



وزارة العدل



الكتاب الأول

ماهية مبدأ المشروعية وحداؤه

المستشار الدكتور

حسيني درويش محمد الحميد

مايو 2020



النظرية العملية للقواعد الأخلاقية دراسة مقارنة
في التشريع والفقه والقضاء الفريسي والمصري والكويتي

ماهيتا مبدأ المشروعية وحداؤها

المستشار الدكتور

حسيني درويش عبدالمجيد

نائب رئيس مجلس الدولة بجمهورية مصر العربية
والمستشار بمحكمة التمييز بدولة الكويت سابقاً

الطبعة الأولى

2020م - 1441هـ

- مبدأ المشروعية وأعمال الإدارة.
- تعريف مبدأ المشروعية.
- أهمية وضرورة مبدأ المشروعية.
- رقابة الإدارة ومبدأ المشروعية.
- حدود مبدأ المشروعية (موازنة مبدأ المشروعية).
- أعمال السيادة (أعمال الحكومة).
- الظروف الاستثنائية.
- السلطة التقديرية.

بسم الله الرحمن الرحيم

«وقل اعملوا فسيرى الله عملكم ورسوله والمؤمنون»

سورة التوبة: الآية (105)

صدق الله العظيم

إهداء

إلى قضاء مجلس الدولة بجمهورية مصر العربية،
وقضاة القضاء الإداري بدولة الكويت، حماة الحقوق
وصون الحريات، وتوزيع العدل الإداري بين المتقاضين،
وتكريس مبدأ سيادة القانون صدقاً وحقاً.

المؤلف

تقديم

يعزز معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية كافة الجهود الرامية الى اثراء المجالين القضائي والقانوني بالمواد العلمية القيمة ، ولعل في الوقت الراهن أصبحت القرارات الإدارية لها من الاهمية البالغة في تحقيق اثر قانوني إزاء الأفراد ، ويؤثر بالسلب في حالة عدم اتباع الإدارة صياغة القواعد التي تسيّر على نهجها، وإعلاءً لمبدأ المشروعية وسيادة القانون لأن ذلك يمثل دعائم الدولة القانونية ولا جدال في خضوع كافة القرارات الإدارية لحكم القانون في سائر تصرفات الإدارة.

وتبعاً لذلك يكون لزاماً علينا تزويد القضاة والمهتمين بالقانون، بأحدث الدراسات العلمية التي تهدف في المقام الأول الى تحقيق العدل وإعلاء مبدأ سيادة القانون، ومن ناحيه ثانية اكتساب الخبرات العلمية والعملية لمعد ومؤلف الدراسة المستشار الدكتور/ حسني درويش عبدالحميد - نائب رئيس مجلس الدولة بجمهورية مصر العربية و المستشار بمحكمة التمييز بدولة الكويت سابقاً، والذي له منا عظيم التقدير والامتنان والشكر، ونثمن جهوده علي تزويدنا بالمادة العلمية التي تحمل بين طياتها خبرة قانونية واكاديمية، حصيلة لسنوات طويلة من العمل القضائي في محراب العدالة.

ويعد المؤلف موسوعة قانونية تتعمق في دراسة القرارات الإدارية في التشريع والفقهِ الفرنسي والمصري والكويتي، يستخلص في مستهلها تأصيل مبدأ المشروعية للقرارات الإدارية، وفق نظرية عامة مقارنة لماهية القرار الإداري وتمييزه عن تصرفات الدولة، وقوته التنفيذية، وتحليل عناصره وصوره، وأوجه العيوب التي تلازمه، وتطبيقاته هذا في الكتاب الاول من المؤلف ،أما الكتاب الثاني فيسلط الضوء على نفاذ وسريان القرارات الإدارية، حتى نهاية القرار الإداري، وفق صورته المتعددة بالسحب، او الإلغاء، او القرار المضاد وأخيراً الإلغاء القضائي .

آملين أن تسهم هذه الموسوعة في إثراء المجالين القضائي والقانوني بشكل عام، والقضاء الإداري بشكل خاص، ونضع نصب أعيننا دائماً هدفاً واحداً وهو حتمية تكريس مبدأ سيادة القانون في التصرفات الإدارية، لحماية المصلحة العامة وحماية حقوق الأفراد واتباع الأطر والقواعد المحددة من الجهات الإدارية في إصدار القرارات .

المستشار/ عويد ساري الثويمر

مدير معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية

وكيل محكمة الاستئناف

تصدير

كان ولا يزال القرار الإداري موضع اهتمام الفقه، ومحط نظر وتطور القضاء، باعتباره وسيلة الإدارة المفضلة في القيام بوظيفتها المنوطة بها قانوناً في الاضطلاع بمهام إدارة المرافق والمصالح العامة وحسن تسييرها تحقيقاً للمصلحة العامة⁽¹⁾، وأيضاً لمواجهة سرعة تطور الحياة الإدارية ومتطلباتها، ولتساير هذا التطور وتتجاوب مع الأوضاع المستجدة، بالنظر لما يحققه من سرعة وفاعلية العمل الإداري، ومما يؤكد ذلك حق الإدارة في التنفيذ المباشر والتنفيذ الجبري إذ اقتضى الأمر ذلك، باعتبارهما من الامتيازات تتمتع بها الإدارة، في هذا الصدد، على ما سيأتي، إلى جانب ما تتمتع به من سلطات استثنائية لا مثل لها في علاقات الأفراد في نطاق القانون الخاص.

ومن أجل ذلك يكتسب القرار الإداري كل يوم أهمية في حياة الإدارة والأفراد على حد سواء،⁽²⁾ بل يتعاضم دوره بارتياحه مجالات جديدة تزداد يوماً بعد يوم، بحكم التطورات والتحديات المعاصرة التي فرضت نفسها على الدولة للتدخل بأداة تشريعية مناسبة أياً كانت طبيعتها وقوتها القانونية، فضلاً عن تعدد وتنوع أنشطة الإدارة لمواجهة تزايد الأعباء والمهام الملقاة على عاتقها، للوفاء باحتياجات الأفراد وما قد يستلزمه ذلك من فرض قيود على حرية الأفراد أو في ممارسة أنشطتهم، وتلتزم الإدارة - وهي بصدد مباشرة سلطاتها - بمراعاة أحكام الدستور والقانون، احتراماً لمبدأ سيادة القانون، الذي يعد دعامة من دعومات نظام الحكم، وما يفرضه ذلك من رقابة على ما تصدره الإدارة من قرارات إعمالاً لمبدأ المشروعية، سواء من خلال الرقابة الإدارية (الرقابة الذاتية)، أو من خلال الرقابة القضائية التي تباشرها جهة القضاء الإداري، برد تصرفاتها إلى جادة الصواب وصحيح

1 د. محمد إسماعيل علم الدين، تطور فكرة القرار الإداري، بحث منشور في مجلة العلوم الإدارية، س10، 1968، ص138. وراجع د. طارق محمد على النحاس، اتجاهات القضاء الإداري بشأن قبول دعوى الإلغاء وتطوراتها الحديثة، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لكلية الحقوق جامعة القاهرة 2016.

2 ذهب العميد الدكتور/ سليمان الطماوي، الى أن موضوع القرارات الإدارية يعتبر من أدق موضوعات القانون الإداري إن لم يكن أدقها على الإطلاق، والمشاكل العملية والنظرية التي يثيرها لا تكاد تنتهي، وكل يوم يكشف القضاء فيه جوانب جديدة قد تغير من الأفكار التي كان ينظر إليها في وقت من الأوقات على أنها عنوان الحقيقة الخالدة. (مؤلفه النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة السادسة، 1991، ص13).

القانون،⁽³⁾ هذا من ناحية.

ومن ناحية ثانية: فقد تطور في مفهوم القرار الإداري في الفقه والقضاء الفرنسي، تطوراً بصورة كبيرة، يتناسب مع ما لحق بالحياة الاجتماعية والاقتصادية والبيئية والتنمية من تطور، ويتبدى ذلك في إنشاء هيئات خاصة وجديدة تتمتع بامتيازات السلطة العامة في المجالات الاقتصادية والمهنية، كما أن المشرع عهد بمهمة مرافق عامة إلى هيئات خاصة، فإن ما تصدره الهيئات الخاصة من قرارات تعد من قبيل القرارات الإدارية.

ومن ناحية ثالثة: فإن القضاء الإداري في تطوره المستمر في بسط رقابته على قرارات الإدارية والحد من حالات إخراج بعضها منها عن رقابة القضاء أو تقيدها، ومن قبيل ذلك أعمال السيادة أو الأعمال الحكومية.

ومن ناحية أخيرة: الوقوف على اجتهادات القضاء الإداري في الموازنة الدقيقة بين ممارسة الأفراد لحقوقهم وحررياتهم وسلطة الإدارة في إصدار قراراتها في سبيل صون وحماية الأمن القومي، فضلاً عن حماية الملكية الخاصة في إطار وظيفتها الاجتماعية.

ومن مجموع الاعتبارات المتقدم بيانها، تتبلور أهمية الدراسة الماثلة، لاسيما في الوقوف على الاتجاهات التشريعية والفقهية والقضائية في دولة الكويت، بالنظر إلى حداثة القضاء الإداري فيها بالقياس إلى مجلس الدولة الفرنسي وقرينه المصري وذلك في محاولة التقريب بينهما، وبلورة الأسس التي تقوم عليها نظرية القرارات الإدارية في دولة الكويت.

ومن الأهمية بمكان الإشارة إلى أن نظرية القرارات الإدارية إنما ترتبط بمبدأ المشروعية ارتباطاً وثيقاً، بالنظر إلى أن سلامة القرارات الإدارية مرهون بالتزام الإدارة بمبدأ المشروعية في سائر تصرفاتها وقراراتها وعدم الخروج عليه، ومن ثم فإنه يعد أساساً حاكماً لا غنى عنه في سبيل رد أعمال الإدارة إلى حظيرة القانون.

3 من المستقر عليه قضاءً أن محكمة القضاء الإداري تظل تراقب القرار الإداري منذ ولادته حتى مماته. (حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 47/9488 ق.ع، جلسة 2002/5/25، س47، ص888).

خطة الدراسة : نتناول في الكتاب الأول مبدأ المشروعات وحدوده، (موازنة

مبدأ المشروعات).

وفي الكتاب الثاني : ماهية القرار الإداري وخصائصه الذاتية ومعايير تميزه

عن سائر أعمال الدولة، وقوته التنفيذية، وتحليل عناصره وصوره، والعيوب التي تلازمه وتطبيقاته.

وفي الكتاب الثالث : نفاذ القرارات الإدارية في صورها المختلفة وإحداث

آثارها في مواجهة المخاطبين بها ووقف تنفيذها.

وفي الكتاب الرابع : نهاية القرار الإداري سواء عن طريق الإدارة أو اللجوء

إلى سبيل القضاء.

خاتمة:

مبدأ المشروعية وحدوده

“Principe de la légalité et sa limite”

محتوى الكتاب الأول

إن مبدأ المشروعية⁽¹⁾ في إطلاقه يعني سيادة حكم القانون. فدولة القانون - بخلاف الدولة البوليسية التي اندثرت ولم يبق منها إلا النزر اليسير وهي إلى زوال، هي التي يخضع فيها الحاكم والمحكوم لحكم القانون⁽²⁾. وينبني على ذلك خضوع جميع السلطات العامة في الدولة للقانون⁽³⁾، بأن تتقيد السلطة التشريعية والتنفيذية والقضائية في جميع أعمالها بالقانون وأحكامه.

فالدولة القانونية هي التي تتقيد في ممارستها لسلطاتها - أيا كانت وظائفها أو غاياتها - بقواعد قانونية تعلق عليها، وتردها على أعقابها إن هي ما جاوزتها، فلا تتحلل منها وكان مضمون القاعدة القانونية التي تعتبر إطاراً للدولة القانونية، تسمو عليها وتقيدها، إنما يتحدد من منظور المفاهيم الديمقراطية التي يقوم عليها نظام الحكم.⁽²⁾

أو بمعنى آخر هي التي تتقيد في كافة مظاهر نشاطها بقواعد قانونية تعلق عليها وتكون ضابط أعمالها وهدف تصرفاتها، ويتكامل مبدأ خضوع الدولة للقانون مع مبدأ المشروعية على توفير الضمانات الأولية الأساسية لحماية حقوق الأفراد وحررياتهم.⁽³⁾

وتقريباً على ذلك، فإن جهات الإدارة وأجهزتها المختلفة، وهي بصدد إدارة وتسيير مراقبتها في شتى مجالاتها، ملزمة بضرورة التزامها بأحكام الدستور والقانون فيما تجريه

1 ويعبر عنه أحياناً بمبدأ الشرعية، وهذا عند من يرون التسوية بين العبارتين، إلا أن البعض الآخر يرى ضرورة التمييز بينهما، وإن كان هؤلاء لا يتفقون على رأي موحد عندما يميزون بين المعنيين، حيث ذهب البعض إلى أن المشروعية أوسع من الشرعية، بينما تتجه مجموعة أخرى إلى القول بأن الشرعية أوسع مدى من المشروعية (د. ماجد الحلو، القضاء الإداري، الطبعة الأولى دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1977، ص 18)، بينما يأخذ البعض الآخر بالعبارتين بمعنى واحد (د. محمد ميرغني خيري، القضاء الإداري ومجلس الدولة، الجزء الأول، مبدأ المشروعية، مجلس الدولة قضاء الإنفاء 2002/2003 ص 13 هامش 1).

ومن جانبنا نفضل استخدام اصطلاح - الشرعية- للدلالة على خضوع القرارات الإدارية، للمبدأ بمعناه الواسع، إلا أننا نؤثر استخدام الاصطلاح الآخر - المشروعية - الذي يكاد يجمع عليه الفقه المصري، بل هو المصطلح الشائع في العديد من أحكام القضاء الإداري أيضاً.

(2) الدولة البوليسية التي عرفها (carré de malberg) بأنها الدولة التي يمكن فيها لجهة الإدارة أن تتخذ بشكل تقديري وبمقتضى حريتها في اتخاذ القرار، ويصرف النظر على مدى ومقدار هذه الحرية - كافة الإجراءات التي تقدر بنفسها مدى جدواها في تحقيق الغايات التي تستهدفها وذلك في مواجهة الظروف المحيطة P.488 (l'Etat, T.I. carré de malberg : contribution à la théorie générale de l'Etat, T.I. P.488). أي أن الدولة البوليسية هي التي تتمتع فيها الإدارة بسلطة تقديرية والتي تستقل فيها الإدارة في تقدير ملاءمة تصرفاتها بغير رقابة يمارسها القضاء عليها، ولا تستند في إجراءاتها لهذا التقدير إلى أي نص قانوني سابق وذلك بخلاف الدولة القانونية التي تتحدد فيها سلفاً الوسائل التي يمكن للإدارة أن تستخدمها في ممارسة اختصاصاتها (Chevallier, l'Etat de droit, p.330).

(3) Waline (M), Traité élémentaire de droit administratif, 6e édition, Sirey, Paris p.103

2 حكم المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 37/15 «قضائية دستورية» جلسة 2015/3/1.

3 حكم محكمة القضاء الإداري الدعوى رقم 58/25356 ق، جلسة 2009/12/19 المجموعة، ص 73 وما تلاها.

من تصرفات بمبدأ المشروعية⁽⁴⁾، فإذا خالفت القانون يعد تصرفها غير مشروع ونزل عليه جزاء عدم المشروعية.⁽⁵⁾

وتتعدد طرق الرقابة على أعمال الإدارة، فالى جانب الرقابة القضائية وهي الرقابة المباشرة، فهناك وسائل أخرى غير مباشرة (رقابة الرأي العام ممثلاً في الصحافة أو في البرلمان أو في التنظيمات الشعبية وعلى رأسها الأحزاب السياسية.. الخ)⁽⁶⁾ وما يعيننا - هنا - الرقابة القضائية، إلى جانب الرقابة التي تباشرها الإدارة على أعمالها سواء عن طريق التظلم أو عن طريق الرقابة الذاتية.⁽⁷⁾

ولا خلاف على أن إطلاق مبدأ المشروعية، بما ينطوي عليه من قواعد صارمة تلزم الإدارة باحترامها ومراعاتها في تصرفاتها، بقدر ما يجب استبعاد الإدارة أو انحرافها عن جادة الصواب، إلا أنه على الجانب الآخر قد يؤدي إلى اصطباغ عملها بالآلية طبقاً لما يفرضه القانون عليها.⁽⁸⁾ ولذلك فإن حسن سير الإدارة وضمان سير أعمالها بانتظام واطراد يستلزم إعطاء الإدارة قدرًا من الحرية في مباشرة نشاطها يتمشى وما تمليه الظروف والأحوال من اعتبارات حتى تتمكن من السير في أعمالها على وجه سليم يمكنها من تحقيق الصالح العام.⁽⁹⁾

وفي ضوء ذلك برز ما يعرف «بموازنة مبدأ المشروعية» للمواءمة والتوفيق بين الاعتبارين السابقين، بما لا يطغى جانب على آخر، ويحقق في الوقت نفسه الغايات والنتائج المنشودة من تطبيق مبدأ المشروعية.

4 راجع حكم محكمة القضاء الإداري، الدعوى رقم 69/9965 ق، جلسة 2015/2/17، المجموعة، ص 161 وما تلاها.
5 د. مصطفى عفيفي، الرقابة على أعمال الإدارة والمنازعات الإدارية في مصر والدول الأجنبية، ج 1، سنة ودار نشر (بدون)، ص 26.
6 د. عبد العظيم عبد السلام، القضاء الإداري، دار النشر (بدون)، 1986، ص 130 وما تلاها، د. أشرف محمد على لبيب، الرقابة على ملاءمة القرارات الإدارية، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة بني سويف، سنة المناقشة (بدون)، ص 29 وما تلاها.
7 د. أحمد عوض حجازي، الرقابة الذاتية للإدارة العامة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة القاهرة، 1989، ص 19 وما تلاها، وحدد نطاق الرقابة في أنها رقابة إدارية تجري بواسطة جهات وهيئات إدارية وأنها تتم بمقتضى الوسائل والأساليب الإدارية، وأن موضوعها النشاط الإداري وأخيراً فإن ممارستها إما تلقائياً أو بناءً على تظلمات أو شكاوى من أصحاب الشأن أو نتيجة لتدخل جهات أو سلطات خارجية.
8 في هذا المعنى د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 29.
9 في هذا المعنى د. سعد عصفور، د. محسن خليل، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1976، ص 87. وراجع المستشار د. مصطفى كمال وصفي، النظرة الحديثة للمشروعية في القانون الإداري، بحث المنشور في مجلة مجلس الدولة عن السنوات من العشرين إلى الخامسة العشرين، ص 35 وما تلاها. ود. عبد الحميد كمال حشيش، مبادئ القانون الإداري، المجلد الأول، مبدأ الشرعية، مجلس الدولة تنظيمه واختصاصاته، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة (1970/1971) ص 14.

ونفصل هذا الإجمال في فصلين على التقسيم والتفصيل الآتي:

فصل أول: مبدأ المشروعية وأعمال الإدارة.

فصل ثان: موازنة مبدأ المشروعية.

فصل أول

مبدأ المشروعية وأعمال الإدارة

“Principe de la légalité et actes de l’administration”

بادئ ذي بدء، أن مبدأ المشروعية باعتباره مبدأ قانونياً مثالياً، بل وحضارياً، يستلزم حسن تطبيقه - وصولاً إلى تحقيق نتائجه المرجوة - فرض رقابة على أعمال الإدارة للوقوف على مدى الالتزام به وحسن تطبيقه. ومن - هنا - تأتي الرقابة القضائية في مقام الصدارة ولا تغفل دور الرقابة الإدارية في شتى صورها وخاصة الرقابة الذاتية التي تباشرها الإدارة بنفسها ورد تصرفاتها غير المشروعة إلى جادة الصواب وصحيح القانون.

وبالبناء على ذلك سنتناول هذا الموضوع على التقسيم والتفصيل الآتي:

مبحث أول: ماهية مبدأ المشروعية.

مبحث ثان: رقابة الإدارة في خضوعها لمبدأ المشروعية.

مبحث أول

ماهية مبدأ المشروعية

أولاً: تعريف مبدأ المشروعية:

إن مبدأ المشروعية أو سيادة القانون، (Le principe de la supériorité de la loi) هو أهم الدعامات التي تقوم عليها الدولة الحديثة.⁽¹⁰⁾

وعرف الفقيه دي لوبادير⁽¹¹⁾ مبدأ المشروعية بأن تكون تصرفات السلطات الإدارية مطابقة للقانون أو أكثر دقة للشرعية، أو بمعنى آخر مجموعة قواعد القانون الأكثر موضوعية وليست تلك التي تطوي على القواعد القانونية الشكلية.

وعرفه البعض الآخر بأنه خضوع الإدارة للقواعد القانونية النافذة أو سارية المفعول.⁽¹²⁾

ويذهب العميد فيدل⁽¹³⁾ إلى أن خضوع الإدارة للقانون - يعد في الواقع - مسوغاً للمبدأ الديمقراطي نفسه وأن عدم احترام الإدارة للقانون، يفقد الديمقراطية معناها الحقيقي.

ويرى العميد / سليمان الطماوي⁽¹⁴⁾ أن مبدأ المشروعية في معناه العام لا يعنى أكثر من سيادة القانون، بمعنى أن تكون جميع تصرفات الإدارة في حدود القانون، ويؤخذ

10 Debbasch (ch), Droit administratif, éd cijas, 1969. P.359.

ولمزيد من التفاصيل في تعريف مبدأ المشروعية في اللغة والقانون الوضعي، د. محمد موسى محمد الفقي، حدود مبدأ المشروعية في ظل قانون الطوارئ (دراسة تطبيقية على جهاز الشرطة في مصر، رسالة مقدمة لكلية الحقوق جامعة عين شمس 2003، ص9 وما تلاها). راجع حكم محكمة التمييز، الطعن رقم 136/2015 إداري/2، جلسة 17/12/2105. موسوعة مبادئ القضاء الإداري الكويتي في ثلاثة وثلاثين عاماً، للمستشارين/ ناصر المعلا، جمال الجلاوي، طبعة 2015، الكتاب الثالث، ج5، ص818.

11 De laubadère (A), Traité de droit administratif, 7^e édition, Paris, 1973, P239, 'Ce principe signifie que les autorités administratives sont tenues, dans les décisions qu'elles prennent de se conformer à la loi ou plus exactement à la légalité, c'est-à-dire, à un ensemble de règles de droit dont beaucoup, mais non point toutes sont contenues dans des lois formelles''.

12 Debbasch (ch), Droit administratif, op. cit p. 359.

Le principe de légalité, il signifie l'assujettissement de l'administration aux règles de droit en vigueur'.

13 Vedel (G), La soumission de l'administration, À la loi, 1951, p.2.

'La soumission de l'administration a la loi met en cause le principe démocratique lui-même... si l'administration ne respecte pas la loi, la démocratie n'est pas réelle'.

14 مؤلفه النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص15 وما تلاها وفي هذا المعنى د. محمود حلمي، القضاء الإداري، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، 1974، ص5.

القانون – هنا – بالمعنى العام الشامل لجميع القواعد الملزمة في الدولة سواء أكانت مكتوبة أم غير مكتوبة، وأيا كان مصدرها، مع مراعاة التدرج في قوتها أو هو احترام كل من الحاكم والمحكوم للقانون ويخضع لسلطانه. (15)

أو يقصد به أن يكون نشاط المحكومين والحكام (أفراد أو جماعات، هيئات خاصة أو عامة)، أيا كان نوع هذا النشاط أو الغرض منه، في إطار القواعد القانونية المطبقة أيا كان مضمون هذه القواعد وأيا كان مصدرها ومستواها في التدرج الهرمي للقواعد القانونية. (16)

وفي نظر البعض أن مبدأ الشرعية يعنى سيادة القانون، أي احترام أحكام القانون وسريانها على الحاكم والمحكوم، فالقانون يجب أن يحكم الأفراد ليس فقط في علاقاتهم بعضهم بعضا، وإنما كذلك في علاقاتهم بهيئات الحكم في الدولة. (17)

وعرفه البعض من الفقه الكويتي بأن تخضع تصرفات الإدارة في ممارستها للسلطة العامة حال تحقيق الصالح العام لأحكام القانون بمفهومه الواسع. (18)

ومن المقرر قضاءً أن مبدأ سيادة القانون مؤداه التزام كافة سلطات الدولة والأفراد باحترام كافة ما يصدر من تشريعات (19) أو خضوع الدولة للقانون في ضوء المفاهيم الديمقراطية يقوم على عدم إخلال التشريعات السارية بالحقوق والضمانات التي تعتبر من المفترضات الأولية لقيام الدولة القانونية. (20)

ومبدأ المشروعية لا يعني الخضوع للقانون بمفهومه الضيق فحسب، بل بمفهومه العام، أي كل قاعدة عامة مجردة سواء كانت مكتوبة أو غير مكتوبة، وأيا كان مصدرها مع مراعاة التدرج في قوتها (الدستور، القانون العادي، اللائحة، فالقرار الفردي) (21) أيا

15 د. فؤاد العطار، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، 1968، ص 16.

16 د. عبد المنعم محفوظ، قضاء المشروعية، الطبعة الأولى، (دار وسنة النشر بدون)، ص 72.

17 د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 8.

18 د. خالد عبد العزيز العصيمي، ولاية القضاء الإداري في دولة الكويت، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة القاهرة 2005 ص 17.

19 حكم محكمة القضاء الإداري الدعوى رقم 60/28157 ق، جلسة 2007/4/24 المجموعة ص 727 وما تلاها.

20 حكم محكمة القضاء الإداري الدعوى رقم 60/39876 ق، جلسة 2007/1/16، المجموعة ص 727 وما تلاها.

21 في هذا المعنى د. رمزي الشاعر، تدرج البطلان في القرارات الإدارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 1968، ص 21 وما تلاها.

كان نوع تصرف الإدارة سواء كان عملها قانونياً أو مادياً.⁽²²⁾ بل أنه (أي مبدأ المشروعية) لا يعني احترام الإدارة للقانون في تصرفاتها الإيجابية فقط، بل يعني أيضاً واجب قيامها بالأعمال التي يحتم القانون عليها ضرورة تنفيذها أو القيام بها حيث يكون سكوتها عن القيام بتلك الأعمال تصرفاً سلبياً غير مشروع.⁽²³⁾

ومقتضى هذا المبدأ أن تخضع الدولة في تصرفاتها للقانون القائم، وأن يمكن الأفراد بوسائل مشروعة من رقابة الدولة في أداؤها لوظيفتها، بحيث يمكن أن يردوها إلى جادة الصواب كلما عنّ لها أن تخرج على حدود القانون عن عمد أو إهمال.⁽²⁴⁾

هذا من جانب، ومن جانب آخر أن مبادرة جهة الإدارة إلى تصحيح أخطائها القانونية وردها إلى حظيرة القانون ورد الحقوق إلى أربابها، ذلك هو جوهر مبدأ المشروعية.⁽²⁵⁾

ومن المقرر أن الإدارة ملزمة باحترام القانون والخضوع لأحكامه احتراماً لمبدأ سيادة القانون سواء لتحقيق مصلحة الحكومة أو مصلحة العامل الشخصية إذا كان على غير دراية كاملة بأحكام القانون وما يخوله له من حقوق.⁽²⁶⁾

ومن المستقر عليه قضاءً أنه يجب على الدولة بكافة مؤسساتها وأجهزتها الالتزام بأحكام الدستور والقانون وما تجريه من تصرفات تحقيقاً للدولة القانونية التي تتقيد في ممارستها لسلطاتها - أي كانت وظائفها أو غايتها - بقواعد قانونية تعلق عليها وتردها على أعقابها إن هي جاوزتها، فلا تتحلل منها، ذلك أن سلطتها هذه - وأيها كان القائمون عليها - لا تعتبر امتيازاً شخصياً لمن يتولونها، ولا هي من صنيعهم ولكن تباشرها نيابة من

22 حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 28/1411 ق.ع، جلسة 1981/4/25، ص 26، ع 2، ص 938 وما تلاها.

23 د. رمزي الشاعر، تدرج البطلان في القرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 201.

وفي ذات الاتجاه أرجع البعض مصادر المشروعية إلى أربعة تأتي في المقدمة الدستور (constitution) وفي المرتبة الثانية القوانين (Les Lois) والمعاهدات (Les traits)، وتأتي في المرتبة الثالثة اللوائح الإدارية (Les règlements administratifs)، وأخيراً القرارات الفردية (Les actes individuels).

(Odent (R). Waline (M). Vedier (R). Répertoire de droit public et administratif. Tome 11. Paris. 1959. Dalloz. 704.

24 في هذا المعنى د. سليمان الطماوي، دروس في القضاء الإداري، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي 1976، ص 8.

25 حكم محكمة القضاء الإداري، الدعوى رقم 69/9965 ق.ع، جلسة 2015/2/17، المجموعة ص 258 وما تلاها.

26 حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 24/688 ق.ع، جلسة 1981/4/12، ص 26، ع 2، ص 870.

المجتمع ولصالحه، ومن ثم تكون هذه القواعد قيوداً على كل أعمالها وتصرفاتها فلا تأتيها إلا في الحدود التي رسمها الدستور، وبما يرضى مصالح مجتمعها. فالدولة القانونية هي التي تتوافر لكل مواطن في كنفها الضمانة الأولية لحماية حقوقه وحياته وتنظيم السلطة وممارستها في إطار المشروعية وهي ضمانة يدعمها القضاء، لتصبح القاعدة القانونية محوراً لكل تنظيم، واحداً لكل سلطة، ورادعاً ضد العدوان.⁽²⁷⁾

وفي هذا الصدد قضت محكمة القضاء الإداري أن قضاء مجلس الدولة مستقر على أنه متى أجاز المشرع للجهة الإدارية وضع قيود وضوابط معينة للاختيار بين المتزاحمين في أمر ما، فإنه يتعين عليها أن تلتزم في هذا الشأن بأحكام القانون وقواعد الشريعة العامة المقررة فلا تحيد عنها بوضع شروط مجافية لها تخل إخلالاً جسيماً بقاعدة المساواة أو بالفلسفة التي يقوم عليها التشريع، ولما يترتب عليه - حتماً - الإخلال بحقوق المخاطبين بهذه القواعد والشروط.⁽²⁸⁾

وإن إعلاء شأن المشروعية وسيادة القانون أمر يلزم أن تتخذ أي من السلطات في الدولة أساساً لمباشرة اختصاصاتها ومرتقفاً لتصرفاتها، وما بآ لسلطاتها.⁽²⁹⁾

وترتيباً على ذلك، فإن مبدأ خضوع الدولة للقانون، هو ركيزة الدول، وجوهره تقيد السلطتين التنفيذية والتشريعية بالدستور، ولم تعد السلطة في النظم الديمقراطية امتيازاً لأحد، بل تتم مباشرتها نيابة عن المجتمع وتقرر لمصلحته العامة، وترتكز مشروعية السلطة على احترامها للقانون وإنفاذها لأحكامه وإعلائها لشأنه، ليصبح محوراً لكل تنظيم، واحداً لكل سلطة ورادعاً ضد العدوان عليها، وحائلاً دون النيل منها ويتوفر لكل مواطن أيضاً في كنف الدستور الضمانة الأولية لحماية حقوقه وحياته.⁽³⁰⁾

وذهبت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري إلى أن

27 حكم محكمة القضاء الإداري، الدعوى رقم 69/9965، جلسة 2015/2/177 المجموعة ص 158 وما تلاها.

28 حكمها في الدعوى رقم 54/5020، جلسة 2000/7/11، المجموعة، ص 242.

29 حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 17590 و58/17594 ق.ع، جلسة 2012/5/12، المجموعة، ص 418.

30 حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 59/13846 ق.ع، جلسة 2013/4/21، (المجموعة في شأن الأحزاب السياسية والانتخابات الرئاسية والبرلمانية من أول يوليو سنة 2011 إلى آخر سبتمبر سنة 2016، ص 454 وما تلاها).

مبدأ خضوع الدولة للقانون مؤداه تقيد الدولة في ممارستها لسلطتها بالقواعد القانونية، بحيث تغدو هذه القواعد قيماً على كل أعمالها وتصرفاتها. (31)

وعرفت محكمة التمييز مبدأ المشروعية بأنه التزام الإدارة بأحكام القوانين واحترامها ومراعاتها عند إصدار قراراتها. (32)

وفي هذا السياق ذهبت إلى أن المشروعية تعنى مطابقة القرارات الإدارية لأحكام القانون، وإذ صدرت مجاورة للمشروعية وقعت مخالفة لأحكامه. (33)

ومن المستقر عليه في قضاء التمييز الكويتي أن مبدأ المشروعية يُلزم الإدارة بالخضوع لأحكام القوانين واللوائح التي تحكم عملها وتحكم علاقتها بموظفيها. ومن المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن علاقة الموظف بجهة الإدارة هي علاقة تنظيمية تحكمها القوانين واللوائح، وأن ما تفرضه القوانين واللوائح من أحكام يخضع لها الموظف وتلتزم الجهة الإدارية بأحكامها احتراماً لمبدأ المشروعية. (34)

ومبدأ المشروعية له مظهران أو شقان (35) مظهر مادي ومظهر شكلي. ويقصد

31 فتاها رقم 940 بتاريخ 2012/12/31، جلسة 2012/10/7، ملف رقم 655/6/86، ص 67، ص 104.

32 حكمها في الطعن رقم 677 و678/إداري جلسة 2015/6/17، الموسوعة الكتاب الثاني ج3، ص 261 وما تلاها.

وذهبت هذه المحكمة - في هذا الصدد - على أن الجهة الإدارية المختصة عملاً بأحكام القانون رقم 77 لسنة 1977 المعدل بالقانون رقم 61 لسنة 1978 بشأن الهيئات الخاصة للشباب والرياضة، هي المنوط بها الإشراف والرقابة على الأندية الرياضية باعتبارها هيئات اجتماعية خاصة بحياها المرشح ببعض امتيازات السلطة العامة لدعمها في القيام برسالتها الخطيرة في تكوين شخصية الشباب ونشر التربية الرياضية والاجتماعية وبت الروح القومية بين الأعضاء وتحقيقاً للصالح العام وإعلاء الشرعية وسيادة القانون، فمن ثم وجب عليها إعمال رقابتها التي يوجبها احترام مبدأ الشرعية وسيادة القانون بأن تمارس سلطتها التي خولها لها القانون لتحقيق الرقابة القانونية التي استهدفها على تصرفات الأندية وقراراتها، فالمرشح لم يخول الجهات الإدارية المشار إليها سلطة الإشراف والرقابة على الهيئات الخاصة العاملة في مجال الشباب والرياضة مجرد إعطائها مزايا خاصة للقائمين على إدارتها لمباشرة سلطة وصاية وسيطرة إن شاءت قامت بإعمالها وأن شاءت أحجمت عن استعمالها، بل لكي تباشر رقابتها، والتثبت من وجود مخالفات للقوانين واللوائح وأن تنشط إلى ذلك من خلال أجهزتها المختصة ومن حضور مندوبها اجتماعات مجالس الإدارة الخاصة بتلك الهيئات واجتماعات الجمعية العمومية لها، ومن خلال محاضرات الاجتماعات التي أوجب القانون عرضها عليها، فإذا استبان لها وجود مخالفة كان عليها أن تنشط إلى تصحيحها والإغدا امتناعها عن تصحيح تلك المخالفة قراراً إدارياً سلبياً مما يختص القضاء الإداري بنظر الطعن عليه، وأن القول بغير ذلك يؤدي إلى جعل سلطة الرقابة والوصاية التي نظمها القانون لا طائل منها مما يجعل من هذه الأندية الرياضية - إزاء ما منحه لها المرشح من امتيازات السلطة العامة - سلطة تصرف مطلقة من كل قيد. (الطعن رقم 40/3658 ق.ع، جلسة 1995/1/1، ص 40، ج 1، ص 836 وما تلاها).

33 في هذا المعنى حكمها في الطعن رقم 688/إداري جلسة 2002/4/21، الموسوعة السابقة ص 10 وما تلاها.

34 حكمها في الطعن رقم 294/2007/إداري، جلسة 2012/5/30، الموسوعة السابقة، الكتاب الثالث ج 6، ص 286.

35 د. مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، الطبعة الثالثة، 1966، ص 179، وما تلاها.

بمبدأ المشروعية في شقه المادي ويتعلق بتطبيق القواعد القانونية ويقضى بأن كل قرار تتخذه الإدارة أيا كان موضوعه يجب أن يكون مطابقاً للقواعد القانونية أي للأعمال القاعدية (Les actes règles) النافذة وقت صدوره.

ومبدأ المشروعية في هذا الشق ذو نطاق واسع. فالقواعد القانونية مصدر المشروعية يجب أن تحترم من الكافة وجميع السلطات الإدارية - ومن باب أولى - تحترم من السلطات نفسها التي أصدرتها، وكذلك تحترم من السلطات الأعلى من السلطة التي أصدرتها، مادامت صدرت صحيحة ومطابقة لحكم القانون.

أما مبدأ المشروعية في شقه الشكلي فيتعلق بتعديل أو إلغاء هذه القواعد وهي تقضي بأن كل سلطة تريد أن تصدر قاعدة قانونية يجب أن تراعى القواعد القانونية التي صدرت من سلطات أعلى.

ثانياً: موقف الفقه والتشريع الوضعي من خضوع الإدارة للقانون:

تباينت اتجاهات الفقه في شأن خضوع الإدارة للقانون، ويمكن بلورة هذه الاتجاهات صوب ثلاثة آراء: (36)

الأول: يرى عدم السماح للإدارة أن تأتي عملاً - قانونياً أو مادياً - مخالفاً للقانون، فخضوع الإدارة للقانون - في نظر هذا الرأي - يستتبع عدم خروجها على أحكامه أو مخالفة قواعده. وهذا الرأي يفسر مبدأ المشروعية تفسيراً ضيقاً، ويميل - في المقابل - إلى توسيع سلطة الإدارة. ذلك أن مخالفة الإدارة للقانون لا تتحقق إلا إذا أتت عملاً - مادياً أو قانونياً - ممنوعاً عليها القيام به، ومعنى ذلك إطلاق سلطان الإدارة في ممارسة التصرفات القانونية والأعمال المادية، طالما أنها لم تخرج على أحكام القانون. وقد تجور الإدارة بهذه التصرفات وتلك الأعمال على حريات الأفراد، إلا أنها تعتبر مشروعة مادام أن القانون لم

36 د. محمود حافظ، القضاء الإداري دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص20 وما تلاها. وفي هذا المعنى د. محمد رفعت عبد الوهاب، د. حسين عثمان، القضاء الإداري، 1999/1998، الناشر (بدون)، ص51.

ينظمها أو يمنع الإدارة من ممارستها لها.

الثاني: فهو - على العكس - يفسر مبدأ المشروعية تفسيراً أوسع ويضيق من سلطة الإدارة، إذ يرى أن خضوع الإدارة للقانون يستلزم استنادها - في كل ما تقوم به من أعمال أو تصرفات - إلى أساس من القانون. وجوهر هذا الرأي أن الإدارة لا تملك اتخاذ أي تصرف قانوني أو عمل مادي إلا إذا كان القانون يجيز لها القيام به.

الثالث: فهو أشد تطرفاً في التمسك بالمشروعية، ذلك أنه يقرر أن أعمال الإدارة لا تكون مشروعية إلا إذا كانت مجرد تنفيذ أو تطبيق لمبدأ أو قاعدة تشريعية عامة قائمة، ومبنى هذا الرأي، أنه يحدد إطار الإدارة في كونها مجرد أداة صماء لتنفيذ القانون.

أما موقف التشريع الوضعي، فإن المشرع رخص للإدارة - في كل من فرنسا ومصر والكويت - سلطة إصدار اللوائح بمختلف أنواعها ومسمياتها بما في ذلك اللوائح المستقلة.

وإذا كان هذا هو شأن الإدارة - في كل من الدول المذكورة - فهي لا تعتبر مجرد أداة تنفيذ لقواعد قانونية قائمة، بل وأكثر من هذا، فهي تملك سلطة إصدار قواعد مستقلة جديدة، على ما سيأتي.

كما يمنح المشرع، من ناحية ثانية، للإدارة سلطات تقديرية في مجالات عديدة تستطيع بمقتضاها تقدير ملاءمة التصرفات القانونية والأعمال المادية التي تقوم بها في حرية كاملة، فالإدارة تملك القيام بالتصرفات أو عدم القيام بها، واختيار الوقت الملائم والوسيلة المناسبة لأدائها. ولا يتصور - والإدارة يرخص لها بهذه الحرية الكبيرة في التصرف - أن تكون الإدارة مجرد أداة تنفيذية لأحكام القانون.

وفي ضوء هذا الموقف من المشرع الوضعي - في كل من فرنسا ومصر والكويت - يمكن القول بأن الرأي الأخير من الفقهاء، وهو الرأي المتطرف في التوسع في مفهوم المشروعية، لا يتفق وموقف المشرع في تلك الدول.⁽³⁷⁾

37 في هذا المعنى د. عبد المنعم محفوظ، مرجع سابق، ص 76 وما تلاها.

ويبدو أنه فيما يتعلق بوجهة نظر الرأيين (الأول والثاني من الفقه)، فهي تتفق مع أحكام القانون الوضعي، وتفسير ذلك: أن الرأي الأول يضع التزاماً سلبياً على السلطة الإدارية بالأداء بخلاف أحكام القانون، أما الرأي الثاني، فهو - إذ يضع التزاماً إيجابياً على الإدارة - يقرر بأن يكون عملها مستنداً إلى نص في القانون يجيزه، ومن هذا يتضح أن هذين الرأيين غير متعارضين، ويتفقان مع موقف التشريع الوضعي.

ثالثاً: أهمية مبدأ المشروعية: (38)

يسود الدولة المعاصرة مبدأ ذو أهمية خاصة (مبدأ المشروعية أو مبدأ سيادة القانون) ومن مقتضاه أن أعمال الهيئات العامة وقراراتها النهائية لا تكون صحيحة ولا منتجة لآثارها القانونية في مواجهة المخاطبين بها، إلا بمقدار مطابقتها لقواعد القانون العليا التي تحكمها، فإذا هي صدرت بالمخالفة لهذه القواعد، فإنها تكون غير مشروعة، ويكون لذوي المصلحة طلب إلغائها والتعويض عنها أمام المحكمة المختصة.

غاية الأمر أن القرارات النهائية للسلطات العامة تتمتع دائماً بقرينة الصحة، على من يدعي العكس إثبات دعواه، بحيث إذا لم يصدر قرار بسحبها أو إلغائها في المواعيد المقررة، أو لم يقض القاضي المختص بإلغائها، فإنها تبقى ملزمة ونافذة المفعول شرعاً.

ومن ثم فإن مبدأ المشروعية - بحق - يشكل حماية حقيقية وفعالة لحقوق الأفراد وحياتهم ضد تعسف الإدارة وتحكمها، فإذا كانت الدولة لا تستطيع أن تصدر قرارات فردية متعلقة بشخص معين أو أشخاص معينين إلا في الحدود التي تسمح لها القواعد القانونية، فإن هذه القرارات يجب أن تكون مشروعة ومطابقة للقانون.⁽³⁹⁾

رابعاً: ضرورة مبدأ المشروعية:

لا خلاف على أن مبدأ المشروعية قد غدا أحد الضمانات الأساسية للأفراد، وشرطاً لازماً لقيام الدولة القانونية، أي الدولة القائمة على احترام سيادة القانون. وهو

38 د. طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون، مكتبة القاهرة الحديثة، 1973 ص 5 وما تلاها.

39 د. رأفت فودة، دروس في قضاء المسؤولية الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة 1994، ص 17 وما تلاها.

يعني ضرورة التزام السلطات العامة بتحقيق قدر من الثبات النسبي للعلاقات القانونية وحد أدنى من الاستقرار للمراكز القانونية المختلفة بهدف إشاعة الأمن والطمأنينة بين أطراف العلاقات القانونية وهو ما يطلق عليه «مبدأ الأمن القانوني».(40) كما ينبغي التسليم بأن قيام الإدارة باحترام مبدأ المشروعية وقيام الرقابة القضائية على أعمالها وخضوع الجميع لكلمة القانون الذي ينطق بها القضاء الطبيعي ويسارعون إلى تنفيذه، هي مقدمات ضرورية ولازمة لتحقيق الديمقراطية في دولة من الدول. فلا يتصور أن يُمنع المواطن في دولة تحترم مبدأ الشرعية من اللجوء إلى قاضيه الطبيعي، أو لا يخضع أي تصرف صادر من إحدى جهات الحكم، أو حتى الأفراد، للرقابة القضائية أو لا تنفذ فيها الأحكام القضائية تنفيذاً فورياً وكاملاً ووفقاً لمقتضيات حسن النية.(41)

ولا خلاف في أن تقرير مبدأ المشروعية يمثل ضماناً جدياً للأفراد في مواجهة السلطات العامة حتى يكون هؤلاء بمقتضاه في مأمن من أن تعتدي عليهم الهيئات الحاكمة على خلاف ما قرره القانون.

ويعتبر هذا المبدأ ضماناً أساسية لحماية الأفراد من تعسف الإدارة وتحكمها، إذ يجب أن يخضع الحكام والمحكومين للقانون، وأن تكون السيادة للتشريعات المعمول بها في الدولة حتى تصير الدولة قانونية (l'Etat de droit) إذ انتهت العهود التي كانت الدولة فيها دولة بوليسية (l'Etat de police) لا يخضع فيها الحكام للقانون وإنما كانوا يستبدون بالسلطة ويتعسفون بالأفراد وكانت الدولة في هذه المراحل السابقة تعتبر فوق القانون وكان الحكام فيها غير ملزمين باحترام القواعد القانونية.(42)

فقد أصبح من المسلمات الآن، أنه لا يكفي لحماية حقوق الأفراد وحياتهم العامة، أن تتأكد سيادة القانون في شأن علاقاتهم بعضهم ببعض، بل أصبح يلزم لتوكيد هذه الحماية أن يسود القانون علاقاتهم مع الدولة وما يتفرع عنها من هيئات عامة، خصوصاً متى روعي

40 د. محمد ماهر أبو العينين، مجلس الدولة قاضي الحقوق والحريات والحاجة لترسيخ مبدأ المساواة أمام القضاء، محاضرة أقيمت بالجامعة الأمريكية 2017 (غير منشور).

41 د. محمد ميرغني خيرى، مرجع سابق، ص 15 وما تلاها.

42 Loehak (D). la justice administrative. 2 e édition montchrestien No: 110 ets.

ازدياد هذا النوع من العلاقات بعد انكماش فكرة الدولة الحارسة، واندفاع الدولة المعاصرة في سياسة التدخل في مختلف أوجه النشاط الاجتماعي والاقتصادي.

ويزيد من إلحاح هذه الضرورة ما تتمتع به السلطة العامة من قوة جبرية ومن امتياز التنفيذ المباشر لقراراتها، بحيث إذا هي لم تخضع للقانون لتحولت إلى قوة مادية تعسفية يمكن أن تقضي على حقوق الأفراد وحررياتهم العامة.⁽⁴³⁾

وأخيراً أن هذا المبدأ قد يتسع في حالات الضرورة والظروف الاستثنائية بحيث تصبح التصرفات غير المشروعة في الظروف العادية، مشروعة في الظروف غير العادية بمراعاة القيود المقررة، في هذا الصدد، وأخصها مبدأ الضرورة تقدر بقدرها، على ما سيأتي.⁽⁴⁴⁾

43 Duguit (L). Traité de droit constitutionnel. 11. 1932. P.488.

44 د. محسن العبودي، مبدأ المشروعية وحقوق الإنسان، دار النهضة العربية، القاهرة 1995، ص 10.

مبحث ثان

رقابة الإدارة في خضوعها لمبدأ المشروعية

من البديهي أو من المفترض أن الإدارة - وهي بصدد مباشرة تصرفاتها وإصدار قراراتها بمناسبة إدارة وتسيير مرافقها - تحترم حكم القانون وتنزل على مقتضاه. (45)

وهذه النظرة المثالية لا تصدق على سائر تصرفات وقرارات الإدارة. فقد تخالف الإدارة مبدأ المشروعية - أي كان وجه المخالفة ومناسبتها أو ظروفها - سواء عن

عمد أو إهمال من جانبها - فإن مقتضى ذلك ولازمه إخضاع الإدارة للرقابة.

وما يعيننا - في هذا المقام - إلا الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، بحسبانها أنجع طرق الرقابة، وأكثرها فاعلية على وجه الإطلاق، (46) على ما سيأتي.

ولا نغفل - هنا - الرقابة الإدارية (le contrôle administratif) وخلاصتها أن تتولى الإدارة بنفسها مراقبة مطابقة تصرفاتها للقانون أما بناء على تظلم من الأفراد أو من تلقاء نفسها. (47)

45 Odent (R). Waline (M). verdier (R). Tome 11 op. cit. P704.

46 جرى قضاء المحكمة الإدارية العليا على أن قاضي المشروعية هو الأمين على حقيقة التزام جهات الإدارة بأحكام التشريعات والنزول على صحيح مقتضياتها إعلاء لسيادة القانون وصونها لها. (حكمها في الطعن رقم 4753 لسنة 44 ق.ع، جلسة 2001/6/23، ص 46، ج 3، ص 2290).

وذهبت إلى أن الأمانة التي تطلق عنق قاضي المشروعية تلزمه بالدود عن الحقوق الدستورية المقررة للمواطنين حتى يتحقق صدقاً ويتوافر حقاً للمشروعية قيامها ولسيادة القانون أن تصان (حكمها في الطعن رقم 48/7741 ق.ع، جلسة 2003/11/13 (غير منشور).

47 لمزيد من التفاصيل راجع د. بكر القباني، الرقابة الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة 1985 وراجع أيضاً د. محمد موسى محمد الفقي، حدود مبدأ المشروعية في ظل قانون الطوارئ رسالته السابقة، ص 254 وما تلاها، وتأخذ هذه الرقابة في العمل صوراً ثلاث:

(أ) التظلم الولائي: (Recours administratif gracieux) وذلك بأن يتقدم ذو المصلحة إلى من صدر منه التصرف

المخالف للقانون طالبا منه أن يعيد النظر في تصرفه أما بسحبه أو بإلغائه أو بتعديله، بعد أن يبصره بوجه الخطأ الذي ارتكبه.

(ب) التظلم الرئاسي (Recours administratif hiérarchique). وهنا يتظلم المضرور إلى رئيس مصدر القرار فيتولى

الرئيس بناء على سلطته الرئاسية، سحب القرار أو إلغاءه أو تعديله بما يجعله مطابقاً للقانون. وقد يتولى الرئيس من تلقاء نفسه

ممارسة هذه السلطة دون تظلم وهي تعرف بالرقابة الذاتية. وراجع: De laubadère (A). Venezia (J.C.) et

Gaudent. Traité de droit administratif. Tome 1 2e édition 1992. p.570

(ت) التظلم إلى لجنة إدارية خاصة (Recours de la commission administratif spéciale) وهذه اللجنة تشكل عادة

من موظفين إداريين من مستوى معين وتحقق للأفراد بعض الضمانات التي لا تتوافر في الطريقتين السابقتين. (د. سليمان الطماوي، النظرية

وتأتي أهمية الرقابة القضائية، فإن الرقابة الإدارية لا يمكن أن توفى بالغرض المرجو من ضمان سيادة مبدأ المشروعية. ومرجع ذلك إلى أن مصدر القرار قد يرفض الاعتراف بالخطأ، ويتمسك بوجهة نظره صلفاً وغروراً، وقد يجاريه رئيسه خوفاً وطمعاً.

هذا من ناحية، وقد تكون للإدارة رغبة أو مصلحة في التحرر من قيود المشروعية، ومن ناحية ثانية، وفوق كل هذا وذلك، فإن ترك النزاع بين الإدارة والأفراد لتفصل فيه الإدارة بنفسها لا يمكن أن ييبث الثقة في نفوس الأفراد، لأن من مقتضيات العدالة ألا يكون الحكم خصماً في النزاع، ومن ثم فإن القاعدة الغالبة في معظم الدول أن يعهد إلى القضاء برقابة الإدارة.

وذهبت المحكمة الإدارية العليا،⁽⁴⁸⁾ في هذا الصدد، إلى أن مبدأ الشرعية وسيادة القانون يوجب خضوع سلطات الدولة للقانون والتزام حدوده، يكمله مبدأ الرقابة القضائية بحسبانها المظهر الفعال لحماية الشرعية، فهي التي تكفل تقييد السلطات العامة بقواعد القانون، كما تكفل رد هذه السلطات إلى حدود المشروعية إن هي تجاوزت تلك الحدود، ومن ثم فإن قوامة القضاء تؤدي ثمارها متى التزمت سبيل هذه الحماية تطبيقاً للقانون وترسماً لأحكامه وصدعاً بما يستلزمه مبدأ الفصل بين السلطتين التشريعية والقضائية، بما يعصم هذه الأخيرة من ممارسة سلطة محجوزة لسلطة التشريع وتحمل عبئاً هي منه ببعيد، نزولاً على طبيعة ما أوكل إليها من مهمة تطبيق القانون دون مهمة سنه وتشريعه.

وهذا ما سار عليه قضاء محكمة التمييز الكويتية في أحكامه المطردة، أن مبدأ

العام للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 19 وما تلاها).

ومن الملاحظ أن المشرع المصري أنشأ هيئات خاصة مستقلة عن كافة الإدارات لمراقبة المخالفات القانونية سواء بناء على تظلم ذي المصلحة أو من تلقاء نفسها وهي: النيابة الإدارية، وهيئة الرقابة الإدارية، الجهاز المركزي للحسابات. ومن المقرر أن الرقابة الإدارية رقابة موازية للرقابة القضائية وسابقة عليها، وزوال الأخيرة لا يقضى على الرقابة الأولى التي تظل وحدها بين يدي الفرد والسلطات العامة، للأول أن يثيرها والثانية أن ترد بها حظيرة القانون. والقول بغير ذلك يحرم مبدأ المشروعية من آخر سلاح يدافع عنه في وقت تحطمت فيه كل الأسلحة، كما يحرم الأفراد من الوسيلة الأخيرة لرعاية حريتهم وحقوقهم. (المستشار/عمر عمرو، ميعاد سحب القرارات الإدارية، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة الرابعة، العدد الرابع أكتوبر - ديسمبر 1963، ص 37).

48 حكمها في الطعن رقم 57/5112 ق.ع، جلسة 2011/9/24، المجموعة، ص 184، وحكمها في الطعون أرقام 2408 و2409 و2432 و58/2433 ق.ع، (الدائرة الأولى - فخص)، جلسة 2011/11/14، المجموعة في شأن الأحزاب السياسية والانتخابات الرئاسية والبرلمانية، مرجع سابق، ص 277 وما تلاها.

الشرعية وسيادة القانون يوجب خضوع كافة سلطات الدولة للقانون ويكمله مبدأ الرقابة القضائية. فالقضاء الإداري - وهو بالأساس - قضاء مشروعية إذ يسلط رقابته على مشروعية القرار الإداري المطعون فيه 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.⁽⁴⁹⁾

خلاصة القول أن مبدأ المشروعية أصبح من المبادئ القانونية العامة واجبة التطبيق في كل دول العصر، وذلك بغض النظر تماماً عن الاتجاهات السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي تتبناها الدولة وتتخذ منها أهدافها وغاياتها المستقبلية وأصبح من المستقر الآن أن السلطة والقانون ظاهرتان متلازمتان ومتكاملتان فالسلطة لا تستطيع أن تتعامل مع الخاضعين لها إلا بالقانون وعلى مقتضاه.⁽⁵⁰⁾

49 حكمها في الطعن رقمي 604 و2012/714 إداري/3، جلسة 2013/2/7، الموسوعة السابقة، الكتاب الثاني، ج3، ص28 وما تلاها، والطعن رقم 2011/295 إداري/2، جلسة 2013/5/14، الموسوعة السابقة، ص36 وما تلاها.

50 د. طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976، ص13.

فصل ثان

موازنة مبدأ المشروعية

(les contrepoids du principe de la légalité)

تمهيد وتقسيم:

مضت الإشارة إلى أن مبدأ المشروعية حاصله التزام الإدارة بالخضوع للقواعد القانونية النافذة والمطبقة داخل الدولة. ولكن هذا الالتزام لا يمكن أن يكون مطلقاً لأنه إذا كان الالتزام يؤيده المنطق القانوني المجرد، إلا أنه لا يجوز أن يؤخذ على إطلاقه، فيطبق بصفة تلقائية، وإلا كان مؤدى ذلك عرقلة نشاط الإدارة.

وفي نظر البعض⁽⁵¹⁾ أن الظروف قد توجب الخروج على مبدأ المشروعية في بعض الأحوال، بحيث لا يخضع تصرف الإدارة للرقابة القضائية، وفي مثل هذه الحالة، نكون بصدد استثناء لا يجوز القياس عليه أو التوسع في تفسيره، ويظهر ذلك بوضوح في حالة أعمال السيادة التي تعتبر استثناءً خطيراً من مبدأ المشروعية، ولهذا فإن أعمال السيادة تخرج، على ما سيأتي، من ولاية القضاء.

ومن جهة ثانية، فقد تمر بالدولة ظروف استثنائية من شأنها تعريض سلامة الدولة للخطر، وقد يترتب على الالتزام بمبدأ المشروعية التزاماً مطلقاً هو إلحاق الضرر بالمصلحة العليا للدولة، الأمر الذي يستلزم معه التخفيف من مبدأ المشروعية طالما أن هذه الظروف قائمة، بمعنى أن مبدأ المشروعية يظل قائماً، والخضوع للقانون يبقى موجوداً، غير أن كل ما في الأمر أن تطف وتخفف من تطبيق المبدأ.

ومن جهة ثالثة، فإن الإدارة وهي تمارس نشاطها لتحقيق الصالح العام، فإن الأمر يستلزم أن تتمتع بقدر من الحرية والمرونة في ممارسة نشاطها دون أن يفرض عليها المشرع

51 De laubadère (A). Traité de droit administratif. op. cit. p.260.

راجع في هذا المعنى د. عبد العظيم عبد السلام، القضاء الإداري، (سنة ودار النشر بدون)، ص 84 وما تلاها.

ضرورة التصرف على نحو ملزم وبطريقة معينة، حتى لا تتسم تصرفاتها بالآلية وتصبح مجرد آلة صماء يقتصر دورها على مجرد التنفيذ، بمعنى أن المشرع يمنح الإدارة أحيانا حرية التصرف عند قيامها بالنشاط ويمنحها أيضاً الحرية في اختيار الوقت الملائم للقيام بالتصرف، وهذا ما يسمى «بالسلطة التقديرية للإدارة» التي تمارس في إطار مبدأ المشروعية من حيث الغاية وليس من حيث الوسيلة، الأمر الذي يستلزم التخفيف من مبدأ المشروعية مراعاة لطبيعة النشاط الإداري.⁽⁵²⁾

وبناءً على ما تقدم، سنتناول هذا الموضوع، على التقسيم والتفصيل الآتي:

مبحث أول: أعمال السيادة (أعمال الحكومة).

مبحث ثان: الظروف الاستثنائية.

مبحث ثالث: السلطة التقديرية.

52 في نظر البعض أن الجمع بين النظريات الثلاث سألقة البيان لم يأت هكذا اعتباطاً أو مصادفة وإنما جاء نتيجة كما يجمع بينهن من سمات مشتركة، فالسمة المشتركة لهذه النظريات هي أنها تشكل حدود وملففات للنتائج المترتبة على الأخذ بنظام المشروعية، كما أنها تقوم على اعتبارات متشابهة وهي حاجة الإدارة إلى قدر من الحرية تضمن به حسن الإدارة وبما لا يؤدي إلى وصمها بطابع الآلية والروتين بأن تغل أيدي رجالها وتكبث فيهم روح الابتكار (لمزيد من التفاصيل د. ثروت عبد العال، الرقابة القضائية على ملاءمة القرارات الإدارية، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة أسيوط، 1992، ص702 وما تلاها).

مبحث أول

أعمال السيادة (أعمال الحكومة)

(actes de souveraineté) ou (actes de gouvernement)

سنتناول أعمال السيادة في فرنسا باعتبارها مهد نظرية أعمال السيادة، وفي مصر والكويت وذلك على التفصيل الآتي:

أولاً: نظرية أعمال السيادة في فرنسا :

(أ) نشأة النظرية: (53)

نظرية أعمال السيادة نشأت في فرنسا وإن كان أساسها تشريعياً⁽⁵⁴⁾، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي هو صاحب هذه النظرية⁽⁵⁵⁾. وهي نتاج عمل المجلس من خلال تطبيقاته على مر العصور للحالات والأوضاع التي يختص بالتدخل فيها ورقابة مشروعية قرارات الإدارة وتلك التي يحجم فيها عن رقابته لعمل صادر من السلطة التنفيذية، أو بمعنى آخر فهي نظرية قضائية كغيرها من النظريات الأخرى العديدة التي عمل مجلس الدولة الفرنسي على خلقها وتقريرها. فقد أتت نظرية أعمال السيادة كمقابل قدمه مجلس الدولة الفرنسي للحكومة ليحتفظ بوجوده ويثبت أقدامه خاصة بعد منحه سلطة القضاء المفوض عام 1872.⁽⁵⁶⁾

53 Berthélemy (H). Traité élémentaire de droit administratif. 3e édition. Paris. 1933. P127 et s.

54 المستشار د. محمد ماهر ابو العينين، ضوابط مشروعية القرارات الإدارية، الكتاب الأول، الطبعة الأولى، 2013، ص39.

55 د. عبد الفتاح ساير داير، نظرية أعمال السيادة، دراسة مقارنة، في القانون الفرنسي والمصري، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة القاهرة، 1955، ص13.

56 د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص34.

في بادئ الأمر، كان قضاء مجلس الدولة الفرنسي يسبغ على أعمال الحكومة، وصف الطابع السياسي، أو بعبارة أخرى انها اساساً ذات طابع سياسي:

(Actes de gouvernement. ayant un caractère essentiellement politique) (C.E 5 déc 1838. famille Napoléon Bonoparte. Rec. p 641).

وقد تبنت محكمة التنازع هذا الوصف p252. Trib. confl. 18 juin 1852. héritiers d'oriéans.

ونظرية أعمال السيادة، من الأهمية بمكان، في نطاق القانون العام، فالقانون العام الحديث يسوده مبدأ الشرعية الذي يقضي بأن كل قرار تتخذه السلطة العامة في الدولة يجب أن يخضع لرقابة القضاء حتى يتحقق من مطابقته للقانون نصاً وروحاً. ويستثنى من حكم هذا المبدأ الأعمال التي يطلق عليها اسم «أعمال السيادة» أو «الأعمال الحكومية» فلا يجوز الطعن بإلغائها أو بطلب التعويض عما تكون قد الحقته من أضرار، حتى إذا كانت غير مشروعة، وإذا كان الخروج على هذا المبدأ تقتضيه اعتبارات خاصة، فلا بد لذلك من تحديد أعمال السيادة وتقييدها.

وعرض مفوض الحكومة دافيد (David) لنظرية أعمال السيادة في تقريره في قضية (prince Napoléon)⁽⁵⁷⁾ على النحو الآتي: ”في الحقيقة المبدأ المقرر وفقاً لقضاء المجلس أن أعمال السيادة مثل الأعمال التشريعية لا يجوز الطعن فيها أمام القضاء، ولو تعلقت بحقوق فردية. ولكن إذا كانت الأعمال التي توصف في لغة القانون بأعمال السيادة، تقديرية بطبيعتها فلا يمتد المجال الذي يندرج فيه هذا التكييف بطريقة تحكيمية وفقاً لهوى الحكام، فهو مقصور طبعاً على الأمور التي من أجلها قرر القانون ضرورة منح الحكومة السلطات العامة التي أخضع لها فعلاً حق المواطنين الخاص تستمدتها الحكومة في فرنسا أما

57 C.E. 19 fév. 1875 prince Napoléon. Rec 155 concl. David D75.3.18 concl David.

ونشير - هنا - إلى النص الفرنسي على الوجه الآتي:

“Il est, en effet de principe, d'après la jurisprudence du conseil, que, de même que les actes législatifs, les actes de gouvernement ne peuvent donner lieu à aucun recours contentieux, alors même qu'ils statuent sur des droits individuels, mais si les actes qualifiés, dans la langue du droit, actes de gouvernement, sont discrétionnaires de leur nature, la sphère à laquelle appartient cette qualification ne saurait s'étendre arbitrairement au gré de gouvernants, elle est naturellement limitée aux objets pour lesquels la loi a jugé nécessaire de confier au gouvernement les pouvoirs généraux auxquels elle a virtuellement subordonné le droit particulier des citoyens dans l'intérêt supérieur de l'Etat. Tels sont les pouvoirs discrétionnaires que le gouvernement tient en France soit des lois constitutionnelles, quand elles existent, pour le règlement et l'exécution des conventions diplomatiques, soit des lois de police, il suit de là que, pour présenter le caractère exceptionnel qui le met en dehors et au-dessus de tout contrôle juridictionnel, il ne suffit pas qu'un acte émane du gouvernement ou de l'un de ses représentants, ait été délibéré en conseil des ministres ou qu'il ait été dicté par un intérêt politique’.

من القوانين الدستورية عند وجودها لتنظيم وتنفيذ المعاهدات الدبلوماسية أو من قوانين الضبط. ويترتب على ذلك أنه لا يكفي لإبراز الطابع الاستثنائي الذي يجعل القرار بمنأى وفوق كل رقابة قضائية أن يكون هذا القرار الصادر عن الحكومة أو أحد ممثليها قد اتخذ بعد التداول في مجلس الوزراء أو أملتة مصلحة سياسية“.

(ب) تعريف الفقه الفرنسي لأعمال السيادة:

عرفها الفقيه دي لوبادير⁽⁵⁸⁾ بأنها طائفة من القرارات الصادرة بمعرفة السلطات الإدارية والتي لا يقبل الطعن عليها أمام جهات القضاء الإداري أو العادي.

وعرفها العميد ريفيرو⁽⁵⁹⁾ بأنها طائفة من القرارات بعينها لا يبسط القاضي الإداري أو القاضي العادي رقابته عليها، وطبقاً لهذا الوصف فهي تخرج عن كل رقابة قضائية“.

وعرفها البعض الآخر⁽⁶⁰⁾ بأنها القرارات التي تخرج كلية من رقابة القضاء، وهي من ذات طبيعتها، وذلك نتيجة تمتعها بالحصانة القضائية.

(ج) معايير تحديد أعمال السيادة:

نظرية أعمال السيادة نشأت في الأصل لإسباغ الحصانة على طائفة من الأعمال الداخلة في نطاق علاقة الدولة بالدول الأخرى أو علاقة السلطة التنفيذية بالسلطات الأخرى

58 De laubadère (A). Traité de droit administratif. op. cit. p. 272.

“on appel «actes de gouvernement» certains actes, accomplis par des autorités administratives, qui ne sont susceptibles d'aucun recours devant les tribunaux, tant administratifs que judiciaires“.

59 Rivero (J). Droit administratif. op. cit. p150. «une catégorie dite des actes de gouvernement, à l'égard desquels ni le juge administratif ni le juge judiciaire, ne se reconnaissent compétents, ce qui a pour effet de les soustraire à tout contrôle juridictionnel.»

60 Odent (R), Waline (M), Verdier (M). Tome I op. cit. P25. “acte de gouvernement: ce sont des actes qui échappent à la compétence de toute juridiction des actes dotés, en conséquence de l'immunité juridictionnelle”.

داخل الدولة. وهذه الأعمال لا يتيسر مراقبتها قضائياً نظراً لطبيعتها الخاصة أو لعدم وجود المعلومات والمعايير التي يمكن الاستناد لها لأعمال الرقابة عليها، فضلاً عن أنها لا ترتب حقوقاً لأحد الأفراد يمكن انتزاعها قضائياً.⁽⁶¹⁾

ولقد تعددت المعايير في شأن تحديد أعمال السيادة - في هذا الصدد - وهي تجري على الترتيب الآتي:⁽⁶²⁾

1- معيار الباعث السياسي: (الغرض أو الغاية): ومفاده أن أعمال السيادة هي تلك التي تصدرها السلطة التنفيذية، باعث سياسي. غير أن هذا المعيار ينقصه التحديد ويؤدي توسيع نطاق أعمال السيادة وذلك لإمكان تذرع السلطة التنفيذية بحجة الباعث السياسي كلما أرادت أن تفلت من رقابة القضاء.

ومعيار الباعث السياسي في تحديد أعمال السيادة قد تم هجره وعدل عنه القضاء نهائياً.

2- المعيار الموضوعي أو معيار طبيعة العمل: ومقتضاه أن أعمال السيادة هي الأعمال التي تصدرها السلطة التنفيذية في ممارستها لوظيفتها الحكومية. وذلك بخلاف الأعمال التي تصدرها أثناء تأديتها لوظيفتها الإدارية. وهذا المعيار هو السائد فقها وقضاً في التمييز بين أعمال السيادة وأعمال الإدارة. فأعمال السيادة - بحسب هذا المعيار - هي الأعمال التي تصدر عن السلطة التنفيذية باعتبارها سلطة حكم لا سلطة إدارة.⁽⁶³⁾ والعبرة - هنا - بطبيعة العمل المتخذ وليس بما يسبغ عليه من أوصاف.

61 حكم محكمة القضاء الإداري، الدعوى رقم 58/30728، جلسة 2006/12/26، المجموعة ص 140 وما تلاها.

62 د. عبد الفتاح ساير داير، رسالته السابقة، ص 68 وما تلاها. د. حافظ هريدي أعمال السيادة في القانون المصري والمقارن، رسالة القاهرة، 1952، ص 125 وما تلاها. وفي هذا المعنى خالد عبد العزيز العصيمي، رسالته السابقة، ص 75 وما تلاها.

63 وفي هذا الصدد، ذهبت محكمة القضاء الإداري إلى أنه ولما كان النزاع الراهن يتحدد في اعتقال شقيق المدعية من قبل السلطات الأمريكية خلال عام 2001 أبان تواجده خارج البلاد، وقامت بترحليه إلى معسكر جوانتانامو بكوبا وما زال مصيره مجهولاً وغير معلوم لها، على ما أسبغته عليه من وصف وتكييف قانوني صحيح، لا يتصل بأعمال السيادة ولا يدخل فيها خاصة في ظل ما تشهده البلاد من ظروف وتحولات سياسية كبيرة تقود إلى اعتبار النزاع المائل متعلقاً بعمل إداري عادي بطبيعته يخضع لرقابة القضاء الإداري وفقاً لأحكام القانون، وامتناع الحكومة ممثلة في وزارة الخارجية عن مطالبة السلطات الأمريكية رسمياً بالإفراج عن شقيق المدعية أو بإيضاح موقفه القانوني على الرغم من استطلاعها ذلك حسبما وقر في عقيدة المحكمة من أن تلك الحكومة قادرة دائماً على كشف حالة الغموض سائفة البيان بما لديها من أجهزة مختلفة وما تملكه من صلاحيات ووسائل قانونية عديدة لا مناص معه من القضاء بإلغاء القرار السلبي. (حكمها في الدعوى رقم

وفي نظر البعض⁽⁶⁴⁾ أن التفرقة القاطعة بين الوظيفتين الحكومية والإدارية بأنها ليست أقل صعوبة من تمييز أعمال السيادة. ويستشهد في ذلك بحكم محكمة القضاء الإداري الصادر في 1974/6/19 حيث يقول «في تحديد أعمال السيادة ينبغي التمييز بين الوظيفة الحكومية وبين الوظيفة الإدارية. فالإدارة تشمل التطبيق اليومي للقوانين وتصريف شؤون الجمهور العادية، أما الوظيفة الحكومية للسلطة التنفيذية فيدخل فيها المحافظة على الكيان العام ومعالجة المشاكل الكبرى التي تخص الوحدة السياسية والمصالح القومية الكبرى...».

3- معايير القائمة القضائية لأعمال السيادة (معيار التعداد الحصري):⁽⁶⁵⁾

(La Liste jurisprudentielle des actes de gouvernement)

- الأعمال المتصلة بعلاقة السلطة التنفيذية بالبرلمان:

(Les actes de l'exécutif pris dans ses rapports avec le parlement)

ou (actes relatifs aux relations du gouvernement avec les chambres).

ومن قبيل ذلك حل البرلمان أو دعوته للانعقاد.

- الأعمال المتصلة بعلاقة الحكومة بالدول الأجنبية.

(Les actes de l'exécutif en matière de relations avec les puissances étrangères) ou (actes relatifs aux relations international).

58/30728ق، جلسة 2006/12/26، المجموعة ص140 وما تلاها).

64 . ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص25.

65 Rivero (J). Droit administratif. op. cit. P151 et s.

De laubadère (A). Traité de droit administratif. op. cit. P274. et s.

وتشمل القرارات المتعلقة بالتفاوض وإبرام الاتفاقيات الدولية. والقرارات المتعلقة بتطبيقها. وأيضاً القرارات المتصلة بإجراء تحضير (إعداد) أو شهر المعاهدات الدولية، أو القرارات المنجزة بواسطة ممثلي لدى فرنسا في الخارج عند تطبيق السياسة الخارجية. والقرارات المتعلقة بالطعن أمام المحاكم الدولية.

- الأعمال المتعلقة بعلاقة الحكومة بالدول الأجنبية، كالأعمال المتعلقة بالمعاهدات.

(Les actes de politique internationale étrangers aux traités) Ou (actes relatifs aux relations du gouvernement les chambres

إعلان الحرب أو وقفها وسائر الأعمال الحربية:

Les actes de guerre (Les actes relatifs à la conduite de la guerre et d'une manière général les faits de guerre).

وفي نظر البعض⁽⁶⁶⁾ أن قائمة أعمال السيادة في الوقت الراهن لا تتضمن سوى

مجموعتين من التدابير: الأعمال المتعلقة بعلاقة الحكومة بالبرلمان، وتلك التي تتصل مباشرة بعلاقات فرنسا بالدول الأجنبية والمنظمات الدولية.

الأولى: الأعمال المتعلقة بعلاقة الحكومة بالبرلمان:

Les actes concernant les rapports du gouvernement avec le parlement

66 Rivero (J). Droit administratif. op. cit. P151 et s.

De laubadère (A). Traité de droit administratif. op. cit. P274. et s.

De laubadère (A). Venezia (J.C). et Gaudemet (Y). Traité de droit administratif. op. cit p585 et s.

Rouault (M.C). contentieux administratif. 3e édition. Gualino éditeur. 2006. p.151 et s.

واستناداً إلى ذلك رفض مجلس الدولة نظر: (67)

أ- قرارات السلطة التنفيذية في إطار مشاركتها في الوظيفة التشريعية: رفض التقدم إلى البرلمان بمشروع قانون، وقرار إيداع المشروع أو سحبه ورفض اتخاذ إجراءات التعجيل اللازمة لسرعة إقرار المشروع، ومرسوم إصدار القانون.

ب- قرارات الحكومة التي لا تعدو أن تكون تمهيداً لقرار من البرلمان، الذي يملك هو ذاته ممارسة رقابته عليها.

ج- قرارات رئيس الجمهورية ذات العلاقة بين السلطات الدستورية، وبممارسة الوظيفة التشريعية مثل قرار اللجوء إلى السلطات الاستثنائية المنصوص عليها في المادة 16 من دستور 1958، ومرسوم بطرح مشروع قانون للاستفتاء.

الثانية: الأعمال التي تتصل مباشرة بعلاقات فرنسا بالدول الأجنبية والمنظمات الدولية.

(Les actes mettant en cause les rapports du gouvernement avec un état étranger ou un organisme international)

وهذا المعيار منتقد أيضاً لأن هذا التعداد لا يمكن أن يكون دقيقاً لأنه مهما أحكم، فإنه لا يمكن أن يضم كل الأعمال التي يقصد بها أنها أعمال سيادة، ويمكن أن تضم بعضاً من المسائل لا تدخل في نطاق أعمال السيادة، لأن هذه الأعمال تضيق وتتسع تبعاً للظروف المحيطة بالدولة، ففي الأزمات يتجه التعداد إلى الزيادة، بينما يقل هذا التعداد في الظروف العادية. (68)

67 Long (M) Weil (p). Braibant (G). Delvolloè (B). et Genevois (B). les Grands arrêts de la jurisprudence administrative. Dalloz 19^e édition. 2013. p17 et s.

وراجع في هذا الصدد الأحكام المشار إليها في المرجع السابق في هامش (1)، ص 17 وما تلاها.

68 Waline (M). Traité de droit administratif. 9 éd. 1963. P225. Duguit (L). Traité de droit constitutionnelle. Tome. III. P740.

4- المعيار الحديث؛

يكاد الفقه الحديث يجمع على أن نظرية أعمال السيادة لا أهمية لها، لأن الأعمال التي يقصد بها أنها أعمال سيادة ولا تخضع بالتالي لرقابة القضاء الإداري، هي أعمال لا تخضع للرقابة القضائية وفقاً للقواعد العادية لأن أغلب الموضوعات التي أدرجت في قائمة أعمال السيادة هي أعمال لا تمس النشاط الإداري. ومن المسلم به أن القاضي الإداري هو قاضي المنازعات الإدارية، وبالتالي يخرج عن اختصاصه كل ما يتعلق بالسلطات التشريعية والقضائية وما يتعلق بالسلطات الأجنبية. (69)

ومع ذلك تحد نظرية أعمال السيادة، في هذا الصدد، قيداً مزدوجاً: (70)

1- يقبل القاضي الإداري نظر التدابير التي يعتبرها قابلة للانفصال (détac - able) عن العلاقات الدبلوماسية أو الاتفاقات الدولية، (4) أي التدابير التي يمكن أن يقدرها استقلالاً عن مصادرها أو مناسباتها الدولية. وقرر مجلس الدولة عدم اعتبار طلبات تسليم المجرمين الموجهة من الحكومة الفرنسية إلى حكومة أجنبية من أعمال السيادة. (71)

2- تعد المعاهدات الدولية منذ سنة 1946 وتطبيقاً للدستور مصدراً للشرعية الوطنية، ويكون طلب الطاعن إلغاء قرار إداري مخالف لها مقبولاً، كما لو كان مخالفاً للقانون. (72)

69 د. عبد العظيم عبد السلام، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص94.

70 Long (M), Weil (P) et Braibant (G), op. cit. P19 et s.

(4) لمزيد من التفاصيل حول نظرية العمل المنفصل، راجع د. عبد الفتاح ساير داير، رسالته السابقة، ص648 وما تلاها وراجع De lub -dère (A), et autres op. cit. P59.

71 .E.21 Juill 1972. Legros. Rec. 554. A. J 1974. 259. Note Blumann.

72 C. E30 Mai 1952. Dame Kirk wood. Rec. 291. S. 1953. P33. Note Bouzat. R.D.P. 1952. P781. concl Letourneur. note Waline.

ثانياً: نظرية أعمال السيادة في مصر:

(أ) تاريخ النظرية وتطورها التشريعي:

إذا كان القضاء الفرنسي هو المصدر الحقيقي لأعمال سيادة في فرنسا، فإن هذه الأعمال قد وجدت أساسها في مصر في النصوص التشريعية، التي نصت صراحة على منع المحاكم من التعرض لها.

وقد ورد النص على منع المحاكم من النظر في أعمال السيادة، بدءاً من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة، عام 1890، مروراً بلائحة ترتيب المحاكم الأهلية عام 1937، ثم صدور قانون نظام القضاء رقم 147 لسنة 1949، انتهاءً بقانون السلطة القضائية رقم 46 لسنة 1972، حيث نصت المادة (17) منه على أنه: «ليس للمحاكم أن تنظر بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في أعمال السيادة».

وإذا كان التشريع في مصر قد عمل على حماية أعمال السيادة أمام المحاكم العادية بمنعها صراحة من النظر في هذه الأعمال، فإنه قد عمل على حماية هذه الطائفة من الأعمال أمام القضاء الإداري، وهو ما عملت عليه قوانين مجلس الدولة المتعاقبة منذ إنشاء المجلس بالقانون رقم 112 لسنة 1946، وما تلاها من قوانين انتهاءً بالقانون الحالي في شأن مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972، حيث نصت المادة (11) على أن: «لا تختص محاكم مجلس الدولة بالنظر في الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة».⁽⁷³⁾

(ب) تعريف الفقه المصري لأعمال السيادة:

ويعرفها الفقه الإداري المصري، بأنها طائفة من أعمال السلطة التنفيذية تخرج عن اختصاص المحاكم - بصفة عامة - بحيث لا يمكن الطعن فيها أمام أية جهة من جهات القضاء سواء كان ذلك في ظل الظروف العادية أو في ظل الظروف الاستثنائية.⁽⁷⁴⁾

73 لمزيد من التفاصيل، د. مصطفى أبو زيد فهمي القضاء الإداري ومجلس الدولة، مرجع سابق، ص 236 وما تلاها.

74 د. سعد عصفور، د. محسن خليل، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 113، ود. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 128، د. فؤاد العطار، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 70.

أو هي قرارات إدارية لا تسأل عنها الإدارة أمام أي جهة قضائية، أي أن عمل الإدارة يكون حصيناً ضد أي عمل قضائي سواء الإلغاء أو التعويض.

كما يعرفها البعض الآخر⁽⁷⁵⁾ بأن الأعمال الحكومية وأعمال السيادة هي القرارات الخطيرة التي في الداخل أو الخارج تتصل بالسياسة العليا للدولة وتتخذها الحكومة بما لها من سلطات الحكم للمحافظة على سيادة الدولة وصيانة كيائها والقرارات التي يصدر فيها الموظف الإداري أو الدبلوماسي عن سلطته التقديرية، ولو لم يتبع في ذلك تشريعاً أو تعليمات مرسومة، إما بسبب عدم وجود تشريع أو تنظيم يحكم الحالة المعروضة، وإما أنه يعتمد فيها إلى مخالفة التشريع والقواعد المرعية توصلًا لمصلحة عامة يهدف إليها، ويلحق بما تقدم أعمال الحرب الدفاعية والهجومية وأعمال التعدي.

(ج) أعمال السيادة في قضاء مجلس الدولة :

إن المشرع لاعتبارات قدرها أخرج من ولاية القضاء، سواء أكان القضاء العادي أم القضاء الإداري، النظر في الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة، سواء بطريق مباشر أو غير مباشر.

وقد استقرت أحكام القضاء الإداري على أن أعمال السيادة هي تلك الأعمال التي تباشرها الحكومة باعتبارها سلطة حكم في نطاق وظيفتها السياسية، وهذه الأعمال لا تمتد إليها الرقابة القضائية لأنها فوق الدستور أو القانون، ولكن لأن ضوابط ومعايير الفصل في مشروعيتها لا تنتهياً للسلطة القضائية، هذا بالإضافة إلى عدم ملاءمة طرح هذه المسائل علناً في ساحات القضاء، لا سيما وأنها تتعلق بعلاقات الدولة الخارجية بالدول الأخرى والتي تشمل العلاقات الدبلوماسية والقنصلية وإبرام المعاهدات الدولية معها وتعديلها وإنائها.⁽⁷⁶⁾

وجرى قضاء هذه المحكمة على أن أعمال السيادة هي تلك الأعمال أو الإجراءات

75 المستشار/ سمير صادق، المبادئ العامة في القضاء الإدارية المصري، دار الفكر الحديث، سنة النشر (بدون)، ص766.

76 حكمه في الدعوى رقم 65/50099ق، جلسة 2015/11/17، المجموعة ص42.

وإذا كانت نظرية أعمال السيادة تختلط في بعض تطبيقاتها بنظرية أعمال الضرورة، إلا أنه يجب التمييز بين النظريتين، فأعمال السيادة نطاق غير نطاق أعمال الضرورة، ولكل من النظريتين أركان تختلف عن أركان النظرية الأخرى. فأعمال الضرورة تخضع في جميع الأحوال لرقابة القضاء، على خلاف أعمال السيادة التي لا تخضع لرقابة القضاء بحسب الأصل، (حكم محكمة القضاء الإداري، القضية رقم 5/587ق، جلسة 1951/6/26، ص5، 1099).

العليا التي تصدر من الحكومة باعتبارها سلطة حكم لا سلطة إدارة، تباشرها بمقتضى هذه السلطة العليا لتنظم علاقتها بالسلطات العامة الأخرى داخلية كانت أو خارجية، إذ تتخذها اضطراراً للمحافظة على كيان الدولة واستتباب الأمن في الداخل أو للذود عن سيادتها في الخارج وهذه الأعمال تخرج عن رقابة القضاء، ولا يختص مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري بالنظر في هذه الطلبات.⁽⁷⁷⁾

والعبرة في تحديد التكليف القانوني لأي عمل تجريه السلطة التنفيذية لمعرفة ما إذا كان من أعمال السيادة أم لا - وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة - هي بطبيعة العمل ذاته، لا بالأوصاف التي قد تخلع عليه أو ما يحيط به من ملاسبات متى كانت طبيعته تتنافى مع هذا الوصف.⁽⁷⁸⁾

وقد استقر القضاء الإداري على أن أعمال السيادة هي تلك القرارات الصادرة من رئيس الدولة أو الحكومة باعتبارها سلطة حكم لا سلطة إدارة في نطاق وظيفتها السياسية وتخرج عن حدود وظيفتها الإدارية طبقاً لاختصاصاتها كما حددها الدستور، وتتعلق بالأعمال التي تتصل بالسياسة العليا للدولة أو الإجراءات التي تتخذ لتنظيم العلاقة بين السلطات العامة في الداخل أو بعلاقتها بغيرها من السلطات العامة في الخارج ويكون

77 حكم محكمة القضاء الإداري، القضية رقم 8/6211 ق، جلسة 13/4/1957، س 11، ص 556 وما تلاها. وقد ذهبت المحكمة، في هذا الصدد، إلى أنه متى كان القرار المطعون فيه، والخاص باعتقال أحد الأشخاص لخطورته على الأمن العام، قد صدر من قائد الثورة باعتباره الحاكم العسكري استناداً إلى القوانين الخاصة بالأحكام العرفية بإعلانها، فإنه لا يعد من أعمال السيادة، بل يعتبر قراراً إدارياً مما يدخل في اختصاص القضاء الإداري. (حكمها في القضية رقم 9/23 ق، جلسة 15/16/4/1957، س 11، ص 554 وما تلاها).

78 حكم المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 4 لسنة 12 قضائية، «منازعة تنفيذ»، بجلسة 9/10/1990 ج 4 دستورية، ص 524، وحكم محكمة القضاء الإداري، الدعوى رقم 58/30728 ق جلسة 26/12/2006 (سبق الإشارة إليه).

79 حكم محكمة القضاء الإداري رقم 65/30644 ق، جلسة 17/2/2015، المجموعة خلال الفترة من أكتوبر 2014 إلى سبتمبر 2015، ص 200.

ولقد أصدرت محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة المصري - في بداية نشأتها - حكماً في 27/1/1948 اعتبرت فيه قرار إبعاد الأجنبي غير المرغوب في أعمال السيادة.

غير أن الأحكام تواترت بعد ذلك على أن إبعاد غير المرغوب فيهم حق للدولة تباشره بمأله من حق السيادة على البلاد وتمتع في هذا الشأن بسلطة تقديرية واسعة ولا قيد على هذا الحق إلا عدم إساءة السلطة، مادام الإبعاد قائماً على أسباب جدية متصلة بالصالح العام، وقراراتها تخضع لرقابة محكمة القضاء الإداري.

(المستشار/ سمير صادق، المبادئ العامة في القضاء الإداري المصري، مرجع سابق، ص 785، المستشار/ محمد عبد الغني حسن، قواعد وإجراءات التقاضي أمام القضاء الإداري، الناشر (بدون)، 2010، ص 134 وما تلاها).

وأوضحت المحكمة الإدارية العليا مدى جواز اعتبار الإجراءات التي تتخذها الإدارة استناداً لقانون الطوارئ من أعمال السيادة وذهبت إلى أن التدابير التي يتخذها القائم على إجراء النظام العرقي سواء كانت تدابير فردية أو تنظيمية يجب اتخاذها في حدود القانون، لا تنأى هذه التدابير عن رقابة القضاء أساس ذلك أنها لا تجاوز دائرة القرارات الإدارية التي تدخل في اختصاص مجلس الدولة (الظلم رقم 31/1438 ق، ع، جلسة 6/3/1988 ج 2، ص 1048 وما تلاها).

الباعث عليها المحافظة على سيادة الدولة أو كيانها في الداخل أو في الخارج.

وقد استقر الفقه والقضاء على أن الأعمال التي تباشرها الحكومة باعتبارها سلطة حكم تعد من أعمال السيادة تميزاً لها عن الأعمال التي تباشرها الحكومة باعتبارها سلطة إدارة فتخضع للرقابة القضائية، فأعمال السيادة تباشرها الحكومة باعتبارها سلطة حكم، وفي نطاق وظيفتها السياسية ولا تمتد إليها الرقابة القضائية. ولما كان قرار رئيس الجمهورية، بدعوة الناخبين للانتخاب، صدر عنه بوصفه سلطة حكم، فمن ثم يعد من أعمال السيادة وينأى عن الرقابة القضائية ولا تعارض بين الرقابة على دستورية القوانين مع فكرة أعمال السيادة وإذ لا تلازم بين الأمرين، فليس هناك ما يحول دون تطبيق نظام الرقابة على دستورية القوانين، مع التمييز بين أعمال الإدارة وأعمال السيادة، ذلك أنه إذا كانت الرقابة على دستورية القوانين تهدف إلى إعلاء كلمة الدستور باعتبارها أعلى القواعد القانونية، فإن أعمال مبدأ السيادة والأعمال التي تتمثل فيها من شأنه إخراج بعض الأعمال الحكومية من الرقابة القضائية لاعتبارات قد تكون في بعض صورها سياسية وفي رقابة القضاء على هذه الأعمال ما لا يتفق وطبيعة ولاية السلطة القضائية.⁽⁸⁰⁾

والمستقر عليه فقها وقضاً أن المقصود بأعمال السيادة هي تلك الأعمال التي تصدر عن السلطة السياسية العليا في الدولة بوصفها سلطة حكم مستهدفة تحقيق مصلحة الجماعة السياسية وتنظيم علاقة الدولة بغيرها من الدول وتأمين سلامتها في الداخل والخارج وعلاقة الحكومة بالبرلمان وهي تختلف عن القرارات الصادرة من السلطة التنفيذية باعتبارها سلطة إدارة تتولى الإشراف على المصالح والمرافق العامة.

ولما كان قرار رئيس الجمهورية رقم 337 لسنة 1992 بدعوة الناخبين للانتخاب المجالس الشعبية المحلية لا يعدو أن يكون قراراً إدارياً يتمخض عن إرادة ملزمة مصدرها نصوص القانون رقم 73 لسنة 1956 بتنظيم مباشرة الحقوق السياسية ووفقاً لأحكام قانون الإدارة المحلية الصادر بالقانون رقم 43 لسنة 1979 المعدل بالقانونين رقمي 50

80 حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 30/1939، ج.ع، جلسة 12/12/1987، ص 33، ج 1، ص 409 وما تلاها.

لسنة 1981 و14 لسنة 1988، ويراد بالإفصاح عنها إحداث مركز قانوني معين يعتبر في ذاته ممكناً وجائزاً قانوناً والباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة مثلما هو الشأن في القرارات الإدارية جميعها، ولا يعتبر أنه من أعمال السيادة، لأن العبرة دائماً هي بطبيعة العمل ذاته، وحيث إن الدستور إذ نصت المادة (172) منه على اختصاص مجلس الدولة كهيئة قضائية مستقلة بالفصل في المنازعات الإدارية والدعاوي التأديبية، فإن ولاية المجلس في هذا الشأن هي ولاية عامة، وأنه أضحى قاضى القانون العام بالنسبة إليها، وأن المسائل التي تدخل في ولايته لم تعد محددة حصراً، وبذلك فإن الحكم المطعون فيه وقد قضى برفض الدفع بعدم اختصاص المحكمة ولائياً بنظر الطعن في قرار رئيس الجمهورية رقم 337 لسنة 1992 بدعوة الناخبين لانتخاب أعضاء المجالس الشعبية المحلية، يكون قد صدر متفقاً مع صحيح حكم القانون، ويصبح الطعن عليه في غير محله. (81)

وأعمال السيادة التي لا تختص المحاكم بنظرها - كما هو الحال بالنسبة لعلاقة الدولة بالدول الأخرى، أو علاقة السلطة التنفيذية بالسلطة التشريعية أو أعمال الحرب - إلا أنه في مجال علاقة الدولة بالمواطنين - في الظروف العادية - لا تظهر أعمال السيادة إلا بالنسبة للإجراءات العليا التي تتخذ في سبيل الدفاع عن كيان الدولة أو استتباب الأمن وفي إطار القواعد التشريعية التي توضع مسبقاً وتحدد الحالات والمراكز القانونية والأوضاع التي تعتبر كذلك. (82)

والمشروع ولئن كان قد أخرج الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة من الاختصاص

81 حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 39/163 ق.ع، جلسة 16/1/1994، س 39 ج 1، ص 677 وما تلاها.

82 حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 20/377 ق.ع، جلسة 5/4/1975، س 20، ص 220.

وفي هذا الصدد ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى: «أنه ليس من ريب أن القرار المطعون عليه والصادر من قائد الجيش الثالث الميداني في 1980/7/3 باستمرار استيلاء وحدات القوات المسلحة على أرض النزاع هو قرار من طبيعة إدارية لاتصاله بالشؤون والمسائل اليومية المعتادة في إدارة أعمال القوات المسلحة ولا يتعلق بالإجراءات العليا التي تتخذ في سبيل الدفاع عن كيان الدولة في الداخل أو الخارج ودعم أركان الأمن، كما لا يتصل بعمليات الحرب ولم يصدر كنتيجة مباشرة للعمليات الحربية، ولذلك لا يعتبر هذا القرار من أعمال الحرب ولا يدخل ضمن أعمال السيادة، بل يعتبر عملاً إدارياً بطبيعته ويخضع لرقابة القضاء الإداري ويدخل الفصل في طلب وقف تنفيذه وإنفاذه في الاختصاص الوظيفي والنوعي لمحكمة القضاء الإداري، وإذ قضى الحكم المطعون فيه برفض الدفع بعدم اختصاص المحكمة ولائياً بنظر الدعوى وباختصاصها بنظرها، فإن هذا القضاء - في مسألة الاختصاص - يكون قد جاء مصادفاً صحيح حكم القانون، ويكون الطعن على الحكم المطعون فيه في مسألة الاختصاص في غير محله حقيقياً بالرفض في هذا الشق. (حكمها في الطعن رقم 27/1942 ق.ع، جلسة 25/12/1982، س 28، ص 323).

القضائي لمحاكم مجلس الدولة، شأنها في ذلك شأن محاكم السلطة القضائية، تقديراً من المشرع لأن ضوابط ومعايير الفصل في مشروعية أعمال سيادة لا تنتهياً للمحاكم، هذا بالإضافة إلى عدم ملاءمة طرح هذه المسائل علناً في ساحات القضاء ولئن كان ذلك، إلا أن المشرع لم يضع تعريفاً لأعمال السيادة، كما لم يضع معياراً جامعاً مانعاً يمكن من خلاله الوقوف عليها وتحديد ما يدخل فيها وما يخرج عنها، لذلك اجتهد كل من الفقه والقضاء بحثاً عن قاعدة تحقق المطلوب، وتعيين هذه الأعمال، وقد استقر القضاء الإداري في هذا الشأن على أن أعمال السيادة هي تلك الأعمال التي تباشرها الحكومة باعتبارها سلطة حكم في نطاق وظيفتها السياسية، ومن ذلك الأعمال المتعلقة بعلاقة الدولة الخارجية مع الدول الأخرى، وتشمل العلاقات الدبلوماسية والقنصلية وإبرام المعاهدات الدولية معها وتعديلها وإلغائها، أما الأعمال التي تباشرها الحكومة بوصفها سلطة إدارة فإنها لا تعد من أعمال السيادة، ومن ثم فإنها تخضع لرقابة القضاء.⁽⁸³⁾

وأعمال السيادة - وهي بحسب الأصل من أعمال الإدارة - هي أعمال تعصمها طبيعتها عن رقابة القضاء، وهي في مجال إقصائها عن هذه الرقابة لا تعد استثناءً على أصل خضوع أعمال الإدارة لرقابته، ولا تمثل خروجاً عن مبدأ الشرعية أو مجاوزة سيادة القانون، بل تتأبى طبيعتها بسط الرقابة القضائية عليها، ومن ثم تعين دوماً ضبطها في تخوم ضيقة ومبررة، تتحدد بالنظر إلى طبيعتها، بعيدة عن تلك الأوصاف التي يخلعها المشرع عليها، بحيث تعد كذلك حال لا يجوز أن يكون للدولة غير صوت واحد، كتلك الأعمال المتعلقة بإدارة الدولة للشئون الخارجية، أو إعلان الحرب، فلا يسوغ في الحالة الأولى أن يعدل بحكم قضائي من بيان السياسة الخارجية للدولة التي تستقل السلطان التشريعية والتنفيذية برسمها ووضع ضوابطها، كما لا يسوغ في الحالة الثانية إعاقة تنفيذ تدابير لها صلة وثيقة بالأمن الوطني للدولة وعملياتها الحربية ومرجع ذلك مرده إلى أن السلطة القضائية هي نقطة التوازن بين سلطتين ولكل منهما

83 حكم محكمة القضاء الإداري، الدعوى رقم 65/24644ق، جلسة 2015/7/27، المجموعة من خلال الفترة من أكتوبر 2014 إلى سبتمبر 2015، ص 402 وما تلاها.

اختصاصاتها التي كفلها الدستور والتي ترسمها في إطار من الرقابة الشعبية عليها وتقدير أداؤها.

وحيث إنه ولئن كانت أعمال السيادة هي تلك التي تفصح طبيعتها عن خصائصها التي تتأبى على الرقابة القضائية، إلا أنها لا تحمل في أعطافها تكويناً ثابتاً، ولكن مضمونها يتغير بتغير الإطار الدستوري الذي ينظم سلطات الدولة، فنظرية أعمال السيادة وإن نشأت قضائية في فرنسا وقتنها المشرع في قانوني السلطة القضائية ومجلس الدولة في مصر، إلا أن مضمونها يظل دائماً بيد القضاء، يحدده في ضوء البنية الدستورية التي تنظم سلطات الحكم في الدولة، ومن ثم فهي ليست نظرية جامدة المضامين، بل تتسم بالمرونة، بحسبان أن مساحة أعمال السيادة تتناسب عكسياً مع مساحة الحرية والديمقراطية، فيتسع نطاقها في النظم الدكتاتورية، ويضيق كلما ارتقت الدولة مدارج الديمقراطية.⁽⁸⁴⁾

وما لا يعد من أعمال السيادة، قرار رئيس الجمهورية بدعوة الناخبين لانتخابات مجلس النواب في ظل الدستور 2012، وهذا القرار أضحى في هذا الدستور خارجاً عن أعمال السيادة، وداخلاً في نطاق أعمال الإدارة، فتحضه مشروعيتها لرقابة القضاء، يؤكد ذلك ويعضده أن المادة 22 من القانون رقم 73 لسنة 1956 بتنظيم مباشرة الحقوق السياسية (المعدلة بالقانون رقم 132 لسنة 2011) عهدت إلى رئيس الجمهورية بتعيين ميعاد الانتخابات العامة بقرار منه، ومن ثم يغدو القرار الأخير - بالقطع - ليس من أعمال السيادة، تختص محاكم مجلس الدولة بنظر الطعن فيه.

إلا أن المشرع الدستوري ناط بلجنة الانتخابات الرئاسية وحدها سلطة الإشراف على انتخابات رئيس الجمهورية بدءاً من الإعلان عن فتح باب الترشيح، وعن إعلان نتيجة الانتخاب، واتخاذ ما يلزم من قرارات نهائية ونافذة بذاتها في هذا الشأن، وقد أضفى المشرع على قرارات اللجنة حصانة تعصمها من وقف التنفيذ أو الإلغاء، فهي غير قابلة للطعن عليها بأي طريق وأمام أية جهة، وذلك بغية إنهاء المنازعات بشأنها في مهدها، بالنظر إلى أهمية

84 حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 59/13846 ق.ع، جلسة 2013/4/21، المجموعة ص 476 وما تلاها.

منصب رئيس الجمهورية، تحقيقاً لاستقرار البلاد. (85)

وحيث إن المنازعة محل الطعن تتعلق بوقف تنفيذ وإلغاء القرارات المتصلة بانتخابات رئيس الجمهورية عام 2012، وبهذه المثابة فهي تخرج عن نطاق الاختصاص الولائي المقرر لمحاكم مجلس الدولة، وأية جهة أخرى بما يستوجب القضاء بعدم اختصاص المحكمة ولائياً بنظرها. (86)

(د) أعمال السيادة في قضاء المحكمة الدستورية العليا :

ذهبت هذه المحكمة⁽⁸⁷⁾ - في بيان ماهية أعمال السيادة - إلى أنها تصدر عن السياسية العليا للدولة بما لها من سلطة عليا وسيادة في الداخل والخارج مستهدفة تحقيق مصلحة الجماعة السياسية كلها مع احترام الحقوق التي كفلها الدستور، وتنظيم علاقاتها الخارجية بينها وبين الدول الأخرى، وتأمين لسلامتها في الداخل والدفاع عن إقليمها من الاعتداء الخارجي، والعبرة في التكييف القانوني لما يعتبر من أعمال السيادة، وما لا يعتبر منها هي بطبيعة هذه الأعمال ذاتها، والمرد ذلك إلى السلطة التقديرية للقضاء وحده.

كما ذهبت إلى أنه على الرغم من تعذر وضع تعريف جامع مانع لأعمال السيادة، فإن ثمة عناصر ومميزات تميزها عن الأعمال الإدارية العادية أهمها تلك الصبغة السياسية البارزة فيها (أي في أعمال السيادة) لما يحيطها من اعتبارات سياسية فهي تصدر عن السلطة التنفيذية بوصفها سلطة حكم وبمائها من سلطة عليا لتحقيق مصلحة الجماعة السياسية كلها، والسهر على احترام دستورها والإشراف على علاقتها مع الدول الأخرى،

85 الجدير بالذكر أن المشرع سن القانون رقم 198 لسنة 2017 في شأن الهيئة الوطنية للانتخابات، وخول في المادة (12) لكل ذي شأن الطعن على قرارات الهيئة في إعلان النتائج النهائية للانتخابات - خلال ثمان وأربعين ساعة من تاريخ إعلانها، وتختص المحكمة الإدارية العليا بالفصل في الطعون على قرارات الهيئة المتعلقة بالانتخابات الرئاسية ونتائجها.
وتنص المادة (13) على أن تفصل المحكمة في الطعون على قرارات الهيئة بحكم نهائي، غير قابل للطعن فيه، خلال عشرة أيام من تاريخ قيد الطعن، دون العرض على هيئة مفوضي الدولة ويتم تنفيذ الحكم بمسودته ودون إعلان.
ومؤدى ذلك أن أوضحت قرارات الهيئة بإعلان الانتخابات الرئاسية ونتائجها محلاً للطعن عليها أمام المحكمة الإدارية العليا بمجلس الدولة (التقاضي على درجة واحدة)، في المواعيد وطبقاً للإجراءات المنصوص عليها في هذا الشأن، وهي متعلقة بتلك الانتخابات الرئاسية ونتائجها فحسب، استثناءً من المواعيد والإجراءات المتعلقة بالطعون على القرارات الإدارية بدعوى الإلغاء، وذلك بغية إنهاء المنازعات بشأنها في مهدها بالنظر إلى أهمية منصب رئيس الجمهورية تحقيقاً لاستقرار البلاد.
وقد استتبع ذلك إلغاء الأحكام الواردة في قانون تنظيم الانتخابات الرئاسية الصادر بالقرار بقانون رقم 22 لسنة 2014، وقانون تنظيم مباشرة الحقوق السياسية الصادر بالقرار بقانون رقم 45 لسنة 2014 بشأن الانتخابات الرئاسية، على نحو ما نصت عليه المادة (36) من القانون رقم 198 لسنة 2017 المشار إليه.

86 حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم 58/20635 ق.ع، جلسة 2013/6/23 المجموعة، ص 489.

87 حكمها في القضية رقم 48 لسنة 4 قضائية دستورية بجلسته 1984/1/21، ج 3، ص 22.

وتأمين سلامتها وأمنها في الداخل والخارج. ولقد تضمنت المادة السادسة من القانون رقم 112 لسنة 1946 بإنشاء مجلس الدولة والمادة السابعة من القانون رقم 9 لسنة 1949 بتنظيم مجلس الدولة أمثلة لأعمال السيادة التي تجريها الحكومة بوصفها سلطة حكم، وهي القرارات المتعلقة بالأعمال المنظمة لعلاقة الحكومة بالهيئة التشريعية والتدابير الخاصة بالأمن الداخلي والخارجي للدولة والعلاقات السياسية والأعمال الحربية.⁽⁸⁸⁾ والفرق واضح بين هذه الأعمال وبين أعمال الإدارة العادية التي تجريها السلطة التنفيذية بوصفها سلطة إدارة تتولى الإشراف على المصالح اليومية للجمهور ومرافقه العامة.⁽⁸⁹⁾

من المقرر أن أعمال السيادة التي تخرج عن مجال الرقابة القضائية، وإن كانت لا تقبل الحصر والتحديد، وكان المراد في تحديدها إلى القضاء ليقدر ما يعتبر من أعمال السيادة وما لا يعتبر منها بحسب ظروف كل حالة على حدة، إلا أن هذه الأعمال يجمعها إطار عام هو أنها تصدر عن الدولة بما لها من سلطة عليا وسيادة داخلية وخارجية مستهدفة تحقيق المصالح العليا للجماعة، والسهر على احترام دستورها والإشراف على علاقتها مع الدولة والأخرى وتأمين سلامتها وأمنها في الداخل والخارج.

وتطبيقاً لذلك، ذهبت المحكمة الدستورية العليا، إلى أنه لما كان ذلك وكان القرار بقانون رقم 104 لسنة 1964 المطعون فيه قد صدر في شأن يتعلق بالأراضي الزراعية التي تم الاستيلاء عليها طبقاً لأحكام المرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1952 والقرار بقانون رقم 127 لسنة 1961 متضمناً عدم أحقية ملاكها في التعويض عن هذه الأراضي، فتعرض ذلك للملكية الخاصة، وهي من الحقوق التي عني الدستور بالنص على صونها وتحديد الحالات التي يجوز فيها نزعها جبراً عن مالكيها، ووضع القيود والضوابط لحمايتها، والتي ينبغي على سلطة التشريع أن تلتزمها وإلا جاء عملها مخالفاً للدستور، ومن ثم لا يكون ذلك

88 عدل المشرع عن المنهج السابق في سبيل تحديد بعض أعمال السيادة في القانون رقم 165 لسنة 1955 (فاستبعد ما ورد من هذه الأعمال على سبيل المثال وجاء في نص المادة (12) منه على النحو الآتي: «لا يختص مجلس الدولة بهيئة قضاء إدارية بالنظر في الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة». وبالتالي ترك المشرع للقضاء تحديد ما يعتبر من أعمال سيادة ولا يعتبر فيها (حكم المحكمة العليا، القضية رقم 2 لسنة 1 قضائية «دستورية» بجلسة 1971/11/6، ج1، عليا ص30).

89 حكمها في القضية رقم 22 لسنة 6 قضائية دستورية بجلسة 1977/2/5، ج2، عليا، ص32.

القرار بقانون قد تناول مسائل سياسية تتأى عن الرقابة الدستورية. (90)

من المقرر في قضاء المحكمة الدستورية العليا أن خروج أعمال السيادة عن ولاية القضاء يعد أحد صور التطبيق الأمثل لأعمال المفهوم الصحيح لمبدأ الفصل بين السلطات الذي يوجب إقامة توازن دقيق بين السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية، بحيث تتولى كل من هذه السلطات صلاحياتها التي خلعها عليها الدستور وفي الحدود التي رسمها دون افتئات من إحداها على الأخرى.

وذهبت - في هذا الصدد - إلى أن قرار رئيس الجمهورية بدعوة الناخبين إلى الاستفتاء على حل مجلس الشعب، باستطلاع رأي هيئة الناخبين التي تمثل القاعدة الشعبية في أمر يتصل بأخص المسائل المتعلقة بعلاقة السلطة التنفيذية بالسلطة التشريعية ويتصل بتكوين هذه السلطة وهو يعد بهذه المثابة من أبرز الأمور التي تتعلق بممارسة سلطة الحكم، ومن ثم يعتبر من - الأعمال السياسية - التي تتحمل السلطة التنفيذية كامل المسؤولية السياسية بصدد إجرائها بغير معقب من القضاء. (91)

وفي هذا الصدد ذهبت المحكمة العليا (المحكمة الدستورية العليا حالياً) إلى أن التدابير والأوامر والقرارات التي تتخذها الجهات القائمة على تنفيذ الأوامر الصادرة بفرض الحراسة على أموال وممتلكات بعض الأشخاص لا يصدق عليها وصف أعمال السيادة، فهي قرارات تصدرها تلك الجهات باعتبارها سلطة عامة. فيكون لها صفة القرارات الإدارية وتصرفات أخرى تدخل في مجال القانون الخاص، ومن بينها أعمال الإدارة والتصرف التي تمارسها هذه الجهات في شأن الأموال الخاضعة للحراسة، وهذه التصرفات والقرارات والإجراءات تندرج في دائرة أعمال الحكومة العادية وليست من قبيل التصرفات والأعمال التي تتخذها الدولة في نطاق وظيفتها السياسية للمحافظة على سلامتها وأمنها، ولا تعتبر من أعمال السيادة، ومن ثم تنبسط عليها رقابة القضاء الإداري والعادي بحسب الأحوال. (92)

90 حكمها في القضية رقم 3 لسنة 1 قضائية، دستورية، بجلسة 1983/6/25، ج 2 دستورية، ص 1550.

91 حكمها في القضية رقم 4 لسنة 12 قضائية، «منازعة تنفيذ» بجلسة 1990/10/9، ج 4 دستورية، ص 524.

92 حكمها في القضية رقم 5 لسنة 5 قضائية دستورية، بجلسة 1976/7/3، ج 1 عليا، ص 414.

هـ- الحكمة من استبعاد أعمال السيادة من الولاية القضائية :

إن من المستقر عليه فقهاً وقضاً أن الأعمال التي تباشرها الحكومة باعتبارها سلطة حكم تعد من أعمال السيادة تمييزاً لها عن الأعمال التي تباشرها الحكومة باعتبارها سلطة إدارة تخضع للرقابة القضائية، وأن معيار التفرقة بين الأعمال الإدارية وأعمال السيادة مرده إلى القضاء الذي ترك له المشرع سلطة تقرير الوصف القانوني للعمل المعروض عليه وما إذا كان يعد عملاً إدارياً عادياً يختص بنظره أو عملاً من أعمال السيادة يتمتع عليه النظر فيه.⁽⁹³⁾

والحكمة من استبعاد أعمال السيادة من الولاية القضائية أن هذه الأعمال تتصل بسيادة الدولة في الداخل والخارج لا تقبل بطبيعتها أن تكون محلاً للتقاضي لما يحيط بها من اعتبارات سياسية تبرر تخويل السلطة التنفيذية سلطة تقدير أوسع مدى وأبعد نطاقاً تحقيقاً لصالح الوطن وأمنه وسلامته دون تخويل القضاء سلطة التعقيب على ما تتخذه من إجراءات في هذا الشأن، لأن النظر فيها أو التعقيب عليها يقتضي توافر معلومات وعناصر وموازن تقدير مختلفة لا تتاح للقضاء، في إطار دوره المحدد دستورياً. وهدياً بمبدأ الفصل المرن بين السلطات، فضلاً عن عدم ملاءمة طرح هذه المسائل علناً في ساحات القضاء⁽⁹⁴⁾

ثالثاً: نظرية أعمال السيادة في الكويت:

عرف النظام القانوني الكويتي أعمال السيادة - أول مرة - في قانون تنظيم القضاء الصادر بالمرسوم الأميري رقم 19 لسنة 1959 الصادر في 19 ديسمبر من عام 1959، حيث أورد في المادة الثانية منه ما نصه: «ليس للمحاكم أن تنظر في أعمال السيادة ولها دونه أن تلغي الأمر الإداري، أو توقف تنفيذه، أو تؤوله وأن تفصل في المنازعات المدنية والتجارية

93 حكم محكمة القضاء الإداري، الدعوى رقم 59/29574 ق، جلسة 2007/1/30، المجموعة، ص322، وحكمها في الدعوى رقم 60/39333 ق، جلسة 2007/3/27، ص632. وحكمها في الدعوى رقم 61/22056 ق، جلسة 2009/1/6 لمجموعة، ص277 وما تلاها تطبيقاً لذلك اعتبرت محكمة القضاء الإداري ومن بعدها المحكمة الإدارية العليا أن من قبيل أعمال السيادة قرار دعوة الناخبين للانتخاب أو الاستفتاء أو قرار دعوة مجلس الشعب للاجتماع العادي أو غير العادي، والقرار الصادر بإبرام معاهدة.

94 حكم المحكمة العليا، القضية رقم 22 لسنة 6 قضائية «دستورية»، بجلسته 1977/2/5، ج2 عليا، ص32، وفي هذا المعنى حكم محكمة القضاء الإداري، الدعوى رقم 63/7791 ق، جلسة 2009/5/5، المجموعة، ص626 وما تلاها.

التي تقع بين الأفراد و الحكومة عدا الحالات التي ينص فيها القانون على غير ذلك، وذلك بعد أن نصت المادة الأولى على أن: «تختص المحاكم الفصل في جميع المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية، وبالمسائل المدنية والتجارية، وبالنظر في جميع الجرائم إلا ما استثني بنص خاص».⁽⁹⁵⁾

كما ورد النص على أعمال السيادة في المرسوم بقانون رقم 23 لسنة 1990 بشأن قانون تنظيم القضاء، حيث جاء في المادة الأولى ما نصه: «تختص المحاكم بالفصل في جميع المنازعات والجرائم إلا ما استثني بنص خاص. ويبين القانون قواعد اختصاص المحاكم». ونصت المادة الثانية على أنه: «ليست للمحاكم أن تنظر في أعمال السيادة».⁽⁹⁶⁾

واستمراراً على هذا النهج، أورد المشرع في القانون رقم 20 لسنة 1981 بإنشاء دائرة إدارية في نطاق المحكمة الكلية المعدل بالقانون رقم 61 لسنة 1982، النص في المادة (1) على اختصاص الدائرة بمسائل محددة واستثنى من اختصاصها بعض القرارات الإدارية وجاء نصها في الفقرة الخامسة كما يلي: (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).⁽⁹⁷⁾

وقد سارت محكمة التمييز على ذات النهج، وذهبت - في هذا الصدد - إلى أنه من المقرر، وعملاً بالمادة الثانية من قانون تنظيم القضاء الصادر بالمرسوم بقانون رقم 23 لسنة 1990 أنه ليس للمحاكم أن تنظر في أعمال السيادة تحقيقاً للاعتبارات التي تقتضى نظراً

95 ولقد أوضحت المذكرة الإيضاحية للمرسوم 19 لسنة 1959 عن مبررات إيراد نص المادة الثانية آفة البيان بقولها «ويخرج من ولاية المحكمة جميع أعمال السيادة، وهي الأعمال التي تقوم بها الحكومة مدفوعة باعتبارات تتعلق بالسياسة العليا للدولة، كإعلان الأحكام العرفية والإجراءات التي تتخذ للدفاع عن سلامة البلاد، أما الأوامر الإدارية التي لا تتعلق بأعمال السيادة فهذه تنظر المحاكم المنازعات التي تقوم بشأنها، ولكنها لا تستطيع إلغاءها أو وقف تنفيذها أو تأويلها، بل كل ما تملكه في شأنها هو أن تحكم بتعويض لمن أصيب بضرر من جراء أمر إداري باطل، وأما سائر المنازعات المدنية والتجارية التي تقع بين الأفراد والحكومة كالدعاوى التي تنشأ من المقاولات التي تعقدتها الحكومة مع الشركات أو الأفراد، فهذه تنظرها المحكمة إلا إذا نص القانون على أن يكون النظر في بعض هذه الدعاوى من اختصاص جهات أخرى كجان إدارية ذات اختصاص قضائي».

96 أوردت المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم 23 لسنة 1990 التأكيد على خروج أعمال السيادة من ولاية القضاء عموماً، لاتصالها بسيادة الدولة، وهو مبدأ مستقر في الفقه والقضاء منذ أمد بعيد، ... من ثم فليس للقضاء أن ينظر طلباً يمس أعمال السيادة، سواء قصد به إلغاء العمل أم تنسيه، أم وقف تنفيذه أم التعويض عنه...».

97 لمزيد من التفاصيل راجع د. عبد الله حباب الرشيد، تطور القضاء الإداري في دولة الكويت، الطبعة الأولى، 2012، ص 883 وما تلاها.

لطبيعة تلك الأعمال النأي بها عن الرقابة القضائية وهذه الأعمال وأن كانت لا تقبل الحصر والتحديد والمرد في تحديدها للقضاء يقرر ما يعتبر من أعمال السيادة وما لا يغير منها، إلا انه يجمعها إطار عام أنها تصدر من الدولة بما لها من سلطة عليا وسيادة داخلية وخارجية، مستهدفة المصالح العليا للجماعة وتأمين سلامتها وأمنها في الداخل والخارج...»⁽⁹⁸⁾

وذهبت إلى أن المشرع لم يورد تعريفاً أو تحديداً لأعمال السيادة التي نص في المادة الثانية من القانون المذكور على منع المحاكم من نظرها، فإنه يكون قد ترك أمر تحديدها للقضاء اكتفاءً بإعلان مبدأ وجودها، ومن ثم تكون المحاكم هي المختصة بتقرير الوصف القانوني للعمل الصادر من الحكومة وما إذا كان يعد من أعمال السيادة أم لا، كما أنه من المقرر أنه ولئن كان يتعذر وضع تعريف جامع مانع لأعمال السيادة أو حصر دقيق لها إلا أن ثمة عناصر تميزها عن الأعمال الإدارية العادية أهمها تلك الصبغة السياسية البارزة فيها لما يحيطها من اعتبارات سياسية فهي تصدر من الحكومة بوصفها سلطة حكم وليس بوصفها سلطة إدارة فينقدها لها في نطاق وظيفتها السياسية سلطة عليا في اتخاذ ما ترى فيه صالحا للوطن وأمنه وسلامته دون تعقيب من القضاء أو بسط الرقابة.⁽⁹⁹⁾

وأعمال السيادة يغلب فيها أن تكون تدابير تتخذ في النطاق الخارجي، إما لتنظيم علاقة الحكومة بالسلطة العامة الداخلية أو الخارجية في حالة الهدوء والسلام. وأما لدفع الأذى والنشر عن الدولة في الداخل أو الخارج في حالة الاضطراب أو الحرب. وهذه وتلك إنما هي أعمال وتدابير تصدر عن سلطة الحكم لا عن سلطة الإدارة والضابط فيها معيار موضوعي يرجع إلى طبيعة الأعمال في ذاتها لا إلى ما يحيط بها من تدابير.⁽¹⁰⁰⁾

وأعمال السيادة تعتبر قيماً واستثناء على الحق الدستوري في اللجوء للقضاء، واستثناءً على مبدأ حظر تحصين أي عمل من أعمال الإدارة من رقابة القضاء وأثر ذلك

98 حكمها في الطعن رقم 1/1993، رجال القضاء، جلسة 1995/2/20، والطعن رقم 1/1994، رجال القضاء، جلسة 1995/2/21، والطعن رقم 3 لسنة 1993، رجال القضاء، جلسة 1995/2/20، موسوعة مبادئ القضاء الإداري الكويتي، الموسوعة السابقة، الكتاب الأول ج 1، ص 142 وما تلاها.

99 حكمها في الطعن رقم 2002/381 مدني/1 جلسة 2003/5/5، الموسوعة السابقة، ص 145 وما تلاها.

100 حكمها في الطعن رقم 2005/1288 تجاري/2، جلسة 2006/12/10، الموسوعة السابقة، ص 147 وما تلاها.

يجب قصر الاستثناء والحدود التي ورد بها. فأعمال السيادة التي تخرج عن نطاق الرقابة القضائية هي التي تصدر من الحكومة وباعتبارها سلطة حكم وليس بصفتها سلطة إدارة. أما القرارات الإدارية التي تتخذها بصفتها سلطة إدارة، وتصدر عنها في نطاق وظيفتها السياسية كسلطة عليا تتخذ ما ترى فيه أمن الوطن وسلامته وللمحافظة على سيادة الدولة وكيانها ومن ثم يجب أن تصدر هذه القرارات في إطار القانون المنظم لها وتلتزم ضوابطه وحدوده، ومن هذه القرارات ما تصدره الإدارة في مجال الصحف بتعطيل إصدارها أو وقفها أو إلغاء ترخيصها، فهي قرارات إدارية تتم على مقتضى أحكام الدستور والقانون الصادرة في الشأن الصحفي.⁽¹⁰¹⁾

ومن القواعد المسلم بها فقها وقضائياً أن الحرب وما يصاحبها من أعمال هي من أعمال السيادة، إذ من المتفق عليه أن للدولة كل الحق في المحافظة على بقائها، فإذا تعرض وجودها للخطر لحدوث حرب على أرضها بما يترتب عليه الإخلال بأمنها ونظامها والسير المنتظم لمرافقها كان لها أن تتخذ كافة الاجراءات اللازمة استناداً إلى فكرة الدفاع الشرعي والتي تتيح لها استخدام كافة السبل في مقاومة العدو بما فيها القوات المسلحة والعصيان المدني والمقاومة الشعبية، إذ تضي حالة الحرب عليها الضرورة الملجئة لاتخاذها صفة الشرعية لما تستهدفه من قهر العدو وكسر شوكته وطرده من البلاد للحفاظ على بقائها، وما تجريره - في ضوء الخصوص - أن هذه إلا ممارسة لحقها المشروع، ولا تسأل عما يترتب عليها من تعطيل العمل في بعض مرافق الدولة، وتبعاً له الإضرار بحقوق العاملين فيها مهما بلغت جسامة الضرر الذي ينتج عن تصرفها ولو كانت من جراء العمليات الحربية أو غيرها التي يجريها العدو لاتصال ذلك بالحفاظ على مصالح الدولة العليا وحققها في البقاء واستعادة السلطة مما يعتبر معه من أعمال السيادة.⁽¹⁰²⁾

ومن المقرر عدم مسئولية الدولة عن أعمال الحرب وما يصاحبها من أعمال مقاومة للعدو وما ينتج عن ذلك من أضرار بالغاً ما بلغ من الضرر الذي نشأ عنها إلا في حدود ما

101 حكم محكمة التمييز، الطعن رقم 2004/294 إداري، جلسة 2005/5/28، الموسوعة السابقة، ص 152 وما تلاها.
102 حكمها في الطعن رقم 1993/2 (طلاب رجال القضاء)، جلسة 1995/2/20، والطعن رقم 1994/1، جلسة 1995/2/21، والطعن رقم 1993/1 جلسة 1995/5/20 (سبقت الإشارة إليها).

يقرره الدستور والقانون. (103)

رابعاً: تقدير أعمال السيادة:

لا جدال في أن نظرية أعمال السيادة تعتبر سلاحاً خطيراً في يد السلطة التنفيذية يُمكنها من التحلل من حكم القانون والخروج كلية على مبدأ المشروعية للاعتداد به، فهي تعتبر امتهاناً لمبدأ سيادة القانون وافتتاً عليه بإجازتها عدم الخضوع للقانون وإطلاق يد السلطة التنفيذية دون قيد أو رقيب عليها، وبذلك فإن نظرية أعمال السيادة تشجع الاعتداء على حقوق الأفراد وحررياتهم العامة دون أن يكون لهؤلاء حق منازلة هذا السلاح الخطير بالدفاع عن حقوقهم وحررياتهم المسلوبة أمام القضاء. (104)

وعلى ذلك هاجم غالبية الفقه الفرنسي أعمال السيادة، فأنكرها البعض وقيدها البعض الآخر. وانبرى لها مجلس الدولة الفرنسي حينما أحس بخطورتها، فعمل على تضيق نطاقها والحد منها بقدر المستطاع حتى توصل إلى حصر نطاقها في أضيق الحدود الممكنة، على الرغم من كونها من صنعه وخلقه. ولا أدل على ذلك من موقفه إزاء حق العفو حيث عمل على إخراج قرارات العفو التي يصدرها رئيس الجمهورية في مزاولته لحقه هذا من عداد أعمال السيادة، وبنى المجلس عدم اختصاصه في هذا المجال على أن رئيس الدولة إنما يباشر اختصاصاً قضائياً. (105)

وفي مصر لم تسلم نظرية أعمال السيادة من النقد. فذهب البعض (106) إلى حد اعتبارها نقطة سوداء في جبين المشروعية، إذ تتحرر الإدارة كلية من قواعد المشروعية، وتختفي كل ضمانات للحرية الفردية. والبعض الآخر (107) يرى أنها تهدد بشكل خطير الأفراد في حقوقهم وحررياتهم وتعتبر نموذجاً واضحاً صارخاً على مبدأ الشرعية واستثناء

103 حكمها في الطعن رقم 61 و71/2006 إداري، جلسة 19/6/2007، الموسوعة السابقة، ص174 ما تلاها.

104 راجع في انتقاد استبعاد أعمال السيادة من ولاية القضاء الإداري د. ناصر غنيم الزيد، رقابة القضاء الإداري الكويتي على أعمال الإدارة، رسالة مقدمة لكلية الحقوق جامعة القاهرة 2004، ص69 وما تلاها.

105 د. سعد عصفور، د. محسن خليل، مرجع سابق، ص134.

106 د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص170 وما تلاها.

107 د. محمد كامل ليلة، رقابة القضاء على أعمال الإدارة، ص99.

حقيقياً من أحكامه. واتجه ثالث⁽¹⁰⁸⁾ إلى أن نظرية أعمال السيادة بطبيعتها نظرية مكروهة في الفقه والقضاء، ولذلك فإن الاثنین يتعاونان بقدر المستطاع على الحد منها.

أيا ما كان الأمر، فإن النظرية لها وجود في مصر والكويت، فلا يمكن إنكارها أو استبدال غيرها بها، ما دام أن المشرع قد قرر وجودها بنصوص صريحة لا يمكن إغفالها أو التغاضي عنها. وإذا كان المشرع في الدولتين قد عمل على تقرير وجود هذه النظرية بأن منع المحاكم من التعرض لأعمال السيادة، فإنه لم يعمل على تحديد مدلول هذه الأعمال وتعيين نطاقها، إذ ترك أمر ذلك كله للقضاء ليمارسه بحرية تامة.

والحقيقة أن تحديد مدلول أعمال السيادة وتعيين نطاقها هو الأداة الفعلية والوسيلة الحقيقية التي يمكن أن تلعب الدور الرئيس والفعال في حياة هذه النظرية، وعلى ذلك يجب على القضاء أن يقف بهذه النظرية عند الحدود الضرورية لها بالأعمال على تقريرها إلا بالقدر الذي تستلزمه ظروف وأحوال تطبيقها.

فإذا ما عمل القضاء على تضييق نطاق هذه النظرية، فإن ذلك يجد من نطاقها ويتلافى عيوبها وأخطارها، وبذلك يتحقق مبدأ المشروعية دون أن تحد من سلطة الإدارة بشكل مطلق في الظروف والأحوال التي تتطلب ذلك.

ومصدراً لذلك، ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أنه ولئن كانت أعمال السيادة تعد استثناءً يمثل خروجاً على مبدأ المشروعية، ويخضع لقاعدة التفسير الضيق وعدم القياس، وبالتالي فإن القائمة القضائية لما يعد من قبيل هذه الأعمال تسير في اتجاه مضاد لاتساع دائرة الحقوق والحريات العامة، ومن جانب آخر، فإن شمول عملية مركبة تقوم بها السلطة التنفيذية على عمل من أعمال السيادة لا يسبغ حصانة على ما قد يتصل بها من أعمال هي بطبيعتها من قبيل القرارات الإدارية التي تظل خاضعة لرقابة قاضي المشروعية.

وقضت - في هذا الصدد - أن اشمال عملية مركبة تقوم بها السلطة التنفيذية على عمل من أعمال السيادة لا يسبغ حصانة على ما قد يتصل بها من أعمال قابلة للانفصال

108 د. مصطفى أبوزيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، الطبعة الثالثة، مرجع سابق، ص 870.

عنها، تعد تطبيقها من قبيل القرارات التي تظل خاضعة لرقابة المشروعية ومنها ما يخص العلاقات الدولية، إذ لا تشكل هذه القرارات أعمال سيادة ينحسر عنها اختصاص القضاء الإداري. (109)

في حين ذهبت محكمة التمييز إلى عدم تعارض أعمال السيادة مع مبدأ المشروعية ومبدأ كفالة حق التقاضي، وأن نظرية أعمال السيادة تعتبر حقيقة قانونية في كثير من النظم الدستورية تستهدف التوفيق بين الاعتبارات التي يقتضيها مبدأ المشروعية وبين مصالح الدولة العليا، فإذا كان مبدأ المشروعية يعنى خضوع تصرفات الإدارة للرقابة القضائية فإن هذه التصرفات قد تحيط بها من الاعتبارات مما يجعل من المصلحة عدم عرضها على القضاء فيكون من قبيل التوفيق بين هذه الضروريات استبعاد هذه التصرفات التي تتصل بالمصالح العليا والمحافظة على كيانها في الداخل والخارج من نطاق اختصاص المحاكم بدوائرها ودرجاتها المختلفة تطبيقاً للظاهر من نصوص الدستور التي أنطت بالقانون ترتيب المحاكم وتعين اختصاصاتها مما ينبني عليه أن كل ما يخرج القانون من ولاية القضاء يصبح محجوباً عن نظره وهو أصل من الأصول المسلمة. (110)

وأخيراً وليس آخراً، اتجه القضاء في فرنسا إلى التعويض عن الأعمال المنفصلة عن الأعمال الحكومية. واعترافه بإمكان قيام مسؤولية الدولة عن المعاهدات بصفة مباشرة (111)

109 حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعون أرقام 5546 و6013 و55/7975 ق.ع، جلسة 2010/2/27 س 55 و56، ص 337، وراجع أيضاً:

Rouault (M.C) contentieux administratif. op. cit p162.

110 حكمها في الطعن رقم 107/1987 تجارى، جلسة 1987/11/25، الموسوعة، الكتاب الأول، ج 1، ص 165 وما تلاها.

111 C.E 30 mars 1966. ci compagnie générale d'énergie Radio – électrique. Rec. 257. D.1966.582. Note la chaume R.D. 1966.774. concl. Michel Bernard. R.D. 1966.955. Note Waline J.c p 1967.11.15000. Note Dehaussy. A.11966.350. chrpuissochet et lecat.

ونشير -هنا- إلى الفقرة السابقة، حسبما جاء بالحكم المشار إليه على الوجه الآتي:

“Cons. Que la responsabilité de l'état est susceptible d'être engagée sur le fond - ment de l'égalité des citoyens devant les charges publiques. assurer la réparation de préjudices nés de conventions conclues par la France avec d'autres états et inco - porées régulièrement dans l'ordre juridique interne à la condition d'une part que ni la convention elle- même ni la loi qui en a éventuellement autorise la ratification ne puissent être interprétées comme ayant entendu exclure toute indemnisation et

ومن قبيل ذلك قبولها دعاوي المسؤولية عن الأضرار بسبب اتفاق دولي. كما قبل المسؤولية عن الأضرار المترتبة عن القوانين التي لا تتعلق بالأضرار التي تولدت من المعاهدات والاتفاقيات،⁽¹¹²⁾ كما مد قضاءه إعمالاً لمبدأ المساواة أمام التكاليف والأعباء العامة.⁽¹¹³⁾

ونحن من جانبنا نؤيد هذا الاتجاه بحسبانه يخفف من غلواء نظرية أعمال السيادة على الأقل في جانب التعويض منها، ويحبذا لو تبنى القضاء الإداري في مصر والكويت هذا الاتجاه في أساسه ومبناه وإعمال آثاره، في محاولة للحد من تلك النظرية في هذا النطاق بحيث تسأل الدولة عن هذه الأعمال على أساس تحمل التبعية أو المخاطر وذلك تحقيقاً وإعمالاً لمبدأ مساواة المواطنين أمام الأعباء العامة وهو ما يحبذه الفقه.⁽¹¹⁴⁾

d'autre part que le préjudice dont il est demandé réparation soit d'une gravite su -
sante et présente un caractère spécial".

112 C.E. 13 Juill 1961. sté indochinoise d'électricité. Leb P519.

113 C.E. 19 oct. 1962. eruche. leb. P555.

. 29 oct. 1970 Dam Burgat. D 1978. P77 note vier & Lamoureux

114 د. رمزي الشاعر، القضاء الإداري ورقابته على أعمال الإدارة، 1982، ص217، د. عاطف البناء، مبادئ القانون الإداري في أساليب النشاط الإداري ووسائله، دار الفكر العربي، 1979، ص338.

مبحث ثان

الظروف الاستثنائية

(les circonstances exceptionnelles)

هذه النظرية وضع أساسها مجلس الدولة الفرنسي في حكمه في قضية (He -ries) بتاريخ 28 يونيو 1918⁽¹¹⁵⁾ تحت تسمية جديدة هي نظرية الحرب والظروف الاستثنائية (la théorie de guerre et circonstances exceptionnelles)

وتتلخص هذه النظرية في أن الأصل هو خضوع الإدارية لمبدأ المشروعية في الأوقات العادية أو بالإمكان التوافق والانسجام مع مقتضيات المصلحة العامة احتراماً للمصالح الخاصة الأساسية. أما في أوقات الأزمات فإن حماية المصالح العليا للأمة قد تقتضي التحرر مؤقتاً من التمسك بمبدأ المشروعية،⁽¹¹⁶⁾ فيباح للإدارة الخروج على القوانين لمواجهة هذا الظرف الاستثنائي.

وفي نظر البعض أن نظرية الظروف الاستثنائية تعتبر نظرية قانونية من أصل قضائي، فهي ترجع في مهد نشأتها إلى تأصيل مجلس الدولة الفرنسي لها وبناء معالمها

115 C.E. 28 Juin 1918. Heyries. Rec.. P651. S 1922-3-40 Note Hauriou. Fahmy. M. La théorie des circonstances exceptionnelles en droit administratif français et Egyptian. 1954.

Nizad. La cironstance exceptionnelles dans la jurisprudence administrative. bibl. D. P1963. La Mizard. La jurisprudence administrative des circonstances exceptionnelles et la légalité 1962.

د. حامد التهامي كرات، نظرية سلطات الحرب والظروف الاستثنائية في القوانين الحديثة والإسلام، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة عين شمس 1985.

116 Debbasch (ch). op. cit. p.371 et s.

وذهب العميد (Rivero) إلى أن نظرية الظروف الاستثنائية، أكثر اتساعاً من نظرية الحرب، وهي تشمل حالة الحرب وأثارها (l'état (de guerre).

Rivero (J). Droit administratif. op. cit. p. 84 ets.

وطبق مجلس الدولة الفرنسي هذه النظرية في الحقيقة - لأول مرة - بمناسبة الحرب العالمية الأولى، كما طبقها بمناسبة الأحداث التي نشأت أبان الحرب العالمية الثانية، كما سحب مجلس الدولة النظرية إلى فترة الشدة التي أعقبت الحربين العالميتين باعتبارها من آثار الحرب. (C.E.16 avr 1948. Laugier. S. 1948.3.36 concl Letourneur).

حتى أصبحت في يومنا نظرية تشريعية وفي الغالب الأعم من حالاتها قضائية تخضع لنظام قانوني معلوم تتمتع في داخله الإدارة بسلطات استثنائية غير عادية ولكنها سلطات مشروعة. (117)

سنتناول هذه النظرية من حيث تعريفها وأساسها ونطاقها والقيود التي ترد عليها وآثارها في فرنسا، ثم نتناولها في مصر والكويت وذلك على التفصيل الآتي:

أولاً: تعريف الظروف الاستثنائية؛

يقصد بها - في نظر البعض⁽¹¹⁸⁾ - أن القرارات الإدارية التي تعتبر غير المشروعة في الظروف والأوضاع العادية، اعتبرها القضاء مشروعة، إذا صدرت في ظروف استثنائية، إذا كانت هي حينئذ ضرورية لضمان حماية النظام العام أو حسن السير العادي للمرافق العامة.

وهو ما أكده الفقيه دي لوبادير⁽¹¹⁹⁾ في أن بعض القرارات الإدارية غير المشروعية في الظروف العادية يعتبرها القضاء مشروعة، إذا ما ثبت أنها ضرورية لحماية النظام العام أو لتأمين سير المرافق العامة بسبب حدوث ظروف استثنائية، وهكذا تتحلل الإدارة مؤقتاً من قيود المشروعية لتتمتع باختصاص واسع لم يرد به نص.

117 د. رأفت فوده، مصادر المشروعية الإدارية ومنحنياتها 1994 ص 256 ولزيد من التفاصيل د. محمد موسى محمد الفقي، رسالته السابقة، ص 345 وما تلاها.

118 Odent (R) waline (M) et verdier (R). op. cit. Tome 1. P.323.

“La Jurisprudence admet que des décisions administratives qui seraient illégales en des temps et lieux ordinaires. doivent être reconnues comme légales lorsqu’elles ont été prises en certaines circonstances exceptionnelles. parce qu’elles ont été alors nécessaires pour assurer l’ordre public et la marche normale des services”.

119 De laubadère (A) op. cit. p.268.

«...selon laquelle certaines décisions administratives que seraient en temps normal m’égales peuvent devenir légales en certaines circonstances parce qu’elles apparai - sent alors nécessaires pour assurer l’ordre public et la marche des services publics. Au contenu de la légalité normale se trouve ainsi substituée dans de telles circonstances. une légalise d’exception dans laquelle l’autorité administrative bénéficie d’une exte - sion de compétence qui n’était pas prévue par la loi».

وفي هذا المعنى د. مصطفى عفيفي، الرقابة على أعمال الإدارة، مرجع سابق، ص 59 وما تلاها.

وفي نظر العميد ريفيرو⁽¹²⁰⁾ أن احترام مبدأ المشروعية في حالات الأزمة يؤدي إلى شلل الإدارة عن اتخاذ الإجراءات الضرورية لمواجهتها، مما مؤداه التحرر مؤقتاً من قيود المشروعية لمواجهة تلك الظروف.

ويعرف البعض من الفقه المصري الظروف الاستثنائية بأنها ظروف تواجه الإدارة لا يمكن معها التقيد بقواعد المشروعية، ولم يكن ثمة تشريع يخول الإدارة سلطات كافية لمواجهة تلك الظروف،⁽¹²¹⁾ كما يعرفها البعض⁽¹²²⁾ الآخر بأنها ظروف استثنائية، تطراً - لم تكن في الحسبان - قد تبدو القواعد القانونية المطبقة في الأوقات العادية عاجزة عن مواجهتها، الأمر الذي يملي إمكان تحرر السلطة الإدارية من هذه القواعد بالقدر اللازم لمواجهة تلك الظروف الاستثنائية، أو أنها ظروف - لم يكن في الوسع توقعها - فيباح للإدارة الخروج على القوانين لمواجهة هذه الظروف الاستثنائية.⁽¹²³⁾

ثانياً: أساس النظرية: (124)

قد يبدو للبعض أن نظرية الظروف الاستثنائية، تعد تطبيقاً لفكرة الضرورة (l'Etat de nécessité)، ولكن في الحقيقة أن مجلس الدولة الفرنسي لا يرجع تلك النظرية إلى هذا الأساس، وإنما إلى أساس آخر ألا وهو «واجبات السلطات الإدارية».⁽¹²⁵⁾ (les devoirs généraux des autorités administratives)

120 Rivero (J), op. cit. p.84.

Vedel (G). Droit administratif. 1976. p.78

وراجع أيضاً:

Dans certaines situations de crise. le respect de la légalité risquerait de paralyser l'administration. en lui interdisant de prendre les mesures nécessaires. ou en les retardant.

121 د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 619.

122 د. سعد عصفور، د. محسن خليل، مرجع سابق، ص 100، وفي هذا المعنى د. ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص 40 وما تلاها.

123 د. عبد العظيم عبد السلام، مرجع سابق، ص 99 وما تلاها.

124 تعددت وجهات النظر حول الأساس القانوني لنظرية الظروف الاستثنائية حيث أرجح البعض الأساسي الذي تستند إليه هذه النظرية إلى فكرة

الضرورة، أو إلى فكرة سيادة أو إلى فكرة النظام العام، أو إلى فكرة الاستعجال.. أو إلى فكرة دوام سير المرافق العام بانتظام واطراد وهو ما يرجع إلى واجبات السلطة الإدارية المفروضة عليها لمواجهة تلك الظروف (لمزيد من التفاصيل د. محمد موسى محمد الفقي، رسالته السابقة، ص 353 وما تلاها).

125 De laubadère (A), op. cit. p. 629. C.E. 28 Juin 1918. Heyries (arrêt précité).

وفي ضوء ذلك يمكن رد نظرية الظروف الاستثنائية إلى أساسيين: (126)

أولهما : يتلخص في أن القوانين التي تضعها السلطة التشريعية إنما توضع لكي تحكم المجتمع في ظل الظروف العادية، أما وإن وُجدت ظروف استثنائية فيمكن للإدارة أن تتحلل من هذه القوانين لأنها لو التزمت بتطبيقها - كما هو الحال في الظروف العادية - لترتب على ذلك نتائج ربما يتعذر تداركها.

ثانيهما : إن بقاء الدولة والمحافظة على أمنها وسلامتها وأمن وسلامة أفرادها هو الهدف أو الغاية من أي قانون. فإذا اقتضى تطبيق قانون معين إلى فناء الدولة أو الإخلال بأمنها وسلامتها وأمن وسلامة أفرادها. وتم تطبيق هذا القانون دون مراعاة للاعتبارات الأخرى لترتب على ذلك انصراف في عقد الدولة بأسرها، وهذا ما لا يمكن التسليم به. ذلك أنه من الأولويات اللازمة لتنفيذ القانون أن توجد دولة بكل مقوماتها ولا يقبل مطلقاً أن يترتب على احترام القانون التضحية بالدولة.

وترتيباً على ما تقدم، إذا كان مبدأ المشروعية يقتضي التزام كل السلطات العامة والأفراد بالقوانين المعمول بها في داخل المجتمع والعمل على تنفيذها، فإن هذا الأمر يتبدل في ظل الظروف الاستثنائية حيث تضطر السلطة العامة إلى تعطيل تنفيذ بعض القوانين بهدف تحقيق المصلحة العامة.

ثالثاً: نطاق نظرية الظروف الاستثنائية :

ربط البعض (127) نظرية الظروف الاستثنائية بفكرة الضرورة واعتبارهما وجهين لعملة

126 د. عبد العظيم عبد السلام، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 201.

127 د. إبراهيم درويش، بحث في نظرية الظروف الاستثنائية، مجلة إدارة قضايا الحكومة، س 10، ع 4، 1966، ص 107. وقد تناول البعض نظرية الظروف الاستثنائية تحت عنوان حالة الضرورة وباعتبارهما شيئاً واحداً (د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 40 وما تلاها).

وتبنى رأي آخر هذا النظر، على أساس أن الظروف غير العادية التي تتسع بسببها سلطات الإدارة العامة، ولئن كان يمكن التمييز داخلها بين ظرف الحرب والظروف الاستثنائية، فإن هذا لا يجعل في النهاية لكل نظرية خاصة، بل أن الأمر يتعلق بنظرية واحدة هي نظرية الضرورة. إذ القدر المشترك بين هذه الظروف أنها خروج على الوضع العادي، والخروج على هذا الوضع العادي، يؤدي بالإدارة العامة أن تأتي من التصرفات التي تتلاءم مع الظروف غير العادية، فهي ضرورة تدفع الإدارة لمواجهةها بتصرفات وإن كانت تتلاءم مع المشروعية العادية، فإنها تنطوي تحت لواء المشروعية غير العادية، ومن ثم أن الأمر يتعلق بنظرية واحدة لا أكثر من نظرية وهذه النظرية من الأنسب أن يطلق عليها نظرية الضرورة.

واحدة، يجمعهما ظروف غير عادية، وبرر لوجهة نظره بأن الفقه قسم الظروف غير العادية إلى قسمين: (128) أحدهما خاص بظرف الحرب وأفرد له نظرية مستقلة هي نظرية سلطات الحرب، أما سائر الظروف غير العادية الأخرى فتندرج جميعها داخل إطار نظرية أخرى.

إلا أن البعض ذهب إلى استقلال نظرية الضرورة ليست اصطلاحاً يرادف نظرية الظروف الاستثنائية، أي أن هذه الأخيرة أخص من الأولى، والأولى سابقة على الثانية في الوجود.

إلا أن نطاق نظرية الظروف الاستثنائية، إنما هو في حقيقة الأمر أوسع من فكرة الضرورة (129)، ألا وهي فكرة المشروعية ذاتها، مما يجعل موضعها الطبيعي هو ميدان المشروعية دون سواها. فالظروف الاستثنائية لا تعمل على استبعاد مبدأ المشروعية في ذاته، بل كل ما هنالك أن قواعد المشروعية تتسع بالقدر الذي يمكن الإدارة من مواجهة مثل هذه الظروف، وذلك كله تحت رقابة القضاء. (130)

(د. محمود صالح العادلي، مدلول ومبررات وضمائم نظرية الضرورة وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون، بحث منشور في مجلة المحاماة ص 65 ع 5 و 6، 1985، ص 115 وما تلاها).

128 د. محمد شريف اسماعيل، سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لكلية الحقوق جامعة عين شمس، 1979، ص 486.

129 مضمون هذه النظرية، تتلخص في أن هناك ضرورات عاجلة تستلزم من جانب السلطة التنفيذية التصرف السريع، لمواجهة خطر داهم أو ضرر جسيم ويكون هذا التصرف مخالفاً للقواعد القانونية، ولكنه يعتبر الوسيلة الوحيدة لدفع هذا الخطر أو الضرر. وفكرة الضرورة رغم ما يترتب عليها من مخالفة القواعد القانونية لا يترتب عليها إعفاء الأعمال الصادر بناء عليها من الخضوع للرقابة القضائية، بل يخضع لها، ولكن كل ما تؤدي إليه هو إعفاء السلطة التنفيذية من المسؤولية عن الضرر الذي أصاب بعض الأفراد نتيجة هذا التصرف. (د. سامي جمال الدين، لوائح الضرورة، منشأة المعارف بالإسكندرية-1982، ص 146، د. محمد كامل ليلة، الرقابة على الإدارة، الكتاب الثاني طبعة 68/67، ص 68 وما تلاها).

واستقر قضاء المحكمة الإدارية العليا على أنه يشترط لتطبيق نظرية الضرورة الشروط الآتية:

- 1- أن يكون هناك خطر جسيم مفاجئ يهدد النظام والأمن.
 - 2- أن يكون القرار الصادر هو الوسيلة الوحيدة لدفع هذا الخطر.
 - 3- أن يكون التصرف لازماً حتماً فلا يزيد على ما تقتضيه الضرورة.
- (الإدارية العليا، الطعن رقم 956 و 5/958، جلسة 14/4/1962، ص 7، 601). وهذه الأركان ترجع إلى أصلين معروفين يقضيان بأن الضرورات تبيح المحظورات وأن الضرورة تقدر بقدرها (الإدارية العليا، الطعن رقم 7/444، ق.ع. و 8/73، ق.ع. جلسة 26/3/1966، ص 11، 565) وفي هذا المعنى حكم محكمة القضاء الإداري، القضية رقم 587/5ق، جلسة 26/6/1951.

(سبق الإشارة إليه).

ومؤدى هذه الشروط، أن القضاء الإداري، نظراً لخطورة السلطات التي تتمتع بها الإدارة بناءً على نظرية الضرورة، وما يؤدي تطبيقها إلى المساس بحقوق الأفراد وحررياتهم لم يترك المسألة دون تحديد أو تنظيم، وإنما وضع شروط الضرورة في البداية، وتتصرف على أساس تقديرها للظروف والواقع، فإن القضاء يراقبها بعد ذلك، ليتعرف على مدى سلامة تصرفها، وما إذا كانت قد راعت شروط الضرورة أم لا، فإن هي خرجت على الشروط المقررة، عد تصرفها معيباً ومخالفاً للقانون جديراً بالإلغاء. (د. محسن العبودي، مبدأ المشروعية وحقوق الإنسان، مرجع سابق، ص 27 وما تلاها)

130 د. سعد عصفور، محسن خليل، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 105 وما تلاها.

وفي هذا المعنى يذهب البعض إلى أن نظرية الضرورة لا تعتبر خروجاً على مبدأ المشروعية، كل ما في الأمر أن ضوابط المشروعية التقليدية تحل محلها ضوابط أخرى أكثر اتساعاً وتيسيراً على الإدارة، ويتم أعمالها تحت رقابة القضاء. (د. محمد ميرغني خيري، مرجع سابق، ص 48).

وفي هذا المعنى د. يحيى الجمل، نظرية الضرورة في القانون الدستوري وبعض تطبيقاتها المعاصرة الطبعة الثالثة دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 15.

وإذا كان الأمر كذلك فإن نطاق الظروف الاستثنائية يتحدد في قيام السلطة الإدارية بواجباتها العامة المفروضة عليها.

والسلطة الإدارية تلتزم أصلاً بواجب المحافظة على النظام العام، والعمل على تسيير المرافق العامة سيراً منتظماً، فإذا تبين للإدارة أن هناك بعض الظروف الاستثنائية التي تعوق السير الطبيعي للمرافق العامة أو تعرض النظام العام للخطر، فإن عليها واجب التغلب على ذلك بالعمل على التلطيف من حدة قواعد المشروعية العادية وتطويرها بحيث تتلاءم وهذه الظروف الاستثنائية حتى تتمكن من أداء واجباتها المفروضة عليها ألا وهي تحقيق سير المرافق العامة والمحافظة على النظام العام في ظل هذه الظروف الاستثنائية.

وعلى ذلك يتضح أن نطاق نظرية الظروف الاستثنائية لا يقتصر على ميدان البوليس الإداري بالعمل على توسيع سلطات هذا الأخير فقط، إنما يجاوز نطاقها هذا الحد إلى ميدان أعم وأوسع من ذلك ألا وهو ميدان العمل على تحقيق سير المرافق العامة والمحافظة على النظام العام.

رابعاً: تطبيقات لنظرية الظروف الاستثنائية وشروط تطبيقها:

من أوضح الأمثلة لها في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، هو ظرف الحرب ووجود اضطرابات داخل الدولة، وفي الأوقات العصيبة (Périodes critiques)⁽¹³¹⁾ التي يتعرض لها المجتمع في وقت السلم، أو إذا هددت الدولة بإضراب عام (menaces de grève générale dans les services publics)⁽¹³²⁾ أو الكوارث العامة (c - lamités publiques)⁽¹³³⁾ كما يعتبر من قبيل تلك الظروف التوتر الدولي وتعبئة الجيوش (latension international et la mobilization)⁽¹³⁴⁾ أو تبعات

131 T.C. 27 mars 1952. d'ame de la murette. Gr. Ar. P370.

132 C.E. 18 avr 1947. Jarrigion. S. 1948 III. P33. Note Rivero. 12 Juill 1969 chambre de commerce de saint Etienne. A.J.D.A 1969. p565.

133 Villard (A). op. cit. p159.

134 C.E 31 oct 1924. cotte. Rec. p839 Rev du publ. 1924 Concl Rivet.

الحرب (Les suites de guerre)⁽¹³⁵⁾ أو تحرير الأرض (La libération du territoire)⁽¹³⁶⁾ أو خطر الإخلال بالنظام العام بسبب حالة فردية.

Le danger de troubles apportés à l'ordre Public dans un)
(cas particulière

أو الاضطرابات الاجتماعية (troubles sociaux).⁽¹³⁷⁾

وأخيراً وليس آخراً الظروف الاستثنائية التي تنتج من خطر البركان المتفجر.
(138)

وإذا ما توافرت تلك الظروف الاستثنائية، فإن مجلس الدولة الفرنسي رفض إلغاء قرار معيب من حيث الاختصاص (incompétence) رغم جسامته. نظراً للظروف الاستثنائية التي صدر فيها، كما أصدرت الإدارة قرارات تتضمن أموراً لا يمكن أن تتم إلا عن طريق المُشرع⁽¹³⁹⁾ (compétence du législateur) أو عن طريق السلطات القضائية⁽¹⁴⁰⁾ (Les autorités judiciaires) أو صدور قرار من سلطة إدارية من اختصاص سلطة أخرى.⁽¹⁴¹⁾

كما قضى المجلس بمشروعية قرار صادر من المحافظ بوقف عمدة مع تجاهل الشروط الشكلية نظراً لما أحاط بقرار الوقف من ظروف استثنائية.⁽¹⁴²⁾

وكذلك رفض إلغاء قرارات معينة من حيث الموضوع (objet) للسبب نفسه،

135 C.E.27 juin 1924. chambre syndicat des patrons confiseurs – pâtisseries des Alpes Maritimes Rc. p313.

136 C.E. 11 juin 1947. le jeune. Rec. P.313.

137 C.E. 30 Nov. 1923. Couitéas. Rec. p.789 D. p. 1923.3.59 concl Rivet.

138 C.E. 18 mai.1983 , Félix Rodes. A.J.D.A. 1484 p. p.44 obseruv J. mareau.

139 C.E.27 nov.1953. chambre syndicale de la propriété bâtie de la baule pornichat et le Pouliguen. Rec. P.519.

140 C.E. 19 fev. 1947. Bosrquaire. Rec. P.63.

141 C.E. 26 juin 1946. Viguiet. Rec. p.179.

142 C.E. 30 juill. 1915. Verrier Rec. p.267. Rev. Dr. Publ. 1915. 479. concl corneille. 16 mai. 1947. coulouma. Rec. [205. 16 Mai 1941. Courrent Rec. P.89.

ومن أمثلة ذلك لوائح بوليس تتضمن قيود أكثر مما تسمح به سلطات البوليس في الظروف العادية كالحجز أو المنع أو الطرد.. الخ⁽¹⁴³⁾ أو فيما يتعلق بتنفيذ القرارات القضائية،⁽¹⁴⁴⁾ أو قرارات تتضمن فرض رسوم أكثر من المقدر المسموح به عادة.⁽¹⁴⁵⁾

ومما تجدر الإشارة إليه أنه يستلزم لمواجهة الظروف الاستثنائية توافر الشروط الآتية:⁽¹⁴⁶⁾

1- قيام حالة واقعية غير عادية وغير مألوفة تخرج عن نطاق ما يمكن توقعه وتشكل تهديداً خطيراً للأمن والنظام العام.⁽¹⁴⁷⁾

ولا يستلزم - بطبيعة الحال - أن تكون هذه الحوادث السابقة وغيرها مؤكدة الحدوث، بل يكفي احتمال قيامها⁽¹⁴⁸⁾. وتوافر هذه الحالة مسألة موضوعية تختلف باختلاف الزمان والمكان، ولا تشترط أن تكون هذه الحالة عامة تشمل الدولة بأسرها، بل يكفي أن يكون تطبيق قواعد المشروعية العادية من شأنه أن يهدد الأمن والنظام العام بصورة جدية.⁽¹⁴⁹⁾

2- تعذر إتباع الإدارة للقوانين المعدة لمواجهة الظروف العادية، بحيث لا يكون أمام الإدارة وسيلة للتصرف إلا وفقاً للقواعد المألوفة ومطبقة مبدأ المشروعية، مما يعد مبرراً للخروج على قواعد المشروعية العادية.

3- تعرض المصالح العامة للخطر، بمعنى أنه يترتب على الظرف الاستثنائي الذي يتعذر مواجهته بالإجراءات العادية تعرض المصالح العامة للخطر. وللقاضي المختص أن يتحقق من وجود مثل هذا الخطر الذي يهدد المصلحة العامة في ضوء الظروف والوقائع

143 C.E. 28 fév. 1919. isabelle dolet jeanne laurent. Rec. p208. 5 Mars 1948. Sieur Marion et autres et commune de saint - Valéry - sur - somme. Rec. P113.

144 C.E. 30 nov. 1923. Couitéas. (arrêt précité).

145 Trib. Conf 8 juill 1944. Soc. Refineries say. Rec. 377. C.E 7 Janv 1943. Lecoq. Rev. Dr. publ. 1944. P332. concl léonard. Note. Jèze.

146 د. عبد العظيم عبد السلام، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 124 وما تلاها.

147 راجع في هذا المعنى حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 2/517 ق.ع، جلسة 1957/4/13، مشار إليه في مجموعة أبو شادي، الإدارية العليا، ج 2، ص 1335.

148 د. أحمد مدحت على، نظرية الظروف الاستثنائية، دراسة مقارنة في فرنسا ومصر، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة القاهرة 1977، ص 269.

149 د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 21.

المعرضة أمامه.

وتبنى القضاء الإداري في مصر منذ بداية نشأته نظرية الظروف الاستثنائية في حكمه الصادر في 14/12/1954. (150)

بيد أن المحكمة الإدارية العليا لم تلبث أن أصدرت أحكاماً تؤكد النظرية وتفصل أحكامها ومن أشملها، في هذا الصدد، حكمها الصادر في 14 من أبريل سنة 1962 (151) وجاء فيه:

1- تقتضى بعض الظروف توسعا في سلطة الإدارة وتقييداً في الحريات الفردية. ومن ذلك حالة تهديد سلامة البلاد أثر وقوع حرب أو التهديد بخبر الحرب أو اضطراب الأمن أو حدوث فيضان أو وباء أو كوارث... ففي مثل هذه الحالات تعلن الدولة بلا تردد الأحكام العرفية.

2- ... إن النصوص التشريعية إنما وضعت لتحكم الظروف العادية فإذا طرأت ظروف استثنائية، ثم أجبرت الإدارة على تطبيق النصوص العادية، فإن ذلك يؤدي حتماً إلى نتائج غير مستساغة تتعارض حتى ونية واضعي تلك النصوص العادية. فالقوانين تنص على الإجراءات التي تتخذ في الأحوال العادية وما دام أنه لا يوجد نص على ما

150 صدر هذا الحكم بمناسبة الإجراءات والأحداث التي صاحبت حريق القاهرة ومدى شرعية تلك الإجراءات وأسس مسؤولية الدولة عنها، ومما له دلالة في هذا الخصوص، أن حريق القاهرة تم في وقت كانت الأحكام العرفية غير قائمة وذلك هو المجال الحقيقي لأعمال نظرية الظروف الاستثنائية. وجاء فيه «أن نظام الأحكام العرفية في مصر وإن كان نظاماً استثنائياً إلا أنه ليس بالنظام المطلق، بل 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 ما يتخذ من التدابير والإجراءات مجاوزاً لهذه الحدود أو منحرفاً عنها عملاً مخالفاً للقانون تبسط عليه رقابة هذه المحكمة - وكل نظام للحكم أرسى الدستور أساسه ووضع القانون قواعده هو نظام يخضع بطبيعته مهما يكن نظاماً استثنائياً لمبدأ سيادة القانون، ومن ثم لرقابة القضاء. (حكمها في القضية رقم 3/568 ق، جلسة 1952/6/30، ص 6، ص 1266 وما تلاها، وحكمها في الدعوى رقم 61/8219 ق، جلسة 2007/6/12، المجموعة، ص 874 وما تلاها). وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا - بعد إيراد الفقرة السابقة - أن الأحكام العرفية في مصر بالغة السعة، فإن ذلك ادعى إلى أن تبسط عليها الرقابة القضائية حتى لا يتحول نظام هو في حقيقته ومرماه نظام دستوري يقيد القانون إلى نظام مطلق لا عاصم له وليست له من حدود أو ضوابط إذ أن رقابة القضاء هي دون غيرها الرقابة الفعالة التي تكفل للناس حقوقهم الطبيعية وتؤمن لهم حرياتهم العامة وتضرب للقانون سيادته ولكل نظام حدوده الدستورية المشروعة. وأضافت المحكمة الإدارية العليا القول أن قرار إعلان حالة الطوارئ من أعمال السيادة التي تصدر من الحكومة باعتبارها سلطة حكم لا سلطة إدارة، بحسبانها من الإجراءات العليا التي تتخذ في سبيل الدفاع عن كيان الدولة أو استتباب الأمن أو النظام العام بها، إلا أن التدابير التي يتخذها القائم على إجراء النظام العرفي تنفيذاً لهذا النظام وسواء كانت تدابير فردية أو تنظيمية يتعين أن تتخذ في حدود القانون وتلتزم حدوده وضوابطه، ولا تتأى عن رقابة القضاء، إذ أنها لا تجاوز دائرة القرارات الإدارية التي تخضع للاختصاص القضائي لمجلس الدولة. (حكمها في الطعن رقم 31/1438 ق، جلسة 1988/3/6، ص 33، ج 2، ص 1052، والطعن رقم 31/1439 ق، جلسة 1989/6/25، ص 34، ج 2، ص 121 وما تلاها).

وأنه ولئن لکن الحاكم العسكري في شأن حالة الطوارئ يتمتع بسلطة تقديرية ينبغي ألا تتجاوز الحدود وألا تخل بالتزاماته القانونية. (حكم محكمة القضاء الإداري، القضية رقم 6/1026 ق، جلسة 1953/4/29، ص 7، ص 1027).

151 حكمها في الطعن رقمي 956 و5/958 ق، جلسة 1962/4/14، ص 7، ص 601.

يجب إجراؤه في حالة الخطر العاجل، تعين عندئذ تمكين السلطة الإدارية من اتخاذ الإجراءات الفاصلة التي لم تعمل لغاية سوى المصلحة العامة دون غيرها.

وغني عن البيان، في هذا المجال، أن هناك قاعدة تنظم القوانين جميعاً وتفوقها ومحصلها وجوب الإبقاء على الدولة، فغاية مبدأ المشروعية يتطلب أولاً قبل كل شيء العمل على بقاء الدولة، الأمر الذي يستتبع تخويل الحكومة استثناءً، وفي حالة الضرورة من السلطات ما يسمح لها باتخاذ الإجراءات التي يتطلبها الموقف، ولو خالفت في ذلك القانون في مدلوله اللفظي ما دامت تبغي الصالح العام.

3... أن سلطة الحكومة في هذا المجال ليست ولاشك طليقة من كل قيد، بل تخضع لأصول وضوابط، فيجب أن تقوم حالة واقعية أو قانونية تدعو إلى التدخل وأن يكون تصرف الحكومة لازماً لمواجهة هذه الحالة بوصفه الوسيلة الوحيدة لمواجهة الموقف، وأن يكون مراد الحكومة في هذا التصرف ابتغاء مصلحة عامة. وبذلك تخضع مثل هذه التصرفات لرقابة القضاء، غير أن المناطق في هذه الحالة لا يقوم على أساس التحقق من مدى مشروعية القرار من حيث مطابقته أو عدم مطابقته للقانون، وإنما على أساس توافر الضوابط التي سلف ذكرها أو عدم توافرها. فإذا لم يكن رائد الحكومة في هذا التصرف الصالح العام، بل اتجهت إلى تحقيق مصلحة خاصة مثلاً فإن القرار يقع في هذه الحالة باطلاً.

وفي نظر البعض⁽¹⁵²⁾ أن المحكمة قد أوردت معظم أحكام نظرية الظروف الاستثنائية، لولا أنها أرجعت أصلها إلى نظرية الضرورة وسلامة الدولة، في حين أن مجلس الدولة الفرنسي يكتفي - في هذا المقام - بمجرد قاعدة سير المرافق العامة.

وفي تقديرنا أن اتجاه المحكمة الإدارية العليا ليس صائباً للأسباب الآتية:

(أ) إن نظرية الظروف الاستثنائية، هي أكثر اتساعاً ونطاقاً من نظرية الضرورة، وتشملها - بطبيعة الحال - النظرية الأخيرة. ومن ثم فإننا نحيد الاتجاه القضائي لمجلس الدولة في تبنيه لنظرية الظروف الاستثنائية، وبما تتيحه للإدارة من سلطات لمواجهة هذه

152 د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 127.

الظروف وإعادة الأمور إلى نصابها الصحيح.

فمبدأ السلطات الاستثنائية إنما يجد مجال تطبيقه في حالات اتخاذ جهة الإدارة لتدابير تمليها الظروف والحالات الاستثنائية التي لا يجدي معها وسائل البوليس المألوفة وذلك بقصد المحافظة على النظام العام وتأمين المصالح العليا التي تتعلق بسلامة البلاد. (153)

(ب) إن المحكمة الإدارية العليا لجأت إلى أساس مجلس الدولة الفرنسي في حكمها الصادر بتاريخ 23 من ديسمبر سنة 1961⁽¹⁵⁴⁾ حيث قضت بشرعية القرار الإداري الصادر بالاستيلاء على عقار على الرغم من الحكم الصادر بإخلائه، استناداً إلى أن قرار الاستيلاء في الظروف التي صدر فيها، كان ضرورياً لأعمال قاعدة سير المرفق العام.

وأيضاً حكمها الصادر في 13 من مايو سنة 1961⁽¹⁵⁵⁾ وجاء فيه: «... أنه من المسلم فقها أن للسلطة الإدارية المشرفة على الأمن العام، أن تتخذ دائماً في حالات الضرورة تدابير مؤقتة لصيانة الأمن والنظام العام، حتى ولو كان في اتخاذها مساس بحقوق الأفراد الخاصة أو حرياتهم، وحتى لو لم تكن الأحكام العرفية معلنة، وعلى ذلك فإن الحاكم العسكري في خصوصية هذه الدعوى، إذا اتخذ التدبير المؤقت المطعون فيه باعتباره من التدابير الضرورية لصيانة الأمن العام، فيكون قد قدر الضرورة بقدرها، وتصرف في حدود سلطته التقديرية تصرفاً مشروعاً، لا سيما وأنه لم يجاوز في ذلك الحدود الضرورية اللازمة لصون الأمن واستقراره في المنطقة.

وتتمتع الإدارة بسلطة تقديرية في حالة الظروف الاستثنائية. وذهبت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر بتاريخ 13 ابريل سنة 1957⁽¹⁵⁶⁾ إلى أن: «للحكومة

153 حكم محكمة القضاء الإداري، القضية رقم 18/144، جلسة 18/31/1967، المجموعة في ثلاث سنوات 66-1969، ص 63 وما تلاها.

154 حكمها في الطعن رقم 4/224، ع، جلسة 1961/12/23، ص 7، ص 112.

155 حكمها في الطعن رقم 2/67، ع، جلسة 1961/5/13، ص 6، ص 1020.

156 حكمها في الطعن رقم 2/1517، ع، جلسة 1957/4/13، الموسوعة الإدارية الحديثة، ج 19، ص 596.

ومما يؤيد ذلك ما قضت به محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في 31 يناير سنة 1967 من أن مبدأ السلطات الاستثنائية الذي استندت إليه جهة الإدارة بمحافظه سيناء في إصدار قرارها المطعون فيه، إنما يجد مجال تطبيقه في حالات اتخاذ جهة الإدارة لتدابير تمليها الظروف والحالات الاستثنائية التي لا يجدي معها وسائل البوليس المألوفة وذلك بقصد المحافظة على النظام العام وتأمين المصالح

عند قيام حالة استثنائية تمس الأمن والطمأنينة سلطة تقديرية واسعة لتتخذ من التدابير السريعة الحاسمة وما تواجه به الموقف الخطير، إذ بقدر الخطر الذي يهدد الأمن والطمأنينة بقدر ما تطلق حريتها في تقدير ما يجب اتخاذه من إجراءات وتدابير لصون الأمن والنظام، ولا يتطلب من الإدارة في مثل هذه الظروف الخطرة ما يتطلب منها في الظروف العادية من الحيطة والحذر، حتى لا يفلت الزمام من يدها.

خامساً: القيود الواردة على النظرية؛

لا ريب أن نظرية الظروف الاستثنائية تعمل على توسيع قواعد المشروعية، إلا أن نشاط الإدارة يخضع مع ذلك لأصول وضوابط حتى لا تسرف الإدارة في استعمال سلطاتها الواسعة وتقلب بالتالي إلى سلطة تحكمية مطلقة لا ضابط لها تعمل على النيل من حقوق الأفراد وحررياتهم. ولهذا عمل مجلس الدولة الفرنسي على أن يوازن هذه السلطات الخطيرة للإدارة بحقوق مقابلة للأفراد تؤمنهم مغبة إصراف الإدارة في استعمال تلك السلطات. (157)

وتتضح القيود التي ترد على سلطة الإدارة عند ممارسة سلطاتها الاستثنائية فيما يلي: (158)

قيام حالة واقعية أو قانونية تستدعي التدخل، بمعنى أن يوجد ظرف استثنائي، حتى يمكن للإدارة ممارسة نشاطها الاستثنائي وألا عدت أعمالها باطلة لعدم صحة الحالة الواقعية أو القانونية التي بنت عليها الإدارة أعمالها، بمعنى آخر بطلان السبب الذي استندت إليه الإدارة في ذلك.

العليا التي تتعلق بسلامة البلاد وأن القرار الملغون فيه لم يصدر لمواجهة حالة من الحالات التي يجوز فيها للإدارة الاستناد إلى نظرية السلطات الاستثنائية، إذ الثابت أن الإدارة حين أصدرت هذا القرار لم يكن لها سند في إصداره إلا ما ثبت لديها من التحريات ومحاضر التحقيق المقيدة ضد المدعي من أنه يقوم ببيع أجهزة الراديو للأهالي بطريقة فيها غبن واحتيال عليهم واستغلال غير مشروع الذي لو أنها أرادت حماية المواطنين من أعماله لا تبعت الوسائل القانونية المعروفة من تحرير محضر ضده وتقديمه للمحاكمة وفقاً للقوانين واللوائح المعمول بها ثم تنفيذ ما يصدر في هذه المحاضر من أحكام قضائية، « حكمها في القضية رقم 18/144 ق، جلسة 1967/1/31 (سبقت الإشارة إليه).

157 Rivero (J), op. cit. P84.

د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص123 وما تلاها، د. سعد عصفور، د. محسن خليل، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص106، د. عبد العظيم عبد السلام، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص109 وما تلاها.

158 Rivero (J), op. cit. P86. Odent (R), Waline (M), et Verdier (R), op. cit. Tome I. P323.

أن يكون تصرف الإدارة ضرورياً ولازماً لمواجهة الظرف الاستثنائي، بمعنى أن الإدارة تعجز بوسائلها العادية عن مواجهة هذا الظرف بحيث تضطر إلى الالتجاء إلى الوسائل غير العادية على اعتبار أنها الوسائل الوحيدة التي يمكن بواسطتها التغلب على مثل هذه الظروف.

هذا ما أشارت إليه المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في 23 من ديسمبر سنة 1989 بقولها⁽¹⁵⁹⁾ «وإذا كان المشرع قد منح الهيئة القائمة على إجراء الأحكام العرفية سلطات استثنائية، ومنها الأمر بالقبض واعتقال ذوي الشبهة أو الخطرين على الأمن والنظام العام ووضعهم في مكان أمين. وإذا كان ذلك يستتبع تخويل الحكومة - استثناءً وفي حالة الضرورة - من السلطات ما يسمح لها باتخاذ الإجراءات التي يتطلبها الموقف ولو خالفت في ذلك القانون ما دامت تبغى الصالح العام. إلا أن سلطة الحكومة في هذا المجال ليست ولا شك طليقة من كل قيد بل تخضع لأصول وضوابط، فيجب أن تقوم حالة واقعية أو قانونية تدعو إلى التدخل وأن يكون تصرف الحكومة لازماً لمواجهة هذه الحالة بوصفه الوسيلة الوحيدة لمواجهة هذا الموقف وأن يكون رائد الحكومة في هذا التصرف ابتغاء مصلحة عامة، وبذلك تخضع مثل هذه التصرفات لرقابة القضاء، وتكون مشروعة أو غير مشروعة على أساس توافر الضوابط التي سلف ذكرها أو عدم توافرها فإذا لم يكن رائد الحكومة الصالح العام وقع القرار باطلاً.

أما إذا اتضح أن الإدارة تستطيع التغلب على الصعوبات المترتبة على الظروف الاستثنائية بالوسائل التي تتيحها التشريعات العادية، ومع ذلك اتخذت إجراءً استثنائياً فإن قرارها يكون باطلاً وحقيقاً بالإلغاء.

سلطات الظروف الاستثنائية مقصورة على هذه الظروف وحدها وبالقدر الضروري لمواجهة، ولهذا حكم مجلس الدولة الفرنسي بعدم مشروعية قرار صادر من محافظ البنك بفرض قيود على تداول المواد الغذائية (لمدة غير محدودة) (Sans limitation de

(durée)⁽¹⁶⁰⁾ بمعنى أن يتناسب الإجراء الذي قامت به الإدارة مع الطرف الذي تواجهه بحيث يتعادل الإجراء في شدته مع مدى خطورة الطرف الاستثنائي.

وفي هذا الصدد أنه يجب في الإجراء الاستثنائي الذي تتخذه الإدارة لمواجهة الظروف الاستثنائية أن يكون ملائماً ومناسباً. وهذه مسألة موضوعية تختلف باختلاف الظروف وتخضع لتقدير القضاء، وبالتالي يملك مجلس الدولة تقدير ملاءمة القرار لجسامة الحالة الاستثنائية التي تواجهها الإدارة.⁽¹⁶¹⁾

خضوع الإدارة في ممارستها لسلطات الظروف الاستثنائية لرقابة القضاء، وفي حدود اختصاصه يبحث ما إذا كانت الإدارة قد واجهت ظروفًا استثنائية لا يمكن معها أن تؤدي واجبها إذا التزمت حدود المشروعية العادية والتأكد أيضاً مما إذا كانت الإدارة قد اقتضت على القدر الضروري من السلطة لمواجهة تلك الحالة الاستثنائية، ذلك أن السلطات الاستثنائية هي سلطات مقيدة دائماً، بل مقيدة إلى حد كبير، وبالتالي يملك مجلس الدولة تقدير ملاءمة القرار لجسامة الحالة الاستثنائية التي تواجهها الإدارة.

وعلى هذا الأساس يملك الأفراد طلب إلغاء القرارات الإدارية الصادرة بناء على السلطات الاستثنائية. كما قد يؤدي التجاء الإدارة إلى استخدام سلطات الظروف الاستثنائية، إلى التزامها بتعويض المضرور من إجراءاتها التي تتخذها، على هذا الأساس، وذلك حتى لو حكم القضاء بسلامة تلك الإجراءات، استناداً إلى قواعد المسؤولية المبنية على المخاطر وتحمل التبعة. (Risques exceptionnels).

160 C.E. 19 Mai 1944. Delle indépassée. S. 1945.3.12.

161 C.E. 3 Mai 1946. Dame Veuve Goguet. S. 1947.3.38. 16 Avr 1946. See anonyme des logement économiques. Rec. P117.

سادساً: آثار النظرية: (162)

يترتب على الظروف الاستثنائية إذا توافرت وشرائطها آثار معينة لا يمكن أن توجد خلال الظروف العادية. وهذه الآثار تتلخص في إمكانية الخروج جزئياً على مبدأ المشروعية، ذلك أنه في خلال الظروف الاستثنائية لا يمكن استبعاد مبدأ المشروعية استبعاداً كاملاً من مجال التطبيق، على ما سبق القول، لأن المبدأ يظل مطبقاً ولكن بصورة مختلفة عن الصورة التي يطبق فيها خلال الأوقات العادية. (163)

ومرجع ذلك أن التقيد بهذا المبدأ في صورته المطلقة خلال الظروف الاستثنائية قد يؤدي إلى نتائج ضارة بالدولة بأسرها، ومن ثم فإنه يتم المفاضلة بين المصلحة الخاصة والمصلحة العامة، والأخيرة هي الأولى بالتقدم والأفضلية، فيتم إثارها على ما عداها، ويترتب على نظرية الظروف الاستثنائية آثار نجمها في الآتي: (164)

1- عدم التقيد أو التغاضي عن بعض أركان القرار الإداري:

أقر مجلس الدولة الفرنسي للإدارة الخروج على قواعد الشكل والإجراءات التي يتطلبها القانون لصحة القرار الإداري. بمعنى أن للإدارة أن تعفي نفسها في أوقات الأزمات من احترام الأشكال التي يجب أن تحيط القرار الإداري عادة، حتى ولو كانت هذه الأشكال تقدم ضمانات جوهرية للموظفين، وفي هذا حكم المجلس بمشروعية قرار صادر من المحافظ بوقف عمدة مع تجاهل الشروط الشكلية نظراً لما أحاط بقرار الوقف من ظروف استثنائية. (165)

162 د. عبد العظيم عبد السلام، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 126، وفي هذا المعنى ذهب البعض إلى أن فكرة الشرعية في الدولة دائمة وقائمة بصفة مستمرة، ولكن ضوابط هذه الفكرة في حالة الضرورة والظروف الاستثنائية تختلف عن المتبع بشأنها في ظل الظروف العادية بحيث تكون مرنة متسعة النطاق في الحالة الأولى، وضيقة الحدود في الحالة الثانية. (د. محمد كامل ليلة، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، دار النهضة العربية، بيروت، 1970، ص 89).

163 هذا ما ذهبت إليه محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في 1952/6/30 وجاء فيه: «التدابير التي يتخذها القائم على إجراء الأحكام العرفية سواء أكانت تدابير فردية أو تنظيمية ليست إلا قرارات إدارية يجب أن تتخذ في حدود القانون ويتعين أن تخضع لرقابة القضاء بالطريقتين المباشر وغير المباشر، إلا أنه ينبغي من الجهة الأخرى أن يترك للسلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية حرية واسعة في تقدير ما يجب اتخاذه من التدابير والإجراءات بمقتضى سلطة تقديرية تختلف في مداها، لا في وجوب بسط الرقابة عليها عن السلطة التقديرية التي تتمتع بها الإدارة في الظروف العادية المألوفة. القضية رقم 3/568 ق، جلسة 1952/6/30 (سبقت الإشارة إليه).

164 د. خالد سيد محمد حماد، حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية، طبعة ثانية، دار النهضة العربية، 2013، ص 503. E. 16 mai 1941. Courrent (arrêt précité). 165

ويمكن للإدارة الخروج على قواعد الاختصاص المحددة تشريعاً، وفي هذا شأن رفض المجلس إلغاء قرار معيب من حيث الاختصاص رغم جسامته نظراً للظروف الاستثنائية التي صدر فيها، فقد أصدرت الإدارة قرارات تتضمن أموراً لا يمكن أن تتم إلا عن طريق المشرع، عقب غزو الحلفاء لسواحل فرنسا.⁽¹⁶⁶⁾

كما يجوز للإدارة أن تصدر قرارات معينة في محلها ظل تلك الظروف، مخالفة بذلك للقوانين واللوائح، ومن أمثلة ذلك لوائح البوليس تتضمن قيوداً أكثر مما تسمح به سلطات البوليس في الظروف العادية كالحجز أو المنع أو الطرد... الخ.⁽¹⁶⁷⁾

وعلى الرغم من ذلك يجب أن يكون رائد الإدارة خلال كل هذه التصرفات تحقيق المصلحة العامة. لأن ركن الغاية في القرار الإداري يجب أن يستهدف هذه المصلحة بحسبانه ركناً متطلباً في كل قرار إداري سواء في الظروف العادية أو الظروف الاستثنائية، كما أن الإدارة لا يجوز لها أن تصدر قراراً خلال هذه الظروف الأخيرة دون الاستناد لسبب صحيح وواقعي، فإذا أصدرت الإدارة قراراً -- خلال الظروف الاستثنائية -- مستندة لسبب معين ثم يتضح عدم وجود هذا السبب، فإن القرار يكون باطلاً. وبالمثل لو أن القانون حدد للإدارة سبباً معيناً يلزم التحقق منه قبل إصدار القرار الإداري، ورغم ذلك أصدرت القرار استناداً لسبب آخر، فهذا أيضاً يكون القرار باطلاً.

وخلاصة القول أن الإدارة خلال الظروف الاستثنائية، يمكن أن تخرج على أركان الاختصاص، الشكل والإجراءات والمحل، ولكنها لا تستطيع الخروج على ركن السبب والغاية.

2- تمييز تصرفات الموظف الفعلي أو الواقعي:

الموظف الفعلي أو الواقعي هو الشخص الذي صدر قرار معيب بتعيينه في الوظيفة أو

166 C.E. 1eraoût 1919. société des établissements saupiquet Rec. P713. concol Ribo - ler. 26 juin 1946. Viguiet (arrêt précité).

167 C.E. 6 août 1915. Delmotte et senumartin. S. 1956.3.9 concol Corneille. Note Hauriou. 28 Fév. 1919. Dolet laurent. S. 1919.3.33 note Hauriou.

لم يصدر قرار بتعيينه، أو كان موظفاً وزالت عنه هذه الصفة لأي سبب من الأسباب. (168) ومع ذلك تعتبر الأعمال الصادرة منه سليمة.

أو تكليف السلطة المختصة - في ظل الظروف الاستثنائية - أفراداً عاديين مباشرة أعمال وظيفة من وظائف الإدارة إزاء ترك شاغليها وظائفهم لأي سبب من الأسباب، (169) أو بمعنى آخر أن الظروف الاستثنائية قد تفرض على السلطة المختصة أن تعهد إلى أفراد عاديين مباشرة بعض الأعمال لما تتسم به من صفة الضرورة والاستعجال ويجب النظر باعتبارها صادرة من سلطة فعلية. (170)

وعرفت محكمة التمييز الكويتية الموظف الفعلي هو من يؤدي عملاً للجهة الإدارية، ويكتسب وضعاً ومركزاً فعلياً يغير المركز القانوني للموظف العام، فلا يحكمه عقد أو نظام الخدمة المدنية وليس في مركز تعاقدية أو لائحية وإنما في مركز فعلي. (171)

وهذه النظرية لها تطبيقان: تطبيق في الظروف العادية مبني على فكرة الظاهر،

168 Waline (M). op. cit. P408 "On appelle fonctionnaire de fait une personne qui, sans avoir été régulièrement nommée à une fonction publique, exerce en fait, celle-ci, accompli les actes de la fonction.

De Lauladère (A). Traité de droit administratif. 2e édition P369.

"Le fonctionnaire de fait est un agent incompetent même un individu non investi ou irrégulièrement investi de le fonction mais dont les actes sont cependant déclarés valides".

Rivero (j). op. cit. P238

وقرب من ذلك:
وأنظر تعريفاً أكثر تفصيلاً:

Odent (R), Waline (M), et verdier (M). Tome II op. cit. P120.

«on appelle fonctionnaire de fait, les personnes qui, sans avoir été régulièrement nommées à une fonction publique, exercent en fait, celle-ci. ces immixtions irrégulières dans les fonctions publiques se produisent dans des circonstances généralement anormales: tentative révolutionnaire qui triomphe... Territoire abandonné par les autorités régulières et occupé par l'ennemi en temps de guerre. fonctions exercées par des élus dont l'élection est contestée puis annulée délégation irrégulière donnée par le véritable fonctionnaire.»

169 C.E 7 janv 1944. lecocq. Rec. P 5 R.D.P 1944. 331. concl. léonard. note jèze j.c.p1944 II 2663. Note charlier.

170 C.E.5 mars 1948. Marion. et autres. Rec. 113.D. 1949.147. 5.1948.3.53.

171 حكمها في الطعن رقم 2008/227 إداري، جلسة 2010/12/29، الموسوعة الكتاب السادس، ج 11، ص 57 وما تلاها.

وتطبيق آخر في الظروف الاستثنائية مبني على فكرة ضرورة سير المرافق العامة سيراً منتظماً. (172)

وهذه النظرية استهدف بها اسباب المشروعات على الأعمال والقرارات الصادرة من أفراد لم تتوافر في حقهم صفة الوظيفة العامة، ومن ثم لم تكن لهم ولاية أو اختصاص بإصدار تلك الأعمال والقرارات.

في الظروف العادية: يصدر قرار بتعيين موظف في وظيفة ما، ثم يبدأ هذا الموظف في مباشرة عمله وإصدار بعض القرارات الداخلة في اختصاصه، وبعد ذلك يطعن في قرار تعيينه، ويحكم بقبول الطعن وإلغاء هذا القرار، وفي مثل هذه الحالة، نجد أن هنالك موظفاً توافر له في الظاهر مظهر الموظف الأصيل، ولكنه في الحقيقة لم يقلد مهام وظيفته تقليداً قانونياً، ومن ثم فهو موظف فعلاً لا قانوناً. واستناداً إلى الظاهر فإن قراراته التي أصدرها ولو أنها أصبحت صادرة من فرد عادي إلا أنها لا تعد اغتصاباً للسلطة، بل ولا تعد مشوبة بعدم الاختصاص.

ومن قبيل ذلك أيضاً ممارسة الوظيفة بناء على انتخابات قضى بعد ذلك ببطلانها، أو تفويض باطل صدر من موظف رسمي. (173)

ومن قبيل الموظف الفعلي في الظروف العادية في قضاء التمييز الكويتي انتهاء خدمة الموظف مع بقائه واستمراره على رأس عمله يعتبر موظفاً فعلياً، (174) واستمرار الموظف بالعمل - ولو بموافقة جهة الإدارة - لا يعتبر تجديداً لعقد توظيفه ويعتبر موظفاً فعلياً. (175)

172 د. سعد عصفور، د. محسن خليل، مرجع سابق، ص402، د. مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، طبعة 1966 مرجع سابق، ص386، د. ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص312 وما تلاها، د. عاطف البنا، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص120 وما تلاها.

173 غير أن مجلس الدولة الفرنسي قد قضى ببطلان التصرفات الصادرة من الموظف بناء على تفويض غير سليم، ولم يعتبرها صحيحة تطبيقاً لنظرية الموظف الفعلي.. C.E. 13 Mai 1949. couvrant. Dalloz, 1950, P77.

174 حكمها في الطعن رقمي 134 و152/2009 اداري، جلسة 2011/3/9، الموسوعة السابقة، ص59 وما تلاها.

175 حكمها في الطعن 2009/421 اداري 2 جلسة 2012/1/31، الموسوعة السابقة، ص62.

وفي الظروف الاستثنائية: ومثالها الواضح في حالة اختفاء السلطات الشرعية لسبب من الأسباب: الغزو الخارجي في زمن الحرب أو حالة الثورات المسلحة، وفي هذه الحالة قد يحل الأفراد العاديون محل تلك السلطات في ممارسة المهام الضرورية وتأمين سير المرافق الحيوية، فتكون الأعمال الصادرة منهم مشروعة وليس فيها اغتصاب للسلطة وليس فيها حتى عيب عدم الاختصاص.

والقاعدة هي بطلان الأعمال التي تصدر من هؤلاء الأشخاص لصدورها من غير مختص. ولكن القضاء قضى بسلامة هذه التصرفات استناداً لظاهر الأمور في الأحوال العادية، وعلى أساس ضرورة سير المرافق العامة بصفة منتظمة ودائمة في الأوقات الاستثنائية، ففي خلال الأزمات كالثورات أو الحروب قد يضطر بعض الموظفين من ترك وظائفهم لأي سبب من الأسباب ويحدث أن يقوم بعض الأفراد من تلقاء أنفسهم أو بناء على رغبة من المواطنين القيام بوظائف هؤلاء الموظفين. فرغم أن هؤلاء الأشخاص ليس لهم الصفة القانونية أو الشرعية إلا أن أعمالهم تعتبر صحيحة، فإذا قام أحدهم بعمل من الأعمال القانونية، فإن هذه الأعمال تعتبر صحيحة استناداً لضرورة دوام سير المرافق العامة.

3- إيقاف العمل ببعض الأحكام التشريعية:

قد تفرض الظروف الاستثنائية وقف أو تعطيل بعض الأحكام التشريعية ومنها على سبيل المثال لا الحصر:

- وقف بعض الضمانات المقررة بشأن المسؤولية التأديبية للموظفين العموميين.⁽¹⁷⁶⁾
- الامتناع عن تنفيذ بعض الأحكام القضائية واجبة النفاذ.⁽¹⁷⁷⁾
- الاستيلاء المؤقت على العقارات بالمخالفة للتشريعات السارية.⁽¹⁷⁸⁾

176 T.C. 8 Juill 1944. Soc. Raffineries Say Rec. 337. C.E. 7 Juin 1943. Lecoq. (arrêt pr - cité).

177 C.E. 28 Juin 1918. Heyries. (arrêt précité).

178 C.E. 28 Mars 1947. Crespin. Rec. P1420.

وأخيراً، فإذا ما استعرضنا، أحكام محكمة التمييز في شأن نظرية الظروف الاستثنائية (نظرية الحرب)، وجدنا تطبيقات لها أثناء الغزو العراقي لدولة الكويت في أوائل التسعينيات،⁽¹⁷⁹⁾ ومؤدى ذلك أن القضاء الإداري الكويتي تبنى تلك النظرية التي ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي سواء في أساسها أو في شروطها أو أعمال آثارها.

179 من تطبيقات النظرية في مجال العقود الإدارية وغيرها، فلقد أصدر مجلس الوزراء بدولة الكويت في أعقاب الغزو، قرارات بفسخ العقود المبرمة في شأن عقود المقاولات أو بمعنى أدق انفساخ تلك العقود من تلقاء نفسها لاستحالة تنفيذها بسبب الحرب (راجع في ذلك مؤلفنا وآخر النظرية العامة للعقود الإدارية، الكتاب الثاني، الطبعة الأولى 2018، ص 302 وما تلاها)، وتعويض الشهداء من جراء العمليات الحربية وتكليف ممن انتهت علاقات العمل التعاقدية مع الإدارة بالاستمرار في العمل إبان الغزو. ومن الملاحظ أنه أثيرت منازعات عن الأضرار التي ترتبت من - جراء انفساخ تلك العقود أو مطالبات بالتعويض عن تلك القرارات وغيرها من الأنزعة الإدارية أمام القضاء سواء فيما يتعلق بالنزاع حول تقدير التعويض أو المنازعة في رواتب ومكافأة نهاية الخدمة لمن استمر في العمل إبان هذه الظروف أو المنازعة في توافر صفة الشهيد.

مبحث ثالث

السلطة التقديرية

(Le pouvoir discrétionnaire)

أولاً: نظرة عامة ومبررات السلطة التقديرية:

من المقرر أن الإدارة تخضع في مباشرة نشاطها وأداء وظيفتها لمبدأ المشروعية، وتعمل في نطاق ما رسمه المشرع لها، وفي هذا الصدد قد يلزم المشرع الإدارة القيام بالعمل، على نحو محدد، وبالتالي لا يمكن لها أن تحيد عنه، أو انتهاج غير الطريق الذي رسمه لها، وعلى الجانب الآخر قد يترك المشرع للإدارة تقدير القيام بالعمل بما يتفق وطبيعة نشاطها. (180)

180 وهو ما يعبر عنه العميد ريفيرو بقوله:

«Ilya compétence liée quand la règle de droit impose aux agents la décision qui découle pour eux de la réunion des conditions qu'elle définit. il y a pouvoir discrétionnaire dans la mesure où elle leur laisse une certaine liberté d'appréciation dans l'exercice de leur compétence. (Rivero (j). Droit adm. op. cit. P81 et s.

Odent (R). Waline (M) et verdier (R). Tome 11. op. cit. p.730. D'après une définition classique. il y a pouvoir discrétionnaire toutes les fois qu'une autorité agit librement. sans que la conduite à Tenir lui soit dictée à l'avance par une règle de droit. il y a au contraire compétence liée lorsque la règle de droit dicte à l'administration sa conduite.

Bonnand. le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir. R.D.P. 1923 p.363.

وفي هذا المعنى د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص45، د. عمرو حسبو، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة 2003، ص354.

وفي هذا الصدد فقد هجر مجلس الدولة الفرنسي، نظرية الأعمال التقديرية Les actes discrétionnaires التي بمقتضاها كانت بعض أعمال الإدارة تشبه أعمال السيادة، فلا تخضع لأي نوع من الرقابة، أو ما يطلق عليه القرارات الإدارية المحضة - actes de pure administration وقد كانت تتمتع بالحصانة ذاتها التي تتمتع بها الآن أعمال السيادة. أو بمعنى آخر أن المشرع لم يشترط بالنسبة لمشروعية بعض الأعمال إلا ضرورة صدورهما من الجهة المختصة، وفيما عدا هذا الشرط كانت الإدارة تتمتع بحرية مطلقة بشأن تلك الأعمال، وكان مجلس الدولة يرتب على ذلك امتناعه عن النظر في الطعون بالإلغاء الموجهة ضد تلك الأعمال فكانت في حصانتها من الإلغاء القضائي بمثابة أعمال سيادة أو الأعمال الحكومية التي لا تخضع لرقابة القضاء.

C.E. 13 Janv 1902. Grazietti. S. 1903.3.113 note Hauriou.

De laubadère (A). Traité de droit administratif. op. cit. P262 et s. وراجع

وبلاحظ - في هذا الصدد أن فكرة "الأعمال التقديرية" تختلف عن فكرة "السلطة التقديرية" في أن هذه الثانية لا تخرج خروجاً مطلقاً عن رقابته، فإذا امتنع على القضاء النظر في عدم مشروعية قرار إداري صادر على أساس سلطة تقديرية، وفيما يتعلق بملاءمة بعض عناصره فقط، فليس ما يمنع ذلك من النظر في عدم مشروعيته والغائه، مثل كونه مشوباً بعيب عدم الاختصاص أو الشكل أو إساءة استعمال السلطة (د. توفيق شحاته، مرجع سابق، ص669).

ومن المتفق عليه في الفقه الإداري الحديث، أنه لا يوجد قرار إداري تستقل الإدارة بتقدير جميع عناصره، فقد اختفى وجود قرار إداري تقديري في جميع عناصره، بل هناك بعض النواحي التقديرية، توجد بدرجات مختلفة في كل قرار إداري تقريباً. (د. سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، مرجع سابق، ص682).

ويطلق على الأسلوب الأول: السلطة المقيدة (الاختصاص المقيد).

(Le pouvoir liée ou la compétence liée)

في حين يسمى الأسلوب الثاني: السلطة التقديرية.

(Le pouvoir discrétionnaire)

لاشك في أهمية كل من النوعين من السلطة، فالسلطة المقيدة تحمي الأفراد من تعسف الإدارة، وتضفي قدراً أكبر من ضمان لحريتهم في مواجهة الإدارة، ومرد ذلك إلى أنه في حالة السلطة المقيدة لا يترك القانون للإدارة مجالاً للتقدير، بل يفرض عليها التصرف على وجه معين، مما يستبعد تحكم الجهة الإدارية.

(L'automatisme administratif)⁽¹⁸¹⁾، إلا أنه من وجهة أخرى، يلاحظ أن المغالاة في تقييد سلطة الإدارة وعدم ترك أي حرية لها في التقدير قد يؤدي إلى عدم مقدرتها على اتخاذ القرارات في أغلب الأحيان، مما يسبغ على تصرف الآلية الإدارية. (L'arbitraire administratif)⁽¹⁸²⁾، لأن الإدارة تواجه حالات كثيرة تجد أثناء الحياة اليومية، وهذه الحالات قد لا يستطيع المشرع أن يقدر مقدماً مناسبة كثير من التصرفات الإدارية، الأمر الذي يستلزم ضرورة منح الإدارة في بعض الحالات قدراً من الحرية لاتخاذ القرار المناسب، وبالتالي فإن السلطة التقديرية لازمة لحسن سير الإدارة،⁽¹⁸³⁾ وملاءمة أعمالها وأوجه نشاطها مع ما يواجهها من تنوع واختلاف في الظروف والاضاع الخاضعة لها.⁽¹⁸⁴⁾

أو بعبارة أخرى تجد مبررات السلطة التقديرية في مقتضيات العمل وضرورات

181 De Laubadère (A). op. cit. P260.

182 De Laubadère (A). op. cit. P260.

183 في هذا المعنى، د. عبد العظيم عبد السلام، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 113.

184 د. مصطفى عفيفي، الرقابة على أعمال الإدارة والمنازعات الإدارية، الكتاب الأول (قضاء الإنفاء - قضاء التأديب)، طبعة 2007،

ص 53.

الحياة الإدارية واعتبارات المصلحة العامة التي هي رائد سائر تصرفاتها. (185)

وتوفيقاً بين الاعتبارين المتقابلين يسمح القانون للإدارة من ناحية بقدر من السلطة التقديرية يختلف زيادة أو نقصاً من مجال إلى آخر.

فالسلطة التقديرية تمثل أذن حقيقة واقعة، تستمد وجودها من أن الإدارة تمارس نشاطاً إنسانياً لا غنى عنه من حرية التقدير، فضلاً عن استحالة تقيد هذا النشاط تقيداً كاملاً بمقتضى قواعد قانونية سابقة ومحددة، وإلا تخرج المبررات التي تقوم عليها سلطة الإدارة التقديرية عن هذه الاعتبارات العملية.

وهذه السلطة لا تكاد تنعدم في اختصاص من الاختصاصات ولا تصل إلى حد السلطة المطلقة، بحال من الأحوال. وقد عبر عن ذلك البعض من الفقه الفرنسي بقوله: (186) (voir arbitraire) وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر بتاريخ 8 من مايو سنة 2003⁽¹⁸⁷⁾ بقولها «السلطة التقديرية لا يصح وصفها في أي موضع أو مقام بالإطلاق، لأنها تتقيد دوماً بالمصلحة العامة، وبالضمانات التي يقرها القانون لأصحاب الحقوق المستمدة من المراكز القانونية المشروعة، وتمتع الإدارة بسلطة تقديرية في إصدار القرار لا يبرر التنصل من الإجراءات والضمانات التي أوجبها القانون، ومن ناحية أخرى يجب على الإدارة. حماية للحقوق والحريات الفردية - احترام مختلف القواعد القانونية المتعلقة بنشاطها، وإلا جاز للقضاء بناء على طلب الأفراد أن يحكم بإلغاء ما تتخذه من قرارات، فيوقف الإدارة عند حدها إذا حاولت تجاوز إطار المشروعية الذي رسمه لها القانون. (188)

وهو ما أشارت إليه وبوضوح محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر بتاريخ 25

185 د. محمد مصطفى حسن، السلطة التقديرية في القرارات الإدارية، 1974، ص 98 وما تلاها.
186 Waline (J), Droit administratif. 24e édition. Dalloz, 2012. p. 421.
187 حكمها في الطعن رقم 46/2846 ق.ع، جلسة 2003/5/8، دائرة توحيد المبادئ، المجموعة ج 1، ص 637 وما تلاها.
188 د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 46، د. عمرو حسبو، مرجع سابق ص 349.

فبراير سنة 1969،⁽¹⁸⁹⁾ وجاء فيه: «أنه من المقرر فقهاً وقضاً أن مبدأ المشروعية يقوم على وجود قواعد تلتزم جهة الإدارة باحترامها ومراعاتها في نشاطها وتصرفاتها وهذه القواعد تملي على الإدارة قيوداً لصالح الناس.

ومع ذلك فإن حماية حرية الأفراد والناس ينبغي أن لا تتسبب حاجة الإدارة إلى قسط من الحرية تكفل لها حسن إدارة المرافق العامة، ولئن كان من الضروري الحيولة دون استبداد الإدارة مع الأفراد، فلا بد أيضاً أن تحرر الإدارة من طابع الآلية والجمود وأن نجنبها ما استطعنا طريق رويتها الإداري العقيم، وعلينا أن لا نغل أيدي عمالها ونميت فهم روح التصرف الحسن والتدبر المعقول، بل علينا أن نشجع فهم ملكة الخلق وروح الابتداع والابتكار ذلك ما دفع القضاء والفقهاء بل والشارع من بعدهم في فرنسا وفي مصر وغيرهما من الأمم التي بلغت شأواً يذكر في مجالات القانون الإداري ونظمه إلى الأخذ بمذهب ضرورة تقرير بعض امتيازات من شأنها خلق موازنة عادلة بين القيود التي فرضها مبدأ المشروعية على حرية الإدارة حماية لحرية الأفراد، من جهة وبين ضرورة تخليص الإدارة من طابعها الروتيني الآلي ضماناً لحسن سير الإدارة وسلامة تشغيل دولابها من جهة أخرى، فجاءت الموازنة المنشودة بمنح جهات الإدارة قسطاً متفاوتاً من الحرية في صورة امتيازات متنوعة في مقدمتها السلطة التقديرية تحررها من مجرد تنفيذ القوانين ولوائحها مراعاة لحسن مقتضيات العمل وما تتطلبه الحياة الإدارية من ضرورات، فلجماعة مصلحة مؤكدة في أن لا ترى الإدارة آلة صماء عمياء، بل لها مصلحة جدية في أن ترى الإدارة مزودة بقدر من الطاقة تواجه بل كل حالة بما يلائمها تحقّقاً لإشباع الحاجات ولزيادة الانتاج وللمصلحة العامة. فالسلطة التقديرية أذن لازمة لحسن سير الإدارة لزوم السلطة المحددة لحماية حقوق الأفراد وحرّياتهم، وإذا كانت السلطة التقديرية تقوم على الإطلاق، بمعنى أن الإدارة تكون في ممارستها للسلطة التقديرية بمنجاة من كل رقابة قضائية، إلا إذا دفع بأن الإدارة قد استعملت سلطاتها التقديرية لتحقيق غرض غير مشروع أو لم يجعله المشرع من اختصاصها، فإن قضاء هذه المحكمة قد خرج على هذه القاعدة في مجال قضاء التعويض، وكذلك وضع بعض الضوابط للإدارة في مجال قضاء الإلغاء فقضت هذه المحكمة في العديد

189 حكمها في القضية رقم 22/1217ق، جلسة 1969/2/25، المجموعة في ثلاث سنوات 66-1969، ص 575 وما تلاها.

من أحكامها بأنه في غير الأحوال التي تقيد فيها سلطة الإدارة التقديرية بنص في قانون أو لائحة أو بمقتضى قاعدة تنظيمية عامة التزمته، فإنه يصبح التقدير من إطلاقات الجهة الإدارية تترخص فيه بمحض اختيارها فتستقل بوزن مناسبات قرارها وبتقدير ملاءمة أو عدم ملاءمة إصداره بما لا معقب عليها في هذا الشأن ما دام لم يثبت أن قرارها ينطوي على إساءة استعمال السلطة، وشرط ذلك أن تكون جهة الإدارة قد استمدت اختيارها من عناصر صحيحة مؤدية إلى صحة النتيجة التي انتهت إليها».

من المقرر قضاءً أن السلطات التقديرية الممنوحة تشريعياً لجهة الإدارة، يجب ألا تجرأ إلى إساءة استعمال السلطة التقديرية الممنوحة لها أو التعسف فيها وتحديد أولويات معاكسة للأولويات التشريعية، وهذه السلطة التقديرية لا تعصمها من الخضوع للرقابة القضائية التي يباشرها القضاء الإداري في شأن قانونيتها وهي رقابة غايتها إلغاء ما يكون منها مخالفاً للقانون، ولو كان ذلك من رواية الحقوق التي أهدرتها ضمناً، سواء كان إخلالها بها مقصوداً ابتداءً على حالة معينة بذاتها، أم كانت قد أوقعت عرضاً، إذ إن بقاء مثل تلك القرارات يخل بفرص العمل ويناقض الحق فيه الذي كفله الدستور وراعته القوانين المختلفة لشئون التوظيف.⁽¹⁹⁰⁾

وتأخذ أغلب تشريعات الدول على مختلف توجهاتها بالسلطة التقديرية والاختصاص المقيد في شأن ممارسة الإدارة لوظيفتها، ففي بعض الحالات ينظم المشرع المسائل تنظيمياً شاملاً بما فيها التفصيلات والجزئيات، ويوضح للإدارة ما يجب أن تسير عليه، وهنا يكون دور الإدارة مقيداً ويقتصر على إنزال حكم القانون على الحالات التي تعرض لها، وأحياناً يترك للإدارة قسطاً من الحرية لتقرر باختيارها عما إذا كان مناسباً أن تتدخل لاتخاذ تصرف ما أو تعرض عنه، وإذا قررت التدخل فيكون لها حرية اختيار الوسيلة وهنا يكون للإدارة سلطة تقديرية.

وعلى ذلك فإنه يجب القول بأن فكرة السلطة التقديرية وإن كانت تبدو متعارضة مع فكرة السلطة المقيدة، فإن هاتين الفكرتين لا تتفق كل منهما مع الأخرى على طريف نقيض،

190 حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 58/29232 ق.ع، جلسة 2016/3/20، س.61، ج.1، ص.855 وما تلاها.

من ناحية الواقع، بحيث لا يمكن لهما أن يلتقيا ذلك أن كل عمل إداري يحتوي على مزيج من هذين النوعين من السلطة، الأمر الذي يدعو إلى القول بوجودهما معاً في كل قرار إداري، وكل ما هناك هو مجرد اختلاف في القدر والكمية التي يحتوي عليها كل عمل إداري لكل من هاتين السلطتين. ويتميز العمل الإداري باختصاص المقيد أو بالسلطة التقديرية على أساس القدر الغالب الأعم لكل منهما.⁽¹⁹¹⁾

ونسوق - في هذا الصدد - مثلاً صادقاً على اجتماع السلطة التقديرية والاختصاص المقيد في نصوص قانون الخدمة المدنية الحالي رقم 18 لسنة 2016 فيما يتعلق بالجزاء التأديبية، فالمادة (61) من القانون - نصت على سبيل الحصر - على الجزاءات التأديبية التي توقع على العاملين في تدرج تبدأ بالإنداز وتنتهي بالفصل من الخدمة، وذلك بالنسبة لشاغلي الوظائف العادية (الوظائف غير القيادية)، وبالنسبة لشاغلي الوظائف العليا، فقد حددت الجزاءات التي توقع عليهم في التنبيه واللوم، والإحالة إلى المعاش، والفصل من الخدمة، وعلى التفصيل الآتي:

ثانياً: مدلول السلطة التقديرية والسلطة المقيدة:

أ - مدلول السلطة التقديرية:

تعددت مفاهيم السلطة التقديرية وأن اتفقت في مبناها، واختلفت في تفصيلاتها. فذهب البعض إلى أنها هي القدر من الحرية الذي يتركه المشرع للإدارة كي تباشر وظيفتها الإدارية على أكمل وجه،⁽¹⁹²⁾ وعلى ذلك فهي لا تتمتع بهذه الحرية، إلا لأن القانون قد حولها

191 د. سعد عصفور، د. محسن خليل، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 92.

192 وفي هذا المعنى:

De laubadère (A), op. cit. P260.

«C'est le pouvoir discrétionnaire. c'est -à- dire la marage de liberté que les sources de le légalité peuvent laisser à l'administrateur dans son activité.

وقرب من ذلك:

«Il y a pouvoir discrétionnaire. toutes les fois qu'une autorité agit libérement. sans que la conduite à tenir lui soit dictée à l'avance par une règle de droit»
(Michoud, étude sur pouvoir discrétionnaire. Rev - gen. admin 1914.5)

السلطة في تقدير مناسبة التصرف. (193)

وفي نظر البعض⁽¹⁹⁴⁾ هي أن يترك القانون للإدارة الحرية في مباشرة نشاطها دون أن يفرض عليها وجوب التصرف على نحو إلزامي معين، بمعنى أن يترك القانون للإدارة حرية تقدير اختيار العمل والقيام به في الوقت المناسب الذي تراه ملائماً للظروف والأحوال، دون أن يملّي عليها مقدماً مسلكاً محدداً يتعين عليها اتخاذه في هذا الخصوص.

وقد ضرب الشراح الفرنسيون مثلاً لذلك سلطة الإدارة التقديرية في حالة إبعاد الأجانب فهي تملك أن تقدر موقف الأجنبي وما إذا كان الأمر يستدعي إبعاده وإصدار القرار بذلك من عدمه،⁽¹⁹⁵⁾ إذا ما شكل تهديداً للنظام العام أو للأمن العام

constitue une menace pour l'ordre public ou la sécurité
(publique).

وهو ما سار عليه قضاء مجلس الدولة المصري من أن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في إبعاد الأجنبي بلا معقب عليها، ما دام قررها قد خلا من عيب إساءة استعمال السلطة أو مخالفة القانون، وما دام يستند إلى أسباب مستمدة من أصول ثابتة في الأوراق تبرر صدوره،⁽¹⁹⁶⁾ على ما سيأتي.

193 المستشار/ محمد عبد الجواد حسين، بحث بعنوان «بين سلطة الإدارة التقديرية واختصاصها المقيد، منشور في مجلة مجلس الدولة في ثلاثين عاماً (1950-1980)، ص 413.

وهو ما ذهبت إليه محكمة القضاء الإداري في بواكير أحكامها حيث تقول: «أن الإدارة تستقل بتقدير مناسبة إصدار قراراتها ولها مطلق الحرية في تقدير ظروف القرار ووزن الملابسات المحيطة بها». (حكمتها في القضية رقم 6/1631 ق، جلسة 1954/4/11، المجموعة في خمسة عشر عاماً (1946-1961) ج 3، ص 2363. والقضية رقم 6/226 ق، جلسة 1953/6/17، المجموعة السابقة، ص 2363 وما تلاها.

194 د. سعد عصفور، د. محسن خليل، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 88، وفي هذا المعنى، د. توفيق شحاته، مبادئ القانون الإداري، ج 1، 1954، ص 665، د. بكر القباني، د. عاطف البناء، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، المجلد الأول، 1970، ص 58، د. مصطفى أبوزيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، الطبعة الخامسة، 1979، ص 378.

195 C.E. 16 fév. 1939. Gola. Rec. P162.

وراجع أيضاً:
Odent (R), Waline (M), et verdier (M), Tome. II. op. cit. p734 .

196 راجع على سبيل المثال، حكم محكمة القضاء الإداري، القضية رقم 5/1215 ق، جلسة 1953/5/31، ص 7، 1381، القضية رقم 6/551 ق، جلسة 1954/3/25، ص 8، 1076.

وراجع أيضاً:
C.E 24 oct 1952. Eckert. Rec. p 467.

ومن قبيل ذلك أيضاً في مجال الوظيفة العامة، تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية في التعيين، وفي الترقية بالاختيار وفي الندب والإعارة.. الخ، وفي خارج مجال الوظيفة العامة، إصدار قرارات الترخيص، وفي رفض منح جواز السفر أو تجديده أو سحبه، أو منح الجنسية، .. الخ، على ما سيأتي.

ولا خلاف على أن الفقه والقضاء الإداري قد استقرا على أنه لا تجتمع سلطتان تقديرية لإصدار قرار إداري، سواء أكان القرار إيجابياً أم سلبياً، فإذا كان لسلطة إدارية بحسب صريح حكم القانون أو مقتضاه العرض على سلطة أعلى لإصدار قرار يدخل في اختصاص الأخيرة كان سكوتها أو امتناعها حجماً للسلطة الأعلى عن مباشرة الاختصاص المعقود لها. ولاشك أن تدخل القضاء الإداري، يفرض رقابته على مسلك الإدارة السلبى قد يلتبس مع التدخل الممنوع إذا ساء فهمه وقصرت النظرة العامة للسلطة المشروعة وحدودها، وأنها لم تعد متاعاً لمن تقررت له إن شاء مارسها أو امتنع عن ذلك سلباً أو رفضاً، ملتحفاً بقالة ساء فهمها حاصلها أنه محظور على القضاء التدخل في عمل الإدارة والحلول محلها، ولا جدال في أن القضاء الإداري وهو يفصل في خصومه قضائية جهة الإدارة أحد أطرافها فإنه لا يمكن من بسط رقابته إلا إذا تقصي بواعث الإدارة حال سكوتها، والقول بعصمة هذا السكوت أو الرفض يخالف مبدأً دستورياً أصيلاً بخضوع أعمال الإدارة لرقابة القضاء⁽¹⁹⁷⁾

ومن قضاء التمييز الكويتي أن للإدارة سلطة تقديرية تترخص في أعمالها عند مباشرة اختصاصها طبقاً للقانون. ومن قبيل ذلك منح المكافآت الوظيفية - ما لم يقيدتها نص بالقوانين أو اللوائح - وتوافر شروط استحقاق المكافأة لدى الموظف لا يلزم الإدارة بمنحها إياه،⁽¹⁹⁸⁾ وأيضاً إن منح المكافأة التشجيعية للموظف هو سلطة تقديرية للإدارة متى توافرت شروط استحقاقها لديه، أو لو كانت قد منحت له في السنوات السابقة لاختلاف التقدير في كل سنة بحسب المبلغ المقرر في الميزانية وتبعاً لدرجته وأهمية العمل المنجز، وما يعود على جهة الإدارة من نفع، وهي تمنح بقرار وفقاً للسلطة التقديرية للإدارة ولا

197 حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 55/26969 ق.ع، جلسة 2010/6/5، ص 55 و 56، ص 541.

198 حكمها في الطعن رقم 1100/2005 إداري، جلسة 2006/12/26، الموسوعة، الكتاب الثاني، ج 3، ص 200 وما تلاها.

يقيدها في ذلك سوى عيب الانحراف بالسلطة،⁽¹⁹⁹⁾ وأخيراً وليس آخراً أن لوزارة الشؤون الاجتماعية والعمل سلطة تقديرية في إصدار قرار منح إذن العمل أو تجديده أو تحويله أو إلغاءه.⁽²⁰⁰⁾ وأيضاً سلطة الإدارة التقديرية في اختيار شاغلي الوظائف القيادية أو تجديد التعيين لهم،⁽²⁰¹⁾ وغيرها من الحالات.

من المقرر أن مجلس الدولة الفرنسي ترك للإدارة حرية العمل في مواجهة الظروف الصعبة (face à une tâche délicate) أو حرية أكبر للتصرف. وإزاء ذلك برفض بسط رقابته على التكييف القانوني للوقائع الدافعة لاتخاذ القرار في حالة أو تلك المنصوص عليها طبقاً للقانون وخاصة في مجال بوليس الاجانب.⁽²⁰²⁾

وفي هذا الصدد قدم العميد فالين⁽²⁰³⁾ توجيهاً يهتدي به في تحديد مجال السلطة التقديرية إذ يقول: «لا يمكن أن يكون للإدارة حرية تقدير التزاماتها القانونية بأية حال من الأحوال، بل تكون اختصاصاتها في هذا المجال محددة، ألا تكون سلطاتها تقديرية إلا في حالة تحديد مناسبة اتخاذ قرار معين أو اتخاذها في صورة بعينها أو في اتخاذها في وقت معين، فهي ملزمة بما هو شرعي ولكنها حرة فيما هو صالح».

ومن الأهمية بمكان الإشارة إلى أن الإدارة وهي - بصددها ممارسة سلطاتها التقديرية - لا تقلت من رقابة القضاء، وإن تفاوتت في مداها في حال السلطة المقيدة للإدارة.⁽²⁰⁴⁾

(ب) مدلول السلطة المقيدة (الاختصاص المقيد) :

هو أن يحتم القانون على جهة الإدارة إذا ما توافرت شروط واقعية وقانونية ضرورة

-
- 199 حكمها في الطعن رقم 2005/849 إداري، جلسة 2007/3/13، الموسوعة السابقة، ص201 وما تلاها.
- 200 حكمها في الطعن رقم 2005/962 إداري، جلسة 2007/6/26، الموسوعة السابقة، ص202 وما تلاها.
- 201 حكمها في الطعن رقم 2014/478 إداري، جلسة 2015/2/16، الموسوعة السابقة، ص258 وما تلاها.
- 202 Odent (R). Waline (M). et verdier (M). Tome II. op. cit. p 731.
- 203 Waline (M). Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel. R.D.P. 1930. 197.
- 204 د. سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة، والسلطة التقديرية للإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة 1992، ص18، وما تلاها.

العمل والتصرف على نحو معين يلزمها باتباعه. (205)

أو بمعنى آخر أن القانون يلزم السلطة الإدارية إذا توافرت شروط معينة إصدار القرار بصورة آلية، وفي هذه الحالة تنعدم كل سلطة تقديرية وهو ما يطلق عليه «الاختصاص المقيد». (206) مؤدى ذلك أن القانون - هنا - هو الذي يأمر الإدارة بالتصرف، ويرسم لها مقدماً السلوك الواجب عليها اتباعه في هذا الشأن إذا ما تحققت الشروط الواجب توافرها لإمكان مباشرة العمل الإداري.

فإذا عمل القانون على تقييد حرية الإدارة في التصرف بأن ألزمها - إذا ما تحققت ظروف معينة- بوجوب العمل على نحو معين تكفل ببيان أوضاعه، فلا يجوز للإدارة - والحالة هذه - أن تمتنع عن العمل أو أن تعمل على خلاف ما بينه القانون من أوضاع معينة لمباشرة هذا العمل، وإلا أعد تصرف الإدارة باطلاً لمخالفته للقانون.

ويلاحظ أنه إذا كان القانون بمفهومه العام هو الذي يضع القيود على سلطة الإدارة، فإنه يدخل في مفهوم ذلك ما يقرره القاضي الإداري كذلك على نشاط الإدارة من

205 Vedel (G). La soumission de l'administration à la loi. op. cit. P147.

في هذا المعنى:

ily a compétence liée lorsque la loi impose à l'administration dès que certaines conditions de fait ou de droit sont réunies. de prendre une décision déterminée.

Rivero (J). op. cit. P81.

وأيضاً:

«La compétence de l'agent est liée : la loi ne laisse aucune place à sa liberté.

وراجع أيضاً:

Kormrobt. la compétence liée. R.D.P. 1961. P935. Di Qual. la compétence liée. 1964. Timsit. compétence liée et principe de légalité. D 1964. chr. p217.

206 وبهذا المعنى العميد فالين:

Waline (M). Droit administratif. 5e édition. P124.

«Lorsque le pouvoir discrétionnaire est réduit à rein c'est - à dire lorsque l'autorité administrative. a l'obligation légale de vérifier l'existence d'une certaine situation indiquée par la loi et prendre automatiquement la décision qui lui prescrit celle-ci. en ce cas sans pouvoir s'inspirer d'aucune considération d'opportunité. on dit que cette autorité a compétence liée.

لمزيد من التفاصيل:

Odent (R). waline (M). et verdier (M). Tome II. op. cit. p730.

قيود وشروط، إذ يتعين على جهة الإدارة التزامها والعمل بمقتضاها، ويقوم القضاء الإداري بوضع الشروط التي تقيد نشاط الإدارة في حالة سكوت التشريع عن ذلك مستنداً في ذلك إلى تفسير إرادة المشرع وهو ما يجوز للقاضي أن يقوم به طبقاً لما تمليه المبادئ القانونية العامة، وبناء على ذلك تتحول سلطة الإدارة من سلطة تقديرية إلى سلطة مقيدة تبعاً لهذه القيود القضائية، ويكون القضاء الإداري قد عمل بذلك على توسيع نطاق الاختصاص المقيد وتضييق نطاق ودائرة السلطة التقديرية. (207)

ويسوق الفقه الفرنسي (208) في هذا الصدد - مثلاً تقليدياً للاختصاص المقيد هو حالة حصول الأفراد على ترخيص الصيد. (La délivrance du permis de chasse) إذا ما توافرت الشروط التي يتطلبها القانون، دون أن يكون للإدارة حق بحث ملاءمة منح هذا الترخيص أو رفض ذلك على أساس أن طالبه مثلاً لا يحسن الرماية بالسلاح، كما أن القاضي الإداري يرفض ممارسة الرقابة في حالة أو تقدير الوقائع التي تثير مسألة فنية أو ذات صبغة فنية (caractère technique). (209) ومن ثم فإنه اختصاصه. في هذه الحالة - اختصاصاً مقيداً، وأيضاً فإن القاضي لا يباشر فحص الرقابة على تصرفات السلطات الأخرى (السلطات القضائية) عملاً بمبدأ الفصل بين السلطات (au principe la séparation des pouvoirs). (210)

ومن قبيل ذلك الترقية الحتمية التي يستمد فيها الموظف حقه من القانون مباشرة دون حاجة إلى إصدار قرار لها. (211)

وأيضاً ما يعرف بقرارات الترقية الوجوبية وسلطة الجهات الإدارية في إجراء هذه الترقيات مقيدة بالمدد والشروط الواردة في هذه القرارات، ومن ثم تعد هذه الترقيات الوجوبية من قبيل التسويات التي لا تتقيد في سحبها بالمدة القانونية المقررة لسحب القرارات

207 د. سعد عصفور، د. محسن خليل، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص60.

208 Rivero (J), Droit administratif, op. cit. P81. Dupuis (G), Guédon (M.J) et chrétien (P), Droit administratif, 7e édition, armandcolin 1996, p. 406.

209 C.E 30 nov 1934. Assoc des officiers des eaux et forêts. Rec. p1133.

210 C.E 30 mai 1952, dame Kirk Wood. Rec. p291.

211 حكم محكمة القضاء الإداري، القضية رقم 5/1169، ق، جلسة 10/1954/6، ص8، ص1519.

الإدارية إذ يجوز سحب هذه الترقيات في أي وقت باعتبارها مجرد تسوية خاطئة لا تلحقها حصانة. (212)

وهو ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا بمجلس الدولة المصري بقولها: «ومن حيث إن صحيفة الحالة الجنائية إنما تمس حالة الشخص فيما يتعلق بأفعاله وسوابقه الجنائية وهي تمثل جانباً أساسياً من جوانب حالته كمواطن في مواجهة الدولة وأجهزتها، كما تعتبر مرآة لسمعته، حسناً أو سوءاً بحسب ما هو مدون بها في شتى مجالات حياته وممارسته لحقوقه العامة والخاصة في المجتمع.

وسلطة الإدارة في إدراج تلك البيانات ليست سلطة تقديرية، بل هي سلطة مقيدة بما حدده القانون ولا يعدو عمل الإدارة أن يكون تنفيذاً له دون حاجة لبحث مدى توافق القرار الإداري فيها من عدمه». (213)

ومن حيث إن قضاء محكمة القضاء الإداري قد استقر على أن القرار الصادر بإعلان نتيجة الامتحان إنما يصدر عن سلطة مقيدة، إذ حدد المشرع فحوى هذا القرار وحدد الواقعة المادية التي تكون ركن السبب فيه ألا وهي أداء الطالب الامتحان في جميع مواده بنجاح مما يثبت أهليته وجدارته. فقد حدد المشرع تفصيلاً الشروط اللازمة لإعلان نتيجة الامتحان وكيفية تقدير نجاح الطالب أو رسوبه، وهذه الواقعة المادية هي التي ينشأ بها المركز القانوني لصاحب الشأن ويتحدد مركزه بها. (214)

ومن حيث إن سلطة الإدارة في التعيين في غير أدنى الدرجات مقيدة سلفاً بحدود وضوابط لا يجوز مخالفتها أو تجاوزها، إذ أن شروط التعيين لا تملك جهة الإدارة فيها أي تقدير أو ترخيص، فإذا أغفلت استيفاء شرط منها فيمن يرشح لشغل إحدى الوظائف بها كان قرارها الصادر بالتعيين منعماً لا أثر له قانوناً، ويجوز سحبه وتصحيحه في أي وقت

212 راجع فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم 525 بتاريخ 2002/6/9، جلسة 2002/4/2، ملف رقم 1013/3/86، المجموعة

المجموعة خلال المدة من فبراير 2002 إلى يولييه 2002، ص 72 وما تلاها.

213 حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 36/1904، ق.ع، جلسة 1991/7/20، ص 36، ع 2، ص 162 وما تلاها.

214 حكمها في الدعوى رقم 54/1902، ق، جلسة 2000/2/15، المجموعة ص 161.

دون التقيد بميعاد. (215)

ومن قبيل ذلك في قضاء التمييز الكويتي أن سلطة الإدارة في معادلة الشهادات الدراسية، سلطة مقيدة إذ تتم وفقاً للقواعد والشروط التي يتطلبها القانون وفق تدابير ومعايير أكاديمية ثابتة حددتها اللائحة الأساسية لنظام المقررات المعمول بها لدى جامعة الكويت، ومتى كان ذلك يكون للقضاء أن يبسط رقابته للشروط على قرارات الجهة الإدارية، في هذا الخصوص، ليتأكد من مدى مطابقتها للشروط والقواعد التي نصت عليها اللائحة (216)

وأيضاً إذ خول القانون الموظف الحق في القيام بإجازة في توقيت معين دون توقف على موافقة الجهة الإدارية، فإنها لا تملك في ذلك حوالاً وتكون سلطتها في هذا الشأن مقيدة بحيث لا تستطيع أن تحجب على الموظف تمتعه بهذا الحق متى توافرت موجباته. (217) وأخيراً وليس آخراً أنه إذا كان من المقرر أن جهة الإدارة تترخص في إجراء الترقية في تاريخ معين، إلا أنه إذا ثبت وجود قانون أو لائحة تلزم الإدارة بإجراء الترقية في توقيت محدد، فإنه يتعين على جهة الإدارة إعمال هذه القواعد متى توافرت شروطها، ويجوز لذوي الشأن طلب إلزامها بذلك دون التقيد بمواعيد دعوى الإلغاء. حيث يعتبر المركز القانوني للموظف في هذه الحالة مستمداً من القانون مباشرة وتعتبر دعواه من دعاوى التسويات التي لا تتقيد بمواعيد الطعن. (218)

ثالثاً: فيصل التفرقة بين السلطة التقديرية والسلطة المقيدة (الاختصاص المقيد)

سبق أن بينا أن فكرة السلطة التقديرية تقوم على تمتع رجل الإدارة بتقدير مناسبة إصدار القرار، في حين أن هذه الحرية تنتفي تماماً في حالة الاختصاص المقيد، ولا يكون

-
- | | |
|-----|---|
| 215 | فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، رقم 9 في 1/1/1986، جلسة 18/12/1985، ملف رقم 316/6/86، المجموعة، ص 914. |
| 216 | حكمها في الطعن رقم 170/1994 تجاري، جلسة 19/2/1995، الموسوعة، الكتاب الثاني، ج 3، ص 160 وما تلاها. |
| 217 | حكمها في الطعن رقم 289/2007 إداري، جلسة 23/2/2010، الموسوعة السابقة، ص 186 وما تلاها. |
| 218 | حكمها في الطعن رقمي 630 و 712/2001 إداري، جلسة 12/5/2015، الموسوعة السابقة، ص 195 وما تلاها. |

أمام رجل الإدارة إلا إصدار القرار، على النحو الذي سبق للقانون أن أملاه عليه، وعلى الرغم من هذا الوضوح، فإن المسألة تحتاج إلى وضع فيصل أو معيار يتخذه رجل الإدارة أساساً يهتدي به إلى معرفة مدى سلطته في إصدار قرار ما، سواء في صورته التقديرية أو المقيدة، على التفصيل الآتي لاحقاً.

وللإجابة على هذا التساؤل، تعددت النظريات الفقهية⁽²¹⁹⁾، فالسائد في الفقه الفرنسي أنه توجد سلطة تقديرية في كل حالة لم يحدد القانون في شأنها مقدماً، السبب الذي يحرك الإدارة لمواجهة تلك الحالة، وعلى العكس من ذلك يكون اختصاص الإدارة مقيداً عندما يكون القانون قد حدد مقدماً أسباب التصرف القانوني، تحديداً مادياً دقيقاً، ينحصر عمل الإدارة معه في مجرد التحقق من الوجود المادي للأسباب (constations d'existence matérielle) لا يكون للإدارة بالتالي مجال في تقدير تلك الأسباب (sans appréciation de valeur et de qualité)⁽²²⁰⁾.

بيد أن مجلس الدولة الفرنسي - في شأن تحديد معيار عملي للاختصاص المقيد - يضع معياراً مزدوجاً - في هذا الصدد - على النحو الآتي:⁽²²¹⁾

المعيار الأول:

يوجد اختصاص مقيد لجهة الإدارة عندما يحدد القانون أو اللائحة مقدماً الأسباب التي من أجلها يباشر رجل الإدارة الاختصاص الذي أنشأه القانون أو اللائحة. وهذا هو

219 راجع تلك النظريات في مقال المستشار/ محمد عبد الجواد حسين، مرجع سابق، ص 421 وما تلاها.
220 Bonnard. Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir. R.D.P. 1923.363 et D.A. 74.

221 De laubradère (A). Traité de droit administratif. op. cit. P267.
L'analyse de la jurisprudence révèle en réalité de double critère du pouvoir lié:
1- ilya d'abord pouvoir lié lorsque. selon la formule de Bonnard la loi on le règle - ment énoncent les motifs pour lesquels la compétence qu'ils créent pourra s'exercer. Le juge contrôle alors si ces motifs ont réellement existé.
2- A cette détermination légale la jurisprudence du conseil d'état ajoute elle - même des cas de compétence liée mais elle ne le fait pas dans N'importe quelle matière il semble bien apparaître à son analyse que la compétence administrative soit ainsi liée chaque fois qu'elle consiste en des mesures restrictives de libertés publiques. En pareil cas. même si la loi n'a rien précisé. le juge détermine par le raisonnement logique. d'après la nature de la compétence en question et intentions générales du législateur. les motifs pour lesquels l'autorité administrative avait le droit d'agir.

المعيار الذي وضعه العميد بونار وعلى ذلك يراقب القاضي الإداري في التصرف المطعون فيه قيام هذه الأسباب المحددة.

المعيار الثاني :

يضيف مجلس الدولة الفرنسي معياراً مميزاً آخر للاختصاص المقيد بالنسبة للمجالات التي تمس تصرفات الإدارة بها الحريات العامة، ففي مثل هذه الحالات يحدد القاضي الإداري بنفسه الأسباب التي لم يحددها القانون بالوضع الذي كان على جهة الإدارة أن ترعاه في التصرف الذي خوله إياها القانون، والقاضي عندما يحدد هذه الأسباب، إنما يستلهم التعليل المنطقي المناسب لطبيعة الاختصاص المطروح أمامه على ضوء أهداف المشرع العامة.

من المقرر أن الإدارة حال مباشرتها للاختصاصات الموكولة لها مستندة إلى أحكام القوانين واللوائح المنظمة لذلك، إما أن يكون لها اختصاص مقيد أو اختصاص تقديري، ويكون الاختصاص مقيداً إذا ما حدد لها المشرع سلفاً ما يجب عليها اتباعه عند إصدار القرار، فإن خالفت ذلك أو امتنعت عنه أنزل القاضي على قرارها رقابة المشروعية، وإذا كان اختصاص الإدارة يستند إلى سلطة تقديرية، فإن المشرع يترك للإدارة ملاءمة إصدار القرار لتحقيق المصلحة العامة دون أن يجعل قرارها في حل كلية من رقابة القضاء، فلا يوجد ما يطلق عليه «بالسلطة المطلقة» تنأى عن رقابة القضاء. (222)

وذهبت محكمة القضاء الإداري إلى أن الإدارة حال مباشرتها للاختصاصات المنوطة بها أما أن تباشره باختصاص مقيد أي يحدد لها القانون سلفاً شروط مباشرة هذه السلطة، وأن تباشرها باختصاص تقديري ويكون لها من ثم ملاءمة إصدار القرار، والإدارة في الحالتين تخضع لرقابة القضاء وإن اختلف مدى هذه الرقابة.

ولما كان الثابت من الأوراق أن المدعي تقدم بطلب إلى مأمور السجن للسماح له بإدخال جهاز كمبيوتر محمول (لاب توب)، مزود ببطاقة اتصال على شبكة الانترنت

وقد رفضت إدارة السجن، ومن ثم يقوم به القرار الإداري بالمعنى الاصطلاحي له ويعقد الاختصاص لهذه المحكمة ولائياً بنظر الدعوى دون أن ينال من ذلك إحالة طلبه إلى النيابة العامة وصدور قرار من النيابة بحفظ شكواه وهي مسألة لا يطعن عليها أمام هذه المحكمة، بل قصر دعواه على قرار الجهة الإدارية بعدم السماح بإدخال جهاز لاب توب في محبسه وتظلمه المقدم إلى النيابة أو شكواه حسبما جرى عليه قضاء هذه المحكمة لا يمثل مانعاً له من مخاصمة القرار الذي يمس مركزه القانوني أمام القضاء المختص لأن الدعوى خصومة يحتكم فيها الفرد أو الأفراد إلى القاضي المختص بنظرها لإنزال صحيح حكم القانون، وقد أحاطها المشرع الدستوري بضمانات وامتيازات لا تتحقق مع التظلم أو الشكوى سواء قدمت إلى الجهة مصدر القرار أو لأي جهة أخرى، ومن ثم يتعين رفض الدفع المبدي بعدم قبول الدعوى لانتهاء القرار الإداري لعدم قيامه على سند صحيح من القانون، وانتهت المحكمة إلى رفض طلب وقف تنفيذ القرار على سند أنه يتنافى مع قانون السجون ولائحته الداخلية وذلك حفاظاً على اعتبارات الطبيعة الخاصة بمرفق السجون التي تحتم على المسجونين فيه مراعاة مقتضيات الأمن داخله والتي تختلف عن غيرها من الأماكن الأخرى وذلك بالبعد عن كل ما من شأنه إحداث فوضى أو إخلال بالأمن أو عدم السيطرة على افعال وتصرفات المسجون، ومن ثم يكون القرار- بحسب الظاهر- من الأوراق مطابقاً لصحيح حكم القانون⁽²²³⁾

وقد ذهب محكمة التمييز⁽²²⁴⁾ - في صدد التفرقة بين السلطة المقيدة عن السلطة التقديرية - إلى أن من المقرر أنه ولئن كان المستقر في قضاء هذه المحكمة أن جهة الإدارة في أدائها لوظيفتها إنما تعبر عن إرادتها بقرارات قد تصدر بناء على سلطة تقديرية حيث يخولها القانون الحر في أن تتدخل أو تمتنع واختيار وقت هذا التدخل وكيفية وفحوى القرار الذي تتخذه. وإما أن تكون سلطتها في شأنه مقيدة. ويكون ذلك في المجال الذي لم يترك فيه المشرع لها حرية التقدير من حيث المنح أو الحرمان فيفرض عليها بطريقة أمره التصرف الذي يجب عليها اتخاذه بمجرد توافر شروط معينة أو قيام حالة واقعية أو قانونية محددة.

223 الدعوى رقم 61/14504، جلسة 2007/9/4، ص 1012 وما تلاها.
224 () حكمها في الطعن رقم 2001/543 إداري، جلسة 2002/4/29، الموسوعة، الكتاب الثاني، ج 3، ص 136 وما تلاها، والطعن رقمي 108 و 115/2010 إداري/1، جلسة 2013/11/27، الموسوعة السابقة، ص 151 وما تلاها.

رابعاً: التداخل بين السلطة التقديرية والسلطة المقيدة:

من المسلم به - كما قلنا آنفاً - أن الإدارة لا تتمتع - وهي بصدد ممارسة اختصاصها - سلطة تقديرية مطلقة،⁽²²⁵⁾ وبالمقابل لا توجد - حقيقية - سلطة مقيدة مطلقة، ويلاحظ - بصفة عامة - أن أي تصرف للإدارة لا يخلو من التقدير.

والمستقر قضاءً في مجلس الدولة الفرنسي على أنه في جميع أنماط ممارسة السلطة التقديرية يتعين على جهة الإدارة ألا تصل بهذه الممارسة إلى حد التخلي التام عن جانب التقدير، ويربط القضاء بين التزام الإدارة بأن تمارس سلطتها التقديرية المخولة لها قانوناً وبين دراستها لكل حالة فردية واقعية، وتلك الدراسة التي لا غنى عنها لكي تباشر اختياراً فعلياً عند اتخاذ القرار بشأن كل حالة.

(L'obligation de faire effectivement le choix de la décision)
à prendre وبين التزامها بممارسة فعلية للسلطة التقديرية.)

(L'obligation d'exercer réellement le Pouvoir Discrétionnaire)

وفي الحقيقة أن حرية الإدارة في التقدير في مداها ليست على درجة واحدة، بل تتفاوت ضيقاً واتساعاً، وفي حدها الأدنى يظل عنصر التقدير قائماً ولو بدرجة بسيطة، وهذا النظر يصدق أيضاً - وبذات القدر - في صدق مباشرة الإدارة اختصاصها. فالإدارة - في هذا الصدد - تمارس اختصاصها بدرجة بسيطة من التقدير، على ما سيأتي.

ومن الملاحظ واقعاً وعملاً أن تتداخل السلطة التقديرية للإدارة واختصاصها المقيد بصدد بعض قراراتها. وفي سبيل إيضاح ذلك نستعرض بعض الأمثلة في هذا الخصوص:

225 ذهبت محكمة التمييز في أحد أحكامها إلى أن للجهة الإدارية سلطة تقديرية مطلقة في تقدير الانتاج العملي (الطنن رقم 1970/1994 تجارى جلسة 19/2/1995، الموسوعة الكتاب الثاني، ج3، ص160 وما تلاها). وفي رأينا أن وصف الحكم سلطة الادارة في تقدير الانتاج العملي بالسلطة المطلقة ليس دقيقاً، بل الصحيح أن الادارة تتمتع بقسط واسع من الحرية، وعلى الجانب الآخر تخضع للضوابط والقواعد المقررة في هذا الشأن.

1- إن المشرع حول جهة الإدارة سلطة تقديرية واسعة النطاق في مجال الترخيص في حيازة الأسلحة النارية، ويجوز لجهة الإدارة رفض منح الترخيص أو تجديده أو سحبه أو الغاؤه، أساس ذلك أنها من الملاءمات المتروكة لتقدير جهة الإدارة حسبما تراه كفيلاً بحماية المجتمع واستتاب الأمن العام، ولا يقيد جهة الإدارة في أعمال سلطتها التقديرية سوى وجوب تسبب قراراتها في هذا الشأن ما دامت مطابقة للقانون وخالية من التعسف واستعمال السلطة، أما الحالات الواردة في المادة (7) من القانون رقم 394 لسنة 1954 قيدت جهة الإدارة وأوجب عليها رفض الترخيص أو رفض تجديده، إذا قامت بطلب الترخيص أو التجديد إحدى هذه الحالات يتعين رفض طلب الترخيص أو التجديد قد حكم عليه بعقوبة جنائية أو بعقوبة الحبس لمدة سنة على الأقل في جريمة من جرائم الاعتداء على النفس أو المال. (226)

2- إذا ما وقع من الموظف مخالفة سواء أكانت إدارية أم مالية، تستوجب المساءلة، فإن للسلطة المختصة بتوقيع الجزاء الحق في اختيار العقوبة الملائمة من بين العقوبات التي حدتها المادة (61) من قانون الخدمة المدنية رقم 81 لسنة 2016، على الرغم أنه حدد العقوبات التأديبية على سبيل الحصر، إلا أن هذا التحديد لا يعني أن المشرع قد حدد لكل فعل مخالف ما يقابله من عقوبة واضحة حداً أدنى وحداً أعلى لكل فعل يشكل إخلالاً بالواجبات الوظيفية، كما هو الحال بالنسبة للجرائم الجنائية، إنما التحديد يقصد به أن المشرع حصر فقط العقوبات التأديبية، وترك للسلطة المختصة باتخاذ قرار تقرير عقوبة مناسبة للمخالفة.

وحاصل ما تقدم، أن سلطة الإدارة في توقيع إحدى الجزاءات سلطة مقيدة، فلا يجوز لها توقيع عقوبة غير ما نص عليه القانون في المادة (61)، أو بمعنى آخر توقيع جزاء بخلاف ما ورد النص عليه،⁽²²⁷⁾ أما سلطة الإدارة في اختيار الجزاء الذي تراه متناسباً مع المخالفة فهي سلطة تقديرية.

من المقرر قضاءً أنه إذا تكفلت نصوص اللائحة ببيان الجزاءات التي توقع على من يخالف أحكامها من الخاضعين لها، فلا يجوز للسلطة المختصة توقيع جزاء غير منصوص عليه فيها، إلا وقع مخالفاً للقانون إعمالاً لقاعدة شرعية الجزاء، ولا عقوبة إلا بنص.⁽²²⁸⁾

3- وقد تبدى ذلك واضحاً أيضاً في حل مجلس إدارة الهيئات الأهلية العاملة في مجال رعاية الشباب والرياضة طبقاً للقانون رقم 77 لسنة 1975 والمعدل بالقانون رقم 51 لسنة 1978، فالمرشح وإن كان قد أحاط قرار حل مجلس الإدارة بضمانات أساسية، تتمثل في ضرورة تسبب القرار، وإخطار الهيئة المخالفة بخطاب مسجل لإزالة أسباب المخالفة، وانتظار مدة ثلاثين يوماً من تاريخ وصول الإخطار، إلا أن ذلك لا يعني أن سلطة مصدر القرار هي سلطة مقيدة، فهو يملك رغم هذه الضمانات سلطة واسعة في تقدير توافر سبب

227 ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى ذلك بقولها: «صدر قرار إداري بتوقيع جزاء لم ينص عليه القانون هو قرار معدوم الأثر قانونياً يخالف به مخالفة جسيمة صراحة للقانون، حيث يتضمن محلاً يتمثل في العقوبة التأديبية التي قررها لم ترد في قانون ولا يملك غير المشرع وحده بقانون إدراجها ضمن العقوبات التأديبية وذلك سواء جاء على صريح نص الفقرة الثانية من المادة (66) من الدستور أو بناء على المبادئ العامة التي تقتضي بأنه لا يجوز لأية إرادة أدنى من إرادة المشرع أن تعدل أو تكف أو تعطل أحكاماً أوردتها في قانون، فلا تعديل للقانون إلا بالقانون، ومن ثم فلا يعتد بأي أثر لقرار معدوم الأثر لمخالفته الجسيمة للدستور والقانون، ولا يتقيد أمر إزالة وجوده وأثاره المادية بميعاد محدد تغليباً للشرعية، وسيادة القانون. (حكمها في الطعن رقم 32/2171، جلسة 1989/7/1، س34، ج2، ص1240).

كما ذهبت إلى أنه من المبادئ التي تعتبر من أساسيات القانون الإنساني أنه لا يجوز أن يعاقب شخص على فعل لم يكن مجرمًا وقت ارتكابه، كما لا يجوز أن يعاقب بعقوبة غير واردة في القانون. والتزاماً بذلك من المشرع الإداري فقد أوضح المخالفات الإدارية التي يحظر على الموظف العام ارتكابها، وحدد إطاراً عاماً في شأن تلك المخالفات بأنها: الخروج على مقتضى الواجب الوظيفي، أو الظهور بمظهر يمس كرامة الوظيفة، ويخضع تحديد هذا المفهوم للفعل المخالف لتقدير المحكمة، وهي يصدر رقابة قرار الجزاء الإداري، أما في مجال العقاب فإن المشرع قد حدد على سبيل الحصر الجزاءات التأديبية التي يجوز توقيعها على العامل في قوانين الوظائف العامة المختلفة، فجميعها يحدد فيها القانون المنظم الجزاءات الخاضع لها المخاطبون بأحكامه وفي بعض الأحيان يرتب المشرع ذاته أثراً قانونياً محددًا على توقيع عقوبة بذاتها، وفي هذه الحالة يخضع الأثر المترتب على العقوبة لذات المبادئ الأصلية في العقاب وهي: لا عقاب بغير نص، كذلك: لا أثر للعقاب بغير نص خاص، وتلك المبادئ مستقاه جميعها من النص الدستوري، العقوبة شخصية ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، ولذلك فإنه من المبادئ المسلمة أنه لا يجوز العقاب عن الفعل الواحد مرتين، فإن عوقب الموظف عن الفعل بمقتضى النص الحاكم للعقوبات في عمله، وقامت جهة الإدارة بترتيب أثر لا وجود له في إطار ذلك النص، عد ذلك عقوبة جديدة عن ذات الفعل، وكان من شأنه مخالفته لأحكام القانون والمبادئ الدستورية في العقاب. (الطعن رقم 53/4360، ع، جلسة 2009/6/13، س54، ج3، ص63، وفي هذا المعنى، حكمها في الطعن رقم 41/2491، ع، جلسة 1997/4/15، س42، ج1، ص530 وما تلاها).

228 حكم محكمة التمييز، الطعن رقم 332 و356/2014 إداري/1، جلسة 2015/7/8، الموسوعة، الكتاب الثالث، ج5، ص90 وما تلاها.

أو آخر من الأسباب التي تبرر الحل، وذلك في ضوء تعدد هذه الأسباب وتنوعها، بل إنه يملك في حالة الضرورة التي لا تحتمل التأخير إصدار قرار بالحل الفوري للمجلس دون اتباع الإجراءات الشكلية المنوه عنها آنفاً. (229)

ومن المقرر أن الجهة الإدارية المختصة في شأن تطبيق المادة (4) من القانون رقم 77 لسنة 1975 بشأن الهيئات الخاصة للشباب والرياضة - أن تضع من الضوابط والشروط في هذا المجال ما تنظم به فرص الترشيح لشغل هذه المناصب تحقيقاً للصالح العام ومنها من احتكار شغلها و إتاحة الفرص لعناصر جديدة للإفادة من خبراتهم، فإنه لا بد من التسليم لهذه الجهة أيضاً بقدر من السلطة التقديرية في وضع وتحديد هذه الضوابط والشروط بما يتراءى لها محققاً للأهداف والغايات المبتغاة منها في ضوء الاعتبارات التي تقدرها بحكم اختصاصها في الإشراف والرقابة ومتابعة أنشطة تلك الهيئات، بشرط أن يخلو تقديرها من إساءة استعمال أو الانحراف بها. (230)

4- وأيضاً في صدد الترقية الجوازية في هيئة الشرطة، فإذا كانت الإدارة ذات سلطة تقديرية في إجراء هذه الترقية أو عدمها حسبما تراه محققاً للصالح العام، فإذا قامت الإدارة بإجراء تلك الترقية تعين عليها الالتزام بالشروط التي حددها القانون، إذ تصبح في ذلك سلطة الإدارة مقيدة. (231)

خامساً: مجال التقيد والتقدير في القرارات الإدارية؛ (232)

يقوم القرار الإداري على خمسة أركان - على ما سيأتي بالتفصيل فيما بعد - وهي الاختصاص والشكل والسبب والمحل والغاية.

-
- 229 حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 16220 و 52/16293 ق.ع، جلسة 2007/3/17، المجموعة الجزء الأول للفترة من أول أكتوبر حتى أبريل 2007، ص 483 وما تلاها.
- 230 حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم 31/3838 ق.ع، جلسة 1986/5/3، ص 31 ج 2، ص 1710.
- 231 حكم محكمة القضاء الإداري، القضية رقم 17/1684 ق، جلسة 1967/4/27، المجموعة، ص 136 وما تلاها.
- 232 د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 53 وما تلاها، د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 46 وما تلاها.

أ- الإدارة وركن الاختصاص :

بالنسبة للاختصاص لا توجد للإدارة في مجاله سلطة تقديرية لأنه محدد بالقانون. والإدارة إما أن تكون مختصة فيحق لها إصدار القرار وإما ألا تكون كذلك، فيمتنع عليها، وليس لها في ذلك حرية الاختيار، فرجل الإدارة عليه احترام الاختصاص، والا عد عمله مشوباً بعيب عدم الاختصاص. (233)

ب- الإدارة وركن الشكل :

بالنسبة لركن الشكل، فإن رجل الإدارة عليه باستمرار أن يفرغ إرادته في الشكل الذي يحدده القانون، وإلا وقع قراره باطلاً إذا تعلق الأمر بشكل جوهري. فإذا لم يحدد شكلاً معيناً كان لها أن تصدر قرارها في الشكل الذي تراه.

ج- الإدارة وركن السبب :

السبب فإنه، بصفة مبدئية، هو حالة واقعية غالباً أو قانونية أحياناً، تعرض للإدارة فتدخل على أساسها وتصدر قرارها. والسبب ركن جوهري من أركان القرار الإداري لا بد من توافره في كل قرار، وبدونه يفتقد القرار مشروعيته، يكون مستهدفاً للإلغاء. (234)

1- تتفاوت جوانب التقيد والتقدير في هذا الشأن، فالإدارة لا تستقل بتقدير قيام

233 هذا ما اشارت إليه محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر 1972/11/21 بقولها: «لا مشاحة في أنه يتعين على جهة الإدارة عند ما تمارس اختصاصاتها في إصدار القرارات الإدارية أن تراعى القوانين والإجراءات التي تتطلبها القوانين واللوائح الموضوعية في هذا الشأن، فإذا ما خالفت الإدارة في ممارستها لذلك الاختصاص القوانين المحددة قانوناً، فإن قرارها يكون معيباً حقيقياً بالإلغاء».

فالقاعدة أن تحديد الاختصاص بإصدار القرار الإداري سواء من ناحية الشكل أو من ناحية الموضوع هو من عمل المشرع ومن ثم يجب أن يصدر القرار من الجهة التي ينص عليها التشريع، كما يجب من الناحية الأخرى، أن يصدر القرار في حدود الاختصاص المخول للجهة المذكورة. وفي تحديد الاختصاص من الناحية الموضوعية فإن المشرع قد يعهد بسلطة إصدار القرار الإداري إلى جهة معينة بدون مشاركة، وقد يعهد بذلك إلى وجود جهات بطريق المشاركة فيما بينها بحيث لا يصدر القرار إلا بموافقتها جميعاً - ويكون الاختصاص مقصوراً على الجهة التي تصدر القرار حتى لو اشترط المشرع على الجهة المختصة بإصداره. أن تستشير جهة أخرى قبل ممارسة الاختصاص وذلك سواء كان رأي هذه الجهة الأخيرة استشارياً أم إلزامياً ذلك أنه في هذه الحالة فإن اشتراط موافقة هذه الجهة لا يعدو أن يكون شرطاً شكلياً لصحة القرار، بعكس الحالة إذا ما كان الاختصاص مشاركة بين جهتين إداريتين فإن صدور القرار من أحدهما فقط يعيب القرار في ركن من أركانه وهو ركن الاختصاص، وفي هذا الخصوص، يفرق القضاء الإداري بين الشكل المعتبر بحكم القانون كركن من أركان القرار، والشكل الذي لا يعدو أن يكون مجرد شرط متطلب في القرار، فالعيب في الشكل في الحالة الأولى يولد القرار معدوماً لأنه يتخذ صورة من صور اغتصاب السلطة، وفي الحالة الثانية أن كان الشكل شرطاً جوهرياً لم يكن هناك بد من استيفائه وفقاً لما نص عليه القانون، أما في ذات القرار وأما تصحيح لاحق، إما إذا كان غير جوهري فلا يعتبر مؤثراً في صحة القرار وسلامته. وهذا الرأي استقر على أن الإدارة تستطيع أن تصحح القرار المعيب الصادر منها على أن يسري التصحيح من تاريخ استكمال القرار لشروط صحته، كما لو كان القرار مبدئاً. (الفتوى رقم 25/568، جلسة 1972/11/21، س 27، ص 25 وما تلاها).

234 حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 62/24428، ق.ع، جلسة 2016/9/26 (غير منشور).

الحالة التي تدخلت الإدارة على أساسها. وبالتالي تخضع لرقابة القضاء فيلغي القرار الإداري إذا ثبت أن الأسباب التي تذرعت بها الإدارة لا وجود لها في الواقع أو بالأحرى معدومة.

ولقد أرست محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة المصري ذلك في أحكام كثيرة من أوضحها حكمها الصادر في 23 من ديسمبر سنة 1953،⁽²³⁵⁾ وجاء فيه «أن الجزاء التأديبي كأى قرار إداري يجب أن يقوم على سبب يبرره.. والسبب في الجزاء التأديبي هو الجريمة التأديبية التي تدفع الرئيس الإداري إلى التدخل بسلطته الملزمة ليحدث في حق الموظف مركزاً قانونياً هو العقوبة التأديبية التي يوقعها عليه ابتغاء مصلحة عامة هي حسن سير العمل. وقد يكون مثار النزاع من هذه الناحية، ناحية السبب هو التحقق من صحة قيام الأفعال المنسوبة إلى الموظف، وهل هي مستخلصة استخلاصاً سائفاً من أصول تنتجها.. وليس من شك في أن سلطة الإدارة من هذه الناحية ليست سلطة تقديرية، بل هي سلطة محددة بحدود القانون وقيوده، ومن ثم كانت رقابة المحكمة للقرار في هذه الحدود وتلك القيود هي رقابة قانونية... تتحرى فيها مدى مطابقة القرار الإداري للقانون أو عدم مطابقتها».

وهذا ما قرره محكمة التمييز في حكمها الصادر بتاريخ 4 من مارس سنة 2008⁽²³⁶⁾ وجاء فيه: «من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن سبب القرار التأديبي هو إخلال الموظف بواجبات وظيفته إيجاباً أو سلباً كأى قرار إداري يجب أن يقوم على سبب يبرره، والقضاء الإداري أن يباشر رقابته على سبب القرار التأديبي في شقه الواقعي والقانوني. فيراقب صحة قيام هذه الوقائع وصحة وصفها القانوني». وهو ما أكدته في حكمها بتاريخ 22 من يونيو 2010 من أن للقضاء التحقق من سبب القرار ومن صحة الوقائع التي بنى عليها.⁽²³⁷⁾

2- سلطة الإدارة مقيدة أو محددة في صدد التكييف القانوني للوقائع بفرض ثبوتها،

235 حكمها في القضية رقم 1386/5، جلسة 1953/12/23، 8، المجلد الأول، ص 319.
236 حكمها في الطعن رقم 63/2006 إداري، جلسة 2008/3/4، الموسوعة الكتاب الثالث، ج 5، ص 932 وما تلاها.
237 حكمها في الطعن رقم 202/2007 إداري، جلسة 2010/6/22، الموسوعة السابقة، ص 933 وما تلاها، وأيضاً حكمها في الطعن رقم 1012/1049، إداري/2، جلسة 2016/5/19، والطعن رقم 530/2015 إداري/2، جلسة 2016/4/19 (غير منشورين).

فإنها تخضع لرقابة القضاء في هذا الجانب، بمعنى أن القضاء الإداري يراقب صحة قيام هذه الوقائع والتي تكون ركن السبب وصحة تكييفها القانوني.

ومن أشهر أحكام مجلس الدولة الفرنسي، في هذا الخصوص، حكمه الصادر في 4 من إبريل سنة 1914 في قضية (Gomel) ⁽²³⁸⁾ والتي تخلص وقائعها في أن أحد الأفراد طلب ترخيصاً لإقامة بناء في ميدان بياريس يسمى (Place Beauvou) فرفضت الإدارة طلبه بحجة أن البناء المطلوب سيلحق ضرراً بمكان أثري وفقاً للمادة 118 من قانون 13 يوليه سنة 1911. فلما بحث مجلس الدولة هذا الأمر ظهر له أنه وفقاً للقانون المذكور لا يدخل هذا الميدان في عداد الأماكن الأثرية، وبالتالي تكون الإدارة قد أخطأت في التكييف القانوني، ومن ثم فقد ألغى قرارها.

وتذهب المحكمة الإدارية العليا - في هذا الصدد - إلى أنه: «ومن حيث أنه من المقرر إنه ولئن كان نشاط القضاء الإداري في وزنه للقرارات الإدارية ينبغي أن يقف عند حد المشروعية أو عدمها في نطاق الرقابة القانونية، فلا يتجاوزها إلى مناسبات إصدار القرار وغير ذلك مما يدخل في نطاق الملاءمة التقديرية التي تملكها الإدارة بغير معقب عليها، إلا أن له الحق في بحث الوقائع التي بنى عليها القرار الإداري بقصد التحقق من مدى مطابقتها أو عدم مطابقتها للقانون، وحقه في ذلك لا يقف عند حد التحقق من الوقائع المادية التي أسس عليها القرار، بل يمتد إلى تقدير هذه الوقائع باعتبارها من العناصر التي يقوم عليها القرار الإداري». ⁽²³⁹⁾

وفي هذا المعنى تقول المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في 14 إبريل 1956 ⁽²⁴⁰⁾ «أن للقضاء الإداري أن يراقب صحة قيام هذه الوقائع التي تكون ركن السبب وصحة تكييفها القانوني...».

238 C.E 4 avr 1914. Gomel. S.1917.3.25.

وهذا الحكم أشير إليه في مؤلف د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 57.

239 حكمها في الطعن رقم 54/31132/ق.ع، جلسة 2010/6/27، ص 55 و 56، ص 582 وماتلاها.

240 حكمها في الطعن رقم 2/789/ق.ع، جلسة 1956/4/14، ص 1، ع 1، ص 687.

وقد تبنت هذه المحكمة هذا المسلك، وأيدته في قضائها باستمرار ومثال ذلك حكمها الصادر في 25 من يناير سنة 1958،⁽²⁴¹⁾ فبعد أن عرفت القرار التأديبي، بوجه عام، بأنه «... إخلال الموظف بواجبات وظيفته إيجاباً أو سلباً أو إتيانه عملاً من الأعمال المحرمة، قالت: «... إذا انعدم المأخذ على السلوك الإداري للموظف.. فلا يكون ثمة ذنب إداري، وبالتالي لا محل لجزاء تأديبي لفقدان القرار في هذه الحالة لركن من أركانه.. وللمحكمة تقدير ذلك في حدود رقابتها القانونية».

من حيث إن سبب القرار التأديبي، بوجه عام، هو إخلال العامل بواجبات وظيفته أو إتيانه عملاً من الأعمال المحرمة عليه، فكل عامل يخالف الواجبات التي تنص عليها القوانين أو القواعد التنظيمية العامة أو أوامر الرؤساء الصادرة في حدود القانون أو يخرج على مقتضى الواجب في أعمال وظيفته المنوط به تأديتها بنفسه بدقة وأمانة، إنما يرتكب ذنباً إدارياً هو سبب القرار فتتجه إرادة الإدارة إلى إنشاء أثر قانوني في حقه هو توقيع جزاء عليه بحسب الشكل والأوضاع المقررة قانوناً وفي حدود النصاب المقرر، فإذا ما توافر لدى الجهة الإدارية المختصة الاقتناع بأن العامل سلك مسلكاً معيباً ينطوي على تقصير وإهمال في القيام بعمله أو أداء واجباته أو خروج على مقتضيات وظيفته أو إخلال بكرامتها أو بالثقة الواجب توافرها فيمن يقوم بأعبائها وكان اقتناعها هذا لوجه المصلحة العامة مجرداً من الميل والهوى بنت عليه قرارها بإدانة سلوكه واستتبقت هذا من وقائع صحيحة ثابتة في عيون الأوراق مؤدية إلى النتيجة التي خلصت إليها، فإن قرارها في هذا الشأن يكون قائماً على سببه ومطابقاً للقانون وحصيناً من الإلغاء.⁽²⁴²⁾

كما ذهب في حكمها الصادر بتاريخ 28 من ديسمبر سنة 2005، إلى أن:⁽²⁴³⁾ «القرار الإداري يجب أن يقوم على صحيح أسبابه المبررة له قانوناً بأن يكون هذا السبب له أصل ثابت في الواقع والقانون. ومستخلصاً استخلاصاً سائغاً من وقائع وظروف وملابسات الحال تفرزه وتتجه حتما كحالة واقعية تحرك جهة الإدارة لاتخاذها قرارها الإداري

241 حكمها في الطعن رقم 1723/2، ق.ع، جلسة 1958/1/25، ص.3، ص.635.

242 حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 37/2444، ق.ع، جلسة 1997/5/13، ص.42، ج.2، ص.1020.

243 حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 48/5855، ق.ع، جلسة 2005/12/28، ص.51، ج.1، ص.221، وما تلاها.

مستهدفة به تحقيق غاية وحيدة هي الصالح العام، فإذا صدر القرار بلا سبب يبرره قانوناً أو لم يكن لهذا السبب أصل في الوجود أو يدحضه الواقع أو تم انتزاعه من أوراق ومستندات لا تنتجها وكانت الحالة الواقعية لا تحرك جهة الإدارة لإصداره وإنما ادعت في عبارات عامة ومرسلة مخالفة أحكام القانون أو عدم توافر الاشتراطات دونما بيان لتلك الأحكام أو الشروط التي وقعت المخالفة لها أو التي لم يتم استيفاؤها، كان قرارها في مثل هذه الحالات متردياً في هاوية اللامشروعية ساقطاً في حمايتها لقيامه على غير صحيح أسبابه، باعتبار أن السبب هو أحد الأركان الجوهرية للقرار الإداري والذي لا تقوم له بدون قائمه».

حيث إن قضاء هذه المحكمة⁽²⁴⁴⁾ قد جرى على أنه: «ولئن كان لسلطة التأديب تقدير خطورة الذنب الإداري وما يناسبه من جزاء بغير معقب عليها في ذلك، إلا أن منطوق مشروعية هذه السلطة شأنها شأن أية سلطة تقديرية أخرى ألا يشوب استعمالها غلو، ومن صور هذا الغلو عدم الملاءمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب وبين نوع الجزاء ومقداره، ففي هذه الحالة يخرج التقدير عن نطاق المشروعية إلى نطاق عدم المشروعية ومن ثم يخضع لرقابة هذه المحكمة».

وإذا ما رجعنا إلى قضاء مجلس الدولة الفرنسي نجد أنه قضى بإلغاء القرار الصادر بفصل عمدة بحجة أنه لم يسهر على تحقيق الوقار اللائق بجنازة، إذا ثبت أن هذا الاتهام باطل⁽²⁴⁵⁾، كما قضى بإلغاء قرارات إحالة الموظفين إلى المعاش بناء على طلبهم إذا ثبت أن الموظف لم يقدم طلباً للإحالة إلى المعاش⁽²⁴⁶⁾.

وهو ما أخذت به محكمة التمييز في حكمها الصادر بتاريخ 4 من مارس سنة 2008⁽²⁴⁷⁾ بقولها: «.... وللقضاء الإداري أن يباشر رقابته على سبب القرار التأديبي.... فيراقب صحة قيام هذه الوقائع وصحة وصفها القانوني (تكييفها القانوني). ولما كان ذلك

244 حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 49/13872 ق.ع، جلسة 2006/1/21، ص 51، ج 1، ص 321، وحكمها في الطعن رقم 49/3037 ق.ع، جلسة 2005/3/26، ص 50، ج 1، ص 856 وما تلاها.

245 C.E 14 avr 1916. camino. s.1923.3.15.

246 C.E 20 janv 1922. D.1924.3.36.

247 حكمها في الطعن رقم 2006/63 إداري، جلسة 2008/3/4 (سبق الإشارة إليه).

وكان الثابت بالأوراق إحالة الطاعن إلى التحقيق بناء على مذكرة إدارة الشؤون الإدارية بتاريخ 13/8/2003 بشأن عدم قيامه بعمله بالشكل المطلوب من ناحية تسجيل وحفظ الأوراق والمعاملات الخاصة بالعسكريين، وبعد أن تم إجراء التحقيق في المخالفات المنسوبة إليه، صدر القرار رقم 49 لسنة 2004، بتوقيع عقوبة الخصم من راتبه لمدة ثلاثة أيام بعد الاطلاع على نتيجة التحقيق، وثبوت عدم قيامه بتنفيذ بعض المعاملات الخاصة بشؤون حرس المجلس، وعدم اتخاذه الإجراءات المنظمة لعمله، ومن ثم يكون هذا القرار قد قام على سببه المبرر واقعاً وقانوناً ويفدو النعي عليه بعدم المشروعية غير صحيح...».

3- أن تقدير خطورة العمل في ذاته، والنتائج التي قد تترتب عليه من الجوانب التقديرية التي تستقل الإدارة بالترخيص فيها، دون معقب من القضاء.

وهذا أعلنته محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في 23 من ابريل سنة 1953⁽²⁴⁸⁾، حيث تقول: «.... إذا كانت الإدارة في الأصل تملك حرية وزن مناسبات العمل وتقدير أهمية النتائج التي ترتبت على الوقائع الثابت قيامها، والتي من أجلها تتدخل لإصدار قرارها...». وهو ما تؤكد المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في 10 من نوفمبر سنة 1956 بقولها: «أما تقدير أهمية السبب وخطورته فمن اطلاقات الإدارة المتروكة لمحض تقديرها واقتناعها حسبما مستقر عليه عقيدتها»⁽²⁴⁹⁾

من المقرر أنه حينما يطلق القانون التقدير للإدارة فإنه لا معقب على تقديرها مادام قد خلا من عيب إساءة استعمال السلطة. فجوهر السلطة التقديرية هو الإطلاق وحدها التعسف في استعمالها أو الانحراف بها عن غايتها وهو تحقيق الصالح العام والأصل أن عيب الانحراف بالسلطة هو من العيوب القصدية التي تشوب ركن الغاية في القرار، وعلى من يدعي الانحراف بالسلطة أن يثبته وذلك بأن يثبت أن القرار قد تغيا غايات أخرى بعيدة عن الصالح العام.

وغنى من البيان أن القانون إذا لم يلزم الإدارة بتسبب قراراتها، فإنه يفترض

248 حكمها في القضية رقم 7/230 ق، جلسة 1957/4/23، س7، ص94.

249 حكمها في الطعن رقم 2/1443 ق، ع، جلسة 1956/11/10، س2، ص69.

أن للقرار أسباباً مشروعة إلى أن يقوم الدليل على عكسه، إلا أنه إذا ذكرت الإدارة أسباباً لقرارها، فإن هذه الأسباب تكون خاضعة لرقابة القضاء الإداري للتحقق من مطابقتها للقانون. أو عدم مطابقتها له وما إذا كانت مستخلصة استخلاصاً سائغاً من أصول تابتة في الأوراق تؤدي إليها وأثر ذلك على النتيجة التي انتهى إليها قرارها ودون أن يكون للقضاء الإداري أن يحل نفسه محل جهة الإدارة فيما هو متروك لتقديرها ووزنها للأمور فيدخل في الموازنة والترجيح فيما قام لدى الإدارة من دلائل وبيانات بخصوص قيام أو عدم قيام الحالة الواقعية التي تكون ركن السبب أو تدخل في تقدير خطورة هذا السبب وما يمكن أن يترتب عليه من آثار. (250)

ومن حيث إنه ولئن كان للإدارة تقدير الجزاء التأديبي في حدود النصاب القانوني، إلا أن مناط ذلك أن يكون التقدير على أساس قيام سببه بجميع اشطاره فإذا تبين أنه قدر على أساس تهمتين أو عدة لم تقم في حق الموظف سوى بعضها دون البعض الآخر. فإن الجزاء والحالة، هذه لا يقوم على كامل سببه ويتعين إذن الغاؤه لإعادة التقدير على أساس استبعاد مالم يقم في حق الموظف وبما يتناسب صدقاً وعدلاً مع ما قام في حقه، ولو كانت جميع الأفعال المنسوبة للموظف مرتبطة بعضها البعض ارتباطاً لا يقبل التجزئة، إذ ليس من شك في أنه إذا تبين أن بعض هذه الأفعال لا تقوم في حق الموظف وكان ذلك ملحوظاً عند تقدير الجزاء لكان للإدارة رأي آخر في هذا التقدير، فلا يجوز أن يكون الموظف ضحية الخطأ في تطبيق القانون. (251)

كما ذهب إلى أنه من المقرر أن اختيار الجزاء المناسب للذنب الإداري هو مما تستقل بتقديره الجهة الإدارية متى كان قرارها قائماً على سبب يبرره واقعاً وقانوناً كافياً لحمله. (252)

وهو ما تبنته محكمة التمييز في أحكامها بقولها: (253) «...أنه من المقرر أنه للجهة

250 الطعن رقم 37/2873 ق.ع، جلسة 1993/12/21، س.39، ج.1، ص457 وما تلاها.

251 حكم محكمة القضاء الإداري، الدعوى رقم 23/829 ق.ع، جلسة 1971/1/27، س.25، ص.254.

252 حكمها في الطعن رقم 2011/126 إداري، جلسة 2012/6/21، الموسوعة، الكتاب الثالث، ج.5، ص.935 وما تلاها.

253 حكمها في الطعن رقم 2007/202 إداري، جلسة 2010/6/22، الموسوعة السابقة، ص.933 وما تلاها.

المختصة بالتأديب سلطة تقدير خطورة الذنب الإداري وما يناسبه من جزاء بغير معقب عليها في ذلك».

د- الإدارة وركن الغاية :

ركن الغاية، هو الهدف النهائي من إصدار القرار، أو هو النتيجة النهائية التي يسعى رجل الإدارة إلى تحقيقها من وراء اتخاذ قراره، فهي دائماً تحقيق المصلحة العامة أو جانب من جوانبها يخصصه القانون.

والقاعدة أن الإدارة ليست حرة في اختيار الغاية من تصرفاتها، بل عليها أن تلتزم الغرض الذي رسمه المشرع ولا تحيد عنه تحت أي ظرف من الظروف، فإن استهدفت تحقيق غرض آخر وقع قرارها مشوباً بعيب انحراف السلطة. ولهذا فإن القاعدة - في هذا الخصوص - أنه لا حرية في تحديد الغرض.⁽²⁵⁴⁾

غير أنه إذا لم يحدد القانون مصلحة عامة معينة كان للإدارة استهداف أي صورة من صور هذه المصلحة.

ومن ثم كان ركن الغاية هو الحد الخارجي للسلطة التقديرية، ففي نطاق المصلحة العامة أو الغرض المخصص للإدارة أن تترخص في تقدير أهمية بعض الظروف الواقعية أو القانونية التي تصادفها. وفي اختيار الوقت المناسب لاتخاذ قرارها. وفحوى القرار الذي تصدره إذا لم يفرض عليها المشرع الوسيلة التي يتعين استعمالها لمواجهة سبب التدخل. والمستقر عليه في قضاء محكمة القضاء الإداري⁽²⁵⁵⁾ «أنه مما يجب التنبيه إليه، بادئ الرأي، أنه وإن كانت الإدارة تستقل بتقدير مناسبة إصدار قراراتها، أي أن لها الحرية المطلقة في تقدير ملاءمة إصدار القرار الإداري من عدمه بمراعاة ظروفه، ووزن الملابسات المحيطة به، إلا أنه يجب أن يكون الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة، وإلا شابه عيب إساءة استعمال السلطة.

254 i Iny-à-jamais de pouvoir discrétionnaire en matière de (but).

255 حكم محكمة القضاء الإداري، الصادر بتاريخ 23/1/1948، مجموعة عاصم، ص 210، والقضية رقم 5/1246، المجموعة س 7، ص 1320.

ومن حيث إن الفقه والقضاء الإداري في فرنسا ومصر قد جريا على أن منع إحدى الإدارات خدماتها عن أحد المواطنين لإجباره على القيام بتصرف معين يعتبر قراراً مجافياً لمبدأ تخصيص الأهداف.⁽²⁵⁶⁾

فالمبدأ المستقر في فقه القانون الإداري أن الهدف الذي يسعى إليه رجل الإدارة ينبغي أن يكون على الدوام هو تحقيق المصلحة العامة، وسنزيد هذا الموضوع تفصيلاً فيما بعد.

هـ- الإدارة وركن المحل:

محل القرار الإداري هو الأثر القانوني الذي يترتب عليه حالا ومباشرة. فبعد أن تتحقق الإدارة من قيام الحالة الواقعية أو القانونية التي تبرر تدخلها، وبعد أن تكيفها التكيف القانوني الصحيح وتقدر الأخطار التي قد تتجم عنها، تواجه اتخاذ قرار معين. وهنا يكمن معظم الاختصاص التقديري للإدارة والذي يتمثل في ثلاثة عناصر:

1- حرية الإدارة في أن تتدخل أو تمتنع:

لا خلاف على أنه إذا حتم المشرع على الإدارة أن تتدخل، فلا مناص من النزول على إرادته. وعلى العكس إذا لم يحتم عليها ذلك إذا تحققت أسباب معينة، وأن تقوم بتصرف معين، فإن مجرد تحقق أسباب تجيز تدخل الإدارة فإنه لا يلزمها بالتدخل.

وهو ما أخذت به محكمة التمييز بقولها⁽²⁵⁷⁾: «من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن مهمة الإدارة في أدائها لوظيفتها إنما تعبر إرادتها بقرارات قد تصدر بناء على سلطة تقديرية حيث يخولها القانون في أن تتدخل أو تمتنع...».

مؤدى ذلك أن الإدارة تحظى بسلطة تقديرية، في هذا الصدد، في أن تتدخل أو تمتنع، وهذا التقدير مبعثه حسن تقديرها للأمور، وبما تملكه من رؤية ثاقبة في وزن الأمور

256 حكم المحكمة الإدارية العليا. الطعن رقم 49/5849 ق.ع، جلسة 19/4/2009، ص 54، ص 428.

257 حكمها في الطعن رقم 2001/543 إداري، جلسة 29/4/2002 (سبقت الإشارة إليه).

وزناً دقيقاً، وحساب النتائج التي قد تترتب على موقفها. ولا أدل على صدق ذلك ما تواجهه الإدارة من اضطرابات أو قلاقل أو احتجاجات أو اعتصامات، أيا كانت درجة خطورتها، قد لا تحتم تدخلها بواسطة سلطات البوليس لقمعها، فقد ترى أن تدخلها قد يزيد الأمر تعقيداً وصعوبة، أو يؤدي إلى ما لا يحمد عقباه، وأن تلك المواقف ستنتهي من تلقاء نفسها من واقع خبرتها وفي ضوء تجاربها السابقة.

وإذا كان الأمر كذلك فإنه - من باب أولى - أن الإدارة حرة في إنشاء المرافق العامة، فليس مجرد شعور الأفراد بالحاجة إلى خدمة معينة لا يلزم الإدارة تلك الحاجة لأن ذلك مما تترخص فيه الإدارة، أما حيث يحتم المشرع على الإدارة القيام بمرفق معين، فإن سلطة الإدارة التقديرية تختفي ليحل بدلا منها اختصاص مقيد.⁽²⁵⁸⁾

وفي هذا الإطار، فالأصل أن إنشاء هذه المرافق والخدمات يعد من إطلاقات جهة الإدارة التي لها أن تقرر إنشاءها، كما أن لها أن تعدل عن ذلك أو أن تقوم بتنفيذها تنفيذاً جزئياً طبقاً لما تراه ملائماً ومناسباً لا معقب عليها في ذلك لا سيما إذا ما تعلق الأمر بأصول فنية ارتأتها الجهة الإدارية في إنشاء المرافق أو العدول عنها وكان هدفها من وراء ذلك أداء الخدمة في شكلها وجوهرها الذي يفيد جمهور المستفيدين منها مع الاقتصاد في النفقات محافظة على المال العام.⁽²⁵⁹⁾

ومن هذا القبيل أيضاً، ترخص الإدارة في شغل الوظائف العامة، سواء أكان ذلك بالتعيين ابتداءً أم بالترقية من درجات أدنى، ما لم يقرر القانون غير ذلك بطبيعة الحال.. الخ.

2- اختيار وقت التدخل:

وهذا من أبرز عناصر السلطة التقديرية للإدارة لأنه قد يلزم السلطة المقيدة.

258 راجع على سبيل المثال: حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في 1955/3/23، والذي جاء فيه «أن القيام بالمشروعات العامة وتوزيعها على المدن والمناطق المختلفة لا يزال متروكاً لتقدير السلطة التنفيذية تتصرف فيه بمطلق حريتها، حسبما يترأى لها وفقاً لقدراتها المالية والامكانيات التي لديها» المجموعة س9، ص288.

259 حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 41/5271 ق.ع، جلسة 2002/4/13، س47، ص598 وما تلاها.

فالمسلم به أنه إذا لم يفرض المشرع على الإدارة أن تتدخل بقرار خلال فترة معينة، فإنها تكون حرة في اختيار وقت تدخلها حتى ولو كانت ملزمة أصلاً بإصدار قرار على وجه معين، أساس ذلك أن الوقت المناسب لإصدار القرار لا يمكن تحديده سلفاً في معظم الحالات، والقيود التي تحد حرية الإدارة في اختيار وقت تدخلها منها: (260)

1- ألا تكون الإدارة مدفوعة في هذا الاختيار بعوامل لا تمت إلى المصلحة العامة.

2- ألا تسئ اختيار وقت تدخلها فتتعجل إصدار قرارها أو تتراخى في إصداره مما يؤدي إلى الإضرار بالأفراد نتيجة صدور القرار في وقت غير ملائم. فاستطالة أمد التحقيق بسبب تعدد الجناة وتنازل النيابة العامة عن تحريك المسؤولية الجنائية وبحث المسؤولية الإدارية بمعرفة جهات الاختصاص ينفي إساءة استعمال السلطة بتراخي الإدارة في استصدار القرار المطعون عليه. (261)

وهو ما سار عليه قضاء محكمة التمييز بقولها: «من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن جهة الإدارة في أدائها لوظيفتها إنما تعبر عن إرادتها قد تصدر بناء على سلطة تقديرية حيث يخولها القانون حرية اختيار وقت هذا التدخل». (262)

من المقرر أيضاً في قضاء التمييز (263) أنه إذا فرض القانون على جهة الإدارة التدخل أو إلزامها باتخاذ قرار إداري أو إصداره على وجه معين، فإنه يظل للإدارة قدر من السلطة التقديرية في اختيار الوقت المناسب لتدخلها أو إصدار القرار بحسبان الوقت المناسب لإصدار القرار لا يمكن تحديده سلفاً، في معظم الأحوال، حتى لا يجد ذلك من حرية الإدارة في اختيار الوقت المناسب لتدخلها شأنها شأن أي سلطة تقديرية أخرى، طالما أن القانون قد خلا من النص على وجوب اتخاذ القرار في وقت محدد.

260 حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 30/899 ق.ع، جلسة 1985/11/16، س 30، ج 1، ص 268، وحكمها في الطعن رقم 30/942 ق.ع، جلسة 1986/4/5، س 31، ع 2، ص 1530.

261 حكمها في الطعن رقم 30/942 ق.ع، جلسة 1986/4/5، (سبقت الإشارة إليه).

262 حكمها في الطعن رقم 2001/543 إداري، جلسة 2002/4/29، (سبقت الإشارة إليه).

263 حكمها في الطعن رقم 2006/133 إداري، جلسة 2009/1/27، الموسوعة السابقة، ص 176 وما تلاها.

ومن تطبيقات ذلك في قضاء محكمة التمييز أيضاً، أن الجهة الإدارية بما لها سلطة تقدير أسباب القرار الإداري تترخص في تعيين الوقت الملائم لإصداره بغير معقب، طالما لم يعين لها القانون ميعاداً يحتم إصدار القرار فيه⁽²⁶⁴⁾، وللإدارة سلطة تقديرية في اختيار الوقت الذي تراه لإصدار قرار الترقيّة بالاختيار ولو توافرت شروطها.⁽²⁶⁵⁾

إلا أنه من المقرر في القضاء والفقهاء الإداريين أنه إذا كانت جهة الإدارة بصدد اتخاذ قرار تقديري في مسألة معينة ولم يكن المشرع قد ألزمها باتخاذ هذا القرار في ميعاد معين لا يجوز تجاوزه، فإن ذلك لا يعني حرية الإدارة المطلقة في هذا المجال، بل يتعين عليها أن تحسن اختيار وقت تصرفها لأن ضرورة استقرار المعاملات تستلزم ألا تبقى المراكز القانونية مهددة مدداً طويلة، فإن هي أصدرت قرارها في وقت غير ملائم غداً قرارها غير مشروع، إذ يتسم في هذه الحالة بالتعسف وإساءة استعمال السلطة وهو من العيوب التي تصم القرار بعدم المشروعية وتبرر إلغاءه.⁽²⁶⁶⁾

وقد سلم بهذا الأمر مجلس الدولة الفرنسي منذ أمد بعيد، وأخذت به محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة المصري أيضاً في أحكام كثيرة ومنها حكمها الصادر في 10 مايو سنة 1950⁽²⁶⁷⁾ وجاء فيه: «أن الإدارة بما لها من سلطة تقدير مناسبات القرار الإداري تترخص في تعيين الوقت الملائم لإصداره بلا معقب عليها في هذا الشأن من المحكمة، مادام خلا قرارها من إساءة استعمال السلطة. وبشرط ألا يكون القانون قد عين لها ميعاداً يحتم إصدار القرار فيه، وإلا كان إصداره بعد الميعاد المعين لذلك مخالفاً للقانون».

ومن تطبيقات المحكمة الإدارية العليا، في هذا الصدد، ما قضت به: «ومن حيث إن قضاء هذه المحكمة قد استقر على أنه وإن كانت الإدارة تترخص بما لها من ولاية اختيارية في إصدار حركات الترقيّة وتوقيتها، إلا أنها متى كشفت عن نيتها في إصدار حركة في وقت

264 حكمها في الطعن رقمي 337 و2007/403 إداري، جلسة 2010/6/15، الموسوعة، الكتاب الثاني، ج3، ص35 وما تلاها.

265 حكمها في الطعن رقم 102/2005 إداري، جلسة 2006/11/21، الموسوعة السابقة، ص228 وما تلاها.

266 حكم محكمة التمييز الطعن رقم 8/1992 تجاري، جلسة 1993/3/29، الموسوعة السابقة، ص222 وما تلاها.

267 حكمها في القضية رقم 3/116ق، جلسة 1950/5/10، ص4، ص735، وحكمها الصادر في القضية رقم 5/1595ق، جلسة

18/1/1954، ص8، ص463 وجاء فيه: «...أنه وإن كان اختيار الوقت الذي تجري فيها الترقيّة من الملاءمات التي تستقل الإدارة

بها، ولا معقب عليها في ذلك...».

معين، فليس لها أن تعود بعد إلغاء هذه الحركة أو سحب القرار الصادر بها وتتمسك بهذا الحق بعد أن استفدت ولايتها باستعماله في موعد سابق لها تحديده وأنه إذا ثبت أن الإدارة قد أصدرت قرارها بالترقية على نحو خاطئ فإن تصويب هذا القرار يقتضي رد الأمور إلى وضعها الصحيح باعتبار ترقية المدعى راجعة إلى وقت صدور القرار المسحوب، ومن ثم فإنه إذا سحبت الإدارة قرارها المطعون فيه بأن استجابات إلى ترقية المدعى دون ارجاعها إلى تاريخ الحركة الأولى، فإنها تكون قد سحبت سحبا جزئيا، فبتعين والحالة هذه تصويب الوضع بإرجاع أقدمية المدعى إلى تاريخ تلك الحركة». (268)

ولا خلاف في اختيار الإدارة لوقت تدخلها إنما يكون في إطار من الشرعية وسيادة القانون. وفي هذا الصدد قد استقر قضاء المحكمة الإدارية العليا على أنه: «وإن كان صحيحا أنه لا محل لرقابة القضاء الإداري على الملاءمات التقديرية التي تباشرها السلطة الإدارية المختصة عند إصدار قراراتها. سواء من حيث اختيارها لمحل القرار أو وقت وأسلوب إصداره، مادام أن ذلك يكون في إطار الشرعية وسيادة القانون». (269)

وجرى قضاء محكمة التمييز على أن: «من المقرر أن جهة الإدارة تترخص في إجراء الترقية لموظفيها في الوقت الذي تقدره حسب ظروف الأحوال ومقتضيات الصالح العام وحاجة العمل، ولا يجوز القول بقيام قرار سلبى بالامتناع عن الترقية في تاريخ معين، إلا إذا ثبت وجود قانون أو لائحة تلزم الإدارة بإجراء الترقية في توقيت محدد متى توافرت شروط معينة وقعدت عن التدخل في إصدار القرارات المنفذة لذلك، فإن هذا الامتناع يعد قرارا سلبيا من الجائز الطعن فيه بالإلغاء دون التقيد بمواعيد دعوى الإلغاء». (270)

3- اختيار فحوى القرار:

لاشك أن ذلك له صلة بما يقرره القانون. فإذا لم يمل المشرع على الإدارة مقدما نوع القرار الذي يجب اتخاذه، وفحواه، فإن الإدارة تكون حرة في أن تضمن قرارها الأثر الذي

268 الطعن رقم 16/289 ق، جلسة 1974/2/24، س19، ص182.

269 حكمها في الطعن رقم 55/26969 ق، ع. جلسة 2010/6/5، س55 و56، ص540 وما تلاها.

270 حكمها في الطعن رقم 2011/915 إداري/2، جلسة 2015/3/17، الموسوعة، الكتاب الثاني، ج3، ص108، وما تلاها، وفي هذا المعنى حكمها في الطعن رقمي 630 و2010/712 إداري، جلسة 2015/5/12، الموسوعة السابقة، ص11.

تريده بشرط أن يكون هذا الأثر ممكنًا وجائزًا قانونًا، فالمشرع في مثل هذه الحالة يكتفي برسم الخطوط العامة، ثم يترك للإدارة حرية التصرف وفقًا لكل حالة على حدة، باختيار التنظيم الذي تريده أو الوسيلة التي تواجه بها الموقف، دون معقب من القضاء.

وهو ما أخذت به محكمة التمييز بقولها «من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن جهة الإدارة في أدائها لوظيفتها إنما تعبر عن إرادتها بقرارات قد تصدر بناء على سلطة تقديرية حيث يخولها القانون الحرية في كيفية التدخل في فحوى القرار الذي تتخذه».⁽²⁷¹⁾

وفي سبيل إيضاح ذلك، سوف نعرض لأهم الحالات التي كشف عنها القضاء عن المجالات التي تتمتع فيها الإدارة بسلطة تقديرية فيما عرضه عليه من منازعات.

وبالنظر إلى تعدد مجالات التقدير، فإنه ينبغي التمييز بين أمور في نطاق العلاقات الوظيفية وخارجها.

أ- في نطاق علاقات الوظيفة العامة :

تتمتع الإدارة في مجال الوظيفة العامة بسلطة تقديرية تتفاوت ضيقًا واتساعًا حسب مراد الشارع، أو بما تفرضه طبيعة الوظيفة العامة من متطلبات ضمانًا لحسن أداء الإدارة لوظيفتها، وتمكينًا لها من النهوض بأعبائها المتزايدة في مواجهة التحديات التي تواجهها للارتقاء بالوظيفة العامة.⁽²⁷²⁾

ونستعرض - هنا - بعض النماذج لما تتمتع به الإدارة من سلطة تقديرية في مجال الوظيفة العامة على سبيل المثال - إذ من الصعوبة بمكان حصر تطبيقات السلطة التقديرية في ذلك المجال - وذلك على النحو الآتي:

271 حكمها في الطعن رقم 2001/543 إداري، جلسة 2002/4/29 (سبقت الإشارة إليه).

272 راجع د. سعد نواف العنزي، النظام القانوني للموظف العام، دراسة مقارنة بالنظام القانوني في دولة الكويت، دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية، 2007، ص22 وما تلاها.

1- في مجال التعيين:

من المقرر قضاءً أن التعيين يعتبر من الملاءمات التي تترخص فيها جهة الإدارة بسلطة مطلقة في حدود ما تراه متفقاً مع الصالح العام باعتبارها المسئولة عن حسن سير المرافق العامة، كما أن اختيار الوقت المناسب للتعين في الوظيفة العامة هو من الملاءمات المتروكة للسلطة التقديرية لجهة الإدارة تترخص فيها وفق مقتضيات المصلحة العامة وصالح العمل، وعدم التعيين لا يعتبر قراراً سلبياً، بالمفهوم المقصود بالمادة (10) من قانون مجلس الدولة رقم 47/1972. (273)

ومن المسلم به أن الجهة الإدارية تترخص في إجراء التعيين في وظيفة وكيل وزارة الذي يتم بالاختيار، وهي تمارس في هذا الشأن سلطة تقديرية عند وزن الكفاية وتناى عن رقابة القضاء، طالما أن عملية المفاضلة التي يفترض فيها أنها تستهدف إلى تحقيق صالح المرفق لم يقم الدليل على أن جهة الإدارة في إجراءاتها هذه المفاضلة كانت مدفوعة بغير اعتبارات الصالح العام. (274)

وذهبت المحكمة الإدارية العليا - في هذا الصدد - إلى أنه: «ومن حيث إن القرار الذي يصدره مجلس الجامعة في شأن تعيين أعضاء هيئة التدريس - شأنه شأن أي قرار إداري - لا يخضع للرقابة القضائية، إلا في نطاق القدر اللازم للتحقق من أن النتيجة التي انتهى إليها قد استخلصت استخلاصاً سائغاً من أصول تتجهها مادياً وقانوناً وبذلك فإن الرقابة القضائية لا تعنى أن يحل القضاء الإداري نفسه محل مجلس الجامعة المنوط به إصدار القرار - على اعتبار أن مجلس الجامعة إنما يتخذ قراره في هذا الشأن في وزن كفاية المرشح وممارساً لسلطة تقديرية في اختيار من يراه أجدر بالتعين، في ضوء ما يقدم إليه من بيانات بشأن الحالة القانونية أو الواقعية التي تكون ركن السبب وتبرر إصدار القرار. ومجلس الجامعة سلطته في هذا الشأن سلطة تقديرية تنأى عن رقابة القضاء، مادام أن

273 حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 39/1866 ق.ع، جلسة 4/6/1994، س 39، ج 2، ص 1463، وفي هذا المعنى، حكمها في الطعن رقم 29/1245 ق.ع، جلسة 24/11/1985، س 31، ج 1، ص 274 وأيضاً حكم محكمة القضاء الإداري الدعوى رقم 57/21408 ق.ع، جلسة 30/4/2008، المجموعة، ص 323 وما تلاها.

274 حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 436 و18/441 ق.ع، جلسة 21/6/1976، س 21، ص 215 وما تلاها.

التقدير قد جاء خلواً من مخالفة القانون أو إساءة استعمال السلطة، ومؤدى ذلك أن التقدير الذي تضعه اللجنة العلمية المنوط بها فحص كفاية المرشحين من الناحية الفنية لا يعدو أن يكون تقريراً استشارياً لا يسلب سلطة التعيين حقها في مناقشته عند اختيار المرشح الأصح للتعين». (275)

ولقد سار إفتاء الجمعية العمومية في هذا الاتجاه، وجاء في فتاها الصادرة بجلسة 17 يناير سنة 1990: (2) «ومن حيث إن المسلم به وفقاً لما أستقر عليه أحكام القضاء الإداري أن التعيين في الوظائف العامة هو من الملاءمات التي تستقل جهة الإدارة في وزنها وتترخص في تقديرها حسبما تراه متفقاً والصالح العام، ومحققاً لما تبتغيه من كفاية حسن سير المرفق الذي تقوم عليه ولا معقب عليها، في هذا الصدد، طالما أن قرارها قد برئ من عيب إساءة استعمال السلطة، ونأى عن دائرة الانحراف، وذلك ما لم يقيد بها القانون بنص خاص، وبناء عليه، فإنه يكون للجهة الإدارية وهي تباشر سلطتها في التعيين أن تضع من الاشتراطات وتستن من القواعد التنظيمية العامة ما تراه لازماً لشغل الوظائف بها مادامت تتوخى بذلك المصلحة العامة وكانت هذه الاشتراطات وتلك القواعد التنظيمية لا تتعارض مع القانون أو النظام العام.

وبالبناء على ذلك أنه متى قدرت جهة الإدارة أن من يتوافر فيه المواصفات والمقومات التي تتطلبها أعمال ووظائف المجموعة الحرفية ينبغي ألا تزيد سنه عند التعيين على 40 سنة وألا تقل عن 20 سنة، وأن هذا السن بحديها الأدنى والأقصى تتفق وطبيعة أعمال تلك الوظائف، كما تقع في نطاق الحدود المقررة قانوناً، وأنه ليس في ذلك الشرط ما يجافي أحكام ذلك القانون أو يخالف القواعد المتعلقة بالنظام العام، فإنه يعتبر شرطاً مشروعاً بما لا وجه للنعي عليه بالبطلان، ولا تثريب على جهة الإدارة في تقريرها لذلك الشرط أساس ذلك أنها

275 حكم المحكمة الإدارية العليا، في الطعن رقم 31/3229 ق.ع، جلسة 1987/6/7، ص 32، ج 2، ص 1362 وما تلاها. من المقرر أن القرار الصادر بالتعيين من مجلس الجامعة يجب أن يسبق صدوره عدة إجراءات جوهرية يلزم اتباعها قبل إصدار قرار التعيين، ويجب على السلطة المختصة بالتعيين أخذ رأي مجلس الكلية، ومجلس القسم المختص في أمر التعيين، كما يجب قبل إبدائهم الرأي عرض الانتاج العلمي للمرشح لشغل وظيفة مدرس على مجلس القسم المختص. (حكم محكمة القضاء الإداري، الدعوى رقم 58/29620 ق، جلسة 2008/2/24، المجموعة، ص 209 وما تلاها).

(2) فتاها رقم 150 في 1990/1/30، جلسة 1990/1/17، ملف رقم 403/6/86، المجموعة، ص 482 وما تلاها.

قد تغيت به وجه المصلحة العامة، وأنه قد جاء في صورة عامة مجردة ينطبق على الكافة ولم يصدر بصدد حالة فردية بعينها.

وجري إفتاء الجمعية العمومية لقسمي العقود والتشريع بمجلس الدولة المصري على أن التعيين يعتبر من الملاءمات التي تترخص فيها جهة الإدارة بسلطة مطلقة في حدود ما تراه متفقاً مع الصالح العام باعتبارها المسئولة عن حسن سير المرافق العامة، وإنه إذا كان الأمر كذلك بالنسبة للوظيفة العامة، فإن التعيين في وظائف التدريس بالكليات الجامعية يقوم على شروط واعتبارات خاصة، فضلاً عن وجوب الحصول على درجة الدكتوراه أو الإجازات العلمية المعادلة لها، وأن الالتحاق بهذه الوظائف يعد تعييناً جديداً متطلباً صلاحية خاصة وليست مجرد ترقية من وظيفة مدرس مساعد».⁽²⁷⁶⁾

وهو ما سارت عليه محكمة التمييز في أحكامها وفي ذلك تقول: «التعيين في الوظائف العامة أمر متروك أصلاً لتقدير الجهة الإدارية باعتبارها القوامة على حسن سير المرافق العامة، وهي تترخص فيه بسلطتها التقديرية حسبما تراه محققاً لوجه الحق والمصلحة العامة بغير معقب عليها في ذلك، مادام لم يقرن قرارها بأي ضرب من ضروب إساءة استعمال السلطة، وأنه لا يصح أن تجبر الإدارة على التعيين في الوظائف، إلا إذا نص القانون على جعل هذا الأمر حتمياً أو وجوبياً، أما في غير هذه الأحوال فسلطتها التقديرية تستعملها متى شاءت وفقاً لضرورات العمل وموجباته ودواعيه».⁽²⁷⁷⁾

وفي هذا الإطار قضت بأن التعيين في الوظائف القيادية والتجديد فيها من الملاءمات المقررة لجهة الإدارة بناء على سلطتها التقديرية. ومن المقرر أيضاً أن لجهة الإدارة السلطة التقديرية في اختيار من ترى فيهم الصلاحية لشغل الوظائف القيادية باعتبارها القوامة على حسن سير المرافق العامة، مادام تصرفها قد خلا من إساءة استعمال السلطة مالم يقيد القانون بنص خاص أو تقيد نفسها بقواعد تنظيمية معينة.⁽²⁷⁸⁾

276 الفتوى رقم 743 بتاريخ 2012/9/27، جلسة 2012/4/18، ملف رقم 243/1/58، ص 66، ص 268.
277 حكمها في الطعن رقم 2008/195 إداري، جلسة 2011/1/25، الموسوعة، الكتاب الثاني، ج 3، ص 213 وما تلاها.
278 حكمها في الطعن رقم 2014/478 إداري، جلسة 2015/2/16، الموسوعة السابقة، ص 220. وحكمها في الطعن رقم 2014/1350، إداري/2، جلسة 2016/4/19.

وتتمتع الإدارة بسلطة تقديرية في شأن التسكين في الوظائف. والمقصود بالتشكيل هو وضع الموظف في الوظيفة التي تتفق مع مؤهلاته وخبراته السابقة.⁽²⁷⁹⁾

والتسكين يتم وفقاً لما تمارسه الجهة الإدارية في نطاق سلطتها التقديرية وطبقاً للشروط والقواعد التي تضعها، وأن المركز القانوني لشغل الوظيفة التي يتم بالنقل أو التسكين عليها لا يتحقق إلا بمقتضى القرار الإداري الذي يصدر في هذا الخصوص.⁽²⁸⁰⁾

وفي هذا السياق، تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية عن إحالة الموظف إلى التقاعد طبقاً لنظام الخدمة المدنية في الكويت ولا يحدها سوى ابتغاء المصلحة العامة وفي هذا الصدد ذهبت محكمة التمييز إلى أنه: «من المقرر- في قضاء هذه المحكمة - أنه طبقاً لما تضمنته المادة (76) من نظام الخدمة المدنية أنه لم يقيد الإدارة عند إحالة الموظف إلى التقاعد إلا بشرط واحد هو أن يكون الموظف مستحقاً لمعاش تقاعدي فيما لو انتهت خدمته بالاستقالة وقت الإحالة، مما مؤداه أن جهة الإدارة تتمتع في مجال تقدير إحالة الموظف إلى التقاعد بسلطة تقديرية لا يحدها سوى ابتغاء المصلحة العامة، ومرد هذه السلطة أصل طبيعي ثابت وهو وجوب هيمنة الإدارة على تسيير المرافق العامة واستعمال سلطتها المقررة في القانون.⁽²⁸¹⁾

ومن المقرر أن نظام الإحالة للتقاعد لا يقوم 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 مادام المشرع قد أجلها من تسبب قرارها ولم يثبت أنها قد انحرفت بها إلى غير المصلحة العامة.⁽²⁸²⁾

279 حكمها في الطعن رقم 2009/164 إداري جلسة 2010/3/30، الموسوعة، الكتاب السادس، ج 12 ص 416. وحكمها في الطعن رقم 2009/372 إداري/2، جلسة 2016/3/15 (غير منشور).

280 حكمها في الطعن رقم 2009/224 إداري/2، جلسة 2012/4/10، الموسوعة السابقة، ص 421 وما تلاها.

281 حكمها في الطعن رقم 2015/372 إداري/2، جلسة 2015/11/9 الموسوعة السابقة الكتاب الثالث، ج 5، ص 945.

282 حكمها في الطعن رقم 2014/1418 إداري/2، جلسة 2015/3/17، الموسوعة الكتاب الثالث ج 5، ص 939 وما تلاها.

2- في شأن الترقية بالاختيار: (283)

جرى قضاء محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة المصري على أن قاعدة الترقية بالاختيار شرط أن يكون تقدير الإدارة غير مشوب بعيب الانحراف بالسلطة، وأن تكون استمدت اختيارها من عناصر ثابتة تؤدي إلى صحة النتيجة التي انتهت إليها الإدارة.

وجرى قضاء المحكمة الإدارية العليا على أن مناط الترقية بالاختيار الكفاية مع التقيد بالأقدمية، وللسلطة المختصة بناء على اقتراح لجنة شئون العاملين إضافة ضوابط أخرى للترقية بالاختيار، تختلف بطبيعة الحال من جهة إلى جهة أخرى بحسب ظروف وطبيعة نشاط كل جهة. وغنى عن البيان أن المناط في ممارسة الجهة الإدارية لسلطتها التقديرية عند وضعها تلك الضوابط هو أن تكون من العموم والتجريد بحيث لا تقتصر على فئة أو فئات بذواتها من العاملين دون غيرهم، وألا تكون مخالفة لأي حكم من أحكام الترقية بالاختيار بحيث تهدر قاعدة الترقية التي نص عليها القانون صراحة، كما ينبغي أن تكون معلومة لدى أصحاب الشأن ليحددوا مراكزهم القانونية في ضوءها حتى يصدر نشاطها على بيينة من أمرها.

ولما كان ذلك وكانت الجهة الإدارية ارتكبت في إصدار قرارها المطعون فيه إلى ترقية عامل لمجرد أنه سبق انتدابه لشغل الوظيفة المرقي إليها، والثابت من القرار المطعون فيه أن الترقية تمت إلى فئة وظيفية وليست إلى وظيفة، ومن ثم فلا محل لتفضيل من شغل الوظيفة المرقي إليها بطريق الندب، خاصة وأنه من المسلم به أن الندب لشغل وظيفة معينة هو بطبيعته أمر مؤقت لا يكسب العامل المنتدب أي حق في الوظيفة التي انتدب إليها، فضلاً عن اشتراط مثل هذا الشرط يعتبر خروجاً على المعيار الذي حدده المشرع للترقية بالاختيار، وهو أن تتم الترقية على أساس تقارير الكفاية مع التقيد بالأقدمية في ذات مرتبة الكفاية⁽²⁸⁴⁾

283 تعرف الترقية بأنه تعيين الموظف في وظيفة تعلق بحكم طبيعتها الوظيفة التي يشغلها في مدارج السلم الإداري، إذ أن الترقية بمعناها الأعم هي ما يطرأ على الموظف من تغيير مركزه القانوني يكون من شأنه تقديمه على غيره في مدارج السلم الوظيفي والإداري (حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 1061/ق.ع، جلسة 1976/6/27، س.21، ص.242، والطعن رقم 1683 و31/2176 ق.ع، جلسة 1986/1/26، س.31، ج.1، ص.994).

284 حكمها في الطعن رقم 28/1388 ق.ع، جلسة 1983/4/17، س.28، ص.676، وما تلاها.

ومن حيث إن الترقية بالاقتدار على ما جرى به قضاء المحكمة الإدارية العليا تجد حدها الطبيعي في هذا المبدأ العادل وهو أنه لا يجوز تخطي الأقدم إلى الأحدث، إلا إذا كان هذا الأخير أكفأ، أما عند التساوي في الكفاية فيجب ترقية الأقدم وبغير ذلك تكون الترقية عرضة للتحكم والأهواء. وإذا خالف القرار الإداري ذلك كان مخالفاً للقانون. وهذا المبدأ يسري بالنسبة إلى الموظفين الذين لا يخضعون لنظام التقارير السنوية فيجب اتباعه عند الترقية إلى الوظائف العليا. (285)

ومن المقرر- وعلى ما جرى عليه قضاء المحكمة الإدارية العليا - أنه ولئن كانت الترقية بالاقتدار إلى الوظائف العليا من الملاءمات التي تترخص فيها الإدارة، إلا أن مناط ذلك أن يكون الاختيار قد استمد من عناصر صحيحة مؤدية إلى صحة النتيجة التي انتهت إليها وأن تجرى مفاضلة جادة وحقيقية بين العاملين على أساس ما تحويه ملفات خدمتهم وما يبديه الرؤساء عنهم وذلك للتعرف على مدى كفاءتهم في مضمار الكفاية بحيث لا يتخطى الأقدم إلى الأحدث إلا إذا كان الأخير أكثر كفاية وهو أمر تمليه دواعي المشروعية، فإذا لم يقع الأمر على هذا الوجه فسد الاختيار وفسد القرار الذي اتخذ على أساسه. ولا ريب أن هذا المبدأ القانوني العادل الذي جرى به قضاء هذه المحكمة إنما يسري أيضاً على قرارات الندب أو الوظائف الأعلى توطئة للترقية - طبقاً للائحة الخاصة للجهة الإدارية - وما يعقبها من قرارات الترقية لهذه الوظائف بالاقتدار بمراعاة الأولوية التي يوفرها الندب المشار إليه في حالة ما إذا أحسن العامل القيام بواجبات الوظيفة المنتدب إليها، ذلك أن كافة هذه القرارات يجب أن تكون مستمدة من عناصر صحيحة مؤدية إليها، ومن أصول ثابتة في الأوراق، بحيث لا يسوغ تخطي الأقدم إلى الأحدث في الندب أو الترقية إلا عند توافر الأساس اليقيني الجاد بأفضلية الأحدث وتميزه الظاهر على الأقدم وفق ما سلف. (286)

وهو ما أكدته في حكمها الصادر في 30 من مارس سنة 1996، (287) وجاء فيه:

«من المقرر إذا كانت الترقية تتم بالاقتدار، والتي تقوم على الصلاحية، فإن مناط صحة

285 الإدارية العليا، الطعن رقم 25/1193 ق.ع، جلسة 25/11/1982، س.28، ص.106.

286 حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 35/699 ق.ع، جلسة 12/5/1991، س.36، ع.2، ص.1260، وأيضاً حكمها في الطعن رقم 32/3463 ق.ع، جلسة 8/7/1993، س.38، ج.2، ص.1595.

287 حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 35/593 ق.ع، جلسة 30/3/1996، س.41، ج.1، ص.941.

القرار، الصادر بها الالتزام بذلك القيد الذي حرصت كل نظم التوظيف على النص عليه وهو عدم تخطي الأقدم إلى الأحدث، إلا إذا كان الأخير ظاهر الكفاية، بمعنى أنه إذا تساوى في مضمار الصلاحية والكفاية، فإنه يتحتم ترقية الأقدم، تحديد مضمون الصلاحية كشرط للترقية بالاختيار والذي يثبت للعامل بحصوله على تقديري كفاية متتالين بمرتبة ممتاز عن السنتين الأخيرتين ويفضل العامل الحاصل على ثلاثة تقارير بمرتبة ممتاز، وعند التساوي في مرتبة الكفاية يرقى الأقدم».

ومن حيث إن الأصل أن القانون حينما يطلق التقدير للإدارة في الترقية لا معقب عليها في تقديرها، مادام قد خلا عن عيب إساءة استعمال السلطة، فجوهر السلطة التقديرية هو الإطلاق وحدها التعسف. والأصل أن عيب الانحراف بالسلطة هو من العيوب القصدية التي تشوب ركن الغاية في القرار، وعلى من يدعى الانحراف بالسلطة أن يثبته وذلك بأن يثبت أن القرار قد تغيا غايات أخرى بعيدة عن الصالح العام. وغنى عن البيان أن القانون إذا لم يلزم الإدارة بتسبب قراراتها فإنه يفترض أن للقرار أسباباً مشروعة إلى أن يقوم الدليل عكسه، إلا أنه إذا ذكرت أسباباً لقرارها فإن هذه الأسباب تكون خاضعة لرقابة القضاء الإداري للتحقق من مطابقتها للقانون أو عدم مطابقتها له وأثر ذلك على النتيجة التي انتهى إليها قراره — دون أن يكون للقضاء الإداري أن يحل نفسه محل جهة الإدارة فيما هو متروك لتقديرها ووزنها للأمور فتدخل في الموازنة والترجيح فيما قام لدى الإدارة من دلائل وبيانات بخصوص قيام أو عدم قيام الحالة الواقعية التي تكون ركن السبب أو يتدخل في تقدير خطورة هذا السبب وما يمكن أن يترتب عليه على آثار. (288)

ومن المقرر أن للإدارة دائماً حق اختيار الوقت المناسب لإجراء الترقية وأن مجرد توافر شروط الترقية في الموظف مع وجود الدرجات المالية، لا يولد له الحق في الترقية إليها بقوة القانون، بل أن الأمر في ذلك متروك لتقدير الإدارة - حسبما تراه متفقاً مع حاجة العمل وصالحه - بغير إساءة استعمال السلطة، ولذلك فإن حق الموظف لا يتولد إلا حينما تمارس جهة الإدارة سلطتها بإصدارها قراراً يفغل ترقيته ويشمل الآخرين ممن هم أحدث

288 حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 36/798 ق.ع، جلسة 17/1/1995، ص 40، ج 1، ص 935 وما تلاها.

منه في الأقدمية وأقل منه كفاية، إذ في هذه الحالة وحينئذ فقط يحق له مخاصمة هذا القرار فيما تضمنه من تخطئه في هذه الترقية.

ولا يجوز إلزام جهة الإدارة بإجراء الترقية في تاريخ معين، والاحتجاج بأن ثمة قراراً سلبياً بالامتناع من إجراء حركة الترقيات غير صحيح، ذلك أن القرار السلبي هو امتناع عن إصدار قرار كان واجبا على الإدارة إصداره بحكم القانون.⁽²⁸⁹⁾

وتطبيقاً لذلك ذهبت هذه المحكمة - بعد إيراد المبدأ العادل في الترقية - إلى أنه: «ومن ثم فإنه يتعين الاعتداد في الترقية فيما بين المستوفين لشرائط شغل الوظيفة بترتيب أقدمياتهم، دون اعتداد بنتيجة المقابلة الشخصية التي تجربها جهة الإدارة مع كل منهم وتقسيمهم إلى فئتين أولى وثانية. يعد باطلاً بطلاناً مطلقاً. والقول بغير ذلك يؤدي إلى إهدار المراكز القانونية المتساوية التي استقرت من حيث الأقدميات بغير مقتضى، إذا كان لجهة الإدارة أن تضع من الضوابط في حدود سلطتها التقديرية بما تراه كفيلاً بحق الاختيار، فإن هذه السلطة تجد حدها الطبيعي في أن تكون مطابقة للقانون وللقواعد العامة وأن تحسن استعمالها إذا أجرت الإدارة اختباراً شخصياً للترقية إلى الوظائف، فلا يجوز أن تقسم الناجحين إلى طوائف، لأن معنى ذلك ومبناه هو استعمال سلطتها لإهدار الأقدميات، فضلاً عن عدم إمكان الرقابة على مثل هذه الإجراءات».⁽²⁹⁰⁾

ومن حيث إنه يشترط فيمن يرقى - كأصل عام - أن يكون مستوفياً شروط الوظيفة التي يرقى إليها،⁽²⁹¹⁾ إذ يجب أن تكون الترقية من الوظيفة التي في ذات المجموعة النوعية التي تنتمي إليها الوظيفة الأعلى مباشرة، فإذا استوفى العامل تلك الشرائط فإن من المقرر أن الترقية بالاختيار مناطها الجدارة مع مراعاة الأقدمية - وهذا يتمثل في مبدأ عدم جواز تخطي الأقدم إلى الأحدث إلا إذا كان هذا الأخير هو الأكفأ - فالأصل بالنسبة

289 حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 25/577، جلسة 1982/11/28، س 28، ص 215، وما تلاها.

290 حكمها في الطعن رقم 26/876، ع، جلسة 1982/11/28، س 28، ص 217 وما تلاها.

291 يعتبر التدريب بالنسبة لشغل الوظائف العليا شرطاً لا غنى عنه للترقية ولا سبيل إلى إغفاله أو ألتجاوز عنه وإهدار غاياته ومقتضياته، حرصاً على مستوى الأداء بالجهاز الإداري للدولة ووجوب تطويره، فإذا ما عرّف العامل عن هذا التدريب وأعرض برغبته عن المشاركة فيه افتقد بإرادته شرطاً لازماً للترقية عن مجالها ويسوغ معه تخطئه فيها عن هو جدير بها متى استجمع شروطها التي لا غنى عنها ومن بينها اجتياز التدريب المتاح بنجاح. (الطعن رقم 35/4196، جلسة 1992/1/21، س 37، ع 1، ص 598).

للترقية للوظائف العليا أن تستهدي الإدارة في تقدير كفاية المرشحين وصلاحياتهم للترقية لهذه الوظائف بما ورد في ملفات خدمتهم وما يبيديه الرؤساء عنهم وأن مناط ترخيص جهة الإدارة في الترقية بالاختيار أن يكون قد استمد من عناصر صحيحة وأن تجري مفاضلة حقيقية وجادة بين العاملين المرشحين للتعرف على مدى تفاوتهم في معيار الكفاية وكل أولئك يخضع لرقابة القضاء الإداري، كما أنه إذا افصحت الجهة الإدارية عن أسباب تخطي من لم تصادفه الترقية بالاختيار، فإن هذه الأسباب تخضع لرقابة المشروعية التي يسلطها القضاء الإداري على القرارات الإدارية.⁽²⁹²⁾

وذهبت محكمة التمييز إلى أن: «الأصل أن جهة الإدارة تترخص في إجراء الترقية لموظفيها في الوقت الذي تقدره حسب ظروف الحال ومقتضيات الصالح العام وحاجة العمل ولا يسوغ القول بقيام قرار إداري سلبي بالامتناع عن الترقية في تاريخ معين، إلا إذا ثبت وجود قانون أو لائحة تلزم الإدارة بإجرائها في توقيت محدد متى توافرت الشروط المقررة في هذه الحالة، إن قعدت عن التدخل وإصدار قرار الترقية فإن هذا الامتناع يعد قراراً سلبياً من الجائز الطعن فيه بدعوى الإلغاء، أما إذا لم يكن هناك التزام عليها بذلك، فإنه ليس من شأن استيفاء صاحب الشأن لشروط الترقية أن يتولد له الحق فيها مما لا يجوز معه استنهاض الجهة الإدارية وإلزامها باستعمال سلطتها وترقيته، وبالتالي فإن امتناعها عن إجراء الترقية حينئذ لا يعد قراراً سلبياً».⁽²⁹³⁾

من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن جهة الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في إجراء الترقية بالاختيار في الوقت الذي تراه مناسباً حسب حاجة العمل وفي حدود الوظائف الخالية، ولا يجوز إجبارها على إجرائها في تاريخ معين حتى ولو توافرت شروطها مما مؤداه انتفاء القرار الإداري السلبي بالامتناع عن الترقية لا يُنشئ له حقاً في الترقية، ولا يلزم الإدارة بإجراء الترقية، بحسبان الترشيح مجرد عمل تحضيرى وتمهيدي لا يُنشئ مركزاً قانونياً للموظف.⁽²⁹⁴⁾

292 حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 36/2915 ق.ع، جلسة 1992/5/9، ص 37، ع 2، ص 1373.
293 حكمها في الطعن رقم 2007/229 إداري جلسة 2009/4/28، الموسوعة السابقة، الكتاب الثاني، ج 3، ص 217. وفي هذا المعنى حكمها في الطعن رقم 2012/535 إداري/2، جلسة 2017/1/24، (غير منشور).
294 حكمها في الطعن رقم 205/367 إداري، جلسة 2007/2/20، الموسوعة السابقة، ص 230 وما تلاها، وفي هذا المعنى حكمها في الطعن رقم 2011/915 إداري، جلسة 2015/3/17، الموسوعة السابقة، ص 247 وما تلاها.

ومما تجدر الإشارة إليه، أن الترقية في المناصب القيادية في جهاز الشرطة بالاختيار المطلق، وتتمتع الإدارة بسلطة تقديرية رحبة لاختيار أفضل العناصر، وجاء ذلك في حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في 24 من أبريل سنة 1990: «ومن المقرر قضاء أن الترقية إلى رتبة اللواء، طبقاً لنص المادة 19 من قانون هيئة الشرطة رقم 109 لسنة 1971، بالاختيار المطلق ومن لا يشملها الاختيار يحال إلى المعاش مع ترقيته لرتبة اللواء، إلا إذا رأى المجلس الأعلى للشرطة لأسباب مهمة عدم ترقيته، ومنح المشرع جهة الإدارة سلطة تقديرية واسعة في انتقاء أفضل العناصر لتقلد المناصب القيادية بهيئة شرطة تحقيقاً للصالح العام، ومن لم يرق إلى هذه الوظيفة يحال إلى المعاش مع ترقيته لرتبة اللواء، ففي هذه الحالة لا بد وأن تكون هناك أسبابها وأن تكون هذه الأسباب على درجة من الأهمية يرى معها المجلس الأعلى للشرطة عدم ترقيته، ومن هنا يظهر الفارق بين السلطة المخولة لجهة الإدارة، في هذا الخصوص، وهي سلطة مقيدة بتوافر الأسباب المهمة، وبين سلطة الترقية بالاختيار التي تمارسها الإدارة بهدف تحقيق الصالح العام بانتقاء أفضل العناصر لتولي المناصب القيادية بهيئة الشرطة.⁽²⁹⁵⁾

3- في الترخيص بالإعارة:

من المقرر- في قضاء المحكمة الإدارية العليا- إن الموافقة على نشوء الإعارة أو استمرارها أو تجديدها هي من الملاءمات التي تترخص فيها الجهة الإدارية المختصة حسب مقتضيات ظروف العمل وأوضاع المصلحة العامة بلا معقب عليها في هذا الشأن، طالما خلا قرارها من إساءة استعمال السلطة.⁽²⁹⁶⁾

إلا أنه إذا ما ألزمت الجهة الإدارية نفسها بقواعد عامة وموضوعية مجردة ومعلنة لكافة العاملين في شكل قرار تنظيمي عام يحدد القواعد والشروط والأوضاع والإجراءات التي يتم على أساسها الإعارة، فإن سلطتها، في هذا الشأن، تكون قد تحولت من سلطة تقديرية تدخل في مجال الملاءمة والتقدير إلى سلطة مقيدة، ومقتضي هذا ولازمه أنه عند تطبيق القواعد التي ألزمت الإدارة نفسها بها على الحالات الفردية يتعين عليها الالتزام بها

295 حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 33/2106، ع، جلسة 24/4/1990، ص 35، ج 2، ص 669.

296 حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 25/937، ع، جلسة 26/11/1983، ص 29، ع 1، ص 123 وما تلاها.

وعدم الخروج على ما ألزمت نفسها من القواعد، وإذا حدث في أثناء التطبيق مخالفة لهذه القواعد العامة فإن قرارها في ذلك يكون معيباً. (297)

وهو ما أكدته في حكمها الصادر في 19 من فبراير سنة 2000⁽²⁹⁸⁾ من أنه: «ولئن كانت إعاره العامل من الأمور التي تترخص فيه جهة الإدارة في الموافقة عليها أو رفضها بما لها من سلطة تقديرية طالما لم يقيد القانون بنص خاص أو ما لم تقيد هي نفسها بقواعد تنظيمية معينة، فإن هي التزمت في ذلك قاعدة تنظيمية عامة معينة كان لزاماً عليها أن تطبقها في شأن الجميع بالسواء، بحيث إذا خالفتها في التطبيق الفردي، كان ذلك بمثابة مخالفة للقانون، ويكون هذا التصرف منها معيباً حقيقياً بالإلغاء».

والجدير بالذكر أن العامل المعار لا تقطع صلته بالجهة المعيرة، ومقتضى ذلك الاحتفاظ له بكافة مميزات الوظيفة التي كان يشغلها ومنها الترقية إذا ما استوفى شروطها إذ أن الإعارة لا تحول دون الترقية. (299)

وجرى قضاء هذه المحكمة في - في هذا الصدد - على أن الإعارة (أو الإجازة الخاصة بدون مرتب أو الندب كل الوقت) لا تصلح سبباً في تبرير التخطي في الترقية بالاختيار ذلك أن الممارسة الفعلية للوظيفة المرقى لها أو إليها العامل ليست من مناصب الصلاحية لاستحقاق العامل للترقية، وعندما يري المشرع الخروج على هذا الأصل يخرج بالنص الصريح. (300)

ومن حيث إن من المستقر عليه أن في حالة ندب العامل أو إعارته إلى جهة أخرى داخل النظام الإداري للدولة، فإن الجهة المنتدب أو المعار إليها ينعقد لها الاختصاص في تأديبه مما يقع منه من مخالفات في أثناء فترة إعارته أو ندبه وذلك على اعتبار أنها أقدر من

297 حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 32/1063، ع.ق، جلسة 18/11/1990، س.36، ع.1، ص.93.

298 حكمها في الطعن رقم 41/5225، ع.ق، جلسة 19/2/2000، س.45، ص.517 وما تلاها.

299 حكمها في الطعن رقم 1180 و25/1182، ع.ق، جلسة 25/1/1981، س.26، ع.1، ص.439.

300 حكمها في الطعن رقم 531/2205، ع.ق، جلسة 12/5/1991، س.36، ع.2، ص.1221.

وذهبت هذه المحكمة إلى أنه يأخذ حكم الإعارة، الإجازة الخاصة بدون مرتب للعمل بالخارج، ففي هذه الحالة فإنه يتعين تسمية الأشياء بأسمائها الحقيقية، وبالتالي يعتبر التحاق العامل بعمل آخر لدى جهة أخرى في هذه الحالة بمثابة الإعارة، ومن ثم فإنه لا يجوز تخطيه في الترقية بالاختيار بسبب إعارته. (حكمها في الطعن رقم 24/541، ع.ق، جلسة 5/4/1981، س.26، ج.2، ص.846).

غيرها على تقدير خطورة الذنب الإداري، كل ذلك في إطار النظام التأديبي الذي يخضع له سائر العاملين المدنيين بالدولة، إلا أن يستثنى من ذلك حالات النذب أو الإعارة أو الترخيص بالعمل لدى جهة خاصة أو شخص من أشخاص القانون الخاص، فإن الاختصاص بتأديب العامل في هذه الحالة ينعقد لجهة عمله الأصلية على أساس خضوع العاملين بها لنظم التأديب المنصوص عليها في نظم العاملين المدنيين بالدولة. على نحو لا يسمح بخضوع العامل لأي نظم خاصة وحتى لا يكون في ذلك تسليط - جهة - خاصة على عامل بالحكومة، فضلاً على أن جعل العامل خاضعاً في تأديبه لجهات أهلية أو خاصة متعددة لا يملك توقيع جزاءات على العامل من جنس الجزاءات المنصوص عليها في نظام تأديب العاملين بالحكومة، وإذ يتمتع على السلطات التأديبية في الجهات الخاصة أن توقع عليهم جزاءات لها سمات الجزاءات التأديبية، فإنها لا تعد في مفهوم القانون من السلطات التأديبية التي تقوم مقام سلطات التأديب في الجهات الأصلية التي يتبعها العامل بصفته صاحبة الاختصاص الأصلي في تأديبه. ومجمل القول أن العامل المعار أو المنتدب أو المرخص له بالعمل في إحدى الجهات الخاصة الخاضعة لقانون العمل، فإن هذه الجهات لا تملك سلطة تأديب العامل عما يقع منه من مخالفات في أثناء فترة النذب أو الإعارة أو الترخيص بالعمل ويظل الاختصاص بتأديبه للسلطة المختصة فيه جهة عمله الأصلية عن هذه المخالفات.⁽³⁰¹⁾

4- في شأن النذب:

من المقرر أن النذب هو طريق مؤقت لشغل الوظائف بالجهاز الإداري للدولة فهو يتضمن إعفاء العامل مؤقتاً من أعباء وظيفته الأصلية وإسناد مسؤوليات وظيفية أخرى إليه ويترتب على النذب أن العامل يعتبر شاغلاً للوظيفة المنتدب إليها ويقوم بمباشرة اختصاصها ومسئوليتها، كما لو كان معيناً فيها. كما يترتب على ذلك أنه يتعين أن يتم النذب ليس فقط لوظيفة لها مسمى وممولة، بل يتعين أن تكون أيضاً من ذات مستوى الوظيفة التي يشغلها العامل بصفة أصلية حتى لا يؤدي النذب إلى الإضرار به بشغله وظيفته أقل مستوى من حيث التدرج الوظيفي، ومن أثر ذلك اعتبار قرار النذب إلى غير وظيفة محددة مخالفاً لوروده

301 حكم المحكمة الإدارية العليا، في الطعن رقم 26/1511، ق.ع، جلسة 11/3/1986، س.31، ج.2، ص.1332، وما تلاها.

على غير محل. (302)

وجرى قضاء هذه المحكمة أن الندب موقوت بطبيعته، إذ يتم على أساس التوقيت وليس على أساس الدوام والاستقرار، ومن ناطق المشريع إجراءه بالسلطة المختصة وحدها دون أن يستوجب عرضه على لجنة شؤون العاملين، فضلا عن أنه عرضه للإلغاء في أي وقت، لذا أطلق يد الإدارة في إجراءاته حتى تستطيع تلبية حاجات العمل العاجلة ابتغاء حسن سيره وانتظامه وأتاح لها اختيار من تأنس فيه القدرة والكفاية للاضطلاع بمهام الوظيفة والنهوض بأعبائها واختصاصها، وكل ما اشترطه القانون، في هذا الشأن، هو ضرورة استيفاء العامل لاشتراطات شغل الوظيفة المنتدب إليها من حيث قضاء المدة المبينة في الوظيفة الأدنى مباشرة مع توافر شرط التأهيل العلمي المطلوب في بطاقة الوصف الخاصة بهذه الوظيفة.

وبناء على ذلك فلا تشريب على جهة الإدارة إن هي أعملت سلطتها التقديرية في شغل الوظيفة ندبا مؤثرة الأقدم أو الأحدث بحسب ما تلمسه فيه من قدرة وكفاية بلا معقب عليها، طالما خلا تصرفها من إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها. (303)

302 حكم المحكمة الإدارية العليا، في الطعن رقم 35/4411 ق.ع، جلسة 1995/6/24، س 40، ج 2، ص 2011، والطعن رقم 47/5639 ق.ع، جلسة 2005/4/24، س 50، ج 2، ص 992 وما تلاها، وفي هذا المعنى الطعن رقم 498 و 26/533 ق.ع، جلسة 1984/4/1، س 31، ج 2، ص 943، والطعن رقم 59/4624 ق.ع، جلسة 2014/9/27، س 59، ج 2، ص 1137 وما تلاها.

ومن المقرر قضاءً أن قرار الندب هو الأداة القانونية التي تصل العامل بالوظيفة التي يصير ندبه إليها أو همزة الوصل، في هذا الصدد، وبهذه الأداة ومن خلالها تحدد حقوق وواجبات العامل المنتدب، وليس يتأتى تحديد حقوقه ومركزه القانوني في الندب ليكون على بصيرة وبينة من ذلك، كما لا يتأتى تحديد واجباته على نحو تتحدد به المسؤولية عما يقع من إخلال بمقتضيات أعمال الوظيفة التي تقتضي المصلحة العامة شغلها بأداء الندب، وعلى نحو يمنع شيوع المسؤولية وما ينجم عن ذلك من إضرار بالمصلحة العامة والإفلات من المساءلة إلا بتضمين القرار الذي يتقرر به الندب بيان العمل الوظيفي الذي يجري الندب إليه على وجه التحديد، في هذا الصدد. (الطعن أرقام 7321 و 47/7412 ق.ع، و 48/616 ق.ع، جلسة 2006/4/1، س 51، ج 2، ص 684 وما تلاها).

وجرى قضاء وإفتاء الجمعية العمومية أنه وإن كان الأصل في الندب أنه إجراء مؤقت لا يقطع صلة العامل بوظيفته الأصلية، حيث يظل تابعاً للجهة المنتدب منها وتتحمل بصرف أجره، إلا أنه بالنسبة للبدلات المرتبطة بأداء العمل بصفة فعلية مثل المقابل النقدي المنصوص عليه في لائحة بدل السفر ومصاريف الانتقال، فإن الجهة المنتدب إليها العامل هي التي تتحمل بهذا المقابل باعتبار أن مستحقات هذا البديل يرتبط بأداء العمل بصفة فعلية في مكان معين. (وراجع أيضاً، فتوى رقم 634 بتاريخ 2010/11/8، جلسة 2010/10/13، ملف رقم 405/2/32، ص 65، وفتوى رقم 653 بتاريخ 2007/11/5، جلسة 2007/10/24، ملف رقم 1614/4/86، ص 62، و 81. وحكم محكمة القضاء الإداري، القضية رقم 19/3202 ق، جلسة 1969/1/30، المجموعة في ثلاث سنوات 66-1969، ص 533).

303 حكمها في الطعن رقم 36/2644 ق.ع، جلسة 1997/5/3، س 42، ج 2، ص 935، وهو ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا من أن الندب أو الإعارة لا يقطع علاقة العامل بجهة عمله الأصلية ولا يمنع عنها ولايتها عليه في شؤونه الوظيفية في إطار التنظيم الذي يحكم العلاقة بينهما... (حكمها في الطعن رقم 15/691 ق.ع، جلسة 1973/12/23، س 19، ص 68).

ومن المقرر أن النذب هو قيام العامل بعمل وظيفة أخرى من نفس وظيفته أو تعلوها مباشرة في نفس الوحدة التي يعمل بها أو في وحدة أخرى إذا كانت حاجة العمل في الوظيفة الأصلية تسمح بذلك. والنذب أمر تترخص فيه الجهة الإدارية بمآلها من سلطة تقديرية وهو مؤقت بطبيعته لا يقوم على القرار والاستقرار، إلا أنه يتعين على الجهة الإدارية عند استعمال سلطتها التقديرية. في هذا الشأن، ألا تتحرف بها وتسيء استعمالها، وأن تتم ممارستها لهذه السلطة في الحدود والأوضاع التي رسمها القانون.

ومن حيث إنه عند نذب العامل إلى وظيفة تعلو وظيفة مباشرة يتعين أن يتوافر في العامل المنتدب وجه أفضلية له على أقرانه ممن هم في نفس مستواه الوظيفي بمراعاة أن النذب يعد شغلا فعلياً للوظيفة التي انتدب إليها العامل ويتمتع العامل المنتدب بسائر امتيازات وسلطات هذه الوظيفة، ولا يجوز شغل الوظيفة الأعلى مباشرة إلا ممن هو أقدم مادامت قد توافرت فيه اشتراطات شغلها من ناحية، والكفاءة، من ناحية أخرى، وهذا يجد حده الطبيعي في رقابة المشروعية لأعمال الجهة الإدارية حتى يسود حكم القانون وتحقق الطمأنينة الإدارية في علاقاتها بعمالها عند إدارتها للمرفق العام القائمة عليه لتسييره بانتظام واطراد.⁽³⁰⁴⁾

ومن حيث إن قضاء المحكمة الإدارية العليا،⁽³⁰⁵⁾ قد استقر على أن النذب من الأمور المتروكة لجهة الإدارة ومن الملاءمات التي تتمتع فيها بسلطة تقديرية حسبما تمليه حاجة العمل ويقتضيه الصالح العام، وذلك حتى تستطيع الإدارة أن تلبي حاجات العامل العاجلة وذلك جعل المشرع النذب، بصفة عامة، تكليف مؤقت للعامل بأعباء وظيفته ما، وهو

304 حكمها في الطعن رقم 40/4391 ق.ع، جلسة 1995/12/30، ص 41، ج 1، ص 216 وما تلاها، والطعن رقم 35/4221 ق.ع، جلسة 1996/6/8، ص 41، ج 2، ص 1193 وما تلاها، ص 216 وما تلاها، والطعن رقم 47/3381 ق.ع، جلسة 2009/3/14، ص 54، ص 333، وفي هذا المعنى، الطعن رقم 27/2301 ق.ع، جلسة 1986/12/21 (سبق الإشارة إليه).

305 () حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 31/1722 ق.ع، جلسة 1987/11/22، ص 33، ج 1، ص 260 وما تلاها، والطعن رقم 34/576 ق.ع، جلسة 1990/12/9، ص 36، ج 1، ص 291، والطعون أرقام 7321 و 47/7412 ق.ع، و 48/616 ق.ع، جلسة 2006/4/1، ص 51، ج 2، ص 684 وما تلاها، والطعن رقم 45/7439 ق.ع، جلسة 2006/6/1، ص 51، ج 2، ص 921 وما تلاها.

ومن صور إساءة استعمال السلطة تعديل قرار النقل إلى نذب ثم إلغاء النذب تم إعادته، وصدور تلك القرارات في وقت قصير نسبياً بعد أن أفصحت الإدارة عن قصدتها في أن الغرض من ذلك هو توقيع الجزاء التأديبي (حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 27/2301 ق.ع، جلسة 1986/12/21، ص 32، ج 1، ص 497)، أو يكون النذب وسيلة لعقاب العامل بإبعاده عن وظيفته الأصلية (الطعن رقم 45/7335 ق.ع، جلسة 2005/2/26، ص 50، ج 1، ص 595).

بذلك أمر مؤقت بطبيعته افترضته ظروف العمل، وأن أداء العامل للوظيفة المنتدب إليها، لا يعتبر تعييناً فيها أو ترقية إليها ولا يكسبه حقاً في الاستمرار في شغل الوظيفة المنتدب إليها، بحيث يجوز للسلطة المختصة إلغاء الندب في أي وقت إذ لا يرتب الندب للعامل مركزاً قانونياً نهائياً لا يجوز المساس به. وترتيباً على ذلك فإن قرارات الندب لا تتحصن بفوات ستين يوماً على صدورها وأن إلغاءها أو الطعن عليها يكون أمراً جائزاً في أي وقت، ذلك أن قرار الندب في مفهومه الصحيح لا يؤثر في مركز العامل المنتدب حيث لا يحدث أثراً دائماً في شأنه ولا يكسبه حقاً في استمرار شغل الوظيفة المنتدب إليها، وإنما يظل بحكم طبيعته المؤقتة قابلاً للطعن عليه في أي وقت طالما كان نافداً. ومن مقتضى ذلك ولازمه رفض القول بأن قرار الندب يتحصن بمرور ستين يوماً منذ صدوره أو أنه يجب الطعن عليه خلال ستين يوماً من تاريخ العلم اليقيني به وإلا تحول قرار الندب إلى قرار تعيين أو ترقية للوظيفة المنتدب إليها العامل هو أمر ليس صحيحاً.⁽³⁰⁶⁾

من المقرر أن ندب العامل إلى وظيفة من درجة وظيفته أو تعلوها مباشرة أمر مؤقت لا يكسب هذا العامل أي حق أو مركز قانوني في البقاء في هذه الوظيفة، أنه عرضه للإلغاء في أي وقت مما حدا بالمشرع أن يطلق يد جهة الإدارة في إجراءاته حتى تستطيع تلبية حاجة العمل العاجلة ابتغاء حسن سيره وانتظامه وأتاح لها اختيار من تأنس فيه القدرة والكفاية للاطلاع بمهام الوظيفة والنهوض بأعبائها واختصاصاتها وكل ما اشترطه القانون في هذا الشأن هو ضرورة استيفاء العامل لاشتراطات شغل الوظيفة المنتدب إليها. فالمشرع وإن جعل كل مجموعة نوعية وحدة متميزة في مجال التعيين والترقية في النقل والندب بحيث يكون شغل الوظيفة الأعلى أياً كانت وسيلة شغلها من الوظيفة الأدنى في ذات المجموعة النوعية، فلا يجوز ندب العامل إلى وظيفة خارج المجموعة النوعية للوظائف التي ينتمي إليها، ولئن كان ذلك إلا أن المخالفة التي تشوب القرار الصادر بالندب في هذه الحالة لا تؤدي إلى انعدام القرار، مادام الندب بطبيعته مؤقتاً لا يكسب المنتدب أي حق في البقاء في الوظيفة المنتدب

306 حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 37/438ق.ع، جلسة 1997/5/3، ص 42، ج 2، ص 941، والطعن رقم 26/490ق.ع، جلسة 1985/1/29، ص 30، ع 1، ص 505 وما تلاها. وفي هذا المعنى، الدعوى رقم 58/2061ق، جلسة 2007/12/21، المجموعة، ص 110 وما تلاها.

إليها. (307)

وحاصل ما تقدم، أن الندب مؤقت بطبيعته ولا يخول صاحبه حقاً في الوظيفة المنتدب إليها، والهدف منه تسيير أمور العمل بالمرفق إلى أن يستقر الرأي على من يصلح لشغل هذه الوظيفة، بصفة أصلية، وقد يكون المنتدب لها أو غيره. (308)

وقد سارت محكمة التمييز الكويتية في نفس الاتجاه، إذ ذهبت إلى أن الندب للوظائف العامة هو- بحسب الأصل- موقوت بطبيعته وتترخص في إجراءاته الجهة الإدارية بما لها من سلطة تقديرية في اختيار من تأنس فيه من بين الموظفين القدرة والكفاية للاضطلاع بمهام الوظيفة والنهوض بأعبائها واختصاصاتها سواء كان الندب لوظيفة في ذات الدرجة التي يشغلها الموظف أو تعلوها مباشرة، شريطة ألا يكون الندب لوظيفة أدنى، وللإدارة سلطة تقديرية تترخص فيها لاختيار من تفضله لشغل الوظيفة بطريق الندب المؤقت مؤثرة في ذلك الأقدم أو الأحدث دون التقيد بقواعد الاقدمية بحسب ما تلمسه من قدرة وكفاية في الموظف وبمراعاة حاجة العمل وبغير معقب عليها في ذلك. (309)

ومن المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه ليس للموظف الادعاء بحق مكتسب في العمل في مكان معين أو البقاء في وظيفة بعينها يشغلها نقلاً أو ندباً، إذ هو في مركز قانوني عام يجوز تغييره في أي وقت، فللإدارة سلطة تكليف الموظف بمهام أعباء وظيفية معينة، بصفة مؤقتة، ومن ثم لا يكسب الموظف حقاً في البقاء في تلك الوظيفة أو الترقية إليها لو توافرت فيه شروط شغلها. (310)

ومما يندرج في اختصاص القضاء الإداري الكويتي النظر في قرار التكليف بمهام وظيفية أعلى بمثابة قرار ترقية ادبية، فالمستقر عليه أنه ولئن كانت قرارات الترقية التي أجاز القانون الطعن عليها تنصرف أساساً إلى ما يتعلق فيها بتعيين الموظف في درجة أعلى من

307 حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 47/5639 ق.ع، جلسة 2005/4/24، ص 50، ج 2، ص 992 وما تلاها. وفي هذا المعنى حكمها في الطعن رقمي 498 و26/533 ق.ع، جلسة 1984/4/1، ص 31، ج 2، ص 943.

308 الطعن رقم 35/3698 ق.ع، جلسة 1991/7/9، ص 36، ج 2، ص 1569، والطعن رقم 45/7439 ق.ع، جلسة 2006/6/1، ص 51، ج 2، ص 921.

309 حكمها في الطعن رقم 2005/1258 اداري، جلسة 2007/4/3، الموسوعة السابقة، ص 206 وما تلاها.
310 راجع حكمها في الطعن أرقام 667 و687 و669/2011 إداري/2، جلسة 2014/2/18 الموسوعة السابقة، ص 295.

درجته، إلا أنه يدخل في مدلولها وبمعناها الأوسع كل قرار من شأنه أن يحقق للموظف أي تقدم أو تمييز على غيره في مدارج السلك الوظيفي والإداري بما يتسع ذلك يشمل قرار إسناد وظيفة للموظف تعلو وظيفته في مجال الاختصاص، وإن لم يصاحب هذا الإسناد نفع مادي وهو ما يطلق عليه الترقية الأدبية.⁽³¹¹⁾

كما ذهبت إلى أن الندب باعتباره إحدى وسائل شغل الوظائف موقوت بطبيعته وتترخص في إجراءاته الجهة الإدارية بما لها من سلطة تقديرية في اختيار من تأنس فيه من الموظفين القدرة والكفاية للاضطلاع بمهام الوظيفة المنتدب إليها سواء كان الندب لشغل وظيفة من ذات الدرجة الوظيفية التي يشغلها الموظف أو كان إلى وظيفة في درجة تعلوها مباشرة، ولا تثريب عليها أن أعملت سلطتها التقديرية في تخير من تفضله لشغل الوظيفة بطريق الندب المؤقت مؤثرة في ذلك الأقدم أو الأحدث دون تقيد بقواعد الأقدمية بحسب ما تلمسه فيه من قدرة وكفاية على الاضطلاع بأعباء الوظيفة واختصاصاتها وبمراعاة حاجة العمل في الوظيفة الأصلية بغير معقب عليها ودون أن يوصم تصرفها بعيب إساءة استعمال السلطة، وبالتالي فلا يسوغ أن يحل القضاء محل الجهة الإدارية فيما يدخل في صميم اختصاصها أو إجبارها على اتخاذ قرار تترخص فيه وتستقل بتقديره.⁽³¹²⁾

ومن المقرر في قضاء هذه المحكمة بأنه ليس للموظف الإدعاء بحق مكتسب في العمل في مكان معين أو البقاء في وظيفة بعينها ندبا، إذ هو في مركز قانوني عام يجوز تغييره في أي وقت.⁽³¹³⁾

وأما في شأن الطعن في قرارات الندب في القضاء الإداري الكويتي، فإن الدائرة الإدارية لا تختص بطلب إلغاء تلك القرارات ويقضي بعدم اختصاصها ولثأياً، ومرجع ذلك - وعلى ما جري به قضاء محكمة التمييز - أن اختصاص الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية يقتصر على طلبات إلغاء القرارات الخاصة بالتعيين أو الترقية أو إنهاء الخدمة أو توقيع الجزاءات التأديبية وينأى عن اختصاصها قرارات الندب إلا أن تكون منطوية على عقوبة

311 حكمها في الطعن رقم 2002/688 إداري، جلسة 2003/4/21، الموسوعة السابقة، ص 297 وما تلاها.

312 حكمها في الطعن رقم 2011/755 إداري، جلسة 2014/2/11، الموسوعة الكتاب الأول، ج 1، ص 291 وما تلاها.

313 حكمها في الطعون أرقام 2011/667.687.669 اداري جلسة 2014/2/18، الموسوعة الكتاب الأول ج 1، ص 293.

تأديبية مقنعة مما تخص الدائرة أصلاً بنظره. (314)

والمقصود بالندب - الذي لا تختص الدائرة الإدارية بقراراته - وهو اتجاه إرادة الجهة الإدارية إلى شغل الوظائف بصفة مؤقتة تنظيمياً للعمل وفقاً لمتطلباته ودواعيه بما يكفل حسن سير المرفق. (315)

5- في خصوص النقل سواء المكاني أو الوظيفي؛

من المقرر أن إجراء النقل للمصلحة العامة سلطة خولها المشرع للجهة الإدارية، تجريه وفقاً لسلطتها التقديرية وحسب ما تمليه مصلحة العمل ومقتضياته، دون تعقيب عليها من القضاء، مادام لم يشب مسلكتها انحراف أو إساءة استعمال السلطة. (316)

ومن المستقر عليه أن النقل من إطلاقات الإدارة التي تترخص فيها بسلطة تقديرية ولا معقب عليها في إجراءاته طالما استهدفت به وجه الصالح العام في غير إساءة استعمال

314 حكمها في الطعن رقم 2009/349 إداري، جلسة 2015/2/10، الموسوعة السابقة، ص 282 وما تلاها. والطعون أرقام 689، 692، 2012/711 إداري، جلسة 2013/12/10، الموسوعة الكتاب السادس ج 12، ص 477 وما تلاها، وحكمها في الطعن رقم 2014/1417 إداري 2، جلسة 2017/1/17، (غير منشور).

315 حكم محكمة التمييز الطعن رقم 2005/1258 إداري، جلسة 2007/4/3، الموسوعة السابقة، الكتاب الأول ج 1 ص 283 وما تلاها، وفي نفس المعنى: الطعن رقم 2006/262، إداري، جلسة 2007/12/4، والطعن رقم 2007/194 إداري، جلسة 2009/4/21، الموسوعة السابقة، ص 286 وص 288 على التوالي، وأيضاً الطعن رقم 2007/245 إداري، جلسة 2009/3/17، الموسوعة، الكتاب الثاني، ج 6، ص 861 وما تلاها.

وجرى قضاء التمييز على أنه إذا كان قرار الندب لم يتضمن مدة محددة مما يكشف عن أن القرار المطعون فيه هو قرار ترقية مما يدخل الطعن عليه في اختصاص الدائرة الإدارية (الطعن رقم 2009/49 إداري جلسة 2011/12/16 الموسوعة، الكتاب الثاني، ج 6، ص 864 وما تلاها).

316 حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 52/13758 ق.ع، جلسة 2010/6/27، ص 55 و 56، وفي هذا المعنى الطعن رقم 16/725 ق.ع، جلسة 1975/3/9، ص 20، وما تلاها. وأيضاً الطعن رقم 17/189 ق.ع، جلسة 1981/1/31، ص 26، ع 1، ص 450. وقد جرى قضاء هذه المحكمة على أن سلطة الإدارة في نقل العامل سلطة تقديرية تجريها بمراعاة صالح العام ومقتضيات حسن سير المرافق العامة دون أن يكون للعامل حق التمسك بالبقاء في وظيفة معينة، فإذا لم تبغ الإدارة بنقل العامل الصالح العام أو انحرفت عن هذه الغاية واتخذت النقل سبيلاً إلى التنكيل بالعامل أو انزال العقاب به تكون قد أساءت استعمال سلطتها مما يصم القرار الصادر فيها بعدم المشروعية. (الطعن رقم 31/3470 ق.ع، و 32/935 ق.ع، جلسة 1988/2/7، ص 33، ج 1، ص 847 وما تلاها). وفي هذا المعنى، حكم محكمة القضاء الإداري، الدعوى رقم 4/831 ق.ع، جلسة 2007/10/27، المجموعة، ص 15 وما تلاها. صدور قرار النقل ممن يملكه قانوناً في حدود السلطة المخولة دون انحراف فيها أو إساءة استعمالها مستهدفاً للمصلحة العامة نتيجة ذلك لا يتفق ركن الخطأ في حق جهة الإدارة وبالتالي مسئوليتها المؤدية إلى التزامها بالتعويض (الطعن رقم 33/2227 ق.ع، جلسة 1992/5/9، ص 37، ع 2، ص 1367).

السلطة أو انحراف بها.⁽³¹⁷⁾ ونقل العامل من وظيفة لأخرى أو من مكان لآخر من الأمور التقديرية للجهة الإدارية، طالما كان رائدها في ذلك الصالح العام وما يتطلبه من ضمان حسن سير العمل وانتظامه دون أية معوقات، وبهذه المثابة فإن مبررات ممارسة هذا الاختصاص تتوافر كلما دعت اعتبارات المصلحة العامة إلى وجوب التدخل لإجرائه، يستوي في ذلك أن يتم النقل بمناسبة اتهام العامل بجرم يخل بواجبات وظيفته في الجهة التي يعمل بها أم في غير هذه الحالة، طالما أن النقل لا يتوسل به في ذاته بديلاً للعقوبة التأديبية أو عوضاً عنها، ذلك أن العامل لا ينهض له أصل حق في القرار في موقع وظيفي معين قد تحدد اعتبارات المصلحة العامة إلى إخلائه منه أو نقله إلى موقع آخر، طالما أنها قد التزمت فيه الشروط والأوضاع المنصوص عليها صراحة في هذا الشأن ولا يسوغ التحدي بأن إجراء النقل بسبب أو بمناسبة اتهام العامل ينطوي بحكم اللزوم على جزاء تأديبي، ذلك أن النقل في هذه الحالة قد تتحقق به مقومات المصلحة العامة شأن نقل العامل الذي لم تلاحقه أي من الاتهامات والجزاءات سواء بسواء، ذلك أن النقل بسبب الاتهام أو بمناسبته - لا يدل بذاته - طالما أن هذا الاتهام قد سلك في شأنه الاجراءات والأوضاع القانونية المقررة - على أن مصدر قرار النقل يستهدف من التأديب ما لم تقطع الأوراق بذلك صدقاً وعدلاً، وأن القول بغير ذلك من شأنه أن يصبح العامل الذي تحوم حوله الاتهامات وتسلك في شأنه الإجراءات التأديبية بأوضاعها المرسومة في وضع أكثر تميزاً من العامل البريء الذي يجوز نقله وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة وهو ما يتأبى مع المنطق القانوني السليم.⁽³¹⁸⁾

وقرار النقل - لكي يكون صحيحاً - أن يصدر عن السلطة المختصة بالتعيين، وبعد موافقة لجنتي شئون العاملين في الوجدتين المنقول منها والمنقول إليها، ولا يعتبر النقل نافذاً إلا من تاريخ اعتماد السلطة المختصة بالتعيين لقرار آخر لجنة مالم ينص القرار على تاريخ معين، وأن يكون النقل في حدود النسبة المئوية المقررة، وألا يترتب عليه تقويت دور العامل

317 حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 39/606 ق.ع، جلسة 1995/4/22، س 40، ج 2، ص 1627 وما تلاها. وحكم محكمة القضاء الإداري، الدعوى رقم 54/1481، جلسة 2008/1/28، المجموعة، ص 149 وما تلاها، والدعوى رقم 58/11865 ق، جلسة 2007/12/31، المجموعة ص 114 وما تلاها.

318 حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 47/5552 ق.ع، جلسة 2005/6/25، س 50، ج 2، ص 1293 وما تلاها. وحكمها في الطعن رقم 45/7439 ق.ع، جلسة 2006/6/1، س 51، ج 2، ص 921 وما تلاها.

المنقول في الترقيّة بالأقدمية أو نقل العامل إلى درجة أقل، وأن يرقى النقل إلى تحقيق الغاية التي شرع من أجلها وهي حسن سير المرافق العامة بإعادة توزيع العاملين بينها توزيعاً يحقق المصلحة العامة.⁽³¹⁹⁾

والنقل نوعان: نقل مكاني وآخر وظيفي:

أ- النقل المكاني:

من المقرر قضاءً أن النقل المكاني تجريه الجهة الإدارية بما لها من سلطة تقديرية مراعية في ذلك الصالح العام دون تعقيب مادام تصرفها قد خلا من إساءة استعمال السلطة.⁽³²⁰⁾

وقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أن النقل المكاني هو سلطة خولها المشرع للجهة الإدارية تجريه حسبما يميله عليها صالح العمل ومقتضياته بلا معقب عليها مادام قرارها قد برئ من سوء استعمال السلطة أو الانحراف بها، إذ ليس للعامل أن يتشبث بالبقاء في وظيفة معينة، أو بالعمل في مكان معين حرصاً منه على ما قد يحققه له ذلك من مزايا مادية أو معنوية أو أدبية ناشئة عن ظروف خارجة عن علاقة العمل ليحول دون نقله لما يترتب على ذلك من غل يد الجهة الإدارية في نقل العاملين بها وتغليب المصلحة الذاتية للعامل على صالح العمل، إذ ليس للعامل من حقوق أكثر من ألا يمس النقل وظيفته في درجتها أو راتبها أو أن يكون منطوياً على تنزيل أدبي لها، فإذا تم النقل في نطاق هذه الحدود ولأسباب تتعلق بالمصلحة العامة لم يكن للعامل حق في النعي على قرار نقله. وفي هذا الصدد وإذا كان الثابت من الأوراق أن نقل الطاعن تم لوظيفة تعادل وظيفته في الدرجة والمرتبة ولا ينطوي هذا النقل على أي تنزيل أدبي لوظيفته، كما لم يترتب عليه أي انتقاص لحقوقه، ولم تكشف الأوراق ولم يقدم الطاعن ما يدل على سوء استعمال الجهة الإدارية لسلطتها في هذا النقل أو

319 حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 46/7200 ق.ع، جلسة 2005/116، ص 50، ج 1، ص 423. ومن المقرر أن نقل العامل من وظيفة أخرى يترتب عليه أن تنقطع تبعية العامل للجهة المنقول منها وتزايه اختصاصات الوظيفة التي كان متولياً عملها، وتنقل تبعيته إلى الجهة المنقول إليها محملة بكافة الالتزامات التي التزم بها قبل الجهة منقول منها والملتصقة بالوظيفة العامة... (حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 16/274 ق.ع، جلسة 1975/3/15، ص 20، ص 269 وما تلاها).

320 حكم محكمة القضاء الإداري، القضية رقم 19/3303 ق.ع، جلسة 1969/1/30، المجموعة، ص 534.

انحرافها بتلك السلطة أو عدم تغليبها المصلحة العامة، وبالتالي يكون طلب إلغاء قرار نقله غير قائم على سند صحيح من القانون متعيناً رفضه. (321)

وقد جرى قضاء هذه المحكمة على أنه ولئن كان القضاء الإداري غير مختص في الأصل بمراقبة قرار النقل، إلا أن عدم اختصاصه بذلك مشروط بما إذا كان هذا القرار مكانياً صرفاً لا تحركه سوى حوافز الصالح العام وحسب التنظيم المرفقي المبرر لإعادة توزيع عمال المرافق العامة، وما إذا كانت الجهة الإدارية ترمي من وراء النقل إلى غمط حقوق أصحاب الدور في الترقيّة من الموظفين المستحقين لها بإلحاقهم بإدارات أو وزارات أخرى بغية استبعادهم من دائرة المتطلعين للترقيّة، وفي هذه الحالة الأخيرة يكون قرار النقل من القرارات التي تخضع لرقابة القضاء الإداري اعتباراً بأنه مقدمة للتخطي ووسيلة مستورة للحيلولة بين صاحب الدور وبين الحصول على حقه في الترقيّة بالأقدمية مما لم يكن النقل بناء على طلب الموظف، فإنه يكون باطلاً لمخالفته القانون، طالما أن جهة الإدارة قد قصدت من ورائه تقويت الترقيّة على الموظف المنقول، أما إذا تم النقل وفقاً لمقتضيات صالح العمل ومتطلبات المصلحة العامة، فإن للإدارة الحق في أن تجريه بما تتمتع به من سلطة تقديرية بلا معقب عليها في ذلك مادامت قد تغيّت من إصدار القرار الصالح العام، ولم تتعسف في استعمال سلطتها ولم تخالف القانون. (322)

كما جرى قضاء هذه المحكمة على أن نقل العامل من مكان لآخر مناطه تحقيق المصلحة العامة وحسن سير العمل وانتظامه، ويستوي في ذلك أن النقل كان بسبب أو بمناسبة اتهام العامل بجرم يخل بواجبات الوظيفة في الجهة التي يعمل بها أو في غير هذه الحالات، ولا يسوغ القول بأن مجرد إجراء النقل بسبب أو بمناسبة اتهام العامل ينطوي بحكم اللزوم على جزاء مقنع، وفي هذا الصدد ذهبت هذه المحكمة إلى أنه إذا كان القانون قد أجاز نقل العامل البريء الذي لم تشب سلوكه شائبة، فإنه - من باب أولى - يجوز نقل العامل المسيء، لأن القول بغير ذلك معناه أن يكون العامل المسيء في وضع أكثر تمييزاً من العامل البريء الذي يجوز نقله في أي وقت من وحدة إلى أخرى وفقاً لمقتضيات الصالح العام دون أن يكون

321 حكمها في الطعن رقم 21/49 ق.ع، جلسة 1984/12/9، س30، ع1، ص209.

322 حكمها في الطعن، رقم 14/314 ق.ع، جلسة 1976/3/21، س21، ص111.

له الحق في التمسك بالبقاء في وحدة معينة بذاتها.

ولما كانت المخالفات والسلوكيات المنسوبة إلى المطعون ضده لا تتفق مع طبيعة عمل ضابط هيئة الشرطة ولا تتناسب مع الرسالة التي يقوم بها لتحقيقها الأمر الذي يجعل وجود المطعون ضده في ميناء القاهرة الجوي يتعارض مع صالح العمل والصالح العام، كذلك صدر القرار المطعون فيه بنقله إلى مديرية أمن بنى سويف، هو بلا شك صدر وفقاً للسلطة التقديرية للجهة الإدارية التي حولها المشرع اتباع مثل هذا الإجراء مادام صدر مستنداً على أسبابه المستمدة من الواقع والقانون، وأن ليس به إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها، حيث إن الأوراق قد خلت مما يقيم قرينة إساءة استعمال السلطة.

وأضافت أن مواكبة قرار النقل لجزاء تأديبي يوقع على العامل لا ينطوي بذاته على عقوبة مقنعة بحسبان أن الوقائع المشكلة للذنب الإداري قد تستوي سنداً صحيحاً للنقل وباعثاً مشروعاً على إجرائه حرصاً على حسن سير العمل وانتظامه.⁽³²³⁾

ونقل العامل من جهة إلى أخرى في ذات درجته من قبيل النقل المكاني يدخل في نطاق السلطة التقديرية لجهة الإدارة تجريبه وفقاً لمتطلبات صالح العمل ودواعيه دون معقب من القضاء مادام قد خلا من الانحراف بالسلطة أو مخالفة القانون، فإذا تبين أن الإدارة استهدفت بالنقل المباحة بين مجموعة العاملين نشبت بينهم نزاعات وخلافات حادة تؤثر على حسن سير العمل وتندثر بمزيد من الإضرار بمصلحة العمل فقرار النقل مشروع.⁽³²⁴⁾

ومن المقرر النقل المكاني الذي تجريبه الإدارة لمصلحة المرفق ابتغاء التوزيع الجيد للعاملين به على نحو يحقق سيره بانتظام، لا يعتبر من قبيل العقوبات التأديبية ولا يلحقه

323 حكمها في الطعن رقم 38/3748 ق.ع. جلسة 1996/11/23، س42، ج1، ص215 وما تلاها، وفي هذا المعنى الطعن رقم 19/965 ق.ع. جلسة 1983/2/19، س28، ص492 وما تلاها، والطعن رقم 27/414 ق.ع. جلسة 1984/4/3، س29، ع2، ص960 وما تلاها. والطعن رقم 29/758 ق.ع. جلسة 1988/2/16، س33، ج1، ص921، وأيضاً حكم محكمة جلسة 2007/10/29، المجموعة ص36 وما تلاها.

324 حكم المحكمة الإدارية العليا، في الطعن رقم 26/1403 ق.ع. جلسة 1988/2/7، س33، ج1، ص828 وما تلاها. والمسلم به الفقه والقضاء الإداريين أن الجزاء التأديبي المقنع غير مشروع، أنه إذا ثبت أن قرار نقل العامل كان مقصوداً به مجازاته تأديبياً عن خطأ تأديبي يكون قرار واجب الإنهاء، أساس ذلك أن نقل العاملين لم يشرع من أجل اتخاذ وسيلة لمجازاة العامل المخطئ وإنما هو وسيلة لتحقيق أفضل لسير المرفق (الإدارية العليا الطعن رقم 31/2872 و2815 ق.ع. جلسة 1989/3/18، س34، ج2، ص735، والقضاء الإداري، القضية رقم 20/1054 ق.ع. جلسة 1968/4/10، المجموعة في ثلاث سنوات، ص294.

وصف التأديب، طالما لم يصدر عقب تحقيق أي واقعة معينة يأتي بعدها قرار النقل تعبيراً عن إرادة الجهة الإدارية في معاقبة العامل بحيث يكون قرارها في هذا الشأن ساتراً لجزاء تأديبي لم يرد النص عليه في القانون.⁽³²⁵⁾

والمسلم به الفقه والقضاء الإداريين أن الجزاء التأديبي المقنع غير مشروع، أنه إذا ثبت أن قرار نقل العامل كان مقصوداً به مجازاته تأديبياً عن خطأ تأديبي يكون قرار واجب الإلغاء، أساس ذلك أن نقل العاملين لم يشرع من أجل اتخاذه وسيلة لمجازاة العامل المخطئ وإنما هو وسيلة لتحقيق أفضل لسير المرفق.⁽³²⁶⁾

ب- النقل الوظيفي؛

من المستقر عليه في قضاء المحكمة الإدارية العليا أن نقل العامل من وظيفة إلى أخرى يدخل في نطاق السلطة التقديرية لجهة الإدارة تجريه وفقاً لما تراه لصالح العمل والصالح العام، وأنه لا معقب عليها في ذلك مادام تصرفها في هذا الشأن قد خلا من إساءة استعمال السلطة أو لانحراف بها، وطالما كان النقل غير منطوي على جزاء بأن تضمن نقلاً إلى وظيفة أدنى، ولم يفوت على العامل دوره في الترقية بالأقدمية، وأنه ليس للموظف الحق في البقاء في وظيفة معينة أو التمسك بها دون سواها، كما استقر القضاء على أن النقل المكاني صحيح مادام لا ينطوي على جزاء بتنزيل الموظف من الوظيفة التي يشغلها إلى وظيفة أخرى درجتها أقل درجة.

ومن حيث إنه ليس من حق الطاعن البقاء في وظيفة معينة كان يشغلها قبلاً، كما

325 حكم المحكمة الإدارية العليا، في الطعن رقم 33/1155 ق.ع، جلسة 13/5/1989، ص 34، ج 2، ص 970. والطنع رقم 17/189 ق.ع، جلسة 31/1/1981، ص 26، ع 1، ص 450.

وفي هذا الإطار، فإنه من المسلم به أن لجهة الإدارة رعاية للصالح العام ووفقاً لمتطلبات سير المرفق العام أن تنقل العاملين بها من مكان إلى آخر ومن وظيفة إلى أخرى قد ترى أنهم أقدر على ممارسة مسؤولياتها، وإذ خلت الأوراق مما يثبت أن نقل المدعي خارج محافظة الغربية يشوبه تنظيل لوظيفة المدعي أو إساءة إلى سمعته، ولكنه كما تنبئ الأوراق أنه قصد به تهدئة خواطر مواطني مدينة قطور على أثر ما نشأ بينهم وبين الطاعن من خلاف فإن النقل والحال كذلك لا يعد جزاء، كما أن اقتران هذا النقل بالجزاء الموافق على المدعي ليس في ذاته دليلاً على أن النقل ينطوي على جزاء مقنع تتعدد به العقوبة عن فعل واحد وذلك طالما أن النقل قصد به مصلحة العمل.

326 الإدارية العليا، الطعانان رقما 2815 و 31/2872 ق.ع، جلسة 18/3/1989، ص 34، ج 2، ص 735، والقضاء الإداري، القضية رقم 20/1054 ق.ع، جلسة 10/4/1968، المجموعة في ثلاث سنوات، ص 294.

أنه ليس من حقه التمسك بها دون سواها لأن ذلك قد يتنافى مع مصلحة المرفق الذي يعمل به. (327)

والمقرر أن النقل من وظيفة إلى أخرى من ذات الدرجة وبذات المجموعة النوعية هو أمر تترخص فيه جهة الإدارة تجريبه كلما استوجبت المصلحة العامة وحسن سير العمل في المرفق الذي تقوم عليه ولا رقابة للقضاء الإداري على جهة الإدارة مادام قرارها راعي القيود التي وضعها المشرع لمصلحة العامل المنقول ومنها عدم نقل إلى وظيفة درجتها أقل، ومادام خلا قرار النقل من إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها وهو من العيوب القصدية التي لا تفترض ويجب على المدعى إقامة الدليل عليه ويكفى لقيامه أن ينعهد السبب الذي قام عليه القرار وينطوي على تمييز بين العاملين الذين تتماثل ظروفهم وذلك دون مسوغ مقنع وأساس من الصالح العام. (328)

وجرى قضاء هذه المحكمة أن المشرع قد خول جهة الإدارة سلطة تقديرية واسعة في نقل العامل من وحدة إلى أخرى ومن وظيفة إلى أخرى وفق متطلبات العمل ودواعيه وفي إطار المصلحة العامة دون أن يكون للعامل أصل حق في التمسك بالبقاء في مكان أو وظيفة بعينها على أساس أنه يفيد منها خبرة أو أنه لم يطلب النقل منها، ذلك أن مركز العامل هو مركز قانوني يجوز تغييره في كل وقت وفق مقتضيات المصلحة العامة دون معقب على جهة الإدارة في ذلك، مادامت قد التزمت بالضوابط والإجراءات المقررة للنقل، وخلا قرارها من إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها. (329)

ويشترط لصحة نقل العامل من وظيفة لأخرى ألا يكون النقل إلى وظيفة درجة أقل مما يشغلها وألا يفوت عليه النقل دوره في الترقية بالأقدمية مالم يكن النقل بناء على طلبه، أما ماعدا ذلك فقد جعله الشارع موكولاً للسلطة التقديرية للجهة الإدارية تجريبه وفق ما تراه محققاً للصالح العام، إذا التزمت جهة الإدارة بهذه الضوابط فلا وجه للنعي على قراراتها مالم يثبت في حقها الانحراف بالسلطة، فسكوت المشرع عن النص على عدم جواز

327 حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 30/2456 ق.ع، جلسة 1989/12/23، ص 35، ج 1، ص 37 وما تلاها.

328 حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 41/3259 ق.ع، جلسة 1996/11/9، ص 42، ج 1، ص 132 وما تلاها.

329 حكمها في الطعن رقم 50/18240 ق.ع، جلسة 2009/4/11، ص 54، ص 401 وما تلاها.

نقل العامل إلى وظيفة أعلى، إلا أن هذا الحكم أمر تفرضه طبائع الأمور وتوجبه مقتضيات التنظيم الإداري والتسلسل الهرمي للوظائف، فضلا عن قواعد التوصيف والتقييم التي تحدد الشروط والموصفات الخاصة بكل وظيفة على نحو يمتنع معه بحال نقل العامل إلى وظيفة تعلق وظيفته أو لا يتوافر فيه شروط شغلها، ويؤكد ذلك أن الشارع حين أجاز النذب إلى وظيفة أخرى اشترط في هذه الوظيفة ألا تعلق مباشرة الوظيفة التي يشغلها العامل. وظاهر أن علة التفرقة - في هذا الصدد - بين النقل والنذب، أن الأول يتم على أساس استقرار العامل في الوظيفة المنقول إليها، بينما يتم النذب على أساس التوقيت وليس القرار والاستقرار.⁽³³⁰⁾

أما في خصوص الطعن على قرارات النقل في القضاء الإداري الكويتي، فإنها تخرج من نطاق اختصاصه، أساس ذلك أن الدائرة الإدارية تختص فحسب بنظر الطلبات - طبقاً لنص المادة (1) من القانون رقم 20 لسنة 1981 بإنشاء دائرة إدارية بالمحكمة الكلية المعدل بالقانون رقم 61 لسنة 1982- التي يقدمها الموظفون المدنيون بإلغاء القرارات الصادرة بالتعيين في الوظائف العامة المدنية والقرارات الإدارية الصادرة بالترقية أو القرارات الصادرة بإنهاء خدماتهم أو توقيع جزاءات تأديبية عليهم، مما مؤداه أن اختصاص الدائرة اختصاصاً ورد على سبيل التحديد والحصر،⁽³³¹⁾ ومن ثم فإن ما عداها يخرج عن اختصاصها ومن ذلك طلبات إلغاء قرارات النقل إلا إذا كانت تحمل في طياتها قرارات أخرى مقنعة مما تختص الدائرة أصلاً بنظره، كأن ينطوي على جزاء تأديبي مقنع أو على نقل نوعي يعتبر في حقيقة الأمر بمثابة تعيين كالنقل إلى وظيفة تغاير الوظيفة المنقول منها الموظف في طبيعتها أو مجموعة الوظائف الرئيسية التي تنتمي إليها أو نظام التوظيف الذي يحكمها، إذ العبرة في مثل هذه الحالات مما قصدت إليه جهة الإدارة حقيقة من اتخاذ قرارها، وليس بما وصفت به هذا القرار من وصف مخالف للحقيقة.

وذهبت محكمة التمييز - في هذا الصدد - إلى أن طلبات إلغاء القرارات الصادرة

330 حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 32/803، ع. جلسة 1/8/1989، ص 34، ج 1، ص 423.
331 حكم محكمة التمييز، الطعن رقم 1987/290 تجاري، جلسة 6/6/1988، الموسوعة السابقة، الكتاب الأول، ج 1، ص 258. وفي هذا المعنى، حكم محكمة التمييز، الطعن رقم 805 و 817/2001، إداري، جلسة 5/5/2003، الموسوعة السابقة، ص 260 وما تلاها.

بنقل الموظفين المدنيين تخرج عن اختصاص الدائرة الإدارية متى كانت تلك القرارات اتجهت بها إرادة الجهة الإدارية إلى إحداث الأثر القانوني المقصود بالنقل وهو تنظيم العمل وفقاً لمتطلباته ودواعيه بما يكفل حسن سير المرفق، دون أن تتخذ من تصرفاتها في هذا الشأن ستاراً يخفي قراراً مما تختص به الدائرة الإدارية بطلب إغائه، فالعبرة في تقرير مدى اختصاص الدائرة الإدارية هي بالنظر إلى طبيعة القرار محل النزاع وأركانه على ضوء ما عسى أن يسفر عنه التكيف الصحيح له، وصولاً إلى تحديد ما إذا كان يدخل في اختصاصها من عدمه. (332)

وذهبت محكمة التمييز إلى أن حجب بعض المنازعات الوظيفية عن ولاية القضاء لا يشكل حرماناً من حق التقاضي، على أساس أن المشرع استحدث قضاء إلغاء القرارات الإدارية تقتصر ولايته فقط على الدائرة الإدارية التي أنشأها وفي حدود القرارات المنصوص عليها في المادة الأولى وهي بالنسبة للموظفين المدنيين قرارات التعيين والترقية وإنهاء الخدمة وتوقيع الجزاءات التأديبية. أما غيرها من القرارات الإدارية الأخرى الخاصة بهم والتي لا تشملها فقد أرتأى المشرع لاعتبارات صالح العمل في الجهات الإدارية وحسن سير المرافق العامة وتمكيناً للسلطة التنفيذية من الاضطلاع بمهام وظيفتها وفقاً لما ينبغي أن يترك لها من ملاءمات تقديرية تمثياً مع مبدأ الفصل بين السلطات أن يخرج تلك القرارات من نطاق الطعن فيها أمام القضاء، بصفة عامة، وبالتالي فإن طلبات إغائها لا تخرج فقط عن اختصاص تلك الدائرة الإدارية بل وعن اختصاص الدوائر الأخرى بالمحكمة الكلية التي هي أصلاً محجوبة عن نظر الخصومات الإدارية والتي خصصت الدائرة المذكورة فحسب للفصل فيها. (333)

هذا القضاء - في تقديرنا - محل نظر كبير للأسباب الآتية :

أن حجب بعض المنازعات الوظيفية عن ولاية القضاء، يشكل - بلا أدنى ريب - حرماناً من حق التقاضي المكفول للناس طبقاً لنص المادة 166 من دستور الدولة، وليس لعكس ذلك، كما ذهب الحكم المشار إليه.

332 حكمها في الطعن رقم 208/2006 إداري، جلسة 2008/6/24، الموسوعة السابقة، ص 265.

333 حكمها في الطعن رقم 805 و817/2001 إداري، جلسة 2003/5/5، (سبق الإشارة إليه).

يتفرع على ذلك أن ثمة منازعات ليس له قاضي طبيعي يختص بالفصل فيها، وهو أمر مستغرب. وليس له مبرر أو سائغ مقنع أو مقبول، خاصة وأن المشرع لم يقرر طريقاً آخر موازٍ يلجأ إليه الموظف لاقتضاء حقوقه، ومؤدى ذلك استغلاق سبيل الطعن أمامه.

ولا يحتاج في ذلك القول بأن طريق التظلم الإداري مفتوح أمام الموظف، ذلك أنه غير مجد، إذ الإدارة خصم وحكم في آن واحد. إذ من غير المتصور أن ترجع الإدارة في قراراتها. وهو ما يخالف أبسط قواعد العدالة. خاصة وأنه في حال رفض التظلم فإنه لا سبيل أمام الموظف للطعن في هذا القرار، بمعنى آخر أن طريق الطعن موحد أمامه.

ومن مجموع الأسباب المتقدم بيانها، فإن مرسوم بقانون رقم 20 لسنة 1981 وما ورد عليه من تعديل ينطوي على شبهة عدم الدستورية، خاصة حق التقاضي.

ومن رأينا أن القضاء الإداري الكويتي - بعد مضي ما يقارب من ثلث قرن من الزمان - قد استقر بنيانه واشتد عوده ورسخت أقدامه وصار حصناً قوياً ومنيعاً في الذود عن حقوق الأفراد وحررياتهم، وملاًزماً أمنياً للأفراد وأيضاً الموظفين لاقتضاء حقوقهم من الإدارة، وفي الوقت نفسه حماية وصون أحكام الدستور والقانون والتمسك بقواعد المشروعية وتطبيقها على الكافة دون أدنى تفرقة، فاكسب ثقة الحاكم والمحكومين، ومن ثم فإنه أصبح رافداً للعدالة الإدارية بجوار القضاء العادي، الأمر الذي يستتبع معاودة النظر في مرسوم بقانون رقم 20 لسنة 1981 وما ورد عليه من تعديل، بحيث يصبح القضاء الإداري هو قاضي القانون العام، مما مؤداه اختصاصه بنظر سائر المنازعات الإدارية، بحيث لا تقلت أي منازعة مع جهات الإدارة عن نطاق اختصاصه ببسط رقابته عليها وبرد تصرفاتها وقراراتها إلى جادة الصواب وصحيح القانون.⁽³³⁴⁾

334 يؤيد البعض هذا النظر، بقوله «...أن نص المادة الأولى من قانون إنشاء الدائرة الإدارية قد حان وقت تعديله، ولم يعد هناك ثمة مبرر للإبقاء على القيود المفروضة بهذه المادة على اختصاص الدائرة الإدارية في شأن منازعات الموظفين ووجوب جعل الدائرة الإدارية ليس فحسب القاضي العام للمنازعات الوظيفية وإنما القاضي العام للمنازعات الإدارية. (المستشاران/ ناصر المعلا، وجمال الجلاوي، الموسوعة السابقة، ص280، هامش1).

ومن هذا الرأي د. محمود سامي جمال الدين، القضاء الإداري في دولة الكويت، الكويت ص35، وأيضاً د. ناصر غنيم الزيد، رسالته السابقة، ص68 وما تلاها.

6- الترخيص بمنح الإجازة بسائر أنواعها :

من المقرر أن منح الإجازة للموظف أو العامل أمر يدخل في نطاق السلطة التقديرية للجهة الإدارية وفقاً لمقتضيات مصلحة العمل، فيما عدا الحالات التي تلتزم فيها الجهة الإدارية بمنح الإجازة وهي واردة على سبيل الحصر وهي الأجازات المرضية وأجازة الوضع للعاملة والأجازة لمرافقة الزوج الذي رخص له بالسفر إلى الخارج بالشروط والأوضاع الوارد لكل منها. (335)

وقضت المحكمة الإدارية العليا بأنه من المقرر قانوناً أنه لا يجوز للعامل أن ينقطع عن عمله إلا لإجازة يستحقها في حدود الأجازات المقررة ووفقاً للضوابط والإجراءات التي تضعها السلطة المختصة، ومنها أن منح الإجازة للعامل أمر يدخل في نطاق السلطة التقديرية للجهة الإدارية وفقاً لمقتضيات مصلحة العمل وأن الحالات التي تلتزم فيها الجهة الإدارية بمنح العامل إجازة دون أن تختص بذلك هي حالات واردة على سبيل لحصر وهي الأجازات المرضية وإجازة الوضع للعاملة والإجازة لمرافقة الزوج الذي رخص له بالسفر إلى الخارج بالشروط والأوضاع الواردة لكل منها ومن ثم فإذا انقطع العامل عن العمل دون موافقة السلطة المختصة على منحه الإجازة المطلوبة في الحالات التي تترخص فيها، فإنه يعد مرتكباً لمخالفة تأديبية تستوجب الجزاء عنها.

ومن حيث إن ما يدعيه الطاعن بتقديمه طلباً لتجديد إجازته إذ كان يعمل بدولة الجزائر لا يدخل في نطاق إحدى الحالات التي تلتزم فيها الجهة الإدارية بمنحها وإنما تدخل في عموم الأجازات التي تترخص فيها وفقاً لسلطتها التقديرية، ومن ثم فإنها طالما لم يتم منحه تلك الإجازة فإن انقطاعه عن العمل يشكل مخالفة تأديبية في حقه ولا ينفى مجرد تقديمه طلب تجديد الإجازة المزعوم، ومن ثم يكون ما يتمسك به الطاعن في هذا الشأن، غير مؤثر

335 تعرف الإجازة بأنه انقطاع إرادي مشروع عن العمل نظم المشرع أحكامه تنظيمياً دقيقاً، فبين أنواع الأجازات وأحوال استحقاق كل منها، وسلطة جهة الإدارة بشأنها مقيدة كانت أو تقديرية وواجبات العامل وحقوقه حال قيامه بها. وحظر على العامل أن ينقطع عن عمله دون أن يكون حاصلًا على إجازة من الإجازات التي عددها والإوقع في حماة المخالفة القانونية التي تستهض المساءلة التأديبية أو تقييم قرينة على الاستقالة الحكيمة مالم تقبل جهة الإدارة عذره وتعتبره في إجازة من تلك التي بينها المشرع (فتوى الجمعية العمومية لتسمي الفتوى والتشريع، رق 693 بتاريخ 2005/6/22، جلسة 2005/5/18، ملف رقم 1531/4، س 59، ج 2، ص 233 وما تلاها).

على سلامة الحكم المطعون في فيما انتهى إليه من ثبوت المخالفة وتكييفها ومجازاته عنها ويغدو الطعن فاقد الأساس القانوني مستوجباً الرفض.⁽³³⁶⁾

وجرى قضاء المحكمة الإدارية العليا أن منح الإجازة بدون مرتب جوازية لجهة الإدارة للأسباب التي يبينها العامل وتقدرها السلطة المختصة في ضوء القواعد العامة المجردة التي تضعها وتكون متفقة مع الدستور والقانون، ولم يعلق القانون الإجازة على سداد مبالغ معينة، في المقابل فإن تحصيل الضرائب لا بد أن يتم بنص القانون الصريح، أما الرسوم فيجوز تحصيلها بناء على قانون ينص على ذلك، فرض الجهة الإدارية ضريبة على العاملين الراغبين في السفر للخارج مقابل منحهم إجازة بدون مرتب دون الاستناد لنص قانوني، في صورة ضريبة أو رسم، ومن ثم يكون تحصيل تلك المبالغ بهذا الوصف مخالفاً للقانون، وليس ثمة أساس قانوني لفرضها، ومن ثم يكون تحصيل تلك المبالغ بهذا الوصف مخالف للقانون، ويغدو تحصيلها من المطعون ضده بغير وجه حق.⁽³³⁷⁾

كما جرى قضاء هذه المحكمة على التسوية في أجازة الحج بين المسلمين والمسيحيين، باعتبارها إجازة وجوبية طبقاً لنص القانون.

وذهبت في هذا الصدد إلى أن قانون العاملين المدنيين بالدولة قد تضمن النص في المادة (71 منه) على حق العامل في الحصول على إجازة بأجر كامل لأداء فريضة الحج، وصياغة النص على هذا النحو، يأتي عاماً مجرد أو لو كان المشرع قصد تخصيص الإجازة وقصرها على العامل المسلم فقط لإضافة كلمة المسلم إلا أن تخصيص النص على هذا النحو لا يتفق وفكر ومقاصد المشرع الذي يتضح في النصوص المتعددة التي سوى فيها المشرع بين فريضة الحج وزيارة بيت المقدس، على النحو الوارد في قانون العمل رقم 37 لسنة 1981 المعدل بالقانون رقم 12 لسنة 2003، وهذا التفسير هو الذي يتمشى مع النص الدستوري الذي حظر التفرقة بين المواطنين بسبب الجنس أو الدين، ومن ثم فإن الأقباط جزء من النسيج الوطني المصري لهم ما للمسلمين وعليهم ما عليهم.

336 الطعن رقم 40/332 ق.ع، جلسة 1996/1/20، س41، ج1، ص373 وما تلاها.

337 حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 45/5526 ق.ع، جلسة 2005/7/3، س50، ج2، ص1383 وما تلاها.

كذلك فإن هذا التفسير هو الذي يتمشى مع الدستور المصري جعل الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع، وأنه لما كان ذلك وكانت الشريعة الإسلامية الغراء تنظر إلى المسيحيين باعتبارهم أخوالاً وأصحاباً وأعواناً على العدو وأن على السلمين حماية الصوامع والهياكل والصلبان، وعليهم أيضاً حماية الحق الطبيعي للمسيحيين في أداء واجباتهم الدينية وإقامة شعائرتهم في جو الحرية والمساواة.

ومن جماع ما تقدم فإنه لا يمكن تفسير نص المادة (71) سالفه الذكر بما يقصرها على حق المسلم دون المسيحي في إجازة خاصة بأجر كامل لمدة شهر ولمرة واحدة طوال حياته الوظيفية بل أن هذا النص ينطبق على المسيحيين أيضاً. (338)

وقد أخذت محكمة التمييز بهذا النظر بقولها: ”ومن المقرر أنه وإن كانت الإجازة الدورية حقاً للموظف تمنح له بناء على طلب وبعد موافقة الجهة الإدارية عليها إلا أنه لا يجوز للموظف بعد صدور موافقة جهة الإدارة على منحه الإجازة الغاءها بغير موافقة ذات جهة عمله“. (339)

وذهبت إلى أن الإجازة المرضية حق للموظف متى قام سببها، ولا يجوز مؤاخذة الموظف على القيام بها. (340)

كما ذهبت إلى وجوب التوازن بين حق الموظف في القيام بأجازاته الدورية واستنفاد رصيده معها عينا بالقيام بها وبين حق جهة العمل في رفضها واستخدام الموظف لهذا الرصيد بما يضر بمصلحتها ويؤدي لاضطراب شئونها. (341)

7- في مجال منح مقابل عن الجهود غير العادية أو بدل الندب:

من المقرر قضاءً أن منح مقابل عن الجهود غير العادية أمر تترخص فيه الإدارة بما لها من سلطة تقديرية، يتوقف مناط استحقاق هذا المقابل على بذل العامل في أثناء وقت

338 حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم 46/8781 ق.ع. جلسة 2005/3/26، س 50، ج 1، ص 835 وما تلاها.

339 حكمها في الطعن رقم 217/1988 تجاري، جلسة 1989/2/5، الموسوعة، الكتاب السادس ج 11، ص 825.

340 حكمها في الطعن رقم 117/2008 إداري، جلسة 2011/8/18، الموسوعة السابقة، ص 834 وما تلاها.

341 حكمها في الطعن رقم 331/2008 إداري جلسة 2011/2/9 الموسوعة السابقة، ص 843 وما تلاها.

العمل الرسمي جهداً غير عادي، وهو ما أدى بالمشرع إلى أن يجعل هذا الاستحقاق وفقاً لنظام وقواعد تضعها السلطة المختصة، وأن هذه السلطة المختصة، وهي تضع هذه القواعد والضوابط والحدود التي يستحق العامل فيها مقابلاً عن الجهود غير العادية، تملك تحديد فئات معينة لاستحقاق هذا البديل دون غيرها مادام قد استقر تقديرها على أن هذه الفئات تبذل في عملها الجهد غير العادي والذي هو مناط استحقاق مقابل الجهود غير العادية، والقواعد والضوابط التي تحكم هذا الاستحقاق وهي بذلك تمارس السلطة التقديرية الممنوحة لها بحكم القانون ولا يكون ثمة إلزام عليها وهي تضع هذه القواعد والضوابط بإدراج طائفة من العاملين من المستحقين لهذا المقابل ولا يمكن أن يكون تحديدها لطائفة دون أخرى دليلاً على إساءة استعمال سلطتها التقديرية، ومن ثم فإن مطالبة الطاعن بإضافة الخبراء المهندسين إلى القرار رقم 4362 لسنة 1978 بتحديد الطوائف المستحقة لمقابل الجهود غير العادية، تفقد أساسها القانوني خليقة بالرفض.⁽³⁴²⁾

وهو ما أخذ به قضاء التمييز في شأن قرار منح مكافأة الأعمال الممتازة، إذ أن منح هذه المكافأة منوط بإصدار قرار وزير المالية وذلك في ضوء ما يؤديه كل موظف أو مستخدم أو عامل من جهد في مجال عمله، وفي حدود الاعتمادات المالية المقررة في الميزانية.⁽³⁴³⁾

8- في مجال فحص الإنتاج العلمي ومعادلة الدرجات العلمية :

استقر قضاء المحكمة الإدارية العليا⁽³⁴⁴⁾ على أن المشرع وإن ناط باللجنة العلمية الدائمة فحص الإنتاج العلمي للمرشح لشغل وظيفة استاذ وأستاذ مساعد وتقديم تقرير مفصل عن هذا الإنتاج وبيان ما إذا كان يرقى لاستحقاق المرشح للوظيفة التي تقدم إليها،

342 الطعن رقم 36/1526 ق.ع، جلسة 1994/7/18، ص 37، ع 2، ص 1824 وما تلاها.

وفي هذا الصدد، ذهبت محكمة القضاء الإداري إلى أن الندب في غير أوقات العمل الرسمية، التزام الجهة المنتدب إليها بمنح الموظف المنتدب لها بدل الانتداب، فالقاعدة أن الأجر مقابل العمل، لا يجوز الاحتجاج بنفاذ الاعتماد، لا يضار العامل من نفاذ الاعتماد، الاحتجاج بالسلطة التقديرية لجهة الإدارة لا يكون بخصوص حقوق الموظفين المكتسبة من قرارات نافذة المفعول. ومن حيث إنه لا اعتداد بما ذهبت إليه الجهة الإدارية من أن الموظف كان عليه أن ينهي انتدابه متى تبين له عدم صرف البديل المقرر له، فالموظف لا يتأتى له أن ينهي يارادته المنفردة تكليفه بأداء أعمال معينة والجهة الإدارية هي التي طلبت ندبه لأداء هذه الأعمال. (حكمها في الدعوى رقم 24/252 ق.ع، جلسة 1970/11/16، ص 25، ع 150).

343 حكمها في الطعن رقم 2002/563 إداري، جلسة 2003/12/15، الموسوعة الكتاب الثاني، ج 4، ص 480 وما تلاها.

344 حكم المحكمة الإدارية العليا، في الطعن رقم 32/1959 ق.ع، جلسة 1991/1/13، ص 36، ع 1، ص 483، وما تلاها.

إلا أن المشرع لم يقيد مجلس الجامعة برأي اللجنة العلمية فلا شبهة في أن تقريرها لا يعدو أن يكون تقريراً استشارياً يسترشد به مجلس الجامعة وهو سلطة التعيين في هذا الشأن، إذ أن القول بالالتزام بمجلس الجامعة بتقرير اللجنة المذكورة مع عدم وجود النص الذي يفرض هذا الالتزام يتنافى مع ما هو متروك لسلطة التعيين من مرجحات التعيين وملاءماته، ومن ثم كان لمجلس الجامعة أن يعقب على تقرير اللجنة العلمية وأن يعيد تقييم إنتاج المرشح ولاعضاضه في أن يكون له ذلك فله من خبرة وكفاية أعضائه وهم من الصفوة المختارة من رجال العلم في الجامعة، وما يؤهله لممارسة سلطته التقديرية بكفاية واقتدار، إلا أن ممارسة هذه السلطة تخضع لرقابة القضاء للتحقق من عدم مخالفة هذا القرار للقانون وخلوه من إساءة استعمال السلطة.

وعكس ذلك ذهبت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر بتاريخ 20/12/2015 إلى أن سلطة لجنة التقييم في تقييم الأبحاث المقدمة إليها هي سلطة تقديرية لا معقب عليها ما دام تقريرها قد خلا من إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها.⁽³⁴⁵⁾

ومن المقرر أن اللجنة العلمية هي صاحبة الاختصاص في تقرير معادلة الدرجات العلمية الأجنبية بالدرجات العلمية التي تمنحها الجامعات المصرية، وتتمتع هذه اللجنة بسلطة تقديرية واسعة عند قيامها بمعادلة الدرجات العلمية، بحسبان أن ما تقوم به هو عمل فني بحت، ومن ثم فإن القضاء لا يستطيع أن يحل نفسه محل اللجنة المذكورة في القيام بهذا العمل ذي الطبيعة الفنية، ورقابة القضاء الإداري على أعمال تلك اللجنة تقف عند حد خلو القرار الإداري الصادر في هذا الشأن من الانحراف بالسلطة أو التعسف في استعمالها⁽³⁴⁶⁾

وفي هذا الإطار ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أن إقرار المجلس الأعلى للجامعات معادلة أية شهادة علمية من تلك الشهادات، تندرج ضمن منظومة الشهادات العلمية المعترف بوجودها وأثارها، دون تمييز بينها ومثيلاتها المعادلة لها الصادر عن الجامعات المصرية،

345 حكمها في الطعن رقم 59/29774، ع. جلسة 20/12/2015، س. 61، ج. 1، ص. 269 وما تلاها.

346 حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 48/3265، ع. جلسة 27/2/2005، س. 50، ج. 1، ص. 687 وما تلاها.

مما مؤداه لا اختصاص للجهة الإدارية القائمة على التعيين في الوظيفة العامة بالنظر في مدى معادلة المؤهل المتقدم، ولا يجوز لها استبعاده لهذا السبب. (347)

وفي رأينا أن الاتجاه الأخير للمحكمة هو الأولى بالتأييد والاتباع، ذلك أن تخويل مجلس الجامعة ولاية التعقيب على رأي اللجنة العلمية إنما يفضي إلى التدخل في صميم اختصاصها وإذا كان لمجلس الجامعة رأي، فله أن يعيد الأمر إلى اللجنة بما يراه من رؤى أو استفسارات وليس ملاحظات.

وهو ما أخذت به محكمة التمييز حيث ذهبت إلى أنه: ”من المقرر- في قضاء هذه المحكمة - أن تقييم المؤهلات العلمية ومعادلة الشهادات الدراسية من المسائل الفنية التي تستقل بها الجهة الإدارية القائمة على شؤون التعليم بأجهزتها المتخصصة وفقاً للضوابط والمعايير العلمية والفنية التي تقررها، في هذا الشأن، دون معقب عليها في ذلك. ولا يجوز للقضاء الإداري أن يحل محل الجهة الإدارية في هذا التقييم حتى لا يؤدي ذلك إلى تدخل القضاء في أمور فنية هي من صميم اختصاص الجهة الإدارية المنوط بها الأمر، وبالتالي فإن رقابة القضاء الإداري يقف حدها الطبيعي بما ليس فيه تغول على سلطة الإدارة بأجهزتها الفنية في هذا المقام، فلا تمتد إلى التدخل بالموازنة والترجيح أو التعقيب على هذا التقييم، طالما لم يثبت من الأوراق أن قرارها في هذا الشأن قد جاء مشوباً بعيب إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها عن غايتها. (348) وعلى هذا الأساس ذهبت إلى إلغاء قرار معادلة شهادة الماجستير لعدم توافر شروط المعادلة. (349)

ب- في خارج نطاق علاقات الوظيفة العامة :

تتمتع الإدارة - وهي بصدد مباشرة وظيفتها في إنشاء وإدارة أو تسيير المرافق

347 حكمها في الطعن رقم 58/29232 ق.ع، جلسة 2016/3/20 (سبقته الإشارة إليه).
348 حكمها في الطعن رقم 2011/145 إداري/1، جلسة 2012/11/14، وذات المبدأ الطعن رقم 2011/331 إداري/1، جلسة 2012/11/14 الموسوعة السابقة، الكتاب الثاني ج3، ص339 وما تلاها، وحكمها في الطعن رقم 2010/580 إداري جلسة 2012/3/7، الموسوعة السابقة، ص337. وحكمها في الطعن رقم 2011/658 إداري/1 جلسة 2012/6/13، الموسوعة الكتاب الثالث، ج5، ص659 وما تلاها.
349 حكمها في الطعون أرقام 502 و 549 و 650/2017 إداري/2، جلسة 2018/2/21 (غير منشور).

العامة بسائر أنواعها- بسلطة تقديرية واسعة حتى تتمكن من حسن إدارة تلك المرافق وضبط أدائها وضمن الوفاء باحتياجات الأفراد المتزايدة، ومواكبة التطورات التي تسهم في سرعة وحسن الأداء.

ونسوق أمثلة لما تتمتع به الإدارة من سلطة تقديرية، في هذا الصدد، وهي ترد - هنا - على سبيل المثال لا الحصر⁽³⁵⁰⁾ وذلك على الوجه الآتي:

1- في مجال إنشاء المرافق العامة :

من المتفق عليه فقها وقضاً أن الإدارة أثناء تسييرها للمرفق العام لإشباع حاجات الأفراد بالخدمات التي يقوم عليها هذا المرفق لا تتقيد بأسلوب محدد أو طريق لأداء هذه الخدمة، بل تترخص في اختيار الوسيلة بما لا معقب عليها من القضاء، شريطة ألا تسيء استعمال سلطتها التقديرية المخولة لها في هذا الشأن أو تتحرف في استخدامها. فالأصل أن إنشاء هذه المرافق والخدمات يعد من إطلاقات جهة الإدارة التي لها أن تقرر إنشاءها، كما لها أن تعدل عن ذلك أو أن تقوم بتنفيذها جزئياً طبقاً لما تراه ملائماً ومناسباً ولا معقب عليها في ذلك، لا سيما إذا تعلق الأمر بأصول فنية ارتأتها الجهة الإدارية في إنشاء المرافق أو العدول عنها وكان هدفها من وراء ذلك أداء الخدمة في شكلها وجوهرها الذي يفيد جمهور المستفيدين منها مع الاقتصاد في النفقات محافظة على المال العام.⁽³⁵¹⁾

كما ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أن مشروعات الطرق والشوارع العامة، إعدادها وتعديلها وصيانتها من الملاءمات المتروكة للإدارة، لا يملك القضاء الإداري أن يستأنف الموازنة والترجيح بين مشروع وآخر سواء من الناحية التخطيطية أو من ناحية العبء الذي تتحمله الخزنة أو من ناحية الضرر الذي يصيب الملاك أصحاب الشأن.⁽³⁵²⁾

350 ومن قبيل ذلك ما جرى عليه قضاء المحكمة الإدارية العليا من أن تقدير المتقدم للتشريع لعضوية لجان مجالس الاتحادات الطلابية من ذوي النشاط المحوظ في مجال عمل اللجنة التي يرشح نفسه فيها وإن كان مما تترخص فيه جهة الإدارة بما لها من سلطة تقديرية، إلا أنه يجب أن يكون تقديرها مستندة إلى عناصر صحيحة مستمدة من أصول ثابتة تنتجها وتسيغها، فإذا لم يكن كذلك كان تقديرها غير قائم على سبب الصحيح ومخالفاً للقانون، (الطعن رقم 42/386 ق.ع، جلسة 19/3/1997، ص 42 من 468).

351 حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 41/5271 ق.ع، جلسة 13/4/2002، (سبقت الإشارة إليه).

352 حكمها في الطعن رقمي 973 و 8/984 ق.ع، جلسة 2/5/1964، أبو شادي، الإدارية العليا، ج 2، ص 1785.

وأضافت المحكمة أنه ولئن كانت الجهة الإدارية المطعون ضدها قد عدلت عدولا جزئياً عن تنفيذ قرارها المتضمن تدعيم القرية بأعمدة إنارة المذكورة، إلا أن هذا العدول قد استند إلى أصول فنية تدخل في صميم اختصاصها بما لا يعقب عليها من القضاء في هذا الشأن، فضلاً عن أن هذا العدول كان عدولاً في التنفيذ من الناحية الفنية فقط، وليس من ناحية عدد أعمدة الإنارة جهد منخفض الصادر بها موافقة كل من محافظ الشرقية وهيئة كهرباء الريف، ومن ثم تكون الجهة الإدارية المطعون ضدها قد نفذت قرارها بإنارة القرية المشار إليها بعدد سبعة أعمدة إنارة جهد منخفض تنفيذاً كاملاً لا مطعن عليه وتكون دعوى الطاعن بإلغاء هذا القرار قد جاءت فاقدة لسندها، جديرة بالرفض.

ومن المقرر قانوناً أن السلطة التقديرية المخولة للسلطة الإدارية في مختلف مجالات المرافق العامة، ليست مطلقة بل تخضع للرقابة القضائية، استهدافاً لرقابتها، وضماناً لتحقيق المصلحة العامة وهو المبدأ الذي استقر عليه القضاء الإداري، فكل سلطة تقديرية غير معصومة من الرقابة القضائية.⁽³⁵³⁾

وهو ما سارت عليه محكمة التمييز الكويتية في حكمها الصادر في 27 من ديسمبر سنة 2005⁽³⁵⁴⁾ وجاء فيه: “ من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن لجهة الإدارة اختيار الأسلوب الملائم في أداء الأعمال المنوطة وبما يحقق إدارة المرافق العامة بانتظام واطراد ولها اختيار الوسيلة المناسبة مما هو متاح لها قانوناً.. “.

كما ذهبت إلى أن للإدارة سلطة تقديرية في اختيار أسلوب إدارتها للمرفق العام دون إلزامها باتباع أسلوب محدد ومن ذلك ملائمة استخدامها لسلطة التنفيذ المباشر وفقاً لظروف الحال التي تترخص في تقديرها..⁽³⁵⁵⁾

353 راجع حكم محكمة القضاء الإداري، القضية رقم 15/499 ق، جلسة 1968/6/27، المجموعة، ص356 وما تلاها.
354 حكمها في الطعن رقم 2004/1113 إداري، جلسة 2005/12/27، الموسوعة الكتاب الثاني، ج3، ص249. وفي ذات المعنى حكمها في الطعن رقم 2005/105 إداري، جلسة 2006/5/9، الموسوعة السابقة، ص 250، والطعن رقم 2000/856 إداري، جلسة، 2007/6/26، الموسوعة السابقة ص255.
355 حكمها في الطعن رقم 2005/505 إداري، جلسة 2006/12/19، الموسوعة السابقة ص251 وما تلاها.

كما قضت بتأييد قرار الإدارة باستحداث شارع بمنطقة المنقف. (356)

2- في شأن الترخيص بشغل الطريق العام؛

جرى قضاء المحكمة الإدارية العليا⁽³⁵⁷⁾ على أن المشرع حظر إشغال الطريق العام بغير ترخيص من السلطة المختصة وأجاز للسلطة الأخيرة أن تلغي الترخيص أو تنقص مدته أو المساحة المرخص في إشغالها وفقاً لمقتضيات التنظيم أو الأمن العام أو الصحة أو حركة المرور أو الآداب العامة أو جمال تنسيق المدينة. ومؤدي ذلك أن الجهة الإدارية المختصة تتمتع بسلطة تقديرية واسعة إزاء ما تصدره من تراخيص بإشغال الطرق العامة حيث تملك إلغاء الترخيص أو إنقاص مدته أو المساحة المرخص في إشغالها، إلا أن ذلك منوط بتحقيق موجب لذلك ومقتضي له من الأسباب التي حددها المشرع، كما يجوز للسلطة المختصة إذا ما حدث إشغال للطريق العام بغير ترخيص أن تقوم بإزالته بالطريق الإداري على نفقة المخالف إذا كان هذا الإشغال فيه إخلال بمقتضيات التنظيم أو الأمن العام أو الصحة أو حركة المرور أو الآداب العامة أو جمال تنسيق المدينة، فیتعين، والحال كذلك، أن يقوم قرار الإزالة الذي تصدره السلطة الإدارية في هذه الحالة على سبب من تلك الأسباب التي حددها القانون.

وأنه ولئن كان صحيحاً أنه لا محل لرقابة القضاء الإداري على الملاءمات التقديرية التي تباشرها السلطة الإدارية المختصة عند إصدارها القرار، إلا أن مناط ذلك هو أن يصدر القرار مستهدفاً الصالح العام - وفي مجال الطعن على القرار الإداري وطرح الموضوع

356 حكمها في الطعن رقم 2012/785، إداري/2، جلسة 2016/3/18 (غير منشور).

357 حكمها في الطعن رقم 34/1803 ق.ع، جلسة 1994/10/30، س40، ج1، ص169.

«من المقرر أن الترخيص في إشغال الطريق محدد المدة يجري تجديده وفقاً للضوابط والشروط المقررة قانوناً، وذلك باعتبار أن الترخيص بشغل الطريق العام وإنما هو انتفاع غير عادي بالمال العام، لأن هذا الانتفاع لا يتفق مع الغرض الأصلي الذي خصص له المال العام، وفي هذا الانتفاع غير العادي يكون الترخيص للأفراد باستعمال جزء من المال العام من قبيل الأعمال الإدارية المبنية على مجرد التسامح وتتمتع الإدارة بالنسبة إلى هذا النوع من الانتفاع بسلطة تقديرية واسعة - فيكون لها إلغاء الترخيص في أي وقت بحسب ما تراه متفقاً مع الصالح العام باعتبار أن المال العام لم يخصص في الأصل لمثل هذا النوع من الانتفاع وأن الترخيص باستعماله على خلاف الأصل عارض بطبيعته، ومن ثم قابلاً للإلغاء أو التعديل في أي وقت لدواعي المصلحة العامة، إلا أن سلطة جهة الإدارة في إلغاء الترخيص أو في إنقاص مدته مشروطة بتوخي المصلحة العامة والمتمثلة في مقتضيات التنظيم أو الأمن العام أو المصلحة العامة أو حركة المرور أو الآداب العامة أو جمال تنسيق المدينة، وفي إطار من التنظيم العام والقواعد العامة التي تستهدى بها الإدارة وهي بصدد إلغاء التراخيص كلها أو بعضها في منطقة ما أو تحديد مكان آخر لمباشرة ما يتحده الترخيص ويخضع قرار الإدارة الصادر بإلغاء الترخيص أو بعدم تجديده أو بإنقاص مدته لرقابة القضاء الإداري رقابة مشروعية تستهدف وزن القرارات بميزان القانون، فإذا ثبت صدور القرار الإداري مخالفاً لحكم القانون أو منحرفاً عن تحقيق الصالح العام فإنه يقضي بإلغائه». (حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 3204 و38/3407 ق.ع، جلسة 1995/4/16، س40، ج2، ص1596 وما تلاها).

على القضاء - لا يكفي الإلغاء الترخيص بشغل الطريق العام، لعدم تجديده أو لإنقاص مدته أن تكون الدواعي والمبررات ثابتة في يقين رجال الإدارة أو بموجب أوراق ومستندات يحتفظون بما لديهم، وإنما يتسنى الحكم بشرعية ذلك القرار إلا على مقتضى ما يقدم إلى المحكمة من مستندات وما يثبت في يقين المحكمة من هذه المستندات لقيام مبررات صدور القرار المطعون فيه. (358)

والمستقر عليه أنه يجوز للجهة الإدارية حفاظاً على الصحة العامة والأمن العام وحركة المرور بالشوارع وجمال تنسيق المدينة أن تتخذ كافة الإجراءات اللازمة لتحقيق ذلك ومنها جواز نقل المحلات أو الأسواق المرخص لها لتحقيق هذه الأهداف أو بعضها مادامت توفر أماكن بديله لهذه المحلات والأسواق وسلطتها في تقدير ذلك مطلقة مالم يشبها إساءة استعمال السلطة.

ومتى أفصحت جهة الإدارة عن أسباب ذلك القرار وهو أن تجمع تجار السمك في هذا الشارع يعوق حركة المرور، ولذا فقد أنشأت سوقاً جديداً لبيع الأسماك ونقلت إليه أصحاب المحلات ومنهم المطعون ضده، فمن ثم يكون القرار المطعون فيه قائماً على أسباب صحيحة لتحقيق الأمن العام والسكينة العامة وللحفاظ على الصحة العامة وهي الأمور التي تخضع لتقدير جهة الإدارة، ولذا لا محل للطعن على هذا القرار سيما وأن جهة الإدارة وفرت مكاناً بديلاً للمطعون ضده بشأن نظرائه من تجار الأسماك في هذا الشارع، ومن ثم يتعين الحكم برفض طلب إلغاءه. (359)

3- في شأن تقدير قيمة البضاعة المستوردة:

المستقر عليه في قضاء المحكمة الإدارية العليا⁽³⁶⁰⁾ أن مصلحة الجمارك تتمتع

358 حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم 3204 و38/3407 ق.ع، جلسة 1995/4/16، (سبق الإشارة إليه).

359 حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 44/1957 ق.ع، جلسة 2003/3/26، س48، ص621 وما تلاها.

360 حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 42/5360 ق.ع، جلسة 2005/7/2، س50، ج2، ص1356.

وفي هذا الإطار ذهبت المحكمة الإدارية العليا، إلى أن خلق قانون الجمارك من النص على تحصيل قيمة البضاعة بعد مدة معينة، مؤدى ذلك أعمال القاعدة العامة بشأن تحصيل القرارات الإدارية بعد مضي ستين يوماً من صدورها (حكمها في الطعن رقم 32/743 ق.ع، جلسة 1989/1/7، س34، ج1، ص1410).

وهي تتولى تقدير قيمة البضاعة المستوردة بسلطة تقديرية واسعة، فلا تقتيد لزاماً بالفواتير والمستندات أو العقود التي يقدمها صاحب البضاعة، ويكون للمصلحة معاينة البضاعة للتحقق من نوعيتها وقيمتها للبند الجمركي، والأصل أن تتم المعاينة داخل نطاق الدائرة الجمركية. كما يجوز إعادة المعاينة مادامت البضاعة تحت رقابة المصلحة، بحيث لا يكون لها بعد ممارسة هذه السلطة التقديرية الواسعة في معاينة البضاعة، ومطابقتها للبيان الجمركي والمستندات المتعلقة به والتحقق من نوعها وقيمتها ومنشأها إلى غير ذلك ما يمكنها من تقدير ثمن البضاعة وتحديد التعريف الجمركية الخاضعة لها وتسوية الضريبة والرسوم الجمركية على أساس ذلك وتحصيل الضريبة والإفراج عن البضاعة لا يجوز لها معاودة النظر في تقدير قيمة البضاعة مرة أخرى بسند من أن المستورد لم يذكر القيمة الحقيقية للبضاعة أو نوعها أو غير ذلك من بيانات شهادات الإفراج الجمركي،⁽³⁶¹⁾ طالما كان بوسعها ذلك قبل الإفراج عنها بما لها سلطة تقديرية حولها القانون أن تتحقق من صحة البيانات ومطابقتها للبضاعة الواردة، والقول بغير ذلك يؤدي إلى زعزعة الاستقرار في المعاملات التجارية ويدفع المصلحة إلى التراخي في أداء اختصاصها.

وهذا الاتجاه أخذت به محكمة التمييز بتحسين قرار الجمارك بتممين البضاعة عقب فوات خمسة عشر يوماً من تاريخ إعلان قرار التتمين فيصبح قرار التتمين نهائياً وحصيناً من السحب بالنسبة للمستورد.⁽³⁶²⁾

4- في الترخيص بمزاولة أعمال التخليص الجمركي؛

من المقرر قانوناً للجهة الإدارية المختصة سلطة تقديرية واسعة في تحديد الشروط اللازمة للتخليص بمزاولة أعمال التخليص وفي وضع قواعد وأسس النظام الخاص بالمخلصين، طالما أن القانون لم يفرض شروطاً محددة ولم يتضمن ضوابط معينة يتعين الالتزام بها، في هذا الخصوص. ومن ثم تظل للجهة الإدارية سلطتها التقديرية التي تمارسها في إطار الضابط العام الذي يتعين احترامه والالتزام به عند تحديد القواعد والشروط

361 حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 37/3395 ق.ع، جلسة 10/8/1997، س42، ص1438 وما تلاها.

362 حكمها في الطعن رقم 194/2002 إداري، جلسة 26/5/2003، الموسوعة، الكتاب الرابع، ج9، ص462 وما تلاها.

الخاصة بتنظيم مهنة التخليص، وكلها مستمدة من طبيعة أعمال المخلصين الجمركيين ذاتها، وفي حدود ما تمليه مصالح الدولة المالية وحقوق أصحاب البضائع موضوع التخليص ضماناً لتحقيق الصالح العام. ومن ثم تنحصر رقابة القضاء الإداري على سلطة الإدارة في تنظيم هذه المهنة وهي وزن قرارها بميزان المشروعية، دون أن تحل نفسها محل الجهة الإدارية فيما هو متروك لتقديرها ووزنها للأمر في النطاق الذي حدده لها القانون. ومن ثم فإن القرارين الصادرين من رئيس مصلحة الجمارك بناء على السلطة التفويضية المخولة له من وزير الخزانة يفرض على كل من يزاوّل المهنة من أن يتخذ مكتباً له بمنطقة الجمرك وأن يؤدي تأميناً نقدياً قدره خمسة آلاف جنيه قبل البدء في مزاولة المهنة أو الاستمرار فيها قد صدرا ممكن يملكهما قانوناً وفي حدود السلطة المخولة له في تنظيم مهنة التخليص ولم يقيم دليل على أن هذا التنظيم شابه انحراف في شروطه أو في التقدير أو أنه تقياً غير المصلحة العامة أو استهداف المساس بفتة لحساب أخرى.

ومن حيث إن الحكم المطعون فيه قد انتهج غير هذا النهج في بسط رقابته على تقدير الملاءمات التي قام عليها التنظيم المتضمن في القرارين المطعون فيهما وأحل نفسه محل السلطة المختصة بإجراء ملاءمات التقدير الذي يكون مناسباً لتنظيم هذه المهنة فيما هو متروك لتقديرها دون أن يقدم أي دليل على أن هذا الوزن أو التقدير قد شابه أي انحراف أو إساءة استعمال السلطة، فإنه يكون قد أخطأ في تأويل القانون وتطبيقه وأضحى حقيقاً بالإلغاء والقضاء برفض الدعوى فيما تضمنته من طلب إلغاء القرارين المطعون فيهما⁽³⁶³⁾

5- في الترخيص بحمل الاسلحة واستيرادها :

جرى قضاء المحكمة الإدارية العليا على أن المشرع خول الجهة الإدارية المختصة سلطة تقديرية واسعة النطاق في هذا المجال، وجعل من حقها أن ترفض الترخيص أو التجديد أن تقصر مدته أو تقصره على إحراز أو حمل أنواع معينة من الأسلحة دون سواها وأن تقيد الترخيص بأي شروط تراه، كما خولها بغير خلاف أن تسحب الترخيص مؤقتاً أو تلغيه نهائياً، كل أولئك حسبما يتراءى لها من ظروف الحال وملا بساته فهي من الملاءمات

363 حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 29/1376 ق.ع، جلسة 1/11/1986، س.32، ج.1، ص.140 وما تلاها.

المتروكة لتقدير جهة الإدارة حسبما تراه كفيلاً بحماية المجتمع واستتباب الأمن العام. وبما لا معقب عليها مادامت تلك الجهة المختصة لم تخالف القانون ولم تتعسف في استعمال سلطتها عند إصدار قرارها. وغنى عن البيان أن هذه السلطة ليست مطلقة من كل قيد، بل هي مقيدة بما أمرها به المشرع على أن يكون قرارها الصادر في هذا الشأن مسيئاً.⁽³⁶⁴⁾

وهو ما أكدته هذه المحكمة من أن المشرع خول جهة الإدارة سلطة تقديرية واسعة النطاق في مجال الترخيص في الاتجار بالأسلحة أو بإصلاحها حيث يجوز لها رفض منح الترخيص أو تجديده أو سحبه أو إلغائه، وذلك كل من الملاءمات المتروكة لتقديرها حسبما تراه كفيلاً بحماية المجتمع واستتباب الأمن العام ولا يقيد جهة الإدارة في أعمال سلطتها التقديرية سواء وجوب تسبب قراراتها في هذا الشأن مادامت مطابقة للقانون وخالية من التعسف في استعمال السلطة وإذ تملك الإدارة أيضاً حرية وزن مناسبات العمل وتقدير أهمية النتائج التي تترتب على الوقائع الثابت قيامها إلا أنه حين تختلط مناسبات العمل الإداري بمشروعيتها، وكانت هذه المشروعية تتوقف على حسن تقدير الأمور خصوصاً إذا كانت تتعلق بأحد صور الحرية أو المساس بالملكية، فإنه يجب أن يكون تدخل الإدارة لأسباب جدية تبرره لأن المناط في هذه الحالة لتحقق مشروعية القرار أن يكون تصرف الإدارة لازماً لمواجهة حالة معينة كوقوع خطر يهدد الأمن والنظام، باعتبار أن هذا الإجراء هو الوسيلة الوحيدة لمنع الضرر.⁽³⁶⁵⁾

واستقر قضاء هذه المحكمة على أن الترخيص أو عدم الترخيص في حمل الأسلحة واستيرادها والاتجار فيها وصنعها من الأمور المتروكة لتقدير الإدارة تترخص فيها حسبما تراه متفقاً مع صالح الأمن العام بناء على ما تطمئن إليه من اعتبارات التي تزنها والبيانات والمعلومات التي تتجمع لديها من المصادر المختلفة، لا يقيدتها سوى وجوب التسبب في حالة رفض منح الترخيص أو سحبه أو إلغائه ولا معقب على قراراتها في هذا الشأن مادامت مطابقة للقانون خالية من إساءة استعمال السلطة.⁽³⁶⁶⁾

364 حكمها في الطعن رقم 28/750 ق.ع، جلسة 1985/3/30، وطعن رقم 28/1293 ق.ع، جلسة 1985/6/15 الموسوعة الإدارية الحديثة، ج 19، ص 191 و 192 على التوالي، وحكمها في الطعن رقم 37/4042 ق.ع، جلسة 1997/3/30، ص 42، ص 786.

365 حكمها في الطعن رقم 42/1047 ق.ع، جلسة 1997/7/27، ص 42، ج 2، ص 3399.

366 حكمها في الطعن رقم 47/5169 ق.ع، جلسة 2006/5/17، ص 51، ج 2، ص 836 وما تلاها.

6- في مجال إصدار التراخيص :

من المبادئ المسلمة أن الترخيص الصادر من جهة الإدارة هو تصرف إداري يتم بالقرار الصادر بمنحه ولا يكسب صاحبه أي حق يتمتع معه على الإدارة سحبه أو الغاؤه أو تنظيمه أو الحد منه طبقاً لسلطتها التقديرية ووفقاً لموجبات المصلحة العامة وبغير تعسف،⁽³⁶⁷⁾ وأنه لما كان القرار مثار النزاع - وهو ذات القرار المتنازع فيه بمقتضى الدعوى والطعنين المائلين - قد صدر بناء على سلطة وزير الصناعة الثابتة له قانوناً وذلك لاعتبارات المصلحة العامة ودون شبهة إساءة استعمال السلطة، فإنه يكون قراراً سليماً مطابقاً للقانون.

وفي هذا الصدد قضت المحكمة الإدارية العليا بمجلس الدولة المصري أن الموافقات الاستيرادية وفتح الاعتمادات المالية الخاصة بالسلع المستوردة لا ترتب بذاتها لصاحبها مركزاً قانونياً نهائياً ونافذاً في استيراد السلع الصادرة عنها فيجوز للجهة المختصة إذا ما طرأ بعد صدور الموافقة وقبل التعاقد ومنح الاعتماد، تغيير خطة الدولة للاستيراد أو في أوضاع الميزانية النقدية من شأنه تغيير أسس نظام الاستيراد وقواعده أن تتخذ ما تراه في شأن الموافقات الاستيرادية السابقة غير المنفذة في ضوء المتغيرات الجديدة دون أن يكون لأصحاب هذه الموافقات التحدي بفكرة الحق المكتسب أو المركز القانوني المستقر، إلا أن هذا الأمر يختلف إذا تم تنفيذ الموافقات الاستيرادية وإتمام التعاقد مع المورد الأجنبي وفتح الاعتمادات المستندية اللازمة إذ ينشأ بذلك لصاحب الموافقة الاستيرادية مركز قانوني ذاتي لا يجوز إهداره أو المساس به.⁽³⁶⁸⁾ وإذ أخذ المطعون فيه بغير هذا النظر، فإنه يكون قد أخطأ في تأويل القانون وتطبيقه، ويتعين القضاء بإلغائه ورفض الدعوى.⁽³⁶⁹⁾

367 حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 23/41 ق.ع، جلسة 12/1/1985، س30، ع1، ص356 وما تلاها.

368 الطعن رقم 48/13365 ق.ع، جلسة 9/6/2007، مجموعة المحكمة الإدارية العليا (الدائرة الأولى) ج2، ص322.

369 إذا كان الأصل في التراخيص أنها تصدر دائمة إلا أن الشارع عملاً بالمبدأ المقرر فقها وقضاء بالنسبة لكافة التراخيص - أيا كانت - قد أجاز للجهة الإدارية المختصة توقيتها، دون أن يشترط لهذا التوقيت أية شروط أو يحدد للجهة الإدارية أي حدود في ممارسة سلطتها فيه، ومن ثم فلا يحد من سلطة جهة الإدارة في توقيت هذه التراخيص، إلا الانحراف بالسلطة، ومن ثم، وبالتالي يجوز للجهة الإدارية مانحة الترخيص أن توقفه بتعليق انتهائه على مضي زمن معين تحدد به مدة الترخيص أو على تحقق واقعة معينة محققة الوقوع مستقبلاً بشرط ألا يكون في تحديد هذه المدة أو في تحقق هذه الواقعة إخلال بالفرض الذي منح من أجله الترخيص أو انتفاء للفاصلة منه، وإلا كان تقدير جهة الإدارة في ذلك ضرباً من الانحراف بالسلطة. (حكم محكمة القضاء الإداري، القضية رقم 22/661 ق.ع، جلسة 24/6/1969، المجموعة، ص769 وما تلاها). ومن المقرر في هذا الصدد أن خطأ الجهة الإدارية في إحدى الحالات الفردية، بإصدار تراخيص سابقة في ذات الشارع لذات الفرض عن طريق الخطأ لا يبرر إصدار تراخيص لاحقة، لا يصلح سندا في المطالبة بتكرار مثل هذا الخطأ. (الإدارية العليا، الطعن رقم 42/1668 ق.ع، جلسة 28/11/1999، س45، ص227 وما تلاها).

وقضت أيضاً أن المشرع جعل مجلس إدارة الهيئة السلطة المهيمنة على شؤون المشروعات الاستثمارية وخول إصدار القرارات اللازمة لذلك الأمر الذي يسبغ عليه اختصاصاً أصيلاً سواء في منح الترخيص ابتداءً أو في مراقبة تنفيذه بعدئذ أو الغائه في ضوء الغرض الذي قام عليه المشروع الاستثماري أو المنطقة الحرة مؤدى ذلك أن اختصاص مجلس إدارة الهيئة العامة للاستثمار بإلغاء ترخيص المشرع إذا خالف الأغراض المحددة له، ولا يكفي لإصدار قرار بإلغاء الترخيص للمشروع مجرد مخالفة لأية أحكام قانونية بصرف النظر عن مجالها وإنما يلزم أن تكون المخالفة قد نالت من ذات الاستثمار بما يناقض أغراض الهيئة وأهداف المشروع أو المنطقة الحرة، سلطة مجلس إدارة الهيئة العامة للاستثمار في هذا الشأن هي سلطة تقديرية لا معقب عليها إلا في حالة إساءة استعمالها⁽³⁷⁰⁾

وجرى إفتاء الجمعية العمومية أن الترخيص بحكم طبيعته تصرف إداري مؤقت لكونه لا يرتب حقاً ثابتاً نهائياً كحق الملكية، بل يخول المرخص له مركزاً قانونياً مؤقتاً، يرتبط حقه في التمتع به وجوداً وعدماً بأوضاع وظروف وشروط وقيود يترتب على تغييرها أو انقضائها أو الإخلال بها أو مخالفتها جواز تعديل أوصاف هذا الترخيص أو سقوط الحق فيه بتخلف شرط الصلاحية للاستمرار في الانتفاع به أو زوال سبب منحه أو انقضاء الأجل المحدد له، أو تتطلب المصلحة العامة إنهاءه، وبهذا يختلف الترخيص عن القرار الإداري الذي يكتسب - كأصل عام - حصانة عامة - ولو كان خاطئاً - حصانة تعصمه من السحب أو الإلغاء متى صار نهائياً بمضي وقت معلوم استقر به مركز قانوني أصبح غير جائز الرجوع فيه أو المساس به، ومن ثم يجوز لجهة الإدارة إلغاء الترخيص في كل حين ولا تلتزم بأي تعويض طالما كان بالإلغاء ما يبرره من اعتبارات تحقيق المصلحة العامة.⁽³⁷¹⁾

ومن حيث إنه ولئن كان الأصل هو أن الإدارة تستقل بتقدير مناسبة إصدار التراخيص، إلا أن سلطة الإدارة هذه ليست سلطة مطلقة ولا رقابة عليها من القضاء الإداري، بل إن هذه السلطة لا تعدو كونها سلطة تقديرية للملاءمات التي يترك لجهة الإدارة مسئولية تقديرها

370 الطعن رقم 30/2653 ق.ع، جلسة 1988/1/23، ص33، ص688 وما تلاها.
371 فتوى رقم 715 بتاريخ 20/10/2014، جلسة 1/1/2014، ملف رقم 32/3949-32/4157/2، ص68، ص248 ما تلاها.

ومناسبتها لتحقيق الصالح العام الغاية الوحيدة المشروعة لكل سلطة وتصرف إداري وسند ذلك أن المشرع الدستوري قد حظر في المادة (68) من الدستور 1971 (الملغي) النص على تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء إلغاءً أو تعويضاً، ونص في المادة (64) صراحة على التزام الدولة بسيادة القانون ولا توجد في إطار الشرعية وسيادة القانون قرارات أو تصرفات إدارية تقوم بمباشرتها بناء على سلطات مطلقة لأية جهة إدارية تباشرها دون رقابة مشروعيتها وعدم مخالفتها للدستور أو القانون، وإنما تتمتع تلك الجهات بسلطات تقديرية في إصدار بعض القرارات أو التصرفات الإدارية وتخضع للرقابة القضائية التي لا تهدر مشروعية تقدير الإدارة المناسبة قرارها وتوقيته مستهدفة تحقيق الصالح العام في إطار المشروعية وسيادة القانون.⁽³⁷²⁾

وهو ما سارت عليه محكمة التمييز بقولها: ”من المبادئ المسلمة في القانون الإداري إن الترخيص الصادر من جهة الإدارة إنما هو تصرف إداري يتم بالقرار الصادر بمنحه وهو تصرف مؤقت قابل بطبيعته للسحب أو التعديل في أي وقت متى اقتضت المصلحة العامة ذلك ويقع هذا السحب أو التعديل غير قابل للإلغاء، متى تم ذلك وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة ولم يكن مشوباً بعيب إساءة استعمال السلطة ذلك أن المصلحة العامة والمصلحة الفردية لا تتوازن في مجال الروابط القانونية التي تنشأ بين الأفراد والإدارة، بل يجب أن تعلق المصلحة العامة مثل هذا الأمر الذي يتعلق أساساً بتسيير مرفق عام وتتحول المصلحة الفردية إلى تعويض إن كان لذلك أساس من القانون.“⁽³⁷³⁾

7- في شأن الترخيص بالإقامة للأجنبي:

من المبادئ المقررة في القانون الدولي، أن دخول الأجانب إلى أراضي الدولة، من الأمور التي تترخص فيها الدولة بحكم مالها من سيادة على إقليمها، وتتمتع بسلطة واسعة في تقدير مناسبات الترخيص للأجانب في الدخول إلى أراضيها، وذلك في حدود ما تراه متفقاً مع ظروفها وأوضاعها ومحققاً مصالحها، ولا تلتزم بالتريخ بالترخيص للأجنبي في الدخول

372 حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 36/2292 ق.ع، جلسة 1999/11/3، ص 37، ع 1، ص 173 وما تلاها.
373 () حكمها في الطعن رقم 1990/15 تجاري، جلسة 1990/5/20، الموسوعة، الكتاب الثالث، ج 6، ص 72 وما تلاها.

فيها إلا إذا كانت تشريعاتها ترتب له حقا من هذا القبيل، وإذا ما رخصت الدولة للأجنبي في الدخول إلى أراضيها- أيا كان الغرض من دخوله -وجب عليه مغادرة البلاد عقب انتهاء المدة المرخص له فيها قانوناً (الخروج الاختياري).

وهذا النظر يقوم على التوفيق بين اعتبارين مهمين:

الأول: إعمال الدولة سلطتها في الترخيص للأجنبي في دخول أراضيها.

الثاني: احترام الأجنبي قوانين الدولة وأنظمتها ومغادرة البلاد عقب انتهاء مدة الترخيص بالإقامة.

وهذه الصورة تغيرت في الوقت الحاضر خاصة في ظل الظروف والمتغيرات والتحديات المعاصرة، مع الأخذ في الاعتبار التطورات على المستوى الدولي وضرورة التعاون والتضامن بين الدول لاستمرار المعاملات الدولية والاتصال فيما بينهم بما يسهم في النمو السلمي للعلاقات الدولية.⁽³⁷⁴⁾

ويقتضي ذلك السماح للأفراد بالتنقل من دولة إلى أخرى والاتصال فيما بين الدول لا يتم إلا عبر الحدود، مما يسهم في ازدهار الحياة الخاصة بين الدول في المجتمع الدولي⁽³⁷⁵⁾

إلا أن معظم دول العالم اتجهت إلى تضمين تشريعاتها تنظيم دخول الأجانب إلى أراضيها والإقامة فيها إلى جانب فرض ضوابط وقيود في هذا الشأن، وذلك في حدود ما تراه متفقاً مع ظروفها وأوضاعها ومصالحها، وبما لا يخل بالحدود المتعارف عليها دولياً وبمراعاة الاتفاقات الدولية.⁽³⁷⁶⁾

ومقتضي ذلك أن الإدارة في إصدار قراراتها بإنهاء الإقامة إنما تستند إلى سبب أو

374 راجع في هذا المعنى د. مصطفى إبراهيم عبدالفتاح العدوي، سلطة الدولة في تنظيم إقامة الأجانب وإبعادهم والرقابة القضائية عليها، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق، جامعة عين شمس 2003، ص16.

375 د. بدر الدين عبدالمنعم شوقي، مركز الأجانب بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي الخاص المصري، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، 1971، ص66.

376 د. حسام الدين فتحي ناصف، المركز القانوني للأجانب، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، 1996، ص17 ما تلاها.

أكثر من هذه الأسباب، لحمل قرارها على المشروعية.

وفي هذا الصدد استقر القضاء الإداري على أن للدولة بحكم ما لها من سيادة إقليمية تمتع سلطة عامة مطلقة في تقدير مناسبات إقامة أو عدم إقامة الأجنبي في أرضها، ولا تلزم قانوناً لا بالسماح بالدخول ولا بمد إقامته فيها إلا إذا كانت تشريعاتها ترتب له حقاً من هذا القبيل بحسب الأوضاع والشروط التي تقررها، فإن لم يوجد وجب عليه مغادرة البلاد مهما تكن الإعدار التي يتعلل بها حتى ولو لم يكن له سبب يدل على خطورته، كما يجوز إبعاده من خلال المدة المرخص له فيها بالإقامة إذا كان في وجوده خطر عليها وذلك بعد اتباع الأوضاع المقررة أن وجدت، ذلك أن إقامة الأجنبي عارضة لا تعدو أن تكون صلة وقتية عابرة لا تقوم إلا على مجرد التسامح الودي من الدولة، وأمر ذلك متروك إلى سلطاتها التقديرية استناداً إلى سيادتها على إقليمها معها اتخاذ ما تراه من الوسائل والإجراءات للمحافظة على كيانها ومصالح رعاياها حسبما تراه محققاً للمصلحة العامة بأوسع معانيها. (377)

استقر القضاء الإداري على أنه ليس في حدود رقابته القانونية أن يتطرق إلى بحث ملاءمة إصدار القرار الإداري بالأبعاد أو المنع من دخول البلاد الذي كشفت جهة الإدارة عن سببه، أن يتدخل في تقدير خطورة هذا السبب، إذ أن وزارة الداخلية هي صاحبة الاختصاص الأصيل في تقدير أهمية الحالة والخطورة الناجمة عنه، وذلك في حدود سلطاتها التقديرية دون تعقيب عليها مادام قرارها قد خلا من إساءة استعمال السلطة أو مخالفة القانون لأمر الذي يكون معه حصيناً من الإلغاء. (378)

وذهبت هذه المحكمة إلى أن اتساع السلطة التقديرية لوزارة الداخلية في منح تراخيص الإقامة للأجانب بالبلاد لا تعني تحلل هذه السلطة في رقابة القضاء أو الياسها ثوبا تضحي معه سلطة مطلقة معصومة من رقابة القضاء تمحيصا لمشروعيتها واستجلاء لمداها وملاءمتها على وجه يحفظ الأمن العام للبلاد ويراعى - في ذات الوقت - حقوق الأفراد التي تقررت بدساتير وإعلانات عالمية لحقوق الإنسان. وتطبيقاً لذلك قضت بأن المذكور (نجل

377 حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 2/753 ق.ع، جلسة 1956/4/7، ص 1، ص 657.

378 حكم محكمة القضاء الإداري، القضية رقم 25/503 ق. جلسة 1972/11/28، ص 27، ص 27 وما تلاها.

المدعي) تم إلحاقه بإحدى المدارس الخاصة بالبلاد، ولم يخالف قواعد الإقامة بالبلاد، ولم تقدم جهة الإدارة ما يبرر إنهاء تأشيرة إقامته بها أو سبباً مشروعاً لإبعاده عن والدته في هذه السن الصغيرة ولم ترد جهة الإدارة على الدعوى بأي صور الأمر الذي يقيم قرينة لصالح المدعية على صحة دعواها، وعلى أنه ليس ثمة مبرر لعدم تجديد تأشيرة الإقامة لنجلها القاصر المشمول بوصايتها بجمهورية مصر العربية حيث تقيم والدته الإقامة لنجلها القاصر المشمول بوصايتها بجمهورية مصر العربية حيث تقيم والدته إقامة شرعية معترف بها، وانتهت إلى القرار المطعون فيه يكون غير قائم على سند يبرره، ويتوافر في طلب الوقف ركنه، مما يقتضى الحكم بوقف تنفيذه.⁽³⁷⁹⁾

كما استقر قضاء محكمة القضاء الإداري على تمتع الجهة الإدارية في الموافقة أو الرفض بسلطة تقديرية في ترخيص للأجنبي بالإقامة، وأن يغادر البلاد حال انتهاء إقامته⁽³⁸⁰⁾

كما تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية في تجديد إقامة الأجنبي المؤقتة عند انتهاء مدتها، إلا أن شرط ذلك ألا تسيء استعمال سلطتها فلا تحرم أجنبياً من تجديد إقامته المؤقتة كلما كان هناك مبرر قوي إلى ذلك.

وفي هذا الصدد، بوقف تنفيذ قرار الجهة الإدارية رفض منح أبناء الأم المصرية الإقامة المؤقتة لمدة خمس سنوات قابلة للتجديد لمخالفته للدستور والقانون وقرار وزير الداخلية رقم 8180 لسنة 1996 لفقدان السبب الذي يبرره.⁽³⁸¹⁾

ومن الجدير بالذكر أن المرسوم بقانون رقم 20 لسنة 1981 بإنشاء دائرة بالمحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية في دولة الكويت، والمعدل بالمرسوم بقانون رقم 61 لسنة 1982 قد نص في المادة (1) بند (خامساً) على عدم اختصاص الدائرة بنظر القرارات الصادرة في شأن إقامة وإبعاد الأجانب، بالإضافة إلى مسائل الجنسية وتراخيص إصدار

379 حكم محكمة القضاء الإداري، الدعوى رقم 63/27059ق، جلسة 2009/5/5 المجموعة ص 630 وما تلاها.

380 حكمها في القضية رقم 66/34581ق، جلسة 2014/11/25، المجموعة ص 52 وما تلاها.

381 حكم محكمة القضاء الإداري الدعوى رقم 61/25487ق، جلسة 2009/4/21 المجموعة ص 601.

الصحف والمجلات ودور العبادة، مما مؤداه أنه لا اختصاص للقضاء الإداري الكويتي في نظر المنازعات المتعلقة بإقامة الأجانب، وبالتالي فإنه لا سبيل أمام صاحب الشأن إلا اللجوء إلى طريق التظلم لدى جهة الإدارة دون سواه، وهو نهاية المطاف، في هذا الخصوص، فإذا رفض تظلمه، صار الأمر نهائياً، وبالتالي استغلق أمامه سبيل الطعن.

8- في حالات رفض منح جواز سفر أو تجديده أو سحبه :

من المقرر قانوناً أن قرار رفض منح جواز السفر أو تجديده أو سحبه من صاحبه قائماً على أسباب مهمة، يتولى وزير الداخلية سلطة تقديرها، وليس من شك في أن هذه السلطة ليست مطلقة، بل تخضع لرقابة القضاء للتثبت من أن استخدامها إنما قصد به تحقيق وجه المصلحة العامة، وأن الأسباب المبررة للقرار لا تنأى عن هذه الرقابة للتحقق من مدى مطابقتها للقانون، وأثر ذلك في النتيجة التي انتهى إليها القرار وما إذ كانت هذه النتيجة مستخلصة استخلاصاً سائغاً من أصول تتجها مادياً وقانوناً.

ومن حيث إنه في ضوء ذلك، فلما كان الثابت في الأوراق أن الأسباب التي استندت إليها الإدارة في إصدار قرارها بسحب جواز سفر المطعون ضده وعدم تجديده، وبالتالي الحيلولة بينه وبين السفر خارج البلاد، تتمثل في وجوده ببيروت دون أن تتوافر لديه نفقات العودة إلى أرض الوطن مع الإكثار من التنقل بين دولتي سوريا ولبنان إبان اشتعال الحرب الأهلية بلبنان. ولما كانت واقعة تواجد المطعون ضده بالخارج دون أن يكون معه مصاريف العودة لا تحمل بذاتها معنى الإساءة إلى الوطن أو الإضرار بسمعة البلاد، اللهم إلا إذا كان مردها إلى انحراف في المسلك أو تكذب للمنهج القويم أو ما إلى ذلك وهو ما خلت الأوراق ببيانه، هذا بالإضافة إلى أن المطعون ضده قام بأداء نفقات عودته إلى الدولة، ثم أن واقعة ترده ما بين سوريا ولبنان في أثناء اندلاع الحرب الأهلية بلبنان لا تعتبر بذاتها شيئاً منكراً، وأنه أياً ما كان الأمر في تكييف هذه الواقعة وأياً كان ما تثيره من ريب وظنون في اعتبار الإدارة، فإنه مادام لم يثبت أن المطعون ضده أدنى صلة بأي من الفريقين المتقاتلين أو أنه أتى في هذا المجال فعلاً أو أفعالاً من شأنها أن تسيء إلى سمعة وطنه أو أنه ناصر فريقاً على حساب الآخر أو غير ذلك مما قد يصمه بسوء القصد أو يؤثر من قريب أو بعيد في موقف

الحييدة الذي التزمته جمهورية مصر العربية حيال ما يجري من مشاحنات بين الأشقاء، وبذلك فما كان هناك موجب لتقييد الحرية الشخصية للمطعون ضده بإصدار قرار بسحب جواز سفره وعدم تسليمه له، الأمر الذي يستتبع أن يكون هذا القرار غير قائم على سبب يبرره، وبالتالي يقع مخالفاً للقانون خليقاً بالإلغاء.

ومن حيث إنه متى كان الأمر كذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى هذه النتيجة فإنه يكون قد صادف وجه الحق والصواب، ويكون الطعن فيه، والحالة هذه، على غير سند صحيح من القانون متعيماً القضاء برفضه.⁽³⁸²⁾

وتطبيقاً لذلك أن الثابت من الأوراق أنه بتاريخ 21/5/1975 وردت إلى وزارة الداخلية برقية من سفارة مصر بدار السلام تقييد أن السيدة/ حاملة جواز السفر رقم 39515 الصادر بتاريخ 17/7/1972 تم طلاقها من زوجها الألماني، وتطلب السفارة إخطار الجوازات لاتخاذ اللازم لشطب البيان الخاص بزواجها المذكور من جواز سفرها، ولمنعها من العودة إلى دار السلام مقر عمل زوجها لسوء سيرها وسلوكها، علماً بأنها وصلت إلى القاهرة على الطائرة المصرية فجر يوم الاثنين 19/5/1975 وأضافت البرقية أن تقريراً عن الموضوع سيصل بالحقيبة الدبلوماسية القادمة.

ومن حيث إن سوء السمعة وهي حالة تلحق بالشخص وتحيط به لا تتطلب بحكم اللزوم توافر أدلة قاطعة تقيم إدانته في وقائع معينة أو أحكام جنائية توصمه، وإنما يكفي في ذلك قيام دلائل جديّة وشبهات قوية لها أصول ثابتة بالأوراق والبيانات الرسمية المودعة ملف المطعون ضدها تبرر إصدار القرار المطعون فيه، ولا شك أن سفارات مصر بالخارج هي أقرب وأقدر الجهات الرسمية على مراقبة سلوك المصريين وتصرفاتهم بالخارج، والتعرف على أحوالهم، فإذا ما توافر لديها من المعلومات والشواهد ما يريب سمعة وسلوك أحد المصريين بالخارج، فإن ما يرد منها من تقارير في هذا الشأن يتعين أخذه بعين الاعتبار عندما تكون جهة الإدارة، بصدد تقدير ملاءمة اتخاذ قرار إداري - كالقرار المطعون فيه - لمواجهة هذه الحالات حفاظاً على سمعة الوطن وكرامته.

382 حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 26/257 ق.ع، جلسة 1982/2/27، ص 27، ص 359 وما تلاها.

وأنه لما تقدم يبين أن القرار المطعون فيه بسحب جواز سفر المطعون ضدها وعدم منحها أو تجديد وثائق سفرها لها، قد قام على مبررات وأسباب كافية لحمله محل الصحة، ولها أصول ثابتة بالأوراق والملفات، وإذ قضى الحكم الطعون فيه بخلاف ذلك، فقد جانب الصواب وتعين إلغاؤه والقضاء برفض الدعوى.⁽³⁸³⁾

وإذا وجهنا نظرنا إلى شطر قضاء محكمة التمييز الكويتية فإنه قد بدا واضحاً أنه تبنى الاتجاه السابق، إذ ذهبت إلى أنه إذا كان لوزير الداخلية ولأسباب خاصة استثناءً، من هذا الأصل وفقاً لحكم المادة (19) رفض منح جواز السفر أو تجديده أو سحبه بعد إعطائه، إلا أنه يشترط أن يكون قائماً على أسباب تبرره، إذ لا يصلح مجرد اتهام المطعون ضده بالتهرب الجمركي وحياسة مواد مخدرة بقصد التعاطي سبباً في استمرار رفض تجديد جواز سفره الذي سحب بالقرار رقم 459 لسنة 1997، مادامت الجهة الإدارية لم تقدم ما يفيد التحقيق في هذه الاتهامات والتثبت من صحتها بتقديمه إلى المحاكمة الجنائية لينال عقابه حال ثبوتها.

وإن كانت الجهة الإدارية قد سحبت جواز سفره بعد سبق اتهامه في جريمة التهرب الجمركي وحياسة مواد مخدرة بقصد التعاطي، إلا أنه طالما لم يصدر حكم جزائي ضده تأييداً لسلطتها في سحب جواز سفره، فلا يجوز تأييد هذا الإجراء ومصادرة حقه في استخراج جواز سفر جديد بعد انتهاء مدة جوازه، طالما استوفى الشروط.⁽³⁸⁴⁾

كما قضت بإلغاء قرار الإدارة برفض تجديد جواز سفره، إذ خلت الأوراق من دليل على صدور قرار من وزير الداخلية برفض التجديد، ومن ثم يغدو القرار المطعون فيه غير مشروع وحق عليه الإلغاء، وإذا ذهب الحكم المستأنف إلى خلاف هذا النظر فإنه يتعين إلغاؤه والقضاء بإلغاء القرار المطعون فيه مع ما يترتب على ذلك من آثار.⁽³⁸⁵⁾

وذهبت محكمة التمييز - في هذا الصدد - إلى مشروعية قرار الإدارة بسحب جواز

383 حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 26/1483 ق.ع، جلسة 1984/4/14، ص 29، ع 1، ص 993 وما تلاها.

384 حكمها في الطعن رقم 109/2014 إداري، جلسة 2015/6/10، الموسوعة السابقة، ص 881 وما تلاها.

385 حكمها في الطعن رقم 325/2009 إداري، جلسة 2012/2/1، الموسوعة السابقة، ص 880 وما تلاها.

سفر مواطن إزاء ما ثبت من اتهامه بحيازة مواد مخدرة، وذلك في حکها الصادر بتاريخ 24 يونيو سنة 2008،⁽³⁸⁶⁾ وجاء فيه: ”... - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه وإن كان منح جواز السفر لصيق بالجنسية الكويتية فهو حق لكل من تثبت له هذه الجنسية لا يجوز لجهة الإدارة حرمانه منه دون مسوغ أو سبب جدي يقتضيه الصالح العام يبرر 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 منبئاً عن الأسباب الخاصة التي دعت إليه. ومتى كان ذلك وكان الثابت أن القرار المطعون فيه بحسب جواز سفر الطاعن قد أنبنى على أساس أنه اتهم وآخر بدولة الإمارات العربية المتحدة في غضون شهر مارس 2004 بحيازة مواد مخدرة وأدوية ضارة بالعقل وقيدت القضية رقم 3256 لسنة 2004 جزاء، وصدر حكم بتاريخ 18/5/2004 بإدانتته عن هذا الفعل. وكان ما ثبت في حق الطاعن يصم سلوكه ويباعد بينه وبين التحلي بالقيم وتقاليده المجتمع الكويتي ويسئ إلى البلاد في الخارج، مما يعد سبباً جدياً كافياً 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 أياً ما كان مقدار العقوبة. وإذ كان القرار المطعون فيه قد قام على صحيح سمعة المبرر له مبرراً من عيب مخالفة القانون، وهو ما انتهى إليه سديداً الحكم المطعون فيه، وبالتالي فإن الطعن عليه يكون على غير أساس، ولما تقدم يتعين رفض الطعن“.

9- في شأن منح الجنسية :

إن قضاء المحكمة الإدارية العليا قد اطرده على أن الواضح - من نص المادة الرابعة من القانون رقم 26 لسنة 1975 بشأن الجنسية المصرية - أن منح هذه الجنسية عن طريق التجنس هو أمر جوازي لوزير الداخلية على نحو يخوله سلطة تقديرية في منحها إذا توافرت الشروط المقررة أو رفض منحها رغم توافر هذه الشروط وفقاً لما يراه محققاً للمصلحة العامة. وهذه الرخصة تعد امتداداً لما درج عليه المشرع المصري في إفساح كامل

386 حكمها في الطعن رقم 2006/237، إداري، جلسة 2008/6/24، الموسوعة، الكتاب الثالث، ج5، ص878 ما تلاها.

التقدير لجهة الإدارة في مجال التجنس رغبة منه في الحفاظ على تشكيل المواطنين في الدولة بتخيير المنضمين إليها حسب سياستها المرسومة دون إلزام عليها في ذلك ولو توافرت الشروط المقررة وهو ما يصدق أيضاً على جواز منح الجنسية المصرية عن طريق التجنس بقرار من رئيس الجمهورية طبقاً للمادة الخاصة في ذات القانون.

وإذا كانت السلطة التقديرية تجد حدها في عدم التعسف فيها أو الانحراف بها عن غايتها في تحقيق المصلحة العامة، فإن القرار الصادر بناء عليها برفض منح الطاعن الجنسية المصرية عن طريق التجنس طبقاً للمادة الرابعة من ذلك القانون هو قرار لم يثبت فيه التعسف أو الانحراف فلا يكفي بوصفه بذلك العيب القصدي ما يكون الطاعن قد بذله من أعمال في المجال القومي أو حملة من ولاء لمصر لأنها أمور إن نفعت في إسباغ الجنسية، فإنها لا تلزم بمنحها تجنساً، كما لا يفيد - في هذا الصدد - سبق صرف جواز سفر مصري للطاعن عن بيئة تامة بوضعه كأجنبي وأياً كانت الاعتبارات العامة أو الخاصة التي حدت إلى صرفه، وكذلك زواجه من مصرية أو الإقامة الدائمة المدة المطلوبة فهي اعتبارات مهما علت لا ترقى إلى مرتبة استفاد السلطة التقدير الثابتة للإدارة منحا أو منعا في مجال التجنس ولو توافرت للأجنبي الشروط المقررة قانوناً.⁽³⁸⁷⁾

كما ذهبت إلى أنه: ”من المقرر قضاءً أن القرار الصادر بمنح الجنسية المصرية بالمخالفة لأحكام الدستور والقانون لا يتحصن بمضي المدة، أساس ذلك أنه لا ينشئ مركزاً قانونياً لصاحبه، ذلك أن المركز القانوني ينشأ من الدستور والقانون ولا يجوز منح الجنسية المصرية على خلاف احكامهما، لا يملك أي شخص منح أو منع وصف المصري على خلاف هذه الأحكام، ولا يتحصن أي قرار أو تصرف إداري على خلاف ذلك، حيث لا دخل لإرادة الفرد أو الإدارة في كسب مركز المصري الأصيل وفقده، وبالتالي فإن القرار الصادر بمنح جواز السفر بناء على القرار المشار إليه المخالف للدستور والقانون لا يتحصن بدوره“⁽³⁸⁸⁾

وفي هذا الإطار، ذهبت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر بتاريخ 15 من

387 حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 37/3350 ق.ع، جلسة 1997/514، س42، ص973 وما تلاها.

388 حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 34/3111 ق.ع، جلسة 1992/12/20، س38، ج1، ص350.

يناير سنة 1983⁽³⁸⁹⁾ إلى أن: ” صدور قرار من رئيس الجمهورية بإسقاط الجنسية المصرية عن المدعى واتسامه بعدم المشروعية لفساد سببه وقيامه على واقعات غير صحيحة، وقد ألحق به القرار أبلغ الأضرار الأدبية وأسرتته لا يجبرها مجرد صدور قرار رئيس الجمهورية بسحب قرار إسقاط الجنسية المصرية عنه، ومن ثم فإن قضاء المحكمة بتعويض المدعى عن الأضرار الأدبية وهي حرمان المدعى وأسرتته من الانتماء السياسي والمصري لمصر، ولا تعويض عن الأضرار المادية لأنها ترتبت على واقعة فرض الحراسة على أموالهم، وهي واقعة أخرى غير قرار إسقاط الجنسية المصرية“ .

ومما تجدر الإشارة إليه - في هذا الصدد - أن المرسوم بقانون رقم 20 لسنة 1981 بإنشاء دائرة بالمحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية في دولة الكويت، قد نص في المادة (1) البند (خامساً) على عدم اختصاص الدائرة بنظر القرارات الصادرة في مسألة الجنسية، مما مؤداه أن القضاء الإداري يتمتع عليه التعرض للقرارات الإدارية التي تتعلق بها باعتبارها من أعمال السيادة استناداً إلى ما أورده نصوص قانون الجنسية الكويتية رقم 15 لسنة 1959 ومذكرته الإيضاحية أن مسائل الجنسية في دولة الكويت وما يتعلق بها من قرارات تتسم بطابع سياسي أملت اعتبارات خاصة تتعلق بكيان الدولة ذاته لتحديد شعب الكويت ومن يجوز له حمل الجنسية عند تأسيس الوطن لأول مرة، وكل ما يتصل بمسائل الجنسية من قرارات بمراعاة تلك الاعتبارات وفي نطاق ما تمليه الظروف الاجتماعية التي تقضي صيانة الدولة وتحقيق أمنها والمحافظة على كيانها في الداخل، وهي بهذا تعد من أعمال السيادة التي تصدر من الحكومة باعتبارها سلطة حكم لا سلطة إدارة، وما نصت عليه الفقرة الخامسة من المادة (1) من قانون إنشاء الدائرة الإدارية من استبعاد القرارات الصادرة في مسائل الجنسية من اختصاص تلك الدائرة، لا يعدو أن يكون تأكيداً من الشارع باعتبار تلك المسائل من أعمال السيادة تخرج عن ولاية المحاكم التي وهو ما نصت عليه المادة الثانية من قانون تنظيم القضاء.⁽³⁹⁰⁾

بيد أن المحكمة حددت مناطق المنازعة في الجنسية المتعلقة بأعمال سيادة بأن تكون

389 حكمها في الطعن رقمي 1432 و1435/26 ق.ع، جلسة 1983/1/15، ص 28، وما تلاها.
390 حكمها في الطعن رقم 18 لسنة 1987 مدني، جلسة 1987/12/21، الموسوعة، الكتاب الأول، ج 1 ص 180.

متعلقة باكتساب الجنسية بالمنح وليس بال ميلاد أو الدم، أو بمعنى آخر أن أعمال السيادة - في شأن الجنسية - تقتصر على الأمور المتعلقة بالجنسية المكتسبة منحاً أو سحباً علة ذلك تعلق الجنسية (بالمنح) بكيان الدولة وحققها في تخير المنضمين إلى جنسيتها وتحديد ركن الشعب المنتمي للدولة. ومناطق التميز بين الجنسية بالدم (الصليقة بال ميلاد) وبين الجنسية بالمنح والتي تعد في جميع الأحوال من أعمال السيادة، مناطه أن تكون الجنسية ثابتة على وجه قاطع دون منازعة في تسلسل الولد عن أب كويتي وثبوت نسبه منه، فإذا كان ثبوت النسب مثاراً للنزاع أو غير ثابت على وجه القطع واليقين اعتبر الأمر متعلقاً بالجنسية بالمنح (بالاكتساب).⁽³⁹¹⁾

ومن المقرر أن الجنسية الكويتية تثبت بقوة القانون - دون حاجة لصدور قرار أو أي إجراء من الجهة الإدارية - لكل من ولد لأب كويتي وثبوت نسبه إليه على وجه قاطع، واعتبار كل ما يتعلق بالجنسية الأصلية التي تكتسب بقوة القانون أعمالاً إدارية لا تندرج ضمن أعمال السيادة⁽³⁹²⁾ وأثر ذلك استحقاقه حمل جواز سفر كويتي أو تجديده كأثر مستمد من القانون مباشرة ودون حاجة لصدور قرار بذلك أو أي إجراء آخر، خلافاً للجنسية المكتسبة التي لا تتم إلا بقرار من الجهة الإدارية المختصة.⁽³⁹³⁾

وهذا ما أكدته في حكمها الصادر بتاريخ 23 من مارس سنة 2016 - بعد استعراض المبادئ السابقة - أن الطاعن كان يحمل الجنسية الكويتية، ومن ثم فإن دعواه لا تتعلق بطلب منحه الجنسية الكويتية أو إلغاء قرار منعها عنه، كما أن المرسوم المطعون فيه بسحب الجنسية لا يعد عملاً من أعمال السيادة، ومن ثم يخرج عن نطاقها ويكون عملاً من أعمال الإدارة التي تخضع لرقابة القضاء الإداري إلغاءً وتعويضاً، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر، وقضى بعدم اختصاصه بنظر الدعوى، فإنه يكون قد خالف القانون، الأمر الذي يقتضي إلغاء الحكم المستأنف وبإعادة الدعوى إلى محكمة أول درجة لنظرها.⁽³⁹⁴⁾

391 حكمها في الطعن رقمي 687 و2005/702 إداري، جلسة 2007/10/30، الموسوعة السابقة ص189. وحكمها في الطعن رقم 2014/1206 إداري/1، جلسة 2018/1/10 (غير منشور).

392 حكمها في الطعن رقم 2007/71 إداري، جلسة 2010/3/16، الموسوعة السابقة، ص195 وما تلاها.

393 حكمها في الطعن رقم 2006/219 إداري، جلسة 2007/11/27، الموسوعة السابقة، ص192 وما تلاها.

394 حكمها في الطعون أرقام 647 و659 و2015/694 إداري/1، جلسة 2016/6/23 (غير منشور).

في حين اتجهت في حكمها بتاريخ 7 من فبراير سنة 2017 إلى تأييد الحكم المطعون فيه بعدم اختصاصها ولائياً، بنظر الدعوى سحب الجنسية الكويتية من الطاعنين - بزعم أن والدهم لم يحصل على الجنسية الكويتية قبل وفاته، والتي حصلوا عليها بطريق التبعية لجنسية والدهم - وذهبت في هذا الصدد - إلى أن هذه المسألة من المسائل الجنسية التي تخرج من نطاق المحكمة الإدارية باعتبارها من أعمال السيادة وقضت برفض الطعن.⁽³⁹⁵⁾

وفي تقديرنا أن الاتجاه الأخير لمحكمة التمييز، محل نظر، ذلك أن المسألة لا تتعلق بجنسية مكتسبة، بل منازعة تتعلق بجنسية أصلية، وبالتالي فإنها تدرج في اختصاص المحكمة الكلية، للفصل في صحة اكتسابها في ضوء الظروف والأوضاع والمستندات المتعلقة بالنزاع.

والقول بغير ذلك، يؤدي إلى نتائج أخصها إخراج منازعات الجنسية سواء إذا أكانت مكتسبة أم أصلية من نطاق اختصاص المحكمة الكلية، وما يتفرع على ذلك من عدم وجود قاضٍ للفصل في تلك المنازعات، مما يعدّ اختلالاً بالمبدأ الدستوري ومفاده أن حق التقاضي مكفول أمام الناس جميعاً.

وهو ما يدعوننا إلى التأكيد، على ما سبق أن قلناه آنفاً، من معاودة النظر في مرسوم بقانون رقم 20 لسنة 1981 وما ورد عليه من تعديل، وجعل اختصاص الدائرة الإدارية اختصاصاً عاماً وشاملاً سائر المنازعات الإدارية دون استثناء أعمالاً لصحيح أحكام الدستور.

10- في مجال المنع من السفر:

تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية واسعة في مجال المنع من السفر، وفي ذلك قضت محكمة القضاء الإداري في حكمها 17 من فبراير سنة 1955⁽³⁹⁶⁾ بأن: "إعمالاً لسيادة الدولة على إقليمها وعلى رعاياها يكون لها في حالات الضرورة ولأمر تستوجب ذلك وضع

395 حكمها في الطعن رقم 2015/1713 إداري/2، جلسة 2017/2/7 (غير منشور).

396 حكمها في القضية رقم 8/1276 ق، جلسة 1955/2/17، ص 9، ص 309.

قيودها على حرية الأفراد في التنقل، ولها أن تمنعهم من مغادرة إقليمها خروجاً عن الأصل الذي يقرر حقهم في أن يقيموا حينما يشاءون، وهو فرع من الحرية العامة التي لا يجوز المساس إلا لصالح المجتمع وحماية له وبالقدر الضروري لذلك. فإذا كان الثابت أن القرار الذي اتخذته إدارة الجوازات والجنسية بمنع المدعي مغادرة البلاد له ما يظاهاه من واقع الأوراق بملفه بإدارة الجوازات، ولم يقم المدعي دليلاً على أن الإدارة قد أساءت استعمال سلطتها أو تحيفته فيما اتخذته، فإنه يترتب على ذلك أن طلب إلغاء هذا القرار يكون غير قائم على سند سليم من القانون متعيناً رفضه.

وذهبت المحكمة الإدارية العليا في البداية نشأتها في حكمها الصادر في 30 من يونيو سنة 1956 (397) إلى أن الترخيص أو عدم الترخيص في السفر إلى الخارج هو من الأمور المتروكة لتقدير الإدارة، حسبما تراه متفقاً والصالح العام، فلها أن ترفض الترخيص إذا قام لديها من الأسباب ما يبرر ذلك، كما لو كان في سلوك طالب الترخيص ما يضر مصلحة البلاد أو يؤدي سمعتها في الخارج أو لغير ذلك من الأسباب المتعلقة بالمصلحة العامة.

كما قضت بأن قرار بمنع أحد الأفراد من السفر ووضع اسمه في قوائم الممنوعين من السفر ووجود سند قوي لتقارير جهات الأمن عن النشاط المطعون ضده في تهريب المخدرات، فإن القرار المطعون فيه قد جاء مطابقاً لأحكام القانون رقم 97 لسنة 1959 في شأن جوازات ولأحكام قرار وزير الداخلية رقم 812 لسنة 1969 في شأن قوائم الممنوعين واستند في ذلك إلى أسباب صحيحة مستمدة ومستخلصة من أصول تتجها ومن ثم يكون الحكم المطعون فيه قد جانبه الصواب ويتعين القضاء بإلغائه ورفض الدعوى، وسنزيد هذا الموضوع تفصيلاً في موضعه.⁽³⁹⁸⁾

397 حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 2/1555 ق.ع، جلسة 20/30/1956، مشار إليه في مؤلف المستشار/ سمير صادق، مرجع سابق، ص53.

398 حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 26/1305 ق.ع، جلسة 12/11/1983، س29، ع1، ص38.

11- في تقدير درجات الامتحان : (تصحيح أوراق إجابة الطلاب في الامتحانات) (399)

ذهبت محكمة القضاء الإداري إلى ان تقدير درجات الامتحانات هي مسائل موضوعية خاضعة للتقدير العلمي والفني للجنة الامتحان، ولا يجوز أن تحل المحكمة محلها في هذا الشأن. (400)

كما ذهبت إلى ان التصحيح وتقدير درجات الاجابة عملية فنية بحتة لا يجوز قانوناً أن تخضع لرقابة القضاء الإداري، حتى لا يؤدي ذلك إلى التدخل في أمور فنية تقديرية هي من اختصاص الجهة الادارية التي لا يجوز لهذه المحكمة ان تحل فيها محل الإدارة العاملة (401)

وساد هذا الاتجاه في قضاء الإداري ردحاً من الزمن حاصله أن التصحيح وتقدير درجات الإجابة عملية فنية بحتة لا يجوز قانوناً أن تخضع لرقابة القضاء الإداري حتى لا يؤدي ذلك إلى التدخل في أمور فنية تقديرية هي من اختصاص الجهات الإدارية التي لا يجوز لهذه المحكمة أن تحل فيها محل الإدارة العامة وذلك ما لم يكن التصحيح وتقدير الدرجات مشوبين بخطأ مادي. (402)

وذهبت المحكمة الإدارية العليا، في شأن درجات الطالب في حالة فقد كراسة إجاباته في حكمها الصادر بتاريخ 13 من يونيو سنة 1999 وجاء فيه: ”من المقرر إنه إزاء عدم وجود نص في القانون، يقرر منح الدرجة النهائية في الامتحان للطالب الذي تفقد كراسة إجاباته، وكذلك عدم وجود قاعدة قانونية استنتجتها جهة الإدارة أو درجت على تطبيقها في مثل هذه الحالة، ومن ثم فإنه ما كان يجوز لمحكمة القضاء الإداري أن تقر هذه القاعدة، وتفرض على جهة الإدارة تطبيقها، إذ أن ذلك يعتبر من قبيل إصدار أمر لجهة الإدارة على خلاف ما استقر عليه القضاء الإداري، من أنه لا يجوز فرض أو إصدار أمر لجهة الإدارة..

399 د. خالد سيد محمد حامد، مرجع سابق، ص388 وما تلاها.

400 حكم محكمة القضاء الاداري، القضية رقم 7/203ق، جلسة 1953/4/21، س7، ص954، والقضية رقم 7/1384ق، جلسة 1954/12/6، س9، ص105.

401 حكمها في القضية رقم 11/1242ق، جلسة 1959/5/3 و4/28، س12 و13، ص202.

402 حكمها في القضية رقم 21/1583ق، جلسة 1967/10/31، المجموعة، س197.

وإذ أصدرت جهة الإدارة قراراً لمعالجة الحالة الواقعية والقانونية للطالب بتعديل النتيجة من راسب إلى ناجح بمجموع كلي من الدرجات مقداره 332 درجة من 400 درجة بنسبة 83% استهداء بدرجاته في امتحاناته الثلاث سنوات السابقة على الامتحان (فقد جميع أوراق إجابات الطالب)، مما يكون معه القرار قد حقق للطالب أعلى المستويات التي يمكن الحصول عليها، وتم استخلاصه استخلاصاً سائغاً الأوراق وخلا عما يشوب القرار الأوراق من عيوب، مما في ذلك عيب إساءة استعمال السلطة ويكون الطعن عليه بعدم المشروعية غير سديد، وبالتالي لا يتوافر في طلب وقف تنفيذ ركن الجدية، وكان يتعين على محكمة أول درجة القضاء برفض ذلك الطلب، وقضت المحكمة بإلغاء الحكم المطعون فيه، وبرفض طلبه وقف تنفيذ القرار المطعون فيه“ (403).

من المستقر عليه أن ما يخضع لرقابة القضاء الإداري في حالة تصحيح أوراق الامتحانات هو حالات السهو والخطأ المادي في الدرجات أو رصدها بحيث يكون تم تصحيح كل سؤال وتم رصد درجة له - وهذه الأمور تستظهرها المحكمة وتمارس رقابتها عليها توصلاً لرقابة مشروعية القرار الإداري الصادر بإعلان النتيجة وأن هذه الرقابة تقف عند حد ما هو قائم في الأوراق ولا تمتد إلى تقدير مدى صحة الإجابة في حد ذاتها أو مقدار الدرجة المستحقة. (404).

وقضت المحكمة الإدارية العليا بأن ”رقابة القضاء الإداري على قرار إعلان نتيجة الامتحان للطالب تمتد إلى مدى مشروعية هذا القرار ومدى مطابقته القانون واللوائح وقيامه على السبب المبرر له قانوناً، وهو يمثل في أداء الطالب للامتحان وحقه في تصحيح كافة إجاباته، وإنه يعطي عنها الدرجة المقررة لها وأن تكون محصلة هذه الدرجة صحيحة في رصدها وجمعها، وأن يكون التقدير النهائي الذي يحصل عليه الطالب متفقاً لما ورد في القوانين واللوائح المنظمة لذلك، وإن رقابة المشروعية على العملية الفنية تجد حدها الطبيعي في التحقق من تمام تقدير الدرجة لكل من الأسئلة وسلامة رصد الدرجات، كل ذلك طبقاً للأصول الفنية المتعارف عليها والتي تتطلب بحكم اللزوم أن تكون هذه العملية قد تمت

403 الطعن رقم 42/2236 ق.ع، جلسة 13/6/1999، ص 44، ص 921 وما تلاها.

404 حكم محكمة القضاء الإداري، في الدعوى رقم 1712 لسنة 60 ق، جلسة 25/3/2008 (غير منشور).

على وجه سليم يكشف عنه ويدل عليه المظهر العام الذي تمت العملية الفنية في إطاره ما لم يثبت إساءة استعمال الجهة الإدارية سلطتها أو الانحراف بها، وأن رقابة القضاء الإداري لجميع ما سبق يقف عند حد ما هو قائم بالأوراق ولا يمتد إلى تقدير مدى صحة الإجابة باعتبار أن ذلك من الأعمال الفنية التي لا يملك القضاء أن يحل نفسه فيها محل جهة الإدارة المختصة⁽⁴⁰⁵⁾

الجدير بالذكر أن محكمة القضاء الإداري قضت بأنه لا يقبل من المدعى طلب نذب خبراء لإعادة تصحيح إجاباته لأن في هذا تدخلاً صارخاً وبغير مبرر في أمر فنى يخضع لتقدير الجهة الإدارية المختصة بما لا معقب عليها فيه مادام قد خلا تقديرها من إساءة استعمال السلطة وهو ما لم يقيم عليه دليل.⁽⁴⁰⁶⁾

بيد أن القضاء الإداري اتجه مؤخراً إلى نذب لجنة خبراء مكونة من اثنين من أقدم القائمين على تدريس المواد المطعون على نتيجتها، وذلك استناداً إلى أن تحديد ما إذا كانت الدرجات التي حصل عليها المدعى.. تتناسب مع إجاباته من عدمه، هو من المسائل الفنية التي لا يتأتى للمحكمة الفصل فيها دون الوقوف على رأي أهل الخبرة والتخصص، ومن ثم فإن المحكمة تقضي بمعاودة تصحيح أوراق إجابة المدعى بالمواد المشار إليها عن طريق آخرين من أهل الخبرة والتخصص، بما يمكن للمحكمة أن تطمئن معه إلى سلامة عملية التصحيح التي تمت في هذا الشأن، وذلك إعمالاً للرخصة المخولة لها في المادة 135 من قانون الاثبات، وهو الأمر الذي تنتهي معه المحكمة إلى القضاء بنذب لجنة من اثنين من أقدم الأساتذة القائمين على تدريس كل مادة من المواد المطعون على نتيجتها يختارهما الأستاذ الدكتور عميد كلية الحقوق جامعة المنصورة، تكون مهمتها مراجعة كراسات إجابة المدعى، وتقييم إجاباته من الناحية الفنية، وتقدير الدرجات المستحقة لها عن كل سؤال، وفقاً للقواعد والتعليمات المنظمة لعملية التصحيح، وذلك بعد الرجوع إلى كراسات إجابة المواد المطعون على نتيجتها والمرفقة بملف الدعوى، وللجنة اتخاذ كل ما يلزم لأداء المهمة

405 حكمها في الطعن رقم 49/5432 ق.ع، جلسة 2007/1/24، س.42، ص.326.

406 حكمها في القضية رقم 6/626 ق.ع، جلسة 1954/6/24، س.9، ص.105.

الموكولة إليها. (407)

وذهبت المحكمة الادارية العليا في أحدث أحكامها إلى أن رقابة القضاء في تصحيح أوراق الاجابة تقف عند من ما هو قائم بالأوراق، ولا تمتد إلى تقدير مدى صحة الاجابة، باعتبارها من الأعمال الفنية، التي لا يملك القضاء أن يحل نفسه محل جهة الإدارة المختصة (408)

وأضافت أن المقرر أن الاستعانة بأهل الخبرة كإجراء من إجراءات الإثبات، هو أمر متروك تقديره للمحكمة، فإذا ما رأت الاستعانة برأي خبير، فإن لها التقدير الموضوعي لجميع عناصر الدعوى، وهي لا تلتزم إلا بما تراه حقاً وعدلاً من رأى فني لأهل الخبرة، فلها أن تأخذ بما تظمنن إليه من تقرير الخبير، ولها أن تطرح ما أنتهى إليه رأيه - كله أو بعضه - إذا خرج عن حدود المأمورية المكلف بها، أو تجاوز اختصاصه الفني، أو خالف الأصول القانونية، أو الوقائع الثابتة على اعتبار أن المحكمة هي صاحبة الولاية للفصل في النزاع المعروض عليها وهي الخبير الأعلى. فلها أن تزن الرأى الفني لهذا الخبير بميزان الحق والعدل، فتأخذ بما تشاء وتطرح ما تشاء. (409)

كما أخذت محكمة القضاء الإداري بما انتهت إليه لجنة الخبرة وذلك في حكمها الصادر بتاريخ 11 من سبتمبر 2017 (410) وجاء فيه: «وحيث إن البين من ظاهر الأوراق وبالقدر اللازم للفصل في الشق العاجل أن المدعية مقيدة بالفرقة الثالثة بكلية الحقوق جامعة القاهرة في العام 2015/2016، وقد حصلت في المواد المذكورة على درجات ذهبت إلى أنها لا تتناسب مع مستوى إجاباتها، ولما كانت المحكمة قد أصدرت حكماً تمهيدياً بتشكيل لجنة من الأساتذة المتخصصين بكلية الحقوق بجامعة بنها، لإعادة تصحيح أوراق إجابتها في هذه المواد، وتقدير الدرجة التي تستحقها، وإذ ورد تقرير اللجنة - الذي تظمنن إليه المحكمة لصحة الأسس التي قام عليها - متضمناً أنه بالنسبة لمادة (القانون التجاري » ترم

407 حكمها في الدعوى رقم 71/58429، جلسة 2017/9/11 (غير منشور).

408 الطعون أرقام 37461 و37606 و60/38433 ق.ع، جلسة 2015/2/18، ص 60، ج 1، ص 400 وما تلاها.

409 الطعن رقم 46/3484 ق.ع، جلسة 2007/7/3، ص 42، ص 813.

410 حكمها في الدعوى رقم 70/84328 ق، جلسة 2017/9/11 (غير منشور).

أولاً) تعدل درجتها فيها لتصبح (15/20) بدلاً من (12/20)، وتعدل درجتها في مادة (مبادئ الشريعة الإسلامية) لتصبح (18.5/20) بدلاً من (17/20)، وتعدل درجتها في مادة (القانون التجاري «ترم ثاني») لتصبح (18/20) بدلاً من (17/20)، وتعدل درجتها في مادة (القضاء الإداري) لتصبح (16/20) بدلاً من (13/20)، وتعدل درجتها في مادة (القانون الجنائي) لتصبح (16/20) بدلاً من (14/20)، وبالتالي يضحى القرار المطعون فيه مخالفاً للقانون، وهو ما يترجح معه القضاء بإلغائه عند الفصل في الموضوع، الأمر الذي يتوافر معه ركن الجدية في طلب وقف تنفيذه، فضلاً عن توافر ركن الاستعجال لما يترتب على الاستمرار في تنفيذه من نتائج يتعذر تداركها تتمثل في التأثير على مركزها القانوني بما يتضمنه من ترتيبها بين زملائها، ولذلك التأثير على ما يترتب على هذا المركز من مراكز أخرى في السنوات التالية، ومن ثم تقضي المحكمة بوقف تنفيذه، مع ما يترتب على ذلك من آثار أخصها تعديل مجموع درجاتها الكلي طبقاً لذلك وتعديل تقديرها وفقاً لمجموع درجاتها الجديد، إن كان من لازمه ذلك.

وفي حكم حديث محكمة القضاء الإداري⁽⁴¹¹⁾ عن سلطة الإدارة في تصحيح أوراق الامتحانات، أكدت المحكمة أنه لا يجوز إعادة تصحيح أوراق إجابات طلاب الجامعات عن طريق جامعة أخرى وأن إعادة التصحيح بالجامعات غايته الحصول على درجات أعلى من المستحق من جامعة أخرى للالتحاق بالوظائف العامة ويتعين سد هذا النزيف في الجسد الجامعي وإحياء الثقة في شفافية أستاذ الجامعة. وأكدت المحكمة أن إعادة التصحيح تهدر قيمة الأستاذ الجامعي وتناقض حرية الطالب في البحث العلمي وتفتح باباً للمحاباة أو الموالاة وكلاهما محظور لتعارضه مع الشفافية وتكافؤ الفرص.

كما أكدت المحكمة في حكمها أن رقابة القضاء الإداري تقتصر على حالة انحراف الأستاذ الجامعي بسلطته وتقف عند حدها الطبيعي بالنسبة للمسائل المادية وليست الفنية. وأن امتحانات الجامعات مختلفة بين جامعة وأخرى ولا نموذج لها ويجب أن ترضى لجنة الامتحانات عن فهم الطالب وتحصيله بخلاف الامتحان الموحد للثانوية العامة على مستوى

411 حكم محكمة القضاء الإداري «دائرة البحيرة» الصادر في 2016/1/4 (غير منشور).

الجمهورية.

وقضت المحكمة بتأييد القرار الصادر بإعلان نتيجة امتحانات الفرقة الرابعة بكلية الشريعة والقانون بدمنهور جامعة الأزهر للعام الجامعي 2014-2015 قسم قانون فيما تضمنه من حصول الطالب في مادتي اللغة الإنجليزية على 85 درجة من مائة والمرافعات 73 درجة من مائة ودون الاستجابة لطلب إعادة تصحيح وجمع ورصد أوراق إجاباته في هاتين المادتين عن طريق جامعة أخرى.

وقالت المحكمة أن المشرع الدستوري ألزم الدولة بكفالة استقلال الجامعات وتوفير التعليم الجامعي وفقاً لمعايير الجودة العالمية وتطوير التعليم الجامعي، كما ألزمها بكفالة حرية البحث العلمي وتشجيع مؤسساته باعتباره وسيلة لتحقيق السيادة الوطنية وبناء اقتصاد المعرفة. وقد اشترط المشرع العادي لنجاح الطالب في الامتحانات أن ترضى لجنة الامتحانات عن فهمه وتحصيله في كل مقررات الدراسة وهذا ما نصت عليه المادة 79 من قانون إعادة تنظيم الأزهر والهيئات التي يشملها والتي يقابلها حرفاً ونصاً المادة 173 من قانون تنظيم الجامعات الصادر بالقانون رقم 49 لسنة 1972 وإذ كان التعليم الجامعي على النحو المتقدم يختلف عن التعليم قبل الجامعي خاصة في مسابقة الثانوية العامة التي تعتمد على المنهج المدرسي الذي تقرره الدولة للكافة حيث يوضع امتحان واحد على مستوى الجمهورية وبالتالي كان بديهياً أن يكون هناك نموذج للتصحيح يسير على هديه المصححون وكان من اللازم على المحكمة أن تستعين بأهل الخبرة من المدرسين بإحالة طلب طلاب الثانوية العامة بالطعن على نتيجة الإجابة للجنة ثلاثية من المدرسين بمعرفة وزارة التربية والتعليم لتقوم بتقييم الإجابة طبقاً لنموذج الإجابة، أما التعليم الجامعي فإنه يختلف عن نظام مسابقة الثانوية العامة اختلافاً جوهرياً إذ يقوم في الجامعة على حرية الطالب في البحث العلمي في كل جامعة على حدة وقوام إجابة الطالب الفهم والتحصيل، وبالتالي يغدو من العبث وضع نموذج لإجابة الطلاب بالجامعات يسير على هديه المصححون باعتبار أن لجوء الطالب إلى الأبحاث العلمية والمراجع الدراسية هو الأمر الواجب للتعليم الجامعي دون إجباره على الاعتماد على كتاب أستاذ المادة.

وأضافت المحكمة أنه لا يجوز معه في ضوء الفهم القانوني السديد إحالة الطعن على نتائج طلاب الجامعات إلى لجنة خبراء من المصححين بجامعة أخرى لتحكم على تقييم الجامعة الأولى مما يهدر قيمة الأستاذ الجامعي ويناقض حرية الطالب في البحث العلمي ويفتح باباً للمحاباة أو الموالاة وكلاهما محظور يتعارض مع الشفافية المطلوبة وتكافؤ الفرص بين الطلاب طالما تم التصحيح ممن أناط به القانون ذلك، وأشارت المحكمة إلى أن المشرع منح الجهة الإدارية المختصة سلطة تقديرية وهي تقوم بعملية تصحيح إجابات طلاب الجامعات في الامتحانات وتقدير الدرجة التي تستحقها تلك الإجابات من وجهة نظر المصححين والمراجعين التابعين لتلك الجهة دون أن تخضع الجهة الإدارية وهي تقوم بتلك العملية لرقابة القضاء الإداري بحسبان أن تلك المسألة من المسائل الفنية البحتة تمارسها الجهة الإدارية في ضوء القواعد والتعليمات والضوابط العملية والفنية التي تضعها تلك الجهة وحتى لا يتدخل القضاء الإداري في مسألة علمية وفنية بحتة وكذلك حتى لا يحل نفسه محل تلك الجهة في مسألة هي من صميم اختصاصها وكل ما يملكه القضاء الإداري في شأن تلك العملية هو التحقق من أن جميع إجابات الطالب على الأسئلة المطلوبة قد تم تصحيحها وتقدير الدرجة لها بمعرفة المصحح والمراجع ولم تترك إجابة سؤال أو أي جزئية منها دون تصحيح وتقدير درجة لها وأنه تم جمع الدرجات التي منحت للطلاب ورصدها جميعاً رصداً سليماً دون وقوع أي خطأ في عملية جمع الدرجات ورصدها.

وذكرت المحكمة أن المدعى قد أدى الامتحانات وأن عملية التصحيح شملت جميع إجاباته وتم تقدير الدرجات المستحقة عليها ورصد الدرجة المستحقة، كما خلت الأوراق مما يثبت أن ثمة انحرافاً بالسلطة أو إساءة لاستعمالها، إذ عجز المدعى عن إثبات عيب الانحراف بالسلطة لأساندة هذه المادة أو من قاموا بتصحيحها بحسبانها من العيوب القصدية التي يلزم إقامة الدليل عليها، وهو ما لم يقدّم عليه ثمة دليل من الأوراق وتطمئن المحكمة لتقدير أوراق إجابة تلك المادتين ونتيجتهما.

واختتمت المحكمة حكمها أنها ترفض نداء أعضاء من هيئة التدريس بكليات الحقوق أو الشريعة والقانون من الكليات الأخرى لإعادة تصحيح أوراق إجابة الطالب في

المادتين المشار إليهما باعتبار أن إحالة الطعن على نتائج طلاب الجامعات إلى لجنة خبراء من المصححين بجامعة أخرى لتحكم على تقييم الجامعة لأولى يهدر قيمة الأستاذ الجامعي ويناقض حرية الطالب في البحث العلمي ويكون مدعاة للمحاباة أو الموالاة وإخلالا بمبدأ تكافؤ الفرص بين جميع الطلاب.

وفي نظر البعض⁽⁴¹²⁾ أنه إزاء الاختلاف بين المبادئ التي صدرت عن محكمة القضاء الإداري، بالإضافة إلى بعض أحكام المحكمة الإدارية العليا فيما يتعلق بسلطة الإدارة التقديرية في تصحيح أوراق الامتحانات، ومدى جواز إحالة أوراق الإجابة إلى لجنة أخرى لإعادة التصحيح الأمر الذي يحتاج إلى وضع مبدأ قضائي عن طريق دائرة توحيد المبادئ بالمحكمة الإدارية العليا لتحديد سلطة الإدارة ومداهها، وإمكانية إعادة تقدير مناسبات القرار الإداري عن طريق جامعة أخرى خلاف ذلك قامت بإجراء تصحيح الإجابات.

ونحن من جانبنا نؤيد الرأي الأخير، حتى ترسى الدائرة مبدأ يضع الأمور في نصابها الصحيح، في إطار من الموازنة الدقيقة بين اختصاص المحكمة في رقابة تقدير درجات الإجابة، وسلطتها في الاستعانة بالخبرة في هذا الشأن، وبين الوقوف بالرقابة عن حدها الطبيعي بالنسبة للمسائل المادية دون أن يمتد إلى ما وراء ذلك نزولا على الاعتبارات المتقدمة.

سادساً- ضوابط استخدام السلطة التقديرية :

لا ريب أن الإدارة، وهي بصدد استخدام سلطتها التقديرية، تخضع لضوابط معينة لا تستطيع الخروج عليها، ومرد ذلك إلى أن الإدارة إذا كان لها حرية التصرف في اتخاذ إقرار بما لها من سلطة تقديرية، فإن حريتها ليست مطلقة، وهي أبعد أن تكون سلطة تحكيمية.

وتأسيساً على ذلك، يجب على الإدارة وهي تستخدم سلطتها التقديرية أن تأخذ في

412 د. رمضان صلاح أمين علي نجم، دور القضاء لإداري في رقابة السلطة التقديرية للإدارة، رسالة مقدمة لكلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2016 ص 289.

الاعتبار الأمور الآتية:⁽⁴¹³⁾

(أ) مراعاة قواعد الاختصاص والإجراءات التي ينص عليها القانون:

من الأمور المسلم بها، أن الإدارة لا يجوز لها، بأي حال من الأحوال، أن تخرج على ما نص عليه القانون من إجراءات وشكليات لإصدار القرار الإداري. كما يحتم عليها الالتزام بمراعاة قواعد الاختصاص التي نص عليها القانون، ومن ثم فإن الإدارة لا تتمتع بأي تقدير في هذا الشأن.

(ب) أن يكون رائد الإدارة من إصدار القرار تحقيق المصلحة العامة:

لا خلاف في أن الإدارة تستقل بتقدير مناسبة إصدار قراراتها، إزاء ذلك فإنه يجب أن يكون دائماً الهدف منها الغاية وجه المصلحة العامة، فالغاية أو الهدف هو المبتغى النهائي من إصدار القرار الإداري دون أي اعتبار آخر، ويفترض في أي قرار إداري أنه صدر محققاً للمصلحة العامة، وعلى من يدعي العكس عليه أن يقيم الدليل على ذلك. فركن الهدف أو الغاية هو الحد الخارجي. ولسلطة الإدارة إذا خرجت عنه، فإن قرارها يكون مشوباً بعيب الانحراف بالسلطة أو إساءة استعمالها.

(ج) تحقق الأسباب التي يبني عليها صدور القرار الإداري:

تلتزم الإدارة بأن تكون القرارات التي تصدرها مبنية على أسباب صحيحة مطابقة للحقيقة والواقع، ومن ثم يتعين عليها أن تتحقق من الأسباب التي من أجلها تقوم بإصدار القرار الإداري، وتخضع الإدارة لرقابة القضاء فيما يتعلق بمدى صحة الوقائع التي كانت سبباً في إصدار القرار، كما أن القضاء يملك مراقبة التكييف القانوني للوقائع بفرض ثبوتها ليعرف ما إذا كانت هذه الوقائع تؤدي لاتخاذ القرار أم لا.

وبناء على ذلك لا يجوز للإدارة أن تصدر قراراً استناداً لأسباب أو وقائع غير موجودة أو منتزعة من أصول لا تنتجها أو وقائع غير صحيحة أو مخالفة للقانون، وكل ذلك

413 د. عبد العظيم عبد السلام، مرجع سابق، ص 121 وما تلاها.

على ما سيأتي.

(د) التكييف القانون السليم للوقائع التي استندت إليها الإدارة في إصدارها القرار الإداري:

يراقب القضاء الإداري التكييف القانون للوقائع على فرض ثبوتها لكي يعرف ما إذا كانت هذه الوقائع توصل إلى القرار الذي تم إصداره أم لا.

سابعاً- الشرعية والملاءمة :

إذا كانت السلطة التقديرية ترتبط بفكرة الملاءمة، فما هو مدى رقابة القضاء على الأعمال التي تباشرها الإدارة بمقتضى سلطتها التقديرية؟

بادئ الأمر يقصد مشروعية تصرف معين أن هذا التصرف قد صدر موافقاً للقانون من جميع جوانبه، أما ملاءمة تصرف معين فيقصد به أن التصرف الذي قامت به الإدارة كان مناسباً وملائماً للاعتبارات المحيطة به من حيث الزمان والمكان والواقع.⁽⁴¹⁴⁾

فالشرعية والملاءمة لا يوجد تعارض بينهما، لأن الشرعية بالنسبة لقرار معين إذا كان يمكن تقديرها والبحث فيها على أساس قواعد قانونية محددة سلفاً، فإن تقدير ملاءمة القرار أيضاً لا يمكن أن يتم إلا بالنسبة للعوامل الواقعية التي تحيط بالتصرف الإداري⁽⁴¹⁵⁾

بيد أن القاضي الإداري يعتبر، كمبدأ عام، قاضي مشروعية لا قاضي ملاءمة بمعنى أن اختصاصه يقتصر على بحث مشروعية القرارات الإدارية أي مدى مطابقتها أو مخالفتها لمجموعة القواعد القانونية دون التعرف لبحث عنصر الملاءمة حيث يترك للإدارة وحدها مراعاة ظروف إصدار القرار الإداري ووزن الملابسات المحيطة به دون معقب عليها في ذلك من جهة القضاء.⁽⁴¹⁶⁾

414 د. عصام البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، رسالة مقدمة لكلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1970، ص166.

415 د. سعاد الشرفاوي، القضاء الإداري، ج1، ص100.

416 د. سعد عصفور، د. محسن خليل، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص95.

من المقرر في قضاء المحكمة الإدارية العليا،⁽⁴¹⁷⁾ أنه ولئن كان نشاط القضاء الإداري في وزنه للقرارات الإدارية ينبغي أن يقف عند حد المشروعية أو عدمها في نطاق الرقابة القانونية، فلا يتجاوزها إلى مناسبات إصدار القرار وغير ذلك مما يدخل في نطاق الملاءمة التقديرية التي تملكها الإدارة بغير معقب عليها، إلا أن له الحق في بحث الوقائع التي بنى عليها القرار الإداري بقصد التحقق من مدى مطابقتها أو عدم مطابقتها للقانون، وحقه في ذلك لا يقف عند حد التحقق من الوقائع المادية التي أسس عليها القرار، بل يمتد إلى تقدير هذه الوقائع باعتبارها من العناصر التي يقوم عليها القرار الإداري.

ومؤدى ذلك أن القاضي الإداري وهو يراقب اختصاص الإداري التقديري لا يتحول إلى قاضي ملاءمة، بل يظل قاضي مشروعية، لان الملاءمة قد تكون في حالات كثيرة أحد شروط مشروعية التصرف الصادر من الإدارة ويتحقق ذلك عندما يجد القاضي الإداري نفسه في موقف يملي عليه حق الملاءمة ويوجد في هذا البحث ضرورة لازمة لا غنى عنها للكشف على مشروعية القرار الإداري محل الطعن.

من ذلك يتضح عدم تعارض سلطة الإدارة التقديرية وما لها من عنصر الملاءمة مع مبدأ المشروعية، وذلك في حالة ما إذا كانت الملاءمة شرطاً من شروط المشروعية وعنصرًا لازماً يعمل على الكشف عن مدى مشروعية عمل الإدارة.

وقد أخذ قضاء التمييز الكويتي - بهذا المبدأ - في حكمه الصادر في 29 من أبريل سنة 2008⁽⁴¹⁸⁾ وجاء فيه: «... من المقرر- في قضاء هذه المحكمة - أن 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 بنى عليها القرار الإداري بقصد التيقن من مدى مطابقتها أو عدم مطابقتها للقانون. وحقه في ذلك لا يقف عند مراقبة مدى صحة الوقائع

417 حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 54/31132 ق.ع، جلسة 2010/6/27، ص 55 و 56، ص 582.

418 حكمها في الطعن رقم 2007/187 إداري، جلسة 2008/2/29. الموسوعة السابقة، الكتاب الثالث، ج 5، ص 853 وما تلاها.

المادية التي أسس عليها القرار فحسب، بل يمتد إلى تقدير هذه الوقائع إذا ارتبطت بالقانون باعتبارها من الأركان التي يقوم عليها القرار الإداري والتي تشكل ركن السبب وذلك حتى تتحقق المحكمة من مطابقة هذه الوقائع أو عدم مطابقتها للقانون، وأثر ذلك في النتيجة التي انتهى إليها القرار. وهذه الرقابة تجد حدها الطبيعي في استظهار ما إذا كانت النتيجة مستخلصة استخلاصاً سائئاً من أصول تتجه مادياً وقانونياً وتؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها القرار من عدمه. وأنه وإن كان التعبير الفني عن الأفكار سواء كانت بالكتابة أو التمثيل أو الصورة وغيرها من وسائل التعبير قد كفلها الدستور. 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 ينبغي نشره أو التصريح به، وكان الحكم المطعون فيه قد ألغى القرار المطعون فيه برفض التصريح للمطعون فيه بعرض فيلم تأسيساً على ما أثبتته في أسبابه من أنه بعد أن شاهدت المحكمة الفيلم لم تجد فيه أي 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 كان بقصد التنبيه لها وتسييل الضوء عليها لمحاربتها والقضاء عليها ومنع تفشيها أو تحويلها إلى ظاهرة تهدد كيان الأسرة الكويتية، وهذا الذي استخلصه الحكم من واقع مشاهدته لا يستقيم تحقيقه والوصول إليه إلا من خلال استطلاع رأي الخبرة باعتبارها من المسائل الفنية التي لا ينجلي الأمر فيها على وجهه الصحيح إلا بعد استدعاء الرأي الفني المائل وبحضور أطراف النزاع ومناقشتهم في الجوانب السلوكية التي عرضها الفيلم ومدى ارتباطها بالغايات من الأحداث، وما إذا كانت تستهدف علاج بعض السلبيات في المجتمع أم أنها تستهدف عرض هذه السلبيات على أنها العنصر الأساسي والمستهدف من العمل دون أن يكون لها تأثير في سياق الأحداث، وإذ خالف الحكم هذا التطبيق فإنه يكون معيباً بما يوجب تمييزه.

ثامناً - مدى رقابة القضاء للسلطة التقديرية :

المستقر فقها وقضاً في فرنسا أن رقابة القاضي الإداري في شأن ممارسة الإدارة لما لها من سلطة تقديرية، لا تمارس في صدد محل القرار المطعون فيه، أو في شأن التكييف القانوني للوقائع المكونة له، ولكن للقضاء الإداري التثبيت من مشروعية تعبير الإدارة عن إرادتها. والرقابة تشمل المشروعية الخارجية، والمشروعية الداخلية.⁽⁴¹⁹⁾

وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي ببطالان القرار لصدوره من سلطة غير مختصة⁽⁴²⁰⁾ أو الخطأ في القانون⁽⁴²¹⁾، أو للانحراف بالسلطة.⁽⁴²²⁾

من المقرر أن الرقابة القضائية على تصرفات الإدارة ليست حقيقة على قدر واحد بالنسبة لجميع التصرفات الإدارية، بحسب المجال الذي تتصرف فيه ومدى ما تتمتع به من حرية وتقدير في التصرف، وهي تضيق حقيقة في مجال السلطة التقديرية حيث لا يلزم القانون الإدارة بنص يحد من سلطتها أو يقيد من حريتها في وسيلة التصرف أو التقدير، إلا أن هذا لا يعني أبداً أنها سلطة مطلقة وأن الرقابة القضائية تكون في هذه الحالة منعدمة، بل أن الرقابة القضائية موجودة دائماً على جميع التصرفات الإدارية لا تختلف في طبيعتها وأن تفاوتت فقط في مداها وهي تتمثل في هذا المجال التقديري في التحقق من أن التصرف محل الطعن يستند إلى سبب موجود مادياً وصحيح قانوناً وأنه صدر مستهدفاً الصالح العام⁽⁴²³⁾

419 Odent (R), Waline (M) et verdier (R), Tome II, op. cit. p331 et s.

420 C.E 17 oct 1951, clam. Rec. p486.

421 C.E 28 mai 1954, Barel, Rec. p30.

422 C.E 3 fév 1956, Kaddan, Rec. p46.

423 حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 16/748 ق.ع، جلسة 1974/5/5، ص 19، ص 329 وما تلاها. ولمزيد من التفاصيل د. خالد سيد محمد حماد، حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية، مرجع سابق، ص 602 وماتلاها. فالاستقر عليه في قضاء محكمة القضاء الإداري أن الأصل أن القانون حينما يطلق التقدير للإدارة، فلا معقب عليها في تقديرها، مادام قد خلا هذا التقدير من عيب إساءة السلطة أو الانحراف بها، فجوهر السلطة التقديرية هو الإطلاق وحدها التعسف. والأصل أن عيب الانحراف بالسلطة هو من العيوب القصدية التي تشوب ركن الغاية في القرار وعلى من يدعي الانحراف بالسلطة يثبته وذلك بأن يثبت أن القرار الإداري قد تغيا غايات أخرى بعيدة عن الصالح العام. (حكم محكمة القضاء الإداري، الدعوى رقم 6002/59 ق، جلسة 2006/12/19، المجموعة، ص 122).

ومن حيث إن المستقر عليه فقها وقضاً أن قرارات الإدارة المبنية على سلطة تقديرية شأنها في ذلك شأن القرارات المبنية على سلطة مقيدة، لا تقلت أبداً من رقابة المشروعية، بل تخضع لهذه الرقابة خضوعاً تاماً، ويباشر القاضي سلطته المباشرة على سائر أركان القرار الإداري سواء تمتعت الجهة الإدارية باختصاص تقديري في خصوصه أو لم تتمتع به.⁽⁴²⁴⁾

وهو ما أخذت به محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في 1 من يونيو سنة 2004⁽⁴²⁵⁾ حيث تقول: «ومن المستقر عليه فقهاً وقضاً أن الإدارة حال مباشرة الاختصاصات المنوطة بها، إما أن تباشرها باختصاص مقيد - أي أن يحدد لها القانون سلفاً شروط مباشرة هذه السلطة - أو تباشرها باختصاص تقديري، وتكون لها من ثم ملاءمة إصدار القرار، والإدارة في الحالتين تخضع لرقابة وإن اختلف مدى هذه الرقابة، وقد هجر الفقه والقضاء رأياً كان يذهب إلى عدم خضوع الإدارة، وحال مباشرة اختصاصها التقديري لرقابة القضاء، ولا يسوغ للإدارة حال مباشرة هذا الاختصاص في الحالات التي حددها المشرع أن تلتحف برداء السلطة المطلقة لتكون بمنأى من رقابة القضاء والذي لا يمنع رقابة أعمال الإدارة عدم التزامها تشريعياً بتسببها، فالإعفاء من التسبب - في حالاته - لا يعني، بحال من الأحوال، صيرورة سلطة الإدارة المطلقة. ويغدو من نافلة القول الإشارة إلى أن بسط القضاء الإداري رقابته على قرارات الإدارة سواء من حيث مشروعيتها أو ملاءمتها لا يعني حلولاً محل جهة الإدارة في مباشرة الاختصاصات الموكولة لها أو اعتداء على مبدأ الفصل بين السلطات، فاختصاص القاضي يقتصر على إجراء رقابة على ما تصدره الجهة الإدارية، أو تمتع من إصداره من قرارات، ويكون محل دعوى الإلغاء وموضوع الخصومة هو القرار الإداري الصادرة عن الإدارة، والحكم الصادر فيها يتضمن إلغاء القرار الذي لا يتفق والمشروعية أو إبراء ساحة القرار، وعلى الإدارة تنفيذ ما يصدر من أحكام إعلاءً لحكم الدستور».

من المقرر قضاء أن هناك فارقاً بين سلطة الإدارة التقديرية وهي سلطة تقوم عليها

424 حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 53/15381 ق.ع، جلسة 2008/6/7، ص 53، ج 2، ص 1357.
425 حكمها في الدعوى رقم 58/2680 ق، جلسة 2004/6/1، المجموعة في الفترة من أكتوبر 2001 حتى ديسمبر 2004، ص 142 وما تلاها.

باعتبارها القوامة على حسن سير المرفق، وبين فهم هذه السلطة على أنها سلطة مطلقة لا يحدّها قيد أو اعتبار أو أن رقابة القضاء تعد بمثابة تدخل في عمل جهة الإدارة أو حلول محلها في مباشرة نشاطها، فالسلطة التقديرية مهما اتسع مدى التقدير فيها لا تستعصي على رقابة القضاء، خاصة إذا التحفت بغير رداء المصلحة العامة الذي يسير غوره والمحافظة على بسط رقابة القضاء الإداري للمشروعية ابتداءً وللمشروعية والملاءمة انتهاءً.⁽⁴²⁶⁾

ومن حيث إنه ولما كان الثابت من أوراق الطعن أن الجهة الإدارية لم تتغيا وجه المصلحة العامة حال صدور القرار المطعون فيه بمد خدمة بعض زملاء المطعون ضده رغم أن خبرتهم لا تنبئ بأفضليتهم عن الطاعن وهو ما يصم قرارها بعيب الانحراف بالسلطة، ويضحي طلب الجهة الطاعنة إلغاء الحكم المطعون فيه غير قائم على سنه ببرره. ولا ينال من ذلك ما استندت إليه من سلطتها في الاحالة إلى المعاش بحسبان أن هذه السلطة لم تخرج عن رقابة القضاء، ويجب دوماً في حال اتساعها أن تستهدف المصلحة العامة دون سواها.

وفي هذا الصدد ذهبت المحكمة الإدارية العليا⁽⁴²⁷⁾ إلى أنه: «... لا يوجد ثمة ما يسمى «بالسلطة المطلقة للجهة الإدارية»، إذ أنه لا شبهه في خضوع القرارات الصادرة عنها في نطاق سلطتها التقديرية وفقاً للقوانين واللوائح لرقابة القضاء من حيث المشروعية وسيادة القانون تأكيداً لمشروعيتها بقيامها على سببها الصحيح الذي أفصحت عنه الجهة الإدارية وشيدت قرارها على سند منه، وهي رقابة مشروعية بسطتها على القرارات المطعون فيها لتزنها بميزان القانون والشرعية والمصلحة العامة، بصفة عامة، أو انحرافها عن الغاية الوحيدة التي حددها الدستور والقانون وهي تحقيق الصالح العام دون تحقيق غير ذلك من الأغراض غير المشروعة.

وإذا كان الخلاف على أن القرارات المبنية على سلطة تقديرية تخضع لرقابة المشروعية، إلا أن القضاء الإداري قد يفرض على الإدارة رقابة في كيفية ممارستها

426 حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 14017/49 ق.ع، جلسة 2009/5/24، س4، ص566 وما تلاها.

427 حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 45/7724 ق.ع، جلسة 2002/4/20، س47، ص658 وما تلاها.

لاختصاصها التقديري، وقد يخضع الملاءمة ذاتها لرقابته إذا ما كانت الملاءمة شرطاً من شروط المشروعية.

وفي هذا الصدد قضت المحكمة الإدارية العليا⁽⁴²⁸⁾ أنه: «من المقرر قانوناً أن المشرع أطلق المجال في تقدير حسن السمعة لجهة الإدارة في نطاق مسئوليتها عن إعداد ضابط الشرطة الذي يتولى مهام الحفاظ على الأمن ومطاردة الخارجين على القانون. وهو تقدير تجريه تحت رقابة القضاء الإداري ولا تثريب عليه طالما خلا تقريرها من إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها، فسمعة الطالب المرشح يمكن أن تتأثر بمسلك شخصي أو خلقي أو بأوضاع تحيط به يمكن أن يكون لها تأثيرها على عمله مستقبلاً. ومستوى حسن السمعة لاشك يتفاوت تبعاً لتفاوت الوظيفة وخطورتها ومسئولياتها، فقد تتساهل فيه الإدارة بالنسبة لوظيفة معينة وتشدد فيه بالنسبة لغيرها مثل وظائف القضاء أو الشرطة وغيرها من الوظائف التي تتطلب في شاغلها مستوى معيناً من حسن السمعة.

أ- الرقابة على الإدارة في كيفية ممارسة الاختصاص التقديري؛

إذا كانت السلطة التقديرية تقوم في جوهرها على الإطلاق إلا أن القضاء الإداري في فرنسا⁽⁴²⁹⁾ رغبة منه في التوفيق بين المحافظة على الحريات العامة ومقتضيات حسن الإدارة استقر على أنه يتعين على الإدارة وهي تمارس اختصاصها التقديري أن تضع نفسها في أفضل الظروف لإجراء هذا التقدير وأن تجريه بروح موضوعية بعيداً عن البواعث الشخصية. ويشترط أن يكون لديها جميع العناصر اللازمة لإجراء هذا التقدير، وبالتالي تكون رقابة القضاء الإداري منصرفة إلى الكيفية التي تم بها التقدير لا إلى التقدير في ذاته، وبمعنى آخر يتعين عدم الخلط بين التقدير الموضوعي الذي أرجعته الإدارة في ذاته وبين الظروف والملابسات التي يتم فيها هذا التقدير، فالأمر الأول هو من إطلاقات الإدارة في حدود التعسف، أما الأمر الثاني فهو شرط شكلي على كيفية إجراء التقدير، لأن من

428 حكمها في الطعن رقم 32/1991 ق.ع، جلسة 1986/12/20، ص 32، ج 1، ص 478 وما تلاها.

429 حكم محكمة القضاء الإداري، في القضية رقم 11/717، جلسة 1958/3/5، ص 12 و 13، ص 83 وما تلاها.

البديهيّات أن التقدير لا يمكن ممارسته إلا إذا توفرت الظروف والضوابط القانونية المعقولة لإجرائه، وليس في ذلك أيّ مساس بسلطة التقدير في ذاتها.⁽⁴³⁰⁾

وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر 9 من ديسمبر 2006 وجاء فيه⁽⁴³¹⁾: «... أنه يتعين على جهة الإدارة أن تجري تقديرها بروح موضوعية بعيداً عن التعسف أو إساءة استعمال السلطة وأن تضع نفسها وهي تقوم بإجرائه في أفضل الظروف والأحوال وذلك انطلاقاً من مبدأ خضوع الدولة للقانون وبالتالي يجب أن يكون القرار الصادر منها في هذا المجال له ما يبرره وقائماً على أسباب مقبولة ومنطقية فلا يصح أن يكون مجرد استخدام السلطة التقديرية سبباً للرفض أو الامتناع عن إصدار القرار، متى تحقق في صاحب الشأن سائر الشروط والأوضاع التي يتطلبها القانون للحصول على الحق وإلا لكان لجهة الإدارة في كل مرة تتحقق فيها هذه الشروط والأوضاع أن ترفض الاستجابة للطلب أو تستجيب لشخص وترفض الآخر، محتمية في ذلك بسلطتها التقديرية، وهو ما يخل بمبادئ العدالة والمساواة التي كفلها الدستور.

وهو ما اتجهت إليه محكمة التمييز الكويتية في حكمها الصادر 17 يونيو سنة 2015⁽⁴³²⁾ بقولها: «من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن الإدارة انطلاقاً من مبدأ المشروعية تلتزم عند إصدارها للقرار الإداري بقواعد قانونية لا مناص من احترامها ومراعاتها، وأنه حتى في الحالات التي يفسح فيها القانون للجهة الإدارية قدرًا من الحرية تستقل من خلاله بوزن مناسبات إصدار القرار، وبتقدير ملاءمة أو عدم ملاءمة إصداره، بما يلقي عليها التزاماً بأن تضع نفسها في أفضل الظروف وأنسب الحلول للقيام بهذا التقدير وأن تجريه بروح موضوعية بعيداً عن البواعث الشخصية وأن تكون لديها العناصر اللازمة لإجرائه. فإن القاضي الإداري لا يتعرض لتقدير الجهة الإدارية في ذاته، ولكن للظروف التي

430 راجع احكام مجلس الدولة الفرنسي في هذا الشأن:

C.E 21 nov 1952. commune de Daor. Rec. p616. août 1922. société de Boulonnais. Rec. p132. 16 nov 1928. Foucher et autre. p1929.3.43 note waline.

431 حكمها في الطعن رقم 47/10997. ع. جلسة 2006/12/9. المجموعة، ج1، الفترة من أول أكتوبر حتى أبريل 2007، ص173 وما تلاها.

432 حكمها في الطعن رقمي 677 و678/2012 إداري، جلسة 2015/6/17 (سبق الإشارة إليه).

أحاطت به، وحينئذ يحق له أن يتحرى جوانب القرار وملابساته كي يفرض رقابته بقصد الوقوف على الهدف الحقيقي الذي تنشده الإدارة من جراء إصدار القرار. وهذه الرقابة تجد مجالها حين توهم بأنها تنكبت وجه المصلحة العامة أو الغاية المبتغاة لقرارها المطعون فيه، أو أنها انحرفت عن تحقيقها إلى غاية أخرى لم يقصدها المشرع عندما خولها وزن مناسبات القرار وملاءمة وقت إصداره، ففي هذه الحالة يحق للقاضي الإداري أن يتحرى بواعث القرار وملابسات إصداره، وما إذا كان مصدره قد تغيا به وجه المصلحة العامة أو الغاية التي تغيها القانون أم تنكب السبيل.»

وتطبيقاً لذات المبدأ تقرر المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في 23 من ديسمبر سنة 1990⁽⁴³³⁾ «ولئن كانت الترقية بالاختيار إلى درجات وظائف مستوى الإدارة العليا من الملاءمات التي تترخص فيها الإدارة، إلا أن مناط ذلك يكون الاختيار قد استمد من عناصر صحيحة مؤدية إلى صحة النتيجة التي انتهت الإدارة إليها، وتجري مفاضلة جادة بين العاملين على أساس ما تحويه ملفات خدمتهم وما يبيده الرؤساء عنهم للتعرف على مدى تفاوتهم في مضممار الكفاية بحيث لا يجوز تخطي الأقدم إلى الأحدث إلا إذا كان الأخير أكثر كفاية وهو أمر تمليه دواعي المشروعية.»

ب- قاضي الإلغاء يراقب ملاءمة القرارات الإدارية في بعض الحالات:

أخضع مجلس الدولة الفرنسي الإدارة في ممارستها للسلطة التقديرية لرقابته في بعض حالات أشهرها مجالان:

الأول: المجال التأديبي: فالمسلم به أن سلطة التأديب من حقها إذا ثبتت الجريمة التأديبية في حق الموظف، أن تختار العقوبة المناسبة من بين العقوبات التأديبية المقررة هو ما يعرف بمبدأ التناسب (le principe de proportionnalité)، ولكن القضاء الإداري قد بدأ يبسط رقابته على مدى ملاءمة العقوبة التي

433 حكمها في الطعن رقم 24/2566 ق.ع. جلسة 1990/12/23، س. 36، ع. 1، ص. 389 وما تلاها.

توقعها الإدارة (أو أي جهة أخرى) على الموظف في حال ثبوت الجريمة التأديبية قبله، ومن أوائل أحكام مجلس الدولة الفرنسي، في هذا الصدد، حكمه الصادر في 9 يونيو سنة 1978 في قضية (le bon)⁽⁴³⁴⁾ وفي 26 يوليو من ذات العام في قضية (V - nolay)(435) وفي الحكمين سجل مجلس الدولة في صدد تبرير حكم الإلغاء بعدم التناسب بالغ الوضوح بين خطورة الأخطاء المنسوبة للموظف والعقوبة الموقعة عليه.

le conseil d'état s'est reconnu le pouvoir de contrôler si la sanction disciplinaire ... n'est pas manifestement disproportionnée à la gravité des fautes commises

ولم يختلف مجلس الدولة المصري عن مجلس الدولة الفرنسي في مجال تقدير الجزاء، بل لعل مجلس الدولة المصري سبقه في هذا المجال، كما أخذ قضاء التمييز بما انتهى إليه التطور، في هذا الصدد.

فقد ذهبت محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في 30 يناير سنة 1957⁽⁴³⁶⁾ إلى أن: «تقدير مدى تناسب الجزاء التأديبي مع المخالفة التأديبية التي استوجبت توقيعه، هو مما تستقل به الجهة التي جعل لها القانون الاختصاص بتوقيعه ولا تملك المحكمة - على ما جرى به قضاؤها - التدخل في هذا التقدير. ومرد ذلك إلى أن المخالفات التأديبية غير محددة، ولا مقررة بنصوص خاصة تبين أركان كل منها، ولذلك يقع العقاب التأديبي على أعمال تقدر الجهة التأديبية أنها تستحق الجزاء، وتقدر تبعاً لذلك مقدار هذا الجزاء في حدود العقوبات الواردة في القانون.»

وهو ما قرره المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في 5 من يناير سنة 1963⁽⁴³⁷⁾ بقولها: «... أن تقدير العقوبة للذنب الإداري الذي يثبت في حق الموظف هو من سلطة الإدارة، لا رقابة للقضاء فيه عليها، إلا إذا اتسم بعدم الملاءمة الظاهرة، أي بسوء

434 C.E 9 juin 1978. le bon. Rec. p.

435 C.E 26 juill 1978. vinolay. Rec.p.

436 حكم محكمة القضاء الإداري، القضية رقم 10/1695، جلسة 10/30/1957، ص 11، ص 198.

437 مجموعة أحكام المحكمة، ص 8، ص 398.

استعمال السلطة».

وهو ما اطرده عليه قضاء هذه المحكمة في حكمها الصادر في 18 من يناير سنة 1997⁽⁴³⁸⁾ وجاء فيه: «من المقرر أن تقدير الجزاء في المجال التأديبي متروك إلى مدى بعيد لتقدير من يملك توقيع العقاب التأديبي، غير أن السلطة التقديرية تجد حدها عند قيام عدم جواز إساءة استعمال السلطة تلك العبارة التي تبدو عند ظهور عدم تناسب بين المخالفة التأديبية وبين الجزاء الموقع عنها، وهو ما يعبر عنه بالغلو في تقدير الجزاء الذي يصم الإجراء التأديبي بعدم المشروعية ويجعله في واجب الإلغاء والتناسب بين المخالفة التأديبية والجزاء الموقع عنها، إنما يكون على ضوء التحديد الدقيق لوصف المخالفة في ضوء الظروف والملازمات المشكلة وأبعادها، فإن مؤدي ذلك أن جسامته العمل المادي المشكل للمخالفة التأديبية إنما ترتبط بالاعتبار المعنوي صاحب لارتكابها بحيث لا تتساوى المخالفة القائمة على غفلة أو استهتار تلك القائمة على عمد والهادفة إلى غاية غير مشروعة، إذ لا شك أن الأولى أقل جسامته من الثانية وهذا ما يجب أن يدخل في تقدير من يقوم بتوقيع الجزاء التأديبي على ضوء ما يستخلصه استخلاصاً سائغاً من جماع أوراق الموضوع».

وقد اطرده قضاء التمييز في تبني معيار تقدير التناسب بين المخالفة والجزاء،⁽⁴³⁹⁾ وفي ذلك تقول: «من المقرر أنه ولئن كان للجهة المختصة بالتأديب سلطة تقرير الذنب الإداري وما يناسبه من جزاء بغير معقب عليها في ذلك، إلا أن مناط مشروعية هذه السلطة ألا يشوب استعمالها غلو والذي من صورته عدم الملاءمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الإداري وبين نوع الجزاء ومقداره وقرار الجزاء المشوب بالغلو يخرج من نطاق المشروعية إلى نطاق عدم المشروعية وتعيين الحد الفاصل بين هذين النطاقين، مما يخضع لرقابة القضاء يصدر الجزاء التأديبي ليكون عادلاً خالياً من الإسراف في الشدة أو الإمعان في استعمال الرأفة، إذا أن كلا من الأمرين ليس فيه ضير على حسن سير المرافق العامة ويجافيان المصلحة العامة، وإذا التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنما يكون قد أصاب قضاؤه صحيح القانون

438 حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 37/1731 ق.ع، جلسة 1997/1/18، س42، ج1، ص441، وفي هذا المعنى حكم

المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 48/7214 ق.ع، جلسة 2006/3/4، س51، ج1، ص489.

439 حكمها في الطعن رقم 1986/76 تجاري، جلسة 1986/12/31، والطعن رقم 1989/292 تجاري، جلسة 1990/3/5،

والطعن رقمي 240 و244/1988 تجاري، جلسة 1989/3/13 الموسوعة الكتاب الثاني، ج3، ص292 و295.

ويضحي النعي عليه بوجهيه على غير أساس.

وأكد على مبدأ الرقابة ملائمة العقوبة للمخالفة، وقضى بأنه: «من المقرر أنه ولئن كان للسلطات التأديبية سلطة تقدير خطورة تقدير الذنب الإداري وما يناسبه من جزاء بغير معقب إلا أن مناط مشروعية هذه السلطة ألا يشوب استعمالها غلو، ومن صور عدم الملاءمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الإداري وبين نوع الجزاء ومقداره فيخرج التقدير من نطاق المشروعية ومعيارها ليس شخصياً، وإنما هو معيار موضوعي قوامه أن درجة خطورة الذنب الإداري لا تتناسب مع نوع الجزاء ومقداره ومن ثم تخضع لرقابة المحكمة.»⁽⁴⁴⁰⁾

وهو ما أكدته في حكمها الصادر في 24 من يونيو سنة 2008،⁽⁴⁴¹⁾ جاء فيه «.. 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 والذي يتحقق عند عدم قيام التناسب بين المخالفة التأديبية وبين الجزاء الموقع عنها، والغلو في تقدير الجزاء إنما يصم الجزاء التأديبي بعدم المشروعية، والتناسب بين المخالفة التأديبية بين الجزاء الذي يوقع عنها إنما يكون على ضوء التحديد الدقيق لوصف المخالفة في ضوء الظروف والملاسات المكونة لأبعادها فلا تتساوي المخالفة القائمة على غفلة أو استهتار أو إهمال بتلك القائمة عن عمد، إذ لا غرو في أن الأولى أقل جسامة من الثانية وهو ما يجب أن يدخل في التقدير.»

وفي حكم أكثر تفصيلاً ذهبت إلى أنه: «ومن المقرر أنه للسلطة المختصة بالتأديب سلطة تقدير خطورة الذنب وما يناسبه من جزاء بغير معقب عليها في ذلك إلا أن يشوب تقديرها غلو الذي من صور عدم الملاءمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الإداري وبين نوع الجزاء ومقداره. وللقضاء التحقق من سبب القرار ومن صحة الوقائع التي بنى عليها وصحة تكييفها القانوني ومن ملاءمة الجزاء وتناسبه مع المخالفة الثابتة في حق الموظف ليكون الجزاء عادلاً، لأنه إذا صدر قرار الجزاء مشوباً بالغلو ويثبت ذلك للمحكمة، فإنه ينبني على ذلك أن تقدير الإدارة للجزاء يخرج من نطاق المشروعية إلى نطاق عدم المشروعية، ومن

440 حكمها في الطعن رقم 240 و1988/244 تجاري، جلسة 13/3/1989، الموسوعة الكتاب الثاني، ج3، ص295 وما تلاها.

441 حكمها في الطعن رقم 727/2005 إداري، جلسة 24/6/2008، المجموعة السابقة، ص298 وما تلاها.

ثم يخضع لرقابة محكمة التمييز، ومعيار عدم المشروعية - في مثل هذه الأحوال - ليس معياراً شخصياً، وإنما هو معيار موضوعي، قوامه أن درجة خطورة الذنب الإداري لا تتناسب مع نوع الجزاء ومقداره. فإذا ثبت للمحكمة ذلك قضت بإلغائه، وتمتد - في هذه الحالة - سلطة المحكمة إلى الفصل في الموضوع بنفسها والنظر في توقيع الجزاء الذي تراه مناسباً مع المخالفة التي تبين لها ثبوت ارتكابها ويقوم الجزاء على أساس التدرج تبعاً لجسامة المخالفة التأديبية ورد هذا الغلو واستبداله بتوقيع جزاء آخر يتناسب مع المخالفة وأساس ذلك أن المحكمة منوط بها استقرار الأوضاع واقتصاد الإجراءات ومنع إثارة المنازعة مجدداً فيما لو ترك لجهة الإدارة توقيع الجزاء، وهو ما يفضي إلى استقرار الأوضاع الإدارية وخلق الظروف المناسبة لحسن أداء العمل وانتظامه».⁽⁴⁴²⁾

هذا الاتجاه أخذ به قضاء محكمة التمييز في شأن الرقابة على ملاءمة السبب الذي بنى عليه القرار الإداري في حكمها الصادر في 25 من مارس سنة 1990 وجاء فيه: «... الأصل أن دور القضاء الإداري يقتصر على مراقبة مدى ملاءمة هذا السبب، إلا أنه في بعض المجالات مثل مجال الحريات العامة والمجال التأديبي قد تختلط الملاءمة بالمشروعية بحيث لا يكون القرار مشروعاً إلا إذا كان لازماً، فتمتد الرقابة القضائية إلى الملاءمة باعتبارها جزءاً من المشروعية. وأضاف أنه طبقاً لنص المادة الثانية من الدستور يحظر نشر ما يتعارض مع المصلحة الوطنية أو يمس النظام الاجتماعي أو السياسي في الكويت. ولا شك أنه يتعين التسليم بنصيب من السلطة التقديرية للجهة القائمة على الرقابة في تقدير ما يعتبر من شأنه مثيراً للبعضاء أو باثاً لروح الشقاق بين أفراد المجتمع، طالما أن المشرع لم يحدد ما يعتبر كذلك أو يضع له معياراً منضبطاً، وذلك بحكم ما لهذه الجهة من رؤية شاملة لظروف المجتمع وعاداته وتقاليده وتفاعلات الأحداث السياسية والاجتماعية والاقتصادية

442 حكمها في الطعن رقم 161/2010 إداري، جلسة 2012/4/16، الموسوعة السابقة، ص306 وما تلاها. راجع عكس ذلك حكمها في 2009/12/29 إذ ذهبت إلى أن الأصل في قضاء الإلغاء أن يقتصر اختصاص المحكمة على بحث مشروعية القرار الملعون فيه فإذا تبين عدم مشروعيته حكمت بإلغائه، ولكنها لا تملك في هذه الحالة - أن تستبدل به قراراً آخر يحقق هدف ويتلافى ما أدى إلى عدم مشروعيته فتحل بذلك محل مصدر القرار في اتخاذه وهو ما لا تجيزه القوانين المنظمة لاختصاص قضاء الإلغاء واحتراماً لمبدأ فصل السلطات الذي يوصون الدستور... فإذا قضت المحكمة بإلغاء القرار لعدم قيامه على كامل سببه فإن الجهة الإدارية تسترد سلطتها في توقيع الجزاء المناسب على أساس ما كشف عنه الحكم وبعد استبعاد مالم يقم على وجه اليقين في حق الموظف دون تسف وعلی أساس التدرج في الجزاء تبعاً لجسامة الذنب الإداري. (حكمها في الطعن رقم 309/2007 إداري جلسة 2009/12/29 الموسوعة الكتاب الثاني، ج3، ص303 وما تلاها.

في زمن النشر، ولها أيضاً حظ من التقدير فيما تراه متعارضاً مع المصلحة الوطنية أو مساساً بالنظام الاجتماعي للدولة. ولما كان ذلك وكان المشرع لم يلزم الجهة القائمة على الرقابة تسبب قرارها بمنع النشر، وكان الحكم المستأنف في معرض رقابته لمشروعية القرار المطعون عليه قد استظهر بعض ما تضمنه المقال الممنوع نشره محل النزاع المائل من عبارات من شأنها إثارة البغضاء وبث روح الشقاق وبث بذور الفتنة بين أفراد المجتمع وما يتعارض أيضاً مع المصلحة الوطنية في ضوء الظروف والأحوال الراهنة التي تمر بها البلاد والمنطقة المجاورة، وانتهت إلى أن النعي عليه على غير أساس.⁽⁴⁴³⁾

الثاني: رقابة الموازنة بين المنافع والأضرار أو الموازنة بين النفقات والمزايا: ⁽⁴⁴⁴⁾

(le contrôle de proportionnalité) ou (Bilan-coûts avantages)

لعمل المناسب قبل أن تناول هذا الموضوع، أن تشير إلى تعريف الموازنة بين النافع والأضرار.

تعددت التعريفات في هذا الخصوص، وتدور جميعها حول تقدير مزايا القرار ومضاره،⁽⁴⁴⁵⁾ أو الآثار الإيجابية والسلبية،⁽⁴⁴⁶⁾ المقابلة بين المنافع والأضرار المترتبة على القرار الإداري، فإذا انتهت عملية الموازنة إلى ترجيح المزايا على الأضرار أعلن القاضي عن صحة مشروعية القرار، وإذا انتهت عملية الموازنة - على العكس - ترجيح الأضرار يتعين

443 حكمها في الطعن رقم 1989/331 تجاري، جلسة 1990/3/25، الموسوعة الكتاب الثالث ج5، ص850 وما تلاها.
444 حاول البعض بيان الأساس القانوني لنظرية الموازنة بين المنافع والأضرار في ضوء أحكام الدستور الفرنسي وخلص إلى أن نصوص الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن هي تعبير وتجسيد واضح لنظرية الموازنة بين المنافع والأضرار لأن جميعها إما أنه يدعو للحفاظ على الحقوق والحريات والملكيات الفردية يضع الضوابط الخاصة بعدم المساس بها، كما أنه يؤكد على حق المجتمع في اللجوء وفي حالات استثنائية لإجراءات من ذات الطبيعة مثل نزع الملكية تقتضيها ضرورة سير المرفق وأداء الخدمات لجميع المواطنين ويتضح ذلك بجلاء لاسيما في نصوص المواد 2 و5 و11 و16 و17 فهي نصوص تكفل لكلا من الدولة والأفراد صيانة حقوقهم كلا قبل الآخر مع وضع إطار عام وهو ضابط القانون الذي يستند اليه كلا من الدولة والأفراد (د. عبد المقصود توفيق أحمد محمد، نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار في القانون الإداري دراسة مقارنة، في الفقه والقضاء الإداري الفرنسي والمصري، رسالة مقدمة لكلية الحقوق جامعة أسيوط 2010 ص177 وما تلاها).

445 د. نبيلة عبد الحليم كامل، دور القاضي الإداري في الرقابة على شرط المنفعة في حالة نزع الملكية، دارة النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص20.

446 د. أحمد أحمد المواجهي، فكرة المنفعة العامة في نزع الملكية، دار النهضة الحديثة، القاهرة، ص221 وما تلاها.

على القاضي الحكم بإلغاء القرار. (447)

عرفها البعض في رسالته (448) بأنها الأخذ بمجموعة القواعد والأسس والمعايير التي تضبط عملية الجمع والترجيح بين المصالح المتعارضة، والمفاسد المتنافرة، وكذلك المصالح والمقاصد المتقابلة، ليتبين أيهما أرجح فيقدم على غيره.

وفي تقديرنا أن التعريف الأخير لا يخرج عن مضمون التعاريف السابقة، ومن ثم فإن الموازنة تعني الترجيح بين مصالح متعارضة، تتفاوت فيما بينها، وليست على درجة واحدة، مما يستلزم - بطبيعة الحال - إعمال النظر والتقدير وصولاً إلى الصواب سواء بترجيح المزايا على الأضرار أو العكس. (449)

1 - نطاق النظرية :

لا ريب أن الموازنة بين المنافع والأضرار هو مجال جديد وكانت فاتحة قضاء مجلس الدولة الفرنسي، حكم المجلس في 28 من مايو سنة 1971 في قضية ville nouvelle Est (450) وتتلخص وقائعها في أن مشروعاً عاماً يستهدف إعداد منطقة جامعية ومدينة

447 د. سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، وقرب من ذلك د. رمضان محمد بطيخ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقديرية وموقف مجلس الدولة المصري منها، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص306.

448 د. محمد عبد النبي حسنين محمود، نظرية الموازنة بين المنافع والمصادر في إطار القانون العام، دراسة مقارنة في النظام الإسلامي والنظم الوضعية، رسالة مقدمة لكلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2005، ص31.

449 ومما يؤيد وجهة نظرنا الإشارة إلى تعليق العميد فالين على حكم مجلس الدولة في قضية ville-nouvelle Est الصادر في 28 مايو 1971 بقوله: أن المجلس سلم لنفسه الحق في تقدير كافة أنواع المزايا والأضرار التي يمكن أن تترتب على القرار الصادر بإنشاء هذا المشروع، فأجرى عملية موازنة بينهما بأن وضعهما في كفتي الميزان، ولم يتجه إلى عدم إلغاء القرار إلا عندما تبين له رجحان جانب المزايا على جانب الأضرار.

450 C.E 28 mai 1971. ministre de l'équipement et du Logement c. fédération de défendre des personnes concernées par le projet actuellement dénommé ville nouvelle Est. Rec. 409 concl Braibant. p1972.194. note lemasurier. K.D.P 1971. 454 note Waline. A.j 1971. 404 et 463 chr labetoulle et cobanes et concl Braibant. Rev 1971. 422 Adm J.C.P 1971. 110 16873. Note homont. C.I.E.E 1972. J. 38 note virole.

"considerent qui une opération ne peut être légalement déclare d'utilité publique que si les atteintes à la propriété privée le coût. financier et éventuellement les inconvenients d'ordre social qu'elle comporte ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente.

جديدة، تطلب نزع ملكية عدد كبير من المنازل المسكونة، وللحكم على مدى شرعية القرار الصادر بنزع الملكية طبق مجلس الدولة نظرية جديدة خلقها المجلس على النحو التالي: «أنه لا يمكن اعتبار عملية محققه للنفع العام المبرر لنزع الملكية، إلا إذا كانت الأضرار التي تلحق الأملاك الخاصة من جرائها وتكلفتها ومضارها الاجتماعية المحتملة، لا تفوق بشكل كبير المزايا التي يمكن أن تجتم عنها.»

ووفقاً لهذا المبدأ، فإنه يجب أن تتم مقارنة بين المزايا التي يحققها القرار والعيوب التي يمكن أن تنشأ عنه، ولا يكون القرار مشروعاً، إلا إذا رجحت كفة المزايا على كفة العيوب، ومن هذا يتضح أن مبدأ الموازنة يتعلق بالآثار الناجمة على القرار، أو بمعنى أدق فإن القضاء يأخذه في الاعتبار آثار القرار لتحديد ما إذا كان يحقق المصلحة العامة أم لا.⁽⁴⁵¹⁾

وهو ما تأكد بحكمه الصادر في 20 من أكتوبر سنة 1972 في قضية (soc. civile sainté - marie de l'assomption)⁽⁴⁵²⁾. ففي هذا الحكم ألغى مجلس الدولة - لأول مرة - قراراً إدارياً، بإحلال المنفعة العامة، لأنه قرر أن المضار الناجمة عنه، والتي تتضمن إلحاق ضرر ببعض المؤسسات الصحية، تفوق المزايا المستهدفة وهي إنشاء طريق لتيسير المواصلات.

وأيضاً في حكمه في قضية Ville de sochaux قرر مجلس الدولة أن المصلحة العامة في شق تفرقة لأحد الطرق تتجاوز المصلحة الخاصة لأحدى الشركات⁽⁴⁵³⁾ ولقد أخذ مبدأ الموازنة مفهوماً جديداً في قضية Société civile Sainte-Marie de l'assomption.⁽⁴⁵⁴⁾ فلم تعد الموازنة قائمة - عند نزع الملكية للمنفعة العامة - بين مصلحة عامة ومصصلحة خاصة، كما هو الشأن في قرار، Ville de sochaux إنما اتسعت لمجال جديد، وهو الموازنة بين مصلحة عامة ومصصلحة عامة أخرى. وبذلك يكون حكم المحكمة

451 د. محمد محمد عبد اللطيف، قانون القضاء الإداري، الكتاب الثاني، دعوى الإلغاء، دار النهضة العربية، 2002، ص328.
452 C.E 20 oct 1972. Rec 657 concl morisot R.D.D 1973. 843. Concl morisot A.J.1972. 576 chr. Cabranes et léger. J.C.P 1973 11.17470. note B. odent C.J.E.G. J.60 note virole.

453 C.E 20 Juill 1971. ville de sochaux. Rec 561. A.J 1972. Note homont

454 C.E 20 oct 1972. (arrêt précité).

في قضية Ville Nouvelle Eest قد اكتمل بحكمه في قضية (Sainté-maire).

ولقد تباينت اتجاهات الفقه الفرنسي في شأن هذه الوسيلة من وسائل الرقابة القضائية.

فالبعض⁽⁴⁵⁵⁾ يرى أن هذا المسلك يدفع بالمجلس لكي يخوض في تقديرات فنية بالغة الدقة، وهو لا يملك الوسائل المناسبة لتقدير هذه الأمور والتي تقع على الحد الفاصل بين مجالي المشروعية والملاءمة.

كما أن هذا المسلك لم يفعل أكثر من أنه استعاض عن حكم الإدارة (l'arbitraire de l'administration) بحكم القضاء (L'arbitraire de juge)⁽⁴⁵⁶⁾

والبعض⁽⁴⁵⁷⁾ الآخر يرى أن مجلس الدولة الفرنسي بقضائه الحديث يستهدف غرضين هما: الحيلولة دون إصدار القرارات المتعجلة. (décisions hâtives) والقرارات غير المنطقية (déraisonnables) وإلزام جهات الإدارة المختلفة بتقديم مبررات جدية لمشروعاتها.

وفي نظر البعض⁽⁴⁵⁸⁾ أن مجلس الدولة الفرنسي يطور رقابته للإدارة، وفقاً لتطورات الحياة الاقتصادية والاجتماعية، ولكن يفعل ذلك بحذر شديد في ضوء أصوله القديمة، وتطور المجتمع الفرنسي.

ولم تقف نظرية الموازنة عند مجال نزع الملكية، بل مُدت إلى مجالات أخرى منها:

455 Waline (J). Le Rôle du juge administratif dans la détermination d'utilité public justifiant L'expropriation. Mélanges offerts à Marcel. Waline. T11 P.P811 et s. S.L.G.D.J Paris 1974. P824A. carr on. note sous C.E. 241 Janv. 1975. Grlier et Bonifay C.J. E.G 1975. P200.

456 Lemasurier (J). Bilan - Coût avantages. et nécessité publique. R.A. P1979. P505.

457 د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص85.

458 رمضان بطيخ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي مرجع سابق، ص358.

مخالفة خطط العمران،⁽⁴⁵⁹⁾ والارتفاقات اللازمة لإنشاء خط كهربائي،⁽⁴⁶⁰⁾ وإنشاء منطقة حماية حول موقع يتمتع بالحماية.⁽⁴⁶¹⁾ وطبق مجلس الدولة الفرنسي النظرية عندما قرر أن شرعية الترخيص باستصلاح مساحة من الغابات لزراعة الأراضي الموجود عليها مرهون بما إذا كان ذلك سيخل بالتوازن البيئي للمنطقة أم لا.⁽⁴⁶²⁾

2- معيار الموازنة بين المنافع والأضرار؛⁽⁴⁶³⁾

في شأن تحديد معيار الموازنة بين المنافع والأضرار، ذهب البعض إلى أن المعيار الذي يستعين به القاضي الإداري كي يتمكن من الوقوف على مزايا وعيوب عملية ما، أو نتائج تصرف إداري معين، ففي مجال عملية نزع الملكية للمنفعة العامة مثلاً، يتجسد هذا المعيار في الأسس والمعطيات التي تبرز المزايا المترتبة على هذه العملية وكذلك الأضرار أو المساوئ التي تنجم عنها، بحيث يستطيع القاضي بعد ذلك إجراء عملية الموازنة بين هذه وتلك ليقرر رأي الكفتين أرجح.⁽⁴⁶⁴⁾

ومن الملاحظ أن مفوض الحكومة Braibant قد انتهى في تقريره على الحكم الشهير (Ville nouvelle Est) إلى أنه يجب أن يؤخذ في الاعتبار في حالة المنفعة العامة الموازنة بين المنافع والأضرار الناجمة عن العملية التي تطالب الإدارة بإجرائها.⁽⁴⁶⁵⁾

dans chaque cas. l'utilité publique serait appréciée..) compte tenu de la balance des avantages et des inconvénients

459 C.E 18 juin 1973. ville de limoges. Rec. p530. D. 1975. 49. Note colligorn. د. عبد المقصود توفيق أحمد محمد، رسالته السابقة، ص232 وما تلاها.

460 C.E 24 janv 1975. Gorlier et Bonifay. Rec. 854.

461 C.E sec 8 juill 1977. Dame Rié et autres. A.J.19.

والجدير بالذكر، أن مجلس الدولة الفرنسي مد تطبيق النظرية إلى مجال تسريح العمال والاستيلاء (د. خالد سيد محمد حماد، مرجع سابق، ص912 وما تلاها).

462 C.E sec 8 juill 1977. Dame Rié. Asso pour la sauvegarde le développ - ment de talmont et autres. A.J.D.A 1977.

463 د. خالد السيد محمد حماد، مرجع سابق، ص898 وما تلاها.

464 د. رمضان بطيخ، الاتجاهات المتطورة، ص32. mراجع د. محمد عبد النبي حسنين محمود، رسالته السابقة، ص721.

465 Long (M), weill (P) et Braibant (G) op. cit. p.567.

(.de l'opération)

وأشار إلى أن هناك بعضاً من المعايير المحددة سلفاً، في هذا الخصوص، وأول هذه المعايير التكاليف المالية للعملية، إذ يجب على القاضي الإداري أن يأخذ في حسبانته عند تقييم عملية ما التكاليف التي ستحملها الجهة المنفذة للمشروع، وما إذا كانت هذه الجهة قادرة فعلاً على التنفيذ من عدمه، فإن مشروعاً ما قد يكون صالحاً للتنفيذ على مستوى إقليم أو مدينة كبرى، حيث تستطيع الجهة القائمة على التنفيذ أن تتحمل تكاليف إنشائه دون أن يصيبها إرهاق مالي وهذا المشروع قد لا يكون صالحاً لتنفيذ في قرية صغيرة ذات موارد محدود حيث يسبب لها مثل هذا التنفيذ أعباء مالية تفوق قدرتها.

3- مجالات تطبيق النظرية في قضاء مجلس الدولة الفرنسي؛⁽⁴⁶⁶⁾

وتطبيقاً لما تقدم قضى المجلس بإلغاء مشروع إنشاء مطار في إحدى القرى عندما وجد أن التكاليف المالية اللازمة لهذا المشروع لا تتناسب البتة مع المصادر المالية لتلك القرية.. فقد اعتبر أن ذلك من شأنه أن يسبب أضراراً للاقتصاد المحلي تفوق بكثير الفوائد التي قد تترتب على إنشاء المطار.⁽⁴⁶⁷⁾

كما قضى برفض الاعتراف بشرعية قرار نزع الملكية للمنفعة العامة من أجل إنشاء مركز لسباق الخيل وممارسة رياضة ركوب الخيل للشباب في مستوى الطبقات الاجتماعية ولإقامة مسابقات محلية ودولية على هذا المركز لا سيما في الألعاب الأولمبية وعلى الرغم من أن المجلس اعترف بوجود منافع جديدة من هذا الشأن تتمثل فيما يحققه من منفعة عامة (تنشيط سياحي - ممارس أنشطة رياضية للشباب - إقامة مسابقات دولية)، إلا أن المجلس وبعد قيامه بدراسة ظروف القرار وملاساته، أخذ في الاعتبار ظروف القرية التي تقرر إنشاء المركز بها، حيث خلص المجلس إلى أن الموارد المالية لهذه القرية لا تسمح بإقامة مثل هذا المركز، وانتهى إلى إلغاء قرار جهة الإدارة بتقرير المنفعة العامة على المسابقات

466 د. خالد سيد محمد حماد، مرجع سابق، ص 904 وما تلاها.

467 C.E 26 oct 1973. Grassin. Rec 598 A.J 1974.34 concl Bernard note J.K. A.J 1973. 586 chr Franc et boyon.

المراد نزع ملكيتها،⁽⁴⁶⁸⁾ في حين أقر المجلس بشرعية قرار جهة الإدارة بنزع ملكية بعض الأراضي لتوسيع حلقة لسباق الخيل وقرر المجلس أن هذا المشروع من شأنه أن يؤدي إلى المساهمة في التنمية الاقتصادية والسياحية وزيادة الموارد المالية للقرية، وبالتالي أصدر قرار بصحة القرار الصادر بنزع الملكية للمنفعة العامة لتوسيع حلقة السباق هذه لأنها تشمل مجموعة من القرى المطلة على البحر قرية (agans et nice) وصدر قرار المجلس هذا بعد دراسة كافة الظروف المحيطة بالقرية.⁽⁴⁶⁹⁾

ومن المعايير أيضاً معيار حق الملكية الخاصة (propriété privée) إذ يقارن القاضي الإداري طبقاً لهذا المعيار بين الأضرار التي يمكن أن تصيب هذا الحق نتيجة نزع الملكية، وبين الفوائد التي تترتب على المشروع المزمع إقامته، وعلى أساس ما يرجحه منها يصدر حكمه في الدعوى المنظورة أمامه.⁽⁴⁷⁰⁾

والى جانب معياري التكاليف العامة وحق الملكية الخاصة. هناك معيار آخر لا يقل أهمية، في هذا الشأن، وهو معيار التكلفة الاجتماعية للمشروع أو بمعنى أدق الآثار الاجتماعية التي قد يتسبب هذا المشروع في إلحاقها سواء أكان بالأفراد أم بالبيئة، أم بإطار الحياة الاجتماعية، بصفة عامة. ففي قضية تخلص وقائعها في صدور قرار بإنشاء طريق سريع (autoroute) شمال مدينة نيس، لربط هذه المدينة وما يحيط بها من نطاق بدولة إيطاليا، وكان من شأن هذا الطريق المقترح إزالة جزء من مستشفى خاص بالأمراض النفسية أو العصبية تعرف باسم (sainte-maire) وكان المستشفى الوحيد بهذا التخصص في المنطقة. في هذه القضية وازن مجلس الدولة بين مصلحتين هما: المحافظة على الصحة العامة من ناحية، وإنشاء طريق سريع وما يترتب عليها من سهولة وسيولة في المرور من ناحية أخرى، ثم انتهى ترجيح المصلحة الأولى، ومن ثم إلغاء القرار الصادر بنزع الملكية للمنفعة العامة، نظراً لما قد يترتب على هذا القرار من مضر ومساوئ تتمثل في هدم مبنى يحتوي على 80 سريراً، وحرمان المستشفى من المساحات الخضراء المحيطة بها، وكذلك

468 C.E 20 Oct 1972. société civile sainte maire de l'assomption. (arrêt précité).

469 C.E 10 janv 1958. boet outres. Rec. P918.

470 C.E mars 1964. dom veuve barderie rec. P158.

من أماكن انتظار السيارات، تفوق الفوائد المحتملة لإنشاء الطريق السريع.⁽⁴⁷¹⁾

وفي هذا الصدد - وإزاء ذلك - يشير مفوض الحكومة (Braibant) إلى أن مجلس الدولة الفرنسي يمارس هذه الوسيلة من وسائل الرقابة القضائية إلا بحذر شديد وبمقياس منضبط (avec tact et mesure). (472).

وفي تقديرنا أن الرقابة التي يبشرها القاضي في تقدير مدى ملاءمة التصرف إعمالاً لنظرية الموازنة بين المنافع والأضرار، إنما تعتمد إلى النظر - بطبيعة الحال - إلى كافة المعطيات والظروف التي تحيط بالتصرف موضوع النزاع، ووزنها بميزان دقيق في ضوء الواقع المعاصر، وصولاً إلى التقدير الصحيح وما يسفر عنه من الوصول إلى الحكم الصائب والسديد أما بتأييد القرار أو على العكس إلغائه.

ولم يتخلف قضاء مجلس الدولة المصري عن نظيرة الفرنسي في شأن إعمال نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار، وقد طبق النظرية - في وقت سابق علي قضاء مجلس الدولة الفرنسي - في مضمونها وأحكامها وآثارها دون تسميتها، وكان بمثابة فاتحة هذا القضاء وتطوره فيما بعده، حكم محكمة القضاء الإداري في 3 مارس سنة 1954⁽⁴⁷³⁾ وجاء فيه: «أن متى استبان للمحكمة أن المدعى شيد مصنعاً للطوب وعول في استغلاله على الأتربة التي رخص له فيها وبالتكاليف المعتدلة التي يحققها له قرب المصنع المرخص له في أخذ الأتربة منها، وأن هذا المصنع يعمل في إنتاج الطوب بالفعل، فإن إلغاء تفتيش الري للترخيص الذي منحه للمدعى استناداً إلى أن المناطق الأخرى المقول بأن المدعى يمكنه أن يستولي منها على باقي الأتربة اللازمة له بدون ترخيص أو بأنه يمكن الترخيص له في أخذ الأتربة منها غير جائز، لأنها أبعد من المنطقة التي ألغى ترخيصه فيها بالقرار المطعون فيه، ولأن هذا يكبده نفقات أكبر في النقل وبذل الوقت والجهد، فضلاً عن اضطراب العمل، مما يخرج عما قدره

471 C.E 20 oct 1972. société civile sainte maire de l'assomption. (arrêt précité).

لمزيد من التفاصيل راجع معايير نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار، د. محمد عبد النبي حسنين عبید، رسالته السابقة ص15 وما تلاها، وراجع أيضاً د. عبد المقصود توفيق أحمد محمد، رسالته السابقة ص198 وما تلاها.

472 Long (L). Weil (P). et Bnaibant (G). op. cit. p536.

473 حكمها في القضية رقم 7/117، جلسة 13/3/1954، ص8، ص844.

في حسابانه وقت حصوله على الترخيص وإقامته المصنع، ويلحق به أضراراً لا تبررها علة تستند إلى الصالح العام وأما كونه لم يحصل بعد على ترخيص في إدارة المصنع، فهذا أمر لا يتعلق بتفتيش الري ولا تأثير له في الرابطة القانونية القائمة بينه وبين التفتيش، وهي التي تحكمها شروط الترخيص الذي لم يثبت أن المدعى جاوز حدوده أو خالف أحكامه مخالفة تجيز سحبه أو إلغاءه.

ويتضح من استقراء مدونات هذا الحكم أن المحكمة قارنت بين مصلحتين متعارضتين:

أ- مصلحة الطاعن في بقاء الترخيص على ما هو عليه لما يحققه ذلك من قلة في التكاليف ووفرة في الوقت والجهد وكذلك انتظام العمل في المصنع.

ب- مصلحة الإدارة، وإدارة تفتيش الري في إلغاء هذا الترخيص، نقل الطاعن إلى منطقة أخرى للحصول على الأتربة اللازمة لإدارة المصنع.

وانتهت هذه المقارنة أو الموازنة بين المنافع والمضار إلى ترجيح مصلحة الطاعن على مصلحة الإدارة. معتبرة أن هذه المصلحة الأخيرة لا تبررها علة تستند إلى الصالح العام⁽⁴⁷⁴⁾

بيد أن حكم محكمة القضاء الإداري في قضية عزبة خيرالله الصادر في 9 من مارس سنة 1991 تمثل تحولاً كبيراً في قضاء مجلس الدولة المصري في هذا الاتجاه، في شأن تبني نظرية الموازنة بين المنافع والمضار، وحسم الجدل السابق عليه بين رأي مبناه أن القضاء الإداري ممثلاً في مجلس الدولة لم يأخذ أو يتبنى هذه النظرية قبل هذا الاتجاه، ورأي آخر يرى عكس ذلك.⁽⁴⁷⁵⁾

وفي رأينا أن الاتجاه الأخير هو الأولى بالقبول، ومرجع ذلك إلى أن محكمة القضاء

474 د. رمضان بطيخ، الاتجاهات المتطورة، مرجع سابق، ص 364.

475 راجع تفاصيل ذلك، المستشار د. محمد ماهر أبو العينين، ضوابط مشروعية القرارات الإدارية، الكتاب الأول، مرجع سابق، ص 117 وما تلاها.

الإداري تبنت هذه النظرية في حكمها الصادر في 3 من مارس سنة 1954، على ما سبق القول.

وبالنظر لأهمية حكم محكمة القضاء الإداري في قضية عزبة خيرالله نعرض لوقائعها، ثم ندلو برأينا بعد ذلك، وتتخلص وقائعها في أن محافظ القاهرة قام بإصدار قرار لصالح شركة المعادي للتنمية والتعمير بموجبه يتم تسليم عزبة خير الله، وقد كانت أرضاً مملوكة للدولة بمنطقة دار السلام وألزم القرار ساكنيها بإزالة ما على الأرض من تعديات وهدم ما عليها من منشآت ومبان، وقد كان عدد المساكن يقارب العشرين ألف ويقطن بها ما يقرب من خمسين ألف نسمة، وطعن اثنان من سكان هذه العزبة في قرار محافظ القاهرة وطلبوا من القضاء الإداري بصفة مستعجلة وقف تنفيذ القرار المطعون فيه، وفي الموضوع إلغاء القرار واعتباره كأن لم يكن، وذلك للأسباب التالية:

أن القرار يمس آلاف الكادحين الذين أقاموا مساكنهم من أموالهم الخاصة، من عشرات السنين ويقيمون فيها بالكاد، بما يحفظ كرامتهم ويلم شملهم.

إن المحافظة التي تقوم بالهدم والتشريد سبق لها أن أصدرت قراراً يحمي حيازة هذه الجموع لمباينهم التي شيدها على أرض الدولة وهو القرار رقم 892 بتاريخ 23/5/1970 والذي قرر عدم إزالة أية تعديات على أرض الدولة، اكتفاء بالحصر وتحصيل رسم انتفاع من الشاغلين ونسبة 5% عن المدد السابقة.

سبق للمحافظة أن أصدرت القرار رقم 53 في 29/5/1973 بالموافقة على بيع مثل تلك الأرض للأفراد طالما أقيمت عليها مبان تشغلها أرواح، وذلك بثمن مقداره سبعة جنيهات للمتر، وقد تم تنفيذ هذا القرار في مناطق أخرى بعزبة دسوقي المجاورة لعزبة خيرالله، وعزبة ناصر ومنطقة ترب اليهود من ذات منطقة عزبة المدعين.

إن قرار الإزالة والتشريد المطعون فيه ولد معدوماً لافتقاده شرط المصلحة العامة اللازم لإصدار مثل هذا القرار، إذ لا يعقل أن يتم تشريد عشرات الآلاف من الأرواح، وهدم عشرات الألوف من المنازل، بما يتناقض مع سياسة الدولة في التعمير، وذلك في سبيل إرضاء

شركة لتقسيم الأراضي أو مشروع استثماري.

ولقد استجابت محكمة القضاء الإداري لطلب المدعين، فأوقفت تنفيذ القرار المطعون فيه، وبذلك تكون هذه المحكمة قد خالفت ما كان مستقرًا من قبل، في شأن قرارات نزع الملكية، وإزالة التعدي على أملاك الدولة ولم يقف القضاء عند حد التأكيد من توافر المنفعة العامة التي تدعيها الإدارة وتسعى إلى تحقيقها وهي الحفاظ على أملاك الدولة، ولكن القاضي الإداري بدأ يبحث عن الأضرار التي قد تصيب مصالح عامة أخرى، وقرر أن القرار المطعون فيه يكون قد ضحى بوجه مصلحة عامة أخرى، في مقابل حماية عدد كبير من المواطنين من مغبة هدم منازلهم وتشيدهم، وجعلهم دون مأوى يلجؤون إليه.

هذا وقد وازن القاضي بين مصلحتين أولاهما: الحفاظ على أملاك الدولة، والثانية: حماية هذا العدد من المواطنين فرجح الثانية على الأولى مقررًا أنها أولى بالعناية وأحق بالتغليب.⁽⁴⁷⁶⁾

وقد أيدت المحكمة الإدارية العليا ما ذهبت إليه محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في 9 من مارس سنة 1991⁽⁴⁷⁷⁾ وجاء فيه ”... أنه وأن صحيحًا أنه لا محل لرقابة من القضاء الإداري على الملاءمات التقديرية التي تباشرها السلطة الإدارية المختصة عند إصدار قراراتها سواء من حيث اختيارها محل القرار أو وقت وأسلوب تنفيذه مادام أن ذلك يكون في إطار من الشرعية وسيادة القانون وذلك ما لم تنتكب الإدارة العامة وتنحرف عن حقيقتها إلى غاية أخرى لم يقصدها المشرع عندما حولها تلك السلطة التقديرية أو تتعمد تحقيق غايات خاصة لا صلة لها بالصالح العام، إلا أن ذلك يتعين ألا يغفل عن أن السلطة القضائية تصبح مسئولة عن إقامة العدالة وحماية الشرعية والمشروعية وسيادة القانون وحماية الحقوق والحريات العامة والخاصة للمشروعة للمصريين وعدم الاعتداء عليها التي تكون جديرة بالحماية والرعاية ولها الأولوية على اعتبارات وملاءمات الصالح العام المتعلقة بالإزالة والهدم.

476 د. نبيلة عبد الحليم كامل، دور القاضي الإداري في الرقابة على شرط المنفعة العامة، ص 48.

477 حكمها في العطنين رقمي 1875 و30/1914 ق.ع، جلسة 1991/3/9، ص 36، ع 1، ص 747.

فالصالح العام يتدرج في الأهمية تدرجاً تشبه التدرج في مراتب الأدوات التشريعية المختلفة، فالصالح القومي الأعلى المتمثل في حماية كيان ووجود الدولة والمجتمع من العدوان من الخارج أو الداخل يسمو على الصالح العام الأدنى مرتبة وتعلو المصالح الخاصة بالأفراد، ومصالح وحريات عامة غير محدودة من المواطنين تعلو مصلحة فرد أو عدد محدود وهكذا، وطبقاً لهذا التدرج في مراتب الصالح العام يتعين على الإدارة العامة أن تختار محل قراراتها وتوقيت تنفيذها والرقابة عليها مالم تهدد الصالح العام القومي وخاصة لو نص الدستور والقانون لصالح مصالح دنيا، وأضاف أنه بناء على ما سلف جميعه، فإنه ليس فقط تتحقق عدم المشروعية للقرار الإداري بأن يتنكب غايات الصالح العام التي يحددها القانون وينحرف عنها وإنما أيضاً يكون القرار الإداري غير مشروع إذا استند إلى غاية من غايات وصوالح قومية أسمى وأجدر بالرعاية وترتبط بالقيم والمبادئ الأساسية للمجتمع وتكون أساساً لسلامة الكيان القومي إذا تعارضت غاية القرار في الظروف والتوقيت الذي يراد تنفيذه فيه مع السلامة القومية العليا أو مع الوحدة الوطنية أو مع السلام الاجتماعي أو الأمن العام كان القرار غير مشروع، لانحرافه عن الالتزام بغايات الصالح العام القومي.

والتأمل في حيثيات هذا الحكم يلحظ بوضوح وجلاء تطوراً مهماً وظاهراً في نظرية الموازنة بين المنافع والمضار من نطاقها التقليدي إلى مجال آخر عملاً بمبدأ ”العدالة الاجتماعية“.

ولقد أرسى هذا الحكم الأخير مبادئ مهمة نوردها على الوجه الآتي:

- اتجاه المحكمة إلى الأخذ بفكرة الموازنة بين المنافع والمضار التي يمسه القرار المطعون فيه.
- أن المحكمة لا تقف عند حد (المنفعة العامة) وإنما موازنتها بالأضرار الناجمة عن تنفيذ القرار الصادر بشأنها.
- إن العدالة بمعناها الواسع لا تقف عند النصوص الجامدة، وإنما تتسع لتشمل سائر أنواعها من عدالة اجتماعية واقتصادية.

ومما لا شك فيه أن قضية عزبة خيرالله تشكل بداية مرحلة جديدة، وفي الوقت

نفسه، بداية تطور مهم في قضاء مجلس الدولة المصري، واتجاه جديد له، مسائراً في ذلك قضاء مجلس الدولة الفرنسي في هذا المجال.

وتوالت بعد ذلك القضايا التي طبق فيها نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار في مجالات أخرى بعيدة عن نزاع الملكية، ومن قبل ذلك قضية سوق روض الفرج وتعلق بإلغاء تراخيص مزاولة نشاط تجاري (بالجملة) في سوق روض الفرج وذلك رغبة من الإدارة أن تنقل نشاط التجارة بالجملة إلى الأسواق الجديدة والتي أقامتها هيئة المجتمعات العمرانية الجديدة، فأصدر محافظ القاهرة القرار رقم 164 لسنة 1992 بتاريخ 28/1/1992 بإلغاء التراخيص لجميع تجار الجملة في سوق روض الفرج، مما دفع بعض التجار ممن شملهم القرار إلى طعن فيه أمام محكمة القضاء الإداري بطلب - بصفة مستعجلة - الحكم بوقف تنفيذ قرار محافظ القاهرة المشار إليه فيما تضمنه من إنهاء نشاط تجارة الجملة بسوق روض الفرج، وإلغاء كافة التراخيص اعتباراً من 5/4/1992 وما يترتب على ذلك من آثار. وفي الموضوع بإلغاء القرار وما يترتب على ذلك من آثار، بجلسة 2/4/1992 قضت محكمة القضاء الإداري بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه وما يترتب على ذلك من آثار⁽⁴⁷⁸⁾. وشيدت قضاءها على فكرة الموازنة بين المنافع والمضار بين المصالح، فقارنت المحكمة بين مصلحتين متعارضتين، مصلحة المدعين في بقاء السوق بروض الفرج، حيث أنهم يزاولون نشاطهم منذ زمن بعيد، وبين مصلحة الإدارة في شغل سوق العبور، وما يترتب على ذلك من زيادة في الموارد المالية للدولة تحقيقاً للمصالح العام الذي يعود على المجتمع بخدمات إضافية نتيجة هذه الزيادة.

بيد أن المحكمة الإدارية العليا نظرت الطعون المقامة ضد الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري في قضية سوق روض الفرج وقضت بجلسة 11/4/1993 بإلغاء الحكم المطعون فيه ورفض طلب وقف تنفيذ قرار محافظ القاهرة رقم 64 لسنة 1992 المطعون فيه.⁽⁴⁷⁹⁾

478 حكمها في الدعاوى أرقام 279 و3452 و3717 و3494 و3844 و46/3999، ق. جلسة 1992/4/5. وراجع تعليقاً على ذلك د. رمضان بطيخ، الاتجاهات المتطورة، مرجع سابق، ص365، ونبيهه عبد الحليم كامل، دور القاضي الإداري، مرجع سابق، ص63.

479 حكمها في الطعن أرقام 1233 و1242 و38/1243، ق.ع. جلسة 1993/4/11، ص38، ج.2، ص927 وما تلاها.

وشيدت قضاءها على سند من أنه ليس لمحاكم مجلس الدولة بسط رقابتها التي أناطها بها الدستور والقانون على ما يخرج عن رقابة المشروعية التي تقوم أساساً على مراقبة أي قرار أو تصرف إداري وفقاً لما يقضي به أحكام الدستور والقوانين واللوائح التنظيمية التي يخضع لها، وبالتالي فلا يدخل أساساً في رقابة المشروعية المنوطة بمحاكم مجلس الدولة والتي تباشرها في ولاية وقف التنفيذ والإلغاء للقرارات الإدارية رقابة فحص تقدير واختيار السياسات الإدارية والتنفيذية ملاءمات الاختيار بينها والموازنة بين المنافع والأضرار التي تترتب على قرار إداري معين من حيث الواقع وحسب تقدير المحكمة.

وعلى هذا الأساس أقامت المحكمة حكمها على دخول القرار في صحيح السلطة التقديرية للإدارة، بما لها من سلطة إلغاء وتعديل الترخيص إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك وأن قرار إنهاء نشاط تجارة الجملة للخضار والفاكهة بسوق روض الفرج وغمرة وبإلغاء كافة تراخيص مزاولة النشاط بها ومنح تراخيص جديدة لمزاوله هذه الأنشطة بسوق العبور، وهو قرار صحيح وقائم على سببه، أساس ذلك أن الدراسات المتخصصة التي أسفرت عن ضرورة النقل إلى سوق العبور بعد التأكد من عدم صلاحية السوقين المشار إليهما.

وحاصل ذلك أن المحكمة رفضت تطبيق مبدأ الموازنة بين المنافع والأضرار باعتبار أن هذه الموازنة مما يدخل في الملاءمات الإدارية التي تتحمل مسؤولياتها الإدارة، ورفضت المحكمة الدفاع القائم على أن قضاءها قد جرى على مراقبة الملاءمة من خلال الموازنة بين المنافع التي تترتب على قرار معين.

وفي نظر البعض أن المحكمة قررت بوضوح أنه يتعين على الإدارة أن تراعي الموازنة بين المصالح العامة متفاوتة المداخل والوزن والأهمية على النحو الذي ألزمها به الدستور والقانون.⁽⁴⁸⁰⁾

وأخيراً وليس آخراً أعملت المحكمة الإدارية العليا نظرية الموازنة بين المنافع والمضار

480 راجع النظرية العامة للقرارات الإدارية، للدكتور/ سليمان الطماوي، طبعة مزيدة ومنقحة بمعرفة الدكتور/ محمود عاطف البنا، دار الفكر العربي القاهرة 2006، ص 96.

في حكمها الصادر في 23 من يونيه 2001⁽⁴⁸¹⁾ في شأن طعن قدم ضد قرار هيئة الآثار بعرض بعض الآثار خارج مصر مبررة قرارها بأن عرض الآثار في الخارج لأجل المصلحة العامة، وقد أتى الحكم على غير ما هو متوقع إذ أنها (أي المحكمة) وازنت بين مصلحتين (المصلحة العامة والمصلحة العامة القومية) وكان الإلغاء بعدها لقرار الإدارة بعرض آثار مصر خارج الوطن، لتغليب أعظم المصلحتين (المصلحة العامة القومية)، وجاء فيه من حيث 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، فيلغنها القاضي الإداري أن تلمس مجاوزة لإحدى تلك الأطر، أما لمخالفة أحكام القانون أو تجاوز ما يتعين استواء تصرفات الإدارة على هدى من الشرعية، وإما لانحرافه عن جادة المصلحة العامة، التي يتعين أن تكون دائماً أساس عمل الإدارة والهدف من تدخلها، أو استهداف غاية من غايات المصلحة العامة تكون أدنى في أولويات الرعاية ومدارجها من غايات تعلق ومصالح تسمو فتبتغي.

وإذا 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، وحيث 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، التي تشهد على عراقة هذا الوطن وتاريخه وشموخه في المكان اللائق بها، الأمر الذي يتأبى معه عرضها في مكان غير مناسب أو غير ملائم لما تستحقه هذه الآثار من تقدير واحترام مهما كان العائد المالي الذي يدره هذا العرض، فليس العائد المالي ولا يجب أن يكون هو وجه المصلحة العامة في عرض الآثار في الخارج على نحو ما يجيزه استثناء نص المادة (10) من قانون حماية الآثار رقم

481 حكمها في الطعن رقم 44/4753 ق.ع، جلسة 2001/6/23 (سبقت الإشارة إليه).

117 لسنة 1983، إذ لا يصح - بحال - أن تأكل مصر بآثارها، فوجه المصلحة العامة يهيمن عليها قاضي المشروعية الذي يقول في شأنها قول الحق وكلمة القانون.

وفي كل ما تقدم، ومتى كان الثابت أن قرار الموافقة على عرض بعض الآثار المصرية القديمة في بعض المدن اليابانية، قد خلا من بيان جوهرى يتعلق بمكان العرض داخل المدن التي حددها، وكان مكان العرض وضرورة كونه لائقاً ومناسباً صدقاً وحقاً لتلقي 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 أمره تخضع لها الأجهزة الفنية والجهات الإدارية ثم تهيمن، من بعد ذلك على الأمر كله، مقتضيات المشروعية التي لها حفظتها وحمايتها، ويتحقق كامل هذه المقتضيات متى توافر اليقين بالحفاظ على شموخ الأثر وكونه مصوناً يتوافر له كامل التقدير وكل الرعايا، فإذا تخلف شيء من ذلك، كانت الإجازة معيبة، حق عليها الإلغاء.

ولقد تصدت محكمة التمييز لنظرية الموازنة بين المنافع والإضرار في حكمها الصادر في 17 من يونيو سنة 2015⁽⁴⁸²⁾ وأن انتهت إلى انتفاء مناط تطبيقها وجاء فيه: أن مناط أعمالها التي تقوم في جوهرها على الموازنة بين الفوائد التي يحققها مشروع الجهة الإدارية كما هو مخطط له، وبين عدد من المصالح الخاصة للأفراد التي يلحقها ضرر من جراء عدم الترخيص بالانتفاع بالقسائم على وجه مخالف لأغراض المشروع، ويتعين تغليب المصلحة العامة على ما عداها من مصالح خاصة للأفراد طالما لم يكتسبوا مراكز قانونية مشروعة جديرة بالحماية.

وذلك تأسيساً على أنه من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن الإدارة انطلاقاً من مبدأ المشروعية تلتزم عند إصدارها للقرار الإداري بقواعد قانونية لا مناص من احترامها ومراعاتها، وأنه حتى في الحالات التي يفسح فيها القانون للجهة الإدارية قدرًا من الحرية تستقل من خلاله بوزن مناسبات إصدار القرار، وبتقدير ملاءمة أو عدم ملاءمة إصداره، بما يلقي عليها التزاماً بأن تضع نفسها في أفضل الظروف وأنسب الحلول للقيام بهذا التقدير،

482 حكمها في الطعن رقمي 677 و2012/628 إداري، جلسة 2015/6/17، الموسوعة، الكتاب الثاني ج3، ص260 وما تلاها.

وأن تجريه بروح موضوعية بعيداً عن البواعث الشخصية وأن تكون لديها العناصر اللازمة لإجرائه، فإن القاضي الإداري لا يتعرض لتقدير الجهة الإدارية في ذاته، لكن للظروف التي احاطت به، وحينئذ يحق له أن يتحرى بواعث القرار وملاساته كي يفرض رقابته بقصد الوقوف على الهدف الحقيقي الذي تنشده الإدارة من جراء إصدار القرار وهذه الرقابة تجد مجالها حيث توصم بأنها تنكبت المصلحة العامة أو الغاية المبتغاة لقرارها المطعون فيه، أو أنها انحرفت عن تحقيقها إلى غاية أخرى لم يقصدها المشرع عندما خولها وزن مناسبات القرار وملاءمة وقت إصداره. ففي هذه الحالة يحق للقاضي الإداري أن يتحرى بواعث القرار وملاسات إصداره. وما إذا كان مصدره قد تغيا به وجه المصلحة العامة أو الغاية التي تغياها القانون أم تنكبت السبيل... لما كان ذلك وكان الثابت من مطالعة قرار المجلس البلدي رقم (م ب/ف 28/329/14/98) وباعتماد مخطط تنظيم المنطقة الحرفية والصناعية غير الملوثة بمنطقة أبو فظيرة .. وقرار رقم (م ب/ف 13/224/9/2002) بترسية المشروع على المستثمر وعقد استثمار مشروع تطوير المنطقة أن هذا المشروع هو من المشروعات التنموية وهو أول مشروع عملي لحل مشكلة تطوير المناطق الحرفية بدولة الكويت. فالهدف الرئيسي منه هو تنمية الصناعات الحرفية وتشجيع إقامتها دون أن ينال من ذلك تعديل مسماه من حريف صناعي إلى حريف خدمي باعتبار أن توطين الأنشطة الخدمية المسموح بها بالمشروع لا يكون إلا في القسائم المخصصة لها طبقاً للقرارات المنظمة للمنطقة وأحكام عقد الاستثمار والمخططات المعتمدة من البلدية وكتيب المواصفات، والتي لا مناص من التقيد بها ولا تملك البلدية مخالفتها بحجة حماية المصالح الخاصة ذلك أن المصلحة العامة المتمثلة في تحقيق الأهداف التنموية للمشروع سالف البيان تسمو على ما عداها من مصالح خاصة للأفراد، لاسيما وأنهم لم يكتسبوا مراكز قانونية مشروعة جديرة بالحماية، مما ينتفي معه مناط أعمال نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار التي تقوم في جوهرها على الموازنة بين الفوائد التي يحققها المشروع، كما هو مخطط له، وبين رغبة عدد من المصالح الخاصة للأفراد التي يلحقها ضرر من جراء عدم الترخيص بالانتفاع بالقسائم على وجه مخالف لأغراض المشروع ولم يقدّم دليل في الأوراق على انحراف الإدارة بسلطتها في هذا الشأن، بل أن الثابت أنها أهملت المخالفين لشروط الترخيص بالمنطقة مدة عام لتصحيح أوضاعهم

والالتزام بالأنشطة المسموح بمزاوتها، كما وجهت إليهم انذارات في هذا شأن دون جدوى، ومن ثم يكون مسلكها متفقاً وحكم القانون، وإذا التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر، فإن الطعن عليه بهذا السبب يكون على غير أساس.

إلى جانب ما تقدم فإن من أساليب الرقابة التي يباشرها القاضي ما يعرف بمبدأ الحيطة (le principe de précaution) ⁽⁴⁸³⁾ ومفاده أنه يجب على الإدارة أن تتخذ كافة الإجراءات المناسبة التي يكون من شأنها الوقاية من المخاطر الجسيمة الناشئة عن التطورات العلمية والفنية التي يستحيل تداركها بتكاليف اقتصادية معقولة. ⁽⁴⁸⁴⁾

وقد دفعت المخاطر العلمية القضاء إلى ابتداء هذا المبدأ، فإذا كانت التطورات العلمية قد أفادت البشرية، إلا أنها أحدثت أيضاً الكوارث والمآسي للشعوب، وذلك بسبب عدم اليقين حول مخاطر التقدم العلمي.

وقد اعتبر مجلس الدولة صراحة هذا المبدأ عنصراً في مشروعية القرار الإداري، وقضى بوقف تنفيذ قرار وزير الزراعة الذي يتضمن التصريح بالإتجار في ثلاثة أنواع من الذرة المهندس وراثياً (transgénique)، نظراً لأن رأي اللجنة المختصة الذي استند إليه القرار قد صدر على الرغم من عدم اكتمال الملف، الأمر الذي لا يسمح بتقديم أثر هذه المنتجات على الصحة العامة. وقرار المجلس أن هذا السبب يبدو جاداً بما فيه الكفاية ويسوغ وقف تنفيذ القرار المطعون فيه نظراً للنتائج التي يمكن أن يؤدي إليها التنفيذ. ⁽⁴⁸⁵⁾ كما رفض مجلس الدولة في إقامة مركز نووي Greys - mali vill لعدم كفاية الاحتياطات الأمنية. ⁽⁴⁸⁶⁾

ويفترض تطبيق مبدأ الحيطة أن يقوم القاضي بإجراء تقويم لمدى تناسب الإجراءات

483 () د. محمد محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 333.

484 L. Bag Hestani - perrey. le principe de précaution: nouveau principe fond - mental régissant les rapports entre le droit et la science. D. chron.. N.457.

485 C.E.. 25 sépt. 1998. Associations Greenpeace et Ecoropa France. Req 194348. Rec.. p.342. D. 1998. IR.P.240.

486 C.E.. 4 mai.. 1979. Département de la savaie ajdu Dec. 1979. P41.

مع الخطورة الناشئة عن عدم اليقين العلمي.⁽⁴⁸⁷⁾

وفي هذا الصدد أخذاً بهذه الفكرة - ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى مشروعية قرار جهة الإدارة بإلغاء تخصيص قطعة أرض لإقامة منتجع سياحي لدخولها في الحزام الأمني للمنطقة النووية بالضبعة، إذ استند هذا القرار إلى تحقيق غاية من غايات المصلحة العامة تسمو فوق اعتبارات أخرى تتعلق بتخصيص الأرض، ما دام أنه لم يثبت صدور أي قرارات ولدت مركزاً قانونياً مستقراً بشأن تخصيص هذه الأرض، ولم تقم الجهة الإدارية بإبرام أي تعاقد بشأنها.⁽⁴⁸⁸⁾ وهذا الحكم في ضوء الوقائع المعروضة، وفي حدود الطلبات المطروحة، يغدو صحيحاً وموافقاً لحكم القانون.

بيد أن السؤال المطروح - هنا - مفاده ما هو الحكم إذا ما أصدرت الإدارة قرارات ولدت مركزاً قانونياً مستقراً بشأن تخصيص الأرض سائلة البيان، أو قامت الجهة الإدارية بإبرام تعاقد بشأنها. ولم تجب المحكمة على هذا التساؤل لأنه يخرج عن نطاق الطلبات المطروحة، وأن ما أورده أنفاً استناد سائغ لما انتهت إليه.

وفي رأينا أن الوضع لا يتغير إذا ما أصدرت الإدارة قرارات أو أبرمت عقوداً بشأن قطعة الأرض سائلة الذكر، إذ أن تغير الظروف يستوجب إعادة النظر في تلك القرارات والعقود بمراعاة الأوضاع التي حدثت حفاظاً على الصحة العامة التي هي أولى بالاعتبار من أية اعتبارات أخرى أياً كانت مبلغ أهميتها وقدرها، وينقلب حق ذوي الشأن إلى تعويض لجبر ما حاق بهم من أضرار.

4- أهمية الموازنة بين المنافع والأضرار:

تأتي أهمية الموازنة من منطلق ما تمتاز به النظرية وتتمثل في الآتي:⁽⁴⁸⁹⁾

487 C.E., 24 fév. 1999, sté. Pro-Nat. req 1924-65, concl. J. CI. Bonichat.

هذه المراجع والأحكام مشار إليها في المؤلف السابق أو ذات الصفحة.

488 حكمها في الطعن رقم 53/8417 ق.ع، جلسة 27/8/2016، س 61، ج 2، ص 1541.

489 د. محمد عبد النبي حسنين محمود، رسالته السابقة، ص 719 وما تلاها.

تحقيق الإصلاح في الدور التقليدي للقضاء الإداري الحارس على حماية الحريات والشرعية.

بأنها لا تكفي بممارسة الرقابة العادية على الأسباب الواقعية للقرار الإداري فحسب، بل امتدت إلى رقابة التطابق والمساواة بين الأسباب الواقعية للقرار والآثار المترتبة عليه.

تعد النظرية من أهم أنواع الرقابة على أعمال سلطة الإدارة التقديرية، فهي تمثل قمة التطور الرقابي على قرارات الإدارة المتضمنة منفعة عامة، فلم يعد القاضي الإداري يكتفي بأن تكون العملية المدعاة من جانب الإدارة تجسد في ذاتها منفعة عامة، وإنما تطلبت النظرية بأن تكون الفوائد والمزايا المترتبة عليها تفوق العيوب والأضرار الناجمة عنها.

لقد أدت النظرية إلى وضع الضوابط على ممارسة السلطة التقديرية للإدارة في مجال نزع الملكية على نحو يجعلها سلطة شبه مقيدة، تخضع في ممارستها لشروط واضحة طبقاً لمضمون النظرية.

إن نظرية الموازنة بين المنافع والمضار تقدم ضماناً للأفراد ضد تجاوز السلطة التقديرية بصفة خاصة الملكية الخاصة، ولذا فإن نزع الملكية في إطار نظرية الموازنة بين المنافع والمضار يجب أن يتضمن منفعة عامة حقيقية تستخلص من تقدير ملموس للعملية.

5- تقدير النظرية :

لم تسلم نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار من النقد ويقوم في مجمله على أن القاضي يدخل رقابة الملائمة الواجب تركها للإدارة في رقابته، ويحل تقديره محل رجل الإدارة رغم عدم قدرته على ذلك، وعدم توافر الوسائل الفنية لديه، وأن الموازنة لا تحقق ضمانات أكثر فاعلية لكفالة حقوق الأفراد المتعاملين مع الإدارة أما لعدم معرفة المتقاضين وفقاً لهذا القضاء الحل الذي سيطبق وذلك لاختلاف تقديرات المحكمة تبعاً لكل قضية، وربما بحسب تشكيل هيئة المحكمة. وأدى اقتراب قضاء الموازنة بين المنافع والمضار من الواقع إلى البعد عن القانون مما أعطى فرصة كبيرة للتقديرات الشخصية للقاضي.

أياً ما كان وجه النقد، أن هذه الرقابة ما زالت تعد رقابة المشروعية رغم ما تحمله في طياتها من تدخل القاضي لبحث مدى الملاءمة في محل التطور، إذ أن هذا البحث ليس سوى وسيلة للتأكد من مشروعية قرار إعلان المنفعة العامة بمطابقتها لمبدأ الموازنة بين المنافع والمضار، بناء على أنه من المبادئ القانونية العامة التي تلزم الإدارة باحترامها وإلّا بات قرارها المخالف منها غير مشروع، وأنه لا يبني تقديره على اعتبارات شخصية أو نزوة الشخصية لكنه ينظر إلى كافة المعطيات والظروف التي يحيط بالمشروع ومن حقه إذا عسر به أمر التقدير أن يستدعي لها الخبراء، وبالتالي فإن النظرية لا علاقة لها باختلاف التقديرات الشخصية. فهو أمر خارج عن طبيعة تلك النظرية. والتي تعد وسيلة كأى وسيلة رقابية يقدم عليها القاضي الإداري للوقوف على مدى ملاءمة تصرف الإدارة مع ما يقصده القانون اجمالاً. (490)

خلاصة القول أن نظرية الموازنة بين المزايا والأضرار الناجمة من القرارات تعد من أهم ضمانات حقوق الأفراد، وعلى الأخص الملكية وأكثرها فاعلية في مواجهة الإدارة، كما أنها تمثل أقصى مراحل التطور التي بلغها قضاء مجلس الدولة الفرنسي على رقابته على ذات تقدير الإدارة لملاءمة نشاطها، حيث بلغ مدى هذه الرقابة حد احلال القاضي لقراره محل قرار جهة الإدارة، وهو احلال يمتنع عليه وفقاً للأصول التي تقوم عليها رقابته على المشروعية، فالقاضي من خلال رقابته وفقاً لنظرية الموازنة يراجع اختيار الإدارة وتقديرها لقطعة الأرض التي ترى مناسبة إقامة المشروع عليها. (491)

كما رأى البعض أن نظرية الموازنة بين المنافع والمضار قد زودت القضاء الإداري بسلاح فعال لحماية المشروعية ضد تعسف الإدارة، وبخاصة إزاء المصالح الاقتصادية، وحق الملكية الخاصة، وأيضاً المصالح المالية الأخرى، مثل ممارسة مهنة معينة، أو نشاط تجاري أو صناعي، يكون من شأن القرار الإداري الإضرار به. (492)

490 راجع د. محمد عبد النبي حسنين محمود، رسالته السابقة، ص724 وما تلاها، في هذا المعنى د. خالد سيد محمد حماد، مرجع سابق، ص959 وما تلاها.

491 د. ثروت عبد العال، الرقابة القضائية على ملاءمة القرارات الإدارية، رسالته السابقة، ص362.

492 د. محمد عبد النبي حسنين محمود، رسالته السابقة، ص721 وما تلاها.

(ج) إخضاع ملاءمة القرارات الإدارية المقيدة للحرية لرقابة

القضاء :

لا ريب أن القرارات الإدارية التي تفرض قيوداً على حرية الأفراد تختلف عن غيرها من القرارات، من منطلق كون القرارات الأولى إنما تمس صميم حقوق الأفراد وحررياتهم. ومن أجل هذا فإن قضاء مجلس الدولة الفرنسي جرى على إخضاع مثل تلك القرارات لرقابة شديدة، فلا يسمح للإدارة باتخاذ إجراء إلا إذا كان ملائماً أو مناسباً⁽⁴⁹³⁾، وبالتالي فإنه يساهم في الحماية الأساسية كحقوق الإنسان بفرض رقابة المشروعية بصورة فعالة⁽⁴⁹⁴⁾.

وأنه ولئن تعددت مجالات تلك القرارات، إلا أن أبرزها وأوضحها لهذا القضاء، هو استعمال الإدارة لسلطات البوليس الإداري، فلا يكفي أن يكون لتدخل الإدارة لسبب مشروع، بل يجب أيضاً أن تكون الإجراءات التي تتخذها الإدارة متناسبة مع الأسباب التي من أجلها تدخلت، فإذا لم يكن الإجراء المتخذ ضرورياً لحماية النظام العام بمدلولاته الثلاثة التقليدية وهو الصحة والسكينة والأمن، فإن مجلس الدولة يحكم بإلغائه⁽⁴⁹⁵⁾. ولهذا قيل بأن سلطات البوليس هي سلطة مقيدة باستمرار⁽⁴⁹⁶⁾.
(Le pouvoir de police n'est jamais un pouvoir discrétionnaire)

وفي هذا الإطار فإن معظم قضاء مجلس الدولة الفرنسي - في هذا الخصوص - يتعلق بقرارات البوليس التي تصدر بمنع المواكب أو الاجتماعات العامة بحجة خطورتها على النظام العام⁽⁴⁹⁷⁾.

قد يبدو للبعض أن القاضي الإداري - في هذا الخصوص - هو قاضي ملاءمة (juge de l'opportunité) لا قاضي مشروعية (Juge de légalité) ولكن

493 C.E 26 avr 1968. Morel et Rivière. Rec. p264. 19 fév 1909. Ablé olivier. Rec. P. 221. Long (M), et autres. op. cit. p221. مشار إليه في مؤلف:

494 Long (M), Wiel (P) et Braibant. op. cit. p221.

495 في هذا المعنى. د. محمد محمد عبد اللطيف، القضاء الإداري، دعوى الإلغاء، مرجع سابق، ص332.

496 د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للتطورات الإدارية، مرجع سابق، ص90.

497 C.E 19 mai 1933. Benjamin. Rec. P541. S. 1934. 3. 1 concl Michel. note mastre. D 1933. 3. 354. Concl Michel.

الحقيقة غير ذلك، فالقضاء الإداري ما يزال قضاء مشروعية لا ملاءمة، لأن ملاءمة القرار الإداري في مثل هذه الحالات هي شرط من شروط صحته.

ولقد أقر مجلس الدولة المصري المبدأ السابق، في أحكام كثيرة للقضاء الإداري والمحكمة الإدارية العليا:

1- ذهبت محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في 29 أبريل سنة 1953 إلى القول «..... إنه وأي كانت الإدارة في الأصل تملك حرية وزن مناسبات العمل وتقدير أهمية النتائج التي تترتب على الوقائع الثابت قيامها والتي من أجلها تتدخل لإصدار قرارها، إلا أنه حينما تختلط مناسبة العمل الإداري بشرعيته، ومتى كانت هذه الشرعية تتوقف على حسن تقدير الأمور تقديرًا سليمًا خصوصًا فيما يتصل بالحرريات العامة، وحيث أن يكون تدخل الإدارة لأسباب جدية تبرره، فلا يكون العمل الإداري عندئذ مشروعاً، إلا إذا كان لازماً، وهو في ذلك يخضع لرقابة المحكمة، فإذا اتضح أن هذه الأسباب لم تكن جدية ولم تكن لها من الأهمية الحقيقية ما يسوغ التدخل لتقييد الحرريات العامة، كان القرار باطلاً...»⁽⁴⁹⁸⁾

2- المبدأ في قضاء المحكمة الإدارية العليا:

(أ) إنه ولئن كانت الإدارة تملك - بحسب الأصل - حرية وزن مناسبات إصدار القرار الإداري وتقدير أهمية النتائج التي تترتب على الوقائع الثابت قيامها، إلا أنه حينما تكون ملاءمة إصدار القرار شرطاً من شروط مشروعيته فإن هذه الملاءمة تخضع لرقابة القضاء الإداري، وعلى سبيل المثال فإذا اشترط القانون مشروعية قرار الإحالة إلى الاحتياط توافر أسباب جدية تتعلق بالمصلحة العامة، وأن تقتضي الضرورة مثل هذا الإجراء، فإن للمحكمة رقابة قضائية على قيام هذا المسوغ من عدمه لبيان مدى جدية الأسباب ومدى تعلقها بالصالح العام، وما إذا كانت هناك ضرورة للتدخل بنظام الإحالة إلى الاحتياط للتعرف على مدى مشروعية القرار ومطابقته للقانون، فإذا ثبت جدية وخطورة الأسباب التي بنت عليها الإدارة قرارها وتعلق تلك الأسباب بالصالح العام وأن الضرورة تقتضي التدخل بنظام

الاحتياط كان القرار سليماً، أما إذا ثبت اختلال عنصر من تلك العناصر كأن يتضح عدم جدية الأسباب أو عدم أهميتها أو عدم تعلقها بالصالح العام أو عدم وجود ضرورة تسوغ التدخل فإن تطبيق نص المادة 67/2 من قانون هيئة الشرطة بالإحالة إلى الاحتياط كان القرار باطلاً، والمحكمة إذ تراقب ذلك لا يعتبر تدخلا منها أو حلولا للسلطة القضائية فيما هو متروك لتقدير السلطة الإدارية إنما هو أعمال لحقها في الرقابة القضائية على القرارات التي تتمثل في التحقق من أن القرار محل الطعن يستند إلى سبب موجود وصحيح قانوناً، وأنه صدر مستهدفاً للصالح العام وتوافرت فيه الضوابط كما حددها المشرع.⁽⁴⁹⁹⁾

(ب) جرى قضاء هذه المحكمة على أن المناط في اتخاذ الإجراء الضبطي المناسب بالطريق الإداري هو وجود خطر داهم على الصحة العامة أو الأمن العام وكان الخطر يتعذر تداركه، وأنه وإن كانت أجهزة الأمن تترخص في تقدير الخطورة الناشئة على الحالة الواقعية التي تجيز لها أن تتدخل لمواجهتها بأن تكون ثمة وقائع محددة من شأنها أن تنبئ - في التقدير المنطقي السليم للأمر- بأن ثمة خطراً يهدد الأمن العام، أساس ذلك، أن إجراءات الضبط الإداري تنطوي على مساس بحريات الأفراد الأمر الذي يقتضي بالضرورة ثبوت الحالة الواقعية المبررة للتدخل بإجراءات الضبط الإداري ثبوتاً مقنعاً في جدية الإجراء ولزومه. تطبيق ذلك في شأن الغاء ترخيص إضافة خمور إلى الرخصة، فإذا ثبت أن الأساس الواقعي الذي استندت إليه جهة الإدارة للقول بوجود الخطر الداهم على الأمن العام ووقف إلقاء الترخيص في عام 1984، مخالفة نجل الطاعن بتقديم خمور مغشوشة للزبائن في محل بيع خمور - حكم فيها ببراءته عام 1971 - فإن هذه الواقعة برمتها لا تصلح أساساً لتقدير مدى تأثيرها على حالة الأمن خارج النطاق الزمني الذي وقعت فيه، ولا يسوغ أن يمتد أثرها إلى ما بعد وقوعها بأكثر من اثنتي عشر سنة، وبالتالي فإن القرار المطعون فيه من صدر غير مستند على أساس سليم من الواقع ويتعين الحكم بإلغائه ويكون الحكم المطعون فيه إذ قضى بغير ذلك قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه، ويتعين، من ثم، القضاء بإلغائه⁽⁵⁰⁰⁾

499 الطعن رقم 38/844 ق.ع، جلسة 1996/2/13، س 41، ج 1، ص 584 ما تلاها.
500 الطعن رقم 32/3253 ق.ع جلسة 1987/4/11، س 32، ج 2، ص 111 وما تلاها.

(ج) استقر قضاء هذه المحكمة على أنه ولئن كانت جهة الإدارة تملك في الأصل حرية وزن مناسبات العمل وتقدير أهمية النتائج التي تترتب على الوقائع الثابت قيامها والتي من أجلها تتدخل لإصدار قرارها، إلا أنه حينما تختلط مناسبات العمل بمشروعيتها بأن تكون ملاءمة إصدار القرار شرطاً من شروط مشروعيتها، وجب أن يكون تدخل الإدارة لأسباب جدية تبرره، فلا يكون العمل عندئذ مشروعاً، إلا إذا كان لازماً وهو في ذلك يخضع لرقابة القضاء الإداري، فإذا ثبتت جدية الأسباب التي بررت هذا التدخل كان القرار بمنجاة من الطعن، أما إذا اتضح أن هذه الأسباب لم تكن جدية أو لم يكن فيها من الأهمية الحقيقية كان القرار باطلاً.⁽⁵⁰¹⁾

وهو ما أخذت به محكمة التمييز في حكمها الصادر في 19 من فبراير سنة 2008⁽⁵⁰²⁾ حيث تقول: «إن نطاق رقابة القضاء الإداري على القرارات التي تمس الحريات إنما تبسط على مدى صحة الأسباب التي أقامت عليها الجهة الإدارية قرارها المطعون فيه، كما تمتد تلك الرقابة لتشمل مدى كفاية أسباب القرار إن صحت لحمله ومدى تناسبها مع محله».

(د) الرقابة على ملاءمة اختيار وقت إصدار القرارات الإدارية في مجال التعويض:

إذا كانت القاعدة الغالبة في القضاء الإداري ما تزال تمنع قاضي الإلغاء من التعرض للجوانب التقديرية في القرارات الإدارية، أو على الأقل تناول تلك الجوانب بحذر شديد، إلا أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي الحديث نسبياً قد مد رقابته إلى كيفية ممارسة السلطة التقديرية في مجال التعويض. ومن أبرز الأمثلة في هذا الخصوص:

1- الحكم على الإدارة بالتعويض لتراخيها في اتخاذ قرار إذا ترتب على ذلك ضرر:

مضت الإشارة إلى أن أبرز مظاهر السلطة التقديرية تتمثل في حرية الإدارة في تقدير الوقت المناسب لاتخاذ قرارها، وأن حريتها - في هذا الخصوص - لا تخضع لرقابة القضاء.

501 حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 50/1824 ق.ع، جلسة 2009/4/11، ص 54، وراجع أيضاً حكمها في 1957/4/13، ص 2، ص 886.

502 حكمها في الطعن رقم 2006/196 إداري، جلسة 2008/2/19، الموسوعة الكتاب الثاني، ج 4، ص 670.

ومع ذلك فإن مجلس الدولة الفرنسي حكم على الإدارة بالتعويض لتراخيها في اتخاذ قرار بمنع أحد الأفراد من مزاولة مهنته الخطرة وهي تمرين الناس في الأعياد على إطلاق النار وإصابة الهدف، لأن ذلك يعرض سلامة الجمهور للخطر، وقد حدث بالفعل أن أصيبت إحدى الممارات برصاصة طائشة في رأسها، فقضى لها مجلس الدولة الفرنسي بالتعويض.⁽⁵⁰³⁾

واستقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي، في هذا الخصوص، فحكم في حالات أخرى بمسئولية الإدارة لتراخيها في إصدار قرار بإعفاء شاب من تطوعه في الفرقة الأجنبية مما أدى إلى وفاته في إحدى المعارك، وتراخى سلطات البوليس في الإفراج عن كلب رغم مطالبة صاحبه به مما أدى إلى إعدام الكلب، وتأخر الإدارة أكثر من سنة دون مبرر في تسليم أحد الأفراد ترخيصاً بالبناء، أو في ربط معاش أحد الموظفين... الخ.⁽⁵⁰⁴⁾

وذهبت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر بتاريخ 27 من فبراير سنة 2004⁽⁵⁰⁵⁾ إلى أنه: «إذا لم يفرض المشرع على الإدارة أن تتدخل بقرار خلال فترة معينة فإنها تكون حرة في اختيار وقت تدخلها حتى ولو كانت ملزمة أصلاً بإصداره على وجه معين، ذلك أن الوقت المناسب لإصدار القرار، لا يمكن تحديده سلفاً، غير أنه يحد حرية الإدارة في اختيار وقت تدخلها، شأنه شأن أية سلطة تقديرية ألا تكون الإدارة مدفوعة في هذا الاختيار بعوامل لا تمت إلى المصلحة العامة أو لا تحسن اختيار وقت تدخلها، فتتجمل إصدار القرار أو تراخي في إصداره بما يرتب إضرار للأفراد نتيجة صدور القرار في وقت غير ملائم، فحرية الجهة الإدارية في اختيار الوقت الملائم لإصدار قرارها وأن كانت تقديرية في هذه الحالة، إلا أن هذا لا يعني الإسراع ولا التراخي في استعمالها ذلك أن حريتها تجد حدها الطبيعي في

503 C.E 26 Juill 1918. lemonnier. D. 1918. 3.9.

ومن الجدير بالذكر أن محكمة القضاء الإداري قضت بإلغاء قرار الإدارة لتراخيها في منح ترخيص لمدة سنة، ومن ثم فإن قرارها يكون مشوباً بسوء استعمال السلطة من ناحية اختيار الوقت الملائم لإصداره. (القضية رقم 915/11، جلسة 7/1/1961، ص15، ص136).

504 راجع في ذلك د. سليمان الطماوي، مسئولية الإدارة عن أعمالها غير التعاقدية، الطبعة الرابعة، 1957، ص123 وما تلاها. وقضت المحكمة الإدارية العليا بأن التعويض لا يكون عن مجرد التأخير في التسوية إذ أن التأخير أو التقصير في إجراءاتها يعتبر قراراً إدارياً مادام أن القانون لم يعدد وقت لاجرائها، وأنه لا يسوغ محاسبة الإدارة عن تراخيها أو تقصيرها، إلا إذا كان هذا التراخي أو التقصير هو الذي أدى مباشرة إلى تقويت الحق في الترقية عن إجراءاتها. (الطعن رقم 16/258، ق.ع، جلسة 15/12/1973، ص19، ص53).

505 حكمها في الطعن رقم 44/3350، ق.ع، جلسة 2004/2/7، ص49، ص344.

الوقت المعقول لكي تصدر فيه الجهة الإدارية قرارها المطلوب منها إصداره.

ولقد أخذ قضاء التمييز الكويتي بمبدأ مسؤولية الإدارة عن التأخير في إصدار القرار. وجاء ذلك في حكمه الصادر بتاريخ 15 من فبراير 2011⁽⁵⁰⁶⁾ في شأن التأخير في عرض شهادة أجنبية على لجنة المعادلات لمعادلتها بالشهادات الكويتية بقوله: «لما كان من المقرر أن التعرف على حقيقة القرار وما إذا كان ينطوي على قرار سلبي واستخلاص ركن الخطأ الموجب لمسئولية الجهة الإدارية واستظهار الضرر من عدمه وتقدير التعويض الجابر له من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع بغير معقب عليها في ذلك متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة ولها أصلها الثابت بالأوراق، وكان الحكم المطعون فيه قد خلص إلى وجود قرار سلبي يتمثل في امتناع الجهة الإدارية من عرض طلب المطعون ضده على لجنة المعادلات وإرجاء ذلك والبت فيه لحين الاستفسار من المكتب الثقافى وترتب على ذلك توافر ركن الخطأ في حق الجهة الإدارية وتحقق الضرر وقضى بالتعويض للمطعون ضده بمبلغ 2000 د.ك وذلك لما لحقه من ضرر نتيجة التأخير وفوات الفرصة في التحاقه بكلية الضباط المتخصصين بأكاديمية سعد العبد الله وما كان يترتب له بناء على ذلك من امتيازات، وهو من الحكم استخلاص سائغ له معينه الثابت بالأوراق، ويؤدي إلى ما انتهت إليه».

وذهبت إلى توافر ركن الخطأ في جانب الجهة الإدارية المستأنف عليها مما خلصت إليه من تأخيرها في منح الترخيص الأمر الذي حرمه من الانتفاع بالقسائم محل النزاع وعدم تمكنه من إقامة المشروع الاستثماري عليها بما ألحق به ضرر مادي وحرمه من كسب كان يأمل الحصول عليه وفوت عليه هذه الفرصة التي وأن كانت أمراً محتملاً فإن تقويتها يعتبر في ذاته عنصراً من عناصر الضرر المحقق.⁽⁵⁰⁷⁾

وهو ما أكدته في حكمها الصادر في¹² من ديسمبر 2012 وجاء فيه:⁽⁵⁰⁸⁾ «من

المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن المناط في مسؤولية الإدارة عن القرارات الإدارية

506 حكمها في الطعن رقم 2009/220 إداري، جلسة 2011/2/15 الموسوعة، الكتاب الخامس، ج 10، ص 374.

507 حكمها في الطعن رقم 2006/157 إداري، جلسة 2011/1/11، الموسوعة السابقة ص 372 وما تلاها.

508 حكمها في الطعن رقم 2012/892 إداري، جلسة 2012/12/12، الموسوعة السابقة، ص 376 وما تلاها.

هو الخطأ الذي يتمثل في إصدار قرار إداري غير مشروع وأن استخلاص الخطأ الموجب للمسئولية وعلاقة السببية بينه وبين الضرر الذي يصيب المضرور هو من الأمور الواقعية التي تدخل في سلطة حكمه الموضوع مادام استخلاصها سائغاً ومستمدّاً من عناصر ثابتة بالأوراق. ولما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه والمؤيد للحكم الابتدائي قد خلص في أسبابه إلى ثبوت خطأ الجهة الإدارية الطاعنة بتأخرها في اعتماد تقرير كفاءة المطعون ضده عن عام 2009 حتى فاتت عليه فرصة الحصول على مكافأة الأعمال الممتازة والتي لولا خلو كشف الأعمال الممتازة من أسمه لما علم بعدم اعتماد التقرير، وهو ما ألحق بالمذكور اضراً مادية وأدبية نتيجة هذا التأخير، ورتب الحكم المطعون فيه عليها تعويضاً للمطعون ضده بمبلغ وقدره ألف دينار كويتي، وهو من الحكم استخلاص سائغ له معينه الثابت بالأوراق ويؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها».

وأطرد قضاء محكمة التمييز على أعمال، المبدأ السابق، بقولها أنه يجب على جهة الإدارة إصدار قرارها في الوقت المناسب دون تأخير، وأن تأخر الإدارة في إصدار القرار في الأحوال التي تستوجب الاستعجال يقيم مسؤوليتها بالتعويض، وتطبيقاً لذلك فإن تأخر الإدارة في إصدار قرار العلاج على نفقة الدولة بالسرعة الواجبة التي تتفق مع حالة المريض تستوجب التعويض بذات قيمة نفقات العلاج التي تكبدها المريض كتعويض. (509)

إلا أن محكمة التمييز - بالمقابل - رفضت الحكم بالتعويض في حكمها الصادر 27 من يناير 2009 على سند أن جهة الإدارة ولئن كانت ملزمة بإصدار قرارها في شأن معادلة الشهادة الدراسية من الجامعات الأجنبية، إلا أن معادلة تستغرق وقتاً للتحقق من صحة البيانات وغيرها من الإجراءات التي تستغرق بعض الوقت بما ينفي عنها الخطأ الموجب لمسئوليتها عن التأخير في إصدار قرار معادلة لمدة تجاوز سنة من تاريخ تقديم الطلب⁽⁵¹⁰⁾

وفي هذا الصدد قضت بأنه من المقرر أنه إذا لم يفرض القانون على الإدارة أن

509 حكمها في الطعن رقم 2012/1386 إداري، جلسة 2015/11/18، الموسوعة السابقة، ص 377 وما تلاها. وحكمها في الطعن رقم

2012/1386 إداري/2، جلسة 2015/11/18، الموسوعة السابقة ص 378 وما تلاها.

510 حكمها في الطعن رقم 2006/133 إداري، جلسة 2009/1/27، الموسوعة السابقة، ص 368 وما تلاها.

تتخذ القرارات خلال فترة معينة، فإنه يكون قد ترك لها التقدير في اختيار الوقت المناسب لتصرفها ولو كانت ملزمة أصلاً باتخاذ القرار أو إصداره على وجه معين. ذلك أن الوقت المناسب لإصدار القرار لا يمكن تحديده سلفاً في معظم الحالات حتى لا يحد ذلك من حرية الإدارة في اختيار الوقت المناسب لتدخلها شأنها شأن أي سلطة تقديرية أخرى ولا مندوحة من أن يتحمل الأفراد ما عسى أن يلحق بهم من أضرار عن نشاط الإدارة المشروع المطابق للقانون. (511)

2- الحكم على الإدارة بالتعويض لتعجلها في اتخاذ القرار: (512)

لاشك أن هذه الحالات أقل في العمل من الحالات السابقة، مرد ذلك إلى أن الإدارة تترتب في اتخاذ قراراتها، بعد الإحاطة التامة والكاملة بسائر عناصرها وتحسب لكل آثارها، ومن ثم لا تتعجل في إصدارها، وأشهر مثال لها في حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 22 نوفمبر سنة 1929 في قضية (Compagnie des mines de Siguiri) والذي تتلخص في وقائعها في أن القانون الفرنسي نظم طريقة استغلال مناجم الذهب في إحدى المستعمرات، وقضى بأن يحتفظ باستغلال الطبقات العليا لأهالي تلك المستعمرة، على أن يكون للشركات حق استغلال الطبقات السفلى التي لا يصلح إليها الأهالي بوسائلهم البدائية، على أن يكون لحاكم المستعمرة حق منح وسحب رخص الاستغلال، وحدث أن اعتدت «شركة سيجري» على الطبقات المخصصة للأهالي، وتم ذلك بعلم الإدارة، ولكنها تركتها تُستغل، ثم فاجأتها بدون سابق إنذار، بأمر يتضمن وقف هذا الاستغلال غير المشروع. لذلك لم يبلغ مجلس الدولة القرار السابق، ولكن حكم بالتعويض عنه بناء على أن الإدارة قد أساءت اختيار وقف تدخلها، فتعجلت في اتخاذ قرار بالرغم من أن أحداً من الأهالي لم يطلب وقف استغلال الشركة.

وهذا ما أشارت إليه المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر في 5 إبريل

511 حكمها في الطعن رقم 133/2006 إداري، جلسة 2009/5/26، الموسوعة السابقة، ص 370 وما تلاها.
512 C.E 22 nov 1929, S. 1930. 3. 17.

مشار إليه في مؤلف د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 67 وما تلاها.

سنة 1986⁽⁵¹³⁾ وجاء فيه: «... أن حرية الإدارة في اختيار وقت تدخلها ألا تكون مدفوعة في هذا الاختيار بعوامل لا تمت إلى المصلحة العامة أو لا تحسن اختيار وقت تدخلها فتعجل إصدار القرار أو تتراخى في إصداره بما يرتب إضراراً للأفراد نتيجة صدور القرار في وقت غير ملائم...».

3- الحكم على الإداري بالتعويض لاتخاذها بعض القرارات غير الملائمة:

قلنا آنفاً أن ملاءمة العقوبة التأديبية للمخالفة التأديبية هي مسألة تستقل الإدارة بتقديرها. ولكن مجلس الدولة الفرنسي قد اخضع ملاءمة الجزاءات التأديبية لرقابته في مجال قضاء التعويض دون الإلغاء. وأشهر مثال لذلك حكمه الصادر في 20 من يونيو سنة 1913 في قضية مارك. فقد كان الأخير يشغل منصب مدير حديقة النباتات في مدينة رن بفرنسا، وفصلته الإدارة من منصبه لأسباب رأى أنها تعسفيه برفع دعوى بطلب إلغاء قرار الفصل، وطالب في الوقت نفسه بتعويضه عن ذات القرار. ولكن مجلس الدولة الفرنسي رفض طلب الإلغاء لأن عيب التعسف لم يثبت، ولكنه حكم بالتعويض، لأن الأخطاء التي ارتكبتها المذكور لا تبرر القرار الصادر بفصله⁽⁵¹⁴⁾، وحكم بالتعويض أيضاً عن إصدار الإدارة لقرارات قاسية لا تتناسب مع أسبابها، كما لو اتخذت إجراءات عنيفة في سبيل تحصيل بعض الضرائب من أحد المواطنين حسنى النية مما أدى إلى إشهار إفلاسه.⁽⁵¹⁵⁾

ومن الأهمية بمكان الإشارة إلى مجلس الدولة الفرنسي يتصدى في قضائه للعناصر الداخلية للسلطة التقديرية. فيبدو أن مجلس الدولة قد أقر نظرية التعسف في استعمال الحقوق الإدارية (*L'abus des droits administratifs*) على نمط النظرية المدنية ومستقله عن نظرية الانحراف (*Le détournement de pouvoir*)

ولا أدل على ذلك من أن العمل الإداري الواحد قد رفض مجلس الدولة إلغاءه بناء على عيب الانحراف، ولكنه حكم بالتعويض عنه لأن الإدارة قد تعسفت في استعمال حقها

513 حكمها في الطعن رقم 30/942 ق.ع. جلسة 1986/4/5 (سبقت الإشارة إليه).

514 C.E. 20 juin 1913. marc. Rec. P.709.

515 C.E 21 juin. 1935. Barnegrat. D. 1936. 3. 65.

باتخاذها .. فتلك إذن هي حالات التعسف في استعمال الحقوق الإدارية. فالإدارة إما أن تتخذ قراراً مفاجئاً (Brusque)، أو غير ذات فائدة (inutile) أو بالغ القسوة (Trop sévère).⁽⁵¹⁶⁾

ويتضح مما تقدم أن نظرية الانحراف مجالها قضاء الإلغاء، ويقتصر دور القضاء فيها على مراقبة الحدود الخارجية للسلطة التقديرية وهي الأغراض والأهداف.

أما نظرية التعسف في استعمال الحقوق الإدارية، فمجالها قضاء التعويض، وتتعدى فيها رقابة القضاء إلى العناصر الداخلية للسلطة التقديرية.⁽⁵¹⁷⁾

وإذا انتقلنا إلى قضاء مجلس الدولة المصري، نلاحظ أنه لم يشير في قضاؤه من قريب أو بعيد إلى نظرية التعسف في استعمال الحقوق الإدارية، وبالتالي يتعين على من يريد الحصول على تعويض من جراء القرار الإداري أن يبدأ أولاً بإثبات أن القرار المطعون فيه غير مشروع، فإثبات عيب القرار الإداري هو شرط لازم لجواز الحكم بالتعويض على الإدارة.

وفي هذا الصدد ذهبت المحكمة الإدارية العليا:⁽⁵¹⁸⁾ إلى ذلك: «... أن قرار الفصل المطعون فيه.. قد صدر صحيحاً مبرراً من عيب إساءة استعمال السلطة، مما لا وجه لمساءلة الحكومة بتعويض عنه، إذ أساس هذه المسؤولية قيام خطأ من جانبها، بأن يكون القرار غير مشروع، بأن يشوبه عيب أو أكثر من العيوب المنصوص عليها قانوناً، وأن يترتب عليه ضرر. فإذا كان القرار مشروعاً بأن كان سليماً مطابقاً للقانون فلا تسأل الإدارة عنه مهما بلغ الضرر الذي يترتب عليه، لانتفاء ركن الخطأ، فلا مندوحة - والحال هذه - من أن يتحمل الناس نشاط الإدارة المشروع أي المطابق للقانون.

كما لم تأخذ المحكمة بالمسؤولية على أساس المخاطر⁽⁵¹⁹⁾، إذ ذهبت إلى القول «...»

516 المستشار محمد عبدالجواد حسين، مقاله السابق، ص442.

517 د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص69.

518 حكمها الصادر في 1960/5/21، ص5، ص946.

519 حكمها الصادر في 1959/12/15، ص2، ص215 وراجع أيضاً د. سليمان الطماوي، القضاء الإداري الكتاب الثالث، قضاء

لا وجه لما ذهب إليه الطعن لأنه يقيم المسؤولية على ركنين فقط هما الضرر وعلاقة السببية بين نشاط الإدارة في ذاته وبين الضرر، حتى ولو كان هذا النشاط غير منطوق على خطأ، أي أنه يقيهما على أساس تبعة المخاطر، وهو مالا يمكن الأخذ به كأصل عام. ذلك أن نصوص القانون المدني ونصوص قانون مجلس الدولة المصري قاطعة في الدلالة على أنها عالجت المسؤولية على أساس قيام الخطأ، بل حددت نصوص القانون الأخير أوجه الخطأ في القرار الإداري، بأن يكون معيباً بعبء عدم الاختصاص أو وجود عيب في الشكل أو مخالفة القوانين واللوائح أو الخطأ في تطبيقها وتأويلها أو إساءة استعمال السلطة، فلا يمكن - والحالة هذه - ترتيب المسؤولية على أساس تبعة المخاطر، كأصل عام، بل يلزم لذلك نص تشريعي خاص».

وذهبت أيضاً في حكمها الصادر في 19 من مايو سنة 1962⁽⁵²⁰⁾ إلى حد اعتبار المسؤولية القائمة على أساس المخاطر نوعاً من التأمين، يجب أن يكون مرجعه إلى القانون، ومن ثم لزم تدخل الشارع للنص على التعويض في هذه الحالة وبيان حدوده وقواعد تقديره.

أما قضاء التمييز الكويتي، فقد ذهب إلى أن القضاء الإداري لا يعرف المسؤولية القائمة دون خطأ أو على أساس تحمل التبعة، وقد كشف عن ذلك في حكمه الصادر في 9 مارس 2011 «جاء فيه: «... من المقرر- في قضاء هذه المحكمة - أنه وإن كان نطاق اختصاص الدائرة الإدارية طبقاً لما هو معقود لها وفقاً لقانون إنشاء الدائرة رقم 20 لسنة 1981 بتحديد بنظر طلبات التعويض عن القرارات الإدارية المخالفة للقانون، إلا أن هذا الاختصاص لا يمتد ليشمل طلب التعويض عن أعمال مدارها مسؤولية الدولة عن أعمال لا تدرج تحت مدلول القرارات الإدارية، وتقوم على أساس تحمل الدولة تبعة المخاطر الناجمة

التعويض وطرق الطعن في الأحكام دار الفكر العربي 1986، ص 257 وما تلاها. أخذت محكمة القضاء الإداري - في بداية نشأتها - بالمسؤولية بغير خطأ. (حكمها في القضية رقم 2/312ق، جلسة 1949/4/28، ص 3، 657)، وفي حكم آخر تتحدث نفس المحكمة عن المخاطر صراحة فتقول أن الدولة إذا رغبت في أن تضحي بالموظف العمومي القابل للغزل بإحالاته إلى المعاش قبل بلوغه السن المقررة للتقاعد استعمالاً لحقها في حدود القانون والصالح العام، فإنه ينبغي عليها أن تتحمل في الوقت ذاته مخاطر هذا التصرف فتعوض الموظف المفصول تعويضاً معقولاً...» (حكمها في القضية رقم 4/23ق، جلسة 1950/6/15، ص 4، 904).

520 الإدارية العليا أبو شادي، حكمها الصادر بجلسته 1962/5/19 ص 1134.

عن القوة القاهرة أو الحوادث الفجائية التي يستحيل عليها دفعها أو تفادي نتائجها، والتي لا تتعلق بالنشاط الإداري. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خلص سديداً إلى أن اختصاص الدائرة الإدارية لا يشمل طلب التعويض عن الأضرار الأدبية التي حاققت بالطاعن وأسرتة من جراء ما تعرضوا له من مخاطر الغزو ومن ترويع وخشية على أرواحهم. فإن الحكم المطعون فيه يكون صائب النتيجة قانوناً. (521)

ولقد أوضحت ذلك في حكمها الصادر 11 من مايو 2011⁽⁵²²⁾ وجاء فيه: «... أن مناهل مسؤولة - جهة الإدارة عن القرارات الصادرة منها - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو وجود خطأ من جانب جهة الإدارة بأن يكون القرار الإداري غير مشروع وأنه يلحق بصاحب الشأن ضرراً وأن تقوم علاقة سببية بين الخطأ والضرر... وغنى عن البيان أن نصوص قانون إنشاء الدائرة الإدارية رقم 20 لسنة 1981 قد حددت أوجه الخطأ في القرار الإداري، بأن يكون مشوباً بعيب عدم الاختصاص أو وجود عيب في الشكل أو مخالفة القوانين واللوائح أو الخطأ في تأويلها أو تطبيقها. أو إساءة استعمال السلطة ونصوص هذا القانون قاطعة الدلالة على أنها عالجت المسؤولية على أساس قيام الخطأ بحيث لا يمكن معها ترتيب المسؤولية على ركنين هما الضرر وعلاقة السببية بين نشاط الإدارة في ذاته وبين الضرر حتى ولو كان النشاط غير منطوق على خطأ بدون نص خاص، والتي لا مندوحة معها - والحال كذلك - أن يتحمل الأفراد الأضرار الناجمة عن نشاط الإدارة المشروع المطابق للقانون لغياب النص الذي يربط مسؤوليتها في هذا الشأن».

وقضت المحكمة الدستورية الكويتية بأن مسؤولية الإدارة عن القرار الإداري غير المشروع تقوم متى ثبت عدم مشروعيتها، وترتب عليه ضرر، فإذا رفعت دعوى الإلغاء والتعويض معاً كان استظهار أوجه عدم مشروعية بمناسبة الإلغاء يغني عن استظهاره عند النظر في طلب التعويض وأما إذا رفعت دعوى التعويض استقلالا فإن وجه عدم مشروعية للقرار يفحص ابتداءً، ومن ثم فلا تلازم بين دعوى الإلغاء والتعويض فإذا استغلق طريق الإلغاء،

521 حكمها في الطعن رقم 2008/147 إداري، جلسة 2011/3/9، الموسوعة الكتاب الخامس، ج10، ص112 وما تلاها.

522 حكمها في الطعن رقم 2008/18 إداري، جلسة 2011/5/11، الموسوعة السابقة، ص13 وما تلاها، وفي هذا المعنى حكمها في الطعون أرقام 122 و124 و125/2010 إداري/3، جلسة 2013/4/16، الموسوعة السابقة ص116 وما تلاها.

فيظل طريق التعويض مفتوحاً. وعلى ذلك فإذا تحسن القرار الإداري غير المشروع فإن ذلك لا يحول دون إقامة دعوى التعويض مادام لم يسقط الحق فيها. ولا تقف هذه الحصانة مانعاً دون استظهار حدود مشروعية القرار عند نظر دعوى التعويض، إذ يتعين أن تقوم المحكمة بفحص هذا القرار سبب الضرر، كما تتحقق من عدم مشروعيته لتقضي بالتعويض المطلوب، وهو ما يترتب عليه النظر في مشروعية القرار الإداري على الرغم من أنه نهائي غير قابل للطعن عليه، أو أنه صار كذلك لانقضاء ميعاد الطعن عليه وفقاً للقانون⁽⁵²³⁾

523 الطعن رقم 2 سنة 2000، «دستوري»، المنشور في الجريدة الرسمية رقم 46/458 من الجريدة الرسمية الكويت اليوم بتاريخ 2000/4/16.

خاتمة:

انتهينا فيما سلف من استعراض موضوعات الجزء الأول من المؤلف بعنوان «مبدأ المشروعية وحدوده». وما يهمنا - في هذا الصدد - هو الإشارة إلى القيود التي ترد على مبدأ المشروعية أو ما يعرف بنظريات موازنة مبدأ المشروعية وهي: أعمال السيادة، والظروف الاستثنائية، والسلطة التقديرية، من حيث مصدرها وأساسها وتطورها ونتائجها في النظم المقارنة، بهدف استظهار أوجه الاتفاق والاختلاف بينها، على التفصيل السابق.

وآثرنا استعراض تطبيقات قضائية في محاولة للوقوف على اتجاهات القضاء في شأن تطبيق أو إعمال تلك النظريات في سائر جوانبها، إمعاناً في إثراء الدراسة المقارنة، وباعتبار مبدأ المشروعية وحدوده أساساً مهماً لا غنى عنه عند تناول النظرية العامة للقرارات الإدارية.

وننتقل للحديث - عن الكتاب الثاني من المؤلف المعنون «ماهية القرار الإداري وخصائصه الذاتية ومعايير تميزه عن سائر أعمال الدولة، وقوته التنفيذية وتحليل عناصره وصوره، والعيوب التي تلازمه وتطبيقاته».

فهرس إجمالي الجزء الأول

أ	آية قرآنية
ب	اهداء
ج	تقديم
هـ	تصدير
1	الجزء الأول: مبدأ المشروعية وحدوده
3	محتوى الجزء الأول:
7	فصل أول: مبدأ المشروعية وأعمال الإدارة
8	مبحث أول: ماهية مبدأ المشروعية
8	أولاً: تعريف مبدأ المشروعية.
13	ثانياً: موقف الفقه والتشريع الوضعي من خضوع الإدارة للقانون.
15	ثالثاً: أهمية مبدأ المشروعية.
15	رابعاً: ضرورة مبدأ المشروعية.
18	مبحث ثان: رقابة الإدارة في خضوعها لمبدأ المشروعية
21	فصل ثان: موازنة مبدأ المشروعية
23	مبحث أول: أعمال السيادة (أعمال الحكومة)
23	أولاً: نظرية أعمال السيادة في فرنسا
23	أ- نشأة النظرية
25	ب- تعريف الفقه الفرنسي لأعمال السيادة
25	ج- معايير تحديد أعمال السيادة
26	1- معيار الباعث السياسي
26	2- المعيار الموضوعي أو معيار طبيعة العمل
27	3- معايير القائمة القضائية لأعمال السيادة (معيار التعداد الحصري).
30	4- المعيار الحديث

31	ثانياً: نظرية أعمال السيادة في مصر
31	أ- تاريخ النظرية وتطورها التشريعي
31	ب- تعريف الفقه المصري لأعمال السيادة
32	ج- أعمال السيادة في قضاء مجلس الدولة
38	د- أعمال السيادة في قضاء المحكمة الدستورية العليا
41	هـ- الحكمة من استبعاد أعمال السيادة عن الولاية القضائية
41	ثالثاً: نظرية أعمال السيادة في الكويت
45	رابعاً: تقدير أعمال السيادة
49	مبحث ثان: الظروف الاستثنائية
50	أولاً: تعريف الظروف الاستثنائية
51	ثانياً: أساس النظرية
52	ثالثاً: نطاق النظرية
54	رابعاً: تطبيقات لنظرية الظروف الاستثنائية وشروط تطبيقها
60	خامساً: القيود الواردة على النظرية
63	سادساً: آثار النظرية
63	1- عدم التقيد أو التغاضي عن بعض أركان القرار الإداري:
64	2- تمييز تصرفات الموظف الفعلي أو الواقعي
67	3- إيقاف العمل ببعض الأحكام التشريعية
69	مبحث ثالث: السلطة التقديرية
69	أولاً: نظرة عامة
74	ثانياً: مدلول السلطة التقديرية والاختصاص المقيد
74	أ- مدلول السلطة التقديرية
77	ب- مدلول السلطة المقيدة (الاختصاص المقيد)
81	ثالثاً: فيصل التفرقة بين السلطة التقديرية والاختصاص المقيد.
85	رابعاً: التداخل بين السلطة التقديرية والاختصاص المقيد
88	خامساً: مجال التقيد والتقدير في القرارات الإدارية.
89	أ- الإدارة وركن الاختصاص

89	ب- الإدارة وركن الشكل
89	ج- الإدارة وركن السبب
96	د- الإدارة وركن الغاية
97	هـ- الإدارة وركن المحل
97	1- حرية الإدارة في أن تتدخل أو تمتنع
98	2- اختيار وقت التدخل
101	3- اختيار فحوى القرار
102	أ- في نطاق علاقات الوظيفة العامة
103	1- في مجال التعيين
107	2- في شأن الترقية بالاختيار
112	3- في الترخيص بالإعارة
114	4- في شأن الندب
120	5- في خصوص سواء المكاني أو الوظيفي
122	أ- النقل المكاني
125	ب- النقل الوظيفي
130	6- الترخيص بمنع الأجازة بساشر أنواعها.
132	7- في مجال منح مقابل عن الجهود غير العادية أو بدل الندب
133	8- في مجال فحص الانتاج العلمي ومحاولة الدرجات العلمية
135	ب- في خارج نطاق الوظيفة العامة
136	1- في مجال إنشاء المرافق العامة.
138	2- في شأن الترخيص يشغل الطريق العام
139	3- في شأن تقدير قيمة البضاعة المستوردة
140	4- في الترخيص بمزاولة أعمال التخليص الجمركي
141	5- في الترخيص بحمل الأسلحة واستيرادها
143	6- في مجال إصدار التراخيص
145	7- في شأن الترخيص بالإقامة للأجنبي.
149	8- في حالات رفض منح جواز سفر أو تجديده أو سحبه

152	9- في شأن منح الجنسية
156	10- للإدارة سلطة في مجال المنع من السفر
158	11- سلطة الإدارة في تقدير درجات الامتحان
165	سادساً: ضوابط استخدام السلطة التقديرية.
166	أ- مراعاة قواعد الاختصاص في الإجراءات التي ينص عليها القانون
166	ب- أن يكون رائد الإدارة من إصدار تحقيق المصلحة العامة
166	ج- تحقق الأسباب التي يبني عليها صدور القرار
167	د- التكييف القانوني السليم للوقائع التي استندت إليها الإدارة في إصدارها القرار الإداري.
167	سابعاً: الشرعية والملاءمة
170	ثامناً: مدى رقابة القضاء للسلطة التقديرية.
173	أ- الرقابة على الإدارة في كيفية ممارسة الاختصاص التقديري.
175	ب- قاضي الإلغاء يراقب ملاءمة القرارات الإدارية في بعض الحالات.
175	الأول: المجال التأديبي.
180	الثاني: رقابة الموازنة بين المنافع والأضرار أو الموازنة بين النفقات والمزايا.
181	1- نطاق النظرية
184	2- معيار الموازنة بين المنافع والأضرار
185	3- مجالات تطبيق النظرية في قضاء مجلس الدولة الفرنسي.
198	4- أهمية الموازنة بين المنافع والأضرار
199	5- تقدير النظرية
201	ج- إخضاع ملاءمة القرارات الإدارية المقيدة للحرية لرقابة القضاء
204	د- الرقابة على ملاءمة اختيار وقت إصدار القرارات الإدارية في مجال التعويض
204	1- الحكم على الإدارة بالتعويض لتراخيها في اتخاذ قرار إذا ترتب على ذلك ضرر
208	2- الحكم على الإدارة بالتعويض لتعجلها في اتخاذ القرار
209	3- الحكم على الإداري بالتعويض لاتخاذها بعض القرارات غير الملائمة
214	خاتمة
215	فهرس



 www.kijs.gov.kw.com  [Kijs_gov_kw](https://twitter.com/Kijs_gov_kw)  [kijs.kw](https://www.instagram.com/kijs.kw)  [kijs.kw](https://www.snapchat.com/add/kijs.kw)  kijs.gov.kw@gmail.com