الطعن أمام محكمة النقض

في القضاء الإداري

الكتاب: الطعن أمام محكمة النقض في القضاء الإداري

الكاتب: د. برهان زريق

الطبعة الأولى: 2024

جميع الحقوق محفوظة لورثة الكاتب

الكتاب صدر بعد وفاة الكاتب يرحمه الله

لذا لم يحظ بالتدقيق من قبله

يرجى موافاتنا بملاحظاتكم واقتراحاتكم

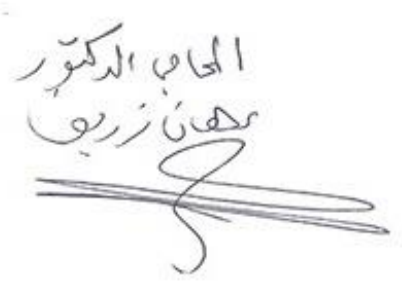
على البريد الالكتروني:

Burhan_zraik@yahoo.com

د. برهان زريق

الطعن أمام محكمة النقض في القضاء الإداري

أعيش...لأكتب



المدخل النظري وأدوات التحليل

مما لا شك فيه أن لكل موضوع مدخله النظري الذي يحكم مساره ويوجه خطواته، كما أن له منهجه الخاص وطرائق تحليله وفرضياته الخاصة التابعة من يد بنائه النظري.

والفروض والمناهج تنبع من الرؤية والنظريات، لكنها في الآن نفسه تغني هذه "النظريات" وتزيدها إثراء، بل كثيراً ما تصحح النظرية وتعيد بنينة تصوراتها وبالمقابل، وبالمقابل فالمدخل النظرية هي المولدة للمناهج والطرائق وأدوات التحليل المحددة للأساليب، لا الرؤية تسبق الطرائق والطرائق تسبق الرؤية والنظريات، بل – وهم في حال الاتساق والتعاون – كل في فلك يسبحون.

وهذه الحقائق لا شك – تقررها نظرية المعرفة (الايستيمولوجيا) وهي نظرية عامة تسوس البحث العلمي، بل هي الوليد الشرعي لعلم المنطق، وبذلك فهي تطبق على كافة فروع ومسالك العلوم، بما في ذلك علم القانون باعتباره أحد فروع العلوم الإنسانية والاجتماعية وهذا ما أكدها الدكتور عبد الله عبد الغني غانم بقوله: ((لا يمكن فهم الحقائق إلا من خلال سياق نظري، وأن ما يمكن فهمه أو التوصل إليه من حقائق على ضوء نظرية معينة يختلف عما يمكن فهمه أو التوصل إليه على ضوء نظرية أخرى، وبالتالي فالطرائق والأساليب ما لم تكن منبثقة ومستمدة من أفكار نظرية فالعلاقات التي يتم التوصل إليها تستنبط بطريقة ميكانيكية تفقدها معناها، وتصبح غير ذات مغزى، وبالتالي فالمنهج

باعتباره أسلوب البحث والفروض العلمية التي يتم اختيارها والبيانات التي يتم جمعها، تتشكل جميعها بالنظرية العلمية التي يتبناها الباحث))[1].

ولعلنا في هذا المقام نذكر القارئ بأن – وهو ما يتبع في الشريعة الإسلامية – التأصيل النظري والفلسفات هي أساس التأصيل العلمي والواقعي، أي أساس نظرية الممارسة والممارسة غير المحكومة.

بالأنظار والمقاصد والمبادئ العليا، تبقى ركاماً وشتاتاً وشواشاً مبعثر الخطى، وممزق الأوصال وحقيقة الأمر إذا عانقنا وتعاملنا من طبائع الأشياء والنسب المركوزة فيها، كما يقول الفهامة **ابن خلدون**، أمكننا القول بمبدأ وحدة القيادة، وهو مبدأ مشهور في علم الإدارة العامة لكنه مبدأ يجد ما صدقه في الحياة والتاريخ.

إذ تؤكد سنن التاريخ الفعل الذريع لوجود قيادتين لواقع واحد وهذا الأمر لا ينطبق على القيادة العضوية بل يتعداه إلى النشاط ذاته، إذ لا بد للأنشطة المتعددة المتعلقة بمنظومة واحدة من قيادة اشعاعية تتولى عملية الاتساق والترابط والتماسك والوحدة والانسجام بين أبعاض وعناصر المنظومة الواحدة تجنباً للشواش والاضطراب والتعسر.

هكذا دعت الحاجة إلى بلورة نظام محكمة النقض المدنية لتتولى الإشراف على توحيد القانون والسهر على حسن تطبيقه، والكشف عن مدى القصور في القوانين ذاتها لسبب بسيط هو أن النص كثيراً ما يكون من عمل الذهن المجرد، ولا بد أن يجد ويصادف له (ما صدق) من الواقع.

وبالتالي فهذا الأمر لا بد أن يوسد إلى عضو مؤسس يضطلع بهذه المهمة...

---

[1]- عبد الله عبد الغني غانم: علم الاجتماع الجنائي الاسلامي، الاسكندرية،**1994**، المكتب الجامعي الحديث، ص**2401**.

وإذا كان هذا الحامل الواقع والعملي والمنطقي مدعاة لنشوء نظام النقض على صعيد القانون المدني، فهذه المبررات ذاتها شقت طريقها على صعيد القانون الإداري انعكاساً واستجابة لطبائع الأشياء والنسب المركوزة فيها، وبالتالي فنظام النقض الإداري لم يكن مجرد استعارة ميكانيكية آلية من نظام النقض المدني، وإنما تعبر عن ماهيته الروابط الإدارية وطبيعتها الذاتية، ومن ثم فإذا عمد القاضي الإداري إلى تطبيق إحدى قواعد القانون الخاص، فهو لا يفسر ذلك الوضع على أساس وجود نقص أو ثغرة في القانون الإداري يعمل القاضي على سدها بقاعدة قانونية من قواعد القانون الخاص.

وإنما يفسره على أنه تطبيق للقاعدة القانونية في نطاقها الطبيعية[1]، وفي هذا الصدد يقول الفقيه اليوناني **ستاسينوبولس**: ((توجد صور قانونية عامة مقررة في كل التشريعات الحديثة، هذه الصور بصرف النظر عن النظام القانوني الذي تنتمي إليه تطبق على الحالات التي تتلاءم معها، سواء أكانت تنطوي تحت لواء القانون الخاص أم القانون العام))[2].

ويضرب **ستاسينوبولس** أمثلة لتوضيح رأيه فيذكر فكرة العقد أو فكرة العمل غير المشروع وضرورة التعويض عنه فهذه أشكال قانونية عامة تنطبق على جميع الحالات المماثلة بصرف النظر عن موضع هذه الحالات، وهل تدخل في دائرة القانون الخاص أم أنها تقع في نطاق القانون العام.

ونخلص من ذلك كله للتأكيد بأن فكرة النقض فكرة أصيلة في القانون الإداري نبتت في تربته، وعبرت عن أصالة روابطه لا سيما أن القضاء الإداري هو قضاء إنشائي يتول في جزء من نشاطه ابتداع المبادئ القانونية وابتكاره وابتكارها من صميم روابطه وهذا ما يتطلب – حسب مبدأ لزوم المقتضى – أن تكون هناك

---

[1]- د. محمد كامل ليلة: مبادئ القانون الإداري، دار النهضة العربية، ط1،1968، ص17.

[2] -Stassimopoulos: Trate de Actis a Administrative,1954,36.

قيادة تتولى السهر على هذا الإبداع المستوحى من مناخ القانون الإداري ومقتضيات الحق العام.

وكون فكرة النقض أصيلة في القانون الإداري تسمح بخصوبة وثراء تتبع طبيعة هذا النقض وآلية عمله وماهيته الذاتية، كل ذلك بالمقارنة مع نظرية النقض المدني، تشابهاً أو تعديلاً أو خروجاً عن نظام النقض المذكور وفي ذلك من الإغراء والتشجيع ما يدعو إلى الحماس، لكنه يدعو في الأن نفسه إلى أن يشعر الإنسان عن سواعد الكد والجهد والنصب تتبع تلك التخلقات هنا في القانون الإداري وهناك في النظام المدني.

فعلى سبيل المثال لا نجد في نظام محكمة النقض المدني ما يعتبرها درجة ثالثة من درجات التقاضي، وذلك لأنها إذا نقضت الحكم المطعون فيه امتنع عليها – كقاعدة عامة – الفصل في الموضوع بل تعين عليها إحالة الدعوى إلى محكمتها لتتولى إعادة الفصل فيها خلافاً لما هو الحال بالنسبة للنقض الإداري الذي لا يستلب في فهم الواقع والتعامل معه ومعانقته، ثم إعمال الإرادة للفصل فيه نهائياً.

وهناك مثل أخر نضربه للتدليل بأوجه المقارنة بين المحكمتين، هو أن محكمة النقض تمارس اختصاصها بهدف تحقيق الصالح العام، وليس بهدف تحقيق مصلحة الخصوم، إذ أن هذه المصلحة الأخيرة، وإن تحقق إشباعها، فإنما يكون لصفة ثانوية وتابعة لتحقيق المصلحة العامة، ومن هنا ظهر القول بأن المتقاضين أمام محكمة النقض ليسوا الخصوم أمام محاكم الموضوع، وإنما هي الأحكام الصادرة عن هذه المحاكم الأخيرة[1].

وهذه الصورة تبدو أكثر وضوحاً وحدة في القانون الإداري، لأن دعوى الالغاء هي دعوى عينية موضوعية تتولى الغاء القرار الإداري لمخالفته قواعد الشرعية، ومن هنا يكتفي من الادعاء تحقيق المصلحة دون الحق خلافاً للقانون الخاص، كما أن

---

[1]– حامد فهمي ود. محمد حامد فهمي: الطعن بالنقض.

الدعوى تستمر في سبرها دون اشتراط حضور المدعى جلسات المحكمة تأكيدا لهذا الطابع العام والمصلحة الأكيدة وإلغاء قرارات الإدارة المخالفة للشرعية، وهذا ما يستتبع بالتداعي وجود نظام للتقاضي ولشروط الخصوم والطعون الغير (الأشخاص الثالثين) بما يتعارض مع نظام النقض المدني.

زد على ذلك فمحكمة النقض تقبل وقائع النزاع كما هي ثابتة في الحكم المطعون فيه بالنقض وفي الأجزاء التي انصب الطعن عنها.

وانطلاقاً من ذلك، فهذه المحكمة تبحث في مدى ملاحظة سلامة إعمال القانون على هذه الوقائع، وهذا ما يثير مسألة التمييز بين الواقع والقانون على ما يتفرغ على ذلك من صعوبات قاسية للقيام بهذا الأمر[1].

خلافاً لما هو الحال بالنسبة للمحكمة الإدارية العليا التي تتوسع في التعامل مع الواقع وفهمه كما سنحدد إضافة إلى ما تقدم فالمحكمة الإداري تلغي القرار الإداري أي تعدمه، وهذا ما يجعل لأحكامها هذه حجية على الكافة خلافاً لأحكام محكمة النقض ذات الأثر النسبي.

هذه بعض صور التداخل والتماثل بين النظامين، وهي صور اختيرت كعينات للتدليل على تباين النظامين تبايناً وعر المسالك وخصب التضاعيف لكنه في الآن نفسه يغري بالبحث وحث الخطى على تعقب ماهية النظامين المذكورين والبحث على آلية عملهما.

تأسيساً على ما تقدم فسنخص الباب الأول موضوع الطعن المدني وأن كنا نؤثر الرفق بذلك، لأنه ليس موضوعنا الأساسي، بل سنكتفي بكلياته ومبادئه العامة على أن نخصص ونركز في الباب الثاني على الطعن الإداري موضوعنا ومادتنا الأساسية.

---

[1]- د. نبيل اسماعيل عمر: النظرية العامة للطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية، الإسكندرية، منشأة المعارف،1980، ص50.

تركيزاً يجلي خصائصه، ويبرز مسائله، علماً أننا سنزجي ونسوق فصلاً تمهيدياً نتكلم فيه عن بعض المسائل التي تواجه كل قاض في مواجهته للواقع والقانون.

مفهوم النقض المدني وتحديد ماهيته وطبيعته

مقدمة:

قد يقال أن هذا الفصل يقوم على أمشاج ومزق وشظايا تتناول مسائل من هنا وهناك وفي الحقيقة إن مادتنا هذه ينقصها الائتلاف والتماسك ومع هذا آثرنا التمسك بها لأنها مبادئ عملية يحتاج إليها كل محام وقاض ورجل قانون فما هي هذه المسائل.

لا ريب أنه ليس قصدنا في هذا الفصل حرث، وتفكيك نظرية النقض المدنية والحفر في طبقاتها بقدر ما يهمنا اعتمادها مدخلاً تحليلياً يساعدنا على إلقاء الضوء على نظرية النقض الإداري.

وإذا أردنا أن نحدد صورة عامة لعلاقة القانون الإداري – وهي تنطبق هنا على علاقة النقض المدني بالنقض الإداري – بالقانون المدني أمكننا القول إن القانون الإداري هو الابن الشرعي للقانون المدني، لكنه الابن الذي ينظر إلى شيب والده، فيحترم وقاره ويستبصر خبرته دون أن يحول دون الابن حائل يمنعه أن يشق طريقه الخاص باستقلال ورؤية وتفهم، وبذلك فالعلاقة بينهما هي علاقة التمييز دون الفصل، علاقة الفصل دون القطع ومن جهة أخرى فالقانون الإداري عندما يستعين بالقانون المدني فإنما يصب عليه عصارته الهاضمة باعتبار القانون الإداري مصدراً مستقلاً للقانون، وهو إذ يستعين بروابط القانون المدني فإنما يطبقها باعتبارها تشكل جوهر القانون وماهيته دون أن يعني أن تلك الروابط خاصة بالقانون المدني.

وكما قلنا سابقاً فنحن لا نعانق نظرية النقض المدني إلا بالقدر المتيقن الذي يتصل بموضوعنا، وعلى ضوء ذلك تتحدد المسائل التي نثيرها في هذا الفصل التمهيدي في المواضيع الآتية...

المبحث الأول

التعريف بمحكمة النقض وتحديد وظيفتها القانونية

سلم الأستاذان **حامد فهمي والدكتور محمد حامد فهمي** الإطار العام الذي تعمل فيه محكمة النقض بقولهما: ((إن محكمة النقض هي هيئة قضائية عملها المباشر هو الحكم بين الأفراد في منازعاتهم التي يعرضونها عليها وتؤديه في حدود وظيفتها القضائية، وتتقيد فيه بكل القيود العامة التي يخضع لها القضاة في أداء وظيفتهم، فهي من أجل ذلك لا تنظر من تلقاء نفسها في حكم لم يطعن فيه أمامها المحكوم عليه، ولا تقبل طعناً من غير ذي صفة ومصلحة، أو بعد فوات ميعاد الطعن، أو من غير مراعاة للإجراءات الشكلية والمواعيد الواجبة الإتباع.

ولا تحكم في غير ما يطلب منها القضاء فيه، فلا تنظر إلا في الأسباب التي بني عليها الطعن في الحكم، وبينها الطاعن في تقرير الطعن، ولا تقبل من الطاعن التمسك بأسباب النقض غير التي فصلها في التقرير ولا تقبل من الخصوم إبداء أسباب شفوية في جلسة المرافعة غير التي أدلوا بها في مذكراتهم الكتابية، ولا تتولى بنفسها مراجعة ملف الدعوى المحكوم فيها وإنما تقضي على واقع المستندات والمذكرات المقدمة إليها من الخصوم أنفسهم[1].

ونستطيع أن نتبين مما تقدم الصفتين اللتين تعمل بهما محكمة النقض:

---

[1]- د. نبيل اسماعيل عمر: النظرية العامة للطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية، الإسكندرية، منشأة المعارف،1980، بند 5، ص7.

فمحكمة النقض باعتبارها جهة قضائية: مقيدة بكل القيود العامة التي تقيد القضاة في القيام بمهام وظيفتهم، ولا يحتاج الأمر إلى نص خاص.

ومحكمة النقض باعتبارها (محكمة قانونية) فحسب: مقيدة بقواعد موضوعية وإجرائية معينة، وهذه القواعد تصدر عن فكرتين أساسيتين:

أولاهما: إن الطعن المرفوع أمامها ليس امتداداً للخصومة التي طرحت على محكمة الموضوع.

والثانية: أن لا تعدو في نظر الطعن حدود الخصومة التي رسمها أسباب الطعن وطلباته والفقه والقضاء مستقران على أنه لا يجوز لمحكمة النقض – في نظر وجوه الطعن – أن تبحث مطلقاً إلا فيما تعلقت بن هذه الوجوه من المسائل القانونية، فلا تقبل الطعون المبنية على ادعاء الخطأ في مسألة من مسائل الدعوى الواقعية، كما لا تتعرض لبحث وقائع الدعوى، ولا تنظر إليها إلا من الناحية القانونية.

فلا رقابة إذاً لمحكمة النقض على ما تكون لقاضي الدعوى فيه السلطة التامة من نحو تفصيل فهم الواقع فيها من أدلة المقدمة له تقديماً صحيحاً، ومن نحو الأخذ في تفسير العقود والمستندات بما هو أو في بمقصود المتعاقدين أو الملتزم منهما[1].

وقد يبدو هنا إجراء محكمة النقض رقابتها القانونية في حدودها الصحيحة والواقع أن هذا لا يتحقق إلا في حالتين من حالات الطعن، هما حالتا الطعن بسبب البطلان في الحكم أو في الإجراءات المؤثرة فيه، والطعن بسبب صدور حكمين متناقضين: ففي الحالة الأولى يقتصر دور المحكمة على التحقيق من أن الإجراء المدعى بوقوع البطلان فيه مما نص عليه القانون ورتب عليه البطلان، ويقتصر

---

[1]– د. نبيل اسماعيل عمر: النظرية العامة للطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية، الإسكندرية، منشأة المعارف،1980، بند 5، ص9.

دور المحكمة في الحالة الثانية على الترجيح بين الحكمين المتعارضين على نحو لا يخرج عن تغليب أحد الحلين المطروحين.

أما الطعن بمخالفة القانون فهو الذي يثير العديد من الإشكالات، وسبب ذلك أن وجه الطعن الذي يغلب أن يطرح على بساط البحث بعض المسائل الموضوعية التي كان لمحكمة الموضوع تقدير خاص فيها، فإلى أي حد تستطيع محكمة النقض أن تراقب هذه المسائل؟؟.

إن تمييز العناصر الموضوعية من العناصر القانونية هو الذي يجعل مهمة محكمة النقض دقيقة وشاقة، إذ كيف تستطيع أن ترسم الحد الفاصل بين ما يعد خطأ في الوقائع فلا تراقب محكمة الموضوع فيه، وما يعد خطأ في القانون فتمتد رقابتها إليه، ولذلك فإن الحلول التي تصل إليها محكمة النقض والضوابط التي تضعها في هذا الشأن هي التي تبرز ملامحها الرئيسية وتحدد على نحو واضع مدى اتصالها أو بالأحرى مدى رقابتها على محكمة الموضوع في تقديرها الموضوعي.

ورسم الحدود الواضحة لرقابة محكمة النقض أمر في غاية الأهمية، لتعريف حدود المتقاضين من جهة، ولاتصاله من جهة أخرى بولاية جهات القضاء المتعددة الدرجات، وما يستتبعه ذلك من وجوب التزام محكمة النقض حدودها فلا تجوز على سلطان قاضي الموضوع.

ولقد اقتضى الأمر من محكمة النقض الفرنسية عشرات السنين حتى انتهت إلى بعض الضوابط للتمييز بين رقابتي الوقائع والقانون.

وقد فصل Marty الضوابط التي استخلصتها محكمة النقض الفرنسية في هذا الشأن وأوضح كيف أنها ضوابط يصعب التوفيق بينها، وتمكن المحكمة من أن تبسط رقابتها بسطاً واسعاً على سلامة الأحكام المطعون فيا من حيث اتصالها بالوقائع:

فهي تراقب تطبيق قاضي الموضوع للقانون على الوقائع التي يستخلصها بسلطانه المطلق وهذا يؤدي بها إلى مراجعة الكوف والأوصاف القانونية والنتائج القانونية التي يرتبها قضاة الموضوع على الوقائع والتصرفات:

Les conséquences juridiques des faits et actes actes constatés pour les jags

وهي بسطت بسلطانها عندما فرضت الرقابة على تقرير الوقائع والتصرفات ذاتها التي أثبتها قاضي الموضوع، وهذا أدى بها (استناداً إلى فكرة الأساس القانوني للمنازعة base légale) إلى أن تفرض عليه الالتزام بتسبيب أحكامه حتى تتمكن من إجراء رقابتها، بل هي خرجت على مبدأ التقرير الموضوعي المطلق في قضائها المستند إلى فكرة المسخ dénaturation فطبقاً لقضائها المستقر في هذا الشأن، أنه وإن كان في حق القضاة الموضوع أن يفسروا عقود الطرفين فإنهم لا يملكون – إذا كانت هذه العقود واضحة ومحددة – إن يشوهوا معناها sens أو مداها portée.

وفضلاً عما تقدم فإن محكمة النقض الفرنسية تطرح تماماً التمييز بين القانون والوقائع في أمور الضرائب وفي منازعات التسجيل والدفعة والجمارك والضرائب غير المباشرة، فحيث لا يوجد نص خاص ترى محكمة النقض إن من حقها مراقبة تقديرات قاضي الموضوع للوقائع وتفسير التصرفات المطروحة عليه[1].

ولا يتسع مجال هذا البحث لتفصيل الضوابط السابقة التي وضعتها محكمة النقض الفرنسية وسايرتها فيها محكمة النقض المصرية، وإنما يكفي أن يقال بصفة عامة، أنه لكي تحدد بصورة مجملة حالات الخطأ في الواقع والخطأ في القانون يجب أن نساير عمل القاضي في قضائه في الخصومة لنرى في كل مرحلة

---

[1]- الطعون في الأحكام أمام مجلس الدولة، ص188 -189، ط1930.

أين يقع الالتحام بين الوقائع والقانون، ونحن نستطيع أن تصور أن العملية القضائية تمر بمرحلتين أساسيتين: المرحلة الأولى: هي مرحلة فهم النزاع واستخلاص نتائج الادعاء من الوقائع التي قدر قاضي الموضوع صحتها.

المرحلة الأولى: هي مرحلة تطبيق القاضي لحكم القانون على ما يكون قد استخلصه من نتائج[1].

المرحلة الثانية: رقابة محكمة النقض على فهم قاضي الموضوع للنزاع: الأصل أن لقاضي الموضوع السلطان التام في استخلاص النتائج من الوقائع التي يقرر هو صحتها.

ولو أُخذ بهذا الأصل على إطلاقه لامتنعت رقابة محكمة النقض على محكمة الموضوع في فهمها للنزاع واستخلاصها نتائجه.

غير أن الشرع يتدخل أحياناً فيضع قواعد شكلية للإثبات، وبالتالي لطريقة اقتناع القاضي، مما يترتب على ذلك أن تصبح حرية القاضي في تقدير الأدلة المقدمة وفي تحصيل فهم الواقع في الدعوى منها (مقيدة بإتباع القانون فيما جاء من قواعد الإثبات وطرق التحقيق المبينة في القانون المدني وقانون أصول المحاكمات وينبغي له أن يتقيد بها وأن يأخذها عن القانون أخذاً صحيحاً، فإن خالفها أو أخطأ في تطبيقها أو في تأويلها فسد رأيه في فهم الواقع في الدعوى.

ومتى فسد رأيه في هذا الفهم فسد رأيه في تكييفه، وسرى الفساد إلى حكمه في الدعوى بالضرورة)[1].

---

[1]- وفي ذلك تقول محكمة النقض المدنية السورية ما يلي: ((تقييم الأدلة والأخذ بها هي من مسائل الواقع المنوطة لمحاكم الأساس ولا رقابة للنقض عليها))، وتقول أيضاً: ((تراقب محكمة النقض التقديرية في ترجيح احتمال الدين من عدمه))، مجلة محامون لعام 1992 قاعدة 87 ومحامون 1995 قاعدة 43.

ويسري ذلك أيضاً على الوقائع الإجرائية التي يستخلصها القاضي من أوراق الإجراءات ومن الواضح أن خطأ القاضي في هذه الحالة – وهو يتنكب طريقاً رسمه القانون لا يعتبر خطأ في الموضوع، بل هو خطأ في القانون إذا راقبته محكمة النقض فإنها لا تخل بسلطان قاضي الموضوع المطلق في فهم النزاع، وإنما يتحقق الإخلال بسلطان قاضي الموضوع فعلاً برقابة التفسير، وهي نوع من الرقابة ابتدعته محكمة النقض الفرنسية في سياستها المتوسعة والتي قصدت منها الرقابة على جوانب من التقديرات الموضوعية التي تراها صارخة الخطأ، وقد أقرت محكمة النقض المصرية هذه الرقابة كمبدأ عام عبرت عنه تعبيراً واضحاً في أحد أحكامها القديمة، بدأت بذكر الأصل واعقبته بالاستثناء فقالت: ((لقاضي الموضوع السلطة التامة في بحث الدلائل والمستندات المقدمة له تقديماً صحيحاً وفي موازنة بعضها بالبعض الأخر، وترجيح ما تطمئن نفسه إلى ترجيحه منها، وفي استخلاص ما يرى أنه هو واقعة الدعوى، لأن خطأه يكون في فهم الواقع في الدعوى، لا في فهم حكم القانون في هذا الواقع)).

ولا يستثنى من هذه القاعدة إلا صورة واحدة، هي أن يثبت القاضي مصدراً للواقعة التي يستخلصها يكون وهمياً لا وجود له، أو يكون موجوداً ولكنه مناقض لما أثبته، أو غير مناقض له، ولكنه يستحيل عقلا استخلاص الواقعة منه كما فعل هو[2].

وواضح أن محكمة النقض في تقديرها استحالة استخلاص الواقعة عقلاً أو تناقض الحكم مع ما أثبته، لا تجرى حكم القانون (فلا يظهر في أفق هذا البحث نص قانوني)، بل هي تجرى حكم المنطق أولاً.

---

[1]- نقض أول مارس 1934 محاماة سنة 14 من عدد 152 ص356، مشار إليه في كتاب النقض في المواد المدنية والتجارية، ص132.

[2]- النقض في المواد المدنية والتجارية، ص134.

وهي في الحالات الأخرى تراقب قاضي الموضوع في التحقيق من الوقائع التي أثبت هو وجودها.

ونعتقد أن هذه الرقابة –أياً كان مبررها العملي – ملابسة للوقائع إلى حد الاندماج ويصعب لذلك القول إنها رقابة قانونية بحتة وهذه الرقابة التي تعد مزاجاً بين الموضوع والقانون والتي تسلطها محكمة النقض على قاضي الموضوع في استخلاص الوقائع والنتائج، تجريها عليه في تفسير العقود والمحررات فهي تراقب قاضي الموضوع في هذا الشأن مراقبة دقيقة، وهي أن كانت قد وضعت لها بعض الضوابط، غير أنها في الحقيقة ضوابط مرنة، وتستطيع محكمة النقض أن توسع أو تضيق فيها حسب مشيئتها، وقد كانت نظرية محكمة النقض الفرنسية الشهيرة في مسخ العقود dénaturation.

نقطة البدء في الرقابة المتزايدة على تقديرات قاضي الموضوع في نطاق التعاقد والتصرفات القانونية عموماً، وقد وصف الأستاذ Marty المدى الذي بلغته محكمة النقض الفرنسية في تطبق نظرية المسخ بقوله: ((في اللحظة الراهنة يمكننا أن نعتبر كأمر مستقر – أن سلطة قضاة الموضوع في التفسير محدودة بالسلطة التي تعطيها محكمة النقض لنفسها في نقض الحكم الذي يمسخ شروط العقود أو التصرفات بدعوى تفسيرها)).

وقد تساءل Barjat – وبحق – عن النص القانوني الذي تستمد منه محكمة النقض حقها في هذه الرقابة على المسخ، ولقد أشار الكاتب إلى أن أسباب الأحكام الصادرة في هذا الشأن تستند إلى عبارات المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي التي تقضي بأن العقود التي تبرم صحيحة تعتبر شريعة المتعاقدين، وأن المحكمة قد استخلصت من ذلك أنه (إذا كان قاضي الموضوع يملك تفسير عقود الطرفين، فإنه لا يستطيع – تحت شعار التفسير – أن يمسح معناها إذا كانت النصوص واضحة ومحددة ولكن الفقه وإن أقر الحلول التي انتهت إليها محكمة

النقض[1]، وأهمية الرقابة التي تحايلت المحكمة[2] لفرضها على قاضي الموضوع، إلا أنه لم يتفق مع المصدر التشريعي – المصطنع إلى حد ما – الذي اتخذته محكمة النقض أساساً لسلطتها هذه).

أما الأستاذ Marty فقد وجد هذا السند في واجب قضاة الموضوع في أن يسببوا أحكامهم وفي سلة المحكمة في أن تتحقق من قيمة التدليل القانوني الذي أدى بقاضي الموضوع إلى الحل الذي فرضه، وفي الحقيقة إن الرقابة تسمح لمحكمة النقض بأن تنقض الحكم بسبب تناقض الأسباب أي منطوق الحكم مع أسبابه (أي مع هذا الجزء من الوقائع من جهة، ومع التصرف القانوني الواضح الذي مسخه الحكم من جهة أخرى).

إنما هي رقابة منطقun contrôle du sylla ، على أنه أيا كان الحكم على سلامة قضاء المسخ فإنه قائم – وهو لا يعمل إلا حيث يكون هناك تصرف قانوني واضح (في حين أن القاضي الموضوع سلطة مطلقة في تفسير تصرف غامض بالبحث مثلا عن القصد المشترك للطرفين المتعاقدين)، ولذلك فإن النطاق الطبيعي لهذا القضاء هو نطاق التصرفات القانونية أي العقود والوصايا[3].

ومن حقنا بعد هذا العرض، أن نتساءل عما إذا كانت نظرية المسخ التي تعملها محكمة النقض في نطاق التصرفات القانونية، والرقابة التي تجريها المحكمة في نطاق الوقائع عندما تستلزم أن يكون لهذه الوقائع أصل في الأوراق – من حقنا أن

---

[1]- نقض 11 من نوفمبر سنة 1892 داللوز 1893 - 1 - 85.

[2]- نقض 5 ديسمبر سنة 1927 سيرى -1- 138 و7 نوفمبر سنة 1928 -1-60 و 26 ديسمبر سنة 1928 جازيتدي باليه 1929 -1 373.

[3]- بحث الأستاذ Barjat المنشور في مجلة مجلس الدولة الفرنسي، العدد الخامس سنة 1951 ص74.

نتساءل عما إذا كانت هاتان الرقابتان تتفقان مع سلطة محكمة القانون الواضح أن هاتين الرقابيتين – اللتين تجريهما محكمة النقض في المرحلة الأولى من العملية القضائية – تشتركان في أمر ظاهر، هما أنهما رقابتان مستندتان بصفة أساسية إلى المنطق، فهل تستندان أيضاً إلى أساس من القانون وهل يجوز أن يقال مثلاً أن القاضي يجب أن يحصر نشاطه في حدود الخصومة كما رسمها طرفاها، وأن قاضي الموضوع وأن سلم له بسلطة في التقدير، إلا أن هذه السلطة لا يمكن أن تعني التسليم له بتجاوز الحدود الفعلية للخصومة والخروج عن وعائها، فلا يجوز له أن يستخلص نتائج يستحيل أن تؤدي إليها الأوراق المطروحة عليه، أو أن يفسر التصرفات القانونية على نحو يصطدم مع نصوصها الصريحة.

يصعب أن نعتبر هذا التحديد أساساً قانونياً يمكن أن يبرر نفاذ محكمة النقض إلى نطاق الوقائع، إذ معنى التسليم به إقرار حق محكمة النقض في أن تتوغل في رقابة الوقائع توغلاً بعيداً لا يقف عند حد وإذا فمن الحق أن يقال أن المنطق وحده تسانده بعض اعتبارات القانون هو الذي يبرر هذا التوسع في رقابة محكمة النقض للتقدير الواقعي لمحكمة الموضوع ولاسيما ما اتصل منه بنتائج فحص النزاع أو تفسير التصرفات القانونية.

المرحلة الأولى: رقابة محكمة النقض على تطبيق قاضي الموضوع للقانون على النتائج التي استخلصتها :

إما **المرحلة الثانية** في العملية القضائية، فلا تثير كثيراً من الصعوبات في شأن الحدود الفاصلة بين ما يعد خطأ في الواقع، وما يعد خطأ في القانون، لأن أخطاء القاضي في هذه المرحلة أخطاء قانونية في الغالب من الأمر، وهذه نتيجة حتمية لنشاط القاضي في المرحلة النهائية للعملية القضائية حيث يقوم القاضي (بعد أن يكون قد استخلص من وقائع النزاع النتيجة الواقعية حسب فهمه وتقديره).

بتكييف الواقع في الدعوى، فيتوخى معاني القانون في حاصل فهم الواقع في الدعوى، فيتوخى معاني في القانون في حاصل فهم الواقع في الدعوى، ثم يرد هذا الواقع إلى حكم القانون، أو يضعه تحت القاعدة القانونية المنطبقة هي عليه[1].

فكأن القاضي يقوم بعملين **الأول**: تكييف فهم الواقع على مقتضى القانون.

والثاني: تناول القاعدة الواجبة التطبيق من مصادرها القانونية، ثم إنزال حكمها على حاصل ذلك الفهم مكيفاً[2].

ونشاط القاضي في تطبيق حكم القانون على فهم الواقع مكيفاً لإخلاف في أنه اجتهاد في القانون[3].

والخطأ فيه يقع أما بمخالفة القاعدة القانونية المنطبقة أو بالخطأ في تأويلها أو بالعدول عنها إلى قاعدة لا تنطبق.

وهذا النظر يصدق بداهة على تكييف العقود والمحررات، فالفقه والقضاء- في فرنسا ومصر- مستقران على أن الخطأ في تكييف العقود هو خطأ في القانون[4].

هذه الضوابط العامة التي قدمنا – على إيجازها الشديد – تمكننا من التعرف على حقيقة نشاط محكمة النقض وحدود رقابتها على قاضي الموضوع، وهي وإن

---

[1]- د. نبيل اسماعيل عمر: النظرية العامة للطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية، الإسكندرية، منشأة المعارف،1980، ص164-195.

[2]- المرجع السابق، ص166.

[3]- المرجع السابق، ص167محكمة النقض السورية قرار 1076 قاعدة 107 محامون 83 قضية 704 لعام 81.

[4]- المرجع السابق، ص304.

دلت على توسع من جانب محكمة النقض في بسط رقابتها على بعض النواحي الموضوعية، إلا أنه يستحيل القول بأنها (حتى في الحالات الاستثنائية التي توسعت فيها) قد أزالت نهائياً الحدود الفاصلة بين الوقائع والقانون، فلا زالت رقابتها في الغالب الأعم رقابة محكمة قانون، والاستثناءات التي وسعت فيها رقابتها لم تطع على الأصل، بل هو لا يزال قائماً فهل يمكن أن تختلف في ذلك محكمة قانون إدارية عن محكمة قانون عادية.

المقصود من المسألة القانونية والمسألة الواقعية

وحقيقة الأمر إنه من المتعذر تحديد ما هو واقع إلا عن طريق الاستبعاد exclesive، أي استبعاد ما هو قانوني، وبذلك ينتقل بحثنا إلى تحديد المقصود من القانون.

في الواقع هنالك مدارس عديدة لتحديد الواقع وتمييزه من القانون وإن كان لا مجال للانتقال بهذه النظريات الذي تغلب عليها الروح التفصيلية بل نكتفي بالإحالة إليها في مظانها[1] وحسبنا التعريف والإشارة العابرة إلى بعض هذه النظريات:

1) يرى الفقه التقليد أنه لا توجد قاعدة عامة أو معيار عام، وعلى هذا يجب إعطاء الوصف القانوني لكل واقعة والنظر في مرحلة بذاتها وما إذا كان عمل القاضي قانونياً أو واقعياً.

2) ويذهب بعض الفقه بإتباع مذهب الاستدلال القياسي أو ما يسمى: syllogism judiciaires ومعنى هذا اعتبار القاعدة القانونية هي المقدمة الكبرى، ومجموع الوقائع هي المقدمة الصغرى ذهب هذا الفريق إلى أن

---

[1]- د. نبيل اسماعيل عمر: النظرية العامة المطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1980، ص128.

القاعدة تتألف من عنصرين المفترض: la règle possible، والأثر القانوني أو الأمر الكامن فيها.

ومرة ثانية نقول إنه لا مجال للغوص في هذا الموضوع الشائك والمحفوف بالمخاطر كما يقول watuis be[1].

وحسبنا القول مع الدكتور بدوي إن القانون – بالمعنى الموضوعي والموسع – هو كل قاعدة قانونية عامة: générale ومجردة: abstrait تخاطب الناس بصفاتهم لا بذواتهم[2].

لكن هناك مسألة أساسية تطرح نفسها وهي ما إذا كان العقد يعتبر قانونياً بالمعنى الضيق stricto sensu، أي هو قانون التعاقدين أم لا استناداً إلى القول المشهور: العقد شريعة المتعاقدين.

وحقيقة الأمر: أن العبارة السابقة هي مبدأ قانوني[3] تنطبق، ليس على عقد بذاته، وإنما على كل عقد، وبذلك فالمسائل التي تتناول العقد تفسيراً أو تطبيعاً– هي من حيث المبدأ – من متعلقات الواقع لا القانون.

ونشير تأكيداً لما سبق قوله إنه اقتضى الأمر من محكمة النقض الفرنسية جهداً استغرق مائة وأربعين سنة لوضع الضوابط التي تجيز الرقابة على الواقع دون القانون وقد أشرنا سابقاً إلى هذه الضوابط.

---

[1]– المرجع السابق، ص151.

[2]– تدرج القرارات الإدارية ومبدأ الشرعية القاهرة، ص25 دار النهضة العربية 1968 - 1969.

[3]– د. محمود محمد حافظ: القضاء الإداري، ط4، ص935، القاهرة 1967، دار النهضة العربية.

ونشير إلى حكم محكمة النقض السورية رقم (758) تاريخ 1997/12/23 المتضمن ما يلي: بما أن تفسير نصوص القانون لا يمكن أن ينطوي[1] على خطأ مهني جسيم باعتباره ينبع من تقديره الذاتي.

ومن البداهة بمكان أن هنالك إرادة ذاتية للقاضي وراء أي تفسير لنص قانوني لأن هذا التفسير لا يمكن أن يتم بصورة آلية: لكن مضمون التفسير الذي هو تحديد معنى القانون ومضمونه: هذا المضمون أمر عام يخضع لرقابة محكمة النقض.

هذا ونكتفي في هذا البحث بدراسة الأمور التالية:

- فهم القاضي للواقع.
- استخلاص التصحيح من وقائع الدعوى وتقديره.
- المسائل القانونية التي تثار عند إثبات الوقائع.

[1]- منشور في مجلة (المحامون) عدد أيار، حزيران، عام 2000 قاعدة 122.

الفرع الأول

فهم قاضي الموضوع للواقع

لا حاجة للتأكيد بأن سلطة هذا القاضي مطلقة في التعرف على الواقع وفهمه، هذا ما تؤكده المادتان /62، 155/ من قانون البينات السوري.

لكن ما المقصود من الواقع؟؟؟

لا شك إن الحياة الإنسانية تنطوي على وقائع وظواهر لا حصولها، وليست كل واقعة أو ظاهرة في تلك الحياة تدخل في دائرة النظام السمة القانونية، وفيما عدا ذلك فنحن حيال حقائق طبيعية خام لا علاقة لها بعالم القانون.

فهبوب الرياح وانفجار البراكين ودوران الأرض كل هذه وقائع لا ترجع لإرادة الإنسان، بل هي من أعمال الطبيعة، وقد تؤثر في العلاقات القانونية أو بالعكس.

وتوضيح ذلك أن هبوب العواصف وانفجار البراكين قد تكون قوة قاهرة تعفي المدين من التزامه.

والوقائع التي ترجع أيضاً إلى إرادة الإنشان أكثرها أعمال مادية قدير يد صاحبها أن تحدث أثراً في الروابط القانونية أو بالعكس، فإذا انصرفت أعماله الإرادية إلى إنشاء نتائج actes juridique – تميزاً لها من الأعمال المادية faits matériels التي لا يقصد منها إنشاء أي أثر قانوني مستحدث[1].

---

[1]– د.عبد الرزاق السنهوري: الوجيز في شرح القانون المدني، القاهرة، دار النهضة العربية، 1966، ص23.

ويتضح مما سبق أنه ليست كل واقعة طبيعية أو اجتماعية تعتبر واقعة قانونية، بل الواقعة القانونية هي تلك الواقعة المادة أو التصرف القانوني الذي ينتج أثراً مستحدثاً في النظام القانوني.

وبطبيعة الحال فهذه الواقعة القانونية – مدنياً- لا تدخل عادة النظام القانوني إلا من خلال مصفاة هي إرادة الشخص صاحب العلاقة الذي يتمسك بها أمام القضاء، حسب مبدأ سيادة الخصوم، وبالمقابل فليس للقاضي أن يتمسك بوقائع خارج سيادة المدعي، إن كان له أن يصف تلك الواقعة ويمعنيها، أي معناها القانوني، ويضعها في إحداثياتها المناسبة من منظومة ونسق القانون، هذا وتجدر الإشارة إلى أن القاضي في مثل هذه البرهة القانونية يتعامل مع الوقائع في أشكال وأضراب لا حصر لها من صور التعامل يتعامل مع الوقائع في أشكال وأضراب لا حصر لها من صور التعامل، وهو في كافة مظاهر التعامل ليس مجرداً عن الخيار الإرادي، أو الحس النفسي ومع ذلك، فهذه المنطقة التي يعمل بها هي منطقة الواقع، وهي منطقة تتحدد نطاقاً وحدوداً عن طريق.

ويمكن التعريف بها بأنها تلك المنطقة التي تسبق لحظة إدخال الواقعة موضوع الدعوى في فرضية القاعدة القانونية أو في حكمها وولايتها.

ويلاحظ القارئ أننا في هذا التحديد سرنا مع الفقه الألماني في تحديد العمل، ذلك التحديد الذي يعتمد الخطوات النفسية لإرادة القاضي.

القانون يمر بالمراحل الآتية: التعرف على الوقائع الخارجية: conception[1].

---

[1]- يراجع في تأصيل هذا الفقه د. عادل سيد فهيم: القوة التنفيذية للقرار الإداري، القاهرة، الدار القومية للطباعة والنشر، 1966، ص25.

فالشخص يتعرف أولاً على الواقع الخارجي، وينتقل بعد ذلك إلى الحكم عليه منتهياً إلى تكوين الإرادة والإفصاح أو الإعلام الخارجي عن تلك الإرادة[1].

فيما يلي شرحاً مقتضياً لهذه المراحل:

1- **قبول الإشعارات الفردية**: acceptation de declorations مثل إشعارات الميلاد أو الزواج في الدفاتر الرسمية، وهي التي أطلقنا عليها – قضائياً – سيادة الخصوم.

2- **التقدير أو الحكم على الوقائع المادية المعنية**: أحكام مبنية على مواقف محددة jugements au coustststion de certaines situations matérielles.

3- **تقرير أو استخلاص نتيجة التقدير أو الحكم على تلك الوقائع**:

هذا وإن عملية التقرير أو الاستخلاص هذه تنقسم بدورها إلى ما يسمى التقرير بالمعنى الضيق (وهي العمليات المعدنية الصرف)، ثم التقرير القانوني، وهي العمليات القانونية المنشأة أو الملغية، للحقوق أو الالتزامات الفردية.

وحقيقة الأمر أن هنالك خطاً دقيقاً بين تقدير الوقائع، وبين تكييفها qualificatif، ونحن بدورنا نحدد منطقة التقرير عن طريق الاستبعاد، أي هي المنطقة التي تسبق وصف الواقعة وادخالها في فرض أو حكم الواقعة القانونية.

وإذا رجعنا إلى قواعد المنطق تأكد لنا أن الإنسان يطلق نوعين من الأحكام: الأحكام التقريرية أو الإخبارية ثم الأحكام الإنسانية وقريب من ذلك تقسيم الكلام في العربية إلى كلام خبري وآخر إنشائي، فأنا أقول مثلاً زيد قام أو قعد،

---

[1]- المرجع السابق، ص26.

فهنا أكون خيال حكم إخباري أو تقريري ولكني أقول أيضاً زيد جميل أو قبيح، فهنا أكون خيال حكم إنشائي، وهذا الحكم ينطوي على معنية الحياة أي إعطاء معنى لها، وبالتالي فالقاضي عندما يعطي الوقائع معنى أو وصف فهو في هذه اللحظة يدخل في منطقة التكيف القانوني هذا ويمكننا أن نضب بعض الأمثلة على ما أطلقنا عليها مرحلة التعرف conception.

أو استشعار الوقائع[1]: يستقل قاضي الموضوع في تحديد ما إذا كان الماء بارداً أم ساخناً ملوثاً أو غير ملوث.

يستقل في تقدير إراقة ماء على شخص مار في الطريق من قبل شخص في عمارة.

يستقل في تقدير ما إذا كان ادخال شخص ماراً في بستان جاره يضر بالمزروعات، ما هو موقف الفقه الإداري في ذلك؟.

أسجل مقتضباً الملاحظات الآتية[2]:

1- إن قاضي النقض الإداري هو قاضي قانون jugé en droit.

2- على قاضي النقض الإداري أن يأخذ بعين الاعتبار الوقائع التي تم التثبت منها من قبل قاضي الموضوع بسلطته المطلقة وذات السيادة

les faits tel qu, il ont ete constutes sauv eroinement por le juge du fond

---

[1]- تراجع هذه الأمثلة وسواها في رسالة المحامي محمد حسين الرعدون الموسومة بعنوان: رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية للحصول على لقب استاذ في المحاماة، نقابة المحامين، اللاذقية، 993، ص53.

[2]- لو بادير: المرجع السابق، 557.

3- لا يمارس مجلس الدولة في الطعن الرقابة على تقدير الوقائع كما هو الحال بالنسبة لسلطة قاضي الموضوع، وهذا ما هو مقرر في النظام القانوني الإداري في فرنسا خلافاً لما هو الحال في مصر وسوريا.

4- هناك صعوبة زائدة في تمييز التقدير appreciation من التكييف qualification.

5- لقد أعطى مجلس الدولة الفرنسي لنفسه الحق في الرقابة على ما يلي:

الوجود المادي للوقائع[1] l`existence matérielle des faits لكن هناك قيد على سلطة قاضي النقض الإداري فيما يتعلق بالتثبت في مادة الوقائع.

هذا القيد هو أنه لا يستطيع التثبت من الوقائع إلا في حدود مفردات وعناصر الاضبارة التي خضعت لسلطة قاضي الموضوع وهذا يعني أن سلطته في تقصي الوقائع تقل عن حال الطعن لتجاوز السلطة (سلطة إلغاء القرار الإداري)، حيث يملك القاضي في هذه الحالة الأخيرة سلطات خارجية ومكملة هي البحث عن الوقائع.

6- إن مجلس الدولة الفرنسي أعطى لنفسه حق الرقابة على تكييف الوقائع للتأكد عما إذا كانت تلك الوقائع تبرر التسبيب القانوني للحكم، أي أن الحكم المتخذ من قبل قاضي الموضوع يجب أن يكون في النتيجة مسبباً بدقة.

Le jugement renelupor le juge du fond droit en course qu euce itre motive avec precisiou

---

[1]- لو بادير: المرجع السابق، ص557.

7- إن مجلس الدولة الفرنسي هو قاضي النقض بالنسبة لكافة الأحكام التي تصدر عن القضاء الإداري، وإن الطعن بالنقض في مثل هذه الحالات هو طعن في القانون، وذلك في حال غياب نص قانوني هذا وسنتصدى لدراسة هذه الأمور بالتفصيل في الأبحاث المقبلة.

الفرع الثاني

استخلاص الصحيح من وقائع الدعوى وتقديره

هذا الاستخلاص للواقع في الدعوى، والتحقق منه، والتثبت من وجوده المادي[1]

La verification de le existence materielle des faits allegues

هو استنباط القاضي لحقيقة وقائع الدعوى بالأدلة والأمارات والعلامات وإحاطة علمه بها[2].

واستخلاص وقائع الدعوى وتقديرها يرتب على القاضي ما يلي[3]:

1- احترام القواعد الموضوعية والإقرارية في الاثبات.

2- تقدير الأدلة التي اعتمد عليها الخصوم تقديراً يتمشى مع المنطق السليم.

3- الرد على أدلة الخصوم الجوهرية.

---

[1]- نقض مصري 33/2/23 القضية رقم 92 السنة الثانية قضائية وانظر Marty: LA DistInction de Fait et du driot, no/104.

[2]- هذا القول لابن قيم الجوزية: انظر د. محمد حامد فهمي والاستاذ حامد فهمي: النقض في المواد المدنية، رقم 36.

[3]- د. أحمد أبو الوفاء: نظرية الأحكام في قانون المرافعات، طبعة 1980، دار منشأة المعارف الاسكندرية، ص188.

المطلب الأول

احترام القواعد الموضوعية والإجرائية في الإثبات

لا شك أن قاضي الموضوع حر في تقدير أدلة الخصوم، وفي تحصيل فهم الواقع في الدعوى لكنه ليس حراً في عدم اتباع ما جاء به قانون البينات من قواعد موضوعية للإثبات، إذ عليه أن يتقيد بها، ويأخذ بها أخذاً صحيحاً، فإن خالفها وأخطأ في تطبيقها أو تأويلها فسد رأيه في فهم الواقع، واعتبر مخطئاً في تطبيق القانون، وسرى الفساد إلى تكييف الوقائع وإلى الحكم برمته[1].

ولا شك أن قواعد الإثبات الإجرائية والموضوعية هي الإطار الذي يتم من خلاله إثبات الوقائع القانونية.

لكن ما هي الوقائع القانونية وما هي شروطها، وهل أن القاضي يلهث وينساق أمام تلك الوقائع أم أن هنالك شروطاً خاصة تتوفر بهذه الوقائع؟: وما هي هذه الشروط؟.

في الوقائع القانونية بصفتها محل للإثبات – مقدمة لا شك أن محل الإثبات ليس هو الحق المدعى به، شخصياً كان هذا الحق أم عينياً بل هو المصدر الذي ينشئ هذا الحق، والمصادر التي تنشئ الروابط القانونية لا تعدو أن تكون إما تصرفاً قانونياً acte juridique أو واقعة قانونية: fait juridique.

وبالتالي فإن محل الإثبات، هو هذا التصرف القانوني أو هذه الواقعة القانونية التي كانت مصدراً للرابطة القانونية المراد إثباتها[2].

---

[1]- نقض مصري: 34/3/1، محاماة، السنة /14/ قضائية العدد 15، ص365.

[2]- د. السنهوري: الوجيز في القانون المدني، ص550.

في هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأن تعرض محكمة الاستئناف للخطأ المادي، ثم نفيها له رغم وجوده بعد مخالفة للثابت في الأوراق.

وقضت هذه المحكمة بأن الحكم ببطلان صحيفة الاستئناف استناداً إلى أن المحامي الذي وقع عليها ليس مدرجاً في جدول المشتغلين أمام الاستئناف دون أن تعطي إلى توقيع محام آخر من ذيل الصحيفة، ثم البحث عما إذا كان هذا الأخير مقبولاً أمام الاستئناف أم لا، هذا الحكم يخالف الثابت في الأوراق، مما يستوجب نقضه.

الإحالة في استخلاص الصحيح في الوقائع وتقديره على تقرير خبير الدعوى[1].

كذلك تجوز الإحالة في سرد وقائع الدعوى، أو بعضها على حكم فرعي أو موضوعي أو ابتدائي أو غيابي صدر في ذات الدعوى، كما تجوز الإحالة على تقرير خبير الدعوى في هذا الصدد[2]. هذا وإن الإحالة إلى تقرير الخبير في الدعوى تخضع للشروط الآتية[3]:

1) أن تقرر المحكمة ذلك.
2) أن لا تكون محكمة الدرجة الأولى جرحت التقرير.
3) أن لا يتمسك الخصم ببطلان التقرير.
4) أن لا يكون أحد الخصوم قد تقدم بأدلة أو حجج جوهرية بعد صدور التقرير.

---

[1]- د. أبو الوفا، المرجع السابق، ص200.

[2]- د. أبو الوفا: المرجع السابق، ص200.

[3]- د. أبو الوفا: المرجع السابق، ص201.

عدم جواز الاستناد إلى إجراءات إثبات تمت في قضية أخرى، ولو كان الأمر بين الخصومة أنفسهم، ومرد ذلك وحكمته ضرورة اتخاذ الاجراءات في مواجهة طرفي الخصومة، وأمام المحكمة ذاتها التي تفصل في الدعوى[1].

واستثناء من هذا الأصل العام أجاز المشّرع الالتجاء إلى القضاء للمحافظة على الدليل قبل رفع الدعوى في الموضوع إلى المحكمة المختصة، ومن ثم يجوز الاستناد أمام هذه المحكمة على الدليل[2].

وإذا أحيلت القضية من محكمة إلى أخرى، جاز للمحكمة المحاكمة إليها الدعوى الاعتماد على النتيجة المستخلصة من إجراءات التحقيق وأعمال الخبرة التي تمت في مواجهة الخصوم أمام المحكمة التي رفعت إليها الدعوى أولاً، ومتى كانت إجراءات الإثبات صحيحة في ذاتها[3]، والأمر نفسه بالنسبة لضم دعوتين، إذ يحق للمحكمة أن تتخذ مستندات إحدى الدعويين دعامة لقضائها في الدعوى الأخرى[4].

---

[1]- د. أبو الوفا: المرجع السابق، ص204.

[2]- د. أبو الوفا: المرجع السابق، ص204.

[3]- د. أبو الوفا: المرجع السابق، ص205.

[4]- نقض مدني مصري: 28/1/971-22/48.

الطعن أمام محكمة النقض المدني

لا شك أن الخصومة في الاستئناف هي امتداد للخصومة في محكمة الدرجة الأولى من ناحية الموضوع لا الشكل... إذاً فهل يشترط أن تنهي الخصومة أمام الاستئناف أم أمام أول درجة؟...

وهل هذا الاختلاف في الشكل يبرر وجود طائفتين وخصومتين في الحكم؟؟.

لا نعتقد ذلك فالخصومة المتولدة أمام أول درجة هي نفسها المتولدة أمام ثاني درجة من حيث الطبيعة والمضمون، وإن الطعن يكون على الحكم المهني، مع التنويه بأن عقد الصلح هو عمل ولائي لا يقبل الطعن وإنما يقبل الطعن وفقاً للطعن في العقود[1].

أما الأحكام المتعلقة بفك احتباس الأموال المحجوزة فيجوز الطعن بها[2].

والأمر نفسه بالنسبة لقصر الحجز فهو يعتبر من القرارات الصادرة قبل الفصل في الموضوع والذي يجوز به الطعن بالنقض استقلالاً[1].

---

[1]- مجلة المحامون السورية قاعدة رقم 256 لعام 1983، حكم محكمة النقض القضية 1401 لعام 1981.

[2]- قرار محكمة النقض السورية رقم 17683، مجلة المحامون قاعدة رقم 500 و 583 لعام 1983، وانظر قرار محكمة النقض قرار رقم 85183 مجلة المحامون قاعدة رقم 643 لعام 1983.

وغني عن البيان أن الطعن بالنقض على حكم الاستئناف، وليس على الحكم الصادر عن محكمة الدرجة الأولى، ولا يجوز التمسك بعيوب حكم الدرجة الأولى أمام النقض، بل أمام الاستئناف، وبداهة أنه لا يجز الطعن في القرارات الإعدادية أو الولائية[2] لكن ما المقصود من الحكم المهني للموضوع؟.

تضمنت المادة /250/ أصول سوري أوجه الطعن أمام محكمة النقض في الأحكام الصادرة عن محاكم الاستئناف والمحاكم الشرعية والمذهبية أو عن محاكم الصلح.

ولا حاجة للتذكير بأن المادة /230/ أصول سوري تقضي بأن الحكم الصادر في موضوع الدعوى يستتبع استئناف جميع الأحكام التي سبق صدورها في القضية ما لم تكن قد قبلت صراحة، ولكن الطعن والنقض الذي يوجه إلى الحكم الصادر عن محكمة لا يتضمن الطعن في الحكم الصادر قبله[3]، ما لم يكن هذا الطعن يستتبع بحث الأحكام الأخرى الصادرة قبل نقض الموضوع وهذا ما أوضحته المادة /252/ فقرة /5/ سوري بقولها، لا يجوز التمسك بغير الأسباب التي يشمل عليها الاستدعاء هكذا نرى الفارق بين الطعن بالاستئناف والطعن بالنقض

---

[1]- قرار محكمة النقض السورية رقم 17683، مجلة المحامون قاعدة رقم 500 و 583 لعام 1983، وانظر قرار محكمة النقض قرار رقم 85183 مجلة المحامون قاعدة رقم 643 لعام 1983.

[2]- مجلة المحامون السورية قاعدة 431 لعام 1979 و 473 لعام 1979.

[3]- حيث يجوز الطعن انفرادياً في الأحكام التي تصدر أثناء السير في الدعوى بقصد إجراء تحفظي أو مؤقت.

فالطعن الأول يشمل بقوة القانون جميع الأحكام السابقة للحكم بعكس الأحكام التي طعن بها نقضاً[1].

ومن جهة أخرى فإن اكتساب الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع عيباً ما، لا يبرر الطعن به في الحكم الصادر في الموضوع[2].

[1]- د. نبيل عمر: النظرية العامة للطعن بالنقض، دار المعارف بالإسكندرية، 1980، ص207.

[2]- المرجع السابق، ص171.

مخالفة القانون بوصفه وجهاً من أوجه الطعن بالنقض

تنص المادة /250/ معدلة أصول سوري على ما يلي:

إذا كان الحكم مبنياً على مخالفة القانون أو على خطأ في تفسيره فما المقصود من القانون؟

نقصد منه القاعدة القانونية التي تنشأ من مصادرها المدنية – هي:

1-التشريع الدستوري أو التشريع الأساسي – ويشمل القواعد الدستورية التي تبين شكل الحكم والسلطات المختصة، وتحدد اختصاصاتها وتكفل حقوق الأفراد.

2-التشريع العادي: ويشمل القواعد القانونية التي تسنها السلطة التشريعية في حدود اختصاصها ومطابقتها للدستور.

3-التشريع الفرعي ويشمل هذا التشريع ما يلي:

أ- اللوائح التنفيذية أو الغرض منها تيسير تطبيق القوانين العامة، وتنفيذها دون أن يتعدى ذلك إلى تعديل القوانين أو تعطيلها أو الغائها.

ب- اللوائح التنظيمية ونقصد بها التشريعات التي تسنها السلطة التنفيذية لتنظيم وترتيب المصالح العامة.

جـ- لوائح الضبط أو لوائح البوليس، وهي التي تنظم المرور وسير المحلات المقلقة للراحة، أو الضارة بالصحة.

4-تشريعات الضرورة واللوائح التعويضية، وهي التشريعات التي تصدر عند غياب مجلس الشعب أو بناء على تفويض من مجلس الشعب، وفق ما ينص عليه الدستور.

5-العرف، وهو مصدر القاعدة القانونية الذي يلي التشريع مباشرة، وينشأ من إطراد العمل على سنّة معنية.

هذه بإيجاز مصادر القانون المدني بحيث لا يجوز للقضاء – وهو الذي يتحرك في ضوء القانون ونزولاً عند أحكامه أن يصدر حكماً مخالفاً للقانون.

في القرار الإداري

جمال الاختصاص في جميع العقود الإدارية للقضاء الإداري فمعنى ذلك اثبات الحالة ممثلاً للإداري راتب /185/.

إذا ما دامت الجهة التي هو فرع منها محرومة من نظر موضوع هذه المنازعات فإنه يكون محروماً من نظر الإجراءات الوقتية المتعلقة بها إعمالاً للأصل الأصيل المقرر في هذا الصدد المتمثل في أن القاضي المستعجل يتقيد بالقيود التي تحد من الاختصاص الوظيفي أو القومي للجهة التي هو فرع منها فإذا رفعت دعوى وقتية مستعجلة أو حراسة أو طرد أو وضع اختام أو فضها فرفع أمامه، فهذه الدعوى تتعلق بعقد إداري فإذا تبين للقاضي ذلك قضى بعدم اختصاص بل عليه أن يمحص الأمر من تلقاء نفسه لاتصال ذلك بقاعدة من قواعد الاختصاص المتعلق بالوظيفة وهي من النظام العام راتب /186/.

لكن ما هو المقصود بمخالفة القانون؟

يرى بعضهم أنه يقصد من ذلك التفسير الخاطئ لنص القانون[1]:

La fausse interpretation d'un texte de la loi

ويرى بعضهم الآخر أن ذلك يشمل الحل الخاطئ لمسألة قانونية[2].

Une solution evronce d`un point de droit

في القانون المصري يقصد من مخالفة القانون وإغفال وترك إعمال نص من النصوص.

ويرى بعض الشراح أن هذه المخالفة بترك العمل بنص قانوني لا يحتمل التأويل[3].

يرى **الدكتور نبيل عمر** أن تلك المخالفة تتحقق في مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه وتأويله[4].

وتسمى هذه المخالفة في مصر بأسباب الطعن، أما في فرنسا فتسمى وسائل الطعن: سواء ورد ذلك الخطأ في المنطوق، أم ورد في المنطوق والأسباب: والأصل أن يقع ذلك في الحكم، ولو لم يكن في الأسباب[5].

---

[1]- د. نبيل عمر: النظرية العامة للطعن بالنقض، ص167.

[2]- نقض مدني: 927/4/22، طعن رقم 86 سنة 6 مج عمر، 25 سنة ص876

[3]- الاستاذ حامد فهمي ود. محمد فهمي: المرجع السابق، ص378.

[4]- المرجع السابق، ص169.

[5]- نقض مدني مصري: 936/12/10، مج /25/ سنة ص10-11.

ويرى **الأستاذ محمد عنبر** أن التحقق من الوجود المادي للوقائع يتم وفقاً لآلية منطقية ولغوية لا قانونية يمكن تصور وقوع خطأ فيها[1]، ومن الطبيعي بمكان أنه لا يجوز لمحكمة النقض أن تبحث في دفوع تخالف النظام العام[2] واستطراداً فالتعارض في نطاق الحكم من النظام العام على ما قررته الفرقة المدنية السورية في محكمة النقض[3].

وبالطبع فهنالك قيد على سلطة وتقدير قاضي الموضوع للواقع، هو أن لا يكون ذلك مناقضاً للثابت من الأوراق والمستندات في الدعوى، لكن مخالفة القانون غير قائمة في مسائل لم تطلب من القاضي[4].

وجدير بالذكر أنه إذا أغفلت المحكمة طلباً، فلا يجوز الطعن أو الاستئناف بذلك، لأنه ليس لدينا في الحقيقة حكم[5].

وبالطبع فيجب أن يتعلق ذلك بالطلبات الموضوعية أو في الدفوع الموضوعية التي تتوفر بها الشروط الفنية مثل الدفع بالمقاصة، أو بالإبطال... الخ[6].

---

[1]- إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، ط1، ص145.

[2]- محكمة النقض السورية: مجلة المحامون لعام 1993، قاعدة رقم 548.

[3]- مجلة المحامون السورية قاعدة رقم 300 و308 لعام 1997.

[4]- نقض مدني مصري: 2/3/995، مج /25/سنة ص1132.

[5]- د. نبيل عمر: المرجع السابق، ص177.

[6]- د. فتحي والي: نظرية البطلان في قانون المرافعات، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، 1997، ص677.

وإغفال الفصل في بعض الطلبات الذي يبرر الرجوع إلى المحكمة يجب أن ينصب على الطلبات الختامية المقدمة إلى المحكمة[1] ولا يتحقق الإغفال، إذ اقضت المحكمة ضمناً في الموضوع[2].

ويبرر الرجوع إلى المحكمة، إذا كان وقع سهواً أو نتيجة غلط أو عن عدم بنية[3].

ويجوز مساءلة القاضي ومخاصمته في عمله شرط "إنكار العدالة" déni de justice، لا يتحقق هذا الصف، إلا بعد إعذار القاضي[4]، أما إذا تبين للقاضي أسباب عدم فصله فنحن هنا حيال حلم يجوز الطعن به[5].

مما طلبوا فهذا الحكم باطل يجوز الطعن به، باعتباره افتقد مقترضاً ضرورياً به[6].

ويرى بعض الفقهاء أن الحكم الصادر في مثل هذه الحال يعتبر عملاً إجرائياً باطلاً جائراً الطعن بالنقض[1].

---

[1]- د. نبيل عمر: المرجع السابق، ص178.

[2]- نقض مدني: 1966/11/23، وانظر حكم محكمة النقض السورية مج /428/ لعام /1998/.

[3]- الاستاذ حامد فهمي ود. محمد فهمي: المرجع السابق، ص407، ومجموعة النقض سنة 17 ص1727، وانظر مجلة المحامون السورية لعام 1998، قاعدة رقم 75.

[4]- د. نبيل عمر: المرجع السابق، ص179

[5]- نقض فرنسي: 50/971، دالوز سنة 1900، مج، ص472.

[6]- د. فتحي والي: المرجع السابق، ص634.

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه إذا قضت محكمة الاستئناف بتأييد الحكم الابتدائي، وفي الوقت نفسه يتضمن حكمها استبعاد مبلغ من المبالغ المحكوم بها ابتدائياً فلا يجوز التحدي بذلك أمام محكمة النقض[2] والواضح أن هذا الإغفال كان عن سهو أو عدم إدراك من المحكمة[3].

ذلك أن المحكمة في مثل هذه الحال لا يمكن أن تستدرك الخطأ[4] لكن ما الشأن بالنسبة لإغفال المحكمة وسائل الدفاع؟؟

إذا لم يكن من أسباب الحكم ما يدل صراحة أو ضمناً على أن المحكمة قد فصلت في هذا الوجه من أوجه الدفع أو الدفاع فهنا توجد مخالفة للقانون، بما يبرر ولوج طريق الطعن بالنقض[5].

ذلك أن كل طلب أو وجه دفاع يدلى به لمحكمة الموضوع ويرتب تغيير وجه الرأي في الحكم، يجب على المحكمة الإجابة عليه، وإلا اعتبر خالياً من الأسباب، ويتعين بالتالي نقضه وأضافت محكمة النقض المدنية السورية بأن على محكمة الاستئناف أن تسبب قراراتها حتى يتاح لمحكمة النقض إجراء رقابتها اللازمة[6].

---

[1]- د. فتحي والي: المرجع السابق، ص620.

[2]- نقض مصري: 1940/3/29، مج /25/ سنة ص117.

[3]- نقض مدني مصري: 1973/3/11، ص/324/.

[4]- د. نبيل عمر: المرجع السابق، ص182، ونقض مدني مصري 1936/3/6 مج 25 سنة ص554.

[5]- نقض مدني مصري: 1936/1/16، مج25، ص 554.

[6]- انظر حكم محكمة النقض السورية مجلة المحامون لعام 1981 قاعدة 468.

ونعتقد أنه يوجد في الحالة العملية التطبيقية حالتين لمخالفة القانون إحداهما في تفسيره عندما يكون هنالك دعوى تفسيرية.

والأخرى فقد وضعه موضع التنفيذ، وقد اكتفى قانون أصول المحاكمات السوري بذكر هاتين الحالتين فسمى الأول الخطأ في القانون التي هي الخطأ في تطبيق القانون والثانية الخطأ في تقسيمه دون الشقشقات اللفظية المتعددة التي يأخذ بها الفقهاء معتقدين أنه مهما تعددت حالات مخالفة القانون فإنها لا تخرج من الحالتين السابقتين خلافاً للقانون المصري الذي عدد الحالات حيث تضمن النص المصري في المادة /125/ مرافعات (إذا كان الحكم المطعون فيه مبيناً على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله).

ونشير بالمناسبة إلى أن محكمة النقض المدنية في سورية أكدت إن إغفال الحكم لبعض الطلبات الموضوعية يجيز للمدعي رفع دعوى جدية أمام ذات المحكمة سواءً كانت محكمة الموضوع أم محكمة النقض فيما إذا استبقت القضية لا سيما رتبت بها بوصفها محكمة موضوع[1].

[1]- مجلة المحامون قاعدة 152-79 قرار رقم 994 أساس 4355 تاريخ 1978/12/10.

الخطأ في تطبيق القانون

يرى بعضهم أن المقصود بالخطأ في تطبيق القانون هو تطبيق قاعدة قانونية على واقعة لا تنطبق عليها أو تطبيقها على نحو يؤدي إلى نتائج قانونية مخالفة لتلك التي يريدها القانون أو يرفض تطبيقها على واقعة تنطبق عليها[1].

ويرى البعض أن المخالفة تكون بترك العمل بنص قانوني لا يحتمل التأويل، ولا خلاف في وجوب الأخذ به، أما الخطأ في التأويل يكون بإعطائه معنى غير معناه الحقيقي[2].

ويرى بعضهم أنه يدخل في تطبيق القانون تكييف فهم الواقع في الدعوى بموجب القانون أو بحكم العقد[3].

لقد اقتضت محكمة النقض المصرية بأنه كان الحكم قضى بما لم يطلبه الخصوم، فإنه يكون قد أقام قضاءه مستنداً إلى قاعدة قانونية خاطئة ويكون قراره جائزاً الطعن به نقضاً واستناداً إلى الخطأ في تطبيق القانون[4].

---

[1]- د. فتحي والي: المرجع السابق، ص635.

[2]- نقض مدني مصري: 1974/7/21، رقم 44، ص87.

[3]- نقض مدني مصري: 221/6/22مجلة القانون والاقتصاد رقم 7، ص43.

[4]- نقض مدني مصري: 1972/6/9 مج 25، طعن رقم 306.

لكنه قد يثور سؤال أساسي، وهو كيف تخطئ محكمة الموضوع في تطبيق القانون على الوقائع، ومع ذلك لا تخطئ في نتيجة الحكم؟؟.

نجد الإجابة عن ذلك في حكم لمحكمة النقض المصرية قالت فيه، إذا كان الحكم المطعون فيه سليماً في نتيجته فإنه لا يبطله ما يكون قد اشتملت عليه أسبابه من أخطاء قانونية إذ لمحكمة النقض أن تصحح هذه الأسباب أن تنقضه[1].

ويسير القضاء الصادر عن محكمة النقض المصرية على هذا المنهاج في تحديده لمعنى الخطأ في تطبيق القانون، فقد قضت محكمة النقض بأنه حتى كان الحكم إذ قضى بما لم يطلبه الخصوم أقام قضاءه بذلك على قاعدة قانونية خاطئة بأنه يكون جائراً الطعن فيه بطريق النقض استناداً إلى خطئه بتطبيق القاعدة[2].

وجاء في حكمها الصادر في 43/3/25، مؤكدة قضاءها السابق قالت: ((لا يصح الطعن بالحكم إلا للخطأ الذي يرد في الأسباب التي تكون مرتبطة بالمنطوق، ويكون مؤسساً عليها القضاء وبما حكم به لا في الأسباب التي يستقيم الحكم بدونها))[3].

وبهذا المعنى حكمت المحكمة بما يلي:

((إذا كانت الأسباب التي ببنى عليها الحكم صحيحة في جوهرها، ولكن اعتورها خطأ قانوني في بعض العبارات، ومع استبعاد هذه العبارات يبقى الحكم مستقيماً بما بقي له من الأسباب الصحيحة فلا ينقض هذا الحكم))[4].

---

[1]- نقض مدني مصري: 1974/3/26 مج النقض سنة /25/ ص575.

[2]- نقض مدني مصري: 1953/1/8 ص1137 مج طعن سنة /25/ ص306.

[3]- نقض مدني مصري، مج /25/ ص1127.

[4]- نقض مدني مصري: 33/5/4، مج /25/ ص1128.

وبنفس هذا المعنى، فإن الأسباب التي لا تأثير لها في سلامة الحكم لا توجب نقضه بسبب وقوع هذا الخطأ[1].

ويشير بعض الفقهاء إلى أن يكون مبني على الخطأ في تطبيق القانون، وأن يكون هذا الخطأ هو العلة المؤثرة في ذلك القضاء[2].

ولا يعتبر الحكم المطعون فيه أنه قد بني على خطأ في القانون إلا إذا كان هو ذاته الذي بني على الخطأ، فإن سلم من هذا الخطأ، لكنه كان مؤسساً على حكم آخر وقع فيه الخطأ، ولم يطعن فيه، فإن الطعن فيه لا يصادف محله[3].

وهكذا فعل الباحث أن يقابل ما قضى به عل ما أثبته المحكمة من حاصل فهم الواقع على الدعوى بصرف النظر عما احتواه الحكم من التقديرات القانونية، فإذا كان ما قضى به القاضي قد جاء وفق القانون كونه مبنياً على الخطأ وإلا أثبت الخطأ ونقض الحكم[4] وإن ما يرد في أسباب الحكم من التقديرات القانونية الصحيحة لا يكون من شأنه أن يصحح منطوقه إذا كان قد بني على خطأ في القانون[5]، وإن اعتماد الحكم المطعون فيه في بعض أسبابه على نص قانوني ملغي لا يعيبه إذا كان يبرره نص آخر[6].

---

[1]- نقض مدني مصر: 5/18/ مج 25 سنة ص1128.

[2]- الاستاذ حامد فهمي ود. محمد فهمي: المرجع السابق، ص384.

[3]- الاستاذ حامد فهمي ود. محمد فهمي: المرجع السابق، ص383.

[4]- المرجع السابق، ص382.

[5]- المرجع السابق، ص383.

[6]- المرجع السابق، ص384.

ومناقضة بعض أسباب الحكم القانونية لبعض لا تقتضى لذاتها نقض الحكم الصحيح ما دام أن لمحكمة النقض الحكم على ما صح من أسبابه وتطرح الأسباب الأخرى، وإن لها أن تعتمد ما تراه لازماً من الأسباب المنطقة على الواقع الثابت بالحكم وبأوراق الإجراءات الملحقة به[1].

ويذهب بعض الفقهاء إلى أبعد من هذا عندما يسمح لمحكمة النقض ما قد تراه لازماً ومنطبقاً ومنطقياً على حاصل فهم الواقع الثابت في الحكم، مطبعاً فإن نشاط محكمة النقض مشروط بوجود الوقائع المادية الثابتة أمام محكمة الموضوع الصالحة لإعمال هذه السلطات المنوطة بمحكمة النقض[2].

وفي هذا الصدد تقول محكمة النقض المصرية: ((إن قصور الحكم في إيراد الأسباب القانونية لا يفسده، إنما الذي يفسده القصور في إيراد الأسباب الواقعية قصوراً يعجز محكمة النقض عند قيامها بمراقبته لتبين لها أنه ما إذا كان قد وقعت فيه مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله، ومن حق محكمة النقض حين رأت الحكم المطعون فيه وفي الأسباب الواقعية صحيح النتيجة قانوناً أن تستكمل أسبابه القانونية بما ترى استكمالها به))[3].

أما التناقض بين الأسباب الواقعية والأسباب التقديرية القانونية فهو من صور الخطأ في التكييف القانوني الذي يمكن رده إلى الخطأ في فهم الواقع في الدعوى[4].

---

[1]- الاستاذ حامد فهمي ود. محمد فهمي: المرجع السابق، ص394.

[2]- د. نبيل عمر: المرجع السابق، ص191.

[3]- نقض مدني مصري: 1933/11/16 مجلة القانون والاقتصاد، ص9.

[4]- الاستاذ حامد فهمي ود. محمد فهمي: المرجع السابق، ص395.

أما التناقض في الأسباب الواقعية: تتدرج بعضهم في الطعن على الحكم لخلوه من الأسباب[1].

وإنه من الواجب على قاضي الموضوع أن يذكر في أحكامه أسباباً واقعية صحيحة متماسكة التدليل الصحيح بعيدة عن التناقض المخل به[2].

هل يمكن اعتبار الخطأ في تطبيق القانون مجرد صورة من صور التكييف القانوني الخاطئ، أو هو خلل حادث في هيكل القياس المنطقي والقانوني الذي يقوم به القاضي أو ما يسمى بـ les yllogis me judiciaire، أو أنه مرادف لوجه مخالفة القانون في صورته العامة؟؟.

نقصد بالتحليل القانوني أو الحجج والأسانيد القانونية التي تشكل التطور الطبيعي التحليل القانوني والمنطقي الذي يقوم به القاضي، أما الأسباب الواقعية فهي الهيكل المادي المكون من الوقائع التحتية التي يطرحها الخصوم.

فالتكييف القانوني ما هو إلا عملية ذهنية ومعنوية وتشكيلية وفي ضوء ذلك intellectuelle يعتمد على معطيات موضوعية هذه المعطيات تتكون من شقين الأول يتركز في مجموع الوقائع البحتة التي تشكل نزاعاً مطروحاً على القاضي فالقاضي يقوم بعملية مقارنة قطبها الأول هو مجموع الوقائع وقطبها الثاني هو نموذج القاعدة القانونية فإذا توصل إلى هذه المطابقة يتحرك الأثر القانوني، أو النتيجة القانونية الكامنة في القاعدة، وعملية المطابقة هذه هي التكييف القانوني، أما عملية إنزال حكم القاعدة القانونية على وقائع النزاع في ما يسمى تطبيق القانون.

---

[1]- د. نبيل عمر: المرجع السابق، ص191.

[2]- د. نبيل عمر: المرجع السابق، ص192.

فعملية التكييف القانوني وتطبيق القانون يكونان مستغرقين تمام الاستغراق absorbé، فيما يسمى بالقياس المنطقي القضائي وأي خلل في ذلك هو خطأ في تطبيق القانون[1].

ومن هنا ندرك أن الخطأ في تطبيق القانون يوجد في مرحلة التكييف القانوني وفي مرحلة إعمال القياس المنطقي القضائي فهذه المرحلة السابقة على إعمال الأثر القانوني من الناحية النظرية والعملية على السواء، والخطأ في المقارنة بين الواقع المادي المطروح على القاضي والواقع النموذج المصاغ في القاعدة القانونية يؤدي حتماً إلى انحراف في مسار حكم القاعدة القانونية أو أثرها القانوني.

ذلك أن القواعد القانونية شأنها شأن النظم القانونية لا تقبل الحلول أو الاستبدال بعضها محل بعض وفي الخطأ في التكييف القانوني، يصل القاضي إلى خطأ مواز ومعاصر له حينما يعمل الأثر القانوني للقاعدة القانونية محل الاعتبار على واقع لا يستجيب له قانوناً.

وإن رقابة محكمة النقض للتكييف القانوني تعتبر رقابة على الخطأ في تطبيق القانون، فالقاضي لم يخطئ في تطبيق القانون إلا لأنه أخطأ في التكييف القانوني، ومن هنا يظهر لنا أن طبيعة وظيفة محكمة النقض تعطي لها الهيمنة على رقابة الواقع والقانون في آن واحد[2].

والخلاصة إن النظام عبارة عن منظومة مؤلفة من عدة عناصر:

الدستور – التشريع العادي الفرعي – العرف...الخ، وهذه العناصر متكاملة ومترابطة، وكل عنصر منها له موقعه المناسب الذي لا يتعارض أو يخل بالآخر، وقاضي النقض مهمته سبر هذه العناصر ووضعها في مكانها وإضفاء روحها

---

[1]- د. نبيل عمر: المرجع السابق، ص194.

[2]- د. نبيل عمر: المرجع السابق، ص195.

ومعناها، وهو من أجل ذلك يمارس رقابتين الأولى قانونية والأخرى واقعية تكملة لرقابة قاضي الموضوع بحيث لا يناقض فهم وتبرير قاضي الموضوع في مسألة طرحت في الدعوى، ولا يحل في وزن الأمور واقعية وزنها في ذاتها، وإنما يراقب أسلوب الوزن والقياس والفهم ومعطيات المنطق والعقل.

وهذا المبدأ إداري، وفي ذلك يقول الدكتور سليمان الطماوي مؤكداً رأي مجلس الدولة المصري، وهذا الحكم يخلط بين التقدير الموضوعي الذي أجرته الإدارة في ذاته، وبين الظروف والملابسات التي يتم فيها التقدير، الأمر الأول هو من إطلاقات الإدارة في حدود التعسف، لأن من البديهيات إن التقدير لا يمكن ممارسته إلا إذا توفرت الظروف والضوابط القانونية والمعقولة التي تسمح بإجرائه وليس في ذلك أي مساس في سلطة التقدير ذاتها[1].

[1]- د. سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، القاهرة، 1966، طـ3، دار الفكر العربي، ص84.

الفرع الأول

الخطأ تأويل القانون كوجه من وجوه الطعن

يرى بعضهم أن الخطأ في تأويل القانون يكون بإعطائه معنى غير معناه الحقيقي[1].

وهذا الخطأ في فرنسا يؤدي إلى حل خاطئ لمسألة قانونية solution evronee d`un point de droit وتفسير القاعدة القانونية هو تحديد المعنى الذي تتضمنه القاعدة وتعيين نطاق تطبيقها، وذلك حتى يمكن الاستدلال على ما تتضمنه وحتى يمكن مطابقتها على الظروف الواقعية التي يثار بصددها تطبيق هذه القاعدة[2].

فالخطأ في تأويل القانون هو فهم المقصود بالقاعدة أو صرف حكمها إلى معنى لم يقصده الشارع وإعطائها معنى نفتقده، وهذا الخطأ يكون موجوداً في مرحلة التكييف إذ في هذه العملية المركبة يقع القاضي بأخطاء في التفسير سواء أكان هذا الخطأ واقعاً في عملية المقارنة بين الوقائع المطروحة عليه أم بين النموذج الموجود في القاعدة القانونية مما يؤدي إلى إعمال أثر قانوني لا يريده الشارع وذلك يكون في الحالة التي ينتهي فيها القاضي إلى القول بوجود تطابق بين الوقائع المطروحة عليه والوقائع النموذجية الموجودة في القاعدة القانونية، في حين يكون مثل هذا التطابق لا وجود له.

ومن جهة أخرى قد يكون خطأ في تأويل القانون حين ينتهي القاضي بصدد نزاع معين إلى القول بوجود التطابق بين الواقع المادي المطروح عليه، وبين الواقع

---

[1]- حامد فهمي ود. محمد حامد فهمي: المرجع السابق، ص378.

[2]- د. نبيل عمر: المرجع السابق، ص197.

النموذجي الموجود في القاعدة القانونية ورغم هذا التطابق ينزل القاضي الحكم القانوني لقاعدة أخرى.

وهكذا يتضح أن إعمال القانون وإنزاله على الواقع عملية مركبة وطويلة يقوم بها القاضي، وتحديد معنى القانون.

والطريق إلى تطبيقه على الواقع جزء في هذه العملية ونحن بدورنا لا نرى ضرورة لهذا التخزين ونكتفي للنظر إلى هذه المنظومة كلاً متكاملاً، وهذا ما قصده الشارع السوري في الفقرة بوجوب من المادة /25/ من قانون أصول المحاكمات.

الفرع الثاني

عدم قيام الحكم على أساس قانوني كوجه للطعن بالنقض

نفترض حالة عدم قيام الحكم على أساس قانوني أن أسبابه المطعون فيها لا تسمح لمحكمة النقض بمعرفة ما إذا كان مؤسساً من الناحية القانونية أم لا وبالتالي لا نستطيع ممارسة رقابتها عليه، وهذا التأسيس ضروري وقائم سواء أنص على ذلك القانون أم لا، والقول بعكس ذلك يؤدي إلى السماح لقضاء الموضوع بإعطاء أحكامهم أسباباً عامة غامضة، مما يعرقل مهمة النقض (الفقرة د من المادة 250 أصول سوري).

ويرى الفقه الفرنسي[1] إنه يجب عدم الخلط بين تخلف الأسباب وعدم قيام الحكم على أساس قانوني فعدم قيام الحكم على أساس قانوني توجد أسباب الحكم.

فخلو الحكم من الأسباب هو عيب في الشكل وإذا نقض الحكم اقتصرت لكنها غير كافية مهمة محكمة النقض تبيان تقصير قاضي الموضوع في الإجابة عنه دون أن تبدي رأيها القانوني.

أما نقض الأساس القانوني للحكم فالحكم تلحق به أسبابه ولكنها أساس غير كافٍ.

والواقع أنه لا نزاع في أن الحكم الخالي من الأسباب يكون باطلاً نظراً لوجود هذا العيب في الشكل أما نقض الأساس القانوني في الحكم.

فالحكم تلحق به أسبابه، ولكنها أسباب غير كافية لحمل منطوقه مما يعرقل إعمال رقابة محكمة النقض ومحكمة النقض في سبيل التحقق من تطبيق القانون

---

[1]- د. نبيل عمر: المرجع السابق، ص199.

تفحص ما أثبته الحكم المطعون فيه في النزاع بما يكون قد أخذ به فيها من القواعد القانونية فإن اتضح من هذا القياس أن في الحكم مخالفة ظاهرة للقانون أو خطأ في تطبيقه نقض الحكم على أساس هذه المخالفة، أما إذا ظهر لها أسباب الحكم لا تسمح لها بإجراء هذا القياس فإنها تنقضه لعدم ظهور ما قام عليه من أساس قانوني[1].

ويرى الاستاذfay أن سلطة محكمة النقض تختلف في حال خلو الحكم من الأسباب في حالة عدم قيامه على أساس قانوني، ففي الحالة الأولى نكون حيال عيب في الشكل، وهنا على محكمة النقض أن تقتصر على هذا البيان دون أن تبدي رأيها القانوني فيما كان ينبغي أن يجاب به على هذا الطلب.

أما في الحالة الثانية فنحن حيال عيب في الموضوع وهنا يجب على محكمة النقض أن تتعرض للمسألة القانونية فتذكر ما الذي نقض الحكم من البيانات الضرورية المعلقة بالشروط والأركان اللازمة قانوناً، وأن تقصد في حكمها على النص القانوني الذي لم يستطيع الحكم تبرير تطبيقه في الدعوى أما الفقه الفرنسي فقد كان له التقسيمات الآتية:

يوجد تخلف للأساس القانوني للحكم، وفي الحالة التي يقوم فيها القاضي بإدماج حاصل فهم الواقع في الدعوى بأصل فهم حكم القانون في هذا الواقع ففي مثل هذه الأحوال تتعذر على محكمة النقض معرفة ما إذا كان القاضي قد حكم على حاصل فهم الواقع في الدعوى أم على أساس تطبيق القانون على هذا الواقع، وهذه معرفة هامة حيث تبسط محكمة النقض رقابتها على تطبيق القانون فقط، والأمثلة على ذلك كثيرة من ذلك:

---

[1]- د. نبيل عمر: المرجع السابق، ص 200.

1- ذكر إلصاق صفة التاجر بشخص معين، والوقوف عند ذلك دون بيان الأساس الذي تتولد منه هذه الصفة[1].

2- والتقسيم الثاني يشمل الأحوال التي تتخذ فيها أسباب الحكم ذروة الإبهام والغموض، وتكون على درجة كبيرة من العمومية، مثال ذلك إلزام رافع الدعوى أو الاستئناف بالتعويض على الإجراءات الكيدية دون بيان الأسس التي تولدت منها هذه الكيدية.

3- وتتوافر حالة عدم قيام الحكم على أساس قانوني في حالة ذكر بعض العناصر الواقعية والسكوت من إيراد ما نزل منها منزلة الشرط اللازم لتدعيم التكييف القانوني[2].

مثال ذلك أن يذكر الحكم أن الثابت في الظروف الدعوى أن هنالك بيعاً ثم يسكن عن ذكر الاتفاق على الثمن[3].

وهي حالة ما إذا كانت أسباب الحكم قاصرة عن بيان واقعة ما البيان الكافي لتحديدها وتمكين محكمة النقض من إجراء الرقابة على ما طبقه الحكم عليها من القواعد القانونية، أو تكون أسباب الحكم قد سكتت عن الإجابة على زعم موضوعي هام Une allégation de fait، إذا صح تغير له وجه الرأي في الدعوى.

---

[1]- د. نبيل عمر: المرجع السابق، ص201.

[2]- د. نبيل عمر: المرجع السابق، ص201.

[3]- محكمة النقض المدنية الفرنسية 1892/3/14، د اللوز 1982، ص 434.

والواقع إن تخلف أو نقض الأساس القانوني في الحكم يفهم على أنه يتخلص في وجود قصور في الأسباب الواقعية les motifs de fait، عن إيراد وقائع الدعوى وظروفها وملابساتها ووجوه نزاع الخصوم فيها وطلباتهم[1].

أما قصور الحكم عن إيراد الأسباب القانونية اللازمة الكافية les motifs de droit، أو الخطأ في بعض هذه الأسباب فلا يؤثر في رقابة محكمة النقض إذ تستطيع هذه المحكمة أن رأت الحكم صحيح النتيجة قانوناً، وإن القاعدة التي أخذ بها الحكم هي التي تنطبق على الوقائع الثابتة أن تستكمل الأسباب القانونية اللازمة وتستدرك ما وجدته في بعض هذه الأسباب من الأخطاء القانونية.

تأثير بطلان الإجراءات وأثره على الحكم القضائي لجهة الطعن بالنقض لم تتضمن فقرات المادة /250/ أصول سوري أية إشارة لهذا الموضوع مثلما جاء في المادة /248/ أصول مرافعات مصرية ولكن مؤونة ذلك فقد ذكرت أن الإجراء يكون باطلاً إذا نص القانون صراحة على بطلانه أو إذا شابه عيب لم يتحقق بسببه الغاية من الإجراء، ويصد بوقوع بطلان في الإجراءات أثر في الحكم أن يوجد عيب في الإجراءات العلة أن بطلان الإجراء يصيب الحكم الصادر في الدعوى هو أيضاً بالبطلان.

إن بطلان الإجراءات السابقة يستتبع بطلان الإجراءات اللاحقة عليه والمرتبطة به، وهذا المبدأ أصولي يقره العقل والمنطق وضمانات التقاضي المكفول للأشخاص، وهو مبدأ صائن ومصون لدى كافة قوانين الأصول الإجرائية من العالم المتحدث، إذاً فنحن نفترض من حيث الأصل صحة الإجراءات السابقة على الحكم وارتباطها وثيقاً ثم طرأ عيب عليها مؤدي إلى عيب في الحكم ولو كان هذا الحكم صحيحاً في ذاته.

---

[1]- الاستاذ حامد فهمي ود. محمد فهمي: المرجع السابق، ص459.

وبالتالي فالارتباط الذي يبرر البطلان هو ذلك الارتباط الذي يؤدي إلى جعل العمل أو الإجراء السابق مفترضاً.

وقانونياً لصحة الإجراء اللاحق فصحيفة افتتاح الخصومة تعتبر المفترض القانوني اللازمة لغالبية الأعمال الإجرائية اللاحقة وبالتالي إذا كان العمل السابق يعتبر مفترضاً ضرورياً لصحة العمل اللاحق.

فبطلان الأول ينعكس على الثاني ولو كان صحيحاً في ذاته ولكن هل أن بطلان الدليل يؤدي إلى بطلان الحكم الصادر في الموضوع الذي اعتمد عليه؟.

والواقع إنه إذا كان الدليل باطلاً فإن الحكم الذي اعتمده لا يعتبر باطلاً إلا إذا لم تكن هناك أسباب كافية غير هذا الدليل تكفي لتسبيب الحكم.

فنحن هنا نكون بصدد عيب ذاتي في الحكم نفسه، والدليل المقدم في الدعوى وقيام الحكم عليه يؤدي إلى فساد النتيجة التي توصل إليها الحكم نظراً لفساد الدليل[1].

ويشترط لإمكان الطعن بالنقض إذا كان الحكم مبنياً على إفساد باطل الشروط الآتية:

1) أن يكون في الدعوى إجراء باطل، ويستوي في ذلك أن يتخذ الإجراء الباطل.

في بداية الخصومة ويتعلق بالسير فيها أو بإثباتها.

وسواء كان بطلان الإجراء منصوصاً عليه والعكس، أم تعلق بطلان الإجراء بالنظام العام أو المصلحة الخاصة[2].

---

[1]- د. فتحي والي: نظرية البطلان في قانون المرافعات، ص678.

[2]- نقض مدني مصري: 1963/8/28 سنة 14، ص816 فيها الابتدائية 1951/1/22.

2) ألا يكون الخصم قد نزل عنه أو قام بتصحيحه[1].

لذلك قضى أن بطلان إجراءات التقاضي أمام أول درجة بتوجهيها إلى الحكم.

بعد انتهاء نهايته تزول إذا كان المستأنف الذي تمسك بالبطلان قد أعطى استئنافه إلى القيم دون تحفظ[2].

إذا لم يتمسك خصم ببطلان إجراء قبل صدور الحكم أو كان هذا الحكم مبنياً على هذا الإجراء، وكان بطلان هذا الحكم متعلقاً بالنظام العام فإن المحكمة تكون قد بنت حكماً على إجراء باطل، وهذا البلطان لا يزول بنزول الخصم عنه أو بعدم التمسك به على المحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها بذلك[3].

3) ألا تكون المحكمة قد قضت بصحة الإجراء المشوب بالبطلان والواقع إن الحكم الذي يصدر في الموضوع بعد القضاء بصحة الإجراء يعد مبنياً على الحكم الصادر بصحة الإجراء، ولا يعد في الواقع مبنياً على الإجراء الباطل يستوي أن يكون الإجراء المحكوم بصحته صحيحاً بالفعل، أو تكون المحكمة أخطأت في تطبيق القانون، ومع ذلك حكمت بصحته في واقع الأمر رغم بطلانه الواقعي.

---

[1]- مجلة المحاماة سنة 34، ص45.

[2]- استئناف مصري مختلط 1904/3/22، التشريع والقضاء سنة 14 ص224.

[3]- د. نبيل عمر: المرجع السابق، ص215.

4) قيام الحكم المطعون فيه على الإجراء الباطل، أي توفر رابطة السببية المباشرة بين الإجراء الباطل والحكم المطعون فيه، وقيام هذه العلاقة من مسائل الواقع التي تخضع للسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع[1].

5) أن يكون الطاعن هو ذات الخصم الذي مسه البطلان، لا العلة من الطعن تكمن في إتاحة الفرص للخصم الذي أضير في البطلان التمسك بذلك حتى يهدد جميع الأحكام التي بينت عليه خلافاً للنظام العام إذا تعلق البطلان.

فيجوز لكل ذي مصلحة في الدعوى التمسك به.

6) أن يتمسك الطاعن بالبطلان في صحيفة الطعن.

ويرى البعض أن هذه القاعدة التي توجب التمسك بالبطلان في صحيفة الطعن، وترتب جزاء السقوط على ذلك، يرى أنها قاعدة مستقلة عن قاعدة وجوب إبداء الدفع بالبطلان مثل التكلم بالموضوع، ويتفرع على ذلك أن الخصم يفقد حقه في التمسك بالبطلان الذي بني عليه الحكم إذا لم يبده في صحيفة الاستئناف ولو لم يتكلم في هذه الصحيفة في الموضوع، وطبعاً فلا تسري هذه القاعدة على البطلان المتعلق بالنظام العام[2] هكذا قضت محكمة النقض المصرية ببطلان الإجراءات التي تتخذ في فترة انقطاع الخصومة، بما في ذلك الحكم الذي يصدر في الدعوى، ولكنه بطلان نسبي لمصلحة من شرع الانقطاع لحمايته[3].

---

[1]- نقض مدني مصري: 65/5/2 مج النقض سنة 16، ص664.

[2]- د. فتحي والي: نظرية البطلان في قانون المرافعات، ص590.

[3]- نقض مدني مصري: 1954/5/13، المجموع 25، سنة 6، ص1132.

الطعن في الحكم الانتهائي

الفاصل في نزاع خلافاً لحكم حائز قوة الأمر المقضي به قضت المادة /250/ فقرة /جـ/ من قانون أصول المحاكمات السوري ما يلي:

إذا صدر الحكم نهائياً خلافاً لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتعلق النزاع بذات الحق محلاً وسبباً وحاز قوة القضية المقضية سواء دفع بهذا أم لم يدفع.

واستناداً إلى ذلك يجب أن يكون الدعويين وحدة في الموضوع، ووحدة في السبب ووحدة في الخصوم، والخصوم هم الخصوم الحقيقيون بمعنى أن الحكم لا يكون حجة على شخص أدخل في الدعوى ولم توجه إليه طلبات[1].

ومعنى النهائي هو أن يكون جائزاً لقوة الأمر المقضي به، ويعني أنها المرتبة التي يصل إليها الحكم إذا أصبح أثره الملزم نهائياً غير قابل للطعن فيه بطرق الطعن العادية، وأن ظل قابلاً للطعن غير العادية[2]، والنهائي تعني الصدور النهائي في حدود نصاب المحكمة أو لمنع الطعن فيه بنص في القانون ولم يشترط القانون ضرورة تمسك الخصوم بحجية الحكم الأول أمام المحكمة التي تنظر النزاع للمرة الثانية، وهكذا قضت محكمة النقض المصرية بأن للخصوم أن يطعنوا أمام محكمة

---

[1]- نقض مدني مصري 1/2/1971 مجموعة النقض سنة 22 ص1963.

[2]- نقض مدني مصري 2/2/1977 حكم /770/ سنة /42.

النقض في حكم نهائي قضى على خلاف حكم سابق صدر بين نفس الخصوم وحاز قوة الأمر المقضي به، وذلك سواء دفع لدى محكمة الموضوع أم لم يدفع[1].

وحكمت محكمة النقض المصرية: ((يشترط لقبول الطعن في الحكم لمخالفة حكم المطعون فيه قد فصل في نزاع على خلاف حكم آخر سبق أن صدر في النزاع ذاته بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الشيء المحكوم فيه وإذا كان الحكم المقول بصدور الحكم المطعون فيه على خلافه قد اقتصر على القضاء بصحة التوقيع على عقد البيع، فلا يتعدى أثره إلى صحة التزامات الطرفين الناشئة عن هذا العقد، وإذ قضى الحكم المطعون فيه بصحة ونفاذ عقد الصلح والتخارج فإن موضوع كل من الدعويين يكون مختلفاً عن الآخر))[2].

وقضت هذه المحكمة أن الحكم الصادر بسقوط الخصومة بالاستئناف واعتبار الحكم الابتدائي المستأنف انتهائياً، ليس قضاء جديداً صادر عن محكمة الاستئناف في موضوع الخصوم، وبالتالي ينفتح به باب الطعن بالنقض باعتباره حكماً صادراً على خلاف حكم سابق صادر بين الخصوم أنفسهم، ذلك أن الحكم بسقوط الخصومة ليس في واقع الأمر إلا نوعاً من البطلان يشوب إجراءات الخصومة متى وقف السير فيها المدة المسقطة لها وليس حكماً في الموضوع[3].

ولا مجال لإعمال المواد المستعجلة بالنسبة لدعاوى الموضوع[4] وقالت في هذا الصدد القضاء بإجراء وقتي لا يجوز قوة الشيء المقضي به في أصل الموضوع، هذا

---

[1]- نقض مدني مصري: 1951/12/17 مج /25/.

[2]- نقض مدني مصري: 1971/4/15 مجموعة النقض سنة 22 ص488.

[3]- نقض مدني مصري: 1959/3/5 مجموعة القواعد ج3، ص785.

[4]- مجموعة النقض سنة 1، ص 1205، نقض مدني مصري: 1962/12/20.

القضاء لا يمكن أن يقع تناقض بينه وبين حكم آخر صدر في موضوع النزاع المقضي.

باتخاذ ذلك الإجراء فيه، ماذا صدر نهائياً من القضاء المستعجل حكم بإيقاف تنفيذ حكم نهائي لحين البت في مسألة موضوعية، فالحكم النهائي الذي تصدره محكمة الموضوع من بعد قاضياً باعتبار ذلك الحكم الموقف تنفيذه واجب التنفيذ لا يصح الطعن فيه بدعوى أنه خالف الحكم السابق صدوره عن القضاء المستعجل[1].

ومن قضائها أيضاً الحكم المطعون فيه بصحة ونفاذ عقد آخر صادر عن ذات القضاء[2].

وقضت هذه المحكمة أيضاً بما يلي: ((إن الحكم الأول وإن صدر ابتدائياً لأي سبب انتهائياً وقت صدور الحكم الثاني الانتهائي وتوافرت شروط الطعن فهنا يجوز الطعن بالنقض))[3].

وبناء على ذلك فإذا توافرت الشروط جاز الطعن بالنقض[4] ولو كان الطاعن يتمسك بحجية الحكم السابق أمام محكمة الموضوع ولا يجوز الطعن إذا كان واقعاً في ذات منطوق الحكم المطعون فيه وليس بينه وبين حكم سابق.

والفصل في مسائل القانون لا يكتسب حجية، ذلك إن حجية الحكم هي قوته في الإثبات، والإثبات لا يرد إلا على المراكز القانونية، أو الوقائع المتصلة بها، ومن ثم

---

[1]- نقض مدني مصري 1933/2/16، مج /25/.

[2]- نقض مدني مصري 1972/26/8، مج النقض سنة 33 ص1093.

[3]- نقض مدني مصري 1960/6/23 مج النقض سنة 11 ص460.

[4]- نقض مدني مصري 1957/6/27 مج النقض سنة 8، ص66.

فلا تكتسب الأحكام القضائية حجية الامر المقضي إلا فيما فصلت فيه من حقوق أو وقائع، أما ما اشتملت عليه من تقديرات قانونية مجردة في مسائل القانون فلا تمتد إليها الحجية[1].

ولا يعقد بإجراءات الإثبات التي لم تفصل على وجه قطعي في أية نقطة[2]، ولا يعتد ايضاً بالإحكام التمهيدية ولا بالغرامة التهديدية التي يجوز فيها النظر بالزيادة والنقصان أو بالإلغاء[3].

---

[1]- د. نبيل عمر: المرجع السابق، ص239، وانظر عكس ذلك، نوماسون في صيغة الشيء المقضي به 1975 ص3 وما بعدها.

[2]- نقض مدني مصري 1960/1/14 مج النقض سنة 16، ص57.

[3]- د. نبيل عمر: المرجع السابق، ص237.

الفرع الأول

في خصوم الطعن بالنقض

يجب أن يكون الطاعن طرفاً في الخصومة ومن ثم فالغير الذي ليس طرفاً في الحكم لا يحق له الطعن فيه وبطبيعة الحال يعتبر طرفاً في الخصومة كل من المدعي والمدعى عليه والمدخل بناءاً على طلب الخصوم والمتدخل هجومياً أو انضمامياً[1].

ويشترط في الشخص الذي دخل أو يتدخل حتى يطعن في الحكم ألا تكون المحكمة قد رفضت تدخله[2].

ويقتصر حق طالب التدخل على الطعن في الحكم بعدم قبول أو رفض المتدخل[3].

وحكمت محكمة النقض السورية بأن رفض طلب المتدخل يقبل الطعن على حدة وأما قرار قبول الطلب فلا يقبل الطعن إلا مع الحكم الصادر في الموضوع[4].

والراجح في الفقه هو إجازة قسام المتدخل انضمامياً بالطعن في الحكم الصادر على من تدخل لتأييده، والفقه الحديث يرى أنه لا مجال للتفرقة القديمة، التي

---

[1]- د. أحمد أبو الوفاء: نظرية الأحكام في قانون المرافعات، ص77، د. عبد الباسط الجميعي: نظام التنفيذ في قانون المرافعات، دار الفكر العربي، 1966، ص428.

[2]- نقض مدني مصري 1957/5/18، المحاماة سنة 38، ص917.

[3]- نقض مدني مصري 1946/1/2، مج النقض سنة 16، ص282.

[4]- مجلة محامون: قاعدة 78/494.

كانت لا تجيز للمتدخل الطعن في مثل هذا الحكم إلا إذا طعن فيه من صدر في مواجهته.

فهنا فقط كان يجوز للمتدخل انضمامياً في أول درجة أن يتدخل في خصومة الطعن انضمامياً وقد هجر الفقه الحديث كل ذلك انطلاقاً من مبدأ أن المتدخل، ولو كان تدخل انضمامياً يعتبر طرفاً في الخصومة والحكم الصادر عنها بعد حجة له أو ما عليه وبالتالي يعتبر ذا صفة في الطعن عليه[1].

وقد حكمت محكمة النقض المدنية السورية بهذا المعنى قالت: ((إن قبول المتدخل يصبح طرفاً في الدعوى ويكون له أن يطعن في الحكم بالطرق المتاحة لطرفي الخصومة الأصلية كما يكون للخصوم أن يطعنوا في الحكم إذا صدر لصالح المتدخل أو المدخل مختصمين إياه في الطعن))[2].

كما حكمت بأن النقض إذا كان بسبب عدم حجة الخصومة أو التمثيل يجوز تصحيح وفقاً لحكم محكمة النقض وتحديد الدعوى بمواجهة الخصم الحقيقي دون الخصم الذي شارك تمثيله.

وإذا أغفلت محكمة الموضوع التعرض التدخل أو اختصام الغير فلم تقضي بقبول هذا أو ذاك والعكس، لم تتعرض للطلبات العارضة المقدمة من متدخل أو التي

---

[1]- أبو الوفا: المرجع السابق، ص791، نقض مدني 1951/4/24 المحاماة سنة 33 ص1559.

[2]- قضية رقم 985/1300 قرار 85/793-1985/8/21 قاعدة رقم 86/80 ورقم 85/814 قرار 85/735- 89/7/24 قاعدة 86/41 محامون سورية.

وجهت إليه فهنا يحق لكل ذي مصلحة الرجوع إلى المحكمة لتفصل فيما أبدي أمامها من طلبات موضوعية، ولا يعتبر ذو صفة في الطعن أي لا يعتبر طرفاً يجوز له الطعن في الحكم المدخل في الدعوى بناء على طلب المحكمة إذا كان القصد من الادخال مجرد المثول في الخصومة دون أن يوجه إلى المدخل أي طلبات أو دفوع.

مثلاً كأن يدخل الغير لتقديم سند تحت يده[1] بمعنى أنه يشترط في الخصم أن يبق في الخصومة حتى يصدر الحكم بالفعل، ويكفي لقبول الطعن بالنقض أن يكون الطاعن طرفاً في الخصومة أما ثاني درجة ولم يكن أمام أول درجة، ويرى البعض أن العكس غير صحيح بمعنى أنه لا يقبل الطعن بالنقض ممن يكون قد اختصم أمام محكمة أول درجة دون أن يختصم في الاستئناف فمثل هذا الشخص لا يعتبر طرفاً في الخصومة التي صدر فيها الحكم محل الطعن[2] لا تكون إلا بين من كانوا في النزاع الذي يفصل فيه الحكم المطعون فيه ويجوز الطعن من الخلف العام كما يجوز في الخلف الخاص الذي آل إليه الحق المتنازع عليه بعد رفع الدعوى[3].

---

[1]- د. نبيل عمر: المرجع السابق، ص253.

[2]- نقض مدني مصري 1962/12/28 مج النقض سنة 16ص 1314.

[3]- نقض مدني مصري 1941/4/24 مجموعة القواعد ص88.

أما إذا كان الحق قد آل إليه قبل رفع الدعوى فلا يجوز له الطعن في الحكم الصادر فيها إلا إذا كان قد اختصم فيها شخصياً[1]، وإذا كانت هذه الأحكام تجعل المعيار في ثبوت الصفة في الطعن الخاص هو تاريخ رفع الدعوى بالنسبة لانتقال الحق فهناك أحكام أخرى تجعل معيار ثبوت صفة الخلف الخاص في الطعن على الأحكام الصادرة على سلفة هو بتاريخ صدور الحكم بمعنى أنه يشترط في طعن الخلف الخاص على الحكم الصادر في مواجهته سلفة أن يكون هذا الحكم قد صدر في مواجهة السلف قبل انتقال الحق حتى يمكن القول إن هذا السلف قد مثل الخلف الخاص في خصومة الحكم[2].

ويرى البعض أنه يشترط حتى يكون للخلف الخاص حقاً في رفع الطعن ضد الحكم الصادر في مواجهة سلفة باعتبار هذا الأخير يمثل الخاص في خصومة الحكم، يشترط أن ترفع الدعوى على السلف أولاً، ثم بعد رفع الدعوى وصدور الحكم على السلف ينتقل الحق إلى الخلف، هنا فقط يجوز لهذا الأخير أن يرفع الطعن، أما إذا آل الحق إلى الخلف الخاص قبل صدور الحكم المتعلق بهذا الحق فإن الخصومة تنقطع لزوال صفة السلف بالنسبة لهذا الحق، وبالتالي فكل إجراء أو حكم يتم في هذه الخصومة أثناء الانقطاع يكون باطلاً وللخلف التمسك بهذا البطلان[3].

---

[1]- نقض مدني مصري 1942/2/18 مجموعة القواعد ص89، وأنظر 66/1012 تاريخ 1978/12/16 قاعدة رقم /242/ لعام /1979/ محامون سورية – القروض السورية رقم /1012/.

[2]- نقض مدني مصري 1953/3/12 مجموعة النقض سنة 4 ص653.

[3]- أبو الوفا: المرجع السابق، ص793.

ويلاحظ أن الأحكام التي تصدر في مواجهة الخلف الخاص لا يحتج بها على السلف بأصل الحق[1].

ويثور الخلاف حول مركز الوارث ومدى إمكانية اعتباره لبقية الورثة فيما يتعلق بالطعن على الأحكام التي تصدر في الدعاوى التي يرفعها المورث على التركة، فإذا رفعت دعوى على بعض الورثة فهناك رأي أن الورثة بالنسبة للتركة قبل القسمة يمثل بعضهم البعض الآخر والحكم الصادر على بعضهم يكون قابلاً للطعن فيه من الجميع وفي كل الأحوال[2].

وهناك رأي يرى أن مبدأ لا تركة إلا بعد سداد الديون يؤدي إلى القول بأن موقف الورثة بالنسبة للقضايا المرفوعة ضد التركة يكون كموقف الأشخاص المتعددين في الدين الذي لا يبقل الانقسام، وبناءاً على ذلك وعملاً بقاعدة النيابة فيما ينفع لا فيما يضر فإن الحكم الصادر ضد أحد الورثة لا يحتج به على البقية ما لم يختصموا في الدعوى، وبناءاً على ذلك وبصدد شرط الصفة في الطعن في الأحكام لا يقبل الطعن من الورثة الذين لم يختصموا في الدعوى لأن الحكم الصادر في هذه الدعوى، إما أن يصدر من الوارث المختصم فلا يكون حجة عليهم، وإما أن يكون صادراً لصالح الوارث المختصم فلا تكون له مصلحة في الطعن.

وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأن الوارث لا يعتبر نائباً عن بقية الورثة الماثلين معه في الخصومة، ومن ثم إذا قضى ضد الورثة برفض دعوى براءة

---

[1]- نقض مدني مصري 1953/3/13 سنة /4/ ص653.

[2]- أبو الوفا: المرجع السابق، ص794.

ذمة مورثهم، وأستأنف أحدهم هذا الحكم، فإنه لا يكون نائباً عن الباقين في هذا الطعن[1] وإن أي دائن سواء أكان عادياً أم ممتازاً له أن يطعن بالحكم الذي يصدر ضد هذا المدين استعمالاً لحقه الخاص في الدعوى غير المباشر[2].

وإذا أصدر حكم على أحد المدينين المتضامنين فلا يحتج بهذا الحكم على الباقين أما إذا صدر الحكم لصالح أحدهم مستفيد منه الباقون، إلا إذا كان الحكم مبيناً على سبب خاص بالمدين الذي صدر الحكم لصالحه[3].

والواقع أن الحكم الصادر ضد أحد المدينين المتضامنين (أو الدائنين المتضامنين) لا يكون له حجية في مواجهة باقي المدينين أو الدائنين المتضامنين وبالتالي تنتفي الصفة في الطعن بالحكم وإذا صدر الحكم لصالح المدين أو الدائن المختصم فلا يكون أيضاً له مصلحة في الطعن في الحكم[4].

وكذلك فالكفيل أو المدين فلا يمثل أحدهما الآخر في المطالبة القضائية أو في الطعن في الأحكام[5].

---

[1]- د. نبيل عمر: المرجع السابق، ص257.

[2]- المادة 296 مدني مصري.

[3]- د. نبيل عمر: المرجع السابق، ص257.

[4]- نقض مدني مصري 1968/2/22 مج النقض سنة 19 ص327.

[5]- نقض مدني مصري 1962/4/26 مج النقض سنة 13 ص498.

والحكم الذي يصدر ضد شركة التضامن له حجيته في مواجهة الشريك المتضامن في الحدود التي يثبت فيها هذا الحكم ملزومية الشريك بالدين وقدره والطعن يتحدد على هذا الأساس[1]، وترى الهيئة العامة لمحكمة النقض السوري ضرورة وجوب اختصام شكلاً التغلب عند توجيه الطعن ضد حكم شهرا الإفلاس[2].

ومن يختصم في دعوى بصفتين ويصدر عليه الحكم في حق يتصل أما إذا صدر حكم على شخص بصفته وصياً، وهو ليس كذلك كان له الطعن على الحكم بصفته الشخصية[3].

ولا تلزم وكالة المحامي في الطعن إذا كان منتدباً من لجنة المساعدة القضائية أو من المحكمة[4].

واستطراداً فقد أتيح للجنة العامة لمحكمة النقض أن تحكم بأنه لا يضار الطاعن إذا أغفل الديوان الإشارة إلى أن الطعن قدم وأقر فهم المحامي وكان ظاهر استدعاء الطعن والمشروحات لا تنبئ أنه مقدم من غير محام[1].

---

[1]- هيئة عامة رقم /12/ أساس /15/ تاريخ 1977/3/7.

[2]- نقض مدني مصري 1991/4/8 مج النقض /22/ ص459.

[3]- نقض مدني مصري سنة 13 ص455.

[4]- نقض مدني مصري مج النقض سنة 18 ص367.

ولا حاجة للقول بأنه يحق للنائب العام وقضاة النيابة العامة الطعن في الأحكام نفعاً للقانون وفق المرسوم التشريعي /214/ تاريخ 1970/12/31 المعدل بموجب المادة 1/250 كما يجوز للنائب العام أن يطعن وفقاً للمادة /122/ أصول سوري، وبالطبع فلا يحق للخصم الطعن في الحكم إلا إذا كانت له مصلحة في ذلك وتتوفر المصلحة للطاعن إذا رفضت طلباته ولو حكم له بطلباته الاحتياطية، والعكس غير صحيح بمعنى أنه إذا قضى لشخص بطلباته الأصلية فلا يجوز له الطعن في طلباته الاحتياطية[2].

ويرى بعضهم أنه لا يجوز له الطعن من الخصم الذي قضى له بطلباته، ولو ادعى أنه تواطأ مع المحكوم عليه لإخفاء الحقيقة عن القاضي غشاً بالقانون[3].

وقضت محكمة النقض المصرية بأن العبرة بتحقيق المصلحة في الطعن بالنقض بتحقيق وقت صدور الحكم المطعون به وإن طلب الحلول من وارث الطاعنة في دعوى الطلاق يحقق مصلحة محتملة له في الاستمرار في الطعن لأن دعوى

---

[1]- هيئة عامة رقم 4/تاريخ 1981/1/10 – المحامون ص296 لعام 1981 وأنظر مجلة القانون ص35 لعام 1981.

[2]- د. نبيل عمر: المرجع السابق، ص262.

[3]- د. فتحي والي، المرجع السابق، ص448.

الطلاق تترتب عليها آثار مالية، ولا تأثير للوفاة على بقاء الدعوى في هذا الصدد[1].

وأن وفاة المطلوب الحجر عليه بعد ذلك فلا يكون لها تأثير على تحقيق مصلحة طالب الحجر[2].

والمصلحة المتحققة هي المصلحة المادية أو الأدبية سواء أكانت كبيرة أم صغيرة، ولا يعتد بالمصلحة النظرية البحث، كأن يطعن المحكوم له في الحكم الصادر لمصلحته لسبب خلوه من الأسباب[3].

والطعن على حكم بأنه قضى برفض الاستئناف بدلاً من الحكم لسقوط الحق في رفعه لفوات الميعاد، لا يحقق سوى مصلحة نظرية[4] وبالإضافة إلى ذلك يجب أن تكون المصلحة شخصية ومباشرة وقائمة وحالية، وأن تكون للطاعن مصلحة قانونية، وإن شرط المصلحة في الطعن يتعلق بالنظام العام[5].

والشرط الثالث في الطاعن بالنقض أن لا يكون قد قبل الحكم المراد الطعن فيه صراحة أو ضمناً: L' acquiescement au jugement والنزول عن الحكم

---

[1]- د. فتحي والي: المرجع السابق، 22 مج النقض /1972/5 سنة 24، ص807.

[2]- نقض مدني مصري مج الطعن سنة 9، ص501.

[3]- أبو الوفا: المرجع السابق، ص814.

[4]- نقض مدني مصري: 1972/12/6، مج النقض سنة 23 ص1330.

[5]- أبو الوفا: المرجع السابق، ط4، 1978، ص100.

يؤدي إلى النزول عن الحق الموضوعي الثابت بالحكم أما قبول الحكم فيؤدي فقط إلى مجرد التنازل عن طريق الطعن المفتوحة أمام هذا الحكم، وحتى يكون للقبول أثره في منع الطعن يجب أن يكون واضحاً صريحاً قاطعاً في دلالته وتقدير ذلك متروك لمحكمة الموضوع وهو عمل انفرادي، اي غير مشروط بقبول الآخر[1].

وإذا تم قبول الحكم بعد صدوره فلا يملك المحكوم عليه التحدي بجهلة ببطلانه، وإن هذا القبول للحكم الباطل أو المبني على إجراء باطل يسري ويعتد به لأنه يتضمن تنازلاً عن التمسك بالجزاء بعد ثبوت الحق فيه، وهذا جائز طالما يتعلق بالنظام العام[2].

أما إذا تم قبول الحكم أثناء نظر الدعوى، أي القبول المبكر للحكم وقبل صدوره، فلا يتضمن التنازل عن التمسك بأوجه البطلان لأن هذا الوضع لا يؤمن معه التعسف في استعمال هذه الوسائل الفنية[3].

والقبول يكون صريحاً أو ضمنياً والرضاء الضمني بالحكم يكاد يقتصر على حالة تنفيذ الحكم اختياراً دون تحفظ شريطة ألا يكون المحكوم عليه مجبراً على التنفيذ ويجب التحزز في تقرير القبول بحيث إذا أمكن تفسير سلوك الخصم على أكثر من

---

[1]- أبو الوفا : المرجع السابق، ص830.

[2]- أبو الوفا : المرجع السابق، ص830.

[3]- أبو الوفا : المرجع السابق، ص830.

معنى فلا يجوز أن يعتبر ذلك قبولاً للحكم خاصة إذا اقترن السلوك بحفظ الحق في الطعن[1].

وإذا كان القبول مستفاد من واقعة مادية فيجوز أثباته بجميع طرق الإثبات.

وإذا كان الحكم الصادر يتضمن لكلا الخصمين فائدة وخسارة في آن واحد فالقبول الصادر من أحد الخصمين يكون معلقاً في حقيقة الأمر على شرط قبول الخصم الآخر لذات الحكم بحيث يكون لمن قبل الحكم إذا طعن خصمه فيه أن يتحلل من قبوله وأن يطعن فيه[2].

ويكون القبول غير ذي أثر فيما يتعلق بالطعن إذا كان الحكم غير قابل للتجزئة أو في التزام بالتضامن فيجوز هنا لمن قبل الحكم أن يطعن فيه أثناء نظر الطعن المرفوع صحيحاً من أحد زملائه.

وكذلك بقبول الحكم من المحكوم عليه لا يمنع النائب العام من الطعن فيه وفق الشروط التي تسمح له بذلك[3].

ومتى تم القبول صريحاً أو ضمنياً كلياً أو جزئياً لا يجوز العدول عنه وتحصن الحكم في مواجهة البطلان[1].

---

[1]- د. نبيل عمر: المرجع السابق، ص269.

[2]- المحاماة أسيوط 1995/12/20 سنة 3 لعام 1942.

[3]- د. نبيل عمر: دراسات في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، 2008، ص50.

الفرع الثاني

المطعون ضده أمام محكمة النقض

ويشترط فيه أن يكون طرفاً في الخصومة الصادرة في الحكم المطعون فيه أي أن يكون ذا صفة في الطعن بشخصه أو ممثلاً بغيره وإذا كان قاصراً ثم بلغ سن الرشد اختصم هو دون من كان يمثله، ولا يصح الطعن الموجه إلى من حكم بإخراجه من الدعوى ويتعين أن يرفع الطعن على الخصم بذات الصفة التي كانت له في الخصومة وفي حال تعود المحكوم عليهم يجوز لكل منهم أن يوجه الطعن ضد من حكم لصالحه.

وفي الحالات التي يفقد فيها المحكوم له أهليته بعد الحكم عليه فالطعن يوجه إلى النائب عنه، وبالمقابل إذا استرد المحكوم عليه الأصيل أهليته فالطعن يوجه إليه.

ويختصم المطعون ضده بذات الصفة التي كانت له في الخصومة التي انتهت بالحكم المعطون فيه[2].

وإذا كان الحكم صادراً في موضوع غير قابل للتجزئة أو في التزام بالتضامن أو في دعوى يوجب القانون اختصام أشخاص معينين وكان الطعن قد رفع على أحد

---

[1]- نقض مدني مصري 1971/11/9 مج النقض سنة 23، ص369.

[2]- نقض مدني مصري 1955/10/13 مج النقض سنة 9، ص467.

المحكوم لهم وجب اختصام الباقين ولو بعد فوات ميعاد الطعن بالنسبة إليهم، كما إنه إذا رفع طعن على أي من الضامن وطالب الضمان جاز اختصام الآخر فيه[1].

وحكمت محكمة النقض المصرية بعدم قبول الطعن ضد من لم توجه إليه طلبات أمام محكمة الموضوع[2].

ويشترط أيضاً ألا يكون المطعون ضده قد تنازل عن الفائدة التي عادت عليه من المطعون فيه فإذا حدث مثل هذا التنازل فلا تكون هنالك أية مصلحة من الطعن وحكمت محكمة النقض فإنه إذا كان الطاعن قد اختصم مورث المطعون ضدهم عدا الأول أمام محكمة الموضوع ليصدر الحكم في مواجهته وإن المورث المذكور ورثته من بعده قد وقفوا من الخصومة موقفاً سلبياً ولم يبدوا دفاعاً فيها ولم يحكم بشيء ضدهم فإن اختصامهم في الطعن يكون غير مقبول[3].

وإذا كان الواقع في الدعوى أن الفريق الثاني من المطعون عليهم غير محكوم لصالحهم بل محكوم عليهم هم والطاعنون فلا يكون على الطاعنين اخصامهم في الطعن[4].

---

[1]- مرافعات مصري 218 وأنظر المواد 225و254 من قانون أصول المحاكمات السوري.

[2]- 1972/5/16 مج النقض سنة 23، ص933.

[3]- نقض مدني مصري 1965/11/16 مج النقض سنة 16، ص1066.

[4]- نقض مدني مصري 1971/5/15 مج النقض سنة 22، ص681.

وتنعدم مصلحة الطاعن إذا لم يتمسك المحكوم بالحكم المطعون فيه وحقق لخصمه غايته من الطعن فيه وأدى له كافة المصاريف التي تكبدها وإن خطأ الحكم في مبدأ احتساب الفوائد المحكوم بها لا يجعل للمحكوم بها مصلحة في الطعن إذا بادر المحكوم له وأعلن خصمه قبل رفع الطعن بأنه مسلّم بوقوع هذا الخطأ ذاته لذلك لم ينفذ الحكم إلا لتحصيل الفوائد السارية في مبدئها الصحيح المعتبر عند خصمه[1].

ويرى بعض الفقهاء أنه لا يجوز الاتفاق على النزول عن الحكم مع الاحتفاظ بحق الطعن فيه[2].

ويتعين على المحكمة أن تتحقق من تلقاء نفسها من توافر شروط الطعن وتقضي من تلقاء نفسها بعدم قبوله.

في إمكانية الاختصام والتدخل أمام محكمة النقض وطبعاً فالغاية من ذلك الحد من نسبية آثار الأحكام وحماية المصالح غير الممثلين في الدعوى وهنا ظهرت الحاجة لحماية مصالح هؤلاء بالمعنى الواسع لهذه الكلمة ظهر المفهوم القانوني: التدخل والانضمام في النقض.

وقد تدعو الحاجة ليس فقط إلى التدخل الاختياري وبل الإجباري، وطبعاً فالأصل العام عدم قبول ذلك لأنه اعتداء على حرية الشخص وفي مبدأ التقاضي على

---

[1]- أبو الوفا : المرجع السابق، ص853.

[2]- أبو الوفا المرجع السابق، ص354.

درجات وهذا التدخل الأخير تحكمه بالنسبة للنظام القانوني السوري المواد /151 و 152 و260/ أصول محاكمات سوري وفي هذا الحال يجب التمييز بين:

1- مرحلة الادخال من قبل محكمة الموضوع أو من خصوم الدعوى كما هو موضح في المادتين /151 و 152/ السالف الذكر.

2- مرحلة الادخال والتدخل في مرحلة النقض.

وهنا يجب أن نفرق بين مرحلة كون الموضوع صالحاً للحكم فيه حسب منطوق الفقرة الثالثة من المادة /260/ السالفة الذكر.

فهنا لا مجال لاختصام الغير أو ادخاله في الدعوى وفق المادتين /151 و152/.

أما في الحالة الثانية وهي حالة الطعن للمرة الثانية فهنا كما هو معلوم تتصدى محكمة النقض للحكم في الموضوع ولها عند الاقتضاء تحديد جلسة للنظر في الدعوى /المادة 26 أصول/ فهنا في رأينا يحق لمحكمة النقض – التي هي محكمة الموضوع – اختصام الغير وادخال من ترى موجباً في الدعوى[1].

[1]- قريب من ذلك د. نبيل عمر: النظرية العامة للطعن بالنقض، ص285.

وقد أصدرت محكمة النقض السورية أحكاماً عدة بعدم قبول التدخل بعد النقض[1].

هذا ونشير إلى أن الهيئة العامة لمحكمة النقض السورية أتيح لها أن تصدر أحكاماً عدة في هذا المجال أهمها: ويكتفي حتى لا يرد الطعن شكلاً تبليغ وكيل المطعون ضدهم صورة واحدة عن استدعاء الطعن وصورة واحدة من الحكم المطعون فيه بالنيابة عن جميع موكليه على أن يتم إيداع صورة عنهما الديوان المحكمة ضمن مهلة الطعن[2].

إن الأحكام التي تصدر عن محكمة النقض عندما تقضي برفض الطعن دون أن تبت في الأساس لا تحتاج إلى تبليغ إذ يكتفي تبليغ الحكم الاستئنائي أما إذا نقض الحكم بتت في الموضوع ولا بد عندئذ أن يضار إلى تبليغ حكمها[3].

من أبلغ خصمه القرار تسري مواعيد الطعن على خصمه وعليه من تاريخ تبليغ الخصم[4].

وقد حكمت محكمة النقض بما يلي:

---

[1]- القرار رقم /414/ أساس /34/ تاريخ 1976/12/18 قاعدة 1975/57 محامون سورية ورقم 1983/373 قرار /83/1914 تاريخ 1983/8/28 قاعدة 84/261 محامون سورية.

[2]- هيئة عامة رقم /27/ تاريخ 1982/11/8، المحامون، ص396، لعام 1989.

[3]- هيئة عامة رقم 23، أساس 67، تاريخ 1977/4/2 المحامون، ص2، لعام 1977.

[4]- هيئة عامة رقم 20، تاريخ 1973/8/25/ المحامون ص262، لعام 1973.

((إن إرفاق نسخة من الحكم تعتبر من الإجراءات الجوهرية ومن النظام العام تحت طائلة البطلان إلا إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء وفق المادة /37/ المعدلة من الأصول وبعدد الخصوم))[1].

[1]- محامون 2001،قضية 515 لعام 99،قرار 346ت، قاعدة 14.

الفرع الثالث

ميعاد الطعن

هذا الميعاد كما حددته المادة /250/ أصول سوري مقداره ثلاثون يوماً، يضاف إلى ذلك ميعاد مسافة تحسب على أساس المسافة بين موطن الطاعن المحكمة التي يتقدم إليها بالطعن، حسبما هو مقرر في المادتين 1/35 والمادة/36/ معدلة من قانون الأصول السوري ويحسب الميعاد بالأيام ولا يحسب اليوم الذي يعد مجرياً له، ويجب أن يتم الطعن مثل انقضاء اليوم الأخير[1].

وإذا صادف آخر الميعاد عطلة رسمية امتد إلى أول يوم عمل تال لها على امتداد الميعاد وهذا أصل تؤكده كافة المبادئ المقررة في العالم المتمدن والعبرة للموطن الذي حدده الطاعن في جميع المراحل السابقة لصدور الحكم[2].

وميعاد الطعن من متعلق النظام العام[3]، وقبوله خارج المدة القانونية خطأ جسيم[1].

---

[1]- نقض مدني مصري 1970/5/19 مج النقض سنة 21، ص53.

[2]- نقض مدني مصري 1971/10/27 مج النقض سنة 23، ص855، وانظر حكم محكمة النقض السورية محامون 1984 قضية 644 لعام 1981 قرار 469 لعام 1983، قاعدة 178 لعام 1984.

[3]- نقض مدني مصري 1966/1/11 مج النقض سنة 17، ص77.

ولا يجوز الطعن بأحكام المحكمتين ولا بالأعمال الولائية إلا إذا نص القانون على ذلك كمَا في حكم اتباع البيع[2] واستخراج الحكم وتبليغه يجعل بها الحكم يسري بحق المعلَم والمعلَمين إليه من وقت التبليغ[3].

والطعن على منطوق الحكم لا على أسبابه[4] ومع ذلك فقد يرد الطعن على أسبابه[5] وعلى هذا فلا يجوز الطعن بالأسباب مهما ورد بها من أخطاء ما دام الحكم صحيحاً في نتيجته، ولا يجوز الطعن في أسباب الحكم مهما كانت عباراته غير صحيحة[6] وبالطبع فكل قول أو عمل أو إجراء يدل دلالة واضحة على القبول في الحكم يمنع الطعن فيه[7].

---

[1]- المحامون السورية قاعدة رقم 998/173.

[2]- د. فتحي والي: المرجع السابق، ص635.

[3]- محامون سورية قاعدة رقم 57 لعام 1998.

[4]- الاستاذ حامد فهمي ود. محمد فهمي: المرجع السابق، ص484.

[5]- د. نبيل عمر: دراسات في قانون المرافعات المدنية والتجارية، ص60.

[6]- د. نبيل عمر: المرجع السابق، ص61.

[7]- طعن رقم 1766 أساس 1901، تاريخ 1994/11/29 محامون قاعدة 29/28.

وإن رضوخ المحكوم عليه يمنعه من سلوك طرق الطعن العادية دون الاستثنائية بطريق إعادة المحاكمة كما أن الرضوخ لا أثر له على حق طلب إعادة المحاكمة إذا تم قبل ظهور الغش أو التزوير[1].

وحكمت محكمة النقض المصرية بأنه إذا كانت الأسباب قد قضت بالفصل في بعض أوجه النزاع فإن ما جاء في هذه الأسباب هو المعول عليه[2].

وفي هذا المعنى تقول هذه المحكمة إن من أسباب الحكم ما يكون بعض الشيء المقضي به[3].

ويفرق الفقه بين الأسباب المكملة للمنطوق وغيرها، ويطلق على هذه الأسباب تسمية الأسباب الجوهرية، بيد أنه يمكن لمحكمة النقض إلغاء قرار أصدرته برفض الطعن شكلاً لتقديمه بعد المهلة القانونية إذا تبين لها أنها أخطأت في الحساب[4].

هل يجوز الطعن في الأحكام الضمنية؟

---

[1]- قرار رقم 1712 أساس 255 تاريخ 1972/12/31 محامون قاعدة 79/250 والقرار رقم قضية /218/ قرار 96/112 محامون قاعدة 98/234.

[2]- نقض مدني مصري 1941/1/10 مج سنة 25 رقم 260 ص58.

[3]- نقض مدني مصري 1934/3/22، مجلة القانون والاقتصاد سنة 41 ص93.

[4]- قرار محكمة النقض السورية رقم 460 أساس 362 تاريخ 1978/7/29 المحامون قاعدة رقم 496 لعام 1978.

الواقع إنه كثيراً ما يكون القضاء الصريح متضمناً فصلاً في مسألة لا يقوم الحكم على الأعلى أساس الفصل منها، فهنا يعتبر الحكم متضمناً الفصل في هذه المسألة[1] ويشترط لذلك أن يكون للقضاء الضمني وجود واقعي أمام محكمة الموضوع، وأن يتمسك به الخصم، وأن يكون محل اعتبار من جانب المحكمة، لهذا فالأساس الذي تقوم عليه فكر، الطلب الضمني أو الاحتمالي، إذ الأمر الأول يقوم في عناصره الأساسية على اليقين والتأكيد بينما الأمر الثاني يغلب عليه الافتراض[2]، فالقضاء الضمني بهذه المثابة، يجيز – كالقضاء الصريح بقوة الشيء المحكوم به–، وهو بوجود منطوق الحكم كما يوجد في أسبابه المكملة للمنطوق[3]، وبهذا فإنه وإن كان يتبين من الحكم المطعون فيه خلوه من الرد الصريح على الدفع بالبطلان إلا أنه فيما قضت به محكمة الدرجة الثانية من تأثير الحكم الابتدائي يتبين وجود قضاء ضمني يرفض هذا الدفع[4] وكثيراً ما يرد القضاء الضمني بصدد الدفوع وكقاعدة عامة يعتبر الحكم في الموضوع مشتملاً على قضاء برفض هذه الدفوع.

وإنه إذا كانت الأسباب التي بني عليها الحكم تصلح بذاتها أسباباً لما قضت ضمناً في رفض دفع أبدي لها في الدعوى فلا يصح الطعن في هذا الحكم بأنه أغفل الرد

---

[1]- أبو الوفا: المرجع السابق، ص384.

[2]- د. نبيل عمر: النظرية العامة للطعن بالنقض، ص170.

[3]- د. نبيل عمر: دراسات في قانون المرافعات المدنية والتجارية، ص66.

[4]- نقض مدني مصري 1954/11/11 سنة 26 ص190.

على هذا الدفع[1] مما تقدم يتبين أن الحكم الضمني يجوز الطعن فيه مع الطعن في الحكم الصريح بالنقض وهنالك تلازم وثيق الارتباط بين القضاءين بحيث أنه إذا توافر وجه من وجوه الطعن بالنقض في القضاء الصريح انسحب بطريق اللزوم إلى القضاء الضمني.

فهل يجوز الطعن نقضاً في الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع؟

تتضمن المادة /220/ أصول سوري المعدلة أنه لا يجوز الطعن في الأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى إلا مع الطعن في الحكم النهائي المهني للخصومة والقوة القاهرة التي تؤثر على ميعاد الطعن بالنقض وتؤدي إلى وقفه هي التي تطرأ بعد سريان الطعن.

فإذا زالت بعد ذلك سرى الميعاد مرة أخرى ويتم حسابه على أساس المدة التي بدأت قبل حدوث القوة القاهرة، وما يكمله إلى نهايته.

بعد زوال هذه القوة، ويتكون من الزمنين ميعاد واحد هو ميعاد الطعن خلال وقبل انقضاء اليوم الأخير منه.

والقوة القاهرة تؤثر في الميعاد سواء ابتدأ من تاريخ الإعلان أو النطق بالحكم[2] وتقرير ما إذا كانت الواقعة تعتبر قوة قاهرة هو تقدير موضوعي تملكه محكمة الموضوع في حدود سلطتها التقديرية حتى أقامت قضاءها على أسباب سالفة[1].

---

[1]- نقض مدني مصري 1933/2/23 مج سنة 25 ص546.

[2]- د. نبيل عمر: النظرية العامة للطعن بالنقض، ص302.

وطلب تفسير الحكم يؤثر على ميعاد الطعن لأن الخصوم لا يعرفون المعنى الحقيقي للحكم على التفصيل الآتي:

1- إذا كان طلب التفسير موجه إلى بعض هذه البنود ولم تكن هذه البنود مرتبطة أو مؤثرة بغيرها فلا تأثير لطلب التفسير على البنود الأخرى المستقلة.

2- إذا تعلق التفسير ببعض بنود أو أجزاء الحكم، فهنا يترتب على طلب التفسير وقف ميعاد الطعن.

على أنه يجب مراعاة المادة /225/ أصول سوري على ميعاد الطعن.

فقد تضمنت هذه المادة ما يلي:

((على أنه إذا كان الحكم صادراً في موضوع غير قابل للتجزئة أو في التزام بالتضامن أو في دعوى يوجب القانون فيها اختصام معنيين فإن ميعاد الطعن من المحكوم عليهم أو قبل الحكم أن يطعن فيه أثناء نظر الطعن المرفوع من أحد زملائه منضماً إليه في طلباته، وإذا رفع الطعن على أحد المحكوم عليهم في الميعاد وجب اختصام الباقين ولو بعد فواته بالنسبة إليهم، كذلك يستفيد الضامن وطلب الضمان من الطعن المرفوع من أيهما في الحكم الصادر في الدعوى الأصلية إذا تجدد دفاعاهما، وإذا رفع طعن على أيهما جاز اختصام الآخر فيه والأمثلة على حالة عدم التجزئة تظهر في دعاوى الإفلاس ودعاوى صحة السندات وتزويرها

---

[1]- نقض مدني مصري 1956/12/13 مجموعة القواعد القانونية ج3، قاعدة رقم 5.

ودعاوى صحة العقد وبطلانه ودعاوى الاعتراض على قائمة شروط البيع[1] والخطأ في بيان رقم الحكم المطعون فيه لا يعيب الطعن إذا كانت الأخرى ترفع كل تجهيل في الحكم))[2].

وقد حكمت محكمة النقض المصرية بأن الخطأ في تاريخ الحكم أو في اسم المحكمة التي أصدرته لا يرتب بطلان الطعن إذا سهل استدراك الخطأ ورفع اللبس بما جاء بشأنه كما حكمت النقض السورية بأن خطأ الطاعن في ذكر اسم المطعون ضده لا أثر له إذا كان قد ذكر رقم الحكم وتاريخ صدوره ورقم الدعوى ثم استدرك في وقت لاحق مصححاً الخطأ[3].

وإن بطلان الصحيفة لخلوها من بعض البيانات الجوهرية هو بطلان نسبي لا يملك التمسك به إلا من شرع البطلان لمصلحته وأوجه الطعن بالنقض يجب أن تظهر في الصحيفة بشكل محدد واضح وتعرف تعريفاً كافياً كاشفاً عن المقصود منها كشفاً وافياً نافياً عنها الغموض والجهالة بحيث يتبين فيها العيب الذي عزوه الطاعن إلى الحكم وموضعه منه وأثره في قضائه[4].

---

[1]- د. نبيل عمر: النظرية العامة للطعن بالنقض، ص204.

[2]- نقض مدني مصري 1960/5/5 مج النقض سنة 11 ص280.

[3]- 1986/11/7 مج النقض سنة 11 ص1299 ونقض سورية قرار 2069 أساس 2775 تاريخ 1978/11/25 محامون قاعدة 79 لعام 1979.

[4]- نقض مدني مصري 1971/2/26 مج النقض سنة 22 ص844.

وإذا خلا الطعن من الأسباب حكمت المحكمة من تلقاء نفسها بالبطلان وفقاً للمادة /252/ أصول سوري: ويجب أن يكون كل سبب جزاء التحدي به مذكوراً في الطعن ذكراً كافياً دقيقاً، بحيث يتيسر للمطلع عليه أن يدرك لأول وهلة مواطن مخالفة الحكم للقانون أو خطئه في تطبيقه أو تأويله أو موطن البطلان الجوهري الذي وقع فيه أو موطن الإجراءات الذي يكون قد أثر فيه، وكل طعن لا يكون كذلك يكون باطلاً[1].

وتداخل الأسباب لا يبطل صحيفة الطعن طالما أنها واضحة ظاهرة حاسمة[2] وإذا لم يبين الطاعن في تقرير الطعن ملاحظاته على تقرير الخبير الذي يدعى أن الحكم قد أغفل مناقشتها فإن نعيه لهذا السبب يكون مهملاً.

ومتى كان الطاعن لم يبد أوجه الدفاع التي تقول أن الحكم المطعون فيه قد قصر في الرد عليها، واكتفى بالإحالة إلى جاء بالمذكرة المقدمة منه في الملف الاستئنائي دون بيان مضمونها للوقوف على ما يتحدى به الخصم فإن النفي يكون مجهلاً غير مقبول[3]، والمعول عليه أن يرد ذكر الأسباب في صحيفة الطعن ولا يقبل من الطاعن النفي على الحكم المطعون فيه الإخلال بحق الدفاع استناداً إلى أن

---

[1]- نقض مدني مصري: 1965/4/29 مج سنة 26ص548، وأنظر نقض مدني سوري قرار رقم 2366 لعام 1983 قضية 1598 تاريخ 1983/12/7 منشور في مجلة المحامون قاعدة 84/330.

[2]- نقض مدني مصري: 1935/5/23، المحاماة سنة 16 ص26.

[3]- نقض مدني مصري: 1971/6/10 مج النقض سنة 24 ص748.

محكمة الموضوع لم تستجب لطلبه بضم محضر حصر العينات التي قدرت بناء عليه الرسوم التي حصلتها المصلحة، وذلك لأن الطاعن لم يبد هذا السبب إلا في مذكرته الشارحة والمعول عليه ما يرد في تقرير الطعن ذاته[1] ويكفي أن يكون المحامي مقبولاً وقت التوقيع على صحيفة النقض[2].

---

[1]- مدني مصري: 1972/3/28 مج النقض سنة 23 ص5426.

[2]- أبو الوفا: المرجع السابق، ص753، ونقض مدني مصري 1959/6/25 سنة 10 ص553.

المبحث الثالث

سلطة محكمة النقض في نظر الطعن المرفوع أمامها الأثر الناقل للطعن بالنقض

يقصد بالأثر الناقل للطعن بالنقض بيان نطاق قضية النقض أو العناصر التي تطرح أمام هذه المحكمة.

وذلك لأن الطعن بالنقض يؤسس على أسباب يحدده نص عليها القانون، ومن المعروف أن لكل طريق من طرق الطعن مجموعة من الآثار على رأسها الأثر الناقل.

ويقصد الأثر الناقل بوجه عام تجديد الإطار المادي والشخصي للخصومة أمام محكمة النقض، وهذا الأثر الناقل يتحدد بما سبق لقاضي أول درجة أن فصل فيه وبما أنصب عليه الطعن أمام محكمة الاستئناف.

وتحديد الأثر الناقل لا يتوقف على ما هو وارد في صحيفة الطعن بل يتحدد بما يتولد عن الطعن ذاته عن آثار قد تدفع باقي الخصوم إلى طرح الطعون الفرعية أو تقديم طلبات أو إيداع دفوع جديدة، وبصورة عامة فإن الحياة المتحركة للطعن

تسمح بظهور وقائع أو أشخاص جدد بذواتهم أو بصفاتهم يظهرون لأول مرة أمام النقض[1].

وإذا كان العنصر الشخصي للأثر الناقل لا يثير تحديده أية صعوبة، فإن بحث العناصر الموضوعية للأثر الناقل يقتضي منا بعض الإيضاح قاصدين بالعناصر الموضوعية الحكم المطعون فيه، والأوجه التي يبني عليها الطعن وموضوع الطعن.

فما هي سلطات محكمة النقض إزاء الطعن المرفوع إليها؟

هنا تسود المبادئ الآتية:

1- **المبدأ الأول**: مبدأ ثبات النزاع أما محكمة النقض:

Immutabilité du litige devant la cour de cassation

يقصد بهذا المبدأ أنه بمجرد نشوء الخصومة فإن كافة عناصرها يجب أن تظل ثابتة، أي ثبات الإطار العام لهذه الخصومة بحيث لا يجوز تعديل الطلب القضائي أو سببه أو أطرافه.

والتحقيق من هذا المبدأ ولمنع تعدد الخصومات سمح بتقديم طلبات عارضة الخصوم شريطة قيام علاقة وثيقة بينها وبين الطلب الأصيل وبمجرد أن قدم المدعي طلبه فإنه يصبح مفتوحاً بداخله:

---

[1]- د. نبيل عمر: سبب الطلب القضائي أمام محكمة الاستئناف، 1994، ص505.

Une fait sa demande formulée, il en quelque sorte prisonnier de sa formul.

ومع ذلك فإن مبدأ ثبات النزاع، وبالذات بالنسبة لمحاكم الطعن يشهد تطوراً كبيراً هو إعطاؤه فوراً من المرونة والتوسع في تقديم الطلبات الجديدة.

والسؤال المطروح هو هل إن القضية تتمتع بثبات مطلق أمام محكمة النقض؟؟

بمعنى هل يمكن للخصوم أو القضاء أن يضيف إلى هذه القضية عنصراً جديداً لم يسبق طرحه أمام محكمة الموضوع؟.

في الواقع إنه إذا كان مبدأ ثبات النزاع يتمتع بالجمود أمام محكمة النقض بمعنى أنه لا يجوز تقديم طلبات عارضة من الخصوم أمام هذه المحكمة.

والعلة واضحة فلكي تتمكن محكمة النقض من الرقابة على صحة تطبيق القانون لا بد أن ينتقل إليها النزاع الذي توزع في صحته وبالإضافة إلى عدم جواز تقديم طلبات عارضة من الخصوم أمام النقض فلا يجوز تقديم أسباب جديدة أمامها.

والحكمة في ذلك واضحة فطرح سبب جديدة يتضمن طرح وقائع جديدة، وبما أن النزاع يجب أن يكون ثابتاً لإمكان مراقبة إعمال القانون بدقة، فلا يجوز طرح أسباب جديدة أمام النقض وإن كان يجوز تقديم حجج جديدة لتدعيم argument nouveau إلا وجه التي بني عليها الطعن[1].

[1]- د. نبيل عمر: سبب الطلب القضائي أمام محكمة الاستئناف،250.

ويرى الفقه أن إيداع الطاعن سبباً للطعن في حكم سابق يعتبر طعناً ضمنياً في هذا الحكم فهنا تكون العبرة بسبب الطعن المطروح أمام محكمة النقض فهذا الوجه من أوجه الطعن يطرح على محكمة النقض بالضرورة الحكم الذي ينبغي عليه مخالفة القانون بل أكثر من هذا بالأسباب المتعلقة بالنظام العام والتي يجوز طرحها لأول مرة أمام محكمة النقض تشكل تطبيقاً حاسماً لمبدأ ثبات النزاع أمام محكمة النقض، ومعنى ذلك أنه يشترط أن يكون الأساس المادي لهذه الأسباب المتعلقة بالنظام العام قد سبق طرحه أمام محكمة الموضوع[1].

وهكذا حكمت محكمة النقض السورية بأنه لها أن تثير من تلقاء نفسها المسائل المتعلقة بالنظام العام[2].

2- **المبدأ الثاني**: مبدأ سيادة الخصوم le principe dispositif يقصد بذلك أن الخصوم أحرار في طرح النزاع أمام القضاء أو عدمه وأنهم أحرار في إدارة الخصوم وتوجيهها والاستمرار فيها أو وضع حد لنهايتها.

ومع ذلك فقد يرد على هذا المبدأ بعض القيود تنبع من الدور الإيجابي للقاضي (لا سيما القاضي الإداري)، أو لدور النصوص القانونية الآمرة في المجال الإداري كما سنحدد.

---

[1]- د. نبيل عمر: المرجع السابق، ص230.

[2]- محكمة النقض السورية قرار رقم 74195 قضية رقم 53595 تاريخ 1861995، مجلة المحامون قاعدة رقم 31696.

ويتفرع على هذا المبدأ مبدأ عبء الإثبات Le charge de la prevue، فالقاضي لا يستطيع أن يستند إلى وقائع خارج نطاق ما قام به الخصوم، ولا يستطيع أن يحسم نزاع على وقائع اتفق الخصوم عليها أمامه.

وهذا المبدأ يضع حدين لا يجوز تخطيهما:

مبدأ (علم القاضي بالقانون والتزامه بإعجاله)، فمن جهة لا يستطيع القاضي أن يطبق قاعدة قانونية غير القاعدة التي يتطابق مفترضها son hypothèse مع مجموعة الوقائع التي طرحها الخصوم.

وهذا المبدأ استثناء مستمد من تدخل فكرة النظام العام إذ من الواجب على الخصوم أن ينصاعوا إلى أوامر القاضي في هذا الخصوص.

وبصورة عامة فالدور الذي يلعبه مبدأ سيادة الخصومة أمام محكمة النقض يتحدد في أن لهم أن يرفعوا طعناً بالنقض.

أما فيما يتعلق بأسباب الطعن فليس لهم أي اختيار في ذلك، صحيح أن لهم أن يختاروا من هذه الأسباب ما يلائم طعنهم، ولكنهم مقيدون في ذلك بالقانون وليس لهم أن يخلقوا أسباباً من عندهم[1].

3- **المبدأ الثالث**: مبدأ المجابهة واحترام حقوق الدفاع.

Le principe du contradictoire et le respecte des droits de le defuse

---

[1]- د. فتحي والي: المرجع السابق، ص662.

وهو إعطاء الفرصة لكل طرف في الخصومة لأن يعرف ما هو منسوب إليه أن يناقش ذلك وأن يثبت سلامة هذا الموقف، وهذا المبدأ لا يقتصر على المواجهة بين الخصوم بصدد وقائع النزاع ونصوص القانون المطلوب بين الخصوم بصدد وقائع النزاع ونصوص القانون المطلوب وإعمالها على الوقائع، بل يتعدى ذلك إلى العناصر التي تمارس التأثير على ضمير القاضي[1].

وإذا كان هذا هو مبدأ احترام حقوق الدفاع وإعجاله عن طريق مبدأ المجابهة.

فإن هذا المبدأ يجد إعجاله على كافة مستويات القضاء لأنه لصيق بمبدأ آخر هو مبدأ العدالة.

[1]- د. فتحي والي: المرجع السابق، ص662.

الفرع الأول

السبب الجديد ومنع إبدائه لأول مرة في النقض

ويقصد من ذلك إعادة إحياء مسألة واقعية le fous du litige لأول مرة أمام النقض وزج هذه المحكمة وفي الحقيقة فإن كل سبب يطرح أمام محكمة النقض يعتبر سبباً جديداً وبالتالي يكون غير مقبول.

ومع هذا فالسبب لا يعتبر جديداً إذا لم يتعلق بمسألة سبق طرحها على قاضي الموضوع[1].

والتعريف الشائع للسبب أو الوسيلة التي يؤسس عليها الطعن بالنقض هو أنها الأساس الضروري للطلب أو الدفع سواءً أقدم هذا أو ذاك أمام محكمة الموضوع أمام محكمة النقض.

فكل طلب يختلف من الطلبات التي أبديت أمام محكمة الموضوع لجهة الموضوع والسبب والخصوم أو صفاتهم، يعتبر سبباً جديداً لا تقبله محكمة النقض[2].

ويستوى في ذلك أن يفصل الدفاع في أصل الحق، أو بإجراء من إجراءات الإثبات، وبالتالي لا يجوز لأول مرة أمام النقض الدفع بسقوط حق الإرث[3] ولا التمسك لأول مرة بعدم صحة تمثل الوصي لقاصر بعد بلوغه سن الرشد[4].

---

[1]- د. نبيل عمر: سبب الطلب القضائي أمام محكمة الاستئناف، ص264.

[2]- الاستاذ حامد فهمي ود. محمد فهمي: المرجع السابق، ص336.

[3]- نقض مدني مصري 73/1287 مج النقض سنة 24ص1268.

[4]- نقض مدني مصري مج النقض سنة 24 ص 1371.

وتطبيقاً لذلك فالدفع الذي لم يعد أمام محكمة الموضوع بعد ارتباط الطلب العارض بالطلب الأصلي لا يجوز ابداؤه لأول مرة أمام النقض[1].

والدفع ببطلان عمل الخبير أو تقديره حتى ولو تمسك به الخصم أمام أول درجة لا يجوز ابداؤه أمام النقض طالما لم يطرح أمام الاستئناف[2].

والأمر نفسه بالنسبة للصورية[3] أو براءة الذمة[4] أو بالتقادم[5] أو ببطلان الخصومة[6] أو الادعاء يكذب الإقرار[7] ومن هذه الأسباب الموضوعية غير المقبولة فيما لو طرحت لأول مرة أمام النقض.

- الجدل من الأدلة التي اعتمدها الحكم بغية الوصول إلى نتيجة أخرى[8].
- الجدل في القرائن التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع[1].

---

[1]- نقض مدني مصري 1972/3/3 مج سنة 22 ص594.

[2]- نقض مدني مصري 1971/2/25 سنة 21ص217.

[3]- نقض مدني مصري 1974/3/30 سنة 22ص585.

[4]- نقض مدني مصري 1974/1/5 سنة 22ص39.

[5]- نقض مدني مصري 1976/1/14 مج طعن رقم 691 سنة 22.

[6]- نقض مدني مصري 1973/1/11 مج النقض سنة 24ص264.

[7]- نقض مدني مصري1973/12/5 مج النقض سنة 24 ص1232.

[8]- نقض مدني سوري أساس 187 لعام 1995 قرار 66 لعام 1995 تاريخ 1995/2/19 المحامون قاعدة رقم 4/46.

- الجدل تفسير المستندات الذي قام به قاضي الموضوع بما يخرج من عباراتها الظاهرة[2].

لكن ما الحكم بالنسبة للأسباب التي يختلط فيها الواقع بالقانون؟

في الحقيقة إن وجه الطعن الذي يجيز القانون للخصومة تأسيس الطعن عليه هو أن تكون أسبابه الواقعية مطروحة أمام محكمة الموضوع، أما إذا كان هذا السبب القانوني يستلزم بالضرورة نظر بعض العناصر الواقعية التي لم تعرض على محكمة الموضوع فهنا يختلط الواقع بالقانون.

وقد حكمت محكمة النقض السورية المدنية بأنه لا تقبل القضية بالحال التي كانت عليها أمام محكمة الموضوع ولا تقبل من طاعن طلباً جديداً أو أوجه دفاع جديد لم يسبق عرضه على المحكمة التي أصدرته[3].

وقد حكمت هذه المحكمة بأنه لا يسمح لأول مرة الدفع بالتقادم أمام محكمة النقض[1]، وحكمت هذه المحكمة بأنه استقر الاجتهاد على أن التقادم لا يثار أمام محكمة النقض لأول مرة[2].

---

[1]- نقض سوري أساس 94/230 قرار 9 لعام 1994 تاريخ 1994/15 المحامون قاعدة رقم 96/171.

[2]- نقض سوري أساس 95/174 قرار 95/56 تاريخ 1921995 المحامون قاعدة رقم 96/3.

[3]- نقض مدني سوري أساس 187 لعام 1995 قرار 66 لعام 1995 تاريخ 1995/2/19 المحامون قاعدة رقم 96/4.

وحكمت بأنه لا يجوز المحكمة النقض البحث في وقائع مادية تثار للمرة الأولى أساس[3]، وحكمت بأنه لا يجوز تعديل الدعوى بعد النقض من طلب أجور مسماة إلى أجر مثل لأنه لا يجوز تعديل سبب الدعوى بعض النقض[4].

---

[1]- نقض مدني سوري أساس 94/430 قرار 9 لعام 1994 تاريخ 1994/15 المحامون قاعدة رقم 96/171.

[2]- نقض مدني سوري أساس 1995/174 قرار 95/56 تاريخ 1995/2/19 المحامون قاعدة رقم 96/3.

[3]- نقض مدني سوري أساس 1622 قرار 7696 تاريخ 1994/10/27 المحامون قاعدة رقم 16 و98/30.

[4]- نقض مدني سوري اساس 155 قرار 210 تاريخ 1979/4/2 المحامون قاعدة رقم 79/422.

الفرع الثاني

الآثار المتولدة عن نقض الحكم المطعون فيه

سبق لنا الإشارة إلى أنه بإعمال مبدأ تسببه آثار الأحكام القضائية الصادر ينقض الحكم المطعون فيه لا يستفيد منه ولا يحتج به إلا في مواجهة من كان طرفاً في الخصومة.

وعلى هذا فإذا انقض من جزء من الحكم وأحيلت الدعوى إلى محكمة الموضوع لتفصل فيه من جديد، فلا يجوز للمدعى عليه في الطعن أن يبدي أمام هذه المحكمة بما سبق أن حكمت برفضه، طالما هو قد حرك الطعن في جزء الحكم الصادر برفض طلباته هو حتى اكتسب قوة الشيء المقضي به.

بيد أنه إذا اتحدت وجوه دفاع بعض الخصوم أمام محكمة الموضوع كما إذا تعدد الملتزمون وأنكروا التزامهم وصدر الحكم عليهم فالحكم الذي تصدره محكمة النقض في الطعن المرفوع من بعضهم يتعدى آثاره إلى الباقين.

وهنا نجد أن الخصوم يتحدون في المركز القانوني الموضوعي المتعلق بأصل الالتزام، وهذا الاتحاد يبرر أعمال مبدأ النسبية ونحن داخل المبدأ وليس خارجه، بل إننا رأينا بعضهم يقول بأن هذه الحال استثناء من مبدأ النسبية[1].

والأمر نفسه في الأحوال التي تقرر فيها تبعية بعض الخصوم للبعض الآخر، وصدور الحكم بقبول وجه طعن من أحدهم أو بتطبيق ذلك في حال عدم التجزئة والتضامن والضمان والقاعدة هي أن النقض لا يتناول من الحكم المطعون فيه إلا ما تناولته أسباب الطعن التي حكم بقبولها، وكثيراً ما تفصح محكمة النقض في منطوق حكمها عما تكون قد قضت بنقضه من الحكم، فإن لم تفعل وجب الرجوع إلى حكمها ومقارنة منطوقه وأسباب مع أسباب الطعن وطلبات الخصوم.

---

[1]- الاستاذ حامد فهمي ود. محمد فهمي: المرجع السابق، ص653.

فإذا كان الحكم متعدد الأجزاء أو منفصلة تلك الأجزاء عن بعضها فالطعن في بعض هذه الأجزاء ولا ينصرف إلى الأجزاء الأخرى، ولكن ماذا لو كان هناك ارتباط وطيد بين عناصر الحكم ثم الطعن ببعضها؟؟.

هنا لا ينحصر أثره الطعن فيما تناولته أسباب الطعن من هذه الأجزاء بل يمتد إلى ما ارتبط أو تبعه من الأجزاء الأخرى ولو لم يطعن بها أو لم يذكره حكم النقض[1].

فنقض الحكم الصادر بطلب الفسخ يقضي نقض الحكم في تضمينات ونقض الحكم بالدين يقتضي بنقض الحكم الصادر بالفوائد، ونقض الحكم باعتبار خصم مكلف بالإثبات يترتب عليه نقض الحكم المترتب عليه الصادر بتعيين خبير، ونقض الحكم الصادر بتعيين خبير يترتب عليه نقضه بالنسبة للمصاريف.

وقد تدعو الحاجة للرجوع إلى النقض لتفسيره إذا غمّ وخفيت معالمه، وإلا أهمل على إطلاقه واعتبر الحكم المطعون فيه منقوضاً كله، وإذا كان الحكم متعدد الأجزاء، وكان وجه الطعن متعلقاً بجزء منه، ورأت المحكمة قبول هذا الوجه فهذا القول لا يتسع لأكثر مما شمله الطعن ونقض الحكم كلياً لا ينحصر أثره فيما تناوله سبب من أسباب الطعن، بل يمتد إلى ما ارتبط به أو سبقه من أجزاء الحكم الأخرى، ولو لم يؤكدها حكم النقض مع وجه التخصيص[2].

ويترتب على النقض زوال جميع آثار الحكم المنقوض، ويعود المحكوم عليهم إلى مراكزهم السابقة[3].

---

[1]- الاستاذ حامد فهمي ود. محمد فهمي: المرجع السابق، ص662.

[2]- د. نبيل عمر: سبب الطلب القضائي أمام محكمة الاستئناف، ص396.

[3]- نقض مدني 1972/2/14 مج سنة 22-4095.

ويترتب على نقض الحكم كلياً زوال ومحي آثاره سواء صرح بذلك أم لا، وتصرح محكمة النقض الفرنسية بإعادة القضية والخصوم إلى مثل ما كانت عليه الدعوى قبل صدور الحكم المنقوض[1].

وإذا قدم الحكم المنقوض للتنفيذ وجب على المحضر الامتناع عن تنفيذه أو رفع الأشكال القاضية ليقضي بوقف تنفيذه[2].

وتنص المادة /261/ أصول سوري على أنه يترتب على نقض الحكم إلغاء جميع الأحكام والإجراءات اللاحقة للحكم المنقوض متى كان ذلك الحكم أساساً لها.

ويتم ذلك بقوة القانون كأثر لحكم النقض دون حاجة إلى حكم آخر وإن كان حكم النقض لم يشر إلى الحكم اللاحق أو كان الخصم لم يشر إليه[3].

ويجب أن توجد رابطة قوية بين الحكم المنقوض وبين الأحكام والأعمال اللاحقة، وهذا ما عبرت عنه المادة /261/ السالفة الذكر بأن يكون الحكم أساس لهذه الأعمال والأحكام.

ويدخل في سلطة أية محكمة يثار أمامها النزاع، الحق في تحديد ما يتعدى إليه أثر النقض من الأحكام والأعمال اللاحقة للحكم، وهذا الحكم يخضع لرقابة النقض[4].

---

[1]- د. نبيل عمر: سبب الطلب القضائي أمام محكمة الاستئناف، ص397.

[2]- د. نبيل عمر: إجراءات التنفيذ في المواد المدنية التجارية، ط2، سنة 1980، ص201.

[3]- د. فتحي والي: المرجع السابق، ص970.

[4]- نقض مدني مصري 1995/3/11 مج سنة 16 ص304.

بيد أن ما يتعدى إليه أثر النقض من الأحكام والأعمال لا يكون بحاجة إلى رفع الأمر بشأنه إلى محكمة النقض، فذلك يتبع لقوة القانون كأثر لحكم النقض، وأن تلك الأحكام على الرغم من عدم الطعن فيها لا تكتسب قوة الشيء المحكوم به ما دامت هي مؤسسة على حكم طعن فيه ونقض وسقطت حجيته وقوته القانونية[1].

ويترتب على نقض الحكم، رد ما قبض أو حصل تسلمه من مال تنفيذاً لحكم المنقوض، لا يجب رد الأصل، بل يجب رد الفوائد والثمار[2].

وهذه الثمار تجب من يوم إعلان صحيفة الطعن بالنقض فهذا الإعلان يتضمن معنى التكليف بالحضور لسماع الحكم بنقض الحكم المطعون فيه[3].

ويعتبر الحكم الصادر بنقض الحكم المطعون فيه سنداً تنفيذاً برد ما نفذ ما قضى به الحكم المنقوض، ويكون بعد إعلان حكم النقض إلى المنفذ ضده والتنبيه عليه بالردن وإذا تعذر الرد لانتقاله إلى حسن النية وجب الوفاء المقابل[4].

ويؤكد الدكتور نبيل أنه يترتب على نقض الحكم زوال التكليف بالوفاء والحجز وإجراءات نزع الملكية، وتسليم العقار ودفع النقود كما يزول ما تم من بناء او غراس وسد الفتحات والمنافذ ومد الطرق والمشاية وتسجيل الأحكام وشطب تسجيل الرهون ولو كان الأمر يتعلق بمصلحة الطاعن[5].

---

[1]- الاستاذ حامد فهمي ود. محمد فهمي: المرجع السابق، ص667.

[2]- د. نبيل عمر: سبب الطلب القضائي أمام محكمة الاستئناف، ص400.

[3]- نقض مدني مصري 1973/3/13 مج النقض سنة 23ص1109.

[4]- نقض مدني مصري 1964/11/14 مج النقض سنة 25 ص1028.

[5]- د. نبيل اسماعيل عمر: النظرية العامة للطعن بالنقض، ص402.

وليس على من وجب له الرد أن يطالب خصمه بذلك بدعوى جديدة وله أن يسترد من الخصم ما قبضه عن طريق التنفيذ بصورة جبرية والأشكال الناجمة عن تنفيذ حكم النقض يختص بها قاضي التنفيذ حسب القواعد العامة[1].

هل يمتد من أثر الحكم الناقض إلى عمق الدعوى الاستئنافية ومحكمة الدرجة الأولى الحقيقة إنه إذا كان الحكم الناقض يعيد الخصومة إلى من كانت عليه قبل صدور الحكم المنقوض.

فإن أثره لا يمتد إلى ما جرى من أقوال وأعمال وإجراءات في الدعوى أمام محكمتي الدرجة الأولى والثانية، والخصوم يتناولون خصومتهم من النقطة التي بلغتها إجراءات الدعوى أمام محكمة الاستئناف قبل صدور الحكم المنقوض، ثم يسيرون بها أمام محكمة الإعادة حتى تفصل بينهم على ما تم من الإجراءات في جميع مراحل الدعوى[2].

بمعنى أنه لا يمتد أثر النقض إلى الحكم المستأنف، ولو كان أيده الحكم المنقوض لأسبابه، بل يبقى الخصوم مرتبطين بهذا الحكم وما تم قبله من إجراءات حتى يفصل في الاستئناف المرفوع عنه.

ذلك أن نقض الحكم المطعون فيه يترتب عليه زوال هذا الأخير وعودة الخصوم إلى النشاط مرة ثانية بل عودة الخصومة إلى المركز التي كانت عليه قبل صدور الحكم المنقوض، وهذا الأمر يحتاج بالطبع إلى حكم جديد يصدر عن النقض وبالتالي

---

[1]- د. عزمي عبد الفتاح: نظام قاضي التنفيذ في القانون المصري والمقارن، رسالة دكتوراه جامعة عين شمس، دار النهضة العربية، سنة 1978، ص30.

[2]- الاستاذ حامد فهمي ود. محمد فهمي: المرجع السابق، ص680.

فإن ما تم من إجراءات أمام أول درجة وأمام الاستئناف يبقى رغم نقض الحكم المطعون فيه[1].

ولا يمتد النقض إلى ما سبق صدوره عن الحكم المنقوض من الأحكام الفرعية التي حازت بها، بل تبقى هذه الأحكام على حجيتها ونفاؤها في كل ما لا تعلق له بالحكم الذي نقض[2].

ولا يلغي من الإجراءات ما تم بإرادة الخصوم، أو ما يكون قد قبل وتوقيع التنازل عن الطعن فيه من الأحكام اللاحقة، ولا تأثير بالتالي لحكم النقض عليها.

ويترتب على ما قلناه أنه لا حاجة للقضية بعد نقضها للفصل فيها من جديد، وعلى هذا فإذا طعن في الحكم لمخالفته قواعد الاختصاص وجب على محكمة النقض أن تقتصر على بحث عدم الاختصاص وتعين محكمة النقض المختصة وتحيل الملف إليها عند طلب احد طرفي الخصومة المادة /26/ أصول سوري.

أما إذا كان الحكم قد تنقض لغير ذلك تحيل القضية إلى المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه لتحكم فيه من جديد بناء على طلب الخصوم.

هذا ونشير إلى أن مخالفة الحكم المنقوض لقواعد الاختصاص تشتمل تلك المتعلقة بالنظام العام وغيرها[3].

والطعن في القضية من ناحية الاختصاص تقيد محكمة النقض فلا تستطيع البحث إلا في هذه المسألة.

---

[1]- د. نبيل عمر: دراسات في فلسفة قانون المرافعات، 1979، ص80.

[2]- الاستاذ حامد فهمي ود. محمد فهمي: المرجع السابق، ص680.

[3]- د. نبيل عمر: دراسات في فلسفة قانون المرافعات، ص45.

ولا تخضع خصومة النقض للموقف فلا يجوز للأفراد الاتفاق على ذلك، كما لا يجوز وقفها للفصل في مسألة أولية.

وتقضي المادة /258/ أصول سوري على أن الخصوم لا يحضرون أمام النقض ما لم تقرر المحكمة أو ينص القانون على ذلك في حين أن المادة /272/ مرافعات سوري واضحة جداً في موضوع حضور الأفراد أمامها طبقاً لنظام الجلسات، تقول المادة /272/ تسري على قضايا الطعون أمام محكمة النقض القواعد والإجراءات الخاصة بنظام الجلسات.

ونعتقد أنه لا يمكن تقسيم المادة /250/ أصول سوري إلا على أساس ذلك ونعتقد أن نظام شطب الدعوى ليس له وجود أمام محكمة النقض[1].

وقضى القضاء المصري بأن انقطاع الخصومة لا يقع أمام النقض إذا كانت الدعوى مهيأة الحكم، وهي تكون كذلك متى كان الخصوم قد أبدوا أقوالهم وطلباتهم الختامية قبل قيام سبب الانقطاع[2].

ولا تأثير على سير الخصومة وفاة الطاعن بعد انتهاء أجل تبادل المذكرات فيها لأنها تعتبر مهيأة للحكم فيها[3].

وهنالك رأي بأنه إذا حدثت الوفاة أو فقد الأهلية أو زوال الصفة قبل الانتهاء من مرحلة التحضير أو حدث العارض في مرحلة نظر القضية بعد قرار المحكمة بسماع المرافعة فهذا العارض يرتب أثره وتنقطع الخصومة ويستثنى من ذلك

---

[1]- انظر مقاربة ذلك. د. نبيل عمر: سبب الطلب القضائي أمام محكمة الاستئناف، ص408.

[2]- نقض مدني مصري 955/11/12 مج النقض سنة 34 ص1989.

[3]- نقض مدني مصري 1973/6/22 مج النقض سنة 24 ص1982.

الحالة التي يكون الخصم الذي قام به العارض بعد قرار المحكمة لسماع المرافعة لم يسبق له أن قدم مذكرة بدفاعه فالقضية بالنسبة له تعتبر جاهزة للحكم وفيما يتعلق بقواعد سقوط الخصومة فهي لا تطبق على خصومة النقض حيث إن سير الإجراءات أمامها لا يعتمد على نشاط الخصوم[1].

وتسري قواعد ترك الخصومة على خصومة النقض ولا يشترط قبول المطعون ضده لنفاذ هذا الترك لأن القضية لا تتعلق بالموضوع وترك النقض لا يرتب أثره إلا بصدور قرار من المحكمة، ويرتب هذا القرار أثره وبه تنتهي الخصومة ويعود الأطراف إلى المركز الذي كانوا فيه قبل الطعن ولا تسري على النقض القواعد المتعلقة بالتقادم، والحكمة من ذلك عدم الإضرار بالأشخاص، فقد يطول أمر النقض ولا يكون للخصوم دخل فيه.

والقبول بالحكم هو الرضاء به صراحة أو ضمناً بحيث يمتنع على من رضي به الطعن فيه بعدئذ بأي طريق من طرق الطعن[2].

يعّرف قبول الحكم بترك الخصومة، فالخير ينصب على مجموعة الإجراءات التي ولّدها الطلب القضائي، وترك الخصومة في الطعن لا يمنع من تجديد الطعن إذا كان ميعادها ممكناً، ويشترط لوقوع الترك موافقة المطعون ضده.

أما النزول عن الحكم فلا يشترط موافقة الطرف الآخر، وأما قبول الحكم المانع فلا يشترط هو أيضاً قبول الطرف الصادر لصاحبه الحكم[3].

---

[1] – د. نبيل عمر: سبب الطلب القضائي أمام محكمة الاستئناف، ص409.

[2] – د. أبو الوفا: المرجع السابق، ص 822.

[3] - د. نبيل عمر: سبب الطلب القضائي أمام محكمة الاستئناف، ص84.

وقبول الحكم المانع يترتب عليه حرمان القابل لهذا الحكم من الطعن عليه بطرق الطعن، أما سقوط الحق في الطعن لفوات الميعاد فالبعض يرى أنه يحرم الخصم من مجرد الطعن المقرر في الميعاد الذي فوته الخصم على نفسه[1].

ومحكمة الموضوع تتولى الفصل في وقوع القبول أو عدم وقوعه بمطلق سلطتها التقديرية.

وإذا كان قبول الحكم في رأي البعض إسقاطاً تنتج آثاره بمجرد حدوثه، فإنه يستثنى من تلك الحالات التي قررها المشّرع والتي بمقتضاها يجوز لمن رضي بالحكم أن يعدل عن رضائه إذا لم يقبل خصمه هذا التصرف وقام من جهته بالطعن فيه[2].

وإذا تم القبول بعد صدوره، فلا يجوز للمحكوم عليه القائل أن يدعي بطلان الحكم لكي يصل للتملك من هذا القبول[3].

ويجب صدور القبول عن اختيار، وأن المحكوم عليه بتنفيذ الحكم يعتبر قبولاً للحكم إذا لم تكن له قوة تنفيذية، فهنا يكون التنفيذ الاختياري مجرد أعمالاً لقوته التنفيذية، واتقاء التنفيذ جبراً لا قبولاً مسقطاً الحق في الطعن[4].

ولا يعتد بقبول الأحكام الصادرة في مسائل النظام العام لأن مثل هذا القبول يعتبر صلحاً والصلح ممتنع في المسائل المتعلقة بالنظام العام.

---

1 - د. أبو الوفا: المرجع السابق، ص 820.

2 - د. أبو الوفا: المرجع السابق، ص 826.

3 - المادة 227 مرافعات مصري.

4 - نقض مدني مصري 1966/5/5سنة 17 ص1490.

الفرع الثالث

مخالفة القانون

ويرى **الدكتور نبيل عمر** أن محكمة النقض تراقب أعمال القانون عن طريق استخلاص القاضي للوقائع كما أظهرته له أسباب الحكم المطعون فيه، والقاضي عن طريق بحث أسباب الحكم يستطيع محكمة النقض مراقبة ما إذا كان تقرير قاضي الموضوع الواقع في لف القانون في الأوراق التي تحت نظره.

وهذه الرقابة تمارسها دائماً عندما تراقب أعمال القاضي للتكييف القانوني المراد إعطاؤه الدافع فرقابة الأسباب في الحقيقة ما هي إلا رقابة عملية التكييف القانوني الذي يعطيه القاضي لهذه الوقائع تمهيداً لأعمال القانون /174/ وسلطة قاضي الموضوع هي سلطة نظرية أكثر منها حقيقة ونشاط القاضي حكمه يخضع لرقابة محكمة النقض /174/.

وفي كلمة واحدة فإن مخالفة القانون هي مخالفة مركبة ومتتابعة تبدأ من عملية التطبيق لوقائع النزاع إقراره أثر قانوني لا يستجيب لعمليات النزاع الواقعية.

الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا

يمكن القول إن الحياة أخذت تدب في عروق سوريا منذ حكومة فيصل، وإن كانت الحياة الإدارية التي تخضع للقانون الإداري كانت متواضعة جداً، وبقيت محتضنة اختصاصاً بمجلس الشورى الأول /1918-1924/ ثم مجلس الشورى الثاني عام /1925/ في عهد الانتداب الفرنسي[1]، فالفرقة الإدارية لدى محكمة التمييز الذي حل محل مجلس الشورى بموجب القانون رقم /26/ تاريخ 1938/4/12.

وفي عام /1921/ أعيد مجلس الشورى الدخول لأول مرة اختصاصاً في القضايا الإدارية التي كون فيها صالح الأجنبي وأدخلت تعديلات طفيفة على نظام مجلس الشورى في الفترة ما بين /1946-1947/ لكنها لم تمس الجوهر وبقي يؤدي وظيفته حتى /1950/ وفي هذا التاريخ عدلت سوريا عن نظام مجلس الشورى إلى نظام المحكمة العليا[2]، حيث حددت المادة /122/ من دستور عام /1950/ اختصاص هذه المحكمة في طلب إبطال الأعمال والقرارات الإدارية.

---

[1]- د. مصطفى البارودي: الوجيز في الحقوق الإدارية، طبعة ثالثة، 1956.

[2]- د. عبد الله طلبه: القانون الإداري في الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، جامعة دمشق، 1990، ص107.

وعندما قامت الوحدة بين إقليمي الجمهورية العربية المتحدة صدر القانون رقم /55/ لسنة /1959/ الذي أحيا في الإقليم الشمالي نظام القضاء الإداري، وهذا القانون يقارب في مجمل نصوصه القانون رقم /165/ لعام /1955/ الذي كان ينظم مجلس الدولة جمهورية مصر مع بعض التعديلات التي استلزمها شمول القانون الجديد للإقليم الشمالي.

وما يزال هذا القانون هو الناظم لتكوين مجلس الدولة السوري واختصاصاته مع بعض التعديلات التي أناطت بمحكمة البداية المدنية في المحافظة النظر في الدعاوى الإدارية التي تقام على الدولة ثم التعديلات المتعلقة بالشؤون الضريبية حيث أناطت بهذه المحاكم النظر في المسائل الضريبية وفي نظرنا أن الشيء الجوهري في القانون الإداري في سوريا هو صدور قانون مجلس الدولة عام /1959/ وهذا القانون وإن كان تطوراً جزئياً في حياة القانون الإداري في مصر إلا أنه كان تطوراً جوهرياً وأساسياً في سوريا.

ولا عجب فدولة الجمهورية العربية المتحدة كانت دولة دينامية اقتحامية تقدمية فهمت نفسها مدعوة إلى غرس مبادئ القانون الإداري بأحدث صورة في التربة السورية، وتعهدها ورعايتها وصهرها في بوتقة تطور القانون الإداري في مصر، وقد زاعت في ذلك الظروف الخاصة في سوريا وكان التنظيم الجديد أخذاً صريحاً بالنظام الإداري مع اعتناق جرعة كبيرة منه، ثم ترك اكتمال المشروع الإداري الحضاري التقدمي إلى الزمن ينصهر مع حرارة الحياة وتجربة الأمة وخبرتها.

إذاً نستطيع التأكيد أن تجربتها في القانون رقم /55/ لعام /1959/ كانت بداية هامة ومع ذلك فإنها تبقى جرعة في التطور متروكة لظروف الأمة وتطورها وهذا ما نلاحظه جلياً في النظام القضائي الذي أتحفنا به القانون رقم /55/، فهذا

النظام تضمن بالنسبة للطعن أمام المحكمة الإدارية العليا الجمع بين خصائص معظم الطعون المعروفة كالنقص الاستئناف ومعارضة الخصم الثالث[1].

ولم يكتشف بصورة كاملة ولم يعطي حلاً كاملاً لطبائع الأشياء وخصائص التجربة الإدارية لا سيما كما ارتسمت في فرنسا.

وكان من المفروض أن تكتمل حلقات هذا التشريع وأن يستتبع بجرعات إضافية، وبالتالي فإن ما أعطاه القانون لمحاكم البداية المدنية في المحافظات يعتبر تطوراً لا يمكن التقليل من شأنه، لكنه لا يكفي خصوصاً إن محكمة البداية المدنية لا تزال تطبق على هذه الدعاوى في ذلك اختصاصها العربي لا سيما قواعد ومبادئ وروح القانون الخاص، ويجب أن يواكب كل ذلك الخطوات التي تجعل من مجلس الدولة السوري قاضي القانون العام ومختصاً في كافة المسائل الإدارية، كما حدث في مصر عام /1973/.

إضافة لذلك يجب أن يقوم التنظيم الإداري على اختصاص المحكمة العليا بالمسائل القانونية فقط دون الواقع.

ولا عجب فقانون مجلس الدولة رقم /55/ بشر بذلك ودعا إلى إصدار قانون والإجراءات الإداري ونحن بدورنا ندعو كافة الزملاء أن ترتفع أصواتهم لإكمال التجربة الإدارية بما يتناسب مع طبائع الأشياء والنسب المركوزة فيها امتثالاً لضمير أمتنا في التقدم والحياة والازدهار.

وتجدر الإشارة إلى أن التطور المنطقي وأخذ بقواعد العقل ومبادئ الذهن التي تنبع من معطيات الواقع في ذاته ومن طبائع الأشياء لا علاقة له بخصوصية خاصة، وهذا ما قاله وتوصل إليه رواد النهضة الحديثة وأضافوا بأن تلك الحقائق

---

[1]- د. سليمان محمد الطماوي: الوجيز في القضاء الإداري، القاهرة دار الفكر العربي، 1972، ص879.

مادية شيئية تنبع من الواقع وتفرض نفسها على كافة الناس والأفراد يقفون تجاها من الخارج على السواء، فلو أخذنا مثلاً علم الطبيعة أو الرياضيات فهل نقول إن هنالك خصوصية عربية أو سورية، والأمر نفسه بالنسبة للتنظيم القضائي العقلي القائم على التجربة فهل ننسبه إلى هذا الشعب أو ذاك نحن لا ننكر الخصائص الحضارية والإنسانية كما لا ننكر ظروف المكان والزمان ولكن هذه الأمور لصيقة بالتجربة الإنسانية، أي بالحقائق الحضارية التي تمتد إلى عالم الروح والذات النفسية.

والتجربة الفرنسية المسماة بالنظام الإداري والتي أخذت بها العديد من الميول هي تجربة عقلية استقرت زمناً طويلاً من الغربلة والنخل والصقل إلى أن وصلت إلى ما وصلت إليه من العطاء الذهني الرائع، وقد عرضنا إلى قبس من هذه التجربة فيما يتعلق بالتمييز بين الواقع والقانون وقلنا أن ذلك استغرق من هذه التجربة حوالي مائة وخمسين عاماً نحن أن هنالك عوامل تاريخ تاريخية لكننا نجد أنفسنا محكومين بالقوانين الكلية لهذه التجربة وسائرين نحو خصائصها ولنا أن نتساءل كيف نأخذ بالجوانب الموضوعية لهذه المبادئ ثم لا نأخذ بالتنظيم القضائي لا سيما بهيكليته الموضوعية العامة.

وهنا يتبادر إلى الذهن مقولة مآلها: هل أخذ النظام القضائي الإداري الفرنسي بخصيصة مرحلة الاستئناف المعبرة عن مرحلة قضائية قائمة بذاتها (طعن عادي)، ثم مرحلة التعقيب القانوني (طعن غير عادي) ودرجة تتولاها محكمة النقض الإداري، ومن ثم فما هي خصائص هذه التجربة والتنظيم؟.

صورة مجتزأة عن تجربة التنظيم القضائي الإداري في فرنسا

وسنتولى شرح هذا التنظيم باقتضاب فسنرى أن هذا النظام انطلاقاً من طبائع الأشياء والنسب المركوزة – أخذاً بمبدأ عريض في نظام الإدارة العامة الذي خصص جهازاً لدرجة التقاضي القانوني في (النقض) لكنه خصص جهازاً آخر للتقاضي من الدرجة الثانية (النظام الاستثنائي)، وكأني بهذا النقض يستجيب لمبدأ قديم في علم الإدارة العامة هو الربط بين الوظيفة function والعضو الجهازي، ذلك أن الوظيفة لا تؤتي ثمارها وأكلها إلا بتخصيص جهاز خاص يضطلع بها والتنظيم الإداري الفرنسي عندما خصص جهازاً خاصاً للتنظيم الإداري لم يكن مقلداً ومتبعاً للقضاء العادي، إنما طبق نظامه الإداري الخاص منطلقاً من طبائع، هذه الطبائع التي تجعل النظام الإداري يلتقي في بعض المسائل مع نظام القضاء العادي تعبيراً عن القانون في ذاته وحقيقته الجوهرية.

ولا أدل على ذلك أن النظام القضائي الإداري الآخذ بتلابيب النقض له سمات وخصائص تميزه من النقض العادي وعلى هذا الأساس سنفرد بحثاً مستقلاً نتكلم فيه عن الخصائص الذاتية لمسار القضاء الإداري جنباً إلى جنب القضاء

العادي، والنظام القضائي الإداري وسنتكلم قليلاً عن نظام الاستئناف ثم نظام النقض الإداري الطعن بالاستئناف appel.

كان مجلس الدولة بصفته قاضي استئناف fucfe d`appel يتمتع في مواجهة الأحكام الصادرة عن مجالس الأقاليم، ولكنه تطور ليشمل دعوى الإلغاء، حيث أصبحت هذه الدعوى بالنسبة لمنظم القرارات الإدارية تنظر على درجتين[1] الأولى المحاكم الإدارية الإقليمية والثانية مجلس الدولة[2].

ويمكننا – من استقراء نظام الاستئناف الإداري – بتسجيل الملاحظات الآتية:

1) تمكين الطعن بالاستئناف مهما كانت أهمية النزاع، وبهذا الشمول أصبح مجلس الدولة يؤدي دوراً أساسياً في التوحيد والتنسيق.
2) لمجلس الدولة كامل السلطة على الأحكام المطعون فيها من ناحية الوقائع والقانون، وللطاعن أن يؤيد دعواه أمام المجلس بأسباب جديدة، ولكن ليس له التقدم بأسباب جديدة.
3) ليس لهذا الطعن أثر موقف للحكم المطعون فيه.

---

[1]– د. عبد الله طلبه: القانون الإداري الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، ص390.

[2]– د. سليمان الطماوي: المرجع السابق، ص841 وأنظر د. عبد الله طلبه: المرجع السابق.

إذاً فتستطيع الإدارة أن تنفذ الحكم المطعون فيه، ولكنها تفعل ذلك على مسؤوليتهما[1] كما أن لمجلس في نظرتنا هو امتيار المبادرة الذي تتميز به القرارات الإدارية التي تعطي الإدارة ملكية تنفيذ قراراتها بالإضافة إلى نظام الصحة ومرتبة السلامة التي تتميز بها الإدارية، فإذا خلت يد الإدارة من هذا الامتياز فإن ذلك يؤدي إلى شلل الإدارة وتوقفها عن العمل حتى يبت القضاء في الموضوع.

4) القاعدة العامة إن كل حكم صادر عن محكمة إدارية يجوز الطعن فيه استئنافاً ما لم ينص الشارع على عكس ذلك[2].

5) لا يجوز الطعن إلا من كان طرفاً في الدعوى أما من لم يكن فيها فطريقه في الطعن معارضة الخصم الثالث la Tierce opposition ويجوز طبعاً من يدخل في الدعوى الابتدائية أن يتدخل في الاستئناف إذا رفعه الخصوم.

6) بعد أن أصبحت دعوى الإلغاء تنتظر على درجتين أصبحت الإدارة تستطيع الطعن استئنافاً بقرار الإلغاء[3].

ينتقل النزاع إلى الاستئناف للفصل فيه من جديد من حيث الواقع والقانون[1] ومع ذلك فإن الطعن بطريق الاستئناف يمكن من أداء دور فعال في الرقابة على تطبيق

---

[1]- د. عبد الله طلبه: المرجع السابق، ص392.

[2]- د. الطماوي: المرجع السابق، ص842.

[3]- 1956/1/6 قضية prefet de thiomvlle.

القانون، والأصل أن الاستئناف في فرنسا يلغي الحكم أو يصدقه أو يعدل فيه، كما في وسعه أن يأمر باستيفاء التحقيق.

7) بالرغم من أن القاضي يحدد الاستئناف الأصلي أو العرضي اللهم إلا بالنسبة للأمور المتصلة بالنظام العام.

8) لا يترتب على الاستئناف وقف تنفيذ الحكم، ومع هذا يستطيع مجلس الدولة أن يقضي بوقف التنفيذ .

---

[1]- يعبر عن ذلك الفرنسيون بالمصطلح أو الأثر والتأثر effet devabutaf.

الطعن بالنقض الإداري في فرنسا

ويرتبط هذا الطعن ارتباطاً وثيقاً بالطعن الاستئنافي لأنه مقرر بالنسبة لأحكام المحاكم الإدارية التي لا تستأنف أحكامها أمام مجلس الدولة[1] أي إذ أنه جميع الأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية الأقل درارة أياً كان نوعها تخضع للطعن أمام مجلس الدولة إما بالاستئناف وإما بالنقض ولكن لا يمكن الطعن بالوجهين معاً لأن القاضي واحد.

وعن طريق هذين الوجهين بسط مجلس الدولة الفرنسي هيمنته على تلك المحاكم وبث الوحدة والانسجام في صرح القوانين الإدارية.

وننوه أن الطعن بالنقض كان يختلط في أو الأمر بدعوى الإلغاء، لكن الفقيه لافير بير ميز بينهما ثم تابعه القضاء في ذلك وبصورة عامة فهنالك أوجه خلاف بين الدعويين نوضحها فيما يلي:

1- الهدف فيهما واحد وهو إلغاء عمل قانون لعدم مشروعيته.

2- شوط قبول الدعوى واحدة من حيث الشكل والمدة، وإن كانت الدعوى في النقض يشترط في التقديم من قبل محام.

---

[1]- د. طلبه: المرجع السابق، ص393.

3- يكان يكون تاماً بين أوجه الإلغاء التي يستند إليها طلب إلغاء كل من القرار الإداري والحكم وهي:

- عيب عدم الاختصاص.
- عيب الشكل.
- عيب مخالفة القاعدة القانونية.
- عيب الانحراف في استعمال السلطة.

ويرفع الخلاف بين الدعويين إلى اعتبار أساسي يتلخص بأن الطعن بالنقض ومن ثم يمتاز الطعن بالنقض بالخصائص الآتية:

1- لا يمكن رفع الطعن بالنقض إلا ضد حكم نهائي لا يمكن الطعن فيه بالاستئناف أو المعارضة أو معارضة الخصم الثالث ولا يقبل الطعن إلا من الخصوم في الدعوى وشرط توافر المصلحة.

2- حجية الحكم الصادر بالنقض نسبية.

شروط قبول الطعن بالنقض أمام المحكمة الإدارية العليا في فرنسا

تمهيد

1-يجري مجلس الدولة الفرنسي منذ القدم على أن الطعن بالنقض ضد طريق القانون العام الطعن في الأحكام النهائية التي تتمتع بقوة الشيء المقضي وعلى هذه الأسباب فإن كل حكم نهائي لم يهز حجية الشيء المقضي يمكن أن يطعن فيه بالنقض ما لم يقرر المشّرع غير ذلك، على أن هذه القاعدة مقيدة لأنه لا يمكن الجمع بين الاستئناف والنقض ومن ثم فلا يمكن الطعن بالنقض في الأحكام التي يجوز الطعن فيها بالاستئناف[1].

2-ولا يقبل الطعن بالنقض إلا من كان طرفاً أو ممثلاً في الحكم المطعون فيه يجب أن يتوافر في رافع الطعن شرط المصلحة.

3-ويجب أن يقدم الطعن من قبل محام مقبول أمام مجلس الدولة أوجه قبول الطعن بالنقض.

إن الطعن بالنقض أمام مجلس الدولة يتعلق أساساً بتطبيق القانون وإذا كان هذا المعنى يجعل عمل مجلس الدولة كمحكمة نقض بعيداً عن وقائع النزاع فإن حالات

---

[1]- د. الطماوي: المرجع السابق، ص849.

كثيرة لا يمكن الحكم فيما على سلامة تطبيق القانون إلا بالتعرض لوقائع النزاع ولكن مهما يكن من أمر فإن مجلس الدولة في قيامه بوظيفته كقاضي في نقض ليست درجة ثالثة من درجات التقاضي ومن ثم فإن مهمته محصورة في التأكيد من أن الحجة المطعون في حكمها قد طبقت القانون تطبيعاً سليماً وسجياً فإنه لا يمكن أن يطرح أمام مجلس الدولة الفرنسي من الدفوع القانونية إلا ما سبق طرحه أمام قاضي الموضوع[1].

ولكن نجد من إطلاق هذه القاعدة توسع مجلس الدولة الفرنسي في تفسير أوجه الدفاع القانونية المتعلقة بالنظام العام: inoyens à l'ordre poulie

وكما قلنا سابقاً فإن أوضاع عدم المشروعية التي تميز الطعن بالنقض طبقاً لقضاء مجلس الدولة الفرنسي هي:

1) **عيب الاختصاص**: ويكون مرجع الاختصاص تخطي الجهة الإدارية حدود اختصاص الموضوعية أو المكانية أو الزمانية وهذا العيب يتصل بالنظام العام.
2) **عيب الشكل والإجراءات**: وتتمثل أكثر تطبيقات هذا العيب في مجال رقابة التسبب حتى ولو لم يوجد نص صريح يقضي بهذا الإلزام مع أن مجلس الدولة لا يعتبر ذلك من النظام العام ومؤدياً للغرض منه suffisante ويجب أن يكون التسبب كافياً.
3) **عيب مخالفة القانون**: أهم ما يستدعي الانتباه هو امتداد رقابة مجلس الدولة إلى الوقائع للتأكد من سلامة تطبيق القانون وثمة تشابه فيه تطور

---

[1]- د. الطماوي: المرجع السابق، ص850.

قضاء المجلس في هذا الحال أي كمحكمة نقض وقضاءه في مجال دعوى الإلغاء وإذا كانت القاعدة العامة أن حجة الوقائع هي من اختصاص قاضي الموضوع فإن مجلس الدولة كمحكمة نقض قد مد الرقابة للتأكد من صحة قيام الوقائع وإلى تكييفها القانون يوجب ثبوتها.

ويجري قضاء مجلس الدولة الفرنسي على بطلان الحكم الذي يؤسسها وقائع غير صحيحة ولكنه كمحكمة نقض لا يعرض لهذا الموضوع إلا إذا كانت الأدلة المثبتة لعدم حجة الوقائع قد طرحت على قاضي الموضوع ويراقب المجلس أيضاً التأكد من التكييف القانوني للوقائع بفرض ثبوتها وهذه المهمة تدخل في نطاق الاختصاص العادية لقاضي النقض وإن كان المجلس يمارسها كقاضي إلغاء[1].

ويلتزم المجلس كمحكمة نقض ذات المسلك الذي ينتهجه كقاضي إلغاء بالنسبة للآثار التي يرتبها على رقابته للوقائع إذ لا يرتب أثراً إلا بالنسبة للسبب الصحيح أو المؤثر ثم إن المجلس يحل العيب الصحيح للحكم فما السبب غير الصحيح إذا كانت النتيجة النهائية التي وصل إليها الحكم المطعون في حجته رغم فساد الأسباب ولكن المجلس لا يلجأ إلى هذه الطريقة إلا إذا كانت الأسباب قائمة على وقائع أثبتها قاضي الموضوع أو تتعلق بالنظام العام.

وهكذا يمكننا أن نسجل خلاصة هذا البحث فيما يلي:

---

[1]- د. الطماوي: المرجع السابق، ص852، وأنظر د. عبد الله طلبه: المرجع السابق، ص394 وما بعدها.

1- إن محكمة النقض الفرنسية درجة من درجات التقاضي (طريق غير عادي) تختص على سبيل الاستغلال بالتعقب القانوني ليس لا .

2- لا تنظر في الوقائع إلا استثناء وللتأكد من تطبيق القاعدة تطبيقاً سليماً .

3- لا يجتمع الاستئناف والنقض من جهة من جهات التقاضي وهكذا استطاع مجلس الدولة الفرنسي أن يشق طريقه بصورة مستقلة من القضاء الفرنسي العادي رغم التشابه بينهما من حيث التعقيب القانوني النهائي واستطاع أن يأتي بمبادئ وأصول وقواعد إدارية مستقلة ومغايرة لمبادئ القانون المدني تتفق مع أصول وروابط القانون الإداري وجوهر ركنه روابطه وفما يلي الخصائص لمسلك القضاء الإداري مقارنة مع مسلك القضاء العادي.

اتجاهات الرقابة لدى كل من مجلس الدولة الفرنسي ومحكمة النقض الفرنسية

وسنتلمس هذا الموضوع المعقد بإيجاز وإن كان لنا أن نبدي كما جاء على لسان الفقيه الملاحظات الآتية:

1) **من حيث الوجود المادي للوقائع**: فبينما يقر مجلس الدولة لنفسه (في نطاق النقض كما هو الشأن في الطعن يتجاوز السلطة).

بسلطة التحقق من الوجود لمادي للوقائع التي تعتبر أساساً للقرار المطعون فيه، نجد أن محكمة النقض تقر الوقائع التي يقرها قضاة الموضوع فأحكامها تشير دائماً إلى (التقدير المطلق) لقاضي الموضوع conststion sauvraine.

بل إن محكمة النقض ترفض حق الالتفات إلى الوقائع المعنية التي أغفلها قاضي الموضوع في صدد تطبيق قانون عفو صدر في وقت لاحق على الحكم المطعون فيه، وقد جاء في أسباب هذا الحكم: "أنه يندرج في اختصاصات هذه المحكمة التي لا تسمح لها بفرض رقابتها إلا على الآثار والنتائج القانونية لفعل مادي وليس على وجود هذا الفعل ذاته".

وفي حين يعترف مجلس الدولة لنفسه بحق رقابة الوجود المادي للواقعة التي أثبتها قاضي الموضوع ويمتنع في أي مراقبة لتقدير قاضي الموضوع، تتخذ المحكمة موقفاً يكاد يكون معارضاً: فهي تقر أنه بعد أن قرر قاضي الموضوع الوقائع بسلطة مطلقة تعمل رقابتها بصورة، أشد على تقديره لهذه الوقائع، على نقيض مجلس الدولة ويجب التسليم بأن اتجاه محكمة النقض أكثر منطقاً من موقف مجلس الدولة نظراً لأن التقدير يستلزم عملية ذهنية أكثر تعقيداً من مجرد التقدير ويبرر قضاء مجلس الدولة في هذه النقطة بأن المجلس وقد اعتاد أسلوب الطعن بتجاوز السلطة قد راض نفسه على احترام سلطة الملاءمة التي للإدارة وإن كان يفرض رقابته على تقريراتها.

ولذلك فإنه قد طبق مبادئ مماثلة على الطعن بالنقض حيث أقر بالسطلة التقديرية لجهة القضاء الإداري يفي تحصيل الوقائع وتقديرها.

2) **من حيث التكييف القانوني للوقائع:**

فلقد وسعت محكمة النقض سلطتها في التقدير إلى حد كبير عن طريق رقابتها على التكييف القانوني للوقائع ولقد رأينا كيف أن مجلس الدلة قد تقبل هذه النظرية القضائية، وكيف يبحث بصفة خاصة فيما إذا كانت الوقائع الثابتة من طبيعتها أن تبرر القرار المتخذ، ولكن محكمة النقض في المواد الجنائية قد سلكت نفس المسلك في المسائل التأديبية.

وهي في نطاق تأديب المحامين بصفة خاصة قد انتهت (كما كان يجب أن يفعل مجلس الدولة بالنسبة لأعضاء نقابات المهن الحرة) إلى وضع تعريفات notions أقل أو أكثر تحديداً من الخطأ ضد الشرف أو الكياسة أو الواجب المهني[1].

Faute canter l'honneur la dilicatisse ou le devoir professionnel

بل لقد ذهبت محكمة النقض إلى أبعد من ذلك بكثير، إذ فصلت فيما إذا كانت للوقائع التي قررها قاضي الموضوع صفة (الخطأ) في مفهوم المادة /1382/ وما بعدها من القانون المدني[2] أو ما إذا كانت صفة الفرد[3]préjudice.

وما إذا كان العامل أثناء تنفيذ عقد العمل قد ارتكب خطأ جسيماً[4] faute grave.

---

[1] - نقض 13/ يوليه /1908 - داللوز 1910 - ص125.

[2] - نقض مدني 7/ مايو/1947، د. اللوز 1946 - 1-515.

[3] - نقض مدني: أول أبريل 1946 قضية مدام E lueduff 285-1-1946.

[4] - نقض 13 يناير 1982- سيري 1893-1-257.

بل هي قد حددت فكرة الشيء الخطيرة Chose dangereuse وكيفتها بأنها فكرة قانونية notion juridique.

على أن مطالعة أسباب بعض هذه الأحكام توضح – أكثر ما توضحه الأمثلة السابقة – الجرأة التي أظهرتها محكمة النقض في هذا النطاق، حيث وسعت رقابتها بصفة خاصة في بعض المواد مثل القانون الفرنسي وشؤون الصحافة، وبراءات الاختراع.

ولئن كان مجلس الدولة يطبق نفس المبادئ التي تطبقها محكمة النقض في رقابته على التكييف القانوني للوقائع إلا أنه يجب ملاحظة أن رقابته حتى الآن لا تزال أقل جراءة بكثير من رقابة محكمة النقض وأكثر ما تظهر هذه الجرأة في رقابة محكمة النقض لمسخ التصرفات القانونية، وهو طريق لم يتح لمجلس الدولة فرصة سلوكه، إذ لما كان الإنصاف الطبيعي لتطبيق نظرية الفسخ هو نطاق التصرفات القانونية الظاهرة، فإن هذا يفسر كيف أن مجلس الدولة (دون أن يرفض تطبيق النظرية على المنازعات التي تفرض عليه) لم تتح له الفرصة لتطبيقها نظراً لأن النطاق الذي يقضي فيه كقاضي للنقض ليس بصفة عامة نطاقاً تعاقدياً.

والمثال الوحيد الذي أشار إليه Borjat خاصاً برقابة النقض التي أجراها مجلس الدولة في صدد نسخ قاضي الموضوع لاتفاق ما هو الحكم في القضية Teyssier (مجموعة الأحكام صفحة /205/ جلسة 16/ مايو /1947).

وقد فهمه الشراح على أنه أقر ضمناً أنه قاضي الموضوع قد مسخ المدى الواضح لعقد الإذعان cohtrat d' adhésion الذي يربط أعضاء الجمعية التعاونية.

وهكذا تخلص إلى أن سلطة قاضي النقض في رقابة الوقائع تختلف فيها محكمة النقض عن مجلس الدولة من حيث المبدأ في أن مجلس الدولة يراقب قاضي الموضوع من حيث الوجود المادي للوقائع في حين ترفض محكمة النقض ذلك – ثم لا تختلف الهيئتان بعد ذلك إلا في الاتجاه من حيث رقابة التكييف: رقابة محكمة النقض في ذلك أكثر اتساعاً من مجلس الدولة فضلاً عن أن مجلس الدولة لا تتاح له الفرصة في تطبيق نظرية المسخ التي وسعت بها محكمة النقض رقابتها في نطاق التصرفات القانونية.

الصفة في الطاعن أمام المحكمة العليا

الصفة هي أهلية المخاصمة القضائية كمدع أو مدعى عليه[1] وقد تندمج الصفتان والعكس، ولكنهما قد يستقلان، فقد تتوافر الصفة دون المصلحة لدعوى رفعها شركة ممن يمثلها قانوناً أمام القضاء، تتقبل لرفعها من ذي مصلحة وترفض لانتقاء المصلحة فيها بالصفة تثبت في الحالات الآتية:

1- للشخص الطبيعي بولادته لأنها أقرت لأهلية الوجوب غاية ما هنالك أنه حتى يستطيع الشخص الطبيعي مباشرة حقه في المخاصمة المستخدمة هذه الصفة فإنه يجب أن تتوافر فيه أهلية الأداء وإلا ناب عنه ممثل القانون.

2- وتثبت كذلك لكل شخص اعتباري سواء أكان من أشخاص القانون العام أم من أشخاص القانون الخاص.

---

[1]- عبد الفتاح حسن: القضاء الإداري وقضاء الالغاء، 1979، المنصورة، مكتبة الجلاء الحديثة ص203.

أنظر: د. عبد الله طلبه: الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، ص320.

3- تثبت الصفة لبعض الوحدات الإدارية التي لا تتمتع بالشخصية المعنوية ولكن المشّرع يعترف لها ببعض مظاهر هذه الشخصية فإذا رفعت الدعوى منذ البداية من ذي صفة ناقص الأهلية أو عدمها فإنها تكون مقبولة لرفعها من ذي صفة ولكن إجراءات الخصومة تكون باطلة ذلك أن الأهلية ليس شرطاً لقبول الدعوى وإنما هي شرط الصحة.

إجراءات الخصومة وقد حكمت محكمة القضاء الإداري في سوريا على أن الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صفة ليس من دفوع النظام العام[1].

وتظهر أهمية هذه التعرفة بأنه بينما شرط الصفة يجوز للمدعى عليه دائماً التمسك به فإن بطلان إجراءات الخصومة لا يتمسك به إلا من شرع البطلان لمصلحته وهو المدعي، فلا يصح إذاً أن تتمسك به الجهة الإدارية المطعون في قرارها اللهم إلا إذا أسأت ألا تضار بتعرضها مستقبلاً لإبطال الحكم الذي قد يصدر لصالح الدعوى إذا عندئذ يكون لها مصلحة في الدفع ببطلان إجراءات الخصومة[2].

وذلك فإذا رفعت الدعوى من ناقص الأهلية أو عدمها ثم صححت الإجراءات إنهاء سير الدعوى بتدخل ممثلة بالدعوى واستمراره في بياناتها فإنه لا يكون للجهة الإدارية المدعى عليها الدفع بعدم قبولها لانتفاء مصلحتها في هذا الدفع والمصلحة

---

[1]- محكمة القضاء الإداري في مصر 1970/11/11 في سوريا.

[2]- المحكمة الإدارية العليا في مصر 1973/4/21 قرارها في القضية رقم 73.

هي مناط الدفع كما هي مناط الدعوى[1]، أما إذا رفعت الدعوى من ذي أهلية وأثناء نظرها صدر ضده حكم جنائي أفقده أهلية الخصومة فإنه يتبين الحكم في الانقطاع سير الخصومة[2] وهكذا يجب أن نفرق بين فروض ثلاثة[3]:

1) رفع الدعوى من شخص طبيعي متمتع بأهلية الأداء كاملة وعندئذ تنعقد الخصومة وتكون إجراءاتها صحيحة وتكون الدعوى مرفوعة من ذي صفة.

2) رفع الدعوى من شخص يزعم أنه وكيل ذي الصفة حالة عدم بحضور هذه الوكالة وعندئذ تكون الخصومة متقدمة ويقضي فيها بذلك فإذا قضى الحكم يقر ذلك كان قضى بانتهاء الخصومة كان بدوره متعلقاً.

3) رفع الدعوى من شخص طبيعي ناقص الأهلية أو عدمها وعندئذ تكون الدعوى مقبولة ولكن إقراره الخصومة تكون باطلة.

أما إذا رفعت الدعوى من شخص معنوي فإنها دائماً مرفوعة إلى الشخص المعنوي مشكلة أهلية الأداء، ولما كان الشخص المعنوي لا يستطيع أن يثبت بنفسه المخاصمة فيجب أن يباشر الدعوى عنه من يملك قانوناً تمثيله أمام القضاء وهو أمر يرفع فيه إلى الأحكام التي تنشء الشخص المعنوي وتنظم نشاطه وسواء أكان شخصاً معنوياً عاماً أو خاصاً.

---

[1]- المحكمة الإدارية العليا في مصر 1966/12/24 رقم 73.

[2]- مجلة القضاء الإداري مصر 1972/5/8 لسنة 1959 المجموعة 298، وأنظر د. عبد الله طلبه: الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، ص321.

[3]- د. عبد الفتاح حسن: المرجع السابق، ص206.

الصفة في المدعى عليه

يفرق القضاء في ذلك بين حالتين:

آ- أن تقام الدعوى ضد جهة إدارية تتمتع بشخصية معنوية مستقلة عن الدولة عندئذ يتعين إقامة الدعوى تجاه هذه الجهة وحدها سواء أكانت من أشخاص القانون العام الإقليمية أم المصلحية أم تكون من الوحدات التي تخرج عن الجهاز العضوي التقليدي للدولة ويصبغ عليها القضاء وصف أشخاص القانون العام كالنقابات المهنية والغرف التجارية والهيئات الدينية[1].

وعلى ذلك يتعين إقامة الدعوى ليس على الوزير وإنما على الشخص المعنوي وحده وعلى وجه التحديد على من له حق تمثيله وتقام الدعوى على الممثل القانوني للشخص المعنوي حتى ولو كان غيره من العاملين به هو مصدر القرار الإداري غير أن القضاء يجيز ادخال الوزير المختص في الدعاوي المقامة ضد الأشخاص المعنوية المستقلة التابعة له بحكم مآله عليها من سطلة الوصاية الإدارية[2].

---

[1]- د. عبد الفتاح حسن: المرجع السابق، ص207.

[2]- محكمة القضاء الإداري في مصر 1951/4/23 و1958/5/12.

الفرع الأول

المصلحة

شرط عام القبول الدعوى أو الدفع سواء أمام القضاء المدني أو الإداري لقد نص قانون تنظيم الدولة رقم /55/ على شرط توفرها مشيرين إلى أن المصلحة في دعوى الالغاء يكفي فيها أن يكون الطاعن في حالة قانونية خاصة بالنسبة إلى القرار المطعون فيه من شأنها أن تجعله مؤثراً في مصلحة ذاتية للطالب تأثيراً مباشراً[1].

فلا يلزم في دعوى الإلغاء وأن تقوم على حق أهدره القرار الإداري المطعون فيه بل تقبل الدعوى متى مس القرار حالة قانونية للطالب تجعل له مصلحة في طلب إلغائه[2].

ويستلزم القضاء أن تكون المصلحة جدية فلا تتوافر المصلحة إذا كانت المصلحة المادية التي يصفها المدعى بأنها هدفه من إلغاء القرار المطعون ليست في واقع الأمر إلا مجرد طعن في تصرفات المدعى عليه وسلوكه نحو المدعي وتعطيل مصالحه لما بينهما من خصومة مما يجوز أن ينسبه أي شخص لعمدة قريته[3].

---

[1]- محكمة القضاء الإداري في مصر 1964/2/18 وأنظر المحكمة الإدارية العليا في سوريا حكمها 1964/3/16.

[2]- د. عبد الفتاح حسن: المرجع السابق، ص215.

[3]- محكمة القضاء الإداري في مصر 1953/2/22.

ويكتفي القضاء بأن تكون المصلحة محتملة فتتوافر في الدعوى التي يقيمها جامعي بإسناد درجة من نصيب الجامعيين إلى غير جامعي ولو كانت شروط طرقه غير متوافرة فيه لعدم تمضيته المدة المقررة[1].

وتتوافر في الطعن المرفوع من موظف بالكادر الإداري ضد قرار تقل موظفين من الكادر الكتابي إلى الكادر الإداري[2].

ويكتفي القضاء بأن تكون المصلحة أدبية ولو لم تزدوج بأية مصلحة مادية.

غير أنه يجب الإشارة إلى أن دعوى الالغاء ليست دعوى حسبه تقبل من أي شخص يهمه نفاذ القانون وحماية الصالح العام فاستلزام شرط المصلحة يمنع الدعاوى الكيدية أي أن مجرد مواطنة لا تكفي لقبول دعوى الالغاء فلا يجوز لكل مواطن في الدولة الطعن بالإلغاء في قرار صادر بسحب قرار موافقة على إقامة وحدة مجمعة بإحدى القرار ولكن تتوافر لمصلحة في الطعن لدى الشخص لدى الشخص الذي تبرع لإقامة هذه الوحدة بالأرض اللزمة لها وبمبلغ من المال[3].

---

[1]- محكمة القضاء الإداري في مصر 1951/2/22.

[2]- د. عبد الفتاح حسن: الإداري قضاء الالغاء، ص218.

[3]- محكمة القضاء الإداري المصري 1959/10/27 وانظر حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادرة من مجلس الدولة الفرنسي 1962/11/16 و1969/11/12 ونظر د. طلبه الرقابة القضائية على أعمال الإدارة ص222 وانظر د. طلبه 1964/6/5 قضية voudy ص223.

ولا تتوافر المصلحة في الدعوى المقامة من أحد أهالي القرار في محافظة الفيوم بطلب إلغاء قرار من رئيس الجمهورية بتقسيم بلاد هذه المحافظة[1].

ولا تتوافر كذلك في الدعوى المتاحة من أحد أهالي إحدى القرار بطلب إلغاء قرار صادر بإلغاء هذه القرية ولا يغير من ذلك كونه عمدتها السابق وكان يمكن أن تكون له مصلحة لو كان فصله من العمدية قد ترتب على إلغاء القرية[2].

غير أن يبدو أن المحكمة الإدارية العليا تقبل الدعوى لتوافر المصلحة من أي سكان القرية للطعن في أي قرار يمس بها[3].

وقالت محكمة القضاء الإداري بأن المقيم في بلدة الروضة له مصلحة في الطعن القرار الصادر بجعل مقر المركز الجديد في بلدة أخرى.

ماذا بالنسبة لدعاوي الجماعات؟

استقر القضاء المصري متأثراً بالقضاء الفرنسي على أن دعوى الجماعات لا تقبل إلا إذا كانت لها أي الجماعة ذاتها مصلحة في رفع الدعوى بأن يمس القرار المصالح الجماعية أو المشتركة التي تمثلها الجماعة أي أن يكون القرار مما يهم الجماعة باعتبارها شخصاً معنوياً مستقلاً وإلى أن يكون طلب إلغائه على

---

[1]- محكمة القضاء الإداري في مصر 1964/2/18.

[2]- محكمة القضاء الإداري في مصر: 1949/11/12.

[3]- محكمة القضاء الإداري العليا في مصر: 1961/12/9.

مصلحة تدخل في صميم الأغراض التي أنشئت الجماعة من أجلها وهنا نشير إلى بعض الملاحظات في هذا المقام[1]:

1- يجب أن تتوافر المصلحة ابتداء وعند رفع الدعوى وعلى ذلك تنتقي المصلحة إذا كان القرار المطعون فيه سحب فعلاً عند رفع الدعوى[2].

2- يجب كذلك أن تظل المصلحة قائمة أثناء سير الدعوى وحتى الفصل فيها نهائياً وإلا قضى فيها بانتهاء الخصومة أو بعدم قبولها[3].

وكانت الأحكام الأولى لمحكمة القضاء الإداري تكتفي بتوافر شرط المصلحة عند رفع لدعوى انتفت أثناء سيرها.

وقد اكتفت محكمة القضاء الإداري في قطرنا العربي السوري من رافع الدعوى الإلغاء أن تكون له مصلحة محتملة[4].

---

[1]- المحكمة الإدارية العليا السورية الصادر في 1964/3/16 لم تبين حكم محكمة القضاء الإداري المصري الصادر في 1964/10/14 لم تبين حكم محكمة القضاء الإداري المصري الصادر في 1958/10/14 والمتضمن أن الانتماء له من معين غير كاف للطعن من قرار التحقيق بمصر.

[2]- م.ق.1- 1948/4/21.

[3]- قضاء المحكمة الإدارية العليا في مصر 1963/3/24 – 1966/1/15- 1966/12/24 والإدارية العليا في سوريا حكمها الصادر في 1963/3/24.

[4]- حكمها رقم 163 جلسة 1953/10/17 ص587.

ونحن ما ناحيتنا نرجح ما كانت تذهب إليه محكمة القضاء الإداري ذلك أنه وبما كان هناك أفراد لهم مصلحة في الطعن في القرار ولم يقيموا الدعوى في المواعيد اعتماداً على الدعوى المرفوعة من أحدهم.

3- الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء المصلحة يمكن ابداؤه بعد التكلم في الموضوع وفي أية حالة تكون عليها الدعوى كما يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها فهو دفع من النظام العام لقيامه على نص قانوني.

4- تتوافر المصلحة في القرار حتى ولو كانت الإدارة قد عدلت عنه ما دامت لم تقم بسحبه لأن القرار الأصلي يظل قائماً في الفترة ما بين صدوره والعدول عنه.

5- توقيت القرار بمدة معينة وفوات هذه المدة لا يفيد انتفاء المصلحة في طلب الغائه لأن هذا الطلب يستهدف إزالة كل ما كان للقرار من أثر أو اتخاذه (أي الإلغاء) سنداً لطلب التعويض عن الأضرار التي تسبب فيها القرار.

6- صاحب المصلحة في الطعن في القرار قد يكون هو من صدر القرار في شأنه وقد يكون غيره من الموظفين أو الأفراد.

فالقرار الصادر بمجازاة موظف يجوز له الطعن فيه بالإلغاء كما يجوز ذلك لورثته من بعده متى تحققت مصلحتهم في ذلك، وكذلك الطعن المقدم من مالك العقار ضد رخصة البناء الممنوح لعقار مجاور[1].

---

[1]- حكم مجلس الدولة الفرنسي في 1451954 قضية feager وانظر حكم المحكمة الإدارية العليا في سورية رقم 94 سنة 1972.

7- لا يلزم أن يطعن في القرار جميع من يؤثر في حالتهم، بل يكفي أن يقدم الطعن في بعضهم أو أحدهم إذ أن الذي يختصم في الدعوى هو القرار ذاته.

8- إذا وجه مانع قانوني يحول دون إعادة الأوضاع إلى كانت عليه انتفت المصلحة في استمرار الدعوى وتعين الحكم بعدم قبولها.

9- وقف الإدارة تنفيذ القرار لا يمنع من الطعن فيه، لأن القرار الموقوف لا يزول نهائياً من الوجود وإنما يوقف أثره مؤقتاً حتى صدور قرار آخر في شأنه ومن ثم تكون هناك مصلحة للطعن فيه قبل فوات المواعيد.

هذا وقد توسعنا في شَرطَي الصفة والميعاد مع أن هذا الموضوع من شروط قبول دعوى الإلغاء ونرجو من القارئ أن يتزيد في ذلك من مظانه من كتب الفقه الإداري ملفتي الانتباه إلى الملاحظات الآتية:

الميعاد

نضيف إلى ذلك الملاحظات الآتية:

1) إن ميعاد الستين يوماً قاصرة على طلبات الإلغاء دون طلبات التعويض وإن طلب التعويض منوط بحلول الضرر وهذا لا يترتب حتماً على إعلان القرار الإداري أو نشره بل يترتب في الغالب على تنفيذ القرار فلو أن ميعاد الستين يوماً يسري على طلب التعويض لكان مقتضى ذلك أنه يلزم رفعه حتى ولو لم يحدث الضرر لصاحب الشأن إن الحكمة التشريعية لقصر رفع الدعوى على الستين يوماً هي استقرار القرارات الإدارية حتى لا تكون مستهدفة لحظر الإلغاء وقتاً طويلاً وهذه الحكمة إن كانت متوافرة فيما يتعلق بطلبات إلغاء

القرارات الإدارية فإنها منعدمة بالنسبة لدعاوى التعويض إذ أن هذه لا تخرج عن كونها دعاوى عادية[1].

2) يكون الطعن بالإلغاء في اللوائح بأحد طريقين:

آ- **الطريق المباشر**:

وذلك يطلب إلغاء اللائحة بوجه من وجوه عدم المشروعية وميعاد تقديم هذا الطلب هو ستون يوماً تصير اللائحة بعد فواته حصينة.

ب- **الطريق غير المباشر**:

وتظهر أهميته إذا ما انتهى ميعاد الستين يوماً فإذا أصدرت الإدارة بعد ذلك بالتطبيق لهذه اللائحة قراراً إدارياً فردياً جاز بمناسبة الطعن بالإلغاء في هذا القرار الفردي الدفع بعدم مشروعية اللائحة التي صدر استناداً إليها ليس لاستصدار حكم بإلغائها ولكن لاستبعاد تطبيقها في الحالة المعروضة وبالتالي للتوصل إلى إلغاء القرار الفردي الذي صدر بالتطبيق لها[2].

3) ميعاد الطعن في اللائحة ستون يوماً من تاريخ نشرها فما هو المقصود بالنشر في هذا المجال؟.

---

[1]- د. عبد الفتاح حسن: المرجع السابق، ص228، انظر د. طلبة: المرجع السابق، ص234.

[2]- محكمة القضاء الإداري المصري 1948/11/17 و 1960/12/20، وانظر د. طلبة: المرجع السابق، ص236.

يقصد بذلك النشر في الجريدة الرسمية ويقصد به أيضاً النشر في نشرة تصدرها الوزارة أو المصلحة والنشر في الجريدة الرسمية يرتب أثره فوراً ودون توزيعها إلى الجهات الإدارية وذلك على خلاف النشرات المصلحية التي يجب حتى يؤدي النشر بها إلى بدء ميعاد الطعن أن توزع على الجهات الإدارية التي يتبعها ذو الشأن أي أن نزاع بالأسلوب الذي يتضمن نشراً عاماً وكافياً ومقبولاً على العاملين بالجهة الإدارية ذات الشأن وذلك بالوسائل والطرق التي تعنيها الوزارة بحيث يتسنى لكافة العاملين بها العلم بالقرارات التي تضمنها[1].

والحكمة من هذه التفرقة أن الجريدة الرسمية يتم العلم بما ينشر فيها من تاريخ صدورها لأنها جريدة دورية تطبع وتباع لمن يطلبها لذلك فقد افترض القانون العلم بمحتوياتها من تاريخ صدورها سواء أكان محتواها قانوناً أو قراراً جمهورياً ولا يتوقف العلم بشأن ما تنشره الجريدة المنشورة على توزيعها على المصالح بعكس الأمر بالنسبة للنشرات المصلحية التي لا تباع لمن يطلب الاطلاع على محتوياتها ولكنها توزع فقط على الجهات الإدارية ذات الشأن[2].

ويبدو أن القضاء الإداري في سوريا يميل إلى إعصار النشر بها بمثابة إعلان (تبليغ) في خصومات معينة مثل الاستملاك حيث بعد نشر قرار الاستملاك على النحو المبين المعلن في المادة /3/ من قانون الاستملاك /172/ بمثابة تبليغ شخصي[3].

---

[1]- محكمة القضاء الإداري المصري: 1968/12/15.

[2]- محكمة القضاء الإداري المصري: 1968/3/7.

[3]- محكمة القضاء الإداري المصري: 1948/12/30.

ولا يعتد بالنشر الذي يتم بأسلوب آخر فنشر القرار في صحيفة يومية لا يعتد به[1].

كذلك إذاعته بأي وسيلة من وسائل الإعلام الأخرى[2] وحتى يرتب النشر أثره يجب أن تكون وافياً بحيث يحقق العلم بالقرار علماً كافياً نافياً للجهالة لذلك قضت محكمة القضاء الإداري المصري بأنه لا يعتد بنشر القرار الصادر بالاستيلاء على أراض مملوكة للأفراد بالجريدة الرسمية (يلاحظ أنه قرار فردي ولكن المبدأ يسري على القرارات التنظيمية) حتى كانت يبين من صياغته أنه لم يوضح الأرض المراد الاستيلاء عليها سواء من حيث ملاكها أو واضعي اليد عليها وإذا كان هذا القرار قد أحال في بيان ذلك للرسم المرافق له فإن هذه الإحالة لا تكف بالنظر إلى أن الخريطة التوضيحية لا تنشر في الوقائع المصرية ومن ثم فإن النشر على هذه الصورة لا يرتب عليه حكه من حيث سريان المواعيد القانونية للطعن في هذا القرار[3].

كما أنه إذا تم النشر في نشرة مصلحية وجب أن تكون معدة لذلك وأن يتم النشر من قبل شخص أو جهة تختص به[4].

---

[1]- د. عبد الفتاح حسن: المرجع السابق، ص230.

[2]- د. عبد الفتاح حسن: المرجع السابق، ص230.

[3]- محكمة القضاء الإداري المصري 1961/4/11.

[4]- محكمة القضاء الإداري المصري 1948/1/14.

4) وميعاد الطعن بالإلغاء بالنسبة إلى القرار الإداري الفردي ستون يوماً ويبدأ بأحد الوقائع الآتية:

الإعلان

هو إبلاغ صاحب الشأن شخصياً بالقرار وهو الطريق الطبيعي الذي، تنقل الإدارة القرار إلى فرد أو أفراد بذاتهم إذا كان الأصل أن الإعلان لا تخضع بشكلية معينة ولا لأسلوب معين إلا أنه تلزم أن تتوفر به الرئيسية.

فيجب أن يظهر فيه اسم الجهة الصادر عنها، وأن يصدر من الموظف المختص، وأن يوجه إلى ذي الشأن شخصياً إذا كان كامل الأهلية وإلى من ينوب عنه إذا كان ناقص الأهلية.

ويجب أن يحمل الإعلان والقرار محتوياته الجوهرية بل وأسبابه إذا كان التسبيب واجباً بنص أو بقضاء[1] غير إن القضاء تجاوز من الخطأ من البيانات غير الجوهرية في الإعلان، فإذا كان الخطأ المادي في إعلان القرار الإداري، يمكن للمدعي يدركه لأنه حبس من البيانات الجوهرية التي تؤثر على الإعلان فتبطله، فلا يؤثر هذا الخطأ على العلم الكامن والكافي للجهالة بالقرار ومحتوياته[2].

---

[1]- د. عبد الفتاح حسن: المرجع السابق، ص231.

[2]- محكمة القضاء الإداري المصرية 27/11/1951.

ويوجب المشّرع النشر في الجريدة الرسمية مثال ذلك من نص عليه فإن الجنسية المصري الصادر سنة /1950/ الذي أوجب بنشر المراسيم والقرارات الخاصة بكسب الجنسية المصرية وسحبها أو بإسقاطها أو باستردادها.

غير أن المحكمة الإدارية العليا في مصر ذهبت إلى نشر القرارات الفردية من الجريدة الرسمية لا يقوم مقام إعلانها ولو كانت هذه القرارات من يجب نشرها حتى تنفيذها قانوناً[1].

ولا حاجة للقول بأن الأحكام الإدارية الصادرة على عهد الوحدة بين مصر وسوريا لا تزال سارية ونتيجة ما لم تعدل في القضاء السوري بقرارات مماثلة أو أكثر سمواً وعلواً.

إذاعة القرار في النشرة تحقق بدء الميعاد وفي ذلك يستوي القرار التنظيمي والقرار الفردي شريطة العلم بتوزيع النشرة مما يحقق اذاعتها.

فالمشّرع يرتب على النشر من النشرات المصلحة ذات الأثر الذي يرتبه ثم النشر في النشرات المصلحة ذات الأثر الذي على النشر في الجريدة الرسمية أو الوقائع المصرية كذلك يجب أن يكون النشرة في النشرة المصلحية وافياً[2].

لذلك اعتبر القرار نشراً قاهراً مجرد الإشارة في النشرة إلى صدور قرار ورقة وأنه خاص بترقية بعض موظفين الوزارة لأن ذلك لا يكفي للتصرف على قرار المعرفية وتفصيلاته[1].

---

[1]- المحكمة الإدارية العليا في مصر 1996/9/11 – 1962/4/14.

[2]- د. عبد الفتاح حسن: المرجع السابق، ص232.

فالجريدة الرسمية والنشرة المصلحية متماثلان فيما يلي[2]:

1- النشر في أي منهما جائزة يرتب أثره بالنسبة إلى القرارات التنظيمية.

2- يجب لكي يحقق النشر أثره في بدء الميعاد أن يكون وافياً كافياً للتعريف بالقرار ومحتوياته.

ولكنهما يختلفان فيما يلي[3]:

1) النشرة المصلحية هي المعدة للنشر بالنسبة للقرارات الفردية أن تنشر هذه القرارات من الجريدة الرسمية لا يؤدي إلى بدء الميعاد حتى ولو كان القانون يوجب هذا النشر.

(حكمت محكمة القضاء الإداري المصري في حكمها الصادر في 1953/5/18 خلاف ذلك).

2) يحقق النشر في الجريدة الرسمية أثره من صدوره، أما النشر في النشرة المصلحة فلا يرتب أثره إلا بعد توزيعها على الإدارات والوحدات المحلية.

---

[1]- محكمة القضاء الإداري في مصر 1958/4/3.

[2]- د. عبد الفتاح حسن: المرجع السابق، ص234.

[3]- المرجع السابق.

3) يرتب النشر في الجريدة الرسمية أثره بالنسبة إلى المصلحين بالخارج وذلك مع خلاف النشر في النشرة المصلحية[1] ولا يغني عن النشر في النشرة المصلحية النشر في إحدى الصحف، فذلك لا يعتبر علم المدعي بالقرار[2].

العلم اليقين: قرر القضاء الإداري المصري /3/ منذ عام /1956/ طريقة ثالثة غير النشر والإعلان التي نص عليها قانون مجلس الدولة وهي العلم اليقين وقد نكرس هذا الطريق سار عليه القضاء واستغرق فترة الوحدة بين مصر وسوريا، ومن أهم أحكام المحكمة الإدارية العليا الحكم الصادر بالطعن رقم /76/ لسنة /4/ القضائية جلسة /30/ من يناير /1960/.

وهذا الانغراس في تربة القضاء غدا مبدأ قانوني خلافاً للقضاء الفرنسي الذي تم بأخذ ذلك وتعزيزاً لموقف القضاء الإداري السوري الذي بقي متمسكاً بهذا المسار وهذا النهج.

أسباب الطعن

الملاحظ أن المحكمة الإدارية العليا في مصر وسوريا ثم تنفذ في المادة /15/ من القانون رقم /55/ لسنة /1959/ وفيما يلي نعرض لقضائهما في هذا الخصوص.

---

[1]- محكمة القضاء الإداري المصري 1949/2/9 و 1949/3/16.

[2]- حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في 28 من يناير 1956 طعن رقم 68 لسنة 9 قضائية.

بناء الحكم على مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه وتأويله

التزمت المحكمة الإدارية العليا موقفاً شبيهاً بموقف مجلس الدولة الفرنسي – كمحكمة نقض – في هذا الخصوص فجعلت رقابتها في هذه الناحية مماثلة لرقابة محكمة القضاء الإداري على مشروعية القرارات في دعوى الإلغاء، وأوضحت غداة إنشائها، أن سلطتها في فحص مشروعية الأحكام الإدارية من نوع سلطة المحاكم الإدارية في رقابتهم على القرارات الإدارية، فلا تقتصر سلطة المحكمة على الجانب القانوني كما هو الشأن بالنسبة لمحكمة النقض.

وإنما تمتد إلى الوقائع بالقدر الذي يستلزمه تطبيق القانون وأبعد من ذلك فقد استباحت المحكمة الإدارية العليا لنفسها أن تقدر على تقدير الأسباب.

أعمال أخرى صادرة عن الأجهزة الإدارية بصدد الوظيفة القضائية، كرفض الشرطة القيام بتقيد مكان أحد المحكوم عليهم، والإنذار الموجه من أمين صندوق المالية إلى أحد موظفو الدولة... إلخ.

الفرع الأول

أعمال الأجهزة القضائية الصادرة لممارسة اختصاص إداري

لنأخذ الحالة التي يكلف فيها القانون أحد القضاة القيام بمهمة إدارية كان القانون وكيلاً يكلف أحد أعضاء محكمة النقض بأن يحدد بعد التحقيق التعويض المستحق لمجموعة عن مالكي القوارب المخربة أثناء الحرب وقد رأى الاجتهاد القضائي أن المقصود هنا عمل إداري من ناحية الشكل والموضوع على السواء.

وثمة حالة أخرى هي في مشاركة القضاة في الهيئات الإدارية التي هي في حالة مداولة ففي الحقوق الإدارية الهيلينية كثيراً ما يشارك القضاة (فهذا تقليد قديم) في المجالس التأديبية لمختلف الوزارات على أن هذه المشاركة لا يمكن أن تبدل طبيعة هذه المجالس التي تبقي مجالس إدارية وإن أعمالها هي لهذا السبب أعمال إدارية من ناحية الشكل والموضوع على السواء على الرغم من مشاركة أشخاص تابعين إلى هيئة القضاء.

إزاء المحاكم الإدارية: إن تحديد الأجهزة الإدارية إزاء المحاكمة الإدارية أكثر صعوبة عنه إزاء المحاكم القضائية، في أن المحاكم الأولى لا تتصف على نحو واضح لصفات مُحكمة كثيرة تدعو إلى الشك فاللجنة التي تملك صلاحية التعرف على النزاعات يعطى الإدارة والرعية هل تحولت حقاً إلى محكمة، أو أنها تستمد كجهاز مشترك تابع إلى الإدارة العاملة؟.

ولوضع تمييز بين الأجهزة الجماعية أو هيئات المداولة التابعة إلى الإدارة العاملة وبين المحاكم الإدارية، يمكن استخدام المعيار الشكلي (مثل علنية الجلسات، والمناقشات الخصومية والمرافعات) أو المعيار الموضوعي (كطبيعة العمل الحاصل

الداخلية) وعلى ذلك، تجدر الإشارة إلى أن أياً من المعيارين يؤخذ منفرداً، لا يمكن أن يكون حاسماً.

إن وظيفة المحكمة الإدارية هي الفصل في المنازعات الناشئة عن سير عمل المرافق العامة، على أن هذه الوظيفة (إذا ما نظر إليها بمعزل عن أي شكل أو إجراء أو الأثر القانوني للشيء المحكوم به)، هي العمل الذي يقع على عاتق كل سلطة إدارية عرض عليها طعن إداري قدمه مواطن ينازع في شرعية عمل من الأعمال الإدارية أو ملاءمته إن النزاع المعروض على إحدى السلطات بطريق النقض الإداري لا يختلف في الأساس عن النزاع الذي يشكل موضوعاً لقضية من قضايا المنازعات الإدارية، ومن هنا قد يصعب رفض الرأي القائل أن القضاء الإداري ليس سوى إدارة اتخذت أشكالاً خاصة.

ومن جهة أخرى إن ما اعتبر عنصراً عن عناصر القضاء الخارجية، أي مراعاة بعض الأشكال المستمدة عموماً من الأصول المدنية، يرافق في الغالب، أعمال الإدارة العاملة بالفعل يمكن وجود أعمال صادرة عن مجالس إدارية – ليس محاكم- تجري مداولاتها علناً وتتقيد ببعض قواعد المرافعات الحضورية، وإن إضفاء الصفة الإجرائية تدريجياً عن الصفة الإدارية البسيطة، التي تأخذ غالب شكل الطعن شبه القضائي ذاته، لا يكفي لإعطاء أعمال الأجهزة التي تبت في هذه الطعون صفة قرار محكمة.

إن تحول الوظيفة الإدارية تحولاً أساسياً إلى وظيفة قضائية يتم عندما يمنح القانون جهازاً من الأجهزة حق إصدار حكمي قطعي ليس بصفته جهازاً في إطار التسلسل الإداري بل كقاضي ليس له أي علاقة عضوية أو تسلسلية بالأجهزة التي يصدر عنها العمل المطعون فيه.

وإن هذا الجهاز لا يكون خاضعاً لأي مراقبة تسلسلية ولا لإمكان استرداده في حين أن المراقبة التسلسلية وإمكان الاسترداد يرافقان في الأصل قرارات الرؤساء الإداريين المتخذة إثر طعن تسلسلي أو شبه قضائي أو يقيد عندئذ الحقيقة القانونية المزودة بهذه القوة القضائية التي تسمى فقط القضية المقضية وعليه فإن قوة القضية المقضية هذه هي المعيار الحقيقي الذي يمكن أن يفيد طبيعة العمل وينشئ عملاً قضائياً إن القانون يمنح قوة القضية المقضية في الحالات التي يكون فيها ذلك ضرورياً ولكن كيف تأكد من أن القانون منح هذه القوة؟.

يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار مجمل نصوص القانون المتعلق بطبيعة الوظيفة الممارسة أو بالإجراءات والأشكال التي روعيت أثناء ممارسة هذه الوظيفة، وتبين هي مسألة تفسير القانون تفسيراً جيداً للوقوف على هدفه ومنح قرار من القرارات قوة القضية المقضية ونتائج إنشاء سلطة قضائية ما دام عمل التفسير ذاك يؤدي إلى النتيجة المتمثلة في أن سلطة معينة تملك صفة محكمة إدارية، يمكن منذ ذلك الوقت تطبيق المبادئ الموقتة آنفاً على هذه السلطة أي المبادئ نفسها التي تطبق على المحاكم القضائية، إن كل عمل صادر عن المحاكم الإدارية، بما في ذلك العمل المتعلق بمادة إدارية، يعفى خارج مفهوم العمل الإداري، فقرار ديوان المحاسبات، مثلاً، المتخذ في مجلس خاص والمتعلق بتسمية موظفي المكاتب وترقيتهم اعتبر عملاً صادراً عن محكمة وغير خاضع للطعن لسبب تجاوز السلطة مرة أخرى ثم استخدام المعيار الشكل.

الفرع الثاني

الأعمال الصادرة عن الأشخاص

الاعتباريين في القانون العام

1- إن مفهوم العمل الإداري يشمل أيضاً الأعمال الصادرة عن الأشخاص الاعتباريين في القانون العام، والذين هم كذلك مرافق إدارية، من المهم لأن تحديد معيار الشخص الاعتباري في القانون العام (أو المنشأة العامة)، لتميز هذا الشخص على نحو خاص من المشاريع ذات المنفعة العامة، والتي هي من أشخاص القانون الخاص: فالأعمال الصادرة على هؤلاء الأشخاص ليست أعمالاً إدارية قابلة للطعن لسبب تجاوز السلطة.

2- معيار الأشخاص المعنويين في القانون العام:

إن تحديد معيار الشخص الاعتباري في القانون العام مهمة صعبة، وفي الأخص لأن مفهوم هذا الشخص الاعتباري يوجد "على ظهر جواد" بين حدود القانون العام والقانون الخاص ويرجع إلى إحدى وهذه الحالات التي "يتلاشى" فيها القانون العام شيئاً فشيئاً، القانون الخاص، وذلك إنتاج ظاهرية شبيهة باتساع الشطآن البطيء والمقصود هو تحديد نقطة البداية التي يكون فيها تأثير القانون العام في تنظيم الشخص الاعتباري ووظيفته حاسمة إلى درجة يجد فيها هذا الأخير نفسه وقد انتقل من نطاق القانون الخاص إلى نطاق القانون العام ويخضع إلى القواعد العامة، الخاصة بالمرافق العامة.

إنما في أثناء هذا الانتقال البطيء من مجال إلى أخر يخضع الشخص الاعتباري إلى بحث معمق بقصد اكتشاف السمة المميزة فيه إلا تسمح بإلحاقه بالقانون العام.

وإن نتائج جهود الفقه، التي ليست، مع ذلك على درجة كافية من الوضع، هي الآتية:

آ- في هدف الشخص المعنوي، فإذا كان واحداً من الأهداف التي اختصت بها الدولة، فالشخص هو من أشخاص القانون العام.

ب- في حق استخدام السلطة العامة.

جـ - في درجة تبعية الشخص إزاء الدولة أو درجة الارتباط العضوي الموجود بين الأثنين.

د- في إرادة القانون منح صفة المنشأة العامة إلى شخص اعتباري.

هـ - في واقعة أن شخصياً اعتبارياُ يملك ما يسمى ذو الامتياز العام، أي مجمل السلطات والحقوق التي تنتج عن ممارسة السلطة العامة.

إن لكل من هذه النظريات جانبها الضعيف ففي الواقع لا يصبح الهدف وحده معياراً لأن بعض المنشآت ذات المنفعة العامة تتابع كذلك أهدافاً شبيهة بمنشآت الدولة (كصندوق توفير خاص ومشفى خاص) ومع ذلك تبقى في نطاق القانون الخاص.

وكذلك يمكن أن يعهد بممارسة السلطة العامة إلى منشأة خاصة امتياز كشرطة الخطوط الحديدية والتي يقوم بها وكلاء شركة صاحبة امتياز ويماثل هؤلاء

شرطة الدولة، غير أن الشركة صاحبة الامتياز تبقى مع ذلك شخصاً اعتبارياً من أشخاص القانون الخاص فنظرية الامتياز العام ليست سوى تغير من تغيرات السلطة العامة.

ونظرية البقية أو الارتباط العضوي، تدخل عنصراً كمياه على درجة كافية من الغموض، وفائدتها من ثم قليلة جداً.

وأخيراً فالنظرية التي تهمل كل معيار موضوعي ولا تأخذ بعين الاعتبار سوى إرادة المشّرع، ليس لها أهمية علمية تذكر، لأنها في الواقع تهمل كل مجهود لإيجاد معيار حقيقي، وتجدر الإشارة إلى أن القانون، من الناحية العلمية، كثيراً ما يمنح صفة الشخص الاعتباري بحسب القانون العام لأشخاص تكون هذه الصفة لديهم بعيدة عن الحقيقة القانونية.

لقد اعتمد اجتهاد محكمة النقض الهيلينية معياراً جمع عناصر من هذه النظريات فيها، وبمقتضاها أن أشخاص القانون العام الاعتباريين هم الأشخاص الذين تقدم مهمتهم على تلبية هدف من أهداف الدولة الذين نشأ بعمل خاص أو بعمل عام، مع منظرون تنظيماً دقيقاً وخاصة لمراقبة الدولة أو تابعون لها، ومن جهة أخرى، مثل اجتهاد مجلس الدولة، كمعيار هدف الشخص نارية، واللجوء إلى الأساليب الإدارية طوراً وتشابه وظيفة الشرف الاعتباري مع وظيفة المرافق العامة، مرة ثالثة غير أن هذا الاجتهاد القضائي يقبل أيضاً صفات ثانوية كتنظيم المرفق والوصاية الإدارية... إلخ.

ونحن نرى أنه لا بد لمنح صفة شخص القانون العام الاعتباري إلى شخص اعتباري من وجود العنصرين التاليين من:

آ- هدف عام، الذي هو عنصر داخلي.

ب- وإمكان ممارسة السلطة العام، الذي هو عنصر خارجي أما العنصر الأول فيتحدد تحديداً كافياً إذا اعتبرنا الهدف العمل كل عمل تقوم الدولة بإنجازه، أي إذا كان هذا العمل غير مسند إلى شخص اعتباري منفرد.

وأما العنصر الثاني فيتجلى في المظاهر الأساسية التالية:

1) فرض ضرائب ورسوم خاصة لصالح الشخص الاعتباري.
2) إنشاء حقوق ارتفاق إدارية على الملكية الخاصة.
3) إمكان استملاك الملك الخاص لصالح هدف الشخص الاعتباري.
4) انتفاع الشخص الاعتباري انتفاعاً خاصاً بالملك العام.
5) إنشاء امتياز تجاري لصالح منشأة من المنشآت.
6) إمكان تطبيق المبادئ الموضوعية من أجل جباية الإيرادات العامة.
7) وصاية إدارية تتجاوز تلك التي تمارس على أشخاص القانون الخاص الاعتباريين.
8) مشاركة أشخاص طبعيين ينتمون إلى فئة معينة مشاركة إلزامية مع الشخص الاعتباري.

مدونة الأشخاص الاعتباريين الاساسيين في القانون العام إن فئة خاصة من الأشخاص الاعتباريين في القانون العام تشمل البلدات، التي هي، في القضيتان، الأشخاص الاعتباريون الوحيدون الذين يطابقون دائرة إقليمية.

وأما الأشخاص الاعتباريون الآخرون فيمكن أن يصنعوا، بحسب المادة المطابقة لأهدافهم كما يلي:

آ- في قطاع إدارة الكنيسة:

- الكنيسة الارثوذوكسية هي شخص اعتباري من أشخاص القانون العام، وكذلك مدنها الأسقفية ومطرانياتها.
- الخورينات ومجالس إدارتها.

ب- في قطاع المعارف العامة:

- جامعات أتينا وأكاديميتها.
- المدرسة المتعددة الفنون (البوليتكنية).
- المعاهد العليا للعلوم السياسية والعلوم التجارية والزراعية..إلخ.
- المؤسسة المخولة بطباعة كتب التعليم الابتدائي والثانوي.

جـ- في قطاع الاقتصاد الوطني:

- الإدارية المكلفة إدارة أموال الدولة، ولقد كانت هذه الإدارية مستقلة فيما مضى.
- السكك الحديدية التابعة للدولة.
- صندوق الودائع الأمانات.
- الصناديق الخاصة بإدارة المرافئ.
- الصناديق الخاصة بصيانة الطرق الوطنية.
- غرف التجارة والصناعة، والذات التقنية والزراعية.
- مكاتب البطالة... إلخ.
- في قطاع حماية بعض المهن ذات المنفعة العامة:
- اتحادات الكتاب بالعدل والمحامين والأطباء والصيادلة والكيميائيين.

العمل الإداري بيان احادي الجانب

تأثير إرادة الفرد في العمل الإداري – نظرياً، إن الأشخاص الاعتباريين الذين يمارسون السلطة العامة، يقومون بذلك بأعمال صادرة حصراً في جانب وبعد موافقة ممارسة السلطة العامة تخلق بعده الإدارة والرعية لا مساواة تجرد العمل الإداري من كل صفة تعاقدية.

ومع ذلك يكون لإرادة الفرد أحياناً، ضمينة معينة فيما يخص تشابه العمل الإداري وقيمته، وإذ تتبع درجة تأثير هذه الإرادة، يمكن أن تصنف الأعمال الإداري العمة كما يلي:

آ- أعمال إدارية ليس لإرادة الفرد أي أهمية في نشأتها أو تنفيذها مثل ذلك العمل التنظيمي الذي يصدر ويوضع موضع التنفيذ بدون حاجة إلى إخطار الغير به وبذلك الأعمال المسماة عامة لتعديل خطة التنظيم.

ب- بعض الأعمال الفردية المنجزة بدون أي تعاون من الرعية، وإنما لا يمكن أن توضع موضع التنفيذ بدون إعلانها مسبقاً إلى الفرد.

جـ- أعمال أخرى فردية وحصيدة الجانب يسهم الفرد بإنجازها بإعلان من الإرادة، أي بموافقة منصوص عنها في القانون.

د- وأخيراً أعمال ثنائية من ناحية الشكل والموضوع على السواء أي الصفة الإدارية.

الفرع الأول

صفة الأعمال المنجزة بموافقة الفرد

إن أعمال الفئة الثالثة هي التي تهتم بها هذا التحليل، ونذكر بين هذه الأعمال تسمية الموظف والتجنس وتصاريح الشرطة الصادرة بناء على طلب صاحب العلاقة... إلخ، إن الفقه لم يستطع أن يبين بصورة مطردة نصيب مساهمة إرادة كل من الفرد والإدارة بإنجاز هذه الأعمال.

لقد كانت الطبيعة القانونية لصك تسمية الموظف، على نحو خاص، موضوع إعداد طويل، ففي العصر الاستبدادي، كانت العلاقة بين الدولة والموظف عقد وكالة أو تأجير خدمات مبرم بين الموظف والملك، أما في الوقت الحاضر فنتبين ثلاثة آراء:

آ- يتكلم بعض المؤلفين عن عقد من عقود القانون العام، متأثر بعنصر القيادة.

ب- ويتحدث آخرون عن "عقد إذعان".

جـ- ويرى فريق ثالث أنه صك ثنائي الجانب وليس مع ذلك عقداً.

تعزي (فكرة الإذعان) إلى **أوتو ماير** الذي لاحظ وجود أعمال إدارية بقوة تستند إلى رضا الفرد وليس إلى تفويض من القانون، إن هذا الرضا ينشئ، والحالة هذه، التحديد الملازم للعمل، ومثالاً على هذه الطبيعة، نذكر تسمية الموظف ومنح الجنسية والتنازل الاختياري عن الجنسية... إلخ.

لا يعترف **فاوتو ماير**، أي صفة تعاقدية لهذه الأعمال بسبب تفوق إرادة الدولة إزاء إرادة صاحب العلاقة.

إن واحدة من خصوصيات أعمال الفئة السابقة هي أن عدم وجود رضا الفرد لا يبطل هذه الأعمال بل يجعلها قابلة للإبطال فقط، لأن الإرادة العليا للدولة جديرة بإبقائها سارية المفعول حتى في حال تخلف رضا الفرد، وذلك إلى حين إعلان بطلانها من السلطة المختصة.

وتنسب النظرية الثالثة إلى **والتر جيلينك** يرى هذا المؤلف أن العمل الإداري، الذي يتطلب إنجازه موافقة الفرد، ليس عقداً، بل عمل ثنائي باطل، عند فقدان هذا الرضا، ولي قابلاً للإبطال، وهكذا يوجد مفهوم العمل الثنائي في منتصف الطريق بين العقد الإداري وبين العمل الوحيد الجانب، كما توجد هذه النظرية في الفقه الإقبالي، الذي يقبل أيضاً (العمل الثنائي) الذي يتم لنوافق إرادتين، والذي يختلف مع ذلك عن العقد كما أن هذا المفهوم معروف أيضاً في الفقه الفرنسي.

يرى **جيز** أن تسمية الموظف والتطوع العسكري والاشتراك في المزايدات العامة، وبصورة عامة كل عمل يقبل به الفرد أو يكون سببه، هو عمل من جانب واحد، ومع ذلك لا يمكن ان يتم بدون رضا شخص ثان.

ويعترف **دوغوي** الذي يخضع أعمال القانون الخاص وأعمال القانون العام إلى تحيلي موحد، أن من هذه الأعمال ما يفترض انشاؤه توافق ارادتين حتماً: ومع ذلك لا تتصف هذه الأعمال بصفة عقدية، مثال ذلك في القانون الخاص عقد العمل الجماعي وفي القانون العام، تسمية الموظف.

غير أن الرأي الذي فرض في الفقه أكثر منه في الاجتهاد القضائي الفرنسي، يرفض الفكرة القائلة أن تسمية الموظف تشكل عقداً أو عملاً ثنائي الجانب...

في الحقوق الهيلينية، عديدة هي الأعمال التي قد تجد مكاناً في فئة الأعمال المقبولة أو المحدثة: فتسمية الموظفين ومراسيم التجنس وامتيازات المناجم ومنح براءة اختراع ورخصة نشاط مؤسسة إلخ، كلها أعمال تلزم موافقة الفرد لإنجازها.

هل هي أعمال باطلة بدون هذه الموافقة؟.

يبدو أن الاجتهاد القضائي يقبل الحل الإيجابي، فالترخيص بإقامة معمل يعتبر باطلاً إذا ما طلبه صاحب العلاقة قبل صدور القرار.

ومن جهة أخرى، إذا امتنع الشخص الذي سمي موظف من أداء القسم والالتحاق بالخدمة مدة طويلة، فإن تصرفه يعادل سحب موافقته المتعلقة بالتسمية ويعطي الإدارية الحق في إلغاء هذه التسمية.

إن التسمية باطلة بدون موافقة، وكذلك الشأن في حالة إجازة منحت لموظف بعد إلغاء طلبه.

ولقد بالغ الاجتهاد القضائي فالعمل باطل ليس فقط عند فقدان الموافقة، بل أيضاً إذا ما صدر في شروط غير شرعية.

إن نقل موظف باطل إذا تم الطلب لهدف غير مشروع، مثلاً لمساعدة زميل على أن يتقاعد.

ينتج عن ذلك أن إعلان إرادة الفرد، في الحالات المحددة أعلاه، ضروري لكي يكون العمل الإداري صحيحاً، ومع ذلك لا يمكن أن تستخلص من ذلك، فيما يتعلق بقيمة العمل الإداري القانونية، أن الأمر يتعلق بعقد، المرفق العام ينطوي بالضرورة على عدم المساواة بين الإرادتين مما يتنافى مع مفهوم العقد، كما يجب رفض نظرية **والتر جيلينك** القائلة أن العمل، وإن كان لا يشكل جزءاً من عقد، مع ذلك نتيجة إرادتين صادرتين معاً، فهذه النظرية توشك من غير فائدة، أن تقوض وحدة العمل القانونية ويشع الفوضى، إن الواقع غير ذلك، العمل نتيجة إرادة واحدة، هي إرادة الدولة وإسهام إرادة الفرد، الذي يختلف عن عرض عاقد، ليس له سوى قيمة شرط ضروري الشرعية العقد: الرضى عنصر خارجي، في حين أن عرض العاقد عنصر داخلي، يفضي إلى العقد.

إن قبول الفرد يبرز السمات المميزة التالية:

آ- يمكن الرجوع عنه قبل صدور العمل، فمثلاً يستطيع الموظف الرجوع عن استقالته قبل موافقة الإدارية عليها.

وأما في حال العكس، عندما يخالف العمل رضا الفرد، فلا يمكن الرجوع عنه بحرية، بل فقط عندما يرفضه الفرد رفضاً صريحاً أو ضمنياً كما في تسمية الموظف.

ب- إذا انعدم الرضى السابق فإن قبول لاحقاً يخالف نظرياً باستثناء الحالات التي يخالف فيها هذا القبول اللاحق روح القانون فالشهادة التي تمنح لمخترع، فهو بدون طلب سابق منه، تبقى باطلة لو قبلها المخترع بعد صدورها، غير أن تسمية موظف لم يتقدم بطلب سابق تصبح صحيحاً إذا قبلها لاحقاً.

جـ- هل العيوب التي تلحق الإعلان عن إرادة الفرد تضر بشرعية العمل سبق ذكر حلالات يدعو فيها إقرار الفرد إقراراً تدليسياً قيمة العمل القانونية، إن الإدارية تستطيع عملياً، إلغاء مثل هذا العمل، ولكن، من الناحية النظرية، تجب الإشارة إلى أن تدليس الفرد ليس هذا الذي يمنحها هذا الحق بل عدم الشرعية الموضوعية لأن الشرط الضروري لصحة العمل، أي رضى الفرد لم يولد ولادة شرعية بسبب إعلان الإرادة المعيبة.

الفرع الثاني

العمل الإداري يحدد الحق فيها الحالة الفردية

مفهوم الحالة الفردية

1) السلطة التنظيمية ومصدرها إن العمل الإداري يحدد الحق بتطبيق القانون على الحالة الشخصية أو الفردية، إن السمة الفردية خاصة بالعمل الإداري، لأن مهمة الإدارة تقوم على التنفيذ وليس على تشكيل القاعدة القانونية.

وهكذا في فصل السلطات المطلق، يجب أن يستند العمل الإداري مباشرة إلى القانون الشكلي وأن يفرد القاعدة التي يشمل عليها هذا القانون بدون الانتقال بواسطة العمل التنظيمي.

غير أن العمل التنظيمية يدين بنشوئه إلى عجز المشّرع عن توقع جميع الحالات في مختلف الشروط الممكنة وتنظيمها قبل الأوان، ويقبل الفقه الفرنسي، بحق أن السلطة التنظيمية عفوية وسابقة تاريخياً على السلطة التشريعية وأنها توجد كسلطة مستقلة، وحتى بعيدة عن أي تفويض من القاعدة.

وعلى ذلك تستطيع الإدارة إصدار أعمال فردية أو أعمال تنظيمية وهذه الأعمال الأخيرة يمكن تصنيفها كما يلي:

آ- مراسيم تنظيمية تتضمن قواعد قانونية صادرة بعد المادة /35/ من الدستور الهيليني التي تنص على أن رئيس الدولة يمكن أن يصدر المراسيم اللازمة لتنفيذ القانون.

ب- مراسيم تتضمن نصوص عامة، بمقتضى المادة /27/ التي تنص على أن السلطة التنفيذية هي رئيس الدولة.

جـ- مراسيم تنظيمية صادرة بموجب تفويض خاص من القانون.

د- أعمال تنظيمية صادرة عن سلطات إدارية أخرى، مثل الوزراء والمحافظين بموجب تفويض خاص من القانون أيضاً.

هـ- أعمال تنظيمية صادرة عن الأشخاص الاعتباريين في القانون العام بمقتضى تفويض خاص من القانون أيضاً.

إن التفويض القانوني إلى من فرض نفسه كل مكان تقريب بالعرق البرلماني.

طبيعة الوظيفة التنظيمية – إن الوظيفة التنظيمية تتصل من الناحية المادية بالوظيفة التشريعية والفقه الهيليني يرفض عموماً النظرية القائلة إن السلطة التنظيمية سلطة ذات طبيعية خاصة واثقة بين السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية.

ينتج عن ذلك أن القانون يمكن أن تطبق مباشرة بوساطة عمل فردي، حتى في حال عدم وجود مرسوم تنظيمي، فالإدارية غير ملزمة، إذاً، بإصدار نظام، فيما عدا الحالة التي يفرض فيها القانون هذا الالتزام صراحة.

نتائج التمييز بين الاعمال التنظيمية والأعمال الفردية.

هذه النتائج هي التالية:

آ- إن تحديد طبيعة العمل التنظيمية أو الفردية يمكن أن يؤثر في مسألة مفرقة السلطة المختصة لإصدار العمل موضوع البحث فسلطة إصدار أعمال فردية لا تتفرع بالضرورة من التفويض التسريعي بإصدار أعمال تنظيمية والعكس بالعكس فلا تتفرع بالضرورة سلطة إصدار أعمال تنظيمية من التفويض بإصدار أعمال فردية.

ب- وكذلك فإن تحديد طبيعة العمل يمكن أن يمارس تأثيراً في الأصول الواجب اتباعها فالأعمال التنظيمية تخضع مبدئياً لقاعدة النشر في الجريدة الرسمية، وأنظمة الإدارة العامة تصدر بعد أخذ رأي مجلس الدولة فيها وبدون هذا الرأي تكون باطلة لعيب في الشكل.

جـ- كما يوجد فيما يتعلق بالإلغاء، فرق جدير بالملاحظة ذلك أن الأعمال التنظيمية قابلة، مديرين للإلغاء، في حين أن الأعمال الفردية ليست كذلك إلا عندما لم تنشئ حقوقاً.

وفضلاً عن ذلك، ليست لإلغاء الأعمال التنظيمية أثر رجعي، "لا تنظيم للماضي"، كما يقول المبدأ، في حين أنه يمكن سحب العمل الفردي.

إن نتائج عدم المشروعية تختلف اختلاف نوع العمل ولقد سبق أن شرحنا كيف يتمتع العمل الإدارية، الفردي أو التنظيمي، يقر فيه الشرعية ويبقى نافذاً إلى حين إلغائه رسمياً، وبعد انتهاء الطعن في عمل ما يسبب تجاوز السلطة يمكن الدفع أمام أي محكمة بعدم شرعية العمل الذي نجي من الطعن.

معيار التفريق بين الأعمال التنظيمية والأعمال الفردية يجب أن يستبعد المعيار الشكلي حالاً، فجميع أجهزة الدولة تستطيع إصدار أعمال تنظيمية في حدود اختصاصها القانوني أما في شكل مرسوم أو في شكل قرار وزاري أو قرار أمني وهكذا.

إذاً يجب أن نلجأ إلى المعيار الموضوعي، فالعمل التنظيمي ما هو في أساسه سوى قاعدة حقوقية ذلك أن قرار قاعدة ما يعني تحديد أو إنشاء الحق لكل شخص تتوفر فيه السمات المميزة المحددة سلفاً بصورة عامة.

إذاً فالسمة المميزة للعمل التنظيمي هو عمومية، يكون النص عاماً إذا كان مضمونه لا يتعد بتطبيقه مرة واحدة، إذا كان له قوة إنشاء تطبيقات جديدة على عدد كبير من الحالات المقبلة وغير المحددة عند صدور القرار التنظيمي لا يمكن معرفة الأشخاص الذين سيطبق عليهم، وهذا هو نموذج العمل التنظيمي الأمثل ولكن ليس الأمر دائماً على هذه الصورة، فبعض الأعمال التنظيمية يخص عدداً قليلاً من الأشخاص وبعضها الآخر يطبق على منطقة محدودة ومنها أخيراً ليس مشروعاً إلا خلال فترة قصيرة من الأمن، وبالمقابل، ليست العمومية العددية بل العمومية المحددة هي التي تعطي العمل صفته التنظيمية فيجب إذاً إلا تعتبر

تنظيماً للعمل الذي يخاطب فلان أو فلان بصفة فردية، حتى لو كان عددهم كبيراً، بالعكس، إن عملاً يخاطب الموظفين الذين تبدأ أسماؤهم بالحرف (ي) هو نظامي، حيث لو لم يوجد صدفة سوى مواطن واحد يحمل ذلك الاسم.

توضيحاً للحالات الفردية، يجب أن يؤخذ بعيداُ بعين الاعتبار ما يلي:

آ- إن الأمر الموجه من الشرطة إلى حشد من الناس بقصد تفريق اجتماع أو منع الدخول إلى منزل مملوك وكذلك الأمر الموجه إلى سكان قرية داعياً أباهم إلى إزالة الثلج الذي تراكم على مداخل منازلهم أثناء الليل، هي أمران فرديان ينفذ محتواهما القانون بتطبيق العمل مرة واحدة في حالة محددة مسبقاً (هذا الاجتماع، هذا البيت الملون، الثلج المتراكم أثناء الليل).

إن التطبيق المكرر على عدد من الأشخاص لا يعني وجود قاعدة قانونية بل مجرد "تكويم أعمال فردية".

ذلك لا هو العمل الفردي العام، بحسب الألمان، أو الغبار الفردي بحسب **موريس هوريو**.

ب- وإلى ذلك فإن التحديد العددي بتطبيقات عمل تنظيمي، ولو على مستوى فرد واحد، لا يمكن أن يزيل صفته التنظيمية.

فالنظام المحلي المتعلق بتدابير سلامة العروض العامة، يبقى عملاً تنظيمياً ولو أن نصوصه لا تتناول سوى المسرح الوحيد في المدينة والحل نفسه، عندما يتعلق الأمر بالمحافظة على منظر الآثار التاريخية، ولو كانت أثراً تذكارياً وحيداً.

غير أن توافق العمل التنظيمي مع الحالات الفردية بغير طبيعتها، فإذا ما أصدرت الشرطة تبنيها عاماً يتضمن التدابير الأمنية التي يجب على أصحاب المصانع أن يتخذوها في حال الحريق، ويعلن عن تعليمات غير تنظيمي، نحن أمام تراكم أعمال فردية، ومن جهة أخرى فإن استعمال السلطة التنظيمية على هذا النحو ربما ليس طبيعياً.

جـ- إن تحديد الارتفاع الأقصى للأبنية في شارع أو في قسم منه له صفة تنظيمية دائماً، وكذلك الشأن فيما يتعلق بتحديد التزامات سكان شارع واحد بصدد مصلحة المجاري.

د- ثم إن تحديد زمن تطبيقات عمل تنظيمي بيوم واحد لا يزيل صفته قطعاً فمنع سير السيارات في بعض الشوارع خلال حجية يوم العيد الوطني هو نظام "غير دائم".

و- كما توجد أعمال "تنظيمية بصورة غير مباشرة" فالأمر الذي توجهه الشرطة إلى محل، يمنع دخول القاصرين إليه عمل فردي فيما يخص صاحب المحل "بـ عمل تنظيمي"" على نحو غير مباشر فيما يخص الذين القاصرين.

هـ- إن لوائح الإدارة العامة المتعلقة بتنظيم المرافق العامة تحتفظ بصفتها التنظيمية ولو كانت تتعلق بمرفق واحد، مثل إنشاء مركز جمركي أو تعديل اختصاص إقليمي للتفتيش المالي.

ويرى تفسير ألماني أن هذه الأعمال تتضمن قاعدة قانونية تتوجه ليس إلى سلطة أو مأجور فحسب بل إلى جمهور صلاحية المرفق المذكور.

ز- يوجد عدد من الاعمال – الشروط صفتها غير مؤكدة-، بقرار تخطيط التنظيم هو الأساس القانوني لإصدار أعمال فردية عديدة، ومع ذلك فهو معتبر كعمل فردي.

وكذلك شأن المرسوم الذي يقر بلدة جديدة أو يحدد الأشخاص الاعتباريين الذين سيتحققون إلى نظام خاص ويرى يتزنر أن الأعمال التي تحدد موقع معرض عام أو عرض شارع أو تعريفات العلاج في مستشفى عام، تدخل في مجموعة متوسطة بين الأعمال التنظيمية والأعمال الفردية.

هل للتصديق على عمل تنظيمي صفة تنظيمية أيضاً؟ يجب أن تميز حسب الحال، ما إذا كان التصريف صادراً عن رئيس إداري بمقتضى مشاركته في صلاحية الجهاز التابع، فهنا يجب القبول بأن للتصديق أيضاً صفة تنظيمية إن

قيام الوزير بالتصديق على نظام القيد الموضوع من مفتش الغابات هو عمل تنظيمي.

ولكن عندما يتم التصديق بمقتضى الولاية الإدارية، فالحل مختلف، إن قيام المحافظ بالتصديق على النظام الموضوع من مجلس بلدي والمتضمن فرض ضرائب خاصة على الإقامة هو عمل فردي بإزاء البلدة، ينتج عن ذلك أن المحافظ لا يستطيع بمفرده أن يلغي مصادقته في حين أن المجلس البلدي يستطيع دائماً تعديل النظام وإخضاع التعديل إلى تصديق المحافظ.

يذهب أحد الآراء إلى أن الأعمال الإدارة هي دائماً أعمال فردية وهذا أثر من التمييز القديم بين أعمال الإدارة وأعمال السلطة أما وقد حجر هذا التمييز فلا يمكن أن تبقى نتائجه بعده.

إن دفتر الشروط والالتزامات العامة لمناقصة ما، الذي اعتبر في السابق عمل إدارة، يعتبر اليوم، مع ذلك، عملاً تنظيمياً.

غير أن أعمال الإدارة في القطاع الخاص، التي لا تقبل الطعن بالإلغاء اليوم، لا يمكن بالطبع أن تتمتع بالصفة التنظيمية.

إن النشرات، التي ليست أعمالاً تنفيذية، له صفة عمومية غير أنها ليست نظرياً، أعمال تنظيمية ومع ذلك يعتبرها الفقه الفرنسي أعمالاً تنظيمية حقيقية، ولا سيما عندما تنظم مسائل متعلقة بقانون الموظفين الأساسي، إذاً، يجب البحث عن طبيعة العمل في كل مرة، فمن طريق تفسير إرادة الجهاز الذي أصدره.

الفرع الثالث

العمل الإداري يحدد الحق في الحالة الفردية

تحديد الحق في الحالات الفردية ليس سوى تطبيق للقانون – إن العمل الإداري يحدد الحق في الحالة الفردية، وإن هذا التحديد ليس قاعدة قانونية – فهذه لها دوماً صفة عامة – بل يشكل حتماً تطبيقاً لها، يمكن القول بصورة عامة، أن الإدارة تتصرف دائماً وفق قاعدة قانونية موجودة قبلاً: ذلك أنه يتعذر وجود عمل إداري فردي لا يرتبط بقاعدة قانونية موجودة من قبل.

إن القاعدة تحدد إرادة الأشخاص بصورة مجردة، ذلك أن تطبيقها وتنفيذها يشكلان تحقيقها في الحالات المشخصة وعليه فإن تنفيذ قاعدة ما متبوع بتحديد إرادة شخص أو عدة أشخاص واقعيين: بعبارة أخرى، إن هذا التنفيذ يؤول إلى تشخيص التحديد الذي تتضمنه القاعدة القانونية ومن الواضح أن السلطة التنفيذية التي ليس لها بمقتضى الدستور سوى سلطة تطبيق القانون، لا تستطيع أن تنشئ بأعمالها تحديداً مماثلاً إلا عندما ينتج هذا التحديد من القاعدة القانونية مباشرة أو على نحو غير مباشر يمكن أن نستنتج إذاً عدم وجود عمل إداري لا يرتبط بقاعدة قانونية موجودة من قبل.

وعلى ذلك فالقانون ليس هو العمل الإداري فحسب، بل هو شرطه وأساسه أيضاً، ففي دولة القانون، يتعذر على الإدارة أن تتصرف ضد القانون، بل هي ملزمة بالعمل دائماً طبقاً للقانون ويمكن التأكيد، بالمقابل، على وجود تدخل الإدارة عند الضرورة ولم لم يوجد قانون ومع ذلك، حتى في مل هذه الحالة "قد يتأذى النظام العام، غير أن الإدارة لا تملك سلطة إدخال قواعد ليس مقدور

الإدارة أن تتصرف في حال عدم وجود قانون، يكون لتدخلها عندئذ صفة عمل من أعمال الحكومة التي لا تنطبق عليها المبادئ المعروضة أعلاه.

من المسلّم به أن الإدارة تستطيع دائماً إنشاء أعمال فردية أو عامة لها صفة داخلية (توجيهات، نشرات)، مجردة من القوة التنفيذية ومن كل تأثير قانوني فيما يتعلق بحقوق المواطنين – العمل الإداري والقرار القضائي – إن التطبيق الفردي للقانون المبحوث أعلاه مهمة مشتركة بين الإدارة والقضاء.

أي بين وظيفتين خاضعتين للقانون فمن أجل تحديد الحق في وضع فردي، إذا العمل الإداري والقرار القضائي على السواء يستمدان سلطتهما من تشخيص القاعدة القانونية، إن الطريق الذي يفضي إلى نتيجة في القرار القضائي شبيهة بسيرورة العمل الإداري التنفيذي، ولكن هذا الشبه يستمر أيضاً.

فحسب تحليل **جيلينيك**، إن الإرادة المتضمنة في كل عمل صادر عن أحد أجهزة الدولة، يجب أن تمر في ثلاث مراحل نفسية، إن الجهاز يتصور:

عناصر العالم الخارجي أو أوضاعه (تصور)، ثم يبين علاقتهما بالقاعدة القانونية (الحكم)، ويعلن أخيراً إرادته الرامية إلى تحقيق الحكم، (الفعل)، فالقاضي كالمدير، لا يمكن أن يكتفي إنشاء حكم إنشاء بسيطاً، إن المتهم يجب أن يعاقب، أو "إن الرخصة يجب أن تمنح" وإن على القاضي أن يعاقب المتهم وإن على المدير أن يمنح الرخصة، وفي هذه المرحلة الثالثة، ليس العمل الإداري، مثل القرار القضائي، إثباتاً بسيطاً فقط، بل هو في الوقت نفسه فعل أيضاً.

إن التحليل المشترك للعمل الإداري والقرار القضائي إلى عناصرهما المنطقة يعطي للوهلة الأولى الانطباع بأنها مظاهر بوظيفة واحدة، مهمتها تطبيق القانون، وانطلاقاً من وجهة النظر هذه نصل إلى النظرية التي تخلط بين الوظيفتين، والقائلة أن الإدارة والحكم ليسا سوى شكلين مختلفين لنهج واحد، وأن التمييز بين تنفيذ وقضاء ليس له سوى مجرد قيمة تاريخية، وتذهب هذه النظرية إلى أن هذه التمييز قد تأكد تدريجياً، يحدد القوانين في كل مرة أعمال التنفيذ القضائية

وتلك ليست كذلك في البداية كانت الأعمال المتعلقة بحياة المواطنين وحريتهم وملكيتهم هي وحدها الخاضعة للضمانات القضائية، ولكن هذه الضمانات امتدت مع الزمن إلى مواضيع أخرى كانت تابعة في الماضي إلى مجال الإدارة الحر.

كما تقبل نظرية أخرى بالتمييز من الناحية المادية ولكنها ترفض أن تفصل الإدارة عن القضاء الإداري.

وبحسب تلك النظرية لا يتميز العمل الإداري من القرار القضائي الصادر عن قضاء إداري إلا بسمة شكلية تقوم على مشاركة الفرد بصفته طرف في الإجراء (الدعوى).

معيار التمييز بين العمل الإداري القرار القضائي على الرغم من الاعتراضات المبينة أعلاه لا يسعنا أن ننفي محتوى الوظيفتين، الإدارية والقضائية، مع خضوعهما للقانون، لا يختلف اختلافاً جوهرياً، العمل الإداري يحد الحق في الحالة الفردية، وكذلك هو شأن القرار القضائي، ولكن يجب تحديد اختلاني العملين، لنعرض أولاً مختلف النظريات التي بحثت في هذا الموضوع.

آ- **نظرية السلطة التقديرية**: تذهب نظرية قديمة إلى أن العمل الإداري يصدر دائماً عن جهاز يملك سلطة تقديرية، في حين أن القرار القضائي مقيد بالقانون حتماً، ينتج عن ذلك أن الملاحظات المتضمنة في العمل الإداري تلك الموجودة في القرار القضائي ليست مماثلة، من حيث أن تلك المتعلقة بالقرار القضائي تفرد حتماً إلى نتيجة واحدة، إذا كان القانون يحكم بالإعدام في جرعة القتل، فإن القاضي الذي يتحقق من أن المتهم قد ارتكب مثل هذه الحرية، ملزم باتباع طريق واحد: هو الحكم على المتهم بالإعدام وبالمقابل إذا نص القانون على منح رخصة سير ضمن شروط معينة، فإن الموظف الإداري، وإن تأكد من توفر هذه الشروط، ليس ملزماً بمنح هذه الرخصة، إنه يستطيع رفضها إذا رأى إن مصلحة المرفق أكثر ضماناً بذلك.

غير أن تمييزاً مطلقاً على هذا الأساس ليست صحيحاً، لأن الإدارة قد تجد نفسها مقيدة تماماً بالقانون، في حين أن القاضي، بالمقابل، يملك حرية شبيهة بالسلطة التقديرية يكفي أن نذكر الحالة النموذجية لسلطة القاضي الاختيارية المتمثلة في إعطاء القرار بتوزيع الملكية على الأفراد، أو إعطائها إلى أحد المالكين، وكذلك حقه في تدرع العقوبة بين أحديها الأدنى والأقصى المقررين في القانون، ولكن يجب عدم المضي بعيداً جداً والادعاء بأننا في هذه الحالات أمام "سلطة تقديرية للقاضي" حقيقية، يجب أن نحترس من تشبيه حرية القاضي تلك بسلطة تقديرية ولو أنها تقترب منها إلى حد ما.

ومن جهة أخرى، ثمة حالات يوجب القانون على الإداري القيام بفعل معين بشأنها وعندئذ تكون مهمة الإدارة شبيهة، من هذه الناحية بمهمة القضاء.

ب- **نظرية الفعل التلقائي**: وكذلك يجب أن نرفض الرأي القائل أن العمل الإداري يتخذ تلقائياً على الدوام، في حين أن القرار القضائي يفترض تقديم طلب من ذي الشأن، وبالمقابل تمنع الإدارة أحياناً من التصرف تلقائياً، ولا سيما في حالة "العمل المقترح" من الفرد، المبحوثة أعلاه.

جـ- **نظرية النزاع**: تبحث نظرية ثالثة عن معيار التمييز في عنصر النزاع الذي يطرح دائماً أمام القاضي، ولكن تكفي نظرة بسيطة في مجال عمل الإدارة لإقناعنا بأن مهمتها في الغالب قائمة على حل نزاعات عرضها أصحابها عليها، لها شكل التنظيم التسلسلي أو شبه القضائي.

د- **نظرية الهدف**: تجيب هذه النظرية في الغالب أن النتيجة التي يقترن بها النزاع لدى الإدارة هي وسيلة بسيطة لتحقيق هدفها التمثل في تلبية حاجات الجمهور في حين أن الهدف الوحيد للقضاء هو حل هذا النزاع وهكذا نكون أمام معيار جديد، هو معيار الهدف الذي تتابعه في كل من الوظيفتين.

المعيار الحقيقي للتمييز: نعتقد أن هنالك ما يدعو للتوقف عند هذه النظرية الأخيرة، إن الإدارة، في الواقع مكرسة لتوفير حاجات الجمهور، في حين أن هدف

القضاء هو توطيد النظام العام بحل المنازعات ومعاقبة حالات خرق القانون، إن هذا التمييز يستند إلى أساس نفسي، وعليه عندما يتعلق الأمر بتحديد مفهوم وظيفة الدولة – التي هي مجموعة أفعال تسعى إلى غاية مشتركة وتتأثر بالهدف المنشود – لا يمكن أن نتجاهل العنصر النفسي.

ولكن لا يمكن استخدام هذا العنصر عندما يتعلق الأمر – بتمييز الأعمال التي تؤول إليها كل من هاتين الوظيفتين.

بما أن العمل هو الشكل القانوني الذي تظهر فيه ممارسة الوظيفة، فإن العناصر الوحيدة التي يمكن أخذها بعين الاعتبار هي ذات طبيعة قانونية مع استبعاد الدوافع النفسية التي أثرت في مضمونها، ولكن هذا التأثير للأهداف المختلفة التي اتجهت نحوها إحدى الوظيفتين – هو بالضبط الذي أسهم في التكوين الخاص لمظاهرهما القانونية – الموافقة إلى الأهداف التي رسمتها لنفسها كل منهما، وهكذا فإن الوظيفة القضائية، التي تهدف إلى حفظ النظام العام، تؤدي إلى مظهر قانوني خاص بخدمة هذا الهدف ومزود بقوة مناسبة لأجل ذلك، هي قرار القاضي.

ومن جهة أخرى، إن الوظيفة التنفيذية التي تهدف إلى تلبية حاجات الشعب اليومية، تؤول إلى العمل الإداري، الذي يشكل مظهراً قانونياً في منتهى المرونة وقابلاً للإبطال نظرياً والتكيف بسهولة مع وظيفة الإدارة، إذاً يمكن القول أن الهدف المختلفة لكل وظيفة أدى إلى اختلاف جوهري بين العمل الإداري والقرار القضائي، يتمثل على نحو خاص في حقيقة أن هذا الأخير هو وحده الذي يملك قوة القضية المقضية أو قوة الحقيقة القانونية.

إن قوة القضية المقضية هي إذاً معيار التمييز الحقيقي بين العمل الإداري والقرار القضائي، وهي تستدرك كل جدال حول الحل الذي يعطيه القرار بقصد إنهاء المنازعات وتوطيد النظام الاجتماعي.

إن المشّرع يملك سلطة تعيين الحالات التي يكون فيها لضبط الموظف العام قوة الحقيقة القانونية إلا أن هذه القوة ليست عنصراً خارجياً بل عنصر أساسي، صحيح أن ممارسة المراقبة التسلسلية من السلطات الإدارية تعطي أحياناً انطباعاً بوجود حكم: الإجراء شبه قضائي والعمل غير قابل للإلغاء، ولكن تلك مجرد عناصر خارجية، إن الإجراء شبه القضائي لا يضيف شيئاً إلى صفة الحل المتضمن في العمل سواء كانت هذه الصفة نهائية أو غير نهائية وإن تقدر الإلغاء الذي يقره القانون لبعض الأعمال الإدارية بسبب أهميتها الخاصة، لا يحول دون إلغائها لصدورها على نحو مخالف للقانون، وبالعكس، إن قوة القضية المقضية عنصر داخلي يغير طبيعة العمل ذاتها، فهذا الأخير يجب أن يعتبر عندئذ حقيقة قانونية ويلغى نهائياً كل نزاع، تلك هي سمة القرار القضائي.

التحديد الثنائي للإدارة والفرد: ينتج من التحليلات السابقة أن معنى العمل الإداري يتمثل في تحديد الحقوق والالتزامات المتبادلة بين الدولة والفرد، بدون أن يكون لهذا التحديد قوة الحقيقة القانونية.

لقد سبق القول أن إحدى نتائج العمل الإداري التنفيذي هي التزام الإدارة بالتعرف من تاريخ العمل طبقاً لهذا العمل.

صحيح نظرياً أن الإدارة تستطيع إلغاءه، ولكن إلى أن تقوم بذلك عليها أن تتمثل له ولا يسعها أن تخالفه بأعمال مادية، وأما الفرد فيجد نفسه مرتبطاً بالعمل ويجب عليه أن يتقيد به أيضاً، ذلك ما أطلقنا عليه التزاماً ثنائياً.

إن السمة التي تميز العمل الإداري حقاً يجب البحث عنها في هذا التحديد الثنائي وليس في "إمكان الانتقال التنفيذي" ولا في "إحداث آثار قانونية" ثم إن إمكان الانتقال إلى التنفيذ يوجد في أعمال ليست قرارات تنفيذية.

مثلاً في الأمر الذي يوجهه مفوض شرطة إلى موظف بشأن إنجاز عمل مادين كما يمكن أن تنتج بعض الآثار القانونية عن أعمال غير تنفيذية، فمن عمل مادي سبب أضراراً قد تنشأ مطالبة بتعويض، ومن رأي غير ملائم قد يتعذر منح رخصة

كثيرة هي الآثار القانونية، ومع ذلك لا العمل المادي ولا الرأي من الأعمال التنفيذية.

إن هذا التحديد الثنائي للإدارة وللفرد هو، بالطبع، عنصر يختلف اختلافاً أساسياً عن قوة القضية المقضية التي ترافق القرار القضائي.

الأعمال غير التنفيذية

إن السمة المميزة للعمل التنفيذي أي تحديد الحق في الحالة الفردية، غير موجودة في بعض حالات الإعلان عن الإرادة الصادرة عن الأجهزة الإدارية، إن الأعمال المماثلة تسمى "أعمالاً غير تنفيذية" وهي على نوعين:

آ- أعمال لا علاقة لها بعمل تنفيذي كالشهادات على اختلافها والقيد في السجلات والدفاتر الرسمية... إلخ.

ب- أعمال ذات صلة بعمل تنفيذي: وهذه الأعمال يمكن أن تسبق العمل التنفيذي أو تتعبه.

أعمال تسبق العمل التنفيذي:

1- التعليمات الموجهة إلى سلطة تابعة، بشأن حالة فردية، أو المتضمنة توجيهات عامة حول تطبيق قانون من القوانين، والحالة الثانية هي النشرة.

والتعليمات هي، بوجه عام نوع من مشاركة السلطة الأعلى على سبيل الاحتياط في ممارسة اختصاص التابع ولكنها لا يمكن عادة أن تحود الحق، على الرغم تأثيرها العملي في السلطات الدنيا، وعلى ذلك فهي لا تقبل الطعن بالإلغاء بسبب تجاوز السلطة، غير ان هذا المبدأ يصبح غير مقبول تمس النشرة نظام الموظفين، عندئذ تعتبر عملاً تنفيذياً خاضعاً لرقابة مجلس الدولة.

وفي حالات أخرى يستوحي القضاء من اعتبارات الملاءمة ويلجأ إلى مراقبة النشرة كي لا تطبق تعليمات غير قانونية على أوضاع فردية.

في الواقع ليس من الملائم إلزام الأفراد بانتظار التطبيقات الفردية قبل رفع الطعن، "إن طعناً واحداً ضد النشرة تكون له النتائج نفس التي تعطيها الطعون الموجهة ضد جميع القرارات الفردية".

وتتسم التعليمات أحياناً بسمة الأمر، فالرئيس الإداري، من حيث أنه لا يستطيع اتخاذ قرار بسبب لامركزية السلطة، يأمر الجهاز الأدنى المختص باتخاذ القرار، غن هذا الأمر، الذي لا يشكل مع ذلك عهداً تنفيذياً، يسمى "تعليمات آمرة".

2- الآراء التي تبديها أجهزة إدارية حول شرعية أو ملاءمة عمل مستقبلي، إن الآراء "البسيطة" أو "المطابقة" ليست نظرياً أعمالاً تنفيذية يستثنى من ذلك الحالة التي يتطلب فيها القانون "رأياً مطابقاً"، ذلك أن من شأن الرأي السلبي أن يحول دون إصدار العمل التنفيذي، ومن ثم يصبح هذا الرأي نفسه عملاً تنفيذاً يقبل الطعن.

3- الأعمال التحضرية إجمالاً كاملاً الموظف على الإضبارة قبل اتخاذ إجراء تأديبي بحقه، والرسائل المتضمنة طلب معلومات والآراء الموجهة إلى الأفراد أثناء النظر في طلباتهم، والمحاضر التي تثبت ارتكاب مخالفات ضد القوانين الإدارية وتؤلف شكليات بسيطة تسبق نصاً قانونياً أو عملاً تنفيذياً وتدوين اسم مرشح على لائحة المشتركين في مسابقة.

إن الأعمال التي يجب أن تصدق من الرئيس الإداري أو من الجهاز الذي يمارس الوصاية، ليس نافذة مثل الموافقة.

الفرع الأول

أعمال غير تنفيذية على العمل التنفيذي

بادئ ذي بدء

1) الأعمال الرامية إلى تفسير عمل تنفيذية أو توضيحية، ليست تنفيذية سوى ما يتعلق فيها بإجراء تغيرات أساسية على العمل التنفيذي تحت غطاء التفسير.

2) الأعمال الرامية إلى تنفيذ عمل تنفيذية كالآراء التي توجه إلى الأفراد وندعوهم للتقيد بها، الإنذارات والإخطارات الفردية أو العام، وضبط إثبات تنفيذ عمل إبلاغ موظفي مصلحة مدنية أو عسكرية بالأعمال بشكل جدول أعمال

3) إن الأعمال التأكيدية التي تكرر مضمون عمل تنفيذي سابقاً، وبها تعلن الإدارة تمسكها بحل مبين من قبل بذلك العمل، هي مجردة من الآثار القانونية ولا تقبل الطعن بسبب تجاوز السلطة وتتخذ الأعمال التنفيذية عادة، في إثر طعن تسلسلي عادي، في عمل تنفيذي، وعندما يصدر العمل التأكيدي بعد طعن تسلسلي شبه تنازعي، يكتسب طابعاً تنفيذياً بسبب أن الطعن المطعون آثار ممارسة جديدة سبق أن مارستها السلطة الأدنى.

كما يعتبر عملاً تنفيذياً العمل التأكيدي الذي صدر بعد فحص الحالة فحصاً جديداً، ومثل هذا الفحص يجري عند "حد وثائق أساسية جديدة بعين الاعتبار.

إن الصفة الأساسية للفحص الجديد يجب أن تستند إلى تقدير دقيق، إذ يمكن بخلاف ذلك الاحتيال على مدة الطعن بالإلغاء وذلك بتقديم طعون تسلسلية بهدف إنشاء أعمال تنفيذية جديدة في القضية ذاتها، أما خضوع القضية لفحص مستشار قانوني فلا يعتبر فحصاً جديداً.

الفرع الثاني

أصل العمل الإداري ودلالته في الدولة القانونية

العمل الإداري والدولة القانونية: إن العمل الإداري بمعناه العام يظهر في المفهوم التاريخي، بمظهر دولي مختلف، قد توجد دولة من الدول بدون قوانين وبدون قضاء، ولكن ليس بدون إدارة، لأن الإدارة هي العمل الحي الذي يكمل حياتها، وكما هو الحال عند الإنسان حيث لا تكون الحياة من إرادة وفكر وحسب، بل قوامها العمل أيضاً قبل كل شيء أن تفوق الإدارة الطبيعي والمنطقي ذاك يفسر بالنسبة إلى الوظائف الأخرى التي تقوم في الدولة، مركزها المتفوق الذي حافظت عليه لمدة طويلة في حياتها الدول، فلقد كانت الوظيفة التنفيذية خلال تلك المدة، تؤلف المظهر الأكثر وضوحاً لفعالية الدولة، وتميل في أكثر الأحيان إلى الادعاء بمحتوى السلطة العامة نفسه، وفضلاً عن ذلك، فلم تكن مبدئياً، معرضة لأي رقابة قضائية.

إن تحول السلطة التنفيذية في مثل هذه الحالة البوليسية إلى حالة تخضع فيها القانون الذي فرض نفسه على جميع وظائف الدولة الأخر ثم على مراحل متعانقة بالظروف التاريخية والسياسية الخاضعة لكل بلد، وأما أن القضاء خضع قبل غيره إلى القانون، فتلك هي السمة التي تميز هذا التطور، فلقد كانت المحاكم منذ وقت طويل ماض لحكم بموجب القانون منيطة به القرارات الفردية، حينما كانت السلطة التنفيذية، وقد شكلت تحرفاً من السلطات البوليسية، لا تعتبر نفسها، بعد، مقيدة بالقانون لم يتحقق خضوع السلطة التنفيذية للقانون إلا مع ولادة الدولة القانونية، فمنذ ذلك الوقت، يأخذ عمل السلطة التنفيذية، لأول مرة، اسم "العمل الإداري" ويكتسب فائدة قانونية خاصة إذ يصبح موضوع فرع جديد من فروع القانون العام، هذا القانون الإداري.

إن تحديد مفهوم دولة القانون، إذاً هو الذي يساعد على تعريف العمل الإداري وتجديد مركزه الصحيح في مجموع المظاهر القانونية التي تتصف بها الدولة المعاصرة.

1- مفهوم الدولة القانونية وعناصرها:

إن تعبير "دولة القانون" المستعمل في القانون الإداري، ليس هو التعبير الوارد في "النظرية العامة في الدولة"، فهذا العلم الأخير يعني به الهدف والمحتوى الأخلاقي الذي نسبتهما الدولة لنفسها، فالدولة القانونية، إذاً هي التي تسعى إلى تحقيق القانون والنظام القانوني وحفظهما بالتعامل مع "دولة الشرطة" التي يقتصر طموحها على حفظ الأمن، غير أن مفهوم دولة القانون، في القانون الإداري، لا يرتبط بنظرية فلسفية، بل بنظرية قانونية فقط، تستند حصراً إلى المنهج الذي تتبعه أجهزة الدولة في تصرفاتها.

إن العناصر التي يتألف منها مفهوم الدولة القانوني ذاك هي الآتية:

إن العنصر الأساسي في دولة القانون هو فصل السلطات فصلاً واضحاً أو عضوياً، أعني المنظومة القانونية التي توكل تعوض إلى كل جهاز خاص كل توظيفية من وظائف الدولة، وبذلك تكونت ثلاثون مؤسسة منفصلة – هي المؤسسات التشريعية والمؤسسات الإدارية والمؤسسات القضائية، ومن توزيع الاختصاص بين هذه المجموعات العضوية الثلاث، يتفرع مفهوم الاختصاص "الوظيفي" فليس الاختصاص سوى تحديد الأعباء التي يجب على جهازها أن يقوم بها، وهو منشأ التزام هذا الجهاز بالعمل حصراً في حدود وظائفه، وينتج عن ذلك أن المؤسسات الإدارية، الملزمة بتطبيق القانون بناء على صلاحياتها، لا يمكن أن تتصرف ضد القانون أو أن تتجاوزه، بل طبقاً للقانون وفي نطاقه، وإن هذه الظاهرة التي أطلق عليها "خضوع الإدارة للقانون" هي من الناحية العملية السمة الأكثر بروزاً لمفهوم دولة القانون، وإن هذه الظاهرية التي أطلق عليها اسم "خضوع الإدارة للقانون"، هي، من الناحية العملية السمة الأكثر وضوحاً لمفهوم دولة القانون.

2- إن خضوع الإدارة للقانون يتحقق لمقتضى مبدأ "شرعية الإدارة"، الذي يشكل القاعدة القانونية الأساسية للأعمال الإدارية، وهذا المبدأ الذي لا يمكن بمقتضاه هدف أي عمل إداري ما لم يستند إلى قانون مكرس بنصوص دستورية لها قوة شكلية تسمو على القانون.

يمكن التمييز بين مبدأ الشرعية بمعناه الواسع وبين هذا المبدأ بمعناه الضيق، فثمت نصوص دستورية تحصر موضوعاً محدداً بالاختصاص التشريعين كتطبيق عقوبة أو فرض ضريبة، ذلك نهج يمكن أن يسمى حفظ حق القانون، أو مبدأ الشرعية بالمعنى الضيق، ولكن توجد أيضاً، خارج هذه الموضوعات الخاصة، نصوص دستورية عام تكرس فصل الوظائف فصلاً تاماً وعضوياً عن طريق تحديد الأعباء المفروضة على كل نوع من هذه الأجهزة.

من ذلك نصت المادة /13/ من الدستور الفرنسي لعام /1946/ المتضمن "إن الجمعية الوطنية تقر القوانين"، والمادة /202/ من الدستور الإغريقي لعام /1952/ المتضمن "إن السلطة التشريعية هي للملك ولمجلس النواب"، الأمر الذي يستتبع وجوب صدوره النصوص الراعية إلى إنشاء بعض الحقوق والالتزامات، أو تعيين حدود إرادة الرعية على نحو ما- وهذه هي بالذات ميزة القاعدة القانونية – صدورها عن المؤسسات التشريعية وليس عن المؤسسات الإدارية أو التنفيذية، فهذه المؤسسات التشريعية وليس عن المؤسسات الإدارية أو التنفيذية، فهذه المؤسسات الأخيرة، العاملة دوماً وفق قاعدة موجودة سلفاً، لا بد لها من تأمين ضمان تطبيق هذه القاعدة بتحديد القانون في أوضاع فردية، وهذا هو مبدأ الشرعية بمعناه الواسع، ولقد أدخل هذا المبدأ صراحة في المادة /44/ من الدستور الهيليني، والتي جاء فيها "ليست للملك سلطات أخرى سوى التي خصة بها صراحة الدستور والقوانين المتفقة معه".

ولقد تأكد هذا المبدأ بالمادة /83/ من هذا الدستور الذي يكرس صلاحية مجلس الدولة" بإلغاء الأعمال الصادرة عن أن مؤسسة إدارية تجاوزت هذه الحدود وخرقت المبدأ الدستوري المتمثل بشرعية الإدارة.

3- إن حدود فعالية الإدارة ومجال عمل الرعية يجب تعينها بالقانون تعيناً فرضياً بالتعويض التشريعي الواسع مثلاً، والذي لا يحدد موضوعه تحديداً مشخصاً كافياً، يزيل حدود فعالية الإدارة ويتعارض مع مبدا فصل السلطات ومبدأ شرعية الإدارة.

إن للمحاكم، بمقتضى الاجتهاد القضائي المستقر، الحق في تفحص ما إذا كان التفويض التشريعي لم يتجاوز حدوده، فمثلاً، اعتبر مجلس الدولة الهيلين من قبيل تجاوز الحدود حالة قانون يفوض الوزير سلطة تعديل أنظمة مؤسسات الضمان الاجتماعي.

واعتبر الاجتهاد القضائي الألماني في عهد النظام البرلماني، قانوناً أعطى رئيس الجمهورية حق فرض ضريبة جديدة ووضع قيود على الأبنية بدون تقديم إيضاحات موضوعية مسبقاًن تاركاً هذا الحق لتقدير السلطة التنفيذية، اعتبره متعارضاً مع مبدأ شرعية الإدارة، وفي الوقت الحاضر تبنى مبدأ تقييد التفويض التشريعي ذاك عدد من دساتير ما بعد الحرب "يراجع دستور الجمهور الإيتالية لعام 1947 المادة /76/، ودستور الجمهورية الفرنسية لعام 1946 المادة 13).

إن فعالية عناصر دولة القانون، المعروضة أعلاه، تتطلب تنظيم نوع من الرقابة، ولكن ما هو؟ لم تكن الرقابة البرلمانية ولا الرقابة التراتبية كافيتين، فلا بد من الرقابة القضائية، وهذه الرقابة هي بالضبط التي أدخلت في نظام دولة القانون، على أن هذه الرقابة التي هي مبدئياً غير واقية، لا تستطيع إضعاف المركز الممتاز الذي تتمتع به الإدارة، التي لها حق العمل المباشر عن طريق اتخاذ قرارات نافذة في الحال.

ولقد دافع بعضهم من الرأي المتمثل، قبل كل شيء فيها الحالات التي وقد تصطدم فيها ادعاءات الإدارية بمعارضة الفرد، في أن القضاء يجب أن يعلن موقفه إلى جانب تأييد الإدارة في حقوقها، ولكن طرح هذا الرأي عموماً من حيث أنه يتعارض مع مهمة السلطة التنفيذية إن الأعمال الإدارية النافذة مباشرة تخضع لرقابة قضائية مانعة في الغالب، ما عدا استثناءات نادرة منها صلاحية مجلس الدولة في إقرار وقف تنفيذ كل عمل إداري قد يطعن فيه بسبب تجاوز السلطة، وهذا ما يتم قبل الحكم في الطعن، ويقرر وقف التنفيذ ذاك عندما يخشى من تنفيذ القرار الطعين تنفيذاً مادياً وقوع ضرر يتعذر تداركه بإلغاء القرار المذكور، مثال ذلك القيام مسبقاً بتنفيذ أمر بهدم بناء لمخالفة المخطط التنظيمي...إلخ.

كما رفض لأسباب مماثلة، الرأي القائل بإلزام الإدارة إصدار أعمالها في أشكال شبيهة بأشكال وضمانات شبه قضائية في جميع الحالات التي لا تتعارض فيها هذه الإجراءات مع الأهداف التي تسعى إليها الإدارة العاملة.

لا يمكن يقيناً، إخضاع الإدارة بأكملها للأصول الصارمة والمنظمة المثبتة في إصدار القرارات القضائية.

غير أن مفهوم دولة القانون يتطلب مرور الأعمال الإدارية في تطور تدرجي في أشكال وإجراءات شبيهة بأشكال وإجراءات الوظيفة القضائية.

وأخيراً، فإن مراقبة الإدارة قضائياً يجب أن تمارسها محاكم خاصة، أعني محاكم إدارية يتفرع إنشاؤها، هو الآخر، عن مفهوم الدولة القانونية، ولهذا يقال إن الدولة القانونية تولد القضاء الإداري.

يجب أن يجد القانون من سلطة الإدارة التقديرية إلى المجال للضروري، وعند غموض النص القانوني، يجب أن تسلم بوجود قرينة ضد الحرية المطلقة للإدارة، وتستند هذه القاعدة إلى مبادئ مقبولة من القضاء تتمثل في أن الإدارية لا تملك

عند سكوت القانون، سلطة مطلقة في إلغاء قراراتها، وإنما عليها مبدئياً أن تعلل سحب هذه القرارات في كل حالة.

عمل قانوني أو قرار نافذ

1- عمل قانوني أو قرار نافذ:

إن خضوع الإدارة للقانون يعطي أفعالها دلالة جديدة، فمن ركام الأعمال المادية المختلفة – لدولة الشرطة – يبرز مفهوم جديد، هو مفهوم العمل الإداري، أعني العمل قانونياً ذا طبيعة خاصة يحدد مسبقاً الاتجاه الذي يجب أن تطبق فيه القاعدة القانونية في الحال الفردية، وإن الإدارة الخاضعة من الآن فصاعداً إلى القانون، أصبحت لا تطبقه في الحالات الفردية عن طريق القيام بأعمال مادية مباشرة، بل يجب عليها أن تؤكد من خلال إعلان مسبق عن إرادتها.

مفرغ في شكل محدد – أن الحالة الفردية موضوع البحث في نواها مشمولة بالقانون، وأنها قررت في الحالة هذه ممارسة سلطتها التقديرية لطريقة مماثلة وهذا الإعلان عن الإرادة القانونية يربط الإدارة بالفرد والعكس بالعكس، فبمقتضى هذا الالتزام الثنائي يرى الفرد نفسه خاضعاً لأعمال مادية وشبكة ترمي إلى إنجاز محتوى الإرادة القانونية في العالم المادين فيما ترى الإدارة نفسها ملزمة بأن تتصرف بعد ذلك طبقاً لهذا الإعلان عن الإدارة وأن تمتنع عن القيام بأي عمل مادي يخالفه.

وهكذا يتوسط بالضرورة عمل قانوني مسبق بين الوضع المادي الذي تحكمه قاعدة القانون وبين الإجراء التنفيذي الرامي إلى إحداث الأثر المادي المقصود بتطبيق القاعدة نفسها على الوضع المذكور، وهذا العمل القانوني هو شرط العمل المادي، وهكذا فالفرد غير ملزم بحساب الضريبة الواجبة عليه ومعها، ولا يمكن إكراهه بالقوة المادة على تأذيها قبل صدور عمل قانوني عن الجهاز الإداري المختص يحدد مقدارها.

وكذلك فالموظف الذي يرتكب خطأ وظيفياً لا يمكن إكراهه على تحمل عقوبة تأديبية قبل التحقق من خطئه وفرض العقوبة بقرار قانوني صادر على الجهاز المختص وبصورة مماثلة، لا يمكن، في الوظيفة القضائية، الشروع في تنفيذ عقوبة قبل ثبوت الجرم وصدور حكم، وهذه الملاحظة تعزز الرأي القائل، إن العمل الإداري يقوم، في الوظيفة التنفيذية، بالدور الذي يؤدي حكم المحكمة، في الوظيفة القضائية في الواقع، إن الإدارة، العمل الإداري، "تؤكد علانية، نيتها وحقها في الانتقال عند مباشرة التنفيذ".

يمكن أن نرى، والحالة هذه نظاماً ينشأ بين الأفعال المادية والأعمال القانونية، فالفعل المادي خاضع للعمل القانوني، كخضوع هذا الأخير إلى القاعدة القانونية، يستثنى من ذلك الحالة التي تستلزم فيها المصلحة العامة عملاً مادياً عاجلاً لا يسبقه عمل قانوني، فمثلاً يوجب القانون على الشرطة أن تمنع بالقوة المادية أعمال البناء التي تخالف المخطط التنظيمي، وذلك حتى قبل صدور عمل إداري تنفيذ بالبت بتحقيق المخالفة.

غير أن الحالات المماثلة نادرة، ويجب عند الشك، استبعادها، كما يمكن إعمال هذه القرينة عندما ينص القانون على أن أحكامه تنتج أثارها بفعل القانون نفسه، وعند الشك يجب التسليم بأن نصاً مماثلاً في قانون يتناول موضوعاً إدارياً لا يعطي الإدارة إمكانية اللجوء مباشرة إلى الأفعال المادية اللازمة لتطبيقه، بل يتضمن، فيما يخصها بالالتزام بـ:

آ- التحقق من الوضع المادي الذي يفترض تطبيق القانون.

ب- إصدار قرار إداري يعلق الأثر الملزم للقانون.

جـ- الانتقال، من بعد إلى الفعل المادي، فمثلاً ينص القانون على أن العمدة المعين في مركز موظف عام ينص بقوة القانون من تكليفه، ولكن يجب أن لا نستنتج من ذلك أن بإمكان المحافظ، دون أي شيء آخر، تكليف الشرطة بطرد العمدة، عليه

أولاً إصدار أمر بالتثبيت الواقعة التي تؤدي إلى الإعفاء وإعلانه ذلك بصورة الزامية، ولا يمكن قبل تبليغ هذا الأمر، إبعاد العمدة بالقوة.

وهكذا يصبح العمل الإداري في الوقت نفسه مصدر ونطاق جميع الأعمال المادية التي يؤول إليها مجهود الإدارة المستمر في تلبية حاجات الشعب العامة.

2- أعمال الإدارة الخاصة: إن بعض أعمال الإدارة يجب أن تبحث بحثاً خاصاً فالإدارة المكلفة بتنظيم ثروة الدولة "تقوم بعملها في الغالب ضمن شروط الفرد العادي ذاتها وتجد نفسها خاضعة للقواعد والسلطات القضائية ذاتها".

إن الأعمال الصادرة في مثل هذه الشروط مماثلة، سواء كانت أحادية الجانب أو ثنائية، هي مجردة من هذه السمة الخصوصية، سمة ممارسة السلطة العامة، وتؤلف لهذا السبب مجموعة خارجية يجب تمييزها من المفهوم العام للعمل الإداري وليست محكومة بتطبيق قواعد القانون العام.

في عهد الحكم المطلق، وكانت السلطات عندئذ مجتمعة في ايدي الملك، كانت العلاقات القانونية جميعها، الداخلة اليوم في شمول القانون العام، تعتبر عندئذ من شخصية الملك وتسوى، بالطبع، بمقتضى القانون المدني، أي القانون الخاص، وفي نهاية هذا العهد ومع زوال دولة الشرطة، نلمح بداية التكون التدريجي لمنظومة قواعد تلائم العلاقات الناشئة عن فعالية الدولة، ولقد سميت هذه الظاهرة "تحرر القانون العام".

إن السبب الأساسي لهذا التحرر هو ممارسة السلطة العامة فمنذ أن ظهرت الشخصية الاعتبارية للدولة مسلمة بإرادة ذات أهمية قانونية تفوق إرادات جميع الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين، والصادرة عن السلطة العامة المزودة بصلاحية إعطاء الأوامر للأشخاص الأحرار وإكراههم بالقوة على تنفيذ أوامرها، منذ ذلك الوقت أصبحت هذه الإرادة العليا من الناحية القانونية، ونتائجها لا

يمكن أن يحكمها القانون الخاص، لأن هذا القانون بسبب مصدره، صالح لتنظيم الإرادات العادية وليس لتنظيم إرادة ذات أهمية قانونية أسمى من ذلك بكثير.

أما وقد فرض ذلك، فقد رأي بعضهم أن نضع خارج تنظيم القانون الخاص ليس جميع أعمال الدولة بدون استثناء، بل فقط تلك التي اضطرت الدولة، في إنجازها إلى استخدام إرادتها المسلمة بهذه الأهمية القانونية المتزايدة، أي الأعمال الناشئة عن ممارسة السلطة العامة.

فالنفس البشرية ميالة بطبيعتها، للاحتفاظ بالمفاهيم المعروفة التي ألفتها خلال القرون، وهذا الميل هو الذي يساعد على أن يبقى دائماً تحت سيادة القانون الخاص جميع أعمال الدولة غير المحكومة بعنصر السلطة العامة بل المنطوية بالأحرى على عناصر تشبه أشكال القانون الخاص ومفاهيمه التقليدية.

وعلى هذا النحو جرى تمييز نصف أعمال أجهزة الدولة في صنفين كبيرين، أعمال السلطة وأعمال الإدارة الخاصة، ولقد ساد هذا التمييز الفقه والاجتهاد الفرنسي خلال القرن التاسع عشر.

وأثر في كثير من مسائل القانون العام والإداري الهامة، ولقد سميت أعمال سلطة أو أعمال سلطة عامة تلك التي توجه بها الأجهزة الأوامر إلى المواطنين، ويتعذر على الأفراد القيام بها.

(كأوامر سلطات الشرطة) فيما سميت أعمال الإدارة الخاصة تلك التي لا تستلزم استعمال سلطة الدولة (كالأعمال المتعلقة بإدارة البريد أو بتنفيذ الأشغال العامة)، ويمكن أن يقوم بها الأفراد أيضاً مثل متعهد النقليات أو الأشغال العامة.

ولقد قام هذا التمييز، الذي كان على درجة كافية من الوضوح والسحر مقام خط فاصل بين القانونين العام والخاص.

وكان في الوقت نفسه يحدد صلاحية المحاكم الإدارية وصلاحية المحاكم القضائية.

غير أن التعود على مفاهيم القانون العام الجديدة عزز الفكرة المتمثلة في أن الدولة شخص اعتباري لا يقتصر هدفه على دور "الحارس" بل يشمل كذلك مهمة تقديم خدمات إلى المواطنين وتأمين تمتعهم في الأقل بالخيرات الأولية وبالحضارة التقنية السائرة دوماً في طريق التطور.

وهكذا تتزايد أهداف الدولة وتشتد فعاليتها وعندئذ يتساءل بعضهم عما إذا كانت هذه الطائفة برمتها من أعمال الدولة والتي يبتعد عدد كبير منها عن ممارسة السلطة العامة، يجب أن يحكمها وفقاً للقانون العام.

في ألمانيا، تمسك الفقه بالتمييز الاتباعي بين دولة الضرائب وبين دولة السلطة، وهذا التمييز الموجود في المادتين /89/ /839/ من القانون المدني الألماني يطابق التمييز بين أعما السلطة العامة وبين أعمال الإدارة الخاصة، ويعتمد على المعيار نفسه الواضح جداً الذي تقدمت الإشارة إليه، فحيث لا توجد ممارسة السلطة العامة، يجب التسليم بأننا أمام فعالية ضريبية.

غير أن التمييز في فرنسا لم يكن مستقراً، ولقد استعمل أخيراً، بعد تطور طويل، عنصر جديد هو مفهوم المرفق العام، إذا كانت السلطة العامة قد فوضت إلى الدولة من أجل تحقيق أهدافها، فقد وجب، في رأي بعضهم، أن ترافق هذه السلطة جميع أعمال الدولة المتعلقة بفعاليتها المتسعة، لكن بما أن فعالية الدولة لا يمكن أن تظهر إلا عن طريق بسير المرافق العامة يجب أن نستخلص أن السلطة العامة ترافق كل عمر من أعمال الدولة مرتبط بسير كل من المرافق العامة، حتى ذلك الذي لا يمارس سلطة عامة على نحو واضح كدوائر البريد وإدارة المدارس العامة..إلخ، يوجد إذاً عنصر حقي من عناصر السلطة العامة في كل مرفق عام ما دام هذا المرفق يمكن في آخر الأمر أن يتمسك بهذه السلطة العامة، ومن ثم فكل عمر يرتبط بسير مرفق عام يجب أن يخضع للقانون العام، وهكذا أصبح مفهوم الخزانة (بين المال)، في الفقه الفرنسي، هزيلاً جداً، إذ أن معظم أعمال الدولة ترتبط بسير مرفق عام.

وأما الأعمال القليلة التي تبقى خاضعة للقانون الخاص (ما يسمى الإدارة الخاصة) فهي مؤلفة من:

آ- أعمال مرافق خاصة بطبيعتها كأعمال إعلان الدولة الخاصة.

ب- وأعمال تقوم بها المرافق العامة اختياراً وفق أحكام القانون الخاص، كاستثمار عقار لمرفق عام أو شراء بلاط لشوارع إحدى المدن...إلخ.

لأن عنصر العلاقة بالمرفق العام، في معظم الأحيان، موجود في فعالية الإدارة أكثر من وجود عنصر السلطة العامة الواضح والخالص.

وأما اجتهاد مجلس الدولة اليوناني فأنه يحذو حذو الاجتهاد القضائي الفرنسي ويرفض دوماً الرقابة على:

آ- أعمال إدارة أملاك الدولة الخاصة.

ب- والأعمال المنجزة وفق أحكام القانون الخاص.

فأعمال هاتين المجموعتين إذاً هي التي تؤلف دون غيرها فئة أعمال الإدارة الخاصة، ونخرج عن القواعد المتعلقة بالأعمال الإدارية.

ج- أعمال الحكومة: من المعروف أن بعض أعمال السلطة التنفيذية تتعارض بفعل طبيعتها، مع مبدأ الخضوع للقاعدة القانونية، كيف يخضع لقاعدة قانونية القرارات الحكومية الخاصة بالعلاقات الدولية أو أوامر قائد عام أثناء الحرب؟.

إذاً يصح إنشاء "منطقة رابعة" لفعالية الدولة أمراً محتوماً، ولقد سميت هذه المنطقة الرابعة "حكومية وعرفت عادة بهذا الاسم، ومع ذلك يجب التسليم بوجود رأي ينكر وجودها.

ولقد أقرت في القانون اليوناني الأعمال الحكومية القانون رقم /3713/ لعام /1928/ المادة /46/ فقرة /3/ المتعلق باختصاص مجلس الدولة، والقاضي

بعدم قبول الطعن أمام هذا المجلس بسب تجاوز السلطة، عندما يتعلق الأمر بـ "أعمال وأوامر حكومية خاصة بممارسة السلطة السياسية".

إن مسألة إيجاد تعريف ومعيار لفئة الأعمال الحكومية المشار إليها لعلي درجة كافية من الصعوبة، يجب استبعاد المعيار الشكلي، لأن في الإمكان دائماً صدور عمل حكومي بمرسوم كمرسوم إعلان الانتخابات، أو بقرار وزاري كالقرار الصادر عن وزير الشؤون الخارجية بصدد العلاقات الدولية، أو حتى بعمل صادر عن جهاز أدنى، عن قنصل مثلاً، وكذلك يجب عدم منح السلطة التشريعية الحق في أن تحدد تحديداً مطلقاً أعمال الحكومة التي قد تخرج عن الرقابة القضائية، فمثل هذه الأماكن قد يشكل ثغرة في القاعدة الدستورية التي تعطي مجلس الدولة الحق في إلغاء جميع الأعمال الإدارية بسبب تجاوز السلطة، باستثناء الأعمال ذات الطبيعية الحكومية.

وما دام ذلك مقبولاً، فلا يبقى سوى المعيار الموضوعي كان اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي، فيما مضى يعتبر الأعمال ذات الدافع السياسي أعمالاً حكومية، معتنقاً النظرية القائلة أن سمة العمل الحكومي تنتج من هدف هذا العمل، أما في الوقت الحاضر، فمن المسلم به أنها من أخطر النظريات ثمة نظرية أخرى تبحث عن المعيار في طبيعة العمل فتفترض وجود وظيفة خاصة للحكم تختلف طبيعتها عن وظيفة الإدارة.

غير أن هذه النظرية لا تقدم أساساً كافياً لتفسير طبيعة الأعمال الحكومية ولا ريب في أن الحكم يعني تدبير المصالح العامة للدولة، في حين أن الإدارة تعني تطبيق القوانين يومياً، ولكن هذه العبارات الغامضة جداً لا تقدم معياراً واضحاً، وإن هذه النظرية بصورة عامة، تنتهي هي الأخرى إلى البحث عن الهدف.

وأمام قصور النظريات المختلفة المشار إليه، يقبل معظم الناس اليوم، ولا سيما في النظرية الفرنسية، طريقة التعداد التي تعتبر عملاً حكومياً جميع الأعمال المذكورة

في القائمة التي يضعها الاجتهاد القضائي الإداري تحت إشراف محكمة تنازع الاختصاص وهذا هو الحل الوحيد الممكن عملياً.

لأنه يوجد، في النظرية اختلاف بين الإدارة والحكم، غير أن حل مسألة بيان الأعمال التابعة إلى هذه الوظيفة أو يتوقف بالضرورة على تقدير القاضي، وبما أن نتيجة التمييز العملية الأساسية، إن لم تكن الوحيدة، هي عدم قبول الطعن في أعمال الحكم، يبقى أن تقدير القاضي هو الوحيد الذي يمكن أن يحدد مجال أعمال الحكم.

وإن القائمة الموضوعية على هذا النحو تشتمل على فئات الأعمال التالية:

آ- الأعمال تتصل بالعلاقات بين السلطتين التشريعية والتنفيذية كمرسوم دعوة المجلس للاجتماع أو مرسوم حله، إغفال عرض مشروع قانون على البرلمان أو إصدار قانون...إلخ.

ب- أعمال رئيس الدولة المتعلقة بممارسة حق العفو، على الرغم من وجود رأي معارض ينفي الطابع الحكومي عن هذه الأعمال.

جـ- أعمال نتخذ بموجبها تدابير عامة بصدد الأمن العام، في الداخل والخارج على السواء، كالتبعية وإعلان الحرب وإعلان الأحكام العرفية ويضيف بعض المؤلفين إليها أعمال الحرب وأعمال السلب... إلخ.

وهذا الرأي صائب عندما يقصد به أعمال جيوش أجنبية بالمقابلة ولكن أعمال الجيوش الوطنية في داخل البلاد، ليس لها نظرياً طابع عمل حكومي.

د- أعمال دبلوماسية: تتعلق بحماية المواطنين في الخارج والتعليمات المعطاة للدوائر الدبلوماسية وإبعاد الأجانب، وأعمال "السيادة الخارجية" عموماً.

وهذه المطابقة نتيجة محتومة لتعود الفكر القانوني مدة طويلة على المؤسسات ذات الاستقرار الكافي وعلى مفاهيم القانون الخاص المعروفة جيداً، ولقد سبقت الإشارة إلى أن الرغبة في الاستفتاء عن التجربة القانونية المكتسبة من إعداد هذه

المفاهيم خلال مدة طويلة تشكل خطأ كبيراً، وإلى أن من الأفضل الإفادة من اتجاهات هذه المفاهيم المماثلة لاتجاهات المفاهيم التي أعدها الفرع الجديدة في القانون العام.

وعلى هذا النحو يتكلم بعضهم عن "عقد القانون العام" و"وصاية إدارية" و"ارتفاقات" القانون الإداري...إلخ.

ومنذ ذلك الوقت تطرح مسألتان:

آ- ما الفرق بين العمل الإداري والعمل القانوني في القانون الخاص.

ب- وما هي الطبيعة القانونية لتطبيق قواعد القانون الخاص على العمل الإداري.

الفروق بين العمل الإداري والعمل القانون في القانون الخاص

يكمن الفرق الأساسي في أن العمل الإداري هو ممارسة السلطة العامة مما يكسبه عنصراً لا يوجد في العمل الخاص فكل عمل عام، حتى لو كان من الأعمال التي سميت فيما مضى "أعمال الإدارة" فرود بسلطة عامة، لأن السلطة التي أصدرته تستطيع دائماً أن تتمسك بحقها في التصرف باسم "المصلحة العامة".

ومن هذا الفرق الأساسي تنشأ فروق أخرى هي التالية:

آ- إن العمل القانوني الخاص يحكمه مبدأ سلطات الإجارة، الذي يمكن الفرد من تحديد إرادته وبصورة حرة في كل علاقة لا تتعارض مع القانون فيما يجب، بالعكس، أن يستند العمل الإداري دائماً إلى القانون، فلا تستطيع السلطة الإدارية أن تريد سوى ما يسمح به القانون وضمن الأصول التي يسمع بها.

ب- إن إعلان الإرادة الخاصة ينطوي على تحديد الفرد تحديداً ذاتياً واستثناء فقط تحديد إرادة أشخاص آخرين، في حين أن العمل الإداري في الوقت الذي يولد فيه الالتزام الثنائي الذي سبق تحليله، ينشئ على نحو خاصة أمراً موجهاً للمواطن، وإن الإدارة تستطيع مبدئياً أن تلغي تقييدها الذاتي بسحب أعمالها في وقت لاحق.

جـ- إن التنازع حين العمل والقانون ليس في القانون الخاص النتائج نفسها التي هي في القانون الإداري، فإذا صدر عمل خاص خلافاً للقانون، فلا يمكن نظرياً أن ينشئ النتائج القانونية المقصودة ولكن إذا صدر عمل إداري مخالف للقانون، فله مع ذلك قوة إحداث الآثار المطلوبة أي أنه صحيح إلى أن تقوم سلطة عامة بإلغائه، مؤدي ذلك أن العمل الإداري الصادر لأي شخص، يستمد من عنصر السلطة العامة قرينة شرعية، ويجب تنفيذه والامتثال له إلى حين إعلان بطلانه وذلك شريطة ألا تتجاوز المخالفة القانونية، حداً معيناً ولا تشكل انعداماً قانونياً.

ثمة درجتان لتنتج المخالفة القانونية التي يمكن أن تعيب الأعمال الإدارية، الانعدام القانوني والبطلان، والأعمال المعدومة هي:

آ- أعمال المغتصب.

ب- الأعمال المتخذة خارج الاختصاص الإداري كما هي الحال عندما يتصدى جهاز إداري للحكم في قضية بدلاً من المحكمة المختصة.

جـ- الأعمال المتخذة ضمن حدود الوظيفة التنفيذية، وإنما خارج مجموعة المرافق التي ينتمي إليها مصدر العمل، بحيث لا يمكن أن يعتبر الشعب هذا العمل إعلاناً طبيعياً عن إرادة الدولة، مثلاً حالة قيام وزير المالية بتعيين خاص...إلخ.

وإن هذا التمييز بين الانعدام والبطلان مؤيد بالمادة /67/ من القانون الجزائي، والتي تضع عقوبة بعدة الامتثال لأوامر السلطة الصادرة ضمن حدود الاختصاص ولو كانت في الوقت نفسه قانونية، يعني ذلك وجوب الامتثال للأعمال غير القانونية، ومقاومة الأعمال المعدومة دون غيرها.

د- الفرق الآخر بين العمل الخاص والعمل الإداري يتعلق بالتنفيذ فالفرد لا يستطيع أن يقوم بتنفيذ عمله ما لم يكن فروداً بالصفة اللازمة، أي بحكم يعترف بحقوقه، فيما يكون للعمل الإداري منذ نشأته قوة تنفيذية تعطي الإدارة الحق في اللجوء إلى ما يسمى "الفعل المباشر" أي أن العمل يصح تنفيذاً لسبب صدوره

حسب الأصول وامتياز الإدارة ذاك مبرر بكونها تمتلك السلطة العامة التي تمكنها من تنفيذ قراراتها في العالم المادي بالقوة عند اللزوم.

وأما الرقابة القضائية فتأتي بعد التجربة، غير أن هذا الفعل المباشر ينطوي على قرار تنفيذي فالعمل المادي بدون قرار مسبق هو اعتداء مادي غير مباح للإدارة في دولة القانون.

الفرع الثالث

تطبيق قواعد القانون الخاص في مجال القانون الإداري

ما هي طبيعة تطبيق قواعد العمل القانوني الخاص على العمل الإداري، يذهب الظن غالباً إلى أن المقصود بذلك مماثلة مخصصة لسد ثغرات القانون العام.

ولكن قد تكون أكثر قرباً من الحقيقة لو قلنا أن تطبيق واحدة من قواعد القانون الخاص على علامات الإدارة ليس سوى تطبيق هذه القاعدة في مجالها الخاص.

في الواقع، إذا ما أدخل القