخذ من إجراءات ، وذلك باعتبارها من العناصر التي تثير المنازعة حول استحقاق هذا المرتب كله أو بعضه خلال فترة زمنية معينة ، ولها إهدارها طالما كان المرتب المتنازع عليه يستمد أصل الحق فيه من القانون مباشرة[٥] ويترتب على اعتبار منازعة إدارية ما دعوى تسوية أنها لا تخضع للميعاد المقرر للطعن على القرارات الإدارية ، وتتعدى الحماية القضائية الإدارية في هذه الدعوى إلى مرحلة ما بعد الإلغاء ، وهي تقرير استحقاق صاحب الشأن للراتب أو الميزة المالية.

---

(١) الدعاوى الإدارية ، الإلغاء – التعويض ، للأستاذ الدكتور / يحيى الجمل ، الناشر دار النهضة العربية ، طبعة سنة١٩٨٤ ، ص١١.

(٢) حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٤١ لسنة ١٩٩٢ تجاري ، جلسة ١٩٩٣/١/١٣، مشار إليه بموسوعة مبادئ القضاء الإداري التي أقرتها محكمة التمييز الكويتية في سبعة عشر عاماً ، الكتاب الثالث ، الجزء الثامن ، العقود الإدارية ، طبعة الفتوى والتشريع ، سنة٢٠٠٠، للمستشار / ناصر معلا ، المستشار / جمال الجلاوي ، قاعدة رقم٦٦ ، ص١٧.

(٣) حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٢٦ لسنة ١٩٩٦ تجاري ، جلسة ١٩٩٧/١/٦ ، مشار إليه في المرجع السابق الكتاب الأول ، الجزء الثاني ، شروط قبول دعوى الإلغاء ، قاعدة رقم١٦٣ ، ص٣٢٢.

(٤) حكم محكمة التمييز في الطعن رقم٢١٣ لسنة ١٩٨٥ تجاري ، جلسة ١٩٨٦/٥/٢١ ، مشار إليه في المرجع السابق ذات الكتاب وذات الجزء ، قاعدة رقم ١٦٢ ، ص٣١١ وما بعدها.

(٥) حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٢٢٤ لسنة ١٩٨٨ تجاري ، المرجع السابق مباشرة ، قاعدة رقم ١٦٤ ، ص٣٢٤ وما بعدها.

ولقد استقر قضاء محكمة التمييز على ذلك ، حيث قضت « مفاد نص المادتين ٥٠ ، ٥١ من قانون تنظيم القضاء رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٠، أن الميعاد المقرر للطعن قاصر على ما يقدم من طلبات طعن على القرارات الإدارية التي تصدر في حق أحد رجال القضاء أو النيابة العامة، أما ما يرفعونه من منازعات تتعلق باستحقاق رواتب أو مميزات تقررها لهم القوانين فهي من قبيل دعاوى التسوية التي يستمدون الحق فيها مباشرة من القوانين ، ومن ثم فإن مراكزهم تكون فيها موضوعية ولا يعدو ما تصدره جهة الإدارة في شأنها من قرارات أو تصرفات أعمالاً مادية أو إجراءات تنفيذية لا ترقى إلى مرتبة القرارات الإدارية ولا تخضع بالتالي للميعاد المقرر للطعن على القرارات الإدارية دون غيرها.[١]

الفصل الأول - العوامل المؤثرة على دور القاضي في الإثبات وعبئه في الدعوى الإدارية:

تمهيد وتقسيم:

ذكرنا آنفاً أن القاضي الإداري يتمتع بدور إيجابي في مجال الإثبات في الدعوى الإدارية مناطه شبه تحرر القاضي الإداري من عبء القيود الإجرائية والموضوعية في الإثبات ، بما يترتب عليه اتساع تقدير القاضي في الاقتناع بالدليل الذي يطمئن إليه وبما يتفق وطبيعة الدعوى الإدارية، إلا أن هناك ثمة عوامل ومحددات تجعل من وسائل الإثبات في الدعوى الإدارية مغايرة إلى حد ما عما هو سائد في مجال المنازعات المدنية ، ونجد هذه المغايرة واضحة وضوحاً لا لبس فيه عند تطبيق مبدأ عبء الإثبات في الدعوى الإدارية.

وبناء على ذلك فإننا سنقوم بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين أولهما نتناول فيه العوامل المؤثرة في دور القاضي في الإثبات في الدعوى الإدارية ، ونخصص ثانيهما لتناول مبدأ عبء الإثبات في الدعوى الإدارية.

المبحث الأول - العوامل المؤثرة على دور القاضي الإداري في الإثبات في الدعوى الإدارية:

في تحديد العوامل المؤثرة على دور القاضي الإداري في الإثبات ومحددات هذا الدور يذهب الفقه في مجمله إلى مقدار من العوامل التي تجعل من دور القاضي في مجال الإثبات الإداري أكثر إيجابية من قرينه المدني .[٢] وهذه العوامل هي:

أولاً – الشخص المعنوي العام طرف في الدعوى:

وجود الإدارة كطرف في الدعوى في صورة شخص معنوي عام متمتع بامتيازات السلطة العامة التي تمكنها من فرض مشيئتها على الأفراد – يؤثر في نظرية الإثبات أمام القضاء الإداري بصفة عامة ، إذ يؤدي في الواقع إلى أن تقف الإدارة عادة موقف المدعى عليه في الدعوى الإدارية وتتمتع بالمركز السهل في حين يتحمل الفرد أعباء المركز الأكثر صعوبة وعبئاً وهو مركز المدعي في الدعوى ، الأمر الذي ينعكس بآثاره على دور القاضي الإداري وعبء الإثبات[٣].

---

(١) حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٣ ، ٥ لسنة ١٩٩٤ رجال قضاء ، جلسة ١٩٩٥/١٠/٢٥ ، مشار إليه بالمرجع السابق ، قاعدة رقم ١٦٥ ، ص ٣٢٧ وما بعدها.

(٢) في هذا المعنى دعوى التعويض الإداري للأستاذ / إبراهيم المنجي ، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية ، الطبعة الأولى سنة ٢٠٠٣ ،ص٢٣٢.

(٣) المستشار الدكتور / محمد ماهر أبو العينين ، سلسلة المرافعات الإدارية سالف الإشارة إليه ، ص٧٢٦.

وتطبيقاً لذلك ففي دعوى الإلغاء الذي يكون موضوعها القرار المطعون فيه فهو القرار الإداري الذي تفصح به الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إحداث أثر قانوني معين متى كان ذلك ممكناً وجائزاً قانوناً وكان الباعث عليه مصلحة عامة.[١] ومن ثم فإن الطعن الذي يرفع على هذا القرار فإن الإدارة ، تكون هي الطرف في الدعوى باعتبارها مصدرة القرار المطعون فيه ، وكذلك في منازعات العقود الإدارية ، فالعقود التي تبرمها الإدارة مع الأفراد لا تعتبر عقوداً إدارية إلا إذا تعلقت بتسيير مرفق عام أو تنظيمه وأظهرت الإدارة نيتها في الأخذ بشأنها بأسلوب القانون العام وأحكامه واقتضاء حقوقها بطريق التنفيذ المباشر؛ وذلك بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة بمنأى عن أسلوب القانون الخاص أو تحيل فيها الإدارة على اللوائح الخاصة بها.[٢]

وترتيباً على ذلك فإن المنازعة في العقد الإداري أياً كانت ترفع على جهة الإدارة ومن ثم تصبح طرفاً في هذه المنازعة ، وكذلك دعاوى التسوية التي توجه فيها إلى جهة الإدارة التي تتخذ عملاً من شأنه حرمان ذوي الشأن من مكافأة أو رواتب أو أية ميزة مالية أخرى . وهكذا نجد أن المنازعات الإدارية بكافة صورها وأنواعها تكون الإدارة هي الطرف الآخر فيها.

ثانياً – حيازة الإدارة الأوارق الإدارية للدعوى:

وجود الإدارة ، وهي شخص معنوي يحوز الأوراق الإدارية ، كطرف دائم في الدعوى ، جعل الأوراق والإثبات بالكتابة الطريق الأساسي في الإثبات ، حيث يعتمد القاضي الإداري أصلاً على الأوراق الإدارية التي تتضمن الوقائع الإدارية وسير العمل الإداري ، ومن ثم عرف القاضي الإداري بأنه قاضي أوراق قبل كل شيء . وهذا على خلاف القاضي العادي الذي يعتمد على أدلة الإثبات غير الكتابية بصورة رئيسية بجانب الكتابة مثل الشهادة والإقرار واليمين ، وقد أدى ذلك الوضع الذي يقف فيه الفرد أعزل من أدلة الإثبات إلى الاعتراف للقاضي الإداري بسلطات أوسع وأساسية في تكليف الإدارة بتقديم كل الوثائق والمستندات اللازمة للفصل في الدعوى مع التزام الإدارة بالاستجابة إلى هذا التكليف ، وأخذ مسلكها بهذا الشأن في الاعتبار ، وقد يكشف عن قرينة قضائية في غير صالحها تؤدي إلى نقل عبء الإثبات على عاتقها ، كما أدى الوضع المذكور إلى سيادة الصبغة الكتابية لإجراءات القضاء الإداري بصفة عامة وإجراءات الإثبات بصفة خاصة [٣] وتطبيقاً لذلك قضى بأن «عبء الإثبات في المنازعات الإدارية والتأديبية يقع على عاتق جهة الإدارة – أساس ذلك أن أوراق التحقيق والقرار الصادر بالجزاء يكون في حوزتها– مؤدى ذلك أن جهة الإدارة هي الملزمة واقعاً وقانوناً بتقديم هذه المستندات[٤].

ثالثاً – امتيازات جهة الإدارة:

لعل الامتيازات التي تتمتع بها الإدارة وتؤثر بصورة مباشرة في نظرية الإثبات تتحصل في أربعة امتيازات يمكن استعراضها على النحو التالي:

---

(١) حكم محكمة التمييز في الطعن رقم١٥٦ لسنة١٩٩٣ تجاري ، جلسة ١٩٩٤/٤/١١ ، مشار إليه بموسوعة مبادئ القضاء الإداري سالف الإشارة إليها ، الكتاب الأول ، الجزء الثاني ، ص٥١٩ وما بعدها.

(٢) حكم محكمة التمييز في الطعن رقم٤٣ لسنة ١٩٩٧ تجاري ، جلسة١٩٩٧/١٢/٨ ، مشار إليه بموسوعة مبادئ القضاء الإداري ، سالف الإشارة إليها ، الكتاب الثالث ، الجزء الثامن ، قاعدة رقم ٦٥ ، ص١٣ وما بعدها.

(٣) المستشار الدكتور / محمد ماهر أبو العينين ، الموسوعة الشاملة في القضاء الإداري ، سالف الإشارة إليها ، ص٥٦٧.

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٥٧١ لسنة ٢٨ ق ، جلسة ١٩٨٦/٢/١١ ، مشار إليه بموسوعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا ، السنة الأولى، العدد الثاني ، مارس ١٩٩١ الصادرة من نقابة المحامين المصريين ، طباعة لجنة المكتبة والفكر القانوني ، قاعدة رقم ٢٠، ص٢٠٨

١ – حيازة الأوراق الإدارية.

٢ – امتياز المبادرة.

٣ – قرينة سلامة القرارات الإدارية.

٤ – امتياز التنفيذ المباشر.[١]

رابعاً – اتسام الدعوى الإدارية بالاستفهام:

إن كثيراً من المنازعات الإدارية هي في حقيقتها دعوى استفهامية ، فالمدعي يكون دائماً في حالة غموض مما يجري في الجهاز الإداري ، فليست العلاقات المتبادلة بينهما متساوية ؛ لأنه في أغلب الأحوال بعيد كل البعد عن مرحلة صنع القرارات الإدارية ، وعن الوقائع والملابسات التي تصدر في ظلها أو الأجواء المحيطة بها ، فهو لا يشارك فيما يدور بشأنها من مداولات أو مكاتبات ، ولهذا فالمدعي لا يعلم من هذه الأمور شيئاً إلا ما يصله في النهاية من قرارات قابلة للتنفيذ ، وقد تكون مضرة بمركزه القانوني ، أو بتسوية حالته ، ويصبح جاهلاً بحقيقة تصرف الإدارة ودوافعها ، كما يفتقد في غالب الأحيان الأدلة التي استندت الإدارة إليها ، ومفاد ما تقدم أن المدعي يرفع دعواه أحياناً بشكل استفهامي بحت على عكس الوضع القائم في المنازعات العادية ؛ إذ تتاح للمدعي فرصة للعمل بالوقائع فيتمكن من إثبات الدليل الذي يراه مؤيداً ومثبتاً لدعواه.

ومن هنا فإن دور القاضي الإداري يتطلب استكماله للدعوى الإدارية بمساعدة المدعين فيها ، ويتم ذلك بطلب ضم الملفات والمستندات التي في حوزة الأجهزة الإدارية ، ويمكنه الحكم بغرامات مالية على المسئولين إذا لم يستجيبوا لطلبه ، وبذلك تتجلى الحقيقة وتتكشف الإجراءات التي اتخذتها الإدارة في عملية صنع القرارات الإدارية المطعون فيها.[٢]

وهذه هي الحال في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية حيث إن المتعاقد مع جهة الإدارة يكون على جهل تماماً بما تتخذه الجهة الإدارية حيال العقد المبرم بينهما، أو حيال القرارات التي تتخذها تجاه تنفيذ العقد سواء كان هذا الإجراء متمثل في فرض غرامات تأخير مثلاً أو سحب العمل منه والتنفيذ على حسابه أو فسخ العقد ، فكلها إجراءات تتم في أروقة الجهة الإدارية بعيدة عن المتعاقد مع جهة الإدارة.

خامساً – الدعوى الإدارية دعوى إجرائية واستيفائية:

تتميز إجراءات التقاضي الإدارية بأنها ذات صبغة إيجابية استيفائية موجهة يتولى فيها القاضي استيفاء الدعوى بوسائل تهيمن عليها الصبغة الإدارية وروح العمل دون توقف أو انتظار لمبادرة الطرفين، وفي هذه الخصوصية تختلف الإجراءات جذرياً عن المرافعات المدنية ذات الصبغة الادعائية ، حيث يسيطر الطرفان على الإجراءات المدنية التي تخضع في جانب كبير منها لإرادتهما ، وتتم معظمها بمعرفتهما وبتدخل من قلم المحضرين.

ولما كانت الإجراءات المدنية تعتمد على إرادة الطرفين ، فإن الإثبات في الدعوى يعتمد أساساً على الأدلة المختلفة التي يقدمها كل

---

(١) المستشار الدكتور / محمد ماهر أبو العينين ، مؤلفه سلسلة المرافعات الإدارية ، سالف الإشارة إليه ، ص٧٢٧.

(٢) المستشار الدكتور / محمد ماهر أبو العينين ، مؤلفه الموسوعة الشاملة في القضاء الإداري ، سالف الإشارة إليه ، ص٥٦٨.

طرف والتي يستخلص القاضي منها الحقيقة في النهاية . في حين أن الإجراءات الإدارية، إذ يهيمن عليها القاضي ، فإن الوعاء الرئيسي للإثبات ودعامته الأولى هو التحضير الذي تدور حوله إجراءات القضاء الإداري، ويبرز فيه الدور الإيجابي للقاضي ، حيث تصب فيه عناصر الإثبات ومستنداته ، وهو الأمر الذي يتضح من مطالعة أحكام مجلس الدولة في فرنسا ومصر . وهذا يقرب من دور القاضي الإداري والقاضي الجنائي ، حيث التحضير وما يتضمنه من وسائل للتحقيق والاستيفاء هو الذي تعتمد عليه أساساً الإجراءات الجنائية التي يلعب فيها القاضي دوراً إيجابياً واسعاً للوصول إلى الحقيقة.[١]

وإذا كانت الصفة الإيجابية للمرافعات الإدارية تخول القاضي إمكانية استيفائية متعددة المظاهر في سبيل الوصول إلى الحقيقة ، فإن المظهر الرئيسي لها يتحصل في سلطة التكليف بالمستندات ، حيث يتولى القاضي سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أحد الطرفين تكليف أي طرف بتقديم المستندات والأوراق والبيانات المنتجة والتي يرى لزومها للفصل في الدعوى وسواء كان من الإدارة أو الأفراد، وأمام المسلك الذي يتخذه من يوجه إليه هذا التكليف بالاستجابة أو بالرفض أو المماطلة والتسويف.

فإن القاضي يبني اقتناعه ويستخلص النتيجة التي يعتمد عليها في قضائه ، وقد يستنبط أو يستخلص القاضي من تقاعس الطرف عن الاستجابة إلى التكليف قرينة قضائية لصالح الطرف الآخر في ضوء ظروف الحال ؛ وبذلك تعتبر وسيلة التكليف بتقديم المستندات من الوسائل العامة للإثبات ، وعلامة بارزة تميز دور القاضي في تحقيق التوازن العادل بين الطرفين ونجدة الفرد وإجبار الإدارة على تقديم ما تحت يدها من مستندات تحوزها بحكم وظيفتها الإدارية ، ويتعذر على الفرد حيازتها أو الاطلاع عليها ويدعم هذه الوسيلة ويزيد من فعاليتها كعلامة مميزة لدور القاضي الإداري سلطته في ترتيب الآثار القانونية التي يستخلصها من مسلك الطرف الذي يوجه إليه التكليف ، حيث يعتمد في حالة سكوته وعدم استجابته أو تعنته وإهماله على هذا الموقف في الإثبات ، ويستخلص من ذلك قرينة في غير صالحه.[٢] وتطبيقاً لذلك قضت محكمة القضاء الإداري بأن «الأصل فيما يتعلق بالإثبات أمام القضاء الإداري أن جميع الأدلة تتساوى في المجال الإداري ، والقاضي حر يكون اقتناعه من أي دليل ، فالكتابة فيه ليست أقوى من القرائن كما هو المستقر عليه في قواعد القانون الخاص ؛ وذلك بالنظر إلى الطبيعة المتميزة للخصومة الإدارية باعتبارها تنصب على خصومة عينية للقرار الإداري ، وأن الإدارة تحتفظ بالوثائق والملفات ذات الأثر الحاسم في مجال المنازعة الإدارية من حيث القدرة على الإثبات لاستعداد الإدارة بالأدلة السابقة المجهزة وحرمان الفرد منها.[٣]

سادساً - تمتع القاضي الإداري بحرية مطلقة في نطاق الإثبات:

يلاحظ أن القانون المدني قد جرى في صياغته على تحديد طرق الإثبات المقبولة أمام القضاء العادي على سبيل الحصر مع بيان القيمة أو القوة القانونية التي تتمتع بها كل منها ومرتبتها بين الطرق المختلفة ، وتكفلت قواعد المرافعات المدنية برسم الأحكام الإجرائية ، وقد جمع المشرع المصري أخيراً في قانون الإثبات بين الأحكام الموضوعية والإجراءات في صعيد واحد . وبمقارنة ذلك الأسلوب بما عليها الحال في القانون الإداري يتضح أنه لا يوجد لتحديد طرق الإثبات المقبولة أمام القضاء الإداري، ولم تضع النصوص تنظيماً لها ومن ثم لم يحدد المشرع طرق الإثبات، ولم يبين قوة محدودة لطريق معين منها ؛ وذلك نزولاً مع مذهب الإثبات المطلق الذي

---

(١) المستشار الدكتور / محمد ماهر أبو العينين ، سلسلة المرافعات الإدارية ، مؤلفه سالف الإشارة إليه ، ص٧٣٠.

(٢) المستشار الدكتور / محمد ماهر أبو العينين ، مؤلفه الموسوعة الشاملة في القضاء الإداري ، سالف الإشارة إليه ، ص٥٧١ ، وما بعدها ، وكذلك في هذا المعنى دعوى التعويض الإداري ، للأستاذ / إبراهيم المنجي ، سالف الإشارة إليه ، ص٢٤١ .

(٣) حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ١٥٤٩ لسنة ٢٣ قضائية ، جلسة ١٩٧٠/٦/١٦ مشار إليه بمؤلف دعوى التعويض الإداري ، للأستاذ / إبراهيم المنجي ، سالف الإشارة إليه ، ص٢٤٤.

يسير عليه دور القاضي الإداري في الدعوى [١] ، وقد أخذ قضاء مجلس الدولة بنظام الإثبات الحر أو المطلق وفيه لا يرسم القانون طرقاً محددة للإثبات يقيد بها القاضي ، بل يترك القاضي حراً في تكوين اعتقاده من أي دليل يقدم إليه، كما يترك الخصوم أحراراً يقدمون الأدلة التي يستطيعون إقناع القاضي بها ، أو طلب اتخاذ أي إجراء من إجراءات الإثبات ، وللقاضي أعمال سلطته التقديرية في هذا الصدد. [٢]

وتطبيقاً لذلك قضى بأن «لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تحصيل فهم الواقع في الدعوى وفي بحث الدلائل والمستندات المقدمة إليها ولها أن تستنبط من وقائع الدعوى ومن مسلك الخصوم القرائن التي تعتمد عليها في تكوين عقيدتها بغير معقب عليها في ذلك من محكمة التمييز متى كان استنباطها سائغاً وله أصله الثابت بالأوراق.[٣]

كما قضى بأن «يتمتع القاضي التأديبي بحرية كاملة في مجال الإثبات لا يلتزم بطرق معينة للإثبات – للقاضي أن يحدد بكل حريته طرق الإثبات التي يقبلها وأدلة الإثبات التي يرتضيها وفقاً لظروف الدعوى المعروضة عليه – للقاضي التأديبي أن يستند إلى ما يرى أهميته ويبنى عليه اقتناعه وأن يهدر ما يرى التشكك في أمره ويطرحه من حسابه أساس ذلك : اقتناع القاضي التأديبي هو سند قضائه دون تقيد بمراعاة استقيات لطرق الإثبات أو أدواته.[٤]

المبحث الثاني: عبء الإثبات في الدعوى الإدارية:

تمهيد وتقسيم: يستلزم لتوضيح عبء الإثبات في الدعوى الإدارية أن نبين المبادئ الأساسية في الإثبات بصفة عامة ، حتى يتبين مدى إعمال هذه المبادئ في الواقع العملي في هذه الدعوى أمام القاضي الإداري. وبناء على ذلك فإننا نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، الأول نتناول فيه المبادئ العامة والأساسية في الإثبات ، أما في الثاني فسوف نخصصه لشرح عبء الإثبات وتطبيقاته أمام القاضي الإداري والاستثناءات التي ترد عليه.

المطلب الأول - المبادئ الأساسية في نظرية الإثبات:

أ- مبدأ حياد القاضي Principe de la neutralite du juge:

يقتضي مبدأ حياد القاضي أن يكون موقفه من عبء الإثبات سلبياً محضاً تتقدم معه سلطته التقديرية نحو أدلة الإثبات وقوتها ، وهذا يتمشى مع مذهب الإثبات المقيد الذي يحدد أدلة الإثبات وقوة كل منها ، وذلك على العكس من مذهب الإثبات الحر الذي يطلق سلطة القاضي نحو الإثبات وأدلته ، وقد أخذ المشرع الكويتي بمذهب وسط في الإثبات يقوم أساساً على مبدأ حياد القاضي ، ولكن تسمح له في بعض الحالات بدور إيجابي في الإثبات يتمثل في توجيه الدعوى، واستكمال ما يعرض فيها من أدلة إثبات ، كأن يأمر بحضور الخصم

---

(١) المستشار الدكتور / محمد ماهر أبو العينين ، سالف الإشارة إليه ، ٥٧٥.

(٢) الأستاذ / إبراهيم المنجي ، مرجعه سالف الإشارة إليه ، ص٢٣٥.

(٣) حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ١٦ لسنة ١٩٨٧ إداري ، جلسة ١٩٨٧/٦/٢٩ ، مشار إليه بموسوعة مبادئ القضاء الإداري ، سالف الإشارة إليها ، الكتاب الأول ، الدعوى الإدارية ، الجزء الأول ، قاعدة رقم٦٥ ، ص٥٢٢.

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم٣٠٦٣ لسنة ٣١ ق ، جلسة ١٩٨٨/٢/٢٠ ، مشار إليه بمؤلف المستشار الدكتور / محمد أبو العينين ، سلسلة المرافعات الإدارية، سالف الإشارة إليه ، ص٧٤٠ وما بعدها.

لاستجوابه ، وأن يوجه اليمين المتممة لأحد الخصوم ، وأن يأمر بتعيين خبير ، أو يقرر انتقال المحكمة للمعاينة.[١] وتطبيقاً لذلك قضى بأن « موقف القاضي [٢] من الإثبات في المسائل المدنية والتجارية يكاد يكون سلبياً فلا إلزام عليه بتكليف الخصوم بتقديم الدليل على دفاعهم أو لفت نظرهم إلى مقتضيات هذا الدفاع إذ إنه يتلقى أدلة الإثبات والنفي كما يقدمها الخصوم دون تدخل من جانبه». [٣]

ب- مبدأ المجابهة بالدليل Principe del la contradiction des instruments de preuve:

تنص المادة ٤٢ /٣ من قانون الإثبات الكويتي على أنه «إذا أذنت المحكمة لأحد الخصوم بإثبات واقعة بشهادة الشهود كان للخصم الآخر الحق في نفيها بهذا الطريق»

ومفاد ذلك أن كل دليل يقدم في الدعوى من قبل أحد الخصوم يجب أن يطرح على الخصم الآخر لمناقشته والرد عليها ؛ لأن دور القاضي إن كان يقتصر على تلقي أدلة الخصم وتكوين اقتناعه منها في الحدود التي رسمها القانون ، إلا أنه لا يمكنه أن يأخذ بهذه الأدلة بحجة مسلمة إلا إذا أيدها الخصم الآخر أو على الأقل عجز عن تنفيذها، الأمر الذي يجب أن تطرح على هذا الأخير لإبداء الرأي فيها.[٤] ويستوجب مبدأ المجابهة بالدليل على القاضي ألا يقضي وفقاً لعمله الشخصي، فهذا العمل يعد دليلاً ، والدليل يجب أن يعرض على الخصم لمناقشته وإبداء الرأي فيه .[٥]

ج- لا يجوز للشخص أن يصطنع دليلاً لنفسه:

إذا كان يقع على المدعي أن يقدم الدليل على صحة ما يدعيه ، فإن ذلك لا يعني أن يصطنع هذا الدليل بنفسه دون أن يكون صادراً من خصمه ، أو منسوباً إليه ، فالشخص لا يملك أن يتخذ من مجرد قوله أو عمله دليلاً لنفسه يحتج به على خصمه؛ إذ الأمر لا يخرج في هذه الحالة عن كونه مجرد إدعاء ينقصه الدليل. [٦]

وتطبيقاً لذلك قضى بأن «الشخص لا يملك أن يتخذ من عمل نفسه لنفسه دليلاً يحتج به على الغير». [٧] كما قضى بأنه «لا يجوز للشخص الطبيعي أو المعنوي أن يتخذ من عمل نفسه لنفسه دليلاً يحتج به على الغير». [٨]

د- لا يجوز إجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه:

يعتبر هذا المبدأ تكملة منطقية للمبدأ السابق فما دام أن مدعي الحق هو الذي يتحمل عبء إثبات الواقعة المنشئة له ، دون أن يكون

---

(١) أصول القانون ، الجزء الثاني ، نظرية الحق ، للأستاذ الدكتور / إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، الناشر لجنة التأليف والتعريب والنشر ، طبعة سنة ٢٠٠٦، ص ٤٨٦.

(٢) لمزيد من التفاصيل في هذا المبدأ يراجع:
Gabolde(6): in planiol et ripert: traite pratique de droit civil francais,t.7,2ed1954,no1416,P.839 et S.
وكذلك أ.د / عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، سالف الإشارة إليه ، بند رقم ٣٦ ، ص٤٥ وما بعدها.

(٣) حكم محكمة التمييز الصادر بجلسة ١٩٨٤/١٢/٢٤ ، مشار إليه بمؤلف أ.د / محمد شكري سرور ، سالف الإشارة إليه ، هامش ص١٣ وما بعدها.

(٤) أ. د / محمد شكري سرور ، سالف الإشارة إليه ، بند رقم ٧ ، ص١٧.

(٥) أ. د / الدسوقي أبو الليل ، سالف الإشارة إليه ، بند رقم ٤٩٨ ، ص٤٨٧.

(٦) أ. د/ الدسوقي أبو الليل ، المرجع السابق ، بند رقم ٤٩٩ ، ص٤٨٧ وما بعدها.

(٧) يراجع نقض مدني في ١٩٧٣/٦/١٢ ، مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ رقم ١٥٧، ص٨٩٤ ، مشار إليه بمؤلف أ. د/ عبد الرزاق السنهوري، سالف الإشارة إليه، هامش ص٥٣.

(٨) يراجع نقض مدني في ١٩٧٧/٣/١٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ رقم ١٢٢ ، ص٦٧١ ،مشار إليه بالمرجع السابق ، هامش ص٥٣.

بإمكانه أن يصطنع على هذا الحق دليلاً لنفسه، ودون أن يطمع في معاونة القاضي له في تقديم أدلة من عنده على هذا الحق ؛ فإنه ليتسق مع هذه الأفكار ألا يكون بإمكان المدعي إجبار خصمه ، الذي هو في موقف الدفاع ، على أن يعاونه في معركة الإثبات ، بتقديم ما يكون تحت يده من أدلة تفيده في ادعاءاته[١]. وتطبيقاً لذلك قضى بأنه « من حق كل خصم أن يحتفظ بأوراقه الخاصة وليس لخصمه أن يلزمه بتقديم سند يملكه ولا يريد تقديمه»[٢].

حالات الاستثناء من المبدأ:

حددت المادة ٢٢ من قانون الإثبات الكويتي ثلاث حالات أجازت فيها إلزام الخصم تقديم الأدلة الموجودة تحت يده ، وهذه الحالات هي:

الحالة الأولى : إذا كان القانون يجيز مطالبة الخصم بالأوراق التي تحت يده أو تسليمها ، ومن متطلبات هذه الحالة ما نصت عليه المادة ٣٣ من قانون التجارة الكويتي بقولها :» يجوز للمحكمة عند نظر الدعوى أن تقرر من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصمين إبراز الدفاتر والأوراق التجارية للاطلاع على القيود المتعلقة بالموضوع المتنازع فيه وحده واستخلاص ما ترى استخلاصه منها.

الحالة الثانية: إذا كانت الأوراق المطلوب تقديمها تمثل أدلة مشتركة بين الخصمين ، كأن كانت لمصلحة الخصمين معاً ، أو كانت مثبتة لالتزاماتهما وحقوقهما المتبادلة.

الحالة الثالثة: إذا استند إليها الخصم في أية مرحلة من مراحل الدعوى. [٣]

المطلب الثاني - عبء الإثبات وتطبيقاته في الدعوى الإدارية:

مدى تعلق قواعد الإثبات بالنظام العام :

تتفرع قواعد الإثبات إلى قواعد إجرائية وإلى قواعد موضوعية . ويقصد بالقواعد الإجرائية للإثبات تلك القواعد التي توضح ما يجب اتباعه من إجراءات عند تقديم الأدلة أمام القضاء، فإن هذه القواعد تعتبر من النظام العام ولا يجوز مخالفتها سواء من جانب المحكمة أو الخصوم.

أما القواعد الموضوعية ، فهي تلك التي تتعلق بتحديد محل الإثبات وعبئه وطرقه ، وهي لا تتعلق بتحديد محل بالنظام العام ؛ لأنها تتعلق بحقوق الأفراد ووضعت لحمايتهم[٤]. كما لا يجوز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة التمييز [٥].

وتطبيقاً لذلك قضى بأن «قواعد الإثبات ومنها ما يتعلق بمن يكلف به أو بعدم جواز الإثبات بالبينة في الأحوال التي يجب فيها الإثبات بالكتابة ليست من النظام العام ، ويجوز الاتفاق على مخالفتها صراحة أو ضمناً ». [٦]

---

(١) أ. د/ محمد شكري سرور ، سالف الإشارة إليه ، بند رقم ٩ ، ص٢٠.

(٢) يراجع نقض مدني جلسة ١٩٤٠/٤/١١ ، مجموعة القواعد القانونية لمحكمة النقض في ٢٥ عاماً ، الجزء الأول ، ص٢٦ ، مشار إليه بمؤلف المستشار / سيد حسن البغال، سالف الإشارة إليه ، ص٣١.

(٣) أ.د الدسوقي أبو الليل ، سالف الإشارة إليه ، بند رقم ٥٠٢ ، ص ٤٨٩.

(٤) مستشار / سيد حسن البغال ، المطول ، المجلد الثالث في الإثبات ، سالف الإشارة إليه ، ص٦١.

(٥) حكم محكمة التمييز الصادر في ١٤ يناير سنة ١٩٨٥ ، مشار إليه بمجلة القضاء والقانون ، العدد ١٣ ، الجزء الأول قاعدة ٦٦ ، ص٢١٩.

(٦) حكم محكمة التمييز في الطعن رقم١٩٨٥/٢٣٣ تجاري ، جلسة ١٩٨٦/٦/١٨، مشار إليه بمجلة القضاء والقانون ، السنة١٤ ، العدد الثاني ، قاعدة رقم ٣ ، ص٢٨.

عبء الإثبات أمام القاضي المدني:

تنص المادة ١ من قانون الإثبات الكويتي على أنه « على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه».

وهذه القاعدة تعد من المبادئ المقررة في الفقه الإسلامي ، ومؤداها أن البينة على من أدعى واليمين على من أنكر، وعن ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى أناس دماء رجال وأموالهم ، ولكن البينة على من ادعى، فالمدعي هو الذي يحمل في الأصل عبء الإثبات ، سواء كان دائناً يدعي ثبوت الدائنية أو مديناً يدعي التخلص من المديونية.

ولكن يبقى أن تحدد على وجه الدقة من هو المدعي. هو أول من يرفع الدعوى على الغير يطالبه بحق معين . فهو مدع في دعواه هذه، وعليه عبء إثبات ما يدعيه . فلو أن شخصاً طالب آخر بمبلغ معين ، فعليه أن يثبت مديونية المدعى عليه بهذا المبلغ له ، بأن يثبت مصدر الدين ، تصرفاً قانونياً كعقد قرض أو عقد بيع أو واقعة قانونية كعمل غير مشروع أو إثراء بلا سبب. ولو طالب شخص آخر بملكية عين في حيازة هذا الآخر ، فعلى المدعي أن يثبت سبب ملكيته لهذه العين ، تصرفاً قانونياً كوصية أو عقد بيع أو واقعة قانونية كميراث أو شفعة . ولكن ليس من الضروري أن يكون المدعي هو من يرفع الدعوى .فقد يدفع المدعى عليه الدعوى بدفع فيصبح مدعياً في هذا الدفع ، وعليه يقع عبء إثباته، ففي الأمثلة المتقدمة قد يدفع المدعي بأنه وفى دينه ، فعليه إثبات هذا الوفاء . وقد يدفع الحائز للعين بأنه تملكها بالتقادم ، فعليه إثبات ذلك . فيمكن إذن لأول وهلة أن نقول إن من يحمل عبء الإثبات هو المدعي في الدعوى والمدعى عليه في الدفع، فكلاهما مدع في دعواه.[١] وتطبيقاً لذلك قضى بأن «المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الشيك بحسب الأصل أداة وفاء، والوفاء اتفاق سببهً قضاء دين قائم ، فإذا أدى الساحب غير ذلك فهو الذي يتحمل إثبات ما يدعيه». [٢]

عبء الإثبات أمام القاضي الإداري:

ذكرنا آنفاً أن القاعدة العامة في فقه القانون الخاص أن المدعي يكلف إثبات ما يدعيه سواء كان مدعياً في دعوى أو مدعى عليه ، وهذه القاعدة أيضاً تجد تطبيقاً لها في المجال الجنائي ، فالنيابة العامة أو إدارة التحقيقات على أي منهما إقامة الدليل على ما تدعيه من نسبة الجريمة إلى المتهم.

وقد يرى المشرع لاعتبارات معينة أن يخفف عبء الإثبات على من يجب عليه أن يتحمله فيستبدل بالواقعة الأصلية التي كان يجب عليه إثباتها واقعة أخرى أسهل منها في الإثبات ، مفترضاً ثبوت الأولى من مجرد ثبوت الثانية ؛ لتكون الواقعة الأولى على هذا النحو ثابتة حكماً. وهذا الاستبدال هو ما يقال له: القرينة القانونية . وهذا الفهم لحقيقة عبء الإثبات يتسق مع دور القاضي الإداري في الإثبات ومع خلقه وابتداعه للقرائن القضائية والقانونية وتنظيمه لعبء الإثبات، حيث يقوم القاضي بعد فحص الدعوى وإلزام الإدارة بتقديم ما تحت يدها من مستندات بتنظيم عبء الإثبات على نحو يتفق مع طبيعة الدعوى الإدارية.[٣]

---

(١) أ.د/ عبد الرزاق السنهوري ، سالف الإشارة إليه ، بند رقم ٤٧ ، ص٩١ وما بعدها.

(٢) حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٤٢ لسنة ١٩٩٥ تجاري ، جلسة ١٩٩٦/١/٧ ، مشار إليه بمجلة القضاء والقانون ، فبراير سنة ٢٠٠٠ ، السنة ٢٤ ، الجزء الأول ،قاعدة رقم ١، ص٧.

(٣) المستشار الدكتور / محمد ماهر أبو العينين الموسوعة الشاملة في القضاء الإداري ، الكتاب الرابع ، سالف الإشارة إليه ، ص٥٨٠ وما بعدها.

تطبيقات عبء الإثبات أمام القضاء الإداري:

أ- عبء الإثبات على عاتق مدعٍ بطلان القرار:

استقر قضاء محكمة التمييز على أن «القرار الإداري يجب أن يكون الباعث عليه مصلحة عامة وأن يقوم على سبب يبرره في الواقع والقانون ، وذلك يكون من أركان انعقاده ، والسبب في القرار الإداري هو الحالة الواقعية أو القانونية التي تحمل الإدارة على التدخل بقصد إحداث أثر قانوني هو محل القرار ، وأن عيب استعمال السلطة الذي يبرر إلغاء القرار الإداري هو من العيوب القصدية في السلوك الإداري التي تشوب الغاية في ذاتها بأن تكون جهة الإدارة قد تنكبت وجه المصلحة العامة التي بجب أن يتغياها القرار أو أن تكون قد أصدرت القرار بباعث لا يمت لتلك المصلحة بصلة، وعلى هذا الأساس، فإن هذا العيب يجب إقامة الدليل عليه لأنه لا يفترض وتقدير ثبوت ذلك من عدمه هو مما تستقل به محكمة الموضوع متى كان استخلاصها سائغاً» [١].

كما قضى بأن « إساءة استعمال السلطة المبرر لإلغاء القرار الإداري يجب أن يكون مؤثراً في توجيه القرار ذاته وليس منقطع الصلة به، وأن يقع ممن عليه إصدار القرار لا من أجنبي عنه لايد له فيه ، وعلى هذا الأساس فإن عيب إساءة استعمال السلطة لا يفترض بل يجب إقامة الدليل عليه، ويقع ذلك على الطاعن فهو الذي يتولى عبء الإثبات وتقديم الأدلة ولمحكمة الموضوع السلطة التقديرية في تقدير الدليل بشرط أن يكون تقديرها سائغاً». [٢]

ومن تطبيقات هذا المبدأ أيضاً ما قضت به المحكمة الإدارية العليا من أنه « عبء الإثبات في مسائل الجنسية يقع على من يدعي أنه يتمتع بالجنسية المصرية أو أنه غير داخل في هذه الجنسية». [٣]

وقضت محكمة التمييز بما يأتي: « المقرر أن إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها الذي يبرر الغاء القرار الإداري هو من العيوب القصدية في السلوك فيلزم أن تكون جهة الإدارة قد تنكبت وجه المصلحة العامة التي يرى أن يتغياها القرار الإداري ، وأن تكون قد أصدرت القرار بباعث لا يمت لتلك المصلحة بصلة ، ولهذا فإن العيب لا يفترض بل يجب إقامة الدليل عليه».[٤]

ب- التزام جهة الإدارة بعبء الإثبات وتقديم المستندات:

لئن كان عبء الإثبات على عاتق المدعي استناداً إلى القاعدة الأصولية أن البينة على من ادعى ، إلا أن الأخذ بهذا الأصل على إطلاقه في مجال المنازعات الإدارية لا يستقيم مع واقع الحال وطبيعة النظام الإداري، الذي يقوم على مبدأ التنظيم اللائحي المسبق لإجراءات وخطوات أداء العمل الإداري، وتوزيع الاختصاصات بين العاملين في إنجاز مهامه بصورة محددة وضرورة تنظيم حفظ الوثائق والمستندات المتعلقة به للرجوع إليها، سواء لضمان حقوق المواطنين والإدارة، أو لتحديد المسئولية، ومن ثم تحتفظ الإدارة طبقاً

---

(١) حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ١٩٩٨/٥١٧ تجاري ، إداري ، جلسة ١٩٩٩/٥/٣١ ، مشار إليه بمجلة القضاء والقانون ، السنة ٢٧ ، الجزء الأول ، إبريل سنة٢٠٠٢ ، عن الفترة من ١٩٩٩/١/١ إلى ١٩٩٩/٥/٣١، قاعدة رقم ٥٦ ، ص٢٦٣.

(٢) حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٩٣ لسنة١٩٨٦ تجاري ، جلسة ١٩٨٧/١/١٤ مشار إليه بموسوعة مبادئ القضاء الإداري ، الكتاب الأول ، الدعوى الإدارية ، الجزء الأول ، مشار إليه ، قاعدة رقم٧١ ، ص٥٤٤ وما بعدها.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم١٢٩٤ لسنة ٢٨ قضائية ، جلسة ١٩٨٥/١٢/٧ ، مشار إليه موسوعة المبادئ القانونية الصادرة من نقابة المحامين ، السنة الأولى، العدد الثاني ، مارس ١٩٩١ ، قاعدة رقم٢٠ ، ص٣١.

(٤) حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ١٩٩٤/١٠ تجاري جلسة ١٩٩٤/٥/١٠ ، مشار إليه بمجلة القضاء والقانون السنة ٢٢ ، الجزء الأول ، فبراير سنة١٩٩٩ ، الفترة من ١٩٩٤/١/١ إلى ٣١ /١٩٩٤/٥ قاعدة رقم٩٥ ، ص٣٦٢.

لمقتضيات النظام العام الإداري بجميع الوثائق والملفات المتعلقة بالأعمال التي تقوم بها، أو بصورة رسمية منها، وهي الأوراق ذات الأمر الحاسم في المنازعة الإدارية . ومن حيث إنه بناء على ما قرره الدستور من خضوع الدولة للقانون وعدم تحصين أي عمل أو إجراء يصدر عن الجهات الإدارية من حصانة القضاء ومسئولية السلطة القضائية، وبصفة خاصة مجلس الدولة عن تحقيق سيادة القانون ومباشرة الرقابة على مشروعية تصرفات وقرارات الجهات الإدارية، فإنه يتعين على هذه الجهات الإدارية نزولاً على سيادة القانون ولعدم إعاقة العدالة أن تقدم لمحاكم مجلس الدولة سائر الأوراق والمستندات المتعلقة بموضوع النزاع والمنتجة في إظهار وجه الحق فيه إثباتاً أو نفياً ومتى طلب إليها ذلك.[١]

كما استقر الأمر لدى القضاء في هذا المنحى بأن «عبء الإثبات في المنازعات الإدارية والتأديبية يقع على عاتق جهة الإدارة – أساس ذلك أن أوراق التحقيق والقرار الصادر بالجزاء يكون في حوزتها – مؤدى ذلك أن جهة الإدارة هي الملزمة واقعاً وقانوناً بتقديم هذه المستندات».[٢]

سلطة القاضي الإداري في تقدير أدلة الإثبات وتفسير المحررات:

ليس من شك أن القاضي الإداري يلجأ من تلقاء نفسه في ضوء الدعوى المطروحة عليه وظروفها إلى الاستعانة بوسيلة للإثبات لم يطلبها الخصوم وتتعلق بواقعة لم يناقشها أي منهم ، في حين تظهر للقاضي أهميتها وأثرها في الحكم وأنها غير واضحة في الأوراق، ومن ثم فإن الحد الحقيقي لسلطة القاضي في الرقابة على الإثبات هي بالأمر بوسائل الإثبات ليس بقدر تخلف عدم اتفاق الخصوم على صحة الأوراق، ولكن بقدر وجود اتفاق صريح أو ضمني أو تسليم بها ، ذلك أن القاضي الإداري في مجال الرقابة القضائية على الإثبات الإداري يتمتع بسلطات قضائية، ويبتدع الحلول المناسبة مسلتهماً المبادئ العامة للإجراءات القضائية [٣].

وتطبيقاً لذلك فإن محكمة الموضوع هي السلطة التامة في تحصيل فهم الواقع في الدعوى وفي تقدير ما يقدم إليها من الأدلة وترجيح ما تطمئن إليه منها في استخلاص ما تراه متفقاً مع واقع الدعوى واطراح ما عداه، وحسبها أن تبين الحقيقة التي اقتنعت بها وأن تقيم قضاءها على أسباب سائغة ، لها أصلها الثابت بالأوراق وتؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها ، وهي في ذلك ليست ملزمة تتبع حجج الخصوم ومناحي دفاعهم والرد عليها استقلالاً.[٤] كما أنه من المقرر وعلى ما جرى به قضاء محكمة التمييز أن لمحكمة الموضوع كامل السلطة في تفسير المحررات للتعرف على حقيقة مدلولها بغير معقب عليها في ذلك من محكمة التمييز بشرط ألا يكون في تفسيرها ما يخرج عما تحتمله عباراتها.[٥]

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم١٩٧٢ لسنة ٣٣ ق ، جلسة ١٩٩١/١١/٢٤ ، مشار إليه بمؤلف المستشار الدكتور / محمد ماهر أبو العينين ، سلسلة المرافعات الإدارية ، سالف الإشارة إليه ، ص٧٤٦ وما بعدها.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم٥٧١ لسنة ٢٨ قضائية ، جلسة ١٩٨٦/٢/١١ ، مشار إليه بموسوعة المبادئ القانونية الصادرة من نقابة المحامين . سالف الإشارة إليها ، قاعدة رقم٢٠، ص٢٠٨.

(٣) أ/ إبراهيم المنجي ، مرجعة سالف الإشارة إليه ، بند رقم ٩٦ ، ص٢٤٠.

(٤) حكم محكمة التمييز في الطعنين رقمي ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩ تجاري ، جلسة ١٩٩٠/١/٢٩ ، ١٧ لسنة ١٩٩٧ تجاري ، جلسة ١٩٩٧/١٢/٢٢ ، مشار إليهما بموسوعة مبادئ القضاء الإداري ، الكتاب الأول ، الدعوى الإدارية ، الجزء الأول ، سابق الإشارة إليها ، قاعدة رقم ٧٠ ص٥٣٩.

(٥) حكم محكمة التمييز في الطعنين رقمي ١٩٨٩/٣٣١ تجاري ١ جلسة ١٩٩٠/٣/٢٥ ، ٢٩١ لسنة ١٩٩٠ إداري جلسة ١٩٩٢/٣/٢٩ ، مشار إليهما بالمرجع السابق مباشرة ، قاعدة رقم ٧٢ ، ص٥٤٧.

الفصل الثاني - طرق الإثبات في الدعوى الإدارية:

تمهيد وتقسيم:

لم ينظم المشرع المصري في قوانين مجلس الدولة المتعاقبة (١٩٤٦-١٩٧٢)، وسائل الإثبات أو طرق الإثبات بطريقة مفصلة ، مثلما نظم المشرع في قانون الإثبات أمام المحاكم المدنية والتجارية رقم ٢٥لسنة ١٩٦٨ ، وإن كانت قد أشارت إليها بصورة عامة ومجملة وهي بصدد بيان سلطات واختصاصات هيئة مفوضي الدولة والمحاكم الإدارية، وتركت كيفية ممارستها بطرق الإثبات إلى القواعد العامة للقانون الواردة في قانون الإثبات والمرافعات المدنية والتجارية. [١] أما في الكويت ، فإن القضاء العادي هو الأصل في ولاية القضاء وأن ما عداه استثناء من هذا الأصل فلا يجوز له الخروج عن الدائرة التي رسمت لولايته بمقتضى القانون الذي خوله إياها..... وإذا كان المرسوم بقانون رقم ٢١ لسنة ١٩٨١، المعدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٢، قد اختص الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية وحدها دون غيرها بولاية الفصل في المنازعات المبينة بالمواد ١ ، ٤ ،٥ من القانون إلغاءً وتعويضاً سواء رفعت إليها بطريقة آلية أو تبعية[٢] وترتيباً على ذلك فإن الدائرة الإدارية تعد طبقة من طبقات جهة القضاء العادي في الكويت، ومن ثم فإنها مخاطبة بقواعد قانون الإثبات الكويتي رقم ٣٩ لسنة ١٩٨٠ ، ولكنها في رأينا تطبق من هذه القواعد ما يتلاءم مع طبيعة المنازعة الإدارية ودور القاضي الإداري فيها باعتباره قاضي المشروعية ، وبناء على ذلك فإننا سوف نتناول في هذا الفصل أدلة الإثبات المطبقة في الدعوى الإدارية أمام الدائرة الإدارية ونقسمه إلى مبحثين الأول نخصصه للإثبات بالكتابة في الدعوى الإدارية ، أما الثاني فنتناول فيه الإثبات بغير الكتابة في الدعوى الإدارية.

الإثبات بالكتابة في الدعوى الإدارية:

تقسيم الدراسة:

نقسم الدراسة في هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب الأول نخصصه للأوراق الرسمية والعرفية كدليل في الإثبات ، أما الثاني فسيكون للحديث عن الخبرة كدليل مكتوب في الإثبات، أما الثالث فنعرض فيه لحجية الحكم.

المطلب الأول - الأوراق المكتوبة في الدعوى الإدارية:

الأوراق المكتوبة إما أن تكون أوراقاً رسمية وإما أوراقاً عرفية :

أولاً – الأوراق الرسمية:

تنص المادة ٨ من قانون الإثبات رقم ٣٩ لسنة ١٩٨٠، على أنه «الأوراق الرسمية هي التي تثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف لخدمة

---

(١) أ / إبراهيم المنجي ، مرجعه سالف الإشارة إليه ، بند ٨٩ ، ص٢٤٣.

(٢) حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ١٥٥ لسنة ١٩٩٦ تجاري ، جلسة ١٩٩٧/٤/٧ ، مشار إليه بمجلة القضاء والقانون ، يوليو لسنة ٢٠٠٠ ، السنة ٢٥ ، الجزء الأول ، الفترة من ١٩٩٧/١/١ إلى ١٩٩٧/٥/٣١ قاعدة رقم ٦٦ ، ص٢٥٨.

عامة، ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن؛ وذلك طبقاً للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه» [١] .والبين من النص أن الكتابة هي أقوى طرق الإثبات ، وهي تصلح لإثبات جميع الوقائع سواء كانت تصرفات قانونية أو وقائع مادية، ذلك أن الكتابة لها قوة مطلقة في الإثبات ، والأوراق بجميع أنواعها وهي تشمل الأدلة الكتابية ؛ تعد الوسيلة الرئيسية للإثبات أمام القضاء الإداري إعمالاً لسيادة الصفة الكتابية، إذ تحفل المرافعات الإدارية بالأدلة الكتابية.[٢]

أركان الورقة الرسمية:

أ- أن تحرر الورقة بمعرفة موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة:

الموظف العام أو الشخص المكلف بخدمة عامة ، هو كل شخص حملته الحكومة بعضاً أو جزءاً من مسئوليتها ليقوم به نحو شعبها سواء كان ذلك بأجر كالضابط والجندي أو دون أجر.[٣]

وتطبيقاً لذلك قضى بأن « المقصود بالموظف العام في خصوص تحرير عقود الشركات التجارية هو كاتب العدل الذي حدد القانون رقم ٤ لسنة ١٩٦١، بإصدار قانون التوثيق ولائحته التنفيذية الصادر بالقرار رقم ١٦ لسنة ١٩٦٦، اختصاصه بتوثيق المحررات التي يوجب القانون أو يطلب المتعاقدون توثيقها». [٤]

ب- أن يكون الموظف مختصاً بتحريرها من حيث نوعها ومكان تحريرها:

لا يكفي لصحة الورقة الرسمية أن يقوم بتحريرها موظف عام؛ بل يجب أيضاً أن يكون لهذا الموظف مختصاً بكتابتها من حيث الموضوع.[٥] فالمأذون يحرر عقود الزواج ، والموثقون يحررون سائر العقود الرسمية الأخرى ، ويصدقون على العقود العرفية، ومن ثم لا يستطيع ضابط أن يوثق المحرر أو طبيب يعقد العقد ، ويجب ثانياً أن يتوافر الاختصاص أيضاً بالنسبة للمكان فلا يصح للموثق أن يحرر عقداً أو يصدق عليه من جهة أخرى غير الجهة التي يعمل هو فيها رسمياً، والتي يتحدد نطاق عمله الوظيفي بها.[٦]

ج- مراعاة الأوضاع التي قررها القانون:

إن لكل ورقة في تحريرها شروطاً مبينة في القوانين واللوائح الخاصة بتلك المصلحة . ومن أمثلة ذلك القوانين الخاصة بالتوثيق التي تبين الأوضاع والإجراءات التي يقررها قانون التوثيق ولائحته التنفيذية . وتطبيقاً لذلك قضى بأن «المحرر الرسمي هو المحرر الذي يقوم كاتب العدل بتوثيقه طبقاً للأوضاع المقررة في توثيق المحررات الرسمية المنصوص عليها في المواد من ٢-١٢ من قانون التوثيق « . [٧]

---

(١) في هذا المعنى حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ١٩٩٩/١٢١ تجاري ، جلسة ١٩٩٩/١٢/١٣، مشار إليه بمجلة القضاء والقانون ، السنة ٢٧ الجزء الثاني ، أغسطس ٢٠٠٢ ، الفترة من ١٩٩٩/٦/١ إلى ١٩٩٩/١٢/٣١ ، قاعدة رقم ٥٠ ، ص٢٤٨ وما بعدها.

(٢) أ/ إبراهيم المنجي ، سالف الإشارة إليه ، ص٢٤٥.

(٣) المستشار الدكتور / محمد ماهر أبو العينين ، الموسوعة الشاملة في القضاء الإداري ، الكتاب الرابع ، سالف الإشارة إليه ، ص٦١٤ وما بعدها.

(٤) حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ١٢١ لسنة ١٩٩٩ تجاري ، جلسة ١٩٩٩/١٢/١٣ ، مشار إليه بمجلة القضاء والقانون ، السنة ٢٧ الجزء الثاني ، أغسطس سنة ٢٠٠٢، الفترة من ١٩٩٩/٦/١ إلى ١٩٩٩/١٢/٣١ ، قاعدة رقم ٥٠ ، ص٢٤٨.

(٥) أ.د / عبد الرزاق السنهوري ، سالف الإشارة إليه ، بند ٧٥ ، ص١٦٦.

(٦) المستشار الدكتور / محمد ماهر أبو العينين ، سالف الإشارة إليه ، ص١٦١٥.

(٧) حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ١٢١ لسنة ١٩٩٩ ، تجاري ، جلسة ١٩٩٩/١٢/١٣ ، سالف الإشارة إليه في هامش رقم ٦٩ من هذا البحث.

حجية المحررات الرسمية:

تنص المادة ٩ من قانون الإثبات على أن «الورقة الرسمية حجة على الكافة بما دون فيها من أمور قام بها محررها في حدود مهمته أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانوناً».

وتطبيقاً لذلك قضى بأن «توقيعات ذوي الشأن على الأوراق الرسمية التي تجرى أمام الموثق تعتبر من البيانات التي يلحق بها وصف الرسمية؛ فتكون لها حجية في الإثبات حتى يطعن عليها بالتزوير»[١] وترتيباً على ذلك فإن «ورقة الإعلان من المحررات الرسمية التي أسبغ القانون الحجية المطلقة على ما دون بها من أمور باشرها محررها في حدود مهمته ما لم يبين تزويرها، ومن ثم لا تقبل المجادلة في صحة ما أثبته القائم بالإعلان في أصل الإعلان من انتقاله لمخفر الشرطة وتسليمه صورة من الإعلان إلى كاتبه ما دام لم يطعن على هذا البيان بالتزوير». [٢]

حجية الأوراق الرسمية في القضاء الإداري:

ذهبت محكمة القضاء الإداري في مصر إلى أن « القرار الإداري باعتباره ورقة إدارية يمكن مناقشة المشروعية فيه بجميع طرق الإثبات؛ ذلك أن القرارات الإدارية والقرارات الفردية منها وعلى وجه الخصوص وإن كانت أوراقاً رسمية بمعناها العام يحررها أو يؤشر عليها موظفون عموميون ، إلا أنها ليست من طبيعة الأوراق الرسمية المعروفة في نطاق القانون الخاص والتي أشارت إليها المادة العاشرة من قانون الإثبات الصادر به القانون رقم ٢٥ لسنة١٩٦٨، فهذه الأوراق التي تكون القرار الإداري لا يسوغ التسليم مطلقاً بأن إثبات عكس ما جاء بها لا يكون إلا عن طريق الادعاء بالتزوير[٣].

وتطبيقاً لذلك فإن مدة الخدمة السابقة يمكن إثباتها بجميع طرق الإثبات على النحو الذي يكفي لقيام الاقتناع بصحتها.[٤]

كما استقر قضاء المحكمة الإدارية العليا على أنه «وإن كانت للأوراق الرسمية ، وهي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو تلقاه من ذوي الشأن ، حجية على الجميع لا تسقط عنها إلا عن طريق الطعن بالتزوير، غير أنه لم تتوافر في السجل المشار إليه ، المظاهر التي تنبئ عن اعتباره من الأوراق والسجلات الرسمية فهو غير مرقم الصفحات، وغير مختوم بخاتم الدولة، ولا يوجد به أي توقيع لموظف عام ، وملئ بالشطب والكشط والتصحيح ، كما أنه لم يثبت في هذا السجل مصدر البيانات الواردة فيه أو تاريخ إثباتها، وهل حققها الموظف الذي حررها بنفسه أو تلقاها من موظف آخر أو نقلها عن أوراق رسمية أو عرفية وذلك أن السجل المشار إليه يفقد كل قيمة له باعتباره ورقة رسمية.[٥]

---

(١) حكم محكمة التمييز في الطعنين رقمي ٢٠١ ، ٢٠٥ ، ١٩٨٥ تجاري ، جلسة ١٩٨٦/١١/٢٦ ، مشار إليه بمجلة القضاء والقانون ، السنة ١٤ ، العدد الثاني ديسمبر ١٩٩٣، قاعدة رقم ٤٧ ، ص ١٨٢.

(٢) حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٣٨ لسنة ١٩٩٨ أحوال شخصية جلسة ١٩٩٩/٥/٢٢ ، مشار إليه بمجلة القضاء والقانون، السنة ٢٧ الجزء الأول ، إبريل ٢٠٠٢ ، قاعدة رقم ١١٠ ، ص٤٦٦ .

(٣) حكم محكمة القضاء الإداري ، جلسة ١٩٧٠/٥/١٦ س٢٤ ، ص ٣٤٩ ، مشار إليه بمؤلف المستشار الدكتور / محمد ماهر أبو العينين ، الموسوعة الشاملة في القضاء الإداري، سالف الإشارة إليه ، ص ٦٥٠ وما بعدها ، وكذلك ذات المعنى في حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في القضية رقم ١٥٤٩ لسنة ٢٣ ق ، جلسة ١٩٧٠/٦/١٦، مشار إليه بمؤلف أ/ إبراهيم المنجي ، سالف الإشارة إليه ، ص٢٤٩.

(٤) حكم محكمة القضاء الإداري الصادر بجلسة ١٩٦٧/١/١٦ السنة ٢١ ، ص٥٣ مشار إليه بمؤلف المستشار الدكتور / محمد ماهر أبو العينين ، سالف الإشارة إليه مباشرة، ص٦٥٠.

(٥) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٣٣٠ لسنة١٠ ق ، جلسة ١٩٦٧/١٢/٩ ، مشار إليه بالمرجع السابق للمستشار الدكتور / محمد ماهر أبو العينين ، ص٦٥٧.

حجية الصور طبق الأصل من المحرر الرسمي أمام القضاء الإداري:

استقر قضاء المحكمة الإدارية العليا على أن « المحرر الرسمي ، كذلك صورته الرسمية المطابقة لأصله يكون حجة على الناس بجميع ما دون من أمور في حدود ما أعد له ، ولا تهدر حجيته إلا إذا ثبت تزويره ، ولما كانت الصورة التي قدمتها الجهة الإدارية من القرار الجمهوري رقم ٣٣٠ لسنة ١٩٦٦، سالف الذكر صورة رسمية طبق أصلها صدرت من الجهة المنوط بها حفظ أصول القرارات الجمهورية، فتكون لها والحالة هذه حجية القرار الأصلي ، وليس من سبيل أمام من ينكر وجود القرار المذكور أو يدعي عدم صحة ما ورد به إلا أن يطعن في الصورة الرسمية بالتزوير». [١]

ثانياً – الأوراق العرفية:

المحررات العرفية هي الأوراق التي تصدر عن الأفراد دون أن يتدخل في تحريرها موظف عام ، وهي نوعان : إما محررات أعدت مقدماً لتكون دليلاً للإثبات، وإما محررات لم تعد أساساً لهذا الغرض ، وإن كانت تفيد . ومن البديهي ألا يعترف المشرع لكلا النوعين من الأوراق بقوة واحدة في الإثبات. فإذا أطلق لفظ المحرر العرفي – دون تخصيص – كان المقصود به النوع الأول من المحررات.[٢]

أ- المحررات العرفية المعدة للإثبات: وهي المحررات التي تكون مكتوبة وموقعة منه بهدف خلق دليل على واقعة معينة ، ومن ثم فإنه يشترط في المحرر العرفي المعد للإثبات أن يكون مكتوباً وموقعاً من صاحب الشأن.

والورقة العرفية لها حجية في الإثبات سواء فيما يتعلق بنسبتها إلى من وقعها ، أو فيما تضمنته من بيانات ، كما أنها حجة بالنسبة لتاريخها بالنسبة لأطراف الورقة ، أما بالنسبة للغير فلا يعد للتاريخ حجة إلا إذا كان ثابتاً وفقاً لنص المادة ١٤ من قانون الإثبات من يوم أن تقيد بالسجل المعد لذلك أو من يوم أن يؤشر عليها موظف عام مختص، أو من يوم وفاة أحد ممن لهم على الورقة أثر معترف به من خط أو إمضاء ، أو من يوم أن يصبح مستحيلاً على واحد من هؤلاء أن يكتب أو يبصم لعلة في جسده ، ويجوز أيضاً وتبعاً لمقتضى الحال أن يعتمده القاضي من يوم وفاة من وقع على الورقة بختم معترف به.[٣]

ب- الأوراق العرفية غير المعدة للإثبات:

وفقاً لقانون الإثبات الكويتي فالحجية لأربعة أنواع من الأوراق العرفية غير المعدة للإثبات وهي :

١ – الرسائل والبرقيات.

٢ – دفاتر التجار أو الدفاتر التجارية.

٣ – الدفاتر والأوراق المنزلية.

٤ – تأشير الدائن على سند الدين بما يفيد براءة ذمة المدين.

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٤٣٧ لسنة ١٦ ق ، جلسة ١٩٧٦/٠٦/٢٦ ، مشار إليه بمؤلف المستشار الدكتور / محمد ماهر أبو العينين ، سابق الإشارة إليه، ص٦٦٧.

(٢) أ. د / شكري سرور، مرجع سالف الإشارة إليه ، بند رقم ٧٠ ، ص٨٠

(٣) في هذا المعنى أ.د / الدسوقي أبو الليل ، المرجع السابق بند ٥٤٢ ، ص٥٢٢ وما بعدها.

حجية الأوراق العرفية غير المعدة للإثبات:

١ – بالنسبة للرسالة فإذا كانت موقعة ممن أرسلها ويثبت فيها حق ، فإنها وفقاً لنص المادة ١٦ من قانون الإثبات ، قيمة الورقة العرفية من حيث الإثبات . أما الرسالة غير الموقعة ممن أرسلها فلا تعتبر دليلاً كتابياً ، لكن إذا كانت الرسالة مكتوبة بخط يد المرسل فإنها تصلح لأن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة ، فيجوز معها الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة. (١)

٢ – بالنسبة للبرقية التي تسلم إلى المرسل إليه، هي ورقة محررة بمعرفة الموظف المختص ، وتكون لها حجية وقيمة الورقة المعدة للإثبات إذا وجد أصلها وكانت مطابقة لهذا الأصل. أما إذا كان الأصل غير موجود فلا يعتد بالبرقية ويعتد بها على سبيل الاستئناس(٢)

٣ – بالنسبة للدفاتر التجارية التي يمسكها التاجر ليقيد فيها ماله من حقوق وما عليه من التزامات، فتعتبر حجة على التاجر وبمثابة إقرار منه مع جواز إثباته عكس ما ورد بها.(٣)

٤ – الدفاتر والأوراق المنزلية وتكون لهذه الأوراق حجية في حالتين الأولى ، إذا ذكر صاحب الأجندة مثلاً أو الورقة أنه استوفى دينه ، الثانية إذا ذكر فيها صاحبها صراحة أنه قصد بما دون أن يقوم مقام السند لمن أثبت حقاً لمصلحته ، ولا يشترط في هاتين الحالتين توقيع صاحب الورقة ، غير أنه لا يكون لهذه الأوراق حجية على الغير لصاحب الورقة عملاً بمبدأ لا يجوز أن يصطنع الشخص دليلاً بنفسه لنفسه غير أن القاضي يمكن أن يستخلص منها قرينة قضائية بسيطة.(٤)

قوة الإثبات للأوراق العرفية في الدعوى الإدارية:

الأوراق العرفية أكثر ندرة في الاستعمال للإثبات أمام القضاء الإداري . ويمكن القول بأن الأوراق العرفية سواء كانت معدة للإثبات أو غير معدة للإثبات، تعتبر في مجموعها من قبيل القرائن المكتوبة للتدليل على صحة ما ورد بها ، حيث يقرر القاضي الإداري مدى اقتناعه بما يستخلصه منها من بيانات في ضوء الظروف المحيطة بها وباقي العناصر المستمدة من ملف الدعوى ، ويقدر مدى حجيتها في الإثبات في ضوء الظروف المحيطة بها وما يطمئن إليه من عناصر الدعوى .(٥)

وتطبيقاً لذلك قضى بأن «المحرر العرفي يكون له تاريخ ثابت من يوم أن يثبت مضمونه في ورقة أخرى ثابتة التاريخ – يكفي في ذلك أن تتضمن تلك الورقة البيانات الجوهرية التي تلزم لتعيين هذا المحرر العرفي تعييناً مانعاً من اللبس أو الغموض ، تقدير ذلك متروك لما تستخلصه المحكمة من ظروف الدعوى وملابساتها». (٦)

حجية وسائل الإثبات الحديثة كالفاكس والحاسب الآلي في الدعوى الإدارية:

ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أنه «لما كان الثابت كما سلف بيانه أن الطاعنين لم يبينا على وجه الدقة وجوه الاختلاف بين النتائج المستخرجة من الحاسب الآلي بكلية الطب عن نتائج السنوات الثلاث المشار إليها والنتائج الحقيقية المستمدة من الأصول، وجاءت

---

(١) في هذا المعنى أ.د / شكري سرور، المرجع السابق بند رقم ٩٠ ، ص١١٦ وما بعدها.
(٢) أ.د / الدسوقي أبو الليل ، سالف الإشارة إليه ، بند ٥٥٥ ، ٥٥٦ ، ٥٥٧ ، ص٥٣٠.
(٤) المرجع السابق ، بند رقم ٥٦٣ ،ص ٥٣٦.
(٥) أ/ إبراهيم المنجي ، سالف الإشارة إليه ، ص٢٤٧.
(٦) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢٤١٧ لسنة٣٣ ق ، جلسة ١٩٩٣/٥/١١ مشار إليه بمؤلف المستشار الدكتور / محمد ماهر أبو العينين ، الموسوعة الشاملة في القضاء الإداري ، الكتاب الرابع ، ص٦٨٢.

أقوالهما مرسلة غير مدعمة بأي دليل يؤيد هذا الإدعاء ، خاصة أن البادي أن النتائج المدونة بالحاسب مستمدة من مصادرها الأصلية، وقام بإدراجها المختصون بالكلية بناء على تكليف من العميد ، وأن الحاسب الآلي ملك الكلية ويتم حفظه في مكان أمين وأن «الديسك «المستخرج منه البيانات مؤمن فنياً ضد العبث والإتلاف والسرقة، مما تطمئن معه المحكمة إلى صحة وسلامة البيانات المستخرجة بشأن السنوات الدراسية مثار النزاع». (١)

المطلب الثاني - تقرير الخبرة:

وفقاً لنص المادة ٧١ من قانون الإثبات الكويتي أنه يجوز للمحكمة بناء على طلب أحد الخصوم أو تلقاء نفسها ، أن تقرر الانتقال لمعاينة المتنازع فيه ويتعين في قرارها تاريخ ومكان المعاينة . وتحرر المحكمة محضراً يبين فيه جميع الأعمال المتعلقة بالمعاينة ، كما للمحكمة أيضاً تعيين خبير للاستعانة به في المعاينة و الاستماع للشهود.

وبناء على ذلك فإن الخبرة نوع من المعاينة الفنية يقوم بها الخبراء ، وللمحكمة سلطة تقديرية في قبول طلب الانتقال للمعاينة أو طلب انتداب خبير، إذ تقوم الخبرة على استشارة أهل الفن لإثبات مسألة واقعية معينة حتى يتسنى الفصل في الدعوى، ذلك أن للقاضي الاستعانة بذوي الاختصاص من أهل الخبرة لتوضيح بعض الوقائع المادية وإثباتها، دون حاجة لنص خاص عندما لا تتوافر لديه العناصر الكافية للفصل في الدعوى حتى يتسنى له الحكم بدراية كاملة، خصوصاً حيث تكون لديه بشأنها ادعاءات متعارضة من الخصوم، فالخبرة في مقدمة وسائل التحقيق المألوفة أمام القضاء الإداري والعادي على حد سواء ، إذا تقدم للقاضي إيضاحات ومعلومات فنية معينة تتعلق بوقائع أو مسائل محددة فإنه لا يستطيع تقديرها وحسمها مباشرة دون اللجوء أو الاستعانة بأهل الخبرة ؛ لأنها مسائل فنية تتعلق بالواقع وليس بالقانون ، ومن ثم لا يجوز ندب خبير لإبداء الرأي في مسألة قانونية ، كما يستبعد من مهمة الخبير بيان التكييف القانوني للوقائع وآثارها القانونية ، ومن ذلك أن الفصل في المسائل القانونية يدخل في صميم وظيفة القاضي ولا يجوز تحميله للغير من أهل الخبرة.(٢)

ومن الدعاوى التي تلجأ فيها المحكمة الإدارية أو القضاء الإداري لأهل الخبرة المنازعات الإدارية المتعلقة بالعقود الإدارية بالنسبة لمعاينة وبيان الأعمال المنفذة موضوع العقد وقيمتها أو الوقوف على مدى تنفيذ المتعاقد مع جهة الإدارة الأعمال المتعاقد عليها بما يتطلبه ذلك من الانتقال إلى المكان الذي يتم فيه تنفيذ الأعمال المتعاقد عليها ، وكذلك في دعاوى التسوية المتعلقة بالمرتبات والعلاوات والمعاشات والمكافآت بما يتطلبه ذلك من الانتقال إلى مقر الجهة الإدارية التابع لها الموظف المدعي ، والاطلاع على السجلات الخاصة بذلك.

قوة الخبرة في الإثبات في الدعوى الإدارية:

من المقرر أن طلب ندب خبير في الدعوى ليس حقاً مطلقاً للخصوم يتعين إجابتهم إليه في كل حالة، بل هو متروك لمحكمة الموضوع التي تقدر مدى لزومه من عدمه في الدعوى، ويحق لها أن تلتفت عنه متى وجدت في أوراق الدعوى وعناصرها من الأدلة والشواهد ما يكفي لتكوين عقيدتها للفصل فيها.(٣)

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم١٥١٦ لسنة ٤٣ ق ، جلسة ٢٠٠٠/٢/٢٠ ، مشار إليه ، بالمرجع السابق مباشرة ، ص٧٠١ .

(٢) أ/ إبراهيم المنجي ، سالف الإشارة إليه ، ص٢٦٨.

(٣) حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ١٩٩٠/٦٢ تجاري ، جلسة ١٩٩٠/٦/٢٥ ، مشار بموسوعة مبادئ القضاء الإداري ، الكتاب الأول ، الدعوى الإدارية ، الجزء الأول سالف الإشارة إليه ، قاعدة رقم ٨٨ ، ص٦٣٨ ، وذات المعنى حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم٩٩٨ لسنة٢٩ ق ، جلسة ١٩٨٧/٣/٣١س ٣٢ ، ص ١٠٤٩ ، مشار إليه بموسوعة القضاء الإداري للمستشار محمد ماهر أبو العينين ، سالف الإشارة إليها ، ص ٧٤٠.

كما ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أن « هذه المحكمة قد قدرت أن الفصل في الطعن الماثل يتوقف على إيضاح ما إذا كانت أوراق الإجابة المقدمة من الجهة الإدارية هي بذاتها أوراق إجابة ابنة الطاعن، وأنها هي التي قامت بتحريرها، ولم تحرر بمعرفة شخص آخر، وأنه كان بيان ذلك من المسائل الفنية التي تتطلب الاستعانة بأهل الخبرة المتخصصين في مضاهاة وتحقيق الخطوط ، فقد أصدرت حكمها التمهيدي السالف الإشارة إليه بندب مكتب خبراء وزارة العدل ليندب بدوره أحد خبرائه المختصين في تحقيق ومضاهاة الخطوط تكون مهمته استكتاب ابنة الطاعن ... » .[١]

وبالنسبة لسلطة محكمة الموضوع في الأخذ بتقرير الخبير من عدمه ومدى سلطتها في إعادة مهمة الخبير إليه، فقد قضت محكمة التمييز « بأنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن لمحكمة الموضوع تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة والأخذ بما تطمئن إليه وإطراح ما عداه ، ولو كان محتملاً متى كان استخلاصها سائغاً ولا مخالفة فيه للثابت بالأوراق ، كما أن استخلاص الخطأ الموجب للمسئولية العقدية مسألة موضوعية يستقل بها قاضي الموضوع، وله أيضاً في حدود سلطته التقديرية الأخذ بتقرير الخبير المقدم في الدعوى متى اطمأن إليه واقتنع بالأسباب التي بني عليها، وهو غير ملزم بإجابة طلبه إعادة مهمة الخبير إليه مادام قد وجد في أوراق الدعوى ومنها التقرير الذي قدمه ما يكفي لاقتناعه بما انتهى إليه».[٢]

المطلب الثالث - حجيه الأحكام:

تنص المادة ٥٣ من قانون الإثبات على أن «الأحكام التي حازت حجية الأمر المقضي تكون حجة فيما فصلت فيه من الخصومة ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه القرينة ، ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتعلق بذات الحق محلاً وسبباً. وتقضي المحكمة بهذه الحجية من تلقاء نفسها».

ومفاد هذا النص أن حجية الأمر المقضي به كأثر للأحكام القضائية ، تعني صلاحية هذا الحكم لأن يتمسك بالفوائد الناتجة عنه لصالح شخص ضد شخص آخر ، وعدم جواز طرح النزاع الذي صدر فيه هذا الحكم مرة ثانية أمام القضاء ؛ ذلك أن القانون يعترف للحكم القضائي بقوة أو فاعلية معينة ، يصبح بمقتضاها حجة على الخصوم في المسائل التي فصل فيها ، كما أن حجية الأمر المقضي به يجب أن تفهم على أنها تقييد الخصوم برأي القاضي ، وينشأ هذا التقيد كمركز قانوني من الحكم الصادر ، فحجية الأمر المقضي كمركز قانوني ، تنشأ من الحكم القضائي ، وملزم للخصوم وللقاضي يتولد كأثر مباشر يرتبه القانون على العمل القضائي ، وهذا المركز القانوني الذي ينشئه الحكم ويسمى بحجية الأمر المقضي به يلزم الخصمين معاً ، وعلى ذلك فهو ليس حقاً ذاتياً لشخص في مواجهة الآخر ؛ وإنما يفرضه القاضي على الخصوم بماله من سلطة الأمر ، ويبدو هذا المركز مظهر لسيادة الدولة.[٣]

قوة حجية الأمر المقضي فيه في الإثبات في الدعوى الإدارية:

استقر قضاء محكمة التمييز على أنه (مؤدى نص المادة ٥٣ من القانون رقم ١٩٨٠/٣٩ في شأن الإثبات في المواد المدنية والتجارية وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة – فإن المناط في حجية الشيء المقضي المنع من إعادة طرح النزاع في المسألة المقضي

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣٣٦ لسنة ٤٢ ق، جلسة ١٩٩٦/١١/٢٣ ، مشار إليه ، بمرجع المستشار الدكتور / محمد ماهر أبو العينين سابق الإشارة إليه، ص٧٤٣.

(٢) حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ١١٩ لسنة ١٩٨٦ ، تجاري ، جلسة ١٩٨٧/١/٢٨ ، مشار إليه بموسوعة مبادئ القضاء الإداري ، الكتاب الأول ، الدعوى الإدارية ، الجزء الأول ، سالف الإشارة إليها ، قاعدة رقم ٨٩، ص٦٤١.

(٣) أ/ إبراهيم المنجي ، سالف الإشارة إليه ، ص٢٨٦ وما بعدها.

فيها نهائياً أن تكون أساسية لا تتغير ، تناضل فيها الطرفان في الدعوى الأولى واستقرت حقيقتها بينهما بالحكم الأول استقراراً جامعاً مانعاً من إعادة مناقشتها لدى الحكم الثاني ، وكانت هي بذاتها الأساس فيما يدعيه من يعد في الدعوى الثانية أي من الطرفين قبل الآخر من حقوق ، من المقرر أن وحدة الموضوع في دعويين مسألة موضوعية تستقل محكمة الموضوع بالفصل فيها بغير معقب على حكمها متى اعتمدت على أسباب سائغة من شأنها أن تؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها . لما كان ذلك وكان البين من الحكم الصادر في الطعن بالتمييز رقم ١٩٨٤/٢١٣ تجاري بجلسة ١٩٨٥/٥/٨ أنه انتهى إلى اعتبار قرار لجنة التراخيص الطبية الصادر بتاريخ ١٩٨٣/٨/٣٠ منبت الصلة عن القرار الصادر عنها بتاريخ ١٩٨٢/١٠/٢٤ – محل النزاع الماثل – وأبطله لأن اللجنة اعتبرت طلب الطاعن بشأن الالتماس، تكرار للطلب الأول مما حبس اللجنة عن نظره ، وأضاف الحكم أن ذلك لا يعني أحقية الطاعن في الحصول على الترخيص المطالب به، بل إن الأمر مرهون فيما يسفر عنه قرار اللجنة التي تجمع وتنظر الطلب باعتباره طلباً جديداً – وبالتالي فإن الحكم المشار إليه لا يكون قد بحث خطأ الإدارة في إصدار القرار موضوع الدعوى الماثلة مما لا يحوز حجية في هذا الشأن؛ وإذ انتهى الحكم المطعون فيه إلى هذه النتيجة بقوله «إن الحكم المذكور «الحكم في الطعن بالتمييز رقم ٨٤/٢١٣»، إنما كان بصدد طلب المستأنف الذي تقدم به إلى اللجنة بتاريخ ١٩٨٣/٧/١٨ وقرار اللجنة الصادر بتاريخ ١٩٨٣/٨/٣٠ في الجلسة رقم ١٩٨٣/٧، لم يكن بصدد القرار رقم ١١ لسنة ١٩٨٢، موضوع هذه الدعوى، حيث قررت المحكمة أن الطلب الجديد هو طلب مستقل عن الطلب القديم منبت الصلة عنه، ومن ثم فإن القضاء السابق لم يكن له أية صلة بالقرار رقم ١١ لسنة١٩٨٢ . ولم يجر التعرض له البتة . فإنه لا يكون قد خالف القانون.[١]

المبحث الثاني : الأدلة غير الكتابية في الدعوى الإدارية:

تقسيم الدراسة: نرى أن الأدلة غير الكتابية في الإثبات هي شهادة الشهود ، واليمين ، والقرائن ، وسوف نخصص لكل منهم مطلباً مستقلاً .

المطلب الأول : شهادة الشهود في الدعوى الإدارية:

– **تعريف شهادة الشهود:** يقصد بشهادة الشهود أو البينة إخبار شخص أمام القضاء ، بعد حلف اليمين ، بمعلوماته عن واقعة تصلح محلاً للإثبات صدرت من غيره وترتب حقاً لغيره.[٢] ولقد نظم المشرع الكويتي شهادة الشهود في المواد من ٣٩ إلى ٥١.

الأصل أن للقاضي الإداري سلطة تقدير أدلة الإثبات والنظر إلى ما يقدم إليه منها في ضوء بعضها البعض ، وتحقيق الدعوى بسماع شهادة الشهود، ويعتبر أمراً اختيارياً للقاضي الإداري ؛ إذ للقاضي تقدير مدى قيمتها في الإثبات ومدى إمكان الاعتماد عليها وتكون عقيدته واقتناعه في الدعوى . وفي بعض الأحيان يقدم المدعي شهادة مكتوبة صادرة عن جهات إدارية ولها صلة خاصة لإثبات وقائع معينة ؛ وذلك توفيراً للوقت وتيسيراً على أصحاب الشأن ، وهذه الشهادة المكتوبة التي قد تغني عن حضور الشاهد أمام القاضي الإداري ، تخضع لتقدير القاضي في ضوء الأوراق الثابتة بالملف الإداري وملف الدعوى وطبيعة الواقعة المتعلقة بها والقواعد التي تسري بشأنها.[٣]

---

(١) حكم محكمة التمييز في الطعن رقم٣٠٨ لسنة ١٩٨٧ إداري جلسة ١٩٨٨/٦/٢٧ ، مشار إليه بموسوعة القضاء الإداري ، سالف الإشارة إليها ، قاعدة رقم ٧٦ ، ص٥٦٨ وما بعدها.

(٢) أ. د/ الدسوقي أبو الليل ، المرجع السابق ، بند رقم ٥٨٠ ، ص٥٥٣.

(٣) أ/ إبراهيم المنجي ، سالف الإشارة إليه ، ص٢٥١.

قوة شهادة الشهود في الإثبات في الدعوى الإدارية:

تتميز شهادة الشهود باعتبارها دليلاً للإثبات بأنها دليل غير ملزم للقاضي أي تخضع لتقديره إذا اقتنع أخذ بها وإن لم يقتنع أهملها، وأنها دليل مقيد غير مطلق من حيث نطاق الاحتجاج بها ؛ أي أنها لا تقبل إثبات كل الوقائع، وإنما تقتصر على بعضها دون البعض الآخر ، عكس الأدلة الكتابية [١].

وتطبيقاً لذلك قضى بأن « لمحكمة الموضوع السلطة في تقدير أقوال الشهود ولها أن تتخذ من أقوال الشاهد الذي سمعه الخبير المنتدب في الدعوى دون حلف يمين على ثبوت الواقعة التي يجوز إثباتها بالقرائن.[٢]

كما قضى «ومن حيث إنه بالنسبة إلى السبب الرابع من أسباب الطعن ، ويتعلق فيما ذهب إليه الطاعن من إهدار مجلس التأديب الاستئنافي لحقه في الدفاع ، بأن التفت عن سماع أقوال رئيس الكنترول ، فإنه من المقرر قانوناً أنه في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بدليل قوامه الشهادة أو البينة ، فإن لمحكمة الموضوع سلطة التقدير للسماح بمثل هذا الطريق من طرق الإثبات.[٣]

المطلب الثاني : اليمين Le serment في الدعوى الإدارية:

تعريف اليمين: اليمين كوسيلة للإثبات ، هي إشهاد الحالف ، الله تعالى ، على صدق ما يقوله تأكيداً أو تعزيزاً لهذا القول.[٤]

صور اليمين: تستمد اليمين قوتها باعتبارها دليل إثبات مما تتضمنه اليمين الكاذبة من معصية دينية تستوجب جزاءً إلهياً ، إضافة إلى اعتبارها جريمة جنائية يعاقب عليها بعض الأنظمة القانونية مثل قانون العقوبات المصري في المادة ٣٠١ منه ،
واليمين نوعان : يمين قضائية تؤدى أمام مجلس القضاء . ولم ينظم القانون اليمين غير القضائية بنصوص خاصة لذلك يطبق عليها القواعد العامة من حيث الاتفاق عليها ، وإثباتها ، وآثارها.

أما اليمين القضائية فقد نظمها قانون الإثبات في الباب السادس منه ، بالمواد من ٦١ إلى ٧٠ ، وهي نوعين : يمين حاسمة ، يوجهها الخصم الذي لا دليل له إلى خصمه محتكماً إلى ضميره لحسم النزاع ؛ لذلك فهي تعد دليل من لا دليل له من الخصوم ، ويميناً متممة؛ لكونها دليلاً مرجحاً يوجهها القاضي ليستكمل ما قدم له من أدلة إثبات غير كاملة ، وبالإضافة إلى اليمين الحاسمة واليمين المتممة توجد بعض الصور الخاصة لليمين نذكر منها بصفة خاصة يمين الاستيثاق التي نصت عليها بعض نصوص القانون المدني ، ويمين التقويم . وتختلف صور هذا اليمين باعتبارها دليل إثبات عن اليمين المنعقد وهي ليست بدليل إثبات ، حيث لا يتخذ معها الحالف الله سبحانه وتعالى شاهداً على صدق أقواله ، وإنما يكون شاهداً على قيامه بما يوكل إليه من أعمال أو مهام بالأمانة ، ومن أمثلة هذا اليمين تلك التي يؤديها الوزراء ورجال القضاء والنيابة والشرطة قبل مباشرتهم أعمال وظائفهم.[٥]

---

(١) أ.د / الدسوقي أبو الليل ، المرجع السابق الإشارة إليه ، بند ٥٨١ ، ٥٨٢ ، ٥٨٣ ، ص٥٥٥ وما بعدها.
(٢) حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ١٩٩٨/٦٣٢ تجاري ، جلسة ١٩٩٩/١١/٩ ، مشار إليه بمجلة القضاء والقانون ، السنة ٢٧ ، الجزء الثاني ، أغسطس٢٠٠٢ ، قاعدة رقم ٣٩ ، ص٢٠٣.
(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٦٤٥ لسنة ٣٠ ق مشار إليه بمؤلف أ/ إبراهيم المنجي ، سالف الإشارة إليه ، ص٢٥١.
(٤) أ.د/ شكري سرور ، سالف الإشارة إليه ، بند رقم ١٥٣ ، ص٢١٥.
(٥) أ. د/ الدسوقي أبو الليل ، سالف الإشارة إليه ، بند رقم ٦٢١ ، ص٥٨٩ وما بعدها.

قوة اليمين في الإثبات في الدعوى الإدارية:

اتجه الفقه إلى أنه بالنسبة لليمين الحاسمة فإنها لا تجد لها مجالاً للإثبات أمام القضاء الإداري لتعارضها مع طبيعة الدعوى الإدارية وخصائصها ، ومن ثم عدم الالتجاء إليها كوسيلة من وسائل الإثبات . أما اليمين المتممة التي يوجهها القاضي نفسه إلى أحد الخصمين لاستكمال عقيدته واقتناعه ، والتي تعتبر من وسائل التحقيق وتتم في حضور الخصوم ، إذ لا يوجد ما يمنع القاضي الإداري من توجيه اليمين المتممة للخصوم وفقاً لتقديره الخاص دون أي قيد أو ترتيب أثر قانوني ملزم؛ إذ تتفق وطبيعة خصومة الأفراد مع الإدارة ، وتقتضيها ظروف استيفاء الدعوى باعتبارها من وسائل التحقيق.[١]

غير أن محكمة التمييز في الكويت قضت في أحد الأنزعة الإدارية بأن «النعي بشأن عدم إجابة المحكمة لطلب الطاعن توجيه اليمين الحاسمة لنائب مدير الشئون المالية لمؤسسة الخطوط الجوية الكويتية مردود بأن الثابت أن الطاعن لم يتبع ما أوجبته المادة ٦٨ من قانون الإثبات على من يوجه إلى خصمه اليمين أن يبين بدقة الوقائع التي يريد استحلافه عليها، ويذكر صيغة اليمين بعبارة واضحة، ومن ثم فلا على المحكمة إن التفتت عن طلبه، ويضحي النعي برمته على غير أساس».[٢]

ومفاد دلالة هذا الحكم أنه لو كان الطاعن فيه قد اتبع ما أوجبته المادة ٦٨ من قانون الإثبات، لقبل منه طلبه في توجيه اليمين الحاسمة للمطعون ضده . ومن ثم نصل إلى نتيجة مؤداها جواز الأخذ باليمين الحاسمة في المنازعة الإدارية وفقاً لطبيعتها .

المطلب الثالث : القرائن les presumptions de foit ou de l'homme:

تعريف القرائن: القرائن بوجه عام هي النتائج التي يستخلصها القانون أو القاضي من واقعة معلومة لمعرفة واقعة مجهولة ، والقرينة وسيلة من وسائل الإثبات ، بمعنى استنباط أمر غير ثابت من أمر ثابت ، وهي طريق غير مباشر من طرق الإثبات.[٣]

وتنص المادة ٥٢ من قانون الإثبات الكويتي على أن « القرائن التي ينص عليها القانون تغني من قررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات ، على أنه يجوز نقض هذه القرائن بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك»

ووفقاً لهذا النص، فالقرائن القانونية إما أن تكون قرائن بسيطة Les Presumptions simples بمعنى افتراضات قانونية يجوز إثبات عكسه ومن أمثلتها ما تقضي به المادة ٢/٣٦/ مدني من أن وصول التعبير عن الإرادة إلى من وجه إليه يعتبر قرينة على «أي يفترض معه «علمه به ، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك ، وإما أن تكون قاطعة Les Presumptions absolues أو irrefragables أي لا تقبل إثبات العكس ومن أمثلتها في الفقه قرينة الحقيقة القضائية ، أي افتراض صحة الأحكام القضائية ، وهو ما يعبر عنه في الاصطلاح بحجية الأمر المقضي.[٤]

والقرينة القانونية ليست وسيلة من وسائل الإثبات بقدر ما هي سبب للإعفاء من الإثبات وهي من صنع المشرع نفسه[٥] أي نكون بصدد قاعدة قانونية تتضمن حكماً موضوعياً استوحى المشرع فيه فكرة القرينة وجعله موضوع النص الذي يقرره.[٦]

---

(١) أ/ إبراهيم المنجي ، سالف الإشارة إليه ، بند رقم ١١٠ ، ص٢٦٥.
(٢) حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٢٦٧ لسنة ٩٦ تجاري ، جلسة ١٩٩٧/٦/٣٠ ، مشار إليه بموسوعة مبادئ القضاء الإداري ، الكتاب الأول ، الدعوى الإدارية ، الجزء الأول ، سالف الإشارة إليها ، قاعدة رقم ٨٥ ، ص٦٠٩.
(٣) أ/ إبراهيم المنجي ، سالف الإشارة إليه ، بند رقم ١٠٣ ، ص٢٥٣.
(٤) أ. د / شكري سرور ، سالف الإشارة إليه ، بند رقم ١٣٤ ، ص١٨٣.
(٥) أ / إبراهيم المنجي ، سالف الإشارة إليه ، بند رقم ١٠٣ ، ص٢٥٣.
(٦) أ. د / شكري سرور ، المرجع السابق ، بند رقم ١٣٤ ، ص١٨٤.

وتكون القرينة قضائية عندما يفترض القاضي التلازم والتقابل بين واقعتين بحيث يستنبط من ثبوت إحداهما وهي الواقعة المعلومة التي يتم إثباتها ، ثبوت واقعة أخرى هي أصلاً مجهولة ، ويراد إثباتها عن طريق الواقعة المعلومة بسبب ما بينهما من تلازم وارتباط. ومن أمثلة القرينة القضائية التلازم الذي يفترضه القاضي بين عقد البيع الذي يتم من الأب لابنه صغير السن الذي لا يملك ثمن البيع ، وصورية هذا البيع ، ومن ثم يستنبط القاضي من واقعة معلومة هي عدم ملكية الابن للثمن، واقعة أخرى مجهولة ومتنازع عليها، هي صورية هذا البيع.[١]

- قوة القرائن القانونية والقضائية في الإثبات في الدعوى الإدارية:

تنص المادة ١٥٢ من قانون الإثبات على أن «القرائن التي ينص عليها القانون تغني من قررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات ، على أن يجوز نقض هذه القرائن بالدليل العكسي مالم يوجد نص يقضي بغير ذلك.

وللقاضي أن يستنبط قرائن أخرى للإثبات ؛ وذلك في الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود».

ومفاد هذا النص أن مجال الإثبات عن طريق القرائن في الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود ، وبذلك تكون قوة القرائن القضائية وحجيتها في الإثبات هي ذات الحجية نفسها التي تثبت لشهادة الشهود ، سواء من حيث ترك تقديرها لقاضي الموضوع ، أو من حيث مجال الإثبات بها ، فما يجوز إثباته بشهادة الشهود يجوز إثباته بالقرائن ، وما لا يجوز إثباته بشهادة الشهود لا يجوز إثباته بالقرائن.[٢]

وتطبيقاً لذلك قضى بأن «القرينة القانونية على الاستقالة وفقاً لحكم المادة ٨١ من المرسوم الصادر في شأن نظام الخدمة المدنية ليست مقررة لصالح الموظف، وإنما هي لصالح الجهة الإدارية التي يتبعها فهي رخصة لها إن شاءت أعملتها واعتبرته مستقيلاً من تاريخ انقطاعه عن عمله، وإن شاءت تغاضت عنها وأعادته إلى عمله، فإذا ما تغاضت عن استعمالها وأعادته إلى عمله، فلا يجوز لها من بعد التمسك بما اسقطت حقها فيه». [٣]

كما ذهبت أحكام القضاء إلى أن «المادة السابقة من المرسوم بقانون رقم ٢٠/ ١٩٨١، بإنشاء دائرة بالمحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية بنصها على أن ميعاد رفع دعوى الإلغاء ستون يوماً .... وينقطع هذا الميعاد بالتظلم إلى الجهة الإدارية .... ويجب أن يبت في هذا التظلم خلال ستين يوماً من تاريخ تقديمه .. ويعتبر فوات ستين يوماً على تقديم التظلم دون أن تجيب عنه السلطات المختصة بمثابة رفضه، ويحسب ميعاد رفع الدعوى من تاريخ الرفض الصريح أو الضمني حسب الأحوال، والمادة الثامنة من ذات القانون بنصها على أنه «لا يقبل طلبات الإلغاء المنصوص عليها ... قبل التظلم منها إلى الجهة الإدارية التي أصدرتها أو الجهات الرئيسية لها وانتظار المواعيد المقررة للبت في التظلم « يدل على أن المشرع قد حدد ميعاد الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية ٦٠ يوماً ، وينقطع هذا الميعاد بالتظلم الإداري الذي استلزم حصوله قبل رفع دعوى الإلغاء والتربص بفوات الميعاد المقرر للبت فيه. فإذا مضت تلك المدة دون رد، فإن الأصل أن ترفع دعوى الإلغاء خلال الستين يوماً التالية لإنقضاء الفترة التي يعتبر فواتها دون إجابة السلطة المختصة عن التظلم بمثابة رفضه أي أن القانون افترض في الإدارة أنها رفضت التظلم ضمناً باستفادة هذا الرفض الحكمي من قرينة فوات هذا الفاصل الزمني دون أن تجيب الإدارة

---

(١) أ. د / الدسوقي أبو الليل ، سالف الإشارة إليه ، بند رقم ٥٩٨ ، ص٥٧٠.

(٢) المرجع السابق ، بند رقم ٥٩ ، ص ٥٧٠ وما بعدها.

(٣) حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ١٩٨٧/١٦ تجاري ، جلسة ١٩٨٧/٦/٢٩ ، مشار إليه بمجلة القضاء والقانون ، السنة ١٥، العدد الثاني ، ديسمبر ١٩٩٤ ، الفترة من ١٩٨٧/٦/١ إلى ١٩٨٧/١٢/٣١ ، قاعدة رقم ١٩/ ص٨٣.

عنه ، حتى لو أعلن صاحب الشأن بعد ذلك بقرار صريح بالفرض ، مادام أن الميعاد سبق جريانه قانوناً بأمر تحقق ، هو القرار الحكمي بالرفض، بيد أن فوات المدة السابقة دون رد ليس قرينة مطلقة على رفضه، بل هو قرينة بسيطة سابقة قابلة لإثبات العكس.[١]

وقضى بأن «قاعدة عبء الإثبات يقع على عاتق المدعي لا تستقيم على اطلاقها في مجال المنازعات الإدارية – أساس ذلك – أن الإدارة تحتفظ في الغالب بالأوراق والملفات ذات الأثر الحاسم في الدعوى ، مؤدى ذلك : أن الإدارة تكون ملزمة بتقديم الأوراق والمستندات المنتجة في الدعوى – تقاعس الإدارة عن ذلك أو تسببها في ضياع أو فقد تلك المستندات يقيم قرينة لصالح المدعي تلقي بعبء الإثبات على عاتق الإدارة » .[٢]

كما ذهبت المحكمة الإدارية العليا في الأخذ بالقرينة القضائية، حيث قضت بأنه « إذا كان الحكم المطعون فيه قد قام على أساس قرينة صحة إدعاء المطعون ضده فيما يتعلق بقرار الجزاء، وذلك لموقف الجهة الإدارية السلبي القائم على نكولها عن الوفاء بالتزامها القانوني في إيداع مستندات الموضوع التي تحت يدها تمكيناً للعدالة من أن تأخذ مجراها الطبيعي مؤسسة على الحقيقة المستخلصة من الأوراق والمستندات والتحقيقات الخاصة بالموضوع ، وحيث إن تلك القرينة لا شك لا تعدو كونها بديلاً عن الأصل ، أخذ بها قضاء مجلس الدولة ترجيحاً لاحتمالات الصحة فيما يدعيه الأفراد في مواجهة الإدارة الحائزة دونهم لكل الأوراق والمستندات الرسمية المتعلقة بأعمالها وتصرفاتها طبقاً للتنظيم الإداري، وحتى لا يتعطل الفصل في الدعاوى الإدارية والتأديبية بفعل سلبي هو نكول الإدارة وهي الخصم الذي يحوز مصادر الحقيقة الإدارية وتوقف بفعلها الخاطئ ، والمخالف للقانون إعلاء الحق وسيادته القانون ، ومن ثم فإنه تسقط تلك القرينة إذا ما وضع أمام القضاء مثلاً المستندات والأوراق والتحقيقات، ويتعين في هذه الحالة اسقاط قرينة الصحة بحسب الظاهر من التقول والمسلك السلبي للإدارة والبحث والتحقيق عن صحة الوقائع وإنزال حكم القانون عليها في ضوء الحقيقة المستخلصة من أصولها الطبيعية ممثلة في تلك الأوراق والمستندات فيها وبالتالي ما يكون قد بني من أحكام على تلك القرينة السلبية المؤقتة ولو كان تقديم المستندات والأوراق أمام محاكم الدرجة الثانية. [٣]

وبالنسبة لسلطة محكمة الموضوع في تقدير القرائن فقد قضت محكمة التمييز بأنه « من المقرر أيضاً أن تقدير أقوال الشهود والقرائن مما يستقل به قاضي الموضوع دون معقب عليه ولا شأن لمحكمة التمييز فيما يستنبطه من القرائن متى كان استنباطه سائغاً». [٤]

كما من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن السبب في القرار الإداري هو الحالة الواقعية أو القانونية التي تسوغ الإدارة لإصدار القرار لإحداث مركز قانوني معين ، هو محل القرار ابتغاء الصالح العام، وإنه ولئن كانت الإدارة غير ملزمة ببيان أسباب قراراتها إلا حيث يوجب القانون ذلك عليها إلا أن القرار ولو كان غير مسبب ، يجب دائماً أن يقوم على سبب ، ويفترض في القرار غير المسبب أنه قد قام على سببه الصحيح وعلى من يدعي العكس أن يقيم الدليل على ذلك. [٥]

وبذلك نكون قد تعرضنا لأدلة وطرق الإثبات في الدعوى الإدارية بما يتلاءم وطبيعة هذه الدعوى والاختصاص المقيد بنظرها في القضاء الكويتي. وبناء عليه نخلص من ذلك إلى التوصيات التالية:

---

(١) حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٣٦ لسنة ١٩٨٧ تجاري ، جلسة ١٩٨٧/١١/٢٣ ، مشار إليه في المرجع السابق مباشرة ، قاعدة رقم ٤٢ ، ص١٥٥.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم٢٧/٧٩٥ قضائية ، جلسة ١٩٨٦/١/١١ ، مشار إليه بموسوعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا الصادرة من نقابة المحامين ، سالف الإشارة إليها ، قاعدة رقم ٥٠ ، ص٥٤.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٢٩٩ لسنة ٣١ ق ، جلسة ١٩٨٧/١/٢٤ ، مشار إليه بمؤلف أ / إبراهيم المنجي ، ص٢٥٨ وما بعدها.

(٤) حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ١٩٨٧/٥ ، أحوال ، جلسة ١٩٨٧/٦/٢٩ ، مشار إليه بمجلة القضاء والقانون السنة ١٥ ، العدد الثاني سالف الإشارة إليه ، قاعدة رقم ٧١ ، ص٢٥٢.

(٥) حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٣١٣ /٩٨ تجاري إداري ، جلسة ١٩٩٩/٦/١٤ ، مشار إليه بمجلة القضاء والقانون سنة ٢٧ الجزء الثاني ، قاعدة رقم ٧ ، ص٦١.

أولاً: اقتراح قانون بإنشاء مجلس دولة يختص دون غيره بنظر كافة المنازعات الإدارية.

ثانياً: إنشاء هيئة للمفوضين على غرار هيئة مفوضي الدولة في مجلس الدولة المصري ونيابة التمييز، مهمتها تحقيق وتهيئة الدعوى الإدارية.

ثالثاً: إفراد قانون للمرافعات والإثبات في المنازعات الإدارية بما يتوافق وطبيعة هذه المنازعات ودور القاضي الإداري فيها باعتباره قاضيا للمشروعية.

رابعاً: إنشاء دائرة متخصصة في المنازعات الإدارية بمحكمة التمييز لحين صدور قانون بإنشاء مجلس الدولة.

المحاكم الإدارية الألمانية

الدكتور لودفيج شميت

Dr. LUDWIG SOHMIDT (١)

المحامي لدى محكمة الاستئناف المختلطة بمصر سابقاً

ولدى المحاكم المصرية حالياً

نبذة تاريخية:

لم يكن الأفراد في ألمانيا، على غرار ما هو جار في كثير من الدول، يتمتعون بحماية قضائية ضد أخطاء الإدارة أو سوء استعمالها لسلطتها، إذ كان المفروض في الإدارة عندما تتولى تفسير القوانين وتطبيقها أن تتوخى في ذلك جادة الحق وتلتزم جانب الحيدة، وأقصى ما كان يتاح للأفراد هو إمكان التظلم في بعض الحالات إلى الإدارة نفسها.

فلما وضع دستور «فورتمبرج» (Wurtemberg) في سنة ١٨١٩ أنشأ المجلس المخصوص (Geheimer Rat)، وخوله سلطة الفصل في التظلمات التي ترفع عن الأوامر التي تصدر من الوزراء وأتباعهم.

وفي مقاطعة هيس منحت المحاكم المدنية اختصاصاً بالفصل في شكاوى المواطنين إذا كان مردها إلى اعتداء من السلطات الإدارية على حقوقهم الفردية.

ولقد كان دستور الإمبراطورية الألمانية الذي صدر ووئد في ٢٨ من مارس سنة ١٨٤٩ ينص على اختصاص المحاكم المدنية بنظر كافة ما يقع من السلطات الإدارية من مخالفات للقانون، ولم يلبث هذا النظام القائم على التوسع في الاختصاص القضائي (Erweiterung des Rechtsweges) أن احتذى في مستهل الأمر في هامبرج عام ١٨٥٩، وفي بروسيا عام ١٨٦١، كما تضمنه في عام ١٨٩١ دستور بريم (Breme)، وتشريع لوبك (Lubeck) القديم.

ويبدو على قدر ما نعلم أن دوقية باد (Bade) كانت أسبق الولايات الألمانية إلى إنشاء محاكم إدارية منفصلة ومستقلة عن محاكم القضاء العادي، أقامت دعائمها في سنة ١٨٦٣ مستهدية في ذلك بصفة عامة بالنظام الذي شيد صرحه في فرنسا منذ سنة ١٨٠١، حيث أسست مجالس المقاطعات وأنشئ مجلس الدولة.

فلما صدر الإمبراطورية الألمانية الثانية في عام ١٨٧١ أسند إلى الإمبراطورية مباشرة السلطتين التشريعية والتنفيذية على كافة أراضي الاتحاد، إلا أنه أباح للولاية حرية التشريع والإدارة في نواح شتى.

ولقد أنشأت غالبية الولايات محاكمها الإدارية الخاصة مستقلة عن محاكم القضاء العادي، فكان بدء إنشائها في بروسيا وهيس وبرانزفيك عام ١٨٧٥، وفي فورتمبرج عام ١٨٧٦، وفي بارفاريا عام ١٨٧٨، وفي أنهالت عام ١٨٨٦، وفي زاكس ما ينتجن عام ١٨٩٧، وفي ليب عام ١٨٩٨، وفي زاكس عام ١٩٠٠، وفي أولد نبورج عام ١٩٠٦، وفي ولايات توريوجنز عام ١٩١٢، وفي لوبك عام ١٩١٦.

إلا أن تشريعات هذه الولايات جميعاً قد اتسمت بطابع خاص، إذ جرت عادة على إسناد الاختصاص إلى المحاكم المدنية في بعض المسائل، فوكلت إليها بصفة خاصة أمر الفصل في دعاوى التعويض التي ترفع ضد موظفي الدولة، وفي المنازعات الناشئة عن نزع الملكية للمنفعة العامة.

ولم تقم في ظل الإمبراطورية الثانية محكمة إدارية عليا ذات اختصاص عام بالفصل بدرجة انتهائية في الأحكام التي تصدر من جميع المحاكم الإدارية لمختلف الولايات. كما كان الحال بالنسبة للقضايا المدنية بعد إنشاء محكمة لايبزج (Leibzig Reichsgericht)، بيد أن الأمر لم يخل من إنشاء محاكم إدارية عليا للإمبراطورية بأسرها بالنسبة للأعمال وليدة النشاط الإداري، الذي تنفرد السلطة المركزية بتوليه مباشرة (أو الذي تقوم به جهة أخرى بطريق الإنابة عن هذه السلطة) على أراضي سائر الولايات. ولقد كانت المحكمة المالية الإمبراطورية (Reichsfinanzhof) التي أنشئت في عام ١٩١٨ لتفصل بدرجة انتهائية في مسائل الضرائب، وهي محكمة ميونيخ الشهيرة، أبرز هذه المحاكم الإدارية ذات الاختصاص الخاص وأعلاها كعباً من حيث الأهمية. وإلى جانب هذه المحكمة

(١) مستخرج من مجلة مجلس الدولة، السنة (١)، الصادرة سنة ١٩٥٠.

كانت هناك محاكم إدارية أخرى للإمبراطورية اتخذت صورة مصالح للتأمين الاجتماعي ولمراقبة التأمين الفردي ولبراءت الاختراع وللمساعدة العامة وما أشبه ذلك. ولقد اقترنت حرب ١٩١٤ – ١٩١٨ بظهور محاكم إمبراطورية مركزية أنشئت إبانها للنظر في شئون التموين والاستيلاء والمسائل الأخرى المماثلة ذات الصلة بالمجهود الحربي. فلما كان عام ١٩١٩ جاء دستور فايمار (Weimar) فكفل في المادة ١٠٧ منه حماية الأفراد ضد أعمال الإدارة عن طريق محاكم إدارية أنشئت في المقاطعات (الولايات السباقة)، ومحكمة إدارية عليا ذات ولاية عامة بالنسبة للإمبراطورية جميعها.

وقد أكمل قانون سنة ١٩٢٠ في بافريا التشريع من هذه الناحية، ولم تلبث هامبورج أن أنشأت محاكم إدارية في سنة ١٩٢١، ثم احتذت مثالها سائر المقاطعات الأخرى، فلم تأت سنة ١٩٣٣ إلا وكانت مقاطعتا شاومبورج – ليبي (Schaurabourg Lippe) وفالدك (Waldeck) هما الوحيدتان اللتان خلتا من قضاء إداري خاص.

إلا أن إنشاء المحكمة الإدارية الإمبراطورية العليا التي نص عليها دستور فايمار ظل متراخياً ولم يتم إلى أن تولى الاشتراكيون الوطنيون زمام السلطة.

فلما تأسس الريخ الثالث في سنة ١٩٣٣ قامت في ظله محكمة إدارية عليا، وأدخلت تعديلات عديدة على وظيفة المحاكم الإدارية فضلاً عن إسناد اختصاص محاكم القضاء العادي إليها فيما يتعلق بدعاوى المسئولية ضد الدولة وضد الأشخاص الاعتبارية العامة.

وما لبث ظل المحاكم الإدارية أن ذوي وتقلص فانقضت وزال وجودها بانهيار ألمانيا في عام ١٩٤٥، إذ تولت شئون الإدارة فيها قوات الدول المحتلة.

وفي عام ١٩٤٦ سنت مقاطعات الجنوب في منطقة الاحتلال الأمريكية قوانين أنشأت بها محاكم إدارية للنظر في الأعمال التي تصدر من السلطات الألمانية، كما صدرت أيضاً قوانين مماثلة مع خلاف يسير في المنطقتين الإنجليزية والفرنسية، أما منطقة الاحتلال الروسي فلسنا نعلم من أمرها شيئاً.

تعدد القوانين المنظمة لمحاكم القضاء الإداري الألمانية:

اقتضى التكوين الاتحادي للإمبراطورية الألمانية قيام عدة قوانين إدارية بقدر عدد الولايات الداخلة في الاتحاد فضلاً عن وجود قانون إداري عام يسري على الإقليم الألماني برمته بالنسبة إلى بعض المسائل. ولقد كان توحيد القوانين الذي تم في عهد الريخ الثالث جزئياً فيما يتعلق بالتشريعات الخاصة بالمحاكم الإدارية، إذ ظلت هذه المحاكم تباشر ولايتها مع بعض تعديلات في ظل تشريعات الولايات الخاصة رغم فقدان هذه الولايات لاستقلالها الذاتي وصيرورتها مجرد مناطق إدارية خاضعة في إدارتها لنظام اللامركزية المحلية أو المصلحية.

يتبين من هذا أن القانون الألماني لم يبلغ فيما يتعلق بالمحاكم الإدارية، من الوحدة النظامية أو الكمال في الأسلوب، شأو القانون الفرنسي الذي شاد صرح مبادئ قويمة يعم سريانها بالنسبة للإدارة ربوع البلاد بأسرها.

على أن تعدد النظم المأخوذة بها ليس من شأنه أن يحول دون قيام قواعد أساسية عامة، بل إنه يتيح فرصة للموازنة بين مختلف النظم، تلك الموازنة التي تنطوي على فائدة علمية جليلة لدراسة القانون المقارن. وسنبين فيما يلي في غير إسهاب القواعد الأساسية الرئيسية لنظام القضاء الإداري في ألمانيا، ونستعرض بعض اعتبارات موجزة تعلق بأوجه الخلاف بين النظم العديدة المتبعة فيها.

القرارات الإدارية وطرق الطعن الإدارية والقضائية:

جرى العمل في ألمانيا، على نهج ما هو مألوف في غيرها من الدول، على التفريق بين القرار الإداري العام أو اللائحي (Verodnung) من جهة وهو الذي تضع به السلطة الإدارية قواعد قانونية مجردة استناداً إلى تفويض دستوري أو تشريعي، وبين القرار الإداري ذي الصبغة الفردية Vrfiigung من جهة أخرى، وهو الذي يتصل بحالة خاصة قائمة وينظمها طبقاً لقاعدة قانونية.

والأصل أن القرارات الإدارية اللائحية لا يجوز أن تكون محلاً للطعن فيها من حيث صحتها، إلا أن التصدي لبحثها قد يعرض بطريق التبعية بصدد طعن مرفوع عن قرارات إدارية فردية اتخذت تنفيذاً لنص قانون أو لائحة.

أما القرارات الإدارية الفردية فيجوز الطعن فيها لعيب في الشكل أو في الموضوع، أو بسبب عدم الاختصاص أو مخالفة الإجراءات.

ولقد كان سبيل الطعن في هذه القرارات في ظل الريخ الثالث متاحاً للأفراد بطرق ثلاث: وهي الطريق الولائي (Uneigentliche Rechtsmittel)، والطريق الإداري (Verwaltungsverfahren)، وطريق المحاكم الإدارية (Verwaltunges Gerichtvefahren).

أما سبيل الطعن الولائي على عريضة فكان يتضمن إجراءين:

١ - تظلماً (Gegenvorstellung) يقدم إلى السلطة الصادر منها الأمر بطلب سحبه أو تعديله.

٢ - والتماساً (Dienstaufsichtsbeschwerde) يرفع إلى السلطة العليا التابعة لها السلطة التي أصدرت الأمر ابتغاء إلغائه.

ولم يكن هناك التزام يوجب على أي من السلطتين فحص هذا التظلم، أو ذاك الالتماس.

أما إجراء الطعن الإداري فكان يتلخص في شبه معارضة ترفع من جهة (Einspruch) أو (Anfechtung)، وطعن (Verwaltungsbeschwerde) يقدم إلى السلطة العليا من جهة أخرى، وكلاهما يوجه ضد السلطة الصادر منها الأمر المطعون فيه مع الاختلاف الآتي: وهو أنه في حالة المعارضة (Einspruch) أو (Anfechtung) كان يتعين على السلطة الدنيا أن تتولى فحصها بنفسها، ولا تحيلها إلى السلطة العليا إلا إذا رأت رفضها، أما في حالة الطعن (Verwaltungsbeschwerde) فكان من واجب السلطة الدنيا أن تحيله مباشرة إلى السلطة العليا دون أن تتصدى لفحصه - وكان على السلطة أن تنظر في الطعون الإدارية وأن تصدر قرارات يتحتم إعلانها إلى ذوي الشأن.

وفي عهد الريخ الثالث، حيث تحولت الولايات الخاصة كما أسلفنا البيان إلى أقسام إدارية فقدت مركزيتها أو كادت، وحيث أنشئت فضلاً عن ذلك المحكمة الإدارية الإمبراطورية (Reichverwaltngsgericht) كانت هناك عادة ثلاث درجات للتقاضي:

١ - أمام محكمة البلدة الإدارية (Kries-oder Stadtverwaltungsgericht) التي كانت تشمل دائرة اختصاصها قسماً إدارياً أو بلدة.

٢ - استئنافياً أمام محكمة المقاطعة الإدارية (Bezirkverwaltungsgericht)، وقد كان اختصاصها يبسط لواءه في أغلب الأحيان على إقليم كل ولاية من الولايات القديمة.

٣ - الطعن بالنقض أمام المحكمة الإدارية الإمبراطورية.

وقد كان الخلط يقع في بعض الأحيان بين الطعون الإدارية والطعون القضائية بتقديمها إلى هيئات تجمع بين وظيفة سلطة إدارية ذات

إشراف على الموظفين المرؤوسين وبين محكمة إدارية ذات اختصاصات قضائية.

تتضمن هذه اللمحة فكرة بيانية عن القانون الإداري العام في ألمانيا الذي كانت ترد عليه استثناءات عدة:

١ - بسبب القوانين الخاصة التي تسري على كل حالة على حدة.

٢ - بحكم الإبقاء على جانب من مختلف تشريعات الولايات القديمة التي انفردت كل منها بطريقتها الخاصة في تنظيم الإجراءات وطرق الطعن أمام محكمة من محاكمها.

٣ - نتيجة للتنظيم الخاص للإجراءت المقررة أمام المحاكم الإدارية الإمبراطورية ذات الاختصاص المحدود كمحكمة ميونيخ الإمبراطورية للشئون المالية ومكاتب التأمين الاجتماعي ومراقبة التأمين الخاص والمساعدة العامة وما إليها.

ويجدر هنا أن نشير إلى أن القوانين الخاصة وقوانين الولايات القديمة كانت تختلف أساليبها في تنظيم المسائل المتعلقة:

١ - بقبول الطعون أمام المحاكم الإدارية قبل استنفاد طرق الطعن الإدارية أو بعد ذلك.

٢ - بوجود درجة أو أكثر من درجات التقاضي.

الاختصاص النوعي:

كان تحديد اختصاص المحاكم الإدارية يقوم على أساس نظامين: نظام الولاية العامة (Generalklauscl)، ونظام الولاية المحدودة (Aufzahlungesgrundsatz).

فطبقاً لنظام الولاية العامة في المسائل الإدارية كان القانون يبيح للمواطنين الحق في الالتجاء إلى حماية المحاكم الإدارية في حالة صدور أمر من السلطات الإدارية أياً كان نوع هذا الأمر وطبيعته، بيد أنه بحسب نظام الولاية المحدودة كان القانون ينص على عدم جواز الالتجاء إلى المحاكم الإدارية إلا في الحالات الخاصة الوارد بيانها فيه على سبيل الحصر، وفي هذه الحالة الأخيرة كان القانون يتخلى عن كل حماية قضائية للأفراد فيما يتصل بالمسائل التي لم ينص عليها إذا تعلق النزاع بموضوع لا يدخل في التعداد الوارد به على سبيل الحصر.

ولقد كان نظام الولاية العامة شائعاً في تشريعات هامبورج وبريم وفورتبرج وساكس ولوبيك وتورينج، مع بعض استثناءات ترد عليه، كما أخذت به تشريعات بروسيا وباد ومكلمبورج وشفيرين ومكلمبورج شترليتز فيما يتعلق بلوائح البوليس على الأقل، أما ولايات بافاريا وهيس وبرونزفيك وأولدنبرج فقد التزمت في تشريعاتها نظام الولاية المحدودة. وقد جرى الفقه على الاعتداد بأن الولاية العامة هي الوسيلة المثلى التي تحقق للقضاء الإداري رقابة قضائية كاملة على كافة فروع الإدارة العامة وتكفل للأفراد حماية قضائية ضد كل مخالفة للقانون ترتكبها السلطات الإدارية. كما انعقد إجماع الفقهاء على أن المستقبل لنظام الولاية العامة، إلا أن تطبيق نظام الولاية المحددة قد ظفر بالذيوع وكان أن يعم في ظل الريخ الثالث، الأمر الذي استتبع التضييق من الحماية القضائية. ويجدر أن لا يعزب عن البال أن السلطة التشريعية في عهده الريخ الثالث كان يباشرها «الفوهرر» أو يعهد بها إلى وزرائه بتفويض منه بحيث غدت الرقابة القضائية على نشاطهم الإداري غير متصورة حتى من الوجهة النظرية، إلا أنه يجب مع ذلك الاعتراف بأن تنظيم الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية الصادرة من رجال الإدارة عدا الوزراء والهيئات ذات النشاط الإداري المناصرة للحزب الاشتراكي الوطني قد بلغ من الكمال شأواً بعيداً، أما الرقابة المفروضة على هؤلاء فقد كانت من نوع خاص، وهي رقابة غير رسمية أملتها أغراض لم يكن لها من هدف سوى مصلحة الحزب.

الخصوم في الإجراءات أمام المحاكم الإدارية:

كان إدخال نظام القضاء الإداري في ألمانيا وليد الرغبة في حماية حقوق المواطنين الشخصية (خاصة كانت أو عامة) - كالحرية الشخصية، والجنسية، وحق الانتخاب، وحق الاشتغال بالوظائف العامة، والحق في المساعدة، وفي التأمين الاجتماعي وما إلى ذلك - من أخطاء السلطات الإدارية أو عدوانها، إلا أن الاعتقاد ساد وتدرج في الازدياد على أن هذا القضاء يجب أن يكون هدفه الأخير حماية النظام القضائي في ذاته، وقد كان الغرض الرئيسي من المحاكم الإدارية في عهد الريخ الثالث هو أن تكون عوناً للإدارة في تطبيق القانون تطبيقاً صحيحاً موحداً ومستقراً لبث الطمأنينة في نفوس الشعب وإقناعه بقيام النظام القضائي على أسس من العدل والحيدة.

وقد تأثرت قوانين بعض الولايات بهذه الاعتبارات، ففي البعض منها كانت الدولة تبدو طرفاً في النزاع وفي البعض الآخر كان الرأي هو ألا تظهر الدولة بمظهر الخصم للمواطن الذي يطالب بتطبيق القانون. على أنه كان هناك في جميع الحالات موظف خاص أو مفوض من قبل الوزارة المختصة مهمته تقديم مذكرات يتحرى فيها التطبيق الصحيح للقانون أو الدفاع عن الصالح العام، ولم يكن للدولة أصلاً في عهد الريخ الثالث دور الخصم، فلم يكن المحامي العام ممثلاً للدولة، وإنما كان يساهم في تعرف الحكم القانوني للمسألة المعروضة بصفته من أعوان العدالة، غير أنه كان له أن يطلب معلومات الوزارة صاحبة الشأن أو يتلقى تعليمات منها.

بيد أن الأمر كان على النقيض من ذلك وكانت الدولة تتخذ موقف الخصم في الدعوى، إذا تعلق الموضوع بمطالبة مالية موجهة إليها، كطلب استرداد الضرائب التي حصلت بدون وجه حق والمطالبة بالتعويضات وما أشبه ذلك.

وكانت الأشخاص الاعتبارية العامة كالبلديات والمصالح وخلافها في الأصل طرفاً في الإجراءات الإدارية المتصلة بنشاطها الخاص، سواء في رجوعها بالنسبة للأعمال الصادرة من السلطات الأخرى، أو في دفاعها بصدد الطعون التي ترفع ضد أعمالها هي الإدارية.

وكان حق الطعن أمام المحاكم الإدارية متاحاً أصلاً للمواطن الذي أصاب حقوقه ضرر مباشر من جراء العمل المطعون فيه، كما كانت بعض القوانين تبيح للغير ممن يحتمل أن يمس حقوقهم القرار الذي سيصدر أن يتدخلوا في الإجراءات أو يعلنوا بالحضور فيها. أما دعاوى الحسبة، أي الدعاوى التي يقيمها أشخاص ليس لهم صالح شخصي يتعارض مع القرار المطعون فيه، فلم تكن سائغة أمام المحاكم الإدارية إلا على سبيل الاستثناء كحالة الخطأ في قوائم الانتخابات أو الخطأ في نتائجها أو تحويل طريق عام أو تضييقه أونحو ذلك.

بحث المحاكم الإدارية للوقائع:

يجب عدم الخلط بين اختصاص المحاكم الإدارية واختصاص محاكم النقض التي تقتصر مهمتها على إعادة النظر في الأحكام من الوجهة القانونية، ويتعين عليها التسليم بالوقائع كما أثبتتها محكمة الموضوع.

ولقد كانت الإجراءات المتبعة أمام القضاء الإداري تخضع لمبدأ التحقيق (Untersuchungsmaxime) لا لمبدأ الترافع (Verhandlungsmaxime)، وكانت هذه الإجراءات تتفق وفكرة أن المحاكم الإدارية إنما تقوم أصلاً برسالة هدفها حماية النظام القضائي، وكان الأفراد يساهمون في تحقيق العدالة عن طريق تقديم الدليل، إلا أن تقديم الدليل شأنه شأن الإدلاء بالإقرارات لم يكن ليقيد المحاكم التي كانت تأمر من تلقاء نفسها بتقديم المستندات العامة أو الخاصة وبسماع الشهود الذين ترى سماع أقوالهم وبإجراء الخبرة وما إلى ذلك. وتمشياً مع هذه الفكرة لم يكن حضور الخصوم بأنفسهم أو بوكلاء عنهم أمم هذه المحاكم بمستلزم.

أما فيما يتعلق ببحث الوقائع فقد كان الأمر على خلاف ذلك أمام المحاكم الإدارية التي كان القانون يكل إليها الفصل في الطعون الإدارية كمحكمة نقض كما كان الحال أمام محكمة الريخ الإدارية كمحكمة نقض كما كان الحال أمام محكمة الريخ الإدارية (Reichverwaltungsgericht)، ومحكمة الريخ المالية (Beichsfinanzhof)، ومكتب الإمبراطورية للتأمينات وخلافها، إذ كانت مهمة هذه المحاكم قاصرة على الفصل في النقط القانونية دون التصدي لبحث الوقائع.

تطبيق المحاكم الإدارية للقانون:

من المعلوم أن قسطاً كبيراً من القانون الإداري في فرنسا إنما هو ثمرة أينعت من غرس مجلس الدولة الذي ذهب في بعض الأحيان إلى تقرير مبادئ تخالف تلك التي تضمنها القانون العام أو التي تطبقها المحاكم العادية. نذكر من ذلك على سبيل المثال أن مجلس الدولة في فرنسا، خلافاً لما جرى عليه قضاء محكمة النقض، قد أجاز إعادة النظر في الأسعار التي تشترطها الدولة مع متعهدي توريداتها في حالة ارتفاع الأسعار المتفق عليها بسبب ظروف استثنائية طارقة، كما ابتدع نظرية مسئولية الدولة عن تعويض الضرر الخاص الذي يصيب الفرد من جراء الإجراءات التشريعية المستحدثة أو المعدلة لأوضاع سابقة، ولعل نظرية سلطان القانون الإداري هي التي تسوغ الخروج على مبادئ القانون العادي إذا أوحت بذلك نصوص القانون الإداري المكتوب أو روحه أو اقتضته ضرورة تحقيق المساواة بين أفراد الشعب جميعاً في الأعباء العامة.

ولقد سلكت ألمانيا نفس السبيل فعولج النقص الذي تكشفت عنه قوانينها الإدارية بتلمس وجه المحاكم فيه بين ثنايا نصوص القانون العام بالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه النصوص مع نصوص القوانين الإدارية وروحها أو مبدأ المساواة بين أفراد الشعب. بل لقد صدرت أكثر من ذلك تقنيات إدارية تناولت بطريقة حاسمة تنظيم كافة المسائل الدقيقة، مثال ذلك على الأخص قانون الضرائب الصادر في ١٣ من ديسمبر ١٩١٩ (Reichssabgabenordung)، وقانون التسنيق بين قوانين الضرائب الصادر في ١٦ من أكتوبر سنة ١٩٣٤ (Steuranpassungsgestz)، وهما القانونان اللذان قررا مبادئ عامة موضوعية وأخرى متعلقة بالإجراءات الإدارية والقضائية تطبق في جميع الحالات التي لا تنص فيها القوانين الخاصة بضريبة ما على حكم مخالف لما جاء بهما. وعلى هذا كان الرجوع إلى القانون العادي دون استناد إلى نص يبرر هذا الرجوع أمراً مستبعداً، وكان تطبيق المبادئ العامة الواردة في قانون الضرائب هو الوسيلة لتدارك ما شاب القوانين الإدارية الخاصة من نقص أو قصور.

رقابة محاكم القضاء الإداري على استعمال السلطات الإدارية لسلطتها المطلقة:

اتفق الرأي في ألمانيا، أسوة بما هو متبع في غيرها من الدول، على أن سلطة الرقابة المخولة للمحاكم الإدارية تنتهي حيث تبدأ سلطة التقدير المطلقة للجهة الإدارية. وقد قررت قوانين كثير من الولايات هذا المبدأ في صراحة قاطعة، كما اصطلح على ضرورة الأخذ به أيضاً بالنسبة للقضاء الإداري في الولايات التي لم تتضمن قوانينها حكماً مماثلاً والتي أخذت بمبدأ تحديد وظيفة المحاكم الإدارية بحصرها في نطاق معرفة ما إذا كان العمل الإداري المطعون فيه قد انطوى على تطبيق صحيح للقانون أم لا، ذلك أن المحاكم الإدارية بحكم تكوينها في جملته لم تكن تعد سلطة إدارية عليا، وإنما كانت هيئة نيط بها السهر على حماية القانون.

غير أن هذا المبدأ الأساسي لم يكن مسلماً به على إطلاقه، إذ أدخلت عليه القوانين والفقه والقضاء بعض تفصيلات لتحديد معناه وتعيين مداه على وجه الدقة.

وقد كانت هناك حالات نص فيها القانون على إيجاد لجنة أو هيئة تجمع بين وظيفتي سلطة إدارية عليا ومحكمة إدارية، وكان لهذه

اللجنة أو الهيئة بصفتها سلطة إدارية عليا حق رقابة غير محدود على استعمال السلطات الإدارية الدنيا لسلطتها المطلقة.

وإذا كانت المحاكم الإدارية قد جردت من كل صفة في مراقبة استعمال السلطة المطلقة في حد ذاته، فلم يخل الأمر مع ذلك من اختصاصها بالنظر فيما إذا كانت هذه السلطة قد استعملت طبقاً لنص القانون وروحه ومن أجل الغرض وفي الحدود التي رسمها القانون أم لا. تلك هي نظرية إساءة استعمال السلطة التي أقامت المحاكم الإدارية الألمانية دعائمها وأرست أسسها كما سبقها إلى ذلك مجلس الدولة في فرنسا.

وأخيراً فقد كان التمييز تاماً بين السلطة المطلقة وسلطة التقدير، ولو أن القوانين كانت تترك في بعض الأحيان مجالاً لتأويل مضمون النظريات التي تقررها كنظرية حسن النية والخطر وحوادث العمل وتوافر شرط المصلحة العامة التي تبرر نزع الملكية وما إلى ذلك. ففي مثل هذه الحالات حيث كان يراد في الواقع تفسير المعنى الصحيح لنصوص قانونية تتراوح بين الصلابة والمرونة، لم تكن السلطات الإدارية لتلجأ إلى استعمال سلطة مطلقة بمعنى الكلمة بل كانت تعمد إلى تفسير القانون الوضعي تفسيراً يخضع لرقابة المحاكم الإدارية.

أحكام المحاكم الإدارية:

كانت القوانين الخاصة تتكفل ببيان ما إذا كان على المحكمة الإدارية أن تتخذ بنفسها قراراً في موضوع الدعوى أو تقتصر على إلغاء القرار المطعون فيه أو تعيد الدعوى إلى السلطة الإدارية لتصدر فيها أمراً يتفق مع قرار المحكمة.

على أن الذي كان متبعاً كقاعدة عامة في حالة قبول الطعن هو أن المحكمة الإدارية كانت تكتفي إما بمجرد إبطال القرار وإما بإعادة الموضوع إلى السلطة الإدارية.

وفي بعض الأحيان، وخاصة في عهد الريخ الثالث، كانت المحكام الإدارية تقضي بتعويضات مالية في دعاوى المسئولية المدنية التي ترفع ضد الدولة ودعاوى التعويضات ونزع الملكية واسترداد الضرائب التي دفعت بغير وجه حق وما إليها.

ولقد جرى البحث فيما إذا كانت للمحاكم الإدارية أن تعيد النظر في الموضوع وتقضي فيه بما يسوئ مركز مقدم الطعن.

فقيل بهذا الصدد إن المحاكم الإدارية إنما أنشئت لتكون أداة مهمتها الأولى حماية الفرد، وإن القانون في الحالات التي كان يرى فيها ضرورة تقديم طعن في صالح الدولة لم يفته أن يقرر الحق لبعض السلطات في أن تكون طرفاً في الخصومة وأن يبيح لها أن ترفع الأمر إلى القضاء الإداري سعياً وراء حماية مصالح الدولة، وبخاصة في حالة الفشل أمام محكمة إدارية دنيا أو متوسطة. وكان من أثر ذلك سلب سلطة المحاكم الإدارية في تعديل الأمر المطعون فيه تعديلاً يسوئ مركز من يقوم أمامها بدور المدعي. غير أنه لم يكن من حق المحكمة الإدارية أن تعتبر القرار الباطل صحيحاً أو أن تنزل القرار المبني على خطأ منزلة القرار السليم ولو لم يثر المدعي هذا الدفع. وقد جرى عدد غير يسير من قوانين الولايات القديمة، وكذا التشريع الذي سن في عهد الريخ الثالث على إباحة مبدأ إعادة النظر في الموضوع من جديد إباحة صريحة عندما تقضي بذلك ضرورات الصالح العام، وكان تشديد مركز المدعى سائغاً على الأخص في الطعون المتعلقة بمواد الضرائب.

طبيعة حجية أحكام المحاكم الإدارية ومدى هذه الحجية:

كانت لأحكام القضاء الإداري التي لم يطعن فيها في المواعيد القانونية، أو التي ارتضاها ذوو الشأن، أو الصادرة بصفة انتهائية، قوة

قانونية قاطعة بالنسبة للواقعة المادية موضوع الحكم، وذلك فيما بين أطراف الخصومة. كما كانت لهذه الأحكام حجية بالنسبة للكافة في بعض حالات استثنائية حددها القانون، كإبطال الانتخابات والاعتراف بالجنسية أو إنكارها، والانتماء إلى جماعة تتمتع بحقوق خاصة وغير ذلك، على أن كان في الوسع إبطال أثر هذه القوة القانونية الصريحة بطريق التماس إعادة النظر، وذلك في الحالات المماثلة لتلك التي ورد بيانها في قانون المرافعات المدنية.

وقد ثار الخلاف بشأن معرفة ما إذا كانت أحكام المحاكم الإدارية خليقة بأن تكتسب قوة قانونية مادية، وانتهى الرأي إلى وجوب إجراء تفرقة.

فذهب البعض إلى القول: إن قرينة الصحة التي تلحق بالأحكام النهائية في المواد المدنية إنما تستند إلى فكرة وضع حد للخصومة أمام المحاكم حتى لا تظل مؤيدة وحتى لا يستديم اشتغال المحاكم بنفس النزاع، إلى ما لا نهاية، كما ترجع إلى أن مصلحة الاستقرار القانوني تقضي بعدم الرجوع في الأوضاع التي سبق أن وطد الحكم دعائمها.

بيد أن هذه الاعتبارات لا تصدق على نشاط السلطات الإدارية، فالظروف الخارجية التي تنشأ في ظلها كل علاقة قانونية بين الفرد والإدارة العامة وشيكة التحول، كما أن فكرة ما تتطلبه القوانين من أجل الصالح العام عرضة للتغير، ولا ريب في أن السلطات الإدارية تحمل عبء العمل في كل لحظة على ما يحقق الصالح العام، الأمر الذي ينبني عليه قصر مهمة المحاكمة الإدارية التي نيطت بها الرقابة القانونية على أعمال هذه السلطات على بيان ما إذا كانت للسلطة الإدارية في وقت ما تبعاً لظروف الحالة الحق في أن تتصرف على نحو ما فعلت، بحيث لا تقرر هذه المحاكم سلفاً ما إذا كان مثل هذا العمل سائغاً في المستقبل في ظروف مختلفة أم لا. فالقرار الصادر من القضاء الإداري مقيد إذن بتحفظ مفترض ضمناً هو جواز إعادة النظر فيه إذا اقتضى الحال ذلك، وهذا القرار يقيد كلا من المحاكم الإدارية والسلطات الإدارية في نطاق موضوع النزاع، وله من هذه الوجهة القوة المادية التي للقانون، دون أن يجاوز أثره حدود الدعوى التي صدر فيها، فلا يمتنع على السلطة الإدارية التي أبطلت المحكمة الإدارية أمرها أن تصدر أمراً جديداً بنفس مضمون الأمر الأول إذا تبدلت الظروف الخارجية أو إذا وجدت هذه السلطة نفسها مضطرة إلى إصدار أمر مماثل بناء على اعتبارات جديدة مستقلة عن الأولى تستند إلى فكرة الصالح العام، وبالمثل لا يحرم الطالب الذي رفض طعنه بحكم من المحكمة الإدارية من أن يقدم إلى السلطات الإدارية، إذا تغيرت الأوضاع أو الظروف، تظلماً جديداً (للحصول مثلاً على الترخيص الذي سبق رفض منحه إياه)، ولو طابق موضوعه موضوع الطعن السابق رفضه. فإذا لجأت السلطة الإدارية إلى استعمال هذا الحق بعد صدور حكم في نفس الموضوع فإن هذا التصرف من جانبها يعد تصرفاً جديداً من الوجهة القانونية بحيث يتعين على المحكمة الإدارية إذا ما رفع إليها طعن عنه أن تتولى بحثه مجدداً في ظل الظروف الجديدة دون أن يكون هناك محل للدفع بحجية الشيء المقضي به، ومن ثم يتبين أن تنوع العلاقات القانونية التي تكفل حمايتها الإجراءات المدنية من جهة والإجراءات القضائية الإدارية من جهة أخرى يستتبع اختلافاً في آثار الحكم.

غير أن القانون الإداري يعرف إلى جانب هذا حقوقاً والتزامات عامة تظل بمنأى عن تغير الظروف ومقتضيات الصالح العام الدائمة التحول كتلك مثلاً المتعلقة بالتزام شخص بأداء الضريبة وبمدى هذا الالتزام، أو بالتزامه بالاكتتاب في حالات التأمين وما أشبه ذلك. ومثل هذه الروابط القانونية تقوم من حيث قوتها الحاسمة على نفس الأسس القانونية التي تقوم عليها علاقات القانون الخاص. فإذا كانت مهمة المحاكم الإدارية هي الفصل في منازعات تتولد من مثل هذا العلاقات تعين أن تكون لأحكامها نفس الآثار التي لأحكام المحاكم المدنية، بمعنى أن قضت به يكتسب حجية ويعد غير متنازع فيه بالنسبة للمستقبل، ولا يسوغ للسلطات الإدارية أن تتناوله بالتعديل.

يستخلص من هذا أن العرف الإداري والفقه لم ينظما الآثار التي لأحكام المحاكم الإدارية بأسلوب واحد، إذ كان الأمر يتوقف في كل حالة على الطبيعة الخاصة بكل عمل يطرح على القاضي ويخضع لتقديره.

الاختصاصات الاستثنائية للمحاكم الإدارية:

كانت المحاكم الإدارية الإمبراطورية العليا تدعي أو يدعي بعض أعضائها لإبداء الرأي في مشروعات القوانين وفي اللوائح، وكذلك كان الحال بالنسبة للمحكمة المالية الإمبراطورية. [١]

---

(١) المراجع الرئيسية:
- الترجمة الفرنسية للقانون الإداري الألماني لفلايتر Fleiner
- Deutschverwaltunsrecht (Laforet) 1937
- Verwaltungsrecht (Meiner) 1902
- Allgemeine Verwaltungsbetriebskunds (Meyke - Bruckner - Pfeifer) 1943
- 1949 (Une étude de Granow).

المعجم القانوني

إعداد: أسرة التحرير

عربي	إنجليزي	فرنسي
الاختصاص	Juridiction	La compétence
المرفق العام	Public Domain	Domaine public
الشخصية الإعتبارية	Legal Personality	La personne morale
أعمال السلطة	Work Of The Authority	Les actes d'autorité
أعمال مشروعة	Legitimate Acts	Les actes légale
الأملاك العامة	Public Property	Les proprieté public
التحقيق الإداري	Administrative Inquiry	L' instration disciplinaire
الترقية	Upgrade	L' Avancement
التصرفات الإدارية	Administrative Acts	Les mutations domaniales
التطهير الإداري	Administrative Clearance	Epuration administrative
التظلم الرئاسي	Presidential Appeal	Recours administratif hiérarchique
التظلم الولائي	Grievance State Levels	Recours administratif gracieux
التعيين	Recruitment Appoint	La nomination
التفويض	Authorization	délégation
التنظيم الإداري	Administrative Organization	L' organisation administrative
العقد الإداري	Administrative Contract	Contract administrative
حجية الأمر المقضي	The Authority Of A Judgement	L' autorité de la chose jugé
حق الرقابة	The Right Of Control	Le pouvoir de controle
الخطأ التأديبي	Disciplinary Error	Faute disciplinaire
الرقابة الإدارية	Administrative Control	Le controle administratife
الظروف الاستثنائية	Exceptional Circumstance	Circonstances exceptionnelles
السلطة التأديبية	Disciplinary Power	Le pouvoir disciplinaire
السلطة التقديرية	Discretion Power	Le pouvoir discrétionnaire

عربي	إنجليزي	فرنسي
السلطة المقيدة	Restricted Authority	Le pouvoir limité
شروط تعاقدية	Contractual Terms	Clauser contractuelles
الشروط اللائحية	Regulatory Requirements	Clauser réglementaires
طاعة الرؤساء	Obedience To Superiors	Obeisance hiérarchique
نظرية الظروف الطارئة	Theory Of Imprevision	Théorie de L'imprévision
العقود غير المسماة	Contracts No Named	Contrats innommés
العقود المسماة	Contracts Named	Contrats nommés
نظرية عمل الأمير	Theory Of Act Of State	Théorie du fait du prince
القرار الإداري	Administrative Decision	L'acte administrative
النظام اللاتيني	The Latin System	Le systéme latin
النظام الانجلوسكسوني	Anglo Saxon System	systém angol- saxon
الالغاء	Cancellation	L' Annulation
التعويض	Compensation	(Compensation) remunération
القاضي الإداري	Administrative Judge	Juge administrative
الدعوى الإدارية	Administrative Case	la case adminstrative
العقود الإدارية	adminstrative Contracts	Contrats administratifs
القانون الإداري	adminstrative Law	Droit administraif
الوظيفة العامة	Public Job	Emplois pubic
القرارات التنفيذية	Executive Orders	Décréts présidential
اللوائح الإدارية	Administrative Regulations	Réglements administratifs
القرار الفردي	Individual Decision	Décision individuelle
القرارات التنظيمية	Organization Decisions	Décision réglemetaire
الرقابة الإدارية	Administrative Control	Controle administrative
مجلس الدولة	Council Of State	Conseil d' etat

عرض كتاب
أصول القضاء الإداري في النظام الإسلامي
(أساسه وتميزه)

إعداد/ أسرة التحرير

تأليف الدكتور/ داود الباز

أستاذ القانون العام بكلية الحقوق - جامعة الكويت

يتناول هذا الكتاب فكرة القضاء الإداري في الإسلام، وهل عرف النظام الإسلامي هذا النوع من القضاء؟ وقد عرض الكاتب هذه الفكرة في مقدمة استهل بها كتابه، فبين أهمية القضاء في المجتمعات وأنه لا يستقيم أمر الحياة بدونه ، وأن تطور مفهوم الدولة من الحارسة إلى ضرورة تدخلها في الميادين الاقتصادية والاجتماعية أدى إلى ظهور المنازعة الإدارية التي تكون الدولة أو أحد أشخاصها العامة طرفاً فيها، مما استلزم وجود قضاء لنظرها هو القضاء الإداري، وفي سبيل عرض المؤلف للفكرة قسم الدراسة إلى ثلاثة فصول.

وفي إطار **الفصل الأول** عرض ماهية القضاء الإداري وسماته، أشار فيه إلى أن المنازعة الإدارية ينظرها القضاء في إطار رقابته على أعمال الحكومة إما أمام ذات القضاء العادي الذي ينظر سائر المنازعات المدنية والتجارية وغيرها، ويسمى هذا النظام بالقضاء الموحد وإما أمام قضاء متخصص مستقل عن القضاء العادي، وهو ما يعرف بالقضاء المزدوج، وينقسم **الفصل الأول** إلى مبحثين، خصص المبحث الأول لماهية قضاء المظالم وأساسه.

وينقسم هذا المبحث إلى مطلبين، الأول بعنوان ماهية قضاء المظالم، وقد جاء في فرعين، **الفرع الأول** تظلم فيه من المسميات والمصطلحات التي استخدمها الفقه الإسلامي في التعبير عن مفهوم القضاء الإداري، وأولها هو (**ولاية المظالم**) وتعني سلطة المظالم أو الدائرة التي يتم نظر المظالم أمام القضاء للفصل والحكم فيها، والمسمى الثاني هو (**ديوان المظالم**)، وأول من استعمل هذا التعبير هو الخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وقد أصبح يباشر اختصاص أدخل في الرقابة القضائية منها الرقابة الإدارية ، والمسمى الثالث (**نظارة المظالم**)، ويدور حول القائم بأعمال الفصل في المظالم كما يتعلق بنشاط فض المنازعات وهو يطلق عليه في الوقت الحالي وزارة ، والمسمى الرابع (**مجلس المظالم**)، وهو إشارة إلى محل التقاضي أو المكان الذي يجلس فيه الخصوم، لكي يعرضوا ظلوماتهم على القاضي ويسمى الآن المحكمة ، وأخيراً (**قضاء المظالم**)، ويرى الكاتب أن هذه هي التسمية الأمثل لسلطة القاضي الإداري في المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها، وفي **الفرع الثاني** أوضح كيف أجاز فقهاء الإسلام تخصيص قضاء للفصل في المنازعات الإدارية؛ حيث يقول الماوردي إن اختصاص من ينظر في المظالم هو «النظر في تعدي الولاة على الرعية وأخذهم بالعسف في السيرة» أي الانحراف بالسلطة وإساءة استعمالها !!.

ويعرض الكاتب في **المطلب الثاني** أساس وجود هذا القضاء في النظام الإسلامي، وذلك في فرعين أيضاً، تحدث في **الفرع الأول** عن الأساس الدستوري (**كفالة احترام مبدأ الشرعية**)، وتناول فيه المبادئ المهمة التي تتبوأ مكاناً علياً في الفكر القانوني في هذا الصدد منها مبدأ المشروعية، حيث يتمثل في خضوع المحاكم والأفراد للقانون الإلهي بمصدريه الرئيسين، وهما القرآن والسنة ، وسيادة القانون هي أثر للالتزام بمبدأ المشروعية، وتترجم هذا المعنى بالآية الشريفة، حيث يقول الله سبحانه وتعالى في محكم التنزيل ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِي ٱلۡأَمۡرِ مِنكُمۡۖ فَإِن تَنَٰزَعۡتُمۡ فِي شَيۡءٖ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ إِن كُنتُمۡ تُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلۡيَوۡمِ ٱلۡأٓخِرِۚ ذَٰلِكَ خَيۡرٞ وَأَحۡسَنُ تَأۡوِيلًا ٥٩﴾ الآية (٥٩) من سورة النساء، وغيرها كثير من الآيات القرآنية والأحاديث النبوية الشريفة.

وانتقل الكاتب في **الفرع الثاني** للحديث عن الأساس الشرعي لقضاء المظالم، وهو دفع الظلم وتحريمه تحريماً قاطعاً ورد الحق لكل مظلوم وتوقيع عقاب على كل ظالم، لتتحقق العدالة وسرد الآيات القرآنية والأحاديث النبوية التي تأمر بذلك، وكذا بعض أقوال العلماء التي تحذر من الظلم.

وفي **المبحث الثاني**، شرح المؤلف تطور القضاء الإداري الإسلامي وسماته في مطلبين، خصص أولهما للحديث عن التطور، حيث قال أن البعض ذهب إلى وجود جذور للقضاء الإداري عند الغرب في الجاهلية متمثلاً في حلف الفضول، ولكنه رأى أن جذور قضاء المظالم كانت في عهد النبي صلى الله عليه وسلم وما تلاه من عهود ، وقد جاء **المطلب الأول** في فروع ثلاثة، أولها تناول فيه مرحلة القضاء الموحد في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم ثم في عهد الخلفاء الراشدين، حيث نشأ قضاء المظالم مع نشأة الدولة الإسلامية في المدينة المنورة، إذ كان الرسول صلى الله عليه وسلم يتولى بنفسه رفع المظالم التي تصل إليه من الولاة من ذلك ما روي في صحاح السنن أن خالد بن الوليد قتل مقتلة في قبيلة جذيمة بعد أن أعلن أهلها الخضوع، فاستنكر النبي صلى الله عليه وسلم ذلك، فأرسل علي بن أبي طالب كرم الله وجهه إلى هذه القبيلة، ليرفع عنها هذه المظلمة بأن يدفع دية قتلاها على اعتبار أن القتل وقع خطأ من أحد موظفي الدولة في أثناء تأدية عمله وبسبب وظيفته، وفي ذلك يظهر جلياً احترام الحاكم لمبدأ المشروعية.

وفي عصر الخلفاء الراشدين ضرب الخليفة أبو بكر الصديق رضي الله عنه مثلاً في مسئولية الحاكم عن أعماله وولاته وتصرفاته في أمور، إذ قال في خطاب توليته الخلافة « .... الضعيف فيكم قوي عندي حتى آخذ الحق له والقوي منكم ضعيف عندي حتى آخذ الحق منه» وعندما تولى عمر بن الخطاب رضي الله عنه الخلافة اهتم بالنظر في شئون الرعية ورفع الظلم عنهم بنفسه، وكان حريصاً على مراقبة أعمال ولاته وعماله، وكان دائماً يحذرهم من الظلم ويستدعيهم في مواسم الحج لمحاسبتهم ومواجهتهم بشكاوى المسلمين ، وعلى منوال أبي بكر وعمر سار الخليفة الثالث عثمان بن عفان رضي الله عنه ومما قاله « ..... إن أعدل السيرة أن تنظروا في أمور المسلمين وفيما عليهم فتعطوهم ما لهم وتأخذون ما عليهم » ، وهكذا كان رابع الخلفاء الراشدين سيدنا علي بن أبي طالب –رضي الله عنه– فقد عرف الصرامة في محاسبة عماله على إساءة استخدام سلطاتهم مع الرعية.

وفي **الفرع الثاني** عرج المؤلف إلى بيان مرحلة القضاء المزدوج، حيث إنها بدأت مع بداية تأسيس الدولة الأموية على يد معاوية بن أبي سفيان، حيث مع كثرة الفتوحات ودخول كثير من العجم في الإسلام جاهر بعض الولاة بالظلم، فكانت هناك حاجة إلى قاض يختص بنظر المظالم لردع الولاة الجائرين والانتصاف العمال المظلومين ، فخصص الأمويون قاضياً للنظر في المظالم والفصل فيها، ويعتبر عبد الملك بن مروان هو أول من خصص يوماً للفصل في المظالم ، وبذلك قام نظام القضاء المزدوج وأصبح قضاء المظالم (الإداري) مستقلاً عن القضاء العادي، ويختص بالنظر بنوع معين من المنازعات.

فالقضاء الإداري نشأ كقضاء مزدوج تابعاً لرئيس الدولة يفوض في مباشرته رئيس الديوان بمقتضى أمر إحالة من الخليفة حتى جاء خامس الخلفاء الراشدين عمر بن عبد العزيز فاهتم بمباشرة نظر المظالم بنفسه ، ومن أروع الأحكام الصادرة عن القضاء الإداري في عهده ناطقة بولاية التعويض واحترام مبدأ المشروعية حتى في ظل الظروف الاستثنائية ما حكم به على أمير جيش المسلمين بالجلاء عن بلد احتلها على خلاف ما تقتضيه الشريعة الإسلامية ، فقد دخل قتيبة بن مسلم الباهلي أمير جيش المسلمين مدينة سمرقند فاتحاً لها غدراً دون إعلان أهلها بالحرب مخالفاً بذلك الأحكام المنظمة للقتال، ولم يسكت أهل سمرقند على هذه المخالفة بل طعنوا على تصرف قائد جيش المسلمين، وتظلموا منه أمام أمير المؤمنين عمر بن عبد العزيز ، فحكم القاضي بإخراج المسلمين من المدينة أي بإلغاء القرار الصادر من قائد الجيش بالإضافة إلى التعويض المتمثل في دفع الدية إلى أهل سمرقند.

وفي عهد العباسيين صار تقليد قضاء المظالم فتولى خلفاؤها قضاء المظالم بأنفسهم، فكان أول من جلس منهم لنظر المظالم المهدي ثم الهادي ثم هارون الرشيد ثم المأمون ثم المهتدي ، وقد تبلور القضاء الإداري وأخذ شكلاً محدداً في عهد الخليفة المهدي ثالث الخلفاء العباسيين وتعبيراً عن اهتمامه بالمظالم بنى للديوان قبة كبيرة لها أربعة أبواب وكان مرسوم تقليد ناظر المظالم ولايته يقرأ على الناس في الجامع لإعلامهم به.

وبين المؤلف في **الفرع الثالث** التكوين العضوي لمجلس المظالم، وهو يتكون من طائفتين، الأولى القضاة وهم الذي يباشرون الوظيفة

القضائية والاستشارية وكان يشترط في ناظر المظالم شروط مشددة تجمع بين العدل والتقوى والورع والإنصاف والهيبة وجلالة القدر السطوة؛ حتى يستطيع أن يقود المتظالمين إلى التناصف وأن يزجر المتنازعين عن التجاحد ، أما المعاونون فهم الذين يقومون بأعمال مساندة للقضاء.

ويتناول **المطلب الثاني** في الكتاب بيان سمات القاضي الإداري في النظام الإسلامي، وذلك في فروع أربعة؛ أولها عن **السمة الأولى**، وهي منزلة ناظر المظالم من منزلة رئيس الدولة، إذ تبلغ درجة عالية من الرفعة والعلو، وكان قدره يقارن بقدر أمير المؤمنين بعدله وهيبته، فكان حكمه صادراً عن الخليفة، وفي رفع شأن القاضي تمكين الحاكم وتدعيم سلطانه فالعدل أساس الملك ، **والسمة الثانية** في النظام الإسلامي وعلى خلاف الأنظمة الوضعية، وهي أن القاضي الإداري يقضي ويدير التنفيذ المباشر بما كفل لأحكامه ، **والسمة الثالثة** هي استقلال القضاء الإداري، أي أن يكون القضاة متحررين في أي تدخل أو رقابة ولا يخضعون في قضائهم إلا لكلمة العدل ينطقون بها دون تدخل يزيفها ويحيف بها عن الحق ، فاستقلال القضاء هو أساس العدل وبغيره يضطرب المجتمع ويتخبط تخبطاً شديداً، لذلك كان ناظر المظالم حراً في البحث عن الحق ولا يقبل تدخلاً من حاكم أو ضغطاً من ذوي النفوذ، **والسمة الرابعة** والأخيرة هي أنه قضاء إنشائي يخرج من ضيق الوجوب إلى سعة الجواز، فيكون القاضي فيه أفسح مجالاً وأوسع مقالاً، بمعنى أن القاضي الإداري له حرية واسعة في البحث عن حل للمنازعة التي تطرح أمامه مع الأخذ بالحسبان الظروف والملابسات المحيطة، والعمل على التوفيق والمواءمة بينها وبين مواكبة التطورات في المجتمع لتحقيق الصالح العام إلا أنه يجب الإشارة إلى أن القاضي الإداري لا يبتكر الحكم في المنازعة من فراغ، وإنما يجتهد ويبحث في نصوص المرجعية الأصلية المتمثلة في الكتاب والسنة والأدلة المختلف عليها إن لم تسعفه المتفق عليها.

شرح الكاتب في **الفصل الثاني** اختصاصات القضاء الإداري الإسلامي وولاياته، فقسم هذا الفصل لمبحثين تناول في أولهما بيان هذه الاختصاصات على مطلبين، الأول تحدث فيه عن المعيار العام لتحدي اختصاص قضاء المظالم، وهو المنازعة الإدارية التي تتطلب وجود مرفق عام وأن تستعجل الإدارة وسائل القانون العام في تنظيمه، وصورة ذلك في النظام الإسلامي تتمثل في الولاة المعتدين على الرعية أو الجائرين في تصرفاتهم ضد الناس وأموالهم، وفي المطلب الثاني ذكر أن هذه الاختصاصات جاءت على سبيل المثال كتعدي الولاة على الرعية وأخذهم بالعسف في السيرة أو هي أقرب في القضاء الحديث إلى عيب مخالفة القانون، وأيضاً جور العمال فيما يجنونه من أموال يعبر عنها حالياً بالموارد المالية للدولة من ضرائب وعقود الالتزام وغيرها من العقود الإدارية، وثالث هذه الاختصاصات تصفح أعمال كتاب الدواوين وهو يماثل قضاء التأديب، ورابعها هو تظلم المسترزقة من نقص أرزاقهم وتأخيرها أي منازعات الرواتب والمعاشات، وكذلك رد الغصوب سواء كانت سلطانية أي استولى عليها الولاة والحكام استولى عليها أصحاب النفوذ وأيضاً مشارفة الوقوف العامة والخاصة، وكذلك الإشراف على تنفيذ الأحكام القضائية في المنازعات العامة أي منازعات الأفراد ، ثم معاونة المحتسب في المصالح العامة كمنع إشغال الطرق العامة ، ومراعاة العبادات الظاهرة كصلاة الجمع والأعياد، ويختتم الحديث عن هذه الاختصاصات بأنها في مجملها تكفل الرقابة على أعمال الإدارة وحماية حقوق الأفراد وحرياتهم.

وانتقل في **المبحث الثاني** من هذا الفصل للحديث عن ولايات القضاء الإداري الإسلامي، وذلك في مطلبين أيضاً، **الأول** خصصه لولاية الإلغاء أو الطعن بسبب تجاوز السلطة، حيث تناولها في فروع ثلاثة الأول أوجز فيه فكرة القرار الإداري في الفقه الإسلامي ذكر تعريفه ثم شروط صحته، وأنه كان يطلق عليه صك التعيين أو أمر التقليد وأنه كان صريحاً أو ضمنياً وفي **الفرع الثاني** ذكر أن ما ينفذ من تصرفات الولاة ولا ينقض لابد أن يجتمع فيه خمسة أمور، هي ما تناوله ولاية بالأصالة، أي الاختصاص ثم الموافقة دليل الحكم؛ أي مضمون القرار ومطابقته للقانون ثم الموافقة لسببه وحجته؛ أي ركن السبب، وكذلك انتفاء التهمة أي الغاية، وأخيراً وقوعه على الأوضاع الشرعية أي ركن الشكل والإجراءات ، وفي **الفرع الثالث** شرح أوجه الإلغاء أي عيوب القرار في الفقه الإسلامي على تفصيل مما سبق، ثم أورد في **الفرع الرابع** تطبيقات لولاية الإلغاء منها دعوى الكسور المتعلقة بجباية موارد الخزينة العامة، وفيها قال الخليفة

المهتدي قولته الشهرية « عليّ أن أقرر حقاً وأزيل ظلماً وإن أجحف بيت المال» وكذلك دعوى أهل سمرقند السابق بيانها ، والولاية الثانية التي فصلها المؤلف في **المطلب الثاني** هي ولاية التعويض عن جور العمال في جباية الأموال وكذلك من الأعمال المخالفة للقانون التي قد تصدر من الولاة وعمالهم ، وفي **المطلب الثالث** تكلم عن ولاية التأديب مثل عزل الرسول صلى الله عليه وسلم للعلاء بن الحضرمي عامله على البحرين لما شكاه وفد عبد قيس، كما اشتكى أهل الكوفة أميرهم أبا موسى الأشعري، وكان له غلام يتبيع العلف إلى عمر بن الخطاب، وقالوا له إن غلامه يتجر في جسرنا فعزله عمر عنهم وصرفه إلى البصرة ، أما **المطلب الرابع** فخصصه لبيان ما إذا كان ولاية قضاء المظالم هي ولاية مشروعية أم ملاءمة، وأوضح أنها رقابة مشروعية وينحسر عنها رقابة ملاءمة التصرف أو العمل الصادر عن جهة الإدارة يشترط أن يكون مطابقاً لأحكام الشرع الإسلامي ومستهدفاً تحقيق الصالح العام، وما دام كذلك فلا يجوز نقصه أو إصدار قرار مضاد ولو كان مخالفاً لمذهبه، وذلك في الأمور التي تكون محلاً للاجتهاد أو المباحات.

أما **الفصل الثالث** فقد استهدف به الكاتب إلقاء الضوء على تميز القضاء الإداري الإسلامي بالهدف الملزم تطبيقه من قبل الحكام والمحكومين، وهو إقامة الدين وتطبيق القانون الإسلامي في كل نواحي الحياة وبعدها تأتي أهداف الدولة والأفراد ، فيعتبر هو الهدف الأساسي وتتفرع منه باقي الأهداف، وقسم الفصل لمبحثين أولهما: تميز القضاء الإداري عن القضاء العادي، والمبحث الثاني : تميزه عن القضاء الإداري القائم ، وفي **المبحث الأول**، يبين الكاتب أن قضاء المظالم على خلاف القضاء العادي يتمتع بطابع تنفيذي وإداري ممتزجان معاً على نحو لا يقبل الانفصال، ولخص الكاتب أهم الفروق بين قضاء المظالم والقضاء العادي فيما يلي :

١ – ناظر المظالم له من قوة اليد ما ليس للقاضي العادي في كف الخصوم عن التجاحد ومنع الظلمة عن التقاتل والتجاذب.

٢ – ناظر المظالم يخرج من ضيق الوجوب إلى سعة الجواز ، على نحو ما سبق بيانه.

٣ – سلطات ناظر المظالم في الوصول إلى الحق ومعرفة الباطل أوسع من سلطات القاضي العادي الذي يتقيد بأدلة محددة.

٤ – لقاضي المظالم أن يقابل من ظهر ظلمه بالتأديب ويأخذ من بان عدوانه بالتقويم والتهذيب.

٥ – لناظر المظالم أن يتأنى قبل إصدار حكمه وله أن يؤجله إذا التبس عليه الأمر حتى تنكشف الدعوى أمامه بخلاف القاضي العادي الذي لا يملك أن يؤجل الحكم في الدعوى إذا طلب أحد الخصوم الفصل فيها.

٦ – لناظر المظالم أن يرد الخصوم إلى وساطة الأمناء، ليفصلوا النزاع بينهم صلحاً عن تراض وليس ذلك للقاضي العادي إلا بموافقة الخصوم على الصلح.

٧ – لناظر المظالم اتخاذ طرق خاصة في تتبع المدعى عليه بالوفاء.

٨ – يحق لناظر المظالم من تلقاء نفسه الأمر باستدعاء الشهود كلما اقتضى الحال ذلك، ويسمع شهادتهم في تنازع الخصوم أن يسمع الدعوى، أما القاضي العادي فإنه يكلف المدعي بإقامة البينة على دعواه.

٩ – يجوز لناظر المظالم تحليف الشهود إذا ارتاب فيهم وبدلوا إيمانهم طوعاً ويزيد من عددهم حتى يزيل عنه الغموض وينتفي الارتياب وليس ذلك للقاضي العادي.

١٠ – لناظر المظالم أن يسمع من شهادات المستورين (مجهولي العدالة أو الذين لم تثبت عدالتهم أو فسقهم) وهو ما يخرج عن عرف القاضي العادي الذي لا يسمع إلا الشاهد العدل.

وبعدها تطرق المؤلف في **المبحث الثاني** إلى الحديث عن قضاء المظالم عن القضاء الإداري القائم وقسم هذا المبحث لأربعة مطالب،

فكان **المطلب الأول** عن التميز من حيث الاختصاصات النوعية وذلك في خمسة فروع.

الفرع الأول رد الغصوب : يختص ناظر المظالم بالإضافة إلى المنازعات الإدارية بالمنازعات لا تكون الإدارة أو أحد أشخاصها طرفاً فيها، وإنما يكون شخصاً عادياً إلا أنه يتمتع بنفوذ وسلطان بما يؤدي إلى عدم التكافؤ والتوازن بين أطراف الدعوى؛ وذلك مثل حالات قرابة الحكام والوزراء واستغلال سلطانهم ومكانتهم أو الأشخاص ذوي الجاه أو المال والثروة.

وجعل **الفرع الثاني** لاختصاص الفصل في منازعات الأوقاف، سواء كانت أوقافاً عامة أم خاصة.

و**الفرع الثالث** يتناول اختصاص تنفيذ الأحكام العادية، فالقضاء الإداري الإسلامي يقوم بتنفيذ الأحكام التي يتعذر على القضاء العادي تنفيذها، وليس لناظر المظالم وهو يقوم بالتنفيذ أن يعقب على الحكم أو يعدل فيه، لأن ذلك يعد تدخلاً في صميم عمل القاضي العادي، وخصص **الفرع الرابع** للاختصاص بمراقبة أداء المرافق التعبدية : فينفرد عن نظيره القائم أن من اختصاصاته مراقبة النواحي الدينية ذات الأداء الجماعي، فيقوم ناظر المظالم بالنظر في شئونها لمنع التقصير فيها أو الإخلال بأدائها وفق ما قرره المشرع ، و**الفرع الخامس** والأخير شرح فيه اختصاص النظر في أعمال السيادة، حيث تختص قضاء المظالم بالنظر في كل المنازعات التي تكون الدولة وموظفوها طرفاً فيها دون استثناء سواء كان ذلك في النظر بالمنازعات العادية أم الاستثنائية، ولا يعترف بنظرية أعمال السيادة التي تخرج طائفة من أعمال السلطة التنفيذية عن رقابة القضاء.

وانتقل الكاتب في **المطلب الثاني** إلى الحديث عن التميز من حيث التشكيل فنظر إلى أن قضاء المظالم في مباشرته أعماله من طبيعة مزدوجة: قضائية وتنفيذية، ويتطلب ذلك في تشكله ما يكفل ردع الخصوم ومنع الظلم وفي تشكيل مجلس المظالم (المحكمة)، ثم الحرص على الجمع بين العلم والخبرة، ليتمكن من القيام بعبء هذا النوع من القضاء، ولذلك كان المجلس يتكون من القضاة والحكام ، والفقهاء يستعين بهم ناظر المظالم فيما أشكل عليه الحماة والأعوان أي الحجاب والحراس ، الكتاب ، والشهود وهم يشهدون على ما أوجه مجلس المظالم من حق وما قرره من حكم.

و**المطلب الثالث** جعله لبيان التميز من حيث ميعاد رفع الدعوى، يتميز القضاء الإداري (المظالم) بأن الدعاوى التي ترفع إليه ضد تصرف الإدارة غير المشروعة لا تتقيد بميعاد معين أو محدد، ومن ثم فإنه يقبل رفعها بعد مرور أي مدة من الزمن على صدور التصرف المخالف وغير المشروع، أما القضاء الإداري القائم فيشترط لقبول المنازعة الإدارية أن يتم رفعها خلال ميعاد معين وإذا انقضى الميعاد تصبح الدعوى غير مقبولة.

وشرح الكاتب في **المطلب الرابع** التميز من حيث إجراءات سير الدعوى في الدعوى الإدارية تقف الإدارة الممثلة للمصلحة العامة وجهاً لوجه مع الفرد صاحب المصلحة في رفع الدعوى، ولا يكون هناك توازن بين الطرفين، فهي تحوز الأوراق الإدارية والمستندات الدليل الرئيسي للإثبات في القضاء الإداري الذي يعتبر الأوراق الإدارية بمثابة ذاكرة موضوعية للإدارة تقابل الذاكرة الشخصية للأفراد فيكون الفرد في مركز الضعف من ناحية الإثبات ، وقد أدرك الفقه الإسلامي هذا التفاوت وعدم التوازن فمنح ناظر المظالم سلطات إجرائية تمكنه من جبر ضعف الطرف المهيمن والوصول لحقه ، فقضاء المظالم تميز عن القضاء الإداري القائم من عدة أوجه أوجزها المؤلف في خمسة فروع وفي **الفرع الأول** شرح كيف يقضي قاضي المظالم بعلمه الشخصي في دعاوى المظالم التي ترفع أمامه، كما في حالات تعدي الولاة على الرعية ورد الغصوب السلطانية وجور عمال الخراج ، أما قضاة القضاء الإداري القائم فيخضعون لما يخضع له القضاء العادي ، إذ المبدأ العام لهم عدم جواز حكمهم بعلمهم الشخصي و**الفرع الثاني** تناول عدم اشتراط المصلحة ، فإن ناظر المظالم يتصدى من تلقاء نفسه للنزاع ويفصل فيه دون دعوى أو طلب يرفع من المظلوم، فالاختصاصات التي ينظرها تتعلق بشئون الكافة وبنظام الدولة العام، أما القضاء الإداري القائم فمن الشروط الأساسية لقبول المنازعات الإدارية وجود مصلحة شخصية لرافع

الدعوى ، وفي **الفرع الثالث** أوضح فيه أن لناظر المظالم استدعاء الشهود وتحليفهم من تلقاء نفسه عند ارتيابه بهم فتضمن الحاجة ذلك، أما القضاء الإداري القائم والقضاء العادي فليس له أن يستدعي الشهود من تلقاء نفسه، بل لابد أن يكون ذلك بناء على طلب أحد أطراف الدعوى.

وانتقل في **الفرع الرابع** لبيان سلطة قاضي المظالم في إلجاء الخصوم وحملهم على الصلح أو التصالح، أما القاضي الإداري القائم فليس لقضائه – كأصل عام – فرض الصلح أو التصالح بين الخصوم ، وفي الفرع الخامس تحدث عن استنفاد القاضي لولايته بصدور الحكم في حين أن القضاء الإداري القائم تستنفد المحكمة ولايتها بالنسبة للنزاع بإصدارها الحكم فيه إلا أن تتولى تصحيح ما يقع في حكمها من أخطاء مادية كتابية أو حسابية بقرار تقرره من تلقاء نفسها أو بناء على طلب من أحد الخصوم.

وفي المطلب الرابع عرض الكاتب لوجه التميز من حيث السبق في التأثير، إذ درج الكثيرون على القول إن نظام مجلس الدولة أو القضاء الإداري هو نظام فرنسي الأصل والنشأة وعنه نقلت الدول الأخرى، في حين أن الحقيقة وأن نظام القضاء الإداري هو نظام إسلامي أصيل نقلته أوروبا عن المسلمين عبر الأندلس (إسبانيا) وعن طريق اتصال شعوب أوروبا بالمسلمين إبان الحروب الصليبية ودلل المؤلف على ذلك بما يلي :

١ – إن نظام قضاء المظالم ترجع جذوره التاريخية إلى أربعة عشر قرناً من الزمان، حيث إن مجلس الدولة الفرنسي أنشأه نابليون بونابرت بتاريخ ١٧٩٩/١٢/٢٥ أي أنه حديث النشأة بالنسبة لقضاء المظالم.

٢ – إن نابليون الذي أنشأ مجلس الدولة الفرنسي إنما أنشأه بعد حملته على مصر التي بدأت في عام ١٧٩٨، وأن نابليون استقدم معه إلى مصر علماء فرنسيين درسوا واطلعوا كل في مجال تخصصه على مؤلفات علماء المسلمين وترجموا كثيراً منها إلى اللغة اللاتينية.

٣ – إن مرحلة الوزير القاضي (le minister juge)، والتي كانت مرحلة أولية لنشأة مجلس الدولة الفرنسي إنما كانت نقلاً عن نظام المظالم في هذه المرحلة ، وكانت مهمة المجلس تشريعية وقضائية وإدارية، ولم تقتصر على القضاء، وكانت رئاسة المجلس لرئيس الدولة، وفي ذلك ما يدل على التأثر بنظام المظالم، وما زالت تبعية المجلس نظرياً لرئيس الوزراء.

٤ – إن لويس التاسع أو القديس لويس ملك فرنسا تأثر بنظام المظالم الإسلامي نتيجة إحدى حملاته الصليبية على الشرق (مصر) ودليل التأثر أنه كان يجلس تحت أشجار البلوط في حدائق فاسنان ليستمع لشكاوى الناس ويرفع الظلم عنهم، كما كان يطلب من رجال القانون « الفقهاء» أن يجلسوا في المحاكم مع القضاة وهو ما يماثل تشكل مجلس المظالم.

٥ – ساهم التمثيل الدبلوماسي وتبادل البعثات بين هارون الرشيد وشارلمان في تقليد شارلمان للرشيد في إدارة وتنظيم الدولة.

وأنهى المؤلف كتابه بخاتمة أكد فيها على سبق النظام الإسلامي بقضاء المظالم إلى الرقابة القضائية على أعمال الإدارة قبل أي تنظيم وضعي لها، وفي الوقت ذاته فإن الأسلوب التفصيلي لتنظيم هذه الرقابة من الطبيعي في وقتنا المعاصر أن يترك لظروف كل دولة ما يتلاءم مع مصلحتها، فحيث توجد المصلحة العامة يوجد شرع الله.

جولة في مجلات القانون العام المتخصصة

مجلة كلية الحقوق

للمباحث القانونية والاقتصادية

السنة الأولى - العدد الثالث - عدد مارس سنة ١٩٢٧

إعداد: أسرة التحرير

القضاء الإداري في رحاب القضاء العادي

(قبل إنشاء مجلس الدولة)

الحكم الصادر من محكمة مصر الابتدائية الأهلية في القضية المرفوعة ضد وزارة الداخلية ووزارة المالية والمقيدة بالجدول العمومي برقم (٢٥) لسنة ١٩٢٦ مدني تجاري كلي بجلسة ٢٠ يناير ١٩٢٧:(١)

المبدأ القانوني

موظف - احالة إلى المعاش. أسباب مبررة. تعويض - سلطة الحكومة. اختصاص المحاكم

١ – الموظف العمومي الذي يشترك في أعمال السلطة لا يعتبر أجيراً مرتبطاً مع الحكومة بعقد اجارة أشخاص يخضع للقانون المدني وإنما تعتبر الوظيفة العمومية مركزاً قانونياً خاصاً statut Légal تحدده نصوص القانون الإداري التي يجب الرجوع إليها وحدها في تحديد واجبات الموظف وحقوقه.

٢ – سلطة الحكومة في إحالة كبار موظفي السلطة العامة إلى المعاش محددة بالأمر العالي الصادر في ٢٤ ديسمبر سنة ١٨٨٨ الذي وإن كان يخول الحكومة حق إحالة هؤلاء الموظفين إلى المعاش بمقتضى مرسوم ملكي إلا أن هذا الحق لا يُخلى الحكومة من تعويض الضرر الذي يلحق الموظف بسبب تلك الإحالة إذا كانت لا تستند إلى أسباب تبررها.

٣ – للمحاكم الأهلية الحق في بحث موضوع الأوامر الإدارية لا لإلغائها أو إيقاف تنفيذها وإنما لكي تقدر ما إذا كان قد حصل من تلك الأوامر ضرر لأحد الأفراد يتعين تعويضه عنه.

(الوقائع)

قال المدعي في عريضة دعواه المعلنة بتاريخ ١٦ يوليو سنة ١٩٢٥ أنه دخل خدمة الحكومة في شهر فبراير سنة ١٨٩٦ وأخذ يتقلد الوظائف حتى عين أخيراً مديراً للغربية وكان يخدم بالجد والأمانة آملاً أن ينال من الرقي ما يتناسب مع خدمته. غير أن الحكومة بدلاً من إنصافه قررت فصله من خدمتها وأرسلت خطاباً رقم ٢٢ في ديسمبر سنة ١٩٢٤ تعلنه فيه بإحالته على المعاش مع أنه لم يبلغ السن القانوني لأنه من مواليد شهر ديسمبر سنة ١٨٧٨ فيكون سنه ٤٦ عاماً ولم يكن مصاباً بعاهة أو مرض ولم يصدر منه أي عمل يبرر الإحالة على المعاش وأن هذا العمل يعتبر انفراداً من جهة الحكومة بفسخ عقد الخدمة الذي يربطها بالطالب يترتب عليه التزامها بتعويض ما ناله من الضرر بسبب هذا الفسخ وعلى ذلك تكون الحكومة ملزمة بان تدفع إليه المبالغ الآتية وهي: (٧٣٢ مليماً و١١٣١٧ جنيهاً) وهو قيمة الفرق بين مبلغ (١٨٠٠) جنيه وهو مرتبه الذي كان يتقاضاه وبين مبلغ (٨٧٢ مليماً و٨٠٥ جنيهاً) الذي ترتب له معاشاً وذلك عن مدة أربعة عشر عاماً أي عن المدة التي كان يبقى الطالب فيها موظفاً لو لم تحله الحكومة على المعاش و(١٦٠٠) جنيه وهو

(١) صدر الحكم برئاسة حضرة صاحب العزة محمد بك بيومي مكرم القاضي وعضوية حضرتي القاضيين: سيمون بك كراسو وسابا بك حبشي وبحضور عباس محمد افندي كاتب الجلسة

قيمة استبدال فرق معاشه الذي يستحقه بعد سن الستين، لذلك رفع هذه الدعوى طالباً الحكم بإلزام المدعي عليهما بأن يدفعا له مبلغ (٧٣٢ مليماً و ١٤,٧١٧ جنيهاً) مع المصاريف وأتعاب المحاماة.

وبعد أن تحضرت الدعوى أحيلت على المرافعة، وبجلسة المرافعة سمعت أقوال الطرفين كالمدون بمحضر الجلسة، وتأجلت الدعوى للحكم مع مذكرات.

(المحكمـة)

بعد سماع المرافعة والاطلاع على الأوراق والمداولة قانوناً.

حيث إن المدعي بنى دعواه على أن الحكومة انفردت بفسخ عقد الخدمة الذي كان يربطها به وإحالته على المعاش وهو في سن السادسة والأربعين بمقتضى مرسوم ملكي صدر بتاريخ ١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٤ ولذلك يتعين إلزامها بتعويض ما ناله من الضرر بسبب هذا الفسخ وقد قدر التعويض الذي يستحقه بقيمة الفرق بين المعاش الذي رتب له وبين المرتب الذي كان يقبضه لو كان استمر في الخدمة إلى حين بلوغه السن القانوني مضافاً إليه قيمة الفرق بين المعاش الذي رتب له فعلاً والمعاش الذي كان يرتب له عند بلوغه سن الستين.

وحيث إنه يتعين للفصل في هذه الدعوى أولاً: بحث ماهية العلاقة القانونية التي تربط المدعي بالحكومة. ثانياً :تحديد سلطة الحكومة في إحالة كبار موظفيها على المعاش. ثالثاً: بيان اختصاص المحاكم الأهلية في تقدير تصرفات الحكومة بالنسبة لإخراج هؤلاء الموظفين من خدمتها. رابعاً: بحث ما إذا كانت إحالة المدعي على المعاش في القضية الحالية تستند إلى أسباب تبررها وترفع عن ملزوميتها بتعويض عما ناله من الضرر. خامساً: تقدير قيمة الضرر الذي يلزم تعويض المدعي عنه.

أولاً - بحث العلاقة بين المدعي وبين الحكومة

حيث إن المدعي يذهب إلى أن العلاقة التي كان تربطه بالحكومة هي علاقة تعاقد تحددها نصوص القانون المدني التي وردت في باب اجارة الأشخاص ويؤيد مذهبه بآراء من بعض علماء القانون المدني...

وحيث إن العقد يفترض حرية المتعاقدين في تحديد العلاقات القانونية بينهما بمحض مشيئتهما وهذه الحرية معدومة بالنسبة لموظفي السلطة العامة الذين يحدد القانون العام واجباتهم وحقوقهم بصرف النظر عن أشخاصهم وبغير دخل لإرادتهم.

وحيث إنه ينتج مما تقدم أن الوظيفة العمومية ليس مبناها عقد مدني وإنما هي حالة قانونية خاصة statut Légal محددة بالقانون الإداري الذي يجب الرجوع إليه عند بحث حقوق الموظفين ووجباتهم ويؤيد هذا الرأي إجماع كبار علماء القانونين الدستوري والإداري أمثال ريجي وبرتلمي وهوريو...

ثانياً: تحديد سلطة الحكومة في إحالة كبار موظفيها إلى المعاش

حيث إنه واذ ثبت أن الوظيفة العمومية تنشئ بين الموظف وبين الحكومة مركزاً قانونياً خاصاً تحدده نصوص القانون الإداري وجب الرجوع إلى أحكام هذا القانون لتحديد سلطة الحكومة في إحالة موظفيها على المعاش...

وحيث إن المشرع أحاط كبار الموظفين الذين ينطبق عليهم الأمر العالي الصادر بتاريخ ٢٤ ديسمبر ١٨٨٨ بضمانات تكفل لهم ألا

يكونوا عرضة لتحكم الحكومة في أمرهم فجعل توقيع العقوبات التأديبية وهي الاحالة على المعاش والعزل (المادة الثالثة من الأمر العالي المشار إليه) من اختصاص هيئة تأديبية عليا يرأسها وزير الحقانية ويدخل في تشكيلها رئيس محكمة الاستئناف العليا وأحد المستشارين الملكيين (المادة الأولى من الأمر نفسه) واشترط أن تكون المحاكمة بناءً على طلب مبينة فيه أسبابه (المادة الخامسة) وأن تبين المحكمة التأديبية العليا في الحكم الذي تصدره الأسباب التي تبنيه عليها، كما اشترط في الحكم الذي يصدر بعزل الموظف أن يكون باتحاد ثلاثة أرباع الآراء (المادتين التاسعة والحادية عشر).

وحيث إنه مع حرص المشرع على احاطته كبار الموظفين بهذا السياج من الضمانات يكون من الخطأ أن المشرع أراد أن يسلبهم باليد ما منحهم إياه من الحقوق باليد الأخرى لما في ذلك من التناقض الذي يجب أن يتنزه عنه.

وحيث إنه لذلك لا يمكن الأخذ بنظرية الحكومة في تأويل المادة (١٤) من الأمر العالي الصادر بتاريخ ٢٤ ديسمبر ١٨٨٨... ، بأن تلك المادة تبيح لها إحالة الموظف على المعاش بمقتضى مرسوم في أي وقت شاءت بدون أن تكون تلك الإحالة مستندة إلى أسباب تقتضيها المصلحة العامة، والواقع أن تلك المادة لم تنص على حرمان الموظف من حقه في المطالبة بتعويض الضرر الذي يناله من الإحالة على المعاش بغير مبرر قانوني ولا يرفع عن عاتق الحكومة مسئوليتها عن التعويض قبل الموظف وإنما قُصد منها احتفاظ الحكومة بحقها في إحالة الموظف على المعاش بناء على أسباب تسوغ تلك الإحالة وتقضي الظروف بعدم عرضها للعلانية وطرحها على المحكمة التأديبية العليا محافظة على كرامة الموظفين العمومية والاحترام اللائق بها.

وحيث إن تمسك الحكومة بعبارة الحق المطلق التي وردت في المادة المذكورة لتأييد تفسيرها، غير وجيه لان أقصى الحقوق اطلاقاً وهو حق الملكية لا يعفي صاحبه من تعويض ما ينال الغير من الضرر في استعماله عن تعنت ولغير الغرض الاجتماعي الذي شرع الحق لتحقيقه.

رابعاً: بحث ما إذا كانت إحالة المدعي على المعاش مبنية على أسباب تبررها.

وحيث إنه متى تقررت المبادئ القانونية المتقدمة وجب البحث فيما إذا كانت إحالة المدعي في القضية الحالية على المعاش قبل بلوغه السن القانونية كانت تستند إلى أسباب تبررها قانوناً.

وحيث إن المرسوم المؤرخ في ١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٤ الذي أحيل المدعي على المعاش بناء عليه خال من ذكر الأسباب ولم تبين الحكومة سبباً مبرراً لتلك الإحالة رغم تحدي المدعي لها، ولهذا حق عليها تعويض الضرر الذي لحقه من جرائها.

خامساً: تقدير قيمة الضرر

وحيث إنه لتقدير التعويض المستحق للمدعي يتعين مراعاة الضرر الذي لحقه وقيمة الكسب الذي فاته.

وحيث إن المدعي بني تقدير التعويض الذي يطالب به على أساس الفرق بين المرتب الذي كان يقبضه وبين المعاش الذي رتب له مضافاً إليه الفرق بين المعاش الذي رتب له فعلا والمعاش الذي كان يرتب له عند بلوغه سن الستين.

وحيث إن هذه المحكمة لا يسعها الأخذ بتقدير المدعي على علاته:

أولاً: لأنه لو كان بقى في الخدمة لكان يستحق الفرق بين المعاش الذي له وهو مبلغ (٨٧٣ مليماً و٨٠٥ جنيهاً) سنوياً وبين المرتب الذي كان يتقاضاه وهو مبلغ (١٨٠٠ جنيهاً) سنوياً مقسطاً على أربعة عشر سنة، لا حالاً وهو يطالب في دعواه هذه بمبلغ حال على سبيل التعويض ولذلك يتعين خصم الفوائد عن أقساط المبلغ المرفوعة به الدعوى بحسب تواريخ استحقاقها، لان القيمة الحالية لمبلغ دفعه

مؤجل أقل من قيمته الاسمية.

ثانياً: أن استحقاق المدعي للمرتب لو لم يحل على المعاش مقيد باستمراره في الخدمة إلى بلوغ سن الستين وهذا بما لا يمكن التنبوء به غير أنه يجب تقدير احتمالات عدم استمرار المدعي في الخدمة وخصم ذلك التقدير من المبلغ للطالب به وهذه الاحتمالات وإن كانت تقريبية إلا أنها قابلة للتقدير بمقتضى ما يطلق عليه في عرف المشتغلين بمسائل التأمين على الحياة.

ثالثاً: أن المدعي بإحالته على المعاش أصبح حراً في التصرف في وقته وهو قادر على العمل فيجب خصم محصول تلك القدرة مما يقدر له.

وحيث إنه نظراً للأسباب والاعتبارات المتقدمة تقدر المحكمة التعويض الذي يستحقه المدعي بمبلغ (٦٠٠٠ جنيه مصري) وهو ما يتعين الحكم له به.(١)

(١) جدير بالملاحظة أن مبلغ التعويض المقضي به للموظف يعادل في الوقت الحالي ما يزيد على (٦ مليون جنيه مصري) باعتبار أن ورقة الجنيه المصري وقت صدور هذا الحكم (١٠٠ قرش) والجنيه الذهب (٩٩ قرشاً).

جولة في مجلات القانون العام المتخصصة

مجلة مجلس الدولة

السنة الرابعة - يناير ١٩٥٣

الصبغة الإدارية للمسائل التجارية

الدكتور/ مصطفى كمال وصفي

المندوب بمجلس الدولة

١ – لم تعد المسائل التجارية . كما كانت . علاقة خاصة بين الأفراد، فقد دأبت الدولة على التدخل في شتى فروعها تدخلا حاسما، وبرز مدى تعلقها بالصالح العام، حتى أصبحت الدولة ماثلة في معظم المسائل التجارية، وأصبحت هذه المسائل في كثير من الأحيان علاقة بين الفرد والدولة.

وعلى ذلك فقد تدخل القانون الإداري في المسائل التجارية تدخلاً ظاهراً بل زاد هذا التدخل حتى غلبت الصفة الإدارية على الصفة التجارية في هذه المسائل، وحتى ألح على الفقهاء السؤال عما إذا كان القانون التجاري فرعاً من فروع القانون الخاص، أم هو . على العكس . فرع من فروع القانون العام.

٢ – وقد كان المعروف . إلى زمن قريب . أن القانون التجاري هو تكملة وامتداد للقانون المدني، ولم يتورع هذا القانون عن أن يثبت هذا القول وأن يبث نفوذه في مختلف مناطق القانون التجاري، فنص في صلبه على أحكام تجارية بحتة، وتبنى الكثير من المسائل التجارية، ناسياً أنه هو نفسه صنيعة البيئة التجارية وأن لها على تطوره أياد لا تنسى، لما كان من استجابته في عهد الرومان إلى روح قانون الشعوب[١] وما كان أخيراً من اعتناقه مذاهب التسهيل والمادية التي تسيطر على القانون التجاري.

٣ – ولكن الواقع أن القانون التجاري كان غريباً في نشأته عن القانون المدني، فقد نشأ في الأوساط التجارية في العصور الوسطى تحرراً من ربقة القيود المدنية، ولم توضع قواعده على أسس علمية ولم يعتن الفقهاء ببحثها وذلك لبعدها عن القانون الروماني الذي يفهمونه، فلما شرعت فرنسا في التقنين وجدت نفسها حيال قواعد بدائية استقل التجار بوضعها دون تقيد بأصول القانون ودون استناد إلى نظرية عامة تنتظم أحكامه، ولم يكن مندوحة من الوصل بين هذه الحلول التجارية وبين القواعد العامة في القانون، وعند ذلك استعار الفقه والقضاء نظريات القانون المدني، وأنسوا إلى هذا الحل فمضوا يفسرون المسائل التجارية تفسيراً مدنياً بحتاً، ففسروا قواعد شركات الأموال على أساس عقدي الوكالة والشركة المدنية، ونظروا إلى الحساب التجاري على أساس قواعد القرض والمقاصة وإلى براءات الاختراع على أساس أنها ملكية عينية، وهو ما لم يخطر ببال من وضعوا القانون التجاري في الأصل وهم من التجار الذين لا علم لهم بالقانون (انظر ريبير نبذة ٥٩ و٦٠).

وتمادى الفقهاء في اتجاههم حتى فكروا في إدماج القانونين المدني والتجاري ونادى الفقيه فيفانت بذلك وتحمس له، بل ونفذت هذه الفكرة في بعض القوانين ولكن التجربة كانت فاشلة فقد ظل القانونان متنافرين غريبين وإن ضمتهما دفة واحدة، وتبينت استحالة هذا الادماج.

٤ – وقد اتجه الفقهاء في تحديد الصلة بين مسائل القانون التجاري وبين مسائل القانون العام، اتجاهين متميزين:

فرأي الشراح في مصر أن القانون التجاري هو قانون خاص بصفة مطلقة بحتة، وأنه لا يعدو أن يكون امتداداً للقانون المدني إما بالاستثناء من بعض أحكامه أو بتكملتها بما يعرض في الحياة التجارية وحدها دون الحياة المدنية.

وأما المسائل التجارية الجنائية أو المسائل التجارية الإدارية، فهي في نظرهم بعيدة عن القانون التجاري، ولا تعدو أن تكون مجرد «صلة» بين هذا القانون الخاص وبين مختلف فروع القانون، ولا تزيد على مجرد ما بينه وبين سائر العلوم الاجتماعية كالاقتصاد والأخلاق.

(١) كان الرومان يأنفون التجارة ولا يباشرونها إلا تستراً أو باسم الغير، وتركوها للأجانب، ولذلك يعتبر قانون الشعوب دعامة التجارة في العصور القديمة

ولا شك في أن هذه النظرية ضيقة ومنافية لطبيعة الأشياء كما سنرى بل وترتبت عليها أضرار بليغة بشرح القانون وتطبيقه العملي، إذ أدى ذلك إلى إهمال بحث المسائل التجارية الإدارية والجنائية إهمالاً ملحوظاً، فقد أنكر شراح القانونين الإداري والجنائي بدورهما هذه المسائل ورأوا أن القانون التجاري أولى بها مما أدى إلى غموض هذه المسائل واستغلاقها لتوقف كل من الطرفين عن ارتيادهما ووجدت « منطقة غير مستكشفة» بين هذه القوانين بسبب هذا الفهم الخاطئ لطبيعة القانون التجاري.

وإلى جانب هذا الرأي فطن البعض الآخر . ومن زمن طويل . (ليون كان ورينو . الموجز . هامش بصفحة٢) إلى أن القانون التجاري يتكون من فرعين؛ قانون تجاري خاص droit commercial privé وقانون تجاري عام droit Commercial Public؛ ولكنهم لم يجدوا بأساً من إمكان الفصل بين الفرعين، وتوجيه جهدهم إلى احدهما دون الآخر، فتبنوا أحد هذين التوأمين . وهو القانون التجاري الخاص . وجحدوا الآخر وأنكروه.

٥ – ولكن الذي لاشك فيه أن من العسير أن نعتبر القانون التجاري فرعاً من فروع القانون الخاص، على أساس أنه تكملة للقواعد المدنية أو امتداد لها، لا يختلف عنها في الطبيعة والكنه، كما أنه من الخطأ أن نعتبر تغلغل القانون العام في صميم المسائل التجارية مجرد علاقة بين القانونين، فالقانون الإداري بصفة خاصة يتدخل في صميم جميع المسائل التجارية بشكل ظاهر، وكثيراً ما نلمس آثاره في مسائل نحسبها أول الأمر من القانون الخاص البعيدة كل البعد عن أن تكون ذات صلة بالقانون العام، فإذا بهذا القانون يتدخل في صميمها ويندمج في أساسها.

٦ – والسبب في هذا الاندماج هو تعلق المسائل التجارية بالصالح العام ذلك التعلق الذي يوائم في الطبيعة بين القانونين التجاري والإداري من ناحية، ويباين بينه وبين القانون المدني من ناحية أخرى، كما أن الاتجاهات الاقتصادية والسياسية الحديثة قاربت لحد كبير بين القانون التجاري وبين القانون العام وباعدت بينه وبين القانون المدني الذي كان يظن أنه أصل القانون التجاري ومرجعه.

أولاً. تعلق المسائل التجارية بالصالح العام:

١ – فإذا كان الهدف الوحيد للقانون الإداري هو تنظيم الخدمات العامة للإفراد، فإن القانون التجاري بدوره ليس إلا إحدى الوسائل التي تكفل بها الدولة حسن أداء الخدمات العامة للجمهور.

فمن المعروف أن الدولة . إذ تشرف على الخدمات العامة . تتبع إحدى ثلاث وسائل: إما أن تقوم بالمرافق بنفسها، أو تعين المشروعات الخاصة على أدائه، أو تشرف عليها بمقتضى سلطتها اللائحية البوليسية (فالين ١٩٥٢ . صفحة ٤ و٥) وليس هذا الإشراف سوى مجموعة التقنينات التي تنظم المسائل التجارية.

وليست الخدمة العامة التي تقوم بها الدولة بنفسها بأكثر نفعاً للجمهور من مجهود التاجر بالنسبة للفرد، فمهما كانت أهمية الخدمات التي تؤديها الدولة للفرد، كالأمن في الداخل والخارج والعدالة والتعليم، فإن هذه الخدمات ثانوية بالنسبة للقمة الخبز أو الغذاء اليومي أو النقل أو الملبس الذي يوفره التاجر للفرد، وتغدو حياة الفرد مستحيلة بدون هذا المجهود، ولن ينهض مشروع تجاري إلا إذا كان غرضه يستجيب لخدمة عامة يشعر الفرد بضرورتها، وإلا فلن يجد التاجر زبناً يهفون إلى متجره.

وإذن فالقانون التجاري كالقانون الإداري أساسه هو مشكلة الخدمات العامة للجمهور، وكان القانونان متباعدين عندما كان دور الدولة محصوراً في الخدمات الأدبية المعنوية الضيقة التي كانت الدولة تقتصر عليها في الماضي، وترتب على ذلك أن انحصرت الدراسات الإدارية في حدود هذا الدور، أما الآن، وقد أتسع دور الدولة وأصبح إقتصادياً قبل كل شئ، فقد ألتحم نطاق القانونين وتغير وجه اهتمام القانون الإداري بالمسائل التجارية، وأحتلت نظرية البوليس التجاري مكانها في القانون الإداري.

فإذن أصبح من المتيقن أن دور القانونيين واحد، فأحدهما وهو القانون الإداري ينظم أولى الجهات إلى تحقق الخدمات العامة، وتلك هي الدولة. وثانيهما وهو القانون التجاري ينظم ثاني هذه الجهات أهمية وذلك هو التاجر، فالدولة تقوم بخدمة عامة والتاجر يقوم بخدمة عامة والقانون الإداري ينظم نشاط التاجر ونشاط الدولة أحياناً في نفس المجال.

هذا هو القانون التجاري إذا نظرنا إليه من ناحية تعلقه بالخدمات العامة التي يفيد منها الأفراد.

٢ - وكذلك إذا نظرنا إليه من حيث علاقة التجار ببعضهم لوجدناه أيضاً قانوناً متجرداً من روح الفردية التي ينهض عليها القانون المدني (الخاص) ومتعلقاً من هذه الناحية أيضاً بالصالح العام تعلقاً لا يقل عنه في مجال علاقة التجار بالأفراد.

فالقانون التجاري نشأ في الأصل دفاعاً عن مصلحة عامة مشتركة، مقدمة على المصلحة الخاصة للمدين، تلك هي مصلحة الطائفة أو مصلحة مجموع التجار، أما القانون المدني فهو قانون فردي بحت في نشأته وأصله، وكانت فكرته الأولى هي الدفاع عن الصالح الفردي وإعلانه وحمايته من الغير.

وإذا كان القانون المدني تأثر حديثاً بالاتجاهات الاشتراكية وتنبه إلى رعاية المصلحة العامة، فإنه ما زال متشعباً بالروح الفردية، ولم يصل بعد إلى النقطة التي بدأ منها القانون التجاري، فقد انطلق هذا الأخير بدوره. بسبب هذه الاتجاهات الاشتراكية نفسها. إلى آماد بعيدة لا يمكن أن يدركها القانون المدني في طريق رعاية المصالح العامة، ولن يتأتى للقانون المدني أن يتجرد عن الصالح الخاص أو يغمطه للدرجة التي وصل إليها القانون التجاري بل إنه لابد أن يحتفظ في مختلف مراحل تطوره بمميزة كقانون مدني خاص ولابد أن تبدو ملامحه الحقيقية من تحت النقاب، ففرق بين الطبع والتطبع.

٣ - ففي القانون المدني نجد أن العقد هو المصدر الأول للالتزام ويندر أن يكون القانون مصدراً للالتزام فيه.

وتسيطر فكرة سلطان الإرادة وحمايتها على ما عداها من الأفكار، ولا تتقيد هذه الإرادة بما سماه القانون المدني «بالنظام العام» وهذا القيد بدوره تراه في معظم الأحوال ينقلب إلى حماية فردية بحتة ضد بعض الاشتراطات المجحفة.

كما أن دفاع القانون المدني عن مصالح الغير هو دفاع على كره وعلى فتات المصلحة الشخصية للمدين، ويكفي أن نتذكر دعاوي الإعسار المدني التقليدية كالدعوى البوليصية وما أحاط بها من شروط وقيود يتعذر معها نجاحها...، وحتى عندما اتخذ القانون المدني نظام إشهار الإعسار المدني لم يهن عليه أن يتخلى عن مصالح المدين، فنراه يجيز للقاضي أن يحكم بناء على طلب المدين وفي مواجهة ذوي الشأن بإبقاء الأجل أو مده من جديد بالنسبة للديون المؤجلة، بل يجوز له أن يمنح المدين آجالاً جديدة بالنسبة للديون الحالة[١] كما يجيز للمدين أن يتصرف في ماله بعد إشهار إعساره ولو بغير رضاء الدائنين... وهو لا يجعل من الدائنين كتلة مجتمعة من الصالح العام بل ينظر إليهم بدورهم كصوالح خاصة منفصلة فلا يحول إشهار الإعسار دون اتخاذ الدائنين إجراءات فردية ضد المدين.

وبالمثل فنظرية القانون المدني في الحقوق العينية أساسها أن الملكية حق مطلق وأن للمالك أن يفعل ما يشاء في ملكه... أما القيود التنظيمية الحديثة فيه أضعف الإيمان.

أما القانون التجاري فهو على العكس يجعل القانون مصدراً عظيم الخطر في إنشاء الالتزامات، كما أنه يضع المصلحة الشخصية للمتعهد في الموضع الأخير، وتراه دائماً يبصر بالمصلحة العامة لدائنيه لأنه يعلم أن توقف مدين عن الوفاء بتعهده معناه سلسلة من التوقفات واضطراب لا حد له في الوسط التجاري كله، فمصالحهم قطار مشدود بعضه إلى بعض.

وبالمثل فنظرية الحقوق العينية هنا مجردة عن إطلاق حق المالك ومشبعة بالقيود نحو الغير، وليس ذلك على مضض كما في القانون

(١) هذه الفكرة منعدمة منه تماماً في القانون التجاري حتى بالنسبة للديون العادية في غير وقت الإفلاس.

المدني، بل ذلك فيها بطبيعتها ومنذ نشأتها فالقيود فيها خلقة لا اكتساباً.

٤ – من أجل ذلك كان من الصعب في كثير من الأحوال أن تلتقي نظريات القانون المدني والقانون العام، وكان من المتعذر أحياناً التوفيق بينهما، فنرى القانون الإداري ينسحب من الميدان أمام تماسك نظريات القانون المدني وقوة نظرياته التقليدية.

أما القانون التجاري فهو بالعكس طواع سهل الاندماج مع القانون الإداري إذ سرعان ما يتفاهم نظامان نشأ كل منهما دفاعاً عن الصالح العام... فهو يقبل أن تنظم التزامات التجار تنظيماً إدارياً بحتاً، وأن تضاف إلى هذه الالتزامات ما لا يحصى في مواجهة الحكومة، وأن تنقلب بعض مسائله إلى مسائل متعلقة بالقانون العام.

ثانياً – تدخل القانون الإداري في صلب المسائل التجارية:

١ – وقد ترتب على ذلك نشوء أحكام تجارية إدارية، هي من صميم القانون التجاري ولكنها ذات وجه إداري بحت لأنها مجرد علاقة بين الدولة والفرد.

وهي لكثرتها وشيوعها في القانون التجاري قد صبغته بصبغة تجعل من المستحيل بعدها أن نصف القانون التجاري بأنه قانون خاص.

وأدى ذلك إلى أن حمل القانون الإداري على مجال القانون التجاري حملات موفقة وغزاه في مسائل تعتبر من صلب هذا القانون الأخير.

ويقرر الأستاذ اسكارا في ذلك (بند ٥٢) أن « مشكلة توحيد القانون الخاص. بإدماج القانونين المدني والتجاري في بعضهما. قد فقدت أهميتها فلم تعد ثمة مشكلة في إدماجهما، ولكن آل أمر هذه المشكلة إلى أن صارت في امتصاص القانون العام للقانون التجاري».

ويكفي أن نذكر في ذلك أن كافة عقود الحرف التجارية بلا استثناء منظمة تنظيماً إدارياً بحتا يجعل تنفيذها مقيداً بالإلتزامات في مواجهة الدولة وتحت إشرافها، ويكفي أن نضرب أمثلة على ذلك بالقوانين العديدة التي تنظم السمسرة والنقل والرهن التجاري وشركات المساهمة والتأمين، ويحدو ذلك جيش جرار من القوانين واللوائح التي تنظم التجارة والاحتراف بها كقانون السجل التجاري وقوانين الغرف التجارية وتجارة الجملة وتنظيم الأسواق المختلفة ومنع الغش التجاري والتدليس وقوانين الملكية التجارية والصناعة وكافة المسائل التجارية المختلفة.

٢ – وما نراه من تدخل الدولة باسم المصلحة العامة في هذه المسائل التي كانت أول ما يذكر من نطاق القانون الخاص، إنما يكون بشكل صارخ لا يمكن أن تهضمه الأصول المدنية المتشبثة بسلطان الإرادة، ففي القانون رقم (١٣٢) الصادر في ١٦ أغسطس سنة ١٩٤٩ الخاص ببراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية اقتضت المادة (٣٠) أنه إذا لم يستغل الاختراع الذي منح صاحبه براءة في مصر في ظرف ثلاثة سنوات، استغلالاً وافياً بحاجة البلاد، جاز أن تمنح رخصة إجبارية باستغلال الاختراع لأي شخص رفض صاحب البراءة التنازل له عن حق الاستغلال أو علق تنازله على شروط مالية باهظة وبشرط أن يكون الطالب قادراً على استغلال الاختراع.

ومنها أيضاً ما اقتضاه القانون رقم (٨٩) الصادر في ٦ سبتمبر سنة ١٩٤٢ بشأن التأمين الإجباري عن حوادث العمل، فمميزات القانون الخاص وحرية الإرادة هي آخر ما اعتبره المشرع في التزام رب العمل التأمين، وفي علاقته بالمؤمن لديه، وصارت هذه المسائل التعاقدية منظمة على أسس واضحة من القانون العام، فالتزام رب العمل التأمين قد انقلب إلى أن يصير في مواجهة الدولة لا في مواجهة العمال ويعاقب رب العمل على عدم إجرائه إياه، وعلى الهيئات المؤمن لديها أن ترسل إلى مصلحة العمل في الأسبوع الأول

من كل شهر كشفًا مبيناً به جميع العقود التي أبرمتها أو جددتها خلال الفترة السابقة وكشفاً آخر مبيناً به جميع المبالغ التي صرفتها لمستحقي التعويض ويحرر الكشفان على نماذج يقرها وزير الشئون الاجتماعية.

والأكثر من ذلك أن على هذه التأمينات أن ترسل إلى مصلحة العمل نسخة من التعويضات الخاصة برسوم التأمين وما قد يطرأ عليها من تغيير ولوزير الشئون الاجتماعية حق تقرير الحد الأعلى لهذه التعويضات سنوياً على ضوء أرباح هيئات التأمين وخسائرها من هذه العملية، ولمصلحة العمل الحق دائماً في أن تطلع لدى هيئات التأمين على عقود التأمين سالفة الذكر أو طلب بيانات عنها (المادة ١٤) وكل ذلك مرقم بجزاءات وعقوبات مختلفة.

وكذلك اقتحم التنظيم الإداري واللائحي مسائل عقود العمل بحيث لا نبصر فيها إلا التزامات في مواجهة الدولة والمصالح العامة.

ومن المسائل الجديرة بالنظر مسائل شركات المساهمة، فهذه الشركات تتجه الآن اتجاهاً خطيراً في التشريع المقارن نحو اعتبارها هيئات أو نظما تخضع لسلطة الدولة، واعتبار العمال شركاء في المشروع مع أصحاب رأس المال، وكثرت التزامات هذه الشركات نحو الدولة كثرة واضحة، وإذا لم يكن التشريع المصري قد وصل إلى هذه الدرجة بعد بصفة مطلقة، فلا شك في أنه قد خطا نحوها خطوات واسعة بتقرير أوضاع والتزامات في مجال هذه الشركات ذات اتصال مباشر بالقانون العام، فشركات المساهمة تأسس بأوامر إدارية هي المراسيم، ويتحمل مؤسسوها ومديروها التزامات عامة بحتة في مواجهة الدولة دون غيرها وذلك كطرح نسبة من الأسهم المكتتب بها في مصر وتخصيصها للمصريين، وتحديد نسبة الأعضاء المصريين في مجلس الإدارة، وعدم جمع الأعضاء بين إدارة أكثر من عدد معين من الشركات.

كما أن التشريع المصري خطا خطوات أكثر جرأة فيما يتعلق بنوع خاص من شركات المساهمة هي شركات التأمين، مما يجعل نظام هذه الشركات حافلا بالالتزامات في مواجهة الدولة بشكل يكشف كيان الالتزامات الفردية ويقلص ظلها، فالقانون رقم (٩١) الصادر في ١٨ سبتمبر سنة ١٩٥٠ والخاص بالإشراف والرقابة على هيئات التأمين، قد أوجب تسجيل أية هيئة تباشر التأمين في مصر في سجل خاص بوزارة المالية ونشر التسجيل في الجريدة الرسمية، وإلا فلا يجوز لهذه الهيئات مباشرة عمليات التأمين، ويحدد القانون شكل الشركة ومقدار رأس مالها ونسبة ما يوجد من هذا المال في مصر وأوجه استغلاله، كما حدد القانون سلطة المدير إذا كانت الشركة أجنبية وألزم الشركات التزامات عديدة فيما يتعلق بالشروط العامة للتأمينات والأسس الفنية التي تقوم عليها إدارة الشركة وحساباتها ومراقبتها وتصفيتها وغير ذلك، وكل ذلك تحميه عقوبات جنائية مختلفة.

٣ – ثم لا يفوتنا أن نذكر قيام الدولة بالمرافق التجارية كالسكك الحديدية والتليفونات والتلغرافات وبيع التجزئة، وما يثيره ذلك من مشاكل مختلفة، يلتبس فيها أمر ما تفرضه من شروط وهل مرده سلطتها اللائحية أو مركزها كمتعهد أو كطرف في التعاقد، وأخيراً فاتصال القانون التجاري بمسائل الضرائب . وهي من التشريع المالي . هو اتصال وثيق جداً يضفي على هذا القانون روحاً تبعده عن القانون الخاص.

كل هذه المسائل تجعل القانون التجاري طواعاً للقانون الإداري بسبب اتحاد طبيعتهما في رعاية الصالح العام، وقد أوجدت مسائل هي من صلب القانون التجاري ولا يجسر العقل على وصفها بأنها قانون خاص بالمعنى المفهوم في القانون المدني، الذي تظل حدوده دائماً واضحة، ومغلقة في وجه القانون الإداري وغيره من القوانين.

ثالثاً – الاتجاهات الاقتصادية والسياسية الحديثة:

وقد زادت الاتجاهات الاقتصادية والسياسية الحديثة المترتبة على اعتناق النظريات الاشتراكية كشفاً لطبيعة القانون التجاري واختلاف

هذه الطبيعة عن القانون المدني.

فمن ناحية حلت الدولة محل الأفراد في كثير من أوجه النشاط التجاري والصناعي ولم يصعب عليها التوفيق بين قواعد القانونين الإداري والتجاري في هذا الصدد وإن لم يزل ذلك محل جهد مستمر.

ومن ناحية أخرى أصبحت المشروعات الحرة تحت إشراف الدولة وقاربتها كما بينا.

القانون التجاري ليس فرعاً للقانون الخاص

١ – ومن الظاهر أن النتيجة التي نستخلصها من ذلك كله هي أن القانون التجاري لا يعتبر فرعاً من فروع القانون الخاص، بل هو في بعض نواحيه لا يعدو أن يكون جزءاً من الدراسات الإدارية، وفي بعضها الآخر نراه فرعاً مستقلاً بذاته بعيداً عن القانون الخاص، ولا تعدو علاقته بالقانون المدني عن أن تكون مجرد صلة بين فرعين مستقلين.

٢ – فأهم أقسام المسائل التجارية. وعمودها الفقري. هو الأعمال التي يحترفها التاجر، والتي يتكون من تكرارها غرض المشروع الذي يديره، وتسمى تلك الأعمال، بالأعمال التجارية بذاتها أو الأعمال التجارية المطلقة أو العينية وهي مسماة في القانون على وجه الحصر ولكن يجوز القياس عليها كالشراء لأجل البيع والتوريد والنقل وإنشاء المباني والسفن والمقاولات المختلفة التي ذكرها القانون.

وهذا النوع من الأعمال بعيد عن القانون الخاص لسببين:

السبب الأول أن هذه الأعمال أصبحت في جوهرها جملة من القيود الإدارية التي وضعها المشرع تنظيماً للاحتراف، فهي موضوع التنظيم الإداري للتجارة، فإذا قلبنا أحكام هذا الجزء وجدناه إدارياً بحتاً إذ هو يقوم على النظم التي تضعها الدولة لإدارة المحال التجارية والقيد في السجل التجاري وتنظيم الملكية الصناعية والتجارية، أو القيود الخاصة بمباشرة التجارة كقوانين تنظيم المهن المختلفة التي أشرنا إليها (التأمين والسمسرة وغيرها) وقيود قمع الغش التجاري ومحاربة التدليس.

والسبب الثاني أن هذه الأعمال هي بذاتها الخدمة العامة التي يؤديها التاجر للفرد، والتي بينا من قبل أهميتها في إيجاد الصلة بين القانونين الإداري والتجاري باعتبار كل منهما قانون موضوعه الخدمة العامة.

والواقع أن مركز الفرد من التاجر هو تماماً مركزه من أي مرفق عام بمعنى الكلمة، لأن الفرد في الحالتين يقتضي خدمة عامة لا غنى عنها في حياته، وهذه الخدمات يجب أن يضطرد سيرها وأن ينتظم، وأن يتساوى حيالها الجمهور مساواة تامة، فيكون الجميع أمام التاجر في مركز مادي أو موضوعي غير شخصي، فلا يحابي مستهلكاً على غيره ولا يقدم ولا يفضل بينهم في المعاملة، وأننا لنلمس مدى استياء أحد أفراد الجمهور وحنقه إذا لمس تفضيل غيره عليه عند تعامله مع أحد التجار، استياء ينم عن مدى شعوره بحقه في المساواة بغيره في المعاملة ويبرهن على اتفاق ذلك وطبيعة الأشياء وحقيقتها.

وإذن فلا مانع من أن نطبق على مركز الفرد من التاجر نفس المعيار والنظرية التي نطبقها بالنسبة لمركزه من المرفق العام التجاري والصناعي، وقد رأي الأستاذ دوجي وأغلب الشراح (جزء ٢ صفحة ٧١) أن هذا المركز قانوني مادي وليس تعاقدياً، وبين ذلك بقوله بصفة مطلقة أن «للفرد حيال المرفق العام أن يباشر حقه في حدود القيود التي وضعها القانون لهذه الخدمة، أي أن يستفيد منها بالشروط التي حددها العمل القانوني المنشئ للمرفق والمنظم له وإذا أعلن الفرد في ذلك عن إرادته الموائمة من حيث غرضها وموضوعها لنظام هذا المرفق، فإنه ينشأ لنفسه بذلك مركزاً قانونياً مجرداً»، ولكن الأستاذ فالين (١٩٥٢– صفحة ٤١٥) يميز في ذلك بين مركز الفرد من المرفق التجاري والصناعي وبين مركزه من غيرها من المرافق (كمرفق العدالة والبوليس) ورأي أن المنتفع مركزه

تعاقدي خاضع للقانون الخاص بالنسبة للنوع الأول وأورد على ذلك أحكاماً من مجلس الدولة الفرنسي فحتى لو أخذنا بهذا الرأي الأخير، فإنه سيقلب الأمور رأساً على عقب وستختلف النظرة بالنسبة لكثير من الاشتراطات التجارية كما سيختلف النظر إلى تغيير الظروف بعد التعاقد ومدى تأثيرها في حق الفرد في التمسك بهذه الشروط.

٣ – وبهذه المناسبة نذكر أن الاتجاه الحديث في فقه القانون التجاري يهدف إلى حصر القيام بالخدمات التجارية في التجار، مما يزيد في قابلية المسائل التجارية للتنظيم الإداري.

فالقانون التجاري يعود الآن شخصياً كما بدأ، فلا ينطبق إلا على المحترفين، وقد اتخذ هذا المبدأ في فرنسا الأستاذان اسكارا وريبير المعبران عن تطور القانون التجاري، إذ رأيا أن المقاولة أو المشروع هي معيار العمل التجاري ومناط تطبيق أحكام القانون التجاري، وسايرهما في ذلك القضاء الفرنسي لحد بعيد وكذلك بدأت كتابات الشراح في مصر كالأستاذ محسن شفيق تتأثر بذلك.

ولا شك في أن هذا الاتجاه يتمشى مع ما نقرره، إذ يصعب. بطبيعة الحال. اعتبار الفرد العادي قائماً بخدمة عامة إذا هو اشترى ليعيد بيعه أو مارس نقل الأشخاص غراراً وبالصدفة دون احتراف.

٤ – بقى بعد ذلك ما يأتيه التاجر من أعمال مدنية بطبيعتها بمناسبة مباشرته لحرفته التجارية، وتسمى بالأعمال التجارية التبعية أو الذاتية.

وإذا كان هذا الجزء يدخل في نطاق القانون المدني، فلا ضير من ذلك فإن الدولة نفسها إذ تتعاقد تعتبر عقودها مدنية وتطبق عليها أحكام القانون الخاص، ومع ذلك فإن العقود التجارية التبعية تقبل التنظيم الإداري لحد بعيد كما هو الحال بالنسبة لارتباطات التاجر بعماله، كما أن هذه العقود ذات طابع خاص يباعد بينها وبين القانون المدني ويمنع من اندماجها فيه.

والسبب الرئيسي لذلك هو أن العقود التجارية نشأت في مجال مستقل عن المجال المدني، بينما تشبعت العقود المدنية بالنظريات التقليدية وأهمها نظرية السبب، فالتجار لا يعرفون نظرية السبب المدني لأن السبب الوحيد لعقودهم هو اجتناء الربح. فليس عندهم عقود عينية لأن عقودهم لا تمت إلى القانون الروماني بصلة؛ والقرض عندهم دائم بفائدة، كما أنهم لا يعرفون العقود التبرعية؛ وحتى الكفالة لا تكون تجارية إذا كانت تبرعية، إذ يجب على الأقل . في أكثر الآراء توسعاً . أن يكون للكفيل مصلحة فيها. ولم يعرف التجار شيئاً عن مخالفة الآداب لفرط استغراقهم في الاستغلال وامتصاص الربح. ومن المعروف أن الأقدمين كانوا يعتبرون التجارة لهذا السبب من الحرف الدنيئة، كما أن الإغريق جعلوا للتجار واللصوص إلاهاً واحداً هو المشترى (اسكارا بند ٣٨) ومن أجل ذلك كان الوسط التجاري هو المباءة التي نشأ فيها الربا واحتضن القانون التجاري إدارة الملاهي في وقت كانت فيه معتبرة من أسباب الفجور، وما زال هذا القانون ينظم دور المقامرة والمراهنات وهي من الأعمال المنافية للنظام العام في المحيط المدني، ولذلك أيضاً نشأت العقود التجارية الأصيلة . كالقروض والوديعة التجارية . مجردة عن السبب، فلا تقبل البطلان لدفوع السبب. ومن هذه الأعمال التجارية المجردة من السبب الكمبيالات والشيكات والسندات الإذنية وسندات الشركات المساهمة وتذاكر النقل وبونات التخزين وفليارات البورصة، وإذا كان القانون التجاري قد عرف بعض دفوع السبب، فإن ذلك كان في عصر متأخر وبتأثير النظريات المدنية، فأبطل الشراح شرط الأسد في الشركات وشرط الطريق الممهد في الرهون التجارية، وأبطلت أوراق المجاملة لكذب السبب فيها، والآن كثر تطبيق الدفع بالسبب في المسائل التجارية لسبب كثرة القيود القانونية التي سادت المسائل التجارية.

كذلك تختلف الأسس التي تقوم عليها النظريات الإدارية في المسائل التجارية عنها في المسائل المدنية فمع أن المحيط التجاري كان المجال الذي نشأت فيه نظريات حرية التجارة، إلا أن الإرادة في المسائل التجارية أكثر تقييداً منها في المسائل المدنية، وذلك بسبب

المادية وبسبب سرعة إبرام العقود التجارية وتلاحقها، فالقانون التجاري أكثر أخذاً بالإرادة الظاهرة (محمد صالح بند ١١) كما أنه يعتبر السكوت قبولاً، حتى بالنسبة لطريقة تنفيذ العقد (محكمة النقض ٤ ديسمبر ١٩٥٠ محاماه ٣١ . ٩٧٩) ويلاحظ الشراح أن مبدأ سلطان الإرادة يعاني نكوصاً مستمراً في المسائل التجارية (اسكارا بند ٣٧).

كل ذلك يؤكد لنا أنه، حتى هذه العقود التبعية ذات صبغة خاصة تفضل بينها وبين المسائل المدنية.

٥ – وفي النهاية ليس في القانون التجاري بعد ذلك سوى أحكام الإفلاس وهي أحكام إجرائية تشابه قواعد المرافعات فهي بدورها ليست من القانون الخاص إذ يعتمد بالنسبة لها ذات الحجج التي استبعدت بسببها قواعد المرافعات من القانون الخاص.

جولة في مجلات القانون العام المتخصصة

مجلة مجلس الدولة
السنة التاسعة والعشرون - سنة ٢٠٠٣

تعليقات على الأحكام

للمستشار الدكتور / محمد ماهر أبو العينين
نائب رئيس مجلس الدولة

أحكام هامة للمحكمة الإدارية العليا في تأصيل بعض الأفكار القانونية:(❖)

١- مفهوم جديد للإصابة بسبب العمليات العسكرية:

لا يأخذ مجلس الدولة في مصر – على عكس اتجاهات مجلس الدولة الفرنسي – بفكرة المسئولية على أساس المخاطر أي بدون خطأ من جانب الجهة الإدارية إلا إذا كانت هذه المسئولية مقررة بنص القانون وأظهر الحالات القانونية لهذه المسئولية في مصر هي إصابة العمل بصفة عامة والإصابة أثناء العمل أو بسببه والتي لها تطبيقات هامة في مجال الخدمة العسكرية وعلى الرغم من انتقادنا لهذا الوضع [١] إلا أننا نأمل أن يتطور قضاء المحكمة الإدارية العليا تجاه تقرير هذه المسئولية نظراً لسرعة التطور التكنولوجي وتعقيده في نطاق المرافق العامة على نحو يجعل من العسير على من أصابه ضرر من جراء سير هذه المرافق إثبات خطأ الجهة الإدارية، خاصة إذا كان الأمر يتعلق بمسئولية فنية تتطلب جهداً فنياً في إثبات وقوع خطا جسيم من عمال الجهة الإدارية أو تتعلق بنشاط خطر بطبعه يجعل من الضروري افتراض وقوع الخطأ دون إثباته.

وعلى الرغم من أن المسئولية عن الأضرار في المجال العسكري بالنسبة للمخاطبين بقانون التقاعد والتأمين لأفراد القوات المسلحة تقوم على أساس المخاطر طبقاً للقانون رقم (٩٠) لسنة ١٩٧٥ المنظم للتقاعد والتأمين والمعاشات حيث أجاز صرف معاش تأميني عن حالات العجز الكلي أو الجزئي الناشئ عن العمليات العسكرية أو عن الخدمة العسكرية بصفة عامة بوصف ذلك من أنواع النشاط الخطرة بطبيعتها وتتطلب رفع عبء إثبات الخطأ عن كاهل العسكريين المصابين بسبب أو أثناء الخدمة أو بهما معاً، فإن القانون المذكور فرق بين حالات الإصابة بسبب الخدمة وبين الإصابة الناتجة عن العمليات العسكرية من ناحية أخرى حيث تختص الحالة الأخيرة بقواعد أكثر سخاء في التعويض.

والحكم محل التعليق[٢] أتى بمفهوم جديد وجميل لعبارة بسبب العمليات الحربية التي وردت في قانون التقاعد والتأمين والمعاشات للقوات المسلحة الصادر بالقانون رقم (٩٠) لسنة ١٩٧٥.

وتخلص وقائع هذا الحكم في أن أحد المجندين بالقوات المسلحة أقام دعواه أمام محكمة القضاء الإداري بطلب اعتبار خدمته قد انتهت بالقوات المسلحة لعدم اللياقة الطبية أثناء الخدمة بسبب العمليات الحربية حيث كان يخدم بالقوات المسلحة كمجند وشارك مع القوات المصرية التي سافرت لتحرير دولة الكويت، وقد أصيب بمرض تم تشخيصه بمعرفة القومسيون الطبي على أنه درن رئوي

(❖) مقتطفات من التعليقات المنشورة في مجلة مجلس الدولة.

(١) انظر مؤلفنا الوسيط في شرح اختصاصات مجلس الدولة ج١ ص ٧٦٠.

(٢) الحكم الصادر من المحكمة الإدارية العليا الدائرة الأولى برئاسة السيد الأستاذ المستشار/محمد أمين المهدي رئيس مجلس الدولة وعضوية السادة الأساتذة المستشارين د. فاروق عبد البر وأحمد عبد الفتاح حسن وأحمد عبد الحميد عبود وأحمد محمد المقاول نواب رئيس مجلس الدولة في الطعن رقم (٢١٦٥) لسنة (٤٤) القضائية جلسة ٢٠٠١/٤/٢١م

مزدوج بنسبة عجز جزئي قدره ٢٠٪ ، وأن خدمته انتهت بالقوات المسلحة لعدم اللياقة الطبية أثناء وبسبب الخدمة وليس بسبب العمليات الحربية حيث سيحصل في هذه الحالة على تعويضات أكبر وقد انتهت محكمة القضاء الإداري عند نظر الدعوى إلى رفضها لأن إصابته كانت بسبب البرد والدخان الذي تولد عن احتراق آبار البترول بدولة الكويت وكثرة تلوث الجو، وأنه أي المدعي لم يذكر في التحقيق الذي أجرى معه أن إصابته كانت بسبب العمليات العسكرية ولم يقدم أي دليل يفيد ذلك، وانتهت إلى حكمها السالف.

وعند نظر الطعن على هذا الحكم أمام المحكمة الإدارية العليا ذهب إلى أن الثابت من التحقيق الذي أجري بواسطة الجهة الإدارية أن سبب مرض الطاعن يرجع إلى البرد الشديد والدخان الأسود المنبعث من آبار البترول المحترقة والتلوث الجوي، الأمر الذي يتحقق معه اليقين بأن ما أصابه إنما كان بمناسبة وجوده على مسرح العمليات الحربية بالكويت، في المعارك التي ساهمت فيها القوات المسلحة المصرية دفاعاً عن استقلال بلد عربي، هو الكويت، من غزو اجتاحها، وإسهامها في تحرير أرض دولة عربية من احتلال خارجي نال من استقلالها واستهدف إلغاء وجودها مما يتعين معه اعتبار إصابته، أنها تمت، حقاً وصدقاً، أثناء وبسبب العمليات العسكرية، فذلك ما تنطق به الأوراق المقدمة من الجهة الإدارية ذاتها، التي ورد بها أن مما تسبب في الإصابة التي لحقت بالطاعن، العادم الذي انبثق نتيجة إشعال النار بآبار البترول أياً ما يكون سبب ذلك أو المتسبب فيه، حين هبت القوات المصرية، مع غيرها من قوات التحالف، لإجلاء القوات التي اجتاحت دولة الكويت بردها إلى خارج حدود تلك الدولة، أساس ذلك أن الجهة الإدارية اعتبرت واعتدت بأن الإصابة التي لحقت بالطاعن هي بسبب الخدمة، وكانت الخدمة قد تمت بمسرح العمليات الحربية، الأمر الذي مفاده منطقاً وقانوناً أن تكون الإصابة في حقيقتها هي بسبب العمليات العسكرية، وأن عبارة «بسبب العمليات العسكرية» الواردة في القانون رقم (٩٠) لسنة ١٩٧٥ لا تقتصر في حكم صحيح التفسير استهداء بمقصود المشرع الوطني في إطار من الأحكام العامة الملزمة والتي تمثل تراثاً عاماً للإنسانية والتي من شأنها، فيما نحن بصدده، تقرير حقوق للجندي المقاتل تقابل ما تقرر من التزامات تقيد تصرفات الدولة المتحاربة في إدارة عملياتها العسكرية وأيضاً في ضوء المتغيرات في الأساليب والأدوات الناتجة عن تطور الآلة الحربية، ولا يقتصر وحسب على تلك الإصابة المباشرة بطلق أو شظية أو انفجار لغم، وإنما يشمل أيضاً الأضرار الناتجة عن استعمال الأساليب المخالفة لقوانين وأعراف الحرب، على نحو ما هو منصوص عليه أساساً باتفاقيات لاهاي لسنة ١٩٠٧ وبغيرها من المعاهدات التي تحظر استعمال المواد الكيماوية أو السامة أو التي تلحق أضراراً لا تتناسب مطلقاً مع الضرورات العسكرية على نحو ما هو منصوص عليه، على سبيل المثال، باتفاقية سنة ١٩٤٨ التي تحظر الإبادة الجماعية أو إبادة الجنس، والتي تعتبر أحكامها داخلة في نسيج القانون الدولي العام سواء وقعت عليها الدولة أم لم توقع حسبما أوضحت محكمة العدل الدولية برأيها الاستشاري الصادر في ٢٨ من مايو سنة ١٩٥١، وذلك فضلاً عن أحكام قانون «جنيف» الذي أرسى مبادئ القانون الدولي الإنساني التي تورد قيوداً على استعمالات الآلة العسكرية وبالأخص إذا تداعت آثارها على المدنيين، وهو القانون الذي بدا اتفاقياً مصدره المعاهدات المعقودة في ١٢ أغسطس سنة ١٩٤٩ ثم أصبح داخلاً في نسيج القواعد العامة الآمرة التي يتعين أن ينزل على حكمها الكافة ويصدق هذا أيضاً على الأحكام الواردة بالبروتوكولين الإضافيين لتلك المعاهدات والموقعين بجنيف سنة ١٩٧٧، فإذا كان ذلك وكان من العلم العام أن تفجير آبار البترول الكويتية إنما تم في إطار من عمليات حربية، فأياً ما يكون مدى مشروعيتها، فإن ما سببه ذلك من أضرار على الجنود الموجودين بمسرح العمليات مما يتحقق به ويتكامل المركز القانوني لمن يصاب من أفراد تلك القوات بسبب العمليات الحربية، وبالترتيب على ما سبق وإذ قضى الحكم الطعين بغير ذلك، يكون قد أخطأ السبيل وتنكب صحيح تفسير وتطبيق حكم القانون، مما يتعين معه إلغائه والقضاء مجدداً بأحقية الطاعن في الحصول على جميع الحقوق والمزايا المقررة في القانون رقم (٩٠) لسنة ١٩٧٥ باعتبار أن إصابته كانت أثناء الخدمة وبسبب العمليات الحربية.

وهذا القضاء يمثل في نظرنا تطويراً لمبدأ المسئولية على أساس المخاطر على نحو سيؤدي بإذن الله إلى أن يستقر هذا القضاء في أحكام محاكم مجلس الدولة على نحو يرفع عن كثير من المتضررين من جراء سير المرافق العامة عبء إثبات وجود خطأ من الجهة

الإدارية يستحق بموجبه التعويض حيث سيؤدي النظر الطبيعي للرقابة القضائية إلى تأكيد هذا المبدأ دون أن يستند التطبيق إلى نص قانوني.

٢- مفهوم تأصيلي لدور القاضي في الموازنة بين المصالح:

على خلاف الاتجاه السائد في الفقه من إرجاع رقابة القضاء الإداري على الموازنة بين المصالح إلى اعتبارها نوعاً من الرقابة على الملاءمة في القرار الإداري فإننا أرجعنا مبدأ التوازن بين المصالح إلى اعتباره من المبادئ العامة للقانون توصلاً نحو وجوب تطبيق هذا المبدأ على الدوام من جانب القضاء الإداري بوصف أن اعتبار رقابة التوازن هي رقابة ملاءمة من شأنه أن يجعل الرقابة القضائية عليها تنحسر في كثير من الأحيان من جراء استبعاد القاضي المنطقة من الرقابة في كثير من القرارات أما اعتبارها مبدأ من المبادئ العامة كمبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية ومبدأ عدم جواز سحب القرار الإداري الصحيح فمن أثر ذلك وجوب أن يبسط القاضي سلطته في الرقابة بصفة دائمة على توافر التوازن المفترض بين المصالح[١] وفي الحكم محل التعليق[٢] أخذت المحكمة – ووجهة نظري – بفهم صحيح لطبيعة هذا المبدأ ولم تلجأ إلى وسائل أكثر سهولة لإلغاء القرار المطعون فيه.

وتخلص الوقائع في أن المدعين أقاموا دعواهم بطلب وقف تنفيذ وإلغاء القرار الصادر من الجهة الإدارية بالموافقة على تسليم (٧٢) قطعة آثار من الآثار المصرية الفريدة لعرضها بالخارج وقضت محكمة القضاء الإداري بوقف تنفيذ ثم إلغاء هذا القرار وأقامت حكمها على أساس أن العقد المبرم لعرض الآثار هو عقد إيجار لهذه الآثار وهو ما لا يجوز قانوناً باعتباره تصرفاً لم يرد نص يجيزه مما يجعل القرار المطعون فيه مخالفاً للقانون.

وعند الطعن على هذا الحكم أمام المحكمة الإدارية العليا أخذت بفهم مخالف كسبب للإلغاء حيث استندت المحكمة إلى افتقاد القرار للتوازن المفترض بين المصالح وذهبت إلى أن قضاء الإلغاء هو بالأساس قضاء مشروعية، وذلك من جهة تسليط رقابة القاضي الإداري على القرارات الإدارية المطعون فيها استظهاراً لمدى انضباطها داخل أطر المشروعية الحاكمة، وذلك بوزنها بميزان القانون ومقتضى الشرعية التي تتمثل فيها المصلحة العامة ويتحقق بها استقرار النظام العام، فيلغيها القاضي الإداري إن تلمس مجاوزة القرار لأحد تلك الأطر إما لمخالفة أحكام القانون أو تجاوز ما يتعين استواء تصرفات الإدارة على هدى من الشرعية، وإما لانحرافه عن جادة المصلحة العامة التي هي، ويتعين أن تكون دائماً، أساس عمل الإدارة والهدف من تدخلها، أو استهدافه غاية من غايات المصلحة العامة تكون أدنى في أوليات الرعاية ومدارجها، من غايات تعلو ومصالح تسمو فتبتغي. وإذ كان ذلك، وكان الثابت من الأوراق في ضوء ظروف وأوضاع القرار المطعون فيه أنه صدر من رئيس مجلس الوزراء مفوضاً في ذلك من رئيس الجمهورية بعرض بعض الآثار في بعض المدن اليابانية بقصد تحقيق الدعاية السياحية لمصر وآثارها حسبما ذكرته الجهة الإدارية، حيث جرى الاتفاق مع شركتين يابانيتين للإعلانات لعرض هذه الآثار في بعض المدن اليابانية وذلك مقابل مبلغ مليون وأربعمائة وخمسين ألف دولار أمريكي، وبافتراض أن السلطة المختصة قد رأت في ذلك تحقيق مصلحة عامة، فإن هناك مصلحة عامة أحق بالتغليب تتمثل في وجوب أن يكون عرض آثار مصر القديمة والتي تشهد على عراقة هذا الوطن وتاريخه وعظمته وشموخه في المكان اللائق بها الأمر الذي يتأبى معه عرضها في مكان غير مناسب أو ملائم لما تستحقه هذه الآثار من تقدير واحترام مهما كان العائد المالي الذي قد يدره هذا العرض، فليس العائد

---

(١) انظر في تفصيلات ذلك مؤلفنا دعوى الإلغاء ص ٢ أسباب إلغاء القرارات الإدارية.

(٢) صدر هذا الحكم من الدائرة الأولى برئاسة السيد الأستاذ المستشار/ محمد أمين المهدي رئيس مجلس الدولة وعضوية السادة الأساتذة المستشارين/ د.فاروق عبد البر وأحمد عبد الفتاح حسن وأحمد عبد الحميد عبود وأحمد محمد المقاول نواب رئيس مجلس الدولة في الطعن رقم (٤٧٥٣) لسنة (٤٤) ق جلسة ٢٠٠١/٦/٢٣.

المالي، ولا يجب أن يكون، هو وجه المصلحة العامة في عرض الآثار في الخارج على نحو ما يجيزه استثناء نص المادة (١٠) من قانون حماية الآثار المشار إليه؛ إذ لا يصح بحال أن تأكل مصر بآثارها، فوجه المصلحة العامة – ويهيمن عليها قاضي المشروعية الذي يقول في شأنها قول الحق وكلمة القانون . التي تتغيا في أمر جواز عرض بعض الآثار بالخارج والمعنية بهذا النص وفقاً لصحيح الفهم القانوني على نحو ما تكشف عنه بيقين المذكرة الإيضاحية للقانون باعتبار الآثار ثروة قومية وتراثاً إنسانياً، هو مخصص لزوماً بحكم القانون، بأن يكون محققاً – في آن واحد . لمصلحة قومية مع الحفاظ على شموخ الآثار وصونها والذي يتأبى معه أن يكون العائد أياً كان ومهما بلغ، أساس إجازة العرض بالخارج

أو الترخيص به أو أن يكون العائد المالي هو الحافز أو الدافع الأساسي باتخاذ شيء من ذلك؛ فقومية الثروة تتداعى قيوداً وتخصيصاً لوجه المصلحة العامة التي يتعين أن يدور في فلكها، فلا يخرج عليها أو ينفلت من إسارها ويتطاول خارج حدودها، الترخيص بعرض الآثار المصرية في الخارج الأمر الذي يستدعي معه في هذا المجال كل الحرص وكل التدقيق من جميع الأجهزة المؤتمنة على هذه الثروة القومية على القيام بصحيح التزاماتها في هذا المضمار.

وفي ضوء ما تقدم جميعه، ومتى كان الثابت أن قرار الموافقة على عرض بعض الآثار المصرية القديمة في بعض المدن اليابانية، قد خلا من بيان جوهري يتعلق بمكان العرض وضرورة كونه لائقاً ومناسباً صدقاً وحقاً لتلقي جزء من ثروة مصر القومية، فإن هذا القصور في البيان يتداعي بأثره على مشروعية القرار حيث تستوعب المشروعية وجه المصلحة العامة القومية فتندمجان في نسيج قواعد آمرة تخضع لها الأجهزة الفنية والجهات الإدارية ثم تهيمن، من بعد ذلك على الأمر كله، مقتضيات المشروعية التي لها حفظتها وحماتها، ويتحقق كامل هذه المقتضيات متى توافر اليقين بالحفاظ على شموخ الأثر وكونه مصوناً يتوفر له كامل التقدير وكل الرعاية، فإذا تخلف شيء من ذلك، كانت الإجازة معيبة، حق عليها الإلغاء، وإذا تتلاقى محصلة الحكم الماثل مع النتيجة التي انتهى إليها الحكم المطعون فيه وإن جانبه الصواب في إدراك كنه القرار محل الرقابة القضائية، فإن هذه المحكمة تكتفي بأن تحل صحيح تكييفها لحقيق المنازعة وللأسباب التي يقوم عليها صحيح القضاء محل ما ورد بالحكم المطعون فيه في هذا الشأن.

وهو ما يمثل في رأينا تطبيقاً لمبدأ الموازنة بين المصالح بصورة توضح أن رقابة القاضي الإداري لهذا المبدأ مشروعية وليست رقابة ملاءمة.

من أحكام القضاء الإداري الكويتي

المبدأ القانوني:

وزارة الخارجية. أعضاء السلكين الدبلوماسي والقنصلي . درجة (وزير مفوض). ترقية بالاختيار.

إن كان للجهة الإدارية سلطتها التقديرية في اختيار رؤساء البعثات الدبلوماسية من بين السفراء أو الوزراء المفوضين أو المستشارين إلا أنه يلزم لدى إعمال سلطتها في إجراء الترقية بالاختيار إلى هذه الوظائف إتباع القواعد المقررة قانوناً دون تجاوز.

تطبيق: صدور مرسوم بتخطي مستشار في الترقية إلى درجة وزير مفوض دون مبرر. القضاء بإلغاء هذا المرسوم والتعويض عنه.

بسم الله الرحمن الرحيم

باسم صاحب السمو أمير الكويت

الشيخ صباح الأحمد الجابر الصباح

المحكمة الكلية

الدائرة الإدارية (الثالثة)

بالجلسة المنعقدة علناً بالمحكمة الكلية بتاريخ ٢٠٠٧/٦/٢٠م

برئاسة الأستاذ / عادل الكندري المستشار
وعضوية الأستاذين/ عبد السلام النجار وأحمد الديهان القاضيين
وحضور السيد / مجدي العدوي أمين سر الجلسة
صدر الحكم الآتي:

في القضية رقم (٩٨٠) لسنة ٢٠٠٥ إداري/٣

المرفوعة من: ...

ضد: .....

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق، وسماع المرافعة، وبعد المداولة.

حيث إن عناصر النزاع الماثل تخلص . حسبما يبين من الأوراق . في أن المدعي عقد الخصومة في دعواه بموجب صحيفة أودعت إدارة الكتاب في ٢٠٠٥/١١/١ يطلب في ختامها الحكم: بقبول الطعن شكلاً، وفي الموضوع بإلغاء المرسوم رقم ١٣٠لسنة ٢٠٠٥ فيما تضمنه من تخطي الطالب في الترقية إلى درجة (وزير مفوض) والقضاء بأحقيته في هذه الدرجة، وما يترتب على ذلك من آثار، وإلزام المعلن إليهم بالمصروفات ومقابل أتعاب المحاماة.

وذكر المدعي شرحاً للدعوى أنه عين في ١٩٧٣/١٠/٧ بوزارة الخارجية في وظيفة (ملحق) ثم رقى إلى (سكرتير ثالث) ثم إلى (سكرتير ثان) ثم إلى (سكرتير أول) وفي عام ١٩٩٢ رقى إلى درجة (مستشار)، إلا أنه صدر المرسوم رقم ١٣٠لسنة ٢٠٠٥ المنشور بالجريدة الرسمية في ٢٠٠٥/٦/٢٦ بترقية (٢١) مستشاراً إلى درجة (وزير مفوض) وتم تخطيه في هذه الترقية بالرغم من أن من رقوا من أقرانه ليسوا اسبق منه أقدمية أو أكثر كفاءة، فتظلم من هذا المرسوم في ٢٠٠٥/٧/١١ إلا أنه لم يتلق رداً على تظلمه، فبادر إلى إقامة دعواه.

ويرى المدعي أن المرسوم المطعون فيه صدر مخالفاً للقانون،... فضلاً عن أنه ومنذ بداية تعيينه ظل يتنقل بين سفارات دولة الكويت في الأقطار العربية والأجنبية نظراً لكفاءته وخبرته وحسن تمثيله في شتى المواقف والمناسبات، وقد شهد له بذلك بعض قادة الدول والمسئولين من رؤسائه وزملائه، فضلاً عن أن أقدميته سابقة على من رقوا بالمرسوم المطعون فيه، وانتهى المدعي في ختام صحيفة الدعوى إلى طلباته المتقدم بيانها.

وحيث إن الدعوى نظرت بالجلسات على النحو الثابت بالمحاضر، وبجلسة ٢٠٠٦/٤/٥ قدم وكيل المدعي حافظة طويت على أحد عشر مستنداً . طالعتها المحكمة. عبارة عن القرارات الصادرة بترقيات المدعي منذ بداية تعيينه، وكتب شكر موجهة إلى المدعي، كما قدم بجلسة ٢٠٠٦/١١/١٥ حافظة طويت على ثلاث مستندات عبارة عن المرسوم رقم (٣٣) لسنة ٢٠٠٦ بترقية بعض المستشارين إلى درجة (وزير مفوض)، وتظلم مقدم من المدعي وصورة من مشروع صلح غير موقع من أحد.

وبجلسة ٢٠٠٧/٢/١٤ طلب وكيل المدعي إلزام المدعي عليهم بتعويض المدعي بمبلغ عشرة آلاف دينار عما لحقه من أضرار، وبجلسة ٢٠٠٧/٤/١١ قدم محامي الحكومة حافظة طويت على بيانات بالتدرج الوظيفي للمدعي وآخر، وبجلسة ٢٠٠٧/٤/٢٥ قدم وكيل المدعي مذكرة دفاع اختتمها بطلبي الحكم بإلغاء المرسوم رقم (١٣٠) لسنة ٢٠٠٥ فيما تضمنه من تخطيه في الترقية، وتعويضه بمبلغ عشرة آلاف دينار عما لحقه من أضرار من جراء هذا المرسوم، وبجلسة ٢٠٠٧/٥/٢٣ قدم محامي الحكومة حافظة طويت على بيانات بالتدرج الوظيفي للمدعي وآخر ثلاث مرقين بالمرسوم المطعون فيه، كما قدم مذكرة دفاع طلب فيها الحكم برفض الدعوى على سند من أن الترقية المطعون عليها هي من إطلاقات جهة الإدارة باعتبارها من الوظائف القيادية، وبجلسة ٢٠٠٧/٦/٦ حجزت الدعوى ليصدر فيها الحكم بجلسة اليوم حيث صدر وأودعت مسودته المشتملة على أسباب لدى النطق به.

وحيث إن الدعوى قد استوفت أوضاعها الشكلية المقررة قانوناً، فهي من ثم مقبولة شكلاً.

وحيث إنه عن الموضوع، وعن طلب إلغاء المرسوم المطعون فيه، ولما كان القانون رقم (٢١) لسنة ١٩٦٢ بنظام السلكين الدبلوماسي والقنصلي ينص في المادة(٢٢) على أنه « يعتبر موظفو السلكين الدبلوماسي والقنصلي المعينون بوظائف دائمة أو مؤقتة بالديوان العام أو البعثات التمثيلية الدبلوماسية أو القنصلية أو مكاتب الوفود الدائمة بالخارج وحدة واحدة فيما يتعلق بتطبيق أحكام هذا القانون» وينص في المادة (٢٣) على أن « يقدم الرئيس المباشر لكل موظف دبلوماسي أو قنصلي (من ملحق إلى درجة مستشار)، دائم أو مؤقت تقريراً في نهاية شهر يناير من كل عام عن عمل الموظف وسلوكه خلال العام الميلادي السابق ثم تعرض التقارير على مدير الإدارة التي يعمل بها الموظف أو على رئيس البعثة الدبلومسية ... ثم تعرض التقارير على لجنة شئون السلكين لتقدير درجة كفاية الموظف بتقدير ممتاز أو جيد أو مقبول أو ضعيف...» وينص في المادة (٢٤) . المعدلة بالقانون رقم (٢٦) لسنة ١٩٧٢ . على أنه « تجوز الترقية بين موظفي السلكين الدبلوماسي والقنصلي إلى الدرجة التالية لدرجة كل منه مباشرة بشرط أن يكون الموظف قد أمضى المدة المقررة للترقية، وعند الترقية يرتب المرقون طبقاً لأقدميتهم في درجتهم السابقة وتعرض كشوف الترقيات على لجنة شئون موظفي السلكين من درجة ملحق حتى درجة قائم بأعمال أو المستشار أو القنصل من الدرجة الأولى للموافقة عليها ولاعتمادها من وزير الخارجية.

ولا تجوز ترقية الموظف المقدم عنه تقرير بتقدير ضعيف خلال السنة التي قدم فيها التقرير وذلك حتى يقدم عنه تقرير بتقدير أعلى من ذلك، والموظف الذي يقدم عنه تقرير بتقدير مقبول يجوز تخطيه في الترقية بالأقدمية بشرط أن يكون المرقى بدلاً منه حاصلاً على تقدير جيد على الأقل، وتجوز الترقية بالاختيار للكفاية فيما لا يزيد على نصف الوظائف الشاغرة في كل درجة ....، وعند الترقية يبدأ باستيفاء النسبة المخصصة للأقدمية ... أما الترقية إلى وظائف السفراء والوزراء المفوضين والمستشارين فكلها بالاختيار للكفاية».

وحيث إن المستفاد من النصوص المتقدمة أن المشرع اعتبر جميع وظائف السلكين الدبلوماسي والقنصلي، وحدة واحدة في مجال تطبيق أحكام قانون نظام السلكين الدبلوماسي والقنصلي يستوي في ذلك أن تكون الوظيفة في ديوان عام الوزارة أو بالبعثات التمثيلية الدبلوماسية أو القنصلية أو بمكاتب الوفود الدائمة بالخارج، ويستوي في ذلك أن تكون الوظيفة دائمة أو مؤقتة، وأوجب للترقية إلى الوظيفة الأعلى أن يتوافر في الموظف شروط الترقية ....، وقضاء المدة البينية المشترطة للبقاء في الوظيفة، وبالنسبة لدرجة (وزير مفوض) محل الطعن الماثل . فإن الترقية إليها تكون دائماً بالاختيار.

وحيث إنه من المقرر أن الترقية بالاختيار وإن كانت . بحسب الأصل . من الملاءمات التي تترخص فيما جهة الإدارة، إلا أن مناط ذلك أن يكون تقديرها غير مشوب بعيب إساءة استعمال السلطة وأن تكون قد استمدت اختيارها من عناصر صحيحة تؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها، فإذا لم يقع الأمر على هذا الوجه فسد الاختيار وفسد. بالتالي . القرار الذي اتخذ على أساسه، كذلك فإن الترقية بالاختيار تجد حدها الطبيعي في هذا المبدأ العادل وهو أنه لا يجوز تخطي الأقدم إلى الأحدث إلا إذا كان الأحدث هو الأكفأ، أما عند التساوي في الكفاءة فيجب ترقية الأقدم، وبغير ذلك تكون الترقية عرضة للتحكم والأهواء. (حكم التمييز رقم ٢٠٠٢/٣٠٩ إداري . جلسة ٢٠٠٣/٢/٣)

وحيث إنه لما كان ذلك، وكان الثابت بالأوراق أن المدعي يشغل وظيفة (مستشار) بموجب القرار الوزاري رقم (١٠٠) لسنة ١٩٩٢ اعتباراً من ١٩٩٢/٦/١٥ وإذ صدر المرسوم المطعون فيه متضمناً ترقية عدد (٢١) مستشاراً إلى وظيفة وزير مفوض، وكان من بين المرقيين من هم أحدث من المدعي أقدمية ومن بينهم . على سبيل المثال . المستشارون ....، بل أن هؤلاء جميعاً كانوا في درجة (سكرتير أول) عندما كان المدعي يشغل درجة (مستشار)، وإذ خلت أوراق الدعوى من دليل على أن هؤلاء المرقين . الأحدث من المدعي . يفوقونه في الكفاءة، كما خلا دفاع الجهة الإدارية مما ينال من كفاءة المدعي وجدارته لشغل وظيفة (وزير مفوض)، ولم تعقب على ما أورده المدعي في صحيفة دعواه ومذكرة دفاعه من حسن سلوكه والتزامه في أداء واجباته الوظيفية منذ تولي العمل في وزارة الخارجية ولم تجحد ما قدمه من شهادات إشادة مقدمة في حقه من رؤسائه من السفراء إبان شغله لوظيفة مستشار، فإنه . والحال كذلك . يضحى المرسوم المطعون فيه قد صدر على نحو مخالف لصحيح القانون، الأمر الذي تقضي معه المحكمة بإلغائه فيما تضمنه من تخطي المدعي في الترقية إلى وظيفة وزير مفوض مع ما يترتب علي ذلك من آثار.

وحيث إنه لا ينال من ذلك ما تردد في دفاع الحكومة من أن الترقية إلى وظائف السفراء والوزراء المفوضين يخضع لمطلق السلطة التقديرية لجهة الإدارة، إذ يلزم التفرقة بين سلطة الإدارة . في هذا الصدد . فيما يتعلق باختيار رؤساء البعثات الدبلوماسية من بين السفراء أو الوزراء المفوضين أو المستشارين، فذلك أمر يخضع لتقدير صاحب القرار لما لهذه المناصب القيادية من أهمية وخطورة وحساسية خاصة، أما الترقية إلى الوظائف نفسها فهي ترقية مالية يلزم في شأنها إتباع القواعد المقررة دون تجاوز.

وحيث إنه عن طلب التعويض، وإذ كان من المقرر أن مسئولية الجهة الإدارية عما يصدر عنها من قرارات على نحو مخالف للقانون أن يحيق بصاحب الشأن ضرر وأن تقوم علاقة السببية بين الخطأ والضرر بأن يكون الأول سبباً للأخير.

وحيث أنه عن ركن الخطأ فقد ثبت في حق الجهة الإدارية بإصدارها للمرسوم المطعون فيه، كذلك فإن ركن الضرر متحقق بيقين لما

حاق بالمدعي من أضرار مادية تمثلت في حرمانه من شغل الوظيفة التي تم تخطيه في الترقية إليها لما لها من ميزات مالية فضلاً عما لحقه من أضرار أدبية تمثلت في الألم النفسي لما حاق به من غبن وإجحاف بحقوقه الوظيفية، وما من شك في أن هذه الأضرار جميعاً يعود سببها المباشر إلى خطأ جهة الإدارة، الأمر الذي يكون معه طلب التعويض قد استوى على أركانه الثلاث بما يوجب القضاء به.

وحيث إنه المقرر أن تحديد مقدار التعويض هو أمر منوط بمحكمة الموضوع تقدره وفقاً لما تراه من واقع الحال وظروف الدعوى، وإذ تأخذ المحكمة بعين الاعتبار ما هو ثابت بمحاضر الجلسات من طلب الجهة الإدارية عن طريق محاميها . آجالاً متعددة للصلح مع المدعي إلا أنها نكلت عن إجابته إلى حقه صلحاً، فإنها تقدر للمدعي تعويضاً جزافياً عما لحقه من أضرار مقداره خمسة آلاف دينار تلزم بها الجهة الإدارية المدعي عليها.

وحيث إنه عن المصروفات فتلزم بها الجهة الإدارية عملاً بحكم المادة (١١٩) من قانون المرافعات.

لذلـك

حكمت المحكمة: بقبول الدعوى شكلاً، وفي الموضوع بإلغاء المرسوم رقم (١٣٠) لسنة ٢٠٠٥ فيما تضمنه من تخطي المدعي في الترقية إلى وظيفة وزير مفوض مع ما يترتب على ذلك من آثار، وألزمت الجهة الإدارية المدعي عليها بأن تؤدي للمدعي مبلغ خمسة آلاف دينار على سبيل التعويض، وألزمتها المصروفات، ومبلغ عشرة دنانير مقابل أتعاب المحاماة.

بســـم اللـــه الرحمـــن الرحيـــم

باســم صاحـب السمو أمـير الكويت

الشيخ صباح الأحمد الجابر الصباح

محكمة الاستئناف

الدائرة: الإدارية الثانية

بالجلسة المنعقدة علنا بالمحكمة بتاريخ ٢٢ جمادى الآخرة ١٤٣٠هـ الموافق ٢٠٠٩/٦/١٥م.

برئاسة الأستاذ المستشار/ محمد جاسم بن ناجي وكيل المحكمة

وعضوية الأستاذين

المستشار/ أحمد حلمي محمد حلمي

والمستشار/ السيد أحمد الحسيني

وحضور السيد / صالح مثني العليوي أمين سر الجلسة

صدر الحكم الآتي

في الاستئناف الأول المرفوع من: .....

ضد: .....

وفي الاستئناف الثاني المرفوع من: .....

ضد: .....

والمقيدين بالجدول برقمي: ١٨٨، ٢٠٠/٢٠٠٩ إداري/ ٢

وشيدت قضاءها – بعد أن رفضت الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها بعد الميعاد وبعدم قبولها لانتفاء القرار الإداري – على أن القرار المطعون فيه قد تضمن عقوبة تأديبية وأن ألبسته الإدارة مسمى آخر خلاف تلك التي حددها المشرع على سبيل الحصر، ومن ثم يكون قد صدر على أساس غير صحيح من أحكام القانون، مما يتعين القضاء بإلغائه ولما كان هذا القرار قد ثبت به خطأ الإدارة، ومن ثم مسئوليتها عن الضرر الأدبي الذي حاق بالمدعية نتيجة مباشرة لهذا الخطأ والذي تمثل في المعاناة النفسية والتأثير في مركزها

الاجتماعي والأدبي فإنها تستحق تعويضاً عنه يجبر هذا الضرر الأدبي الذي أصابها، دون الضرر المادي الذي لم تثبت المدعية إصابتها به.

لم يقبل المدعى عليه بصفته ذلك القضاء فطعن عليه بالاستئناف رقم ٢٠٠٩/١٨٨ إداري/٢ بصحيفة مودعة بتاريخ ٢٠٠٩/٢/٣ وأعلنها قانوناً طلب في ختامها الحكم بقبول الاستئناف شكلاً وفي الموضوع بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء مجدداً برفض الدعوى وإلزام المستأنف ضدها المصاريف ومقابل أتعاب المحاماة عن درجتي التقاضي.

وساق للإستئناف أسباباً حاصلها الفساد في الاستدلال والقصور في التسبيب ومخالفة القانون والثابت بالأوراق ذلك أن جهة الإدارة لم تصدر أي قرار إداري بمجازاة المستأنف ضدها وإنما تم الاكتفاء بلفت نظرها بكتاب من الرئيس الإداري لما قامت به من مخالفة إدارية ثبتت من التحقيق الذي أجري معها واعترافها بما نسب إليها، وعليه يكون هذا الإجراء المتخذ بحق المدعية قد قام على أسبابه الصحيحة المتسقة شكلاً وروحاً ومضموناً مع القانون، كذلك فإن الحكم المستأنف أخطأ في القضاء بالتعويض عن ضرر أدبي غير محقق الوجود وإنما أمراً احتمالياً ولم يبين الحكم أو يحدد هذه الأضرار تحديداً نافياً للجهالة ولم تثبتها أوراق الدعوى ولم يراع الحكم المستأنف سلامة نية الإدارة عند إصدار قرارها المطعون فيه.

كما لم تقبل المدعية قضاء محكمة الدرجة الأولى فطعنت عليه بالاستئناف رقم ٢٠٠٩/٢٠٠ إداري/٢ بصحيفة مودعة بتاريخ ٢٠٠٩/٢/٤.

ومعلنة قانوناً طلبت في ختامها الحكم بقبول الاستئناف شكلاً وفي الموضوع بتعديل الحكم المستأنف والقضاء لها مجدداً بتعويض مؤقت مقداره ٥٠٠١ ديناراً وإلزام المستأنف ضده المصروفات ومقابل أتعاب المحاماة.

وذلك على سند من أن الحكم المستأنف شابه الفساد في الاستدلال فيما قضى به من تعويض إذ أنه أغفل الأضرار المادية التي أصابت المستأنفة رغم أنها ثابتة وواضحة وتمثلت في الأتعاب الفعلية للمحاماة وتقرير الكفاية الذي صدر بدرجة أقل من درجتها المستحقة نتيجة هذه العقوبة وما يستتبعه من حرمانها من المميزات المالية والإدارية والعلاوة وتأخر ترقيتها، ومن ثم زيادة الأضرار التي حاقت بها عن المبلغ المقضي به.

ولدى نظر الاستئنافين قررت المحكمة ضم الاستئناف رقم ٢٠٠٩/٢٠٠ إداري/ ٢ للإستئناف رقم ١٨٨ / ٢٠٠٩ إداري / ٢ للارتباط وليصدر فيهما حكم واحد، ثم قررت إصدار الحكم في الاستئنافين بجلسة اليوم وفيها صدر وأودعت مسودته المشتملة على منطوقه وأسبابه لدى النطق به.

وحيث أن الاستئنافين استوفيا أوضاعهما الشكلية.

وحيث أن الحكم المستأنف فيما قضى به من إلغاء قرار جهة الإدارة بلفت نظر (المدعية) قد صادف صحيح حكم القانون، ذلك أن حقيقة هذا القرار هو أنه عقوبة تأديبية لا تندرج ضمن العقوبات التأديبية المنصوص عليها على سبيل الحصر في مرسوم الخدمة المدنية كونه صدر أثر شكوى مقدمة من إحدى الموظفات وبعد إجراء تحقيق إداري بهذه الشكوى أسفر عن قيدها مخالفة إدارية بحق المدعية واقتراح معاقبتها بلفت نظرها، ولما كان القانون في سبيل تحقيق الصالح العام جعل للموظفين حقوقاً وحاطهم بضمانات، فلا يوقع على منهم جزاء إلا في حدود القانون وبالتطبيق لأحكامه، يستوي في ذلك أن يكون الجزاء صريحاً سافراً أو مقنعاً مستوراً، فإن لفت النظر المطعون فيه باعتباره جزاءً تأديبياً لم يدرجه القانون ضمن العقوبات التأديبية التي بينها على سبيل الحصر، فإن قضاء الحكم المستأنف بإلغائه لهذا السبب يتعين الأخذ به وتأييده، الأمر الذي يترتب عليه أن يغدو إستئناف جهة الإدارة في هذا الشق جديراً بالرفض.

وحيث أنه عن ما قضى به الحكم المستأنف من تعويض عن الضرر الأدبي ونعي جهة الإدارة، على هذا الشق من قضاء الحكم المستأنف، بعدم أحقية المدعية بالتعويض ونعي المدعية عليه على مقدار التعويض وطلبها زيادته إلى التعويض المؤقت بمقدار ٥٠٠١ ديناراً، فإن الأصل أن للجهة الإدارية الحق في تنبيه موظفيها ولفت نظرهم شفهياً أو كتابياً كلما رأت أن ذلك يحقق الصالح العام ويضمن صالح العمل وحسن تنظيم المرافق العامة وتحسين مستوى أداء موظفيها وتدارك الأخطاء البسيطة التي قد يقع فيه الموظفين وفي سبيل تقويم بعض السلوكيات التي لها أثرها في حسن تنفيذ العمل، وأن هذا التنبية لا يعد في ذاته تصرفاً محموداً طالما لم يكن القصد منه معاقبة الموظف بغير العقوبات المقررة قانوناً أي منطوياً على عقوبة سافرة أو مقنعة، ومن ثم فإنه يجوز للرئيس الإداري المسئول وفي نطاق السلطة المقرر له في هذا الصدد، توجيه لفت نظر لمرؤسيه من أجل تنبيههم لأداء العمل بمقتضى الواجب الوظيفي وبهدف الضبط والردع والتوجيه بما ينعكس على حسن سير العمل، فإذا تجاوز هذا التنبيه حدود وفق ما تسفر عنه ظروف وملابسات إصداره بحيث يعد بعد ذلك جزاءً تأديبياً فإنه لا يمكن أن ينسب للرئيس مصدر هذا القرار أنه قد أساء استعمال سلطته وانحرف بها وأخطأ خطئاً جسيماً بقصد معاقبة الموظف بما يستوجب مسئوليته عن تعويض الموظف، وإنما لا يتعد الأمر في هذه الحالة الخطأ البسيط الذي لا ينطوي على قصد الإضرار بالموظف وترتيب الآثار الإدارية والوظيفية للعقوبة التأديبية، ولما كان الثابت أن القرار المطعون فيه لم يكن يقصد به سوى لفت نظر المستأنفة لما وقع منها من خطأ بقصد ضمان حسن سير العمل وتحقيق الصالح العام، وإن كان قد تضمن في ذاته وفي الحالة التي صدر فيها ونتيجة الظروف والملابسات التي صاحبت صدوره جزءاً تأديبياً لا يتدرج ضمن العقوبات المنصوص عليها في القانون، فإن هذه المحكمة ترى أن القضاء بإلغائه هو خير تعويض عما أصاب المستأنف عليها من ضرر أدبي، لا سيما وأنها لم تقدم ما يثبت أنه قد لحق بها أضرار مادية من جراء ذلك القرار، كما أنها لم تطالب بأحقيتها بأتعاب محاماة فعلية أمام محكمة أول درجة ولم تقدم دليل تكبدها أتعاب المحاماة، الأمر الذي يتعين معه تعديل الحكم المستأنف والاكتفاء بإلغاء القرار المطعون فيه ورفض طلب التعويض، ومن ثم يكون استئناف جهة الإدارة في هذا الشق مقبولاً ويكون استئناف المدعية جديراً بالرفض.

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة: بقبول الاستئنافين شكلاً وفي موضوعهما برفض استئناف المدعية رقم ٢٠٠٩/٢٠٠ إداري/٢ وبتعديل الحكم المستأنف فيما قضى به من تعويض وبرفض طلب التعويض وتأييده فيما عدا ذلك، وألزمت المدعية المصروفات وعشرين ديناراً مقابل أتعاب المحاماة.

أمين سر الجلسة　　رئيس الدائرة

المبدأ القانوني:

حكم. طعن. الحكم غير المنهي للخصومة. عدم جواز الطعن فيه على استقلال. تطبيق:

قرار إداري. طلب بالإلغاء والتعويض. حكم بالإلغاء وندب إدارة الخبراء لتحديد الأضرار. حكم غير منه للخصومة كلها. عدم جواز الطعن فيه على استقلال.

بســـم اللـــه الرحمـن الرحيـــم

باسـم صـاحـب السمـو أمير الكويت

الشيخ صباح الأحمد الجابر الصباح

محكمة التمييز

الدائرة التجارية الأولى و الإدارية

بالجلسة المنعقدة علناً بالمحكمة بتاريخ ٣٠ جمادى الآخرة١٤٣٠هـ الموافق ٢٠٠٩/٦/٢٣م

برئاسة السيد المستشار/ محمد خيري الجندي وكيل المحكمة
وعضوية السادة المستشارين/
عبد المنعم أحمد إبراهيم و أحمد عبد الفتاح حسن
و
علي فكري حسن و زياد محمد غازي

وحضور الأستاذ/ حاتم موسي رئيس النيابة
وحضور السيد / سامي أبو العينين أمين سر الجلسة

صدر الحكم الآتي

في الطعن بالتمييز المرفوع من:

ضد: .....

والمقيد بالجدول برقم (١٢٣) لسنة ٢٠٠٦ إداري.

المحكمـة

بعد الاطلاع على الأوراق وسماع المرافعة، وبعد المداولة.

حيث إن الطعن استوفى أوضاعة الشكلية.

وحيث إن حاصل الوقائع- حسبما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق- أن الشركة المطعون ضدها أقامت على الطاعن بصفته الدعوى رقم (٦) لسنة ٢٠٠٣ إداري/٨ بطلب الحكم بوقف تنفيذ وإلغاء القرار المطعون فيه الصادر في ٢٠٠٢/٨/٢٠ مع ما يترتب على ذلك من آثار، وندب خبير لتقدير كافة الأضرار المادية والأدبية التي أصابتها تمهيداً لإلزام الطاعن بصفته بما يسفر عنه تقرير الخبير، على سند من القول بأنها تقدمت بطلب في ٢٠٠١/٣/٣١ لتسجيل علامة تجارية خاصة بمنتجاتها هي (...) تحت رقم (٢٩٤٠٩)، وبعد فحص الطلب قبل المسجل تسجيل العلامة وأعُلن عن ذلك بالجريدة الرسمية، وفي ٢٠٠٢/٢/٣ تقدمت شركة (...) باعتراض على طلب تسجيل العلامة بمقولة إنها تشابه العلامة التجارية (...) المسجلة باسمها، وقد رفض المسجل الاعتراض، وفي ٢٠٠٢/٣/٢٧، تم تسجيل العلامة وأصدرت الإدارة شهادة تسجيل باسم الشركة إلا أنها فوجئت في ٢٠٠٢/٩/٩ بخطاب صادر من جهة الإدارة تخطرها فيه بشطب العلامة المسجلة، فاعترضت على ذلك، وتم إخطارها من قبل الإدارة بتاريخ ٢٠٠٢/١١/١١ بأنه سيتم بحث الاعتراض المقدم منها على ضوء المادتين (٧٢) و (٧٣) من قانون التجارة، وبتاريخ ٢٠٠٣/١٢/٢٢ تم نشر القرار المطعون فيه بالجريدة الرسمية بإلغاء العلامة التجارية (للشركة المطعون ضدها) واعتباره كأن لم يكن مع كافة ما ترتب عليه من آثار الأمر الذي حدا بها إلي إقامة الدعوى بطلباتها سالفة البيان، ولدي نظر الدعوى طلبت شركة (...) قبول تدخلها في الدعوى، وبجلسة ٢٠٠٤/٣/٢٨ قضت المحكمة: أولاً: بقبول تدخل شركة (...) خصماً منضماً في الدعوى (للطاعن) وثانياً: بالنسبة لطلب إلغاء قرار شطب العلامة التجارية المسجلة باسم الشركة (المطعون ضدها) بقبول الدعوى شكلاً، وفي الموضوع بإلغاء هذا القرار مع ما ترتب على ذلك من أثار. ثالثاً: ندب إدارة الخبراء بوزارة العدل لتندب بدورها أحد خبرائها المختصين لأداء المأمورية المبينة بالأسباب.

استأنف الجهة الإدارية هذا الحكم بالاستئناف رقم (٢٨٦) لسنة ٢٠٠٤ إداري/٢، وبجلسة ٢٠٠٦/٤/٢٩ قضت المحكمة بعدم جواز الاستئناف، طعنت الجهة الإدارية في هذا الحكم بطريق التمييز، وأودعت النيابة مذكرة أبدت فيها الرأي برفضه، وبعرض الطعن على هذه المحكمة . في غرفة المشورة . حددت جلسة لنظره، وفيها صمم الحاضر عن الجهة الإدارية على طلب تمييز الحكم المطعون فيه، وطلب الحاضر عن الشركة المطعون ضدها رفض الطعن، والتزمت النيابة برأيها الذي سبق أن أبدته بمذكرتها سالفة الذكر.

وحيث إن الطعن أقيم على سبب واحد تنعي به الجهة الإدارية على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه، وفي بيان ذلك تقول إن الحكم أقام قضاءه بعدم جواز الاستئناف على سند من أن الحكم المستأنف وإن كان قد فصل في طلب وقف تنفيذ وإلغاء القرار المطعون فيه إلا أنه قضي في البند ثالثاً منه بندب إدارة الخبراء بوزارة العدل لتندب أحد خبرائها المختصين لمباشرة المأمورية المبينة بأسبابه ومن ثم يكون الحكم غير منهي للخصومة كلها، في حين أن الحكم القاضي بإلغاء القرار الإداري يعتبر من الأحكام القابلة للتنفيذ الجبري متى أصبح الحكم نهائياً بعدم استئنافه في المواعيد القانونية، ومن ثم يجوز الطعن على استقلالاً دون انتظار صدور حكم في شقه المتعلق بطلب التعويض، وإذ ذهب الحكم بخلاف هذا النظر، فإنه يكون معيباً بما يستوجب تمييزه.

وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك أن مفاد المادة (١٥) من القانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٨١ بإنشاء دائرة بالمحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية المعدل بالقانون رقم (٦١) لسنة ١٩٨٢ أنه فيما عدا ما نص عليه في هذا القانون تسري على الدعاوي المنصوص عليها فيه، والأحكام الصادرة في هذه الدعاوي وطرق الطعن فيها القواعد والإجراءات المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية، وقد جاء القانون الأخير بحكم حاسم في هذا الصدد نصت عليه المادة (١٢٨) منه من أنه «لا يجوز الطعن في الأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة إلا بعد صدور الحكم المنهي للخصومة كلها، وذلك فيما عدا الأحكام الوقتية أو المستعجلة والأحكام الصادرة بوقف الدعوى والأحكام القابلة للتنفيذ الجبري». فدل بذلك على عدم جواز الطعن على استقلال في الأحكام التي تصدر أثناء سير الخصومة، أياً كان نوعها قبل صدور الحكم الختامي المنهي لها برمتها، ويستوي في ذلك أن يكون الحكم قطعياً أو غير قطعي، موضوعياً كان أو فرعياً، منهياً لبعض الخصومة أو غير منه . باستثناء ما أردفته المادة آنفة البيان بعد ذلك من صور محدودة . مؤكدة بذلك الحرص على عدم جواز نقل الدعوى من محكمة أول درجة إلي محكمة ثاني درجة إلا بعد أن تستنفذ أولاهما

كل سلطتها في جيمع ما هو معروض عليها من طلبات ولو تباينت أسبابها أو تعدد الخصوم فيها باعتبار أنه ليس في هذا أو ذاك ما ينفي وحدة الخصومة المطروحة على المحكمة، تلك الخصومة التي حرص المشرع على تماسك أجزائها وإن اختلفت عناصرها، رائده في ذلك الرغبة في منع تقطيع أوصال القضية الواحدة، وتوزيعها بين مختلف المحاكم، وما عسي أن يترتب على ذلك من تعويق الفصل في موضوع الدعوى وزيادة نفقات التقاضي.

لما كان ذلك، وكان الحكم المنهي للخصومة هو الذي ينتهي به النزاع في كل الطلبات التي رفعت بها الدعوى، وكان الثابت من الأوراق أن طلبات الشركة المطعون ضدها موضوع الخصومة هي الحكم بإلغاء القرار المطعون فيه، وطلب ندب خبير لتحديد الأضرار المادية والأدبية التي لحقت بها من جراء هذا القرار تمهيداً لإلزام الجهة الإدارية بما يسفر عنه تقرير الخبير، وهو حكم غير منه للخصومة كلها إذ ما زال على محكمة أول درجة بعد صدوره أن تمضي في نظر طلب التعويض المطروح عليها، فالدعوى طرحت بنطاقها المحدد في طلبين لا طلب واحد، وإذ صدر هذا القضاء في شق من موضوع الدعوى ولم ينه الخصومة برمتها، كما أن هذا الحكم ليس من قبيل الأحكام المستثناه التي حددتها المادة (١٢٨) سالفة الذكر على سبيل الحصر، فلا هو يقبل التنفيذ الجبري بحكم القواعد العامة ولا هو مشمول بالنفاذ المعجل، ومن ثم فإن استئنافه يكون غير جائز إلا مع الطعن في الحكم المنهي للخصومة برمتها، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر، وقضي بعدم جواز الاستئناف، فإنه يكون صائباً، ويغدو النعي عليه على غير أساس.

ولما تقدم يتعين رفض الطعن.

لذلـك

حكمت المحكمة: بقبول الطعن شكلاً، وفي الموضوع برفضه.

المبدأ القانوني:

أ-طعن. إعلان صحيفة الطعن.دفع ببطلان الإعلان. مناط الحكم بالبطلان.

ب- حكم بإلغاء القرار السلبي بامتناع الجهة الإدارية عن استخراج جواز سفر للمدعي والتعويض عنه. امتناع الجهة الإدارية عن تنفيذ الحكم بغير وجه قانوني. انطوائه على قرار سلبي خاطئ. حق المحكوم له في طلب التعويض عن مخالفة الإدارة لالتزاماتها المترتبة على الأحكام الصادرة بالإلغاء. هذا الحق هو حق مستقل عن حقه في طلب التعويض عن الأضرار التي لحقته من جراء القرار الملغي ذاته.

بســـم اللـــه الرحمـن الرحيـــم

باسـم صـاحـب السمـو أمير الكويت

الشيخ صباح الأحمد الجابر الصباح

محكمة التمييز

الدائرة التجارية الأولى والإدارية

بالجلسة المنعقدة علناً بالمحكمة بتاريخ ٣٠ جمادى الآخرة ١٤٣٠هـ الموافق٢٠٠٩/٦/٢٣م

برئاسة السيد المستشار/ محمد خيري الجندي وكيل المحكمة
وعضوية السادة المستشارين/ عبد الحميد عمران محمد -وكيل المحكمة وعبد المنعم أحمد إبراهيم
وأحمد عبد الفتاح حسن ومحمد الأدهم محمد حبيب
وحضور الأستاذ/ حازم موسى رئيس النيابة
وحضور السيد / سامي أبو العينين أمين سر الجلسة

صدر الحكم الآتي:
في الطعن بالتمييز المرفوع من: ...

ضد: .....

والمقيد بالجدول برقم (٢٩١) لسنة ٢٠٠٧ إداري.

المحكمـة

بعد الاطلاع على الأوراق، وسماع المرافعة، وبعد المداولة.

حيث إن الطعن استوفى أوضاعه الشكلية.

وحيث إن حاصل الوقائع . حسبما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق . أن الطاعن أقام على المطعون ضده بصفته الدعوى

رقم (٦٧٦) لسنة ٢٠٠٦ تجاري مدني كلي حكومة/٧ بطلب الحكم بإلزامه بأن يؤدي إليه مبلغ (٥٠٠١) د.ك تعويضاً مؤقتاً عن الأضرار المادية والأدبية على سند من أنه استصدر حكماً لصالحه في الدعوى رقم (٢٧٠) لسنة ٢٠٠٣ إداري/٩ بإلغاء قرار وزير الداخلية السلبي بالامتناع عن إصدار جواز سفر له وما يترتب على ذلك من آثار منها إلزامه بإصداره ، وقد تأيد هذا الحكم في الاستئناف رقم (٨٤٤) لسنة ٢٠٠٤ إداري/١ والذي طعن عليه بطريق التمييز فرفضت المحكمة طلب وقف تنفيذه في ٢٠٠٥/٩/١٤، وإنه على الرغم من أن الحكم قد حاز قوة الأمر المقضي وأصبح واجب النفاذ وشُمل بالصيغة التنفيذية وجرى إعلانه للمطعون ضده، وتم توجيه إنذار إليه بذلك، إلا أن تابعيه امتنعوا عن تنفيذه، فتقدم للنيابة العامة بشكوى قيدت برقم (٤٩) لسنة ٢٠٠٥ حصر تحقيق لامتناعه عن تنفيذ حكم قضائي واجب النفاذ، فأصدر (المطعون ضده) له جواز سفر (خاص بالبدون) مما حدا بالنيابة إلى حفظ الشكوى، فتظلم من قرار الحفظ، وأثناء نظر تظلمه من هذا القرار أمام محكمة الجنايات قام المطعون ضده بسحب ذلك الجواز وأعطاه بدلاً منه جواز سفر عادي، وأضاف الطاعن أنه تم التراخي في تنفيذ الحكم لمدة (٣٠٤) يوماً وهي المدة بين صدور الحكم النهائي حتى تمام التنفيذ أصيب خلالها بأضرار مادية وأدبية بسبب تعسف تابعي المطعون ضده حيث حرم خلال تلك الفترة من استكمال دارسته الجامعية في الخارج، ومن أداء فريضة الحج والعمرة، واضطراره في سبيل إلزام الجهة الإدارية بالتنفيذ تكبده ما اقتضاه سلوك هذا السبيل من أعباء ونفقات منها أتعاب للمحاماة ومصروفات سفر وكيله لإعادة تسجيله بالجامعة، وإضاعة العام الجامعي ٢٠٠٥/٢٠٠٦ عليه، وذلك بالإضافة إلى ما أصابه من آلام نفسية بسبب تعنت الجهة الإدارية وإصرارها علي القعود عن تنفيذ الحكم طوال المدة المشار إليها، وإذ تكاملت عناصر المسئولية التقصيرية فقد أقام الدعوى بطلباته سالفة الذكر.

وبجلسة ٢٠٠٦/٦/٣ قضت المحكمة بعدم اختصاصها نوعياً بنظرها وإحالتها بحالتها إلى الدائرة الإدارية الأولى حيث قيدت برقم (٥٢٩) لسنة ٢٠٠٦ إداري/١، وبجلسة ٢٠٠٦/١٠/٣٠ قضت المحكمة بإلزام (المطعون ضده) بأن يؤدي إلى (الطاعن) مبلغ (٥٠٠٠) د.ك كتعويض نهائي جبراً للأضرار التي أصابته من جراء امتناعه عن تنفيذ الحكم.

استأنف الطاعن هذا الحكم بالاستئناف رقم (٦٣٠) لسنة ٢٠٠٦ إداري/١، كما استأنفه المطعون ضده بصفته بالاستئناف رقم (٦٣٨) لسنة ٢٠٠٦ إداري/١، وبعد أن ضمت المحكمة الاستئناف الأخير إلى الأول للارتباط وليصدر فيهما حكم واحد، قضت بجلسة ٢٠٠٧/٦/٢٤ بقبول الاستئنافين شكلاً، وفي موضوع الاستئناف الثاني بإلغاء الحكم المستأنف وبعدم قبول الدعوى لسابقة الفصل فيها، طعن الطاعن في هذا الحكم بطريق التمييز، وأودعت النيابة مذكرة أبدت فيها الرأي برفضه، وبعرض الطعن على هذه المحكمة . في غرفة المشورة . حددت جلسة لنظره، وفيها صمم الطاعن على طلبه بتمييز الحكم المطعون فيه، وطلب الحاضر عن الجهة الإدارية رفض الطعن، والتزمت النيابة برأيها الذي سبق أن أبدته بمذكرتها سالفة البيان.

وحيث إن الطعن أقيم على سببين ينعي الطاعن بالسبب الأول منهما على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه وفي بيان ذلك يقول إن الحكم المطعون فيه إذ قضى بقبول الاستئناف رقم (٦٣٨) إداري/١ المقام من الجهة الإدارية شكلاً رغم أنه لم يتم إعلان صحيفة كاملة إليه خلال ثلاثين يوماً مما يؤدي إلى بطلانه وقد ترتب عليه ضرر له، وإذ نفى الحكم المطعون فيه حدوث الضرر في هذه الحالة، فإنه يكون معيباً بما يستوجب تمييزه.

وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك أن النص في الفقرة الثانية من المادة (١٩) من قانون المرافعات على أن « لا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا لم يترتب على الإجراء ضرر بالخصم.»، والنص في المادة (٨٠) من ذات القانون على أن « بطلان إعلان صحف الدعاوى وأوراق التكليف بالحضور الناشئ عن عيب في الإعلان أو في بيان المحكمة أو في تاريخ الجلسة يزول بحضور المعلن إليه في الجلسة المحددة في هذا الإعلان أو بإيداع مذكرة بدفاعه.» يدل . وحسبما جرى به قضاء هذه المحكمة . على أن مناط الحكم بالبطلان من عدمه هو تحقيق الغاية من الإجراء أو الشكل أو عدم تحققها،

فإذا تحققت الغاية وانتفى الضرر فلا يحكم بالبطلان.

لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض الدفع المبدى من الطاعن ببطلان إعلان صحيفة الاستئناف المقابل على سند من أن الثابت من الأوراق أن صحيفة الاستئناف أودعت إدارة كتاب المحكمة بتاريخ ٢٠٠٦/١١/٢٧، وأعلنت بتاريخ ٢٠٠٦/١٢/٢٤، وحضرت وكيلة الطاعن جميع الجلسات المحددة لنظره، وقدمت ما عن له من مذكرات ومستندات، ومن ثم فقد تحققت الغاية التي أرادها المشرع من إعلان الصحيفة باتصال العلم بمحتواها وانتفاء الضرر مما لا وجه للتمسك بالبطلان، وإذ كانت هذه الأسباب سائغة وترتد إلى أصل ثابت في الأوراق وقد رتب عليها الحكم المطعون فيه قضاءه برفض الدفع المبدى من الطاعن باعتبار الاستئناف كأن لم يكن، فإنه يكون قد التزم صحيح حكم القانون، مما يضحى النعي عليه بهذا السبب على غير أساس.

وحيث إن الطاعن ينعي بالسبب الثاني على الحكم المطعون فيه مخالفته للقانون، والخطأ في تطبيقه والفساد في الاستدلال ومخالفة الثابت بالأوراق، وفي بيان ذلك يقول إن الحكم قضى بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها بالحكم الصادر بجلسة ٢٠٠٦/٦/١٧ في الدعوى رقم (٤٨٧) لسنة ٢٠٠٥ إداري بتعويضه بمبلغ (٥٠٠٠)د.ك والمؤيد بالحكم الصادر بجلسة ٢٠٠٧/١/٢٨ في الاستئنافين (٣٣٩) و(٣٥٢) لسنة ٢٠٠٦ إداري تأسيساً على وحدة المحل في الدعويين، على الرغم من الاختلاف بين الدعويين ظاهر حيث أقيمت الدعوى الأولى المشار إليها بطلب التعويض عن القرار السلبي لوزير الداخلية بالامتناع عن استخراج جواز سفره والتي قضى له فيها بمبلغ التعويض المشار إليه، بينما موضوع الدعوى الماثلة ينصب على طلب التعويض عن قرار جهة الإدارة السلبي بالامتناع عن اتخاذ الإجراءات التي كان من الواجب عليها اتخاذها لتنفيذ الحكم القضائي الصادر لصالحه في الدعوى رقم (٢٧٠) لسنة ٢٠٠٣إداري القاضي بإلزام الجهة الإدارية بتسليم جواز سفر له باعتباره كويتي الجنسية، واستطالت مدة امتناعها عن تنفيذ الحكم دون وجه حق، مما ترتب على ذلك حرمانه طول تلك المدة مما قضى به الحكم رغم أحقيته في ذلك، بالإضافة إلى من لحقه من أضرار أخرى من جراء هذا التصرف، وإذ لم يفطن الحكم المطعون فيه إلى ذلك، وذهب بخلاف هذا النظر، فإنه يكون معيباً بما يستوجب تمييزه.

وحيث إن هذا النعي في محله، ذلك أن من المقرر . في قضاء هذه المحكمة . أن المنع من إعادة نظر النزاع في المسألة المقضي فيها يشترط فيه أن تكون المسألة واحدة في الدعويين، ويشترط لتوافر هذه الوحدة أن تكون المسألة المقضي فيها نهائياً مسألة أساسية لا تتغير ويكون الطرفان قد تناقشا فيها في الدعوى الأولى واستقرت حقيقتها بينهما بالحكم الأول استقراراً جامعاً مانعاً وتكون بذاتها هي الأساس فيما يدعيه بعد في الدعوى الثانية أي من الطرفين قبل الآخر من حقوق متفرعة عنها.

لما كان ذلك، وكان امتناع الجهة الإدارية بغير وجه قانوني عن تنفيذ الحكم الصادر من القضاء إنما يشكل في حد ذاته مخالفة صارخة لقوة الشئ المقضي، لما يمثله هذا المسلك من جانب الإدارة من انتهاك للحقوق وإهدار لإحكام القانون، وما يترتب على هذه المخالفة من إشاعة الفوضى وفقدان الثقة في سيادة القانون، ومخالفة لمبدأ أساسي وأصل من الأصول العامة الواجبة الاحترام إقراراً للنظام وتثبيتاً للحقوق، وينطوي على قرار إداري سلبي خاطئ وإنه يستوي في ذلك أن يكون امتناع الجهة الإدارية كلية عن التنفيذ أو مرجعه إلى التراخي في التنفيذ والتقاعس عنه بما يجاوز المدة المعقولة إذ يقع دوماً على الإدارة واجب اتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذ الحكم القضائي إعمالاً لأحكام القانون الذي يقضي بوجوب المبادرة إلى تنفيذ الأحكام إكباراً لها وإعلاءاً لشأنها، ولا غرو أن حق المحكوم له في طلب التعويض عن مخالفة الإدارة لالتزاماتها المترتبة على الأحكام الصادرة بالإلغاء هو حق مستقل عن حقه في طلب التعويض عن الأضرار التي لحقته من جراء القرار الملغي ذاته موضوع الدعوى رقم (٤٨٧) لسنة ٢٠٠٥ إداري، ومن ثم فإن المحل في كل منهما يكون مختلفاً، وبالتالي لا يمنع من نظر الدعوى الراهنة المقامة من الطاعن بطلب التعويض عن خطأ الإدارة بتراخيها في اتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذ الحكم الصادر لصالحه عن الحد المعقول، وإذ خالف الحكم المطعون فيه ذلك وقضى بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها بالحكم السابق، فإنه يكون معيباً بما يوجب تمييزه.

وحيث إنه عن موضوع الاستئنافين رقم (٦٣٠) و(٩٣٨) لسنة ٢٠٠٦ إداري ولما تقدم، وكان الحكم المستأنف في محله للأسباب التي أقيم عليها والتي تقرها هذه المحكمة وترى فيها، وفيما تقدم من أسباب رداً كافياً على ما ورد بالاستئنافين ومن ثم يتعين تأييده.

لذلك

حكمت المحكمة:

أولاً: بقبول الطعن شكلاً، وفي الموضوع بتمييز الحكم المطعون فيه، وألزمت المطعون ضده المصروفات وعشرين ديناراً مقابل أتعاب المحاماة.

ثانياً: في موضوع الاستئنافين رقم (٦٣٠) و(٦٣٨) لسنة ٢٠٠٦ إداري برفضهما، وتأييد الحكم المستأنف، وألزمت المستأنف في الاستئناف الأول بمصروفات استئنافه مع المقاصة في مقابل أتعاب المحاماة.

من القضاء الإداري المقارن
حرية التعبير
مجلس الدولة الفرنسي

اذار (مارس) ١٩٩٧، قرار رقم ١٧٣٥٤

إعداد: أسرة التحرير

حيث أن المادة ٢٨ – ١ من القانون الصادر بتاريخ ٣٠ أيلول (سبتمبر) ١٩٨٦ المعدل بموجب القانون الصادر بتاريخ ١ شباط (فبراير) ١٩٩٤ تنص على: «إن مدة الترخيص الأساسية لا يمكن أن تتعدى عشر سنوات في ما يخص الخدمات التلفزيونية، وخمس سنوات في ما يخص الخدمات الإذاعية، وذلك عند البث عبر الترددات الأرضية؛ وأن هذا الترخيص قابل للتجديد من قبل المجلس الأعلى للإعلام المرئي والمسموع، تلقائياً ومن دون طلب من المشتركين، لمرتين متتاليتين ولمدة خمس سنوات في كل مرة، بإستثناء الحالات التالية:

- إذا غيرت السلطات توجيه الترددات سنداً لأحكام المادة ٢١؛
- إذا قرر المجلس الأعلى أن العقوبات المفروضة على صاحب الترخيص، والقيود المفروضة عليه، نظراً لفداحة المخالفات التي أدت إليها، تبرر عدم تجديد الترخيص تلقائياً؛
- إذا اعتبر المجلس الأعلى أن التجديد التلقائي للترخيص سيسيء إلى مبدأ التعددية سواء على المستوى المحلي أو الوطني؛

وحيث أن المجلس الأعلى، وقبل سنة من تاريخ انتهاء الترخيص المعطى للبث التلفزيوني أو الإذاعي، يبحث في مدى إمكانية تجديدة الترخيص تلقائياً ومن دون طلب من المشترك؛

وفي حال الإيجاب، يقوم المجلس، بشكل تلقائي أو بناءً على طلب المشترك، وبالإتفاق مع هذا الأخير، بتعديل الترخيص المنصوص عنه في المادة ٢٨؛

وفي حال عدم التوصل إلى اتفاق قبل ستة أشهر على الأقل من تاريخ انتهاء مدة الترخيص، فلا يتم تجديد الترخيص تلقائياً؛

وعندها لا يمكن منح ترخيص جديد من قبل المجلس الأعلى إلا سنداً لأحكام المادة ٢٩ و٣٠»؛

وحيث أن المجلس الأعلى للإعلام المرئي والمسموع قد أصدر قراراً بتاريخ ١٠ آب (أغسطس) ١٩٩٥ بالإستناد إلى المادة ٢٨ – ١ المذكورة أعلاه، رفض بموجبه تجديد الترخيص المعطى لشركة إيسي إي مينتنان (Ici et Maintenant) بتاريخ ٢ أيلوب (سبتمبر) ١٩٩٢ للبث الإذاعي، مبرراً قراره بخطورة المخالفات التي أدت إلى العقوبة المقررة بحقها، وهي بث عبارات عنصرية مناهضة للسامية تشكل تعدياً على كرامة الإنسان؛

وحيث أن طبيعة العبارات التي أدلى بها بعض المستمعين على إذاعة إيسي إي مينتنان (Ici et Maintenant) خلال ليل ٢١ – ٢٢ آذار (مارس) ١٩٩٤ تبرر العقوبة التي أصدرها المجلس الأعلى للإعلام المرئي والمسموع بتاريخ ٥ تموز (يوليو) ١٩٩٥ بالاستناد إلى المادة ٤٢ – ١ من القانون تاريخ ٣٠ أيلول (سبتمبر) ١٩٨٦ المعدلة، والتي صادق عليها مجلس شورى الدولة بنتيجة النزاع المقام أمامه بتاريخ ٦ تشرين الأول (أكتوبر) ١٩٩٦،إلا أن هذه الأفعال، كونها تظهر إخلال بمسئولية حسن الإدارة الملقى على شركة إيسي إي مينتنان صاحبة البث، إلا أن هذا الإخلال ليس من الخطورة بمكان ليبرر القرار المتخذ بتاريخ ١٠ آب (أغسطس) ١٩٩٥ من قبل المجلس الأعلى والذي أدى إلى حرمان الشركة من الحق الممنوح لها بأن يتم البحث في إمكانية تجديد ترخيصها سنداً لأحكام المادة ٢٨ – ١ من القانون تاريخ ٢٠ أيلول (سبتمبر) ١٩٨٦ المعدل؛

وحيث أنه يستنتج مما جاء أعلاه، أن الشركة المدعية بوسعها اعتبار أن المجلس الأعلى للإعلام المرئي والمسموع وباتخاذه القرار موضوع الدعوى، والذي وصفته الشركة بأنه عقاب، قد خالف أحكام المادة ٢٨ – ١ المذكورة أعلاه،

وبناء عليه، يقرر مجلس شورى الدولة إلغاء القرار الصادر بتاريخ ١٠ آب (أغسطس) ١٩٩٥ والذي قرر بموجبه المجلس الأعلى للإعلام المرئي والمسموع رفض تجديد الترخيص المعطى لشركة إيسى إي مينتنان (Ici et Maintenant)؛

من القضاء الإداري المقارن
قرار مجلس شورى الدولة
الهيئة القضائية

الرقم ١٩٧٨٢٦ جلسة ١٠ تشرين الأول (أكتوبر) ٢٠٠٣

بناءً على العريضة واللائحة التكميلية، المسجلتين في ٨ تموز (يوليو) و٩ تشرين الثاني (نوفمبر) ١٩٩٨ لدى أمانة سر النزاعات في مجلس شورى الدولة، والمقدمتين باسم السيد باتريك الذي قام بالادعاء باسمه الشخصي، كما بإسم ابنتيه القاصرتين، كارولين وأوليفيا، اللتين تقيمان معه، وباسم الآنسة ايمانويل (×) المقيمة معه أيضاً؛ حيث أن السيد باتريك (×) والآنسة إيمانويل (×) قد طلبا إلى مجلس شورى الدولة:

أولاً:

إبطال القرار الصادر في ٥ آيار (مايو) ١٩٩٨ الذي بموجبه خلصت محكمة الاستئناف الإدارية في باريس، بناءً على طلب وزير الاستخدام والتضامن، من جهة، إلى أبطال الحكم الصادر في ٣ تموز (يوليو) ١٩٩٧ الذي بموجبه حكمت المحكمة الإدارية في فرنسا على الدولة بأن تدفع للسيد (×) مبلغ ٤٢٠٠٠٠٠ فرنك فرنسي عن الربح الفائت المهني ومبلغ ١٣٦٠٠٠٠ فرنك فرنسي عن إصابته أثناء ممارسة وظائفه الاستشفائية بفيروس نقص المناعة ومبلغ ١٥٠٠٠٠ فرنك فرنسي لكل من أولاده وذلك بالاشتراك مع المركز الاستشفائي التابع لمقاطعات واسي – سان – جيرمان – آن – لاي، عن الضرر المعنوي اللاحق بالأولاد ومبلغ ٣٠٠٠٠ فرنك فرنسي عن النفقات القضائية، ومن جهة أخرى، إلى رد طلب السيد باتريك (×) والآنسة ايمانويل (×) المقدم أمامها وطلبهما الطارئ؛

ثانياً:

في الأساس إلزام كل من الدولة والمركز الاستشفائي التابع لمقاطعات بواسي – سان – جرمان – آن – لأي بأن يدفعا بالتضامن للسيد(×) شخصياً المبالغ المالية التالية: ٤٢٠٠٠٠٠ فرنك فرنسي و١٣٦٠٠٠٠ فرنك فرنسي ومبلغ ١٥٠٠٠٠ فرنك فرنسي لأولاده الثلاثة؛ مع فوائد المبالغ المذكورة وفوائد الفوائد؛

ثالثاً:

إلزام الدولة والمركز الاستشفائي التابع لمقاطعات بواسي – سان جرمان – آن – لاي بأن يدفعا لأفراد عائلة (×) مبلغ ٢٠٠٠٠ فرنك فرنسي عن المصاريف المدفوعة غير المشمولة بنفقات المحاكمة؛

حيث أنه يستنتج من أوراق الملف المعروض على قاضي الأساس أن يد السيد (×)، جراح العظام في المركز الاستشفائي التابع لمقاطعات بواسي – سان – جرمان – آن – لاي، قد تأذت في ٢٠ آيار (مايو) ١٩٨٣ أثناء قيامه بعملية جراحية لمريضة مسنة كانت تلقت سابقاً مواد دموية؛ وحيث أنه ابتداء من العام ١٩٨٨، بدأت تظهر على السيد (×) العوارض العيادية لفيروس نقص المناعة البشري الذي اكتشف أخيراً في آذار (مارس) ١٩٩٤؛ وحيث أنه نظراً لمجمل هذه الظروف والواقع المزدوج أن سبب وفاة المريضة، التي أجريت لها عملية جراحية من قبل السيد (×)، والحاصلة في ٢٠ آيار (مايو) ١٩٨٣، لم يكن قد تبين بعد، وأن جميع المتبرعين بالدم الذي تم نقله إلى المريضة لم يتم العثور عليهم، إن قضاة الأساس قدروا بأنه يقتضى اعتبار الجرح، اللاحق بيد السيد (×) والمعترف به كطارئ عمل، السبب في إصابة هذا الأخير بفيروس نقص المناعة وذلك بغياب أي عامل خطورة آخر مرتبط بالسيد (×)؛

حيث أنه بحسب نص المادة L.451 -1 من قانون الضمان الاجتماعي أنه: مع مراعاة أحكام المواد L.451 -1 إلى L.452 -5 و L.454 -1 و L.455 -1 و L.455 -2، لا يمكن ممارسة أي دعوى، طبقا للقانون العام، من أجل التعويض عن الحوادث والأمراض المذكورة في هذا الكتاب من قبل الضحية وخلفائها القانونيين؛ وحيث أن المادة L.452 -3 من القانون نفسه تنص على أنه عندما

يكون الحادث قد حصل نتيجة خطأ فادح من قبل رب العمل أو من قبل الذين ينوبون عنه في الإدارة، يحق عندها للضحية أن تطالب رب العمل أمام مجلس العمل التحكيمي بالتعويض عن الضرر الناجم عن الآلام الجسدية والنفسية التي عانت منها، والضرر الجمالي، وضرر الحرمان من ملذات الحياة، بالإضافة إلى الضرر الناجم عن فقدان أو تدني إمكانيات الضحية للتقدم المهني؛ وحيث أنه يتبين من أوراق الملف المعروض على قاضي الأساس أن السيد (×)، تدعيماً لمطالبه الموجهة ضد المركز الاستشفائي التابع لمقاطعات بواسي – سان – جرمان – آن – لأي، يتذرع بأن إصابته بالمرض المذكور نتجت عن خطأ فادح صادر عن هذه المؤسسة العامة؛ وحيث أنه بعد تبيان أن الشخص المعني، بصفته ذا خبرة في الحقل الاستشفائي كان يخضع، من أجل تغطية مخاطر حوادث العمل، لأحكام الكتاب الرابع من قانون الضمان الاجتماعي، تكون المحكمة قد أحسنت تطبيق الأحكام القانونية المذكورة عندما قضت بان طلب السيد (×) يخرج عن اختصاص المحكمة الإدارية؛

حيث أن أحكام المادة L.451 -1 من قانون الضمان الاجتماعي لا تحول دون مطالبة السيد (×) في ما يتعلق بالحادث الذي وقع ضحيته، بترتيب مسؤولية الدولة التي ليست رب عمله؛ وحيث أن الأحكام المذكورة لا تحول أيضاً دون قيام أولاد السيد (×)، الذين، كونهم لا يستفيدون من تقديمات الضمان الاجتماعي من جراء الحادث، ليس لهم صفة الخلفاء القانونيين لوالدهم، بالمطالبة ضمن شروط القانون العام، بترتيب مسؤولية المركز الاستشفائي على أساس الخطأ بالإضافة إلى مسؤوليته من دون خطأ نسبة إلى الموجب الملقى على عاتقه بضمان الأضرار الجسدية التي من الممكن أن يتعرض لها العاملون فيه أثناء تأديتهم وظيفتهم؛

في ما يختص بطلب السيد (×) الموجه ضد الدولة وطلبات أولاده الموجهة ضد المركز الاستشفائي وضد الدولة على السواء:

في المسؤولية على أساس الخطأ:

في ما يختص بالخطأ المنسوب إلى الدولة:

حيث أنه بتبيان أنه لم يتم التأكيد من قبل المجتمع العلمي على وجود خطر الإصابة بفيروس نقص المناعة عن طريق نقل الدم إلا ابتداء من تشرين الثاني (نوفمبر) ١٩٨٣ وباستبعاد، لهذا السبب، كل خطأ من شأنه ترتيب مسؤولية الدولة عن عدوى بالمرض المذكور حصلت في أيار (مايو) ١٩٨٣، تكون المحكمة قد ردت على السبب المدلى به أمامها من قبل الشركاء (×) الذين تذرعوا بالتقصير الخاطئ من قبل الدولة في القيام بالموجبات العامة الملقاة على عاتقها في مجال حماية الصحة العامة، وخاصة في ما يختص بالرقابة على مراكز نقل الدم؛ وحيث أن القرار أورد أنه لم يتم التأكيد من قبل المجتمع العلمي على وجود خطر الإصابة بفيروس نقص المناعة عن طريق نقل الدم إلا ابتداء من تشرين الثاني (نوفمبر) ١٩٨٣ وأن وزير الصحة أصدر في ٢٠ حزيران (يونيو) ١٩٨٣ تعميماً إلى كافة الإدارات المحلية والإقليمية للشؤون الصحية والاجتماعية يشير إلى الشكوك بانتقال الفيروس المذكور عن طريق الدم؛ وحيث أنه، باستنتاج أنه بتاريخ ٢٠ آيار (مايو) ١٩٨٣، التاريخ الذي وقع فيه السيد (×) ضحية الحادث المسبب لانتقال العدوى عليه، إن الواقع القائم على عدم اتخاذ الدولة أي إجراء في هذا المجال لا يكشف عن وجود خطأ من قبلها من شأنه ترتيب مسؤوليتها، لا تكون المحكمة قد ارتكبت أي خطأ في القانون أو في التوصيف القانوني للوقائع؛

في ما يختص بالخطأ المنسوب إلى المركز الاستشفائي:

حيث أنه بعد التذكير بأن حالة المعارف العلمية لم تكن تسمح للمركز الاستشفائي بمعرفة وجود خطر انتقال لفيروس نقص المناعة عن طريق نقل الدم الذي أصبح ثابتاً في العام ١٩٨٣ وبعد تبيان أن المركز الاستشفائي المذكور كان قد وزع، ابتداء من تموز (يوليو) ١٩٨٣، على الأطباء رؤساء الأقسام، نسخاً عن التعميم الصادر عن وزير الصحة في ٢٠ حزيران (يونيو) ١٩٨٣ والمتضمن لفت النظر إلى احتمال انتقال فيروس نقص المناعة عن طريق نقل الدم، تكون المحكمة قد استطاعت، من دون أن يكون قرارها مشوباً بأي عيب

في الوصف القانوني للوقائع، أن تقدر أن المركز الاستشفائي لم يرتكب أي خطأ في تنظيم المرفق بامتناعه، قبل تاريخ ٢٠ آيار (مايو) ١٩٨٣، بالإعلان عن المخاطر المحيطة بالأطباء الذين هم على اتصال بالمرضى المصابين بفيروس نقص المناعة البشري وبإجبار الجراحين على ارتداء قفازات الأمان؛

عن المسؤولية من دون خطأ:

حيث أنه، لاستبعاد مسؤولية الدولة من دون خطأ تجاه السيد (×) وأولاده ومسؤولية المركز الاستشفائي من دون خطأ أيضاً تجاه أولاد السيد اعتبرت المحكمة أن خطر إصابة الشخص المعني، أثناء قيامه بمهامه، بفيروس نقص المناعة، لا يمكن أن يوصف بالخارج عن المألوف؛ وحيث أنه باستنادهم إلى هذا السبب، مع العمل أن الأضرار الناجمة عن الإصابة بالعدوى ترتدي الطابع غير المألوف الذي يستند إليه كل ترتيب لمسؤولية السلطة العامة من دون خطأ، يكون قضاة الأساس قد أخطأوا في وصف الوقائع الخاضعة لتقديرهم؛ وحيث أنه يقتضي إبطال هذا القرار نتيجة ذلك في شقه المتعلق بالمسؤولية من دون خطأ للدولة تجاه السيد (×) وأولاده كارولين وأوليفيا وإيمانويل (×) وفي شقه المتعلق بالمسؤولية من دون خطأ للمركز الاستشفائي التابع لمقاطعات بواسي – سان – جرمان – آن – لاي تجاه الأولاد الثلاثة؛

حيث أنه يقتضي، في ظروف القضية الحاضرة، النظر في أساس النزاع عن طريق تطبيق المادة 2- L.821 من قانون القضاء الإداري؛

في المسؤولية من دون خطأ للدولة تجاه السيد (×) وأولاده:

حيث أنه لم يكن يجوز للمحكمة الإدارية أن تعتبر الضرر اللاحق بالسيد (×) منسوباً إلى الدولة للسبب الوحيد أنه يعود لهذه الأخيرة تحديده، عن طريق التشريعات أو التنظيمات، قواعد وشروط ممارسة الوظيفة وإجراء العمليات الجراحية من قبل ذوي الخبرة في المجال الاستشفائي؛ وحيث أنه نتيجة لذلك، أنه يحق لوزير الاستخدام والتضامن، من جهة، التمسك في قيام المحكمة الإدارية، عن حق، بالقضاء في حكمها المطعون فيه من قبله، بأن هذا الضرر يرتب مسؤولية من دون خطأ ومن جهة أخرى، المطالبة بإبطال الحكم في شقه الذي ألزم الدولة بالتعويض على السيد (×) وأولاده،

عن المسؤولية من دون خطأ للمركز الاستشفائي تجاه أولاد السيد (×):

حيث أنه يتبين من التحقيق أن الضرر اللاحق بالسيد (×) يجد سببه المباشر في ممارسة هذا الأخير مهامه في المركز الاستشفائي التابع لمقاطعات بواسي – سان جرمان – آن – لاي؛ وحيث أن المسؤولية من دون خطأ لهذه المؤسسة العامة تترتب بالتالي تجاه أولاد السيد (×) الذين يطالبون بتعويض عن المعاناة المعنوية الناجمة عن الوضع الصحي لوالدهم، نسبة إلى الموجب الملقى على عاتق المؤسسات العامة بضمان الأضرار الجسدية التي من الممكن أن يتعرض لها العاملون فيها أثناء قيامهم بوظائفهم؛

في الضرر المعنوي اللاحق بأولاد السيد (×):

حيث أن التقدير الصحيح للمعاناة العضوية اللاحقة بأولاد السيد (×) من جراء التدهور الفظيع لحالة والدهم الصحية يكون بمنح تعويض قدره ٢٠٠٠٠ يورو للسيد (×) الذي قام بالإدعاء بصفته ممثلاً قانونياً لابنتيه القاصرتين كارولين وأوليفيا وتعويض قدره ١٠٠٠٠ يورو للآنسة ايمانويل (×)؛ وحيث أنه يقتضي تعديل الحكم المطعون فيه بهذا الاتجاه؛

في الفوائد والفوائد على الفوائد المطالب بها من قبل أولاد السيد (×):

حيث أنه، ابتداء من ٢٣ حزيران (يونيو) ١٩٩٥، تاريخ التقدم بطلبهما، يستحق للسيد (×)، مدعياً بصفته ممثلاً قانونياً لابنتيه القاصرتين

كارولين وأوليفيا، والآنسة ايمانويل (×) فوائد، حسب النسبة المحددة في القانون، العائدة للمبالغ المالية التي ألزم المركز الاستشفائي بدفعها لهما؛

حيث أن السيد (×)، بصفته ممثلاً قانونياً لابنتيه القاصرتين كارولين وأوليفيا والآنسة ايمانويل (×) قد طلبا تصفية الفوائد بموجب لائحة مسجلة في ١٩ تشرين الثاني (نوفمبر) ١٩٩٧؛ وحيث أنه في ذلك التاريخ كانت قد استحقت فوائد سنة كاملة على الأقل؛ وحيث أنه يقتضي بالتالي إجابة هذه المطالب في ذاك التاريخ كما عند كل استحقاق سنوي ابتداء من ذلك التاريخ؛

في المطالب الرامية إلى تطبيق المادة L.761-1 من قانون القضاء الإداري: حيث أنه يقتضي، في ظروف الدعوة الحاضرة، تطبيق أحكام المادة L.761-1 من قانون القضاء الإداري وإلزام المركز الاستشفائي التابع لمقاطعات بواسي - سان - جرمان - آن - لاي بدفع مبلغ إجمالي قدره ٤٥٠٠ يورو للسيد (×) بصفته ممثلاً قانونياً لابنتيه القاصرتين كارولين وأوليفا (×) وللآنسة ايمانويل (×)؛

جلسة ٢١ من إبريل سنة ٢٠٠١

برئاسة السيد الأستاذ المستشار/ محمد أمين المهدي

رئيس مجلس الدولة ورئيس المحكمة

وعضوية السادة الأساتذة المستشارين/ د. فاروق عبد البر وأحمد عبدالفتاح حسن وأحمد عبدالحميد عبود وأحمد محمد المقاول

نواب رئيس مجلس الدولة

الطعن رقم ٢١٦٥ لسنة ٤٤ القضائية:

مجند – إنهاء خدمته لعدم اللياقة الطبية – ثبوت أن إصابته حدثت أثناء وبسبب العمليات العسكرية التي ساهمت فيها القوات المسلحة المصرية لتحرير الكويت – استحقاقه جميع الحقوق والمزايا المقررة قانوناً في هذا الشأن.

الإجراءات

في يوم السبت الموافق ١٩٩٨/١/٢٤ أودع الأستاذ/ علي فكري عبدالغني نيابة عن الأستاذ/ سامي بهجت المحامي بصفته وكيلاً عن السيد/ أشرف محمد حسنين، قلم كتاب المحكمة الإدارية العليا، تقريراً بالطعن قيد بجدولها تحت رقم ٢١٦٥ لسنة ٤٤ القضائية عليا، وذلك في الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري بالقاهرة بجلسة ١٩٩٧/١١/٢٥ في الدعوى رقم ٨٧٨٤ لسنة ٤٧ القضائية والقاضي «برفض الدفع بعدم قبول الدعوى وبقبولها شكلاً ورفضها موضوعاً وألزمت المدعى المصروفات». وطلب الطاعن، للأسباب الواردة في تقرير طعنه، الحكم بقبول الطعن شكلاً وفي الموضوع بإلغاء الحكم المطعون فيه وأحقيته في تسوية مستحقاته.

ومن حيث إن الثابت من الأوراق أن الطاعن جند في ١٩٩٠/٤/٢ بالقوات البرية، وأنهيت خدمته لعدم اللياقة الطبية اعتباراً من ١٩٩٢/١٢/١ بناء على قرار اللجنة الطبية رقم ١٠٠٧ بتاريخ ١٩٩٢/٧/٧ لإصابته «بتدرن رئوي مزدوج» بنسبة عجز ٢٠٪، وأن الحالة مرضية تحققت أثناء وبسبب الخدمة حسبما يبين من الشهادة الصادرة عن القوات البرية بتاريخ ١٩٩٣/٤/٢٠، كما أن الثابت من التحقيق الذي أجري بواسطة الجهة الإدارية أن سبب مرض الطاعن يرجع إلى البرد الشديد والدخان الأسود المنبعث من آبار البترول المحترقة والتلوث الجوي، الأمر الذي يتحقق معه اليقين بأن ما أصابه إنما كان بمناسبة وجوده على مسرح العمليات الحربية بالكويت، في المعارك التي ساهمت فيها القوات المسلحة المصرية دفاعاً عن استقلال بلد عربي، هو الكويت، من غزو اجتاحها، وإسهامها في تحرير أرض دولة عربية من احتلال خارجي نال من استقلالها واستهدف إلغاء وجودها مما يتعين معه اعتبار إصابته، أنها تمت، حقاً وصدقاً، أثناء وبسبب العمليات العسكرية، فذلك ما تنطق به الأوراق المقدمة من الجهة الإدارية ذاتها، التي ورد بها أن مما تسبب في الإصابة التي لحقت بالطاعن، العادم الذي انبثق نتيجة إشعال النار بآبار البترول أياً ما يكون سبب ذلك أو المتسبب فيه، حين هبت القوات المصرية، مع غيرها من قوات التحالف، لإجلاء القوات التي اجتاحت إقليم دولة الكويت بردها إلى خارج حدود تلك الدولة. أساس ذلك أن الجهة الإدارية اعتبرت واعتدت بأن الإصابة التي لحقت بالطاعن هي بسبب الخدمة، وكانت الخدمة قد تمت بمسرح

العمليات الحربية، الأمر الذي مفاده منطقاً وقانوناً أن تكون الإصابة في حقيقتها هي إصابة بسبب العمليات العسكرية فإذا كان من العلم العام أن تفجير تلك الآبار تم أثناء العمليات الحربية التي دارت رحاها على أرض الكويت وفيها ساهمت القوات المصرية التي لم تتعد نطاق مهمتها بتحرير دولة الكويت وحسب، فلا تكون من شبهة، والحال كذلك، في أن إصابة الطاعن كانت أثناء وبسبب العمليات الحربية، الأمر الذي يتحقق به له المركز القانوني الذي يحدده القانون لمن يصاب من أفراد القوات أثناء وبسبب العمليات الحربية. فتعبير «بسبب العمليات الحربية» لا يقتصر، في حكم صحيح التفسير، استهداء بمقصود المشرع الوطني في إطار من الأحكام العامة الملزمة والتي تمثل تراثاً عاماً للإنسانية والتي من شأنها، فيما نحن بصدده، تقرير حقوق للجندي المقاتل تقابل ما تقرر من التزامات تقيد تصرفات الدول المتحاربة في إدارة عملياتها العسكرية وأيضا في ضوء المتغيرات في الأساليب والأدوات الناتجة عن تطور الآلة الحربية، لا يقتصر وحسب على تلك الإصابة المباشرة بطلق أو شظية أو انفجار لغم، وإنما يشمل أيضاً الأضرار الناتجة عن استعمال الأساليب المخالفة لقوانين وأعراف الحرب، على نحو ما هو منصوص عليه أساساً باتفاقيات لاهاى لسنة ١٩٠٧ وبغيرها من المعاهدات التي تحظر استعمال المواد الكيماوية أو السامة أو التي تلحق أضراراً لا تتناسب مطلقاً مع الضرورات العسكرية على نحو ما هو منصوص عليه، على سبيل المثال، باتفاقية سنة ١٩٤٨ التي تحظر الإبادة الجماعية أو إبادة الجنس، والتي تعتبر أحكامها داخلة في نسيج القانون الدولي العام سواء وقعت عليها الدولة أم لم توقع حسبما أوضحته محكمة العدل الدولية برأيها الاستشاري الصادر في ٢٨ من مايو سنة ١٩٥١، وذلك فضلاً عن أحكام قانون «جنيف» الذي أرسى مبادئ القانون الدولي الإنساني التي تورد قيوداً على استعمالات الآلة العسكرية وبالأخص إذا تداعت آثارها على المدنيين، وهو القانون الذي بدأ اتفاقياً مصدره المعاهدات المعقودة في ١٢ من أغسطس سنة ١٩٤٩ ثم أصبح داخلاً في نسيج القواعد العامة الآمرة التي يتعين أن ينزل على حكمها الكافة ويصدق هذا أيضاً على الأحكام الواردة بالبروتوكولين الإضافيين لتلك المعاهدات والموقعين بجنيف سنة ١٩٧٧. فإذا كان ذلك وكان من العلم العام أن تفجير آبار البترول الكويتية إنما تم في إطار من عمليات حربية فأيا ما يكون الأمر عن مدى مشروعيتها فإن ما سببه ذلك من أضرار على الجنود الموجودين بمسرح العمليات مما، يتحقق به ويتكامل، المركز القانوني لمن يصاب من أفراد تلك القوات بسبب العمليات الحربية. وبالترتيب على ما سبق وإذ قضى الحكم الطعين بغير ذلك، يكون قد أخطأ السبيل وتنكب صحيح تفسير وتطبيق حكم القانون، مما يتعين معه إلغاؤه والقضاء مجدداً بأحقية الطاعن في الحصول على جميع الحقوق والمزايا المقررة في القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٧٥ باعتبار أن إصابته كانت أثناء الخدمة وبسبب العمليات الحربية.

ومن حيث إن من خسر الطعن يلزم بمصروفاته عملاً بحكم المادة (١٨٤) مرافعات.

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة:

بقبول الطعن شكلا، وفي الموضوع بإلغاء الحكم المطعون فيه، وبأحقية الطاعن في تسوية مستحقاته والحصول على جميع المزايا المقررة في القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٧٥ باعتبار إن إصابته قد حدثت أثناء وبسبب العمليات العسكرية، مع ما يترتب على ذلك من آثار، وألزمت الجهة الإدارية المصروفات.

جلسة ٢٣ من يونيه سنة ٢٠٠١

برئاسة السيد الأستاذ المستشار/ محمد أمين المهدي

رئيس مجلس الدولة ورئيس المحكمة

وعضوية السادة الأساتذة المستشارين/ د. فاروق عبدالبر وأحمد عبدالفتاح حسن وأحمد عبدالحميد عبود وأحمد محمد المقاول

نواب رئيس مجلس الدولة

الطعن رقم ٤٧٥٣ لسنة ٤٤ القضائية:

آثار - هيئة الآثار - المجلس الأعلى للآثار - عرض بعض الآثار في الخارج - إجازته من صاحب الاختصاص - الطعن على قرار الموافقة على عرض بعض الآثار في الخارج - قرار إداري - رقابة المشروعية - تغليب المصالح.

الإجراءات

في يوم الثلاثاء الموافق ١٩٩٨/٤/٢٨ أودعت الأستاذة/ آمال فؤاد البياضي المحامية بصفتها وكيلة عن الطاعن، قلم كتاب المحكمة الإدارية العليا تقريراً بالطعن قيد بجدولها برقم ٤٧٥٣ لسنة ٤٤ القضائية عليا في الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ٨٠٥٢ لسنة ٤٧ القضائية بجلسة ١٩٩٨/٢/٢٨، الذي قضى بإلغاء القرار المطعون فيه وما يترتب على ذلك من آثار وإلزام الجهة الإدارية المصروفات. وطلب الطاعن للأسباب الواردة بتقرير الطعن، أن تأمر دائرة فحص الطعون بصفة مستعجلة بوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه، وبإحالة الطعن إلى المحكمة الإدارية العليا لتقضى بقبول الطعن شكلاً وبإلغاء الحكم المطعون فيه وبرفض الدعوى وإلزام جهالة كاشفاً بيقين عن ماهية الأثر، كل ذلك فضلاً عن تمام تصويره بمختلف آلات التصوير التي تكشف ظاهر الأثر وباطنه على سواء، حتى لا يكون محلاً لعبث أو موضعاً لتطاول بالانتقاص منه أو استبداله، فكل ذلك لا يمثل خطأ وحسب بل خطيئة في أسفل مدارجها ويكون من تسول له نفسه فعل أو الإسهام أو الإهمال في شيء من ذلك، محلاً لها ومستحقاً وفاقاً للجزاء المقرر عنها إدارياً ومدنياً وجنائياً باعتبار المسئولية هي مسئولية شخصية تجاه شعب بأسره فيما هو من ثروته القومية وما يمثل تاريخه وشخصيته.

ومن حيث إن مقطع النزاع الماثل في حقيقته إنما ينصب على القرار الصادر بالموافقة على عرض بعض الآثار في بعض المدن اليابانية، بحسبان أن موافقة مجلس إدارة هيئة الآثار بتاريخي ١٩٩٣/٣/٨ و١٩٩٣/٥/٢٦ في هذا الشأن، وما جرى من إتفاق على أساسها بين الهيئة والجانب الياباني لا يعدو أن يكون صحيح الأمر في شأنها، أنها محض مراحل وإجراءات تمهيدية لا تثمر قطوفاً ولا تؤتى أكلاً إلا بإجازتها من صاحب الاختصاص في ذلك وهو رئيس الجمهورية على نحو ما تطلبه القانون، ويكون ذلك بقرار بالموافقة على عرض هذه الآثار في الخارج وهو القرار الذي يحمل بذاته قوته التنفيذية الواجبة التطبيق، فإليه تنصرف الخصومة وتتحدد بنطاقه، فعليه، وعلى ما سبقه من إجراءات هي واقعاً وقانوناً جزء من المنازعة الإدارية، يبسط قاضي

المشروعية عليها رقابته ويقول فيها كلمة القانون.

ومن حيث إن قضاء الإلغاء هو بالأساس قضاء مشروعية، وذلك من جهة تسليط رقابة القاضي الإداري على القرارات الإدارية المطعون فيها استظهاراً لمدى انضباطها داخل أطر المشروعية الحاكمة، وذلك بوزنها بميزان القانون ومقتضى الشرعية التي تتمثل فيها المصلحة العامة ويتحقق بها استقرار النظام العام، فيلغيها القاضي الإداري إن تلمس مجاوزة القرار لإحدى تلك الأطر إما لمخالفة أحكام القانون أو تجاوز ما يتعين استواء تصرفات الإدارة على هدى من الشرعية، وإما لانحرافه عن جادة المصلحة العامة التي هي، ويتعين أن تكون دائماً، أساس عمل الإدارة والهدف من تدخلها، أو استهدافه غاية من غايات المصلحة العامة تكون أدنى في أوليات الرعاية ومدارجها، من غايات تعلو ومصالح تسمو فتبتغى. وإذ كان ذلك وكان الثابت من الأوراق في ضوء ظروف وأوضاع القرار المطعون فيه أنه صدر من رئيس مجلس الوزراء مفوضاً في ذلك من رئيس الجمهورية بعرض بعض الآثار في بعض المدن اليابانية بقصد تحقيق الدعاية السياحية لمصر وآثارها حسبما ذكرته الجهة الإدارية، حيث جرى الاتفاق مع شركتين يابانيتين للإعلانات لعرض هذه الآثار في بعض المدن اليابانية وذلك مقابل مبلغ مليون وأربعمائة وخمسين ألف دولار أمريكي، وبافتراض أن السلطة المختصة قد رأت في ذلك تحقيق مصلحة عامة، فإن هناك مصلحة عامة أحق بالتغليب تتمثل في وجوب أن يكون عرض آثار مصر القديمة والتي تشهد على عراقة هذا الوطن وتاريخه وعظمته وشموخه في المكان اللائق بها الأمر الذي يتأبى معه عرضها في مكان غير مناسب أو ملائم لما تستحقه هذه الآثار من تقدير واحترام مهما كان العائد المالي الذي قد يدره هذا العرض. فليس العائد المالي، ولا يجب أن يكون، هو وجه المصلحة العامة في عرض الآثار في الخارج على نحو ما يجيزه استثناءً نص المادة (١٠) من قانون حماية الآثار المشار إليه؛ إذ لا يصح بحال أن تأكل مصر بآثارها، فوجه المصلحة العامة - ويهيمن عليها قاضي المشروعية الذي يقول في شأنها قول الحق وكلمة القانون - التي تتغيا في أمر جواز عرض بعض الآثار بالخارج والمعنية بهذا النص وفقاً لصحيح الفهم القانوني على نحو ما تكشف عنه بيقين المذكرة الإيضاحية للقانون باعتبار الآثار ثروة قومية وتراثاً إنسانياً، هو مخصص لزوماً بحكم القانون، بأن يكون محققاً - في آن واحد - لمصلحة قومية مع الحفاظ على شموخ الآثار وصونها والذي يتأبى معه أن يكون العائد (أيا كان ومهما بلغ، أساس إجازة العرض بالخارج أو الترخيص به أو أن يكون العائد المالي) هو الحافز أو الدافع الأساسي باتخاذ شيء من ذلك؛ فقومية الثروة تتداعى قيوداً وتخصيصاً لوجه المصلحة العامة التي يتعين أن يدور في فلكها، فلا يخرج عليها أو ينفلت من إسارها ويتطاول خارج حدودها، الترخيص بعرض الآثار المصرية في الخارج الأمر الذي يستدعي معه في هذا المجال كل الحرص وكل التدقيق من جميع الأجهزة المؤتمنة على هذه الثروة القومية على القيام بصحيح التزاماتها في هذا المضمار.

وفي ضوء ما تقدم جميعه، ومتى كان الثابت أن قرار الموافقة على عرض بعض الآثار المصرية القديمة في بعض المدن اليابانية، قد خلا من بيان جوهري يتعلق بمكان العرض داخل المدن التي حددها، وكان مكان العرض وضرورة كونه لائقاً ومناسباً صدقاً وحقاً لتلقى جزء من ثروة مصر القومية، فإن هذا القصور في البيان يتداعى بأثره على مشروعية القرار حيث تستوعب المشروعية وجه المصلحة العامة القومية فتندمجان في نسيج قواعد آمرة تخضع لها الأجهزة الفنية والجهات الإدارية ثم تهيمن، من بعد ذلك على الأمر كله، مقتضيات المشروعية التي لها حفظتها وحماتها، ويتحقق كامل هذه المقتضيات متى توافر اليقين بالحفاظ على شموخ الأثر وكونه مصوناً يتوفر له كامل التقدير وكل الرعاية، فإذا تخلف شيء من ذلك، كانت الإجازة معيبة، حق عليها الإلغاء. وإذ تتلاقى محصلة الحكم

الماثل مع النتيجة التي إنتهى إليها الحكم المطعون فيه وإن جانبه الصواب في إدراك كنه القرار محل الرقابة القضائية، فإن هذه المحكمة تكتفى بأن تحل صحيح تكييفها لحقيق المنازعة وللأسباب التي يقوم عليها صحيح القضاء محل ما ورد بالحكم المطعون فيه في هذا الشأن.

ومن حيث إن من يخسر الطعن يلزم مصروفاته.

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة:

بقبول الطعن شكلاً، وبرفضه موضوعاً، وألزمت الجهة الإدارية المصروفات.

آخر المطاف

المستشار / جمال حمد الشامري

وكيل محكمة الاستئناف

رئيس التحريــر

إنه لمن أسمى مهام الدولة في العصر الحديث بث الطمأنينة لدى الأفراد وتأمينهم على حقوقهم وحرياتهم ، ولا سبيل لتحقيق تلك الغاية إلا بالاحتكام إلى سيادة القانون الذي يتعين أن يسري على الجميع حكاماً ومحكومين ، دولة وأفراداً على حد سواء ، ومنصة القضاء هي المكان الذي تنطلق منه كلمة الحق والعدل ، وقد ضرب قضاة الإسلام بقضائهم أروع الأمثال في هذا الصدد، وفرح حكام الإسلام بقضاتهم؛ فهذا هو أبو جعفر المنصور مؤسس الدولة العباسية لما بلغه أن أحد قضاته قضى ضده صاح قائلاً: «ملأتها عدلاً وأصبح قضاتي يردوني إلى الحق» ، ولذلك فقد أدرك الدستور الكويتي الصادر في ١٩٦٢/١١/١١ والذي بدأ العمل به منذ ١٩٦٣/١/٢٩ هذا المعنى؛ فنص في المادة ١٦٩ على أنه « ينظم القانون الفصل في الخصومات الإدارية بواسطة غرفة أو محكمة خاصة يبين القانون نظامها وكيفية ممارستها للقضاء الإداري شاملاً ولاية الإلغاء وولاية التعويض بالنسبة إلى القرارات الإدارية المخالفة» ؛ ونفاذاً لذلك صدر المرسوم بالقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ المعدل بالقانون ٦١ لسنة ١٩٨٢ بإنشاء دائرة بالمحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية محدداً المسائل التي تختص بها هذه الدائرة ، فكان بحق ميلاد القضاء الإداري بدولة الكويت ؛ الذي أصبح شاملاً ولاية الإلغاء وولاية التعويض بالنسبة إلى القرارات الإدارية ، وليس أفضل من قضاء يمكن الفرد من الوصول إلى إبطال أو تصحيح ما يكون المسئول الإداري قد اجترحه مخالفاً ما تقضي به القوانين واللوائح ، كما أنه ليس أفعل على حسن سير العمل في الجهات الإدارية من تأمين الموظفين في وظائفهم وتوفير الضمانات لهم ؛ فالقضاء الإداري هو بالأساس قضاء مشروعية ، إذ يسلط رقابته على مشروعية القرار الإداري المختصم ليزنه بميزان القانون في ضوء صحيح واقعه وحقيقة ما بنيت عليه أركانه ومدى استقامته على أسس مستمدة من عناصر ثابتة في الأوراق تؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها، هذا بخلاف اختصاصه العام الشامل للمنازعات الخاصة بالعقود الإدارية وما يتفرع عنها سواء كان محلها العقد أم قرارات إدارية نهائية أم حقوقاً مترتبة بحكم القوانين واللوائح التي يجري تطبيقها استناداً للعقد ، والمتتبع لأحكام هذا القضاء يلمس بوضوح الدور الخلاق للقاضي الإداري الذي يبتدع القوانين ، ويصوغها للتطبيق في مرونة تتناسب مع تنوع الوقائع التي تفرضها الحياة العملية ، بل إنه في مواجهة نقص التشريع أحياناً أو عدم وضوحه يبتكر المخارج لما يعترض سبيله فيلجأ إلى المبادئ العامة التي تسمح له بأن يجد الحلول المناسبة لحكم الروابط القانونية الناشئة بين الجهات الإدارية والأفراد تحقيقاً لاحتياجات المرافق العامة ومقتضيات حسن سيرها في إطار التوازن والملاءمة بين الحقوق والضرورات العملية ، والملاحظ كثرة أعداد القضايا الإدارية سواء أمام المحكمة الكلية أم محكمة الاستئناف أم محكمة التمييز؛ وذلك طلباً للإنتصاف من الجهات الإدارية ، فجاءت أحكامها تترى تحمي الحقوق، وتصون الحريات ، فتعلقت بها الآمال ، وتطلعت إليها الأبصار تنشد العدل في محرابها ، وتستأدي الحق في رحابها ؛ الأمر الذي يؤكد فاعلية رقابة القضاء على أعمال الإدارة في إطار من احترام حقيق مفهوم المشروعية مع الحرص على التوازن الدقيق بين الحقوق والقيود التشريعية ؛ فرقابة القضاء على أعمال الإدارة ليست ضماناً مطلوباً لحرية الأفراد فحسب ولكنها هي الأساس الوحيد لمشروعية السلطة في الوقت ذاته.

ولتعاظم أهمية دور القضاء الإداري حرصت هيئة إصدار المجلة على أن يحمل هذا العدد بين دفتيه ثماراً يانعة في الفكر والجهد عن هذا القضاء ، نأمل أن يجد فيها القاضي وكل باحث ما يحقق الفائدة في موضوعات البحوث والمقالات التي احتواها ، ويلزم التنويه إلى أن الجهد في هذا المجال لم ينته بهذا الإصدار؛ إذ إنه بصدق القصد وإحكام العزم وإخلاص العمل سيكون الجهد متواصلاً ، بإذن الله .

مجلة

معهد القضاء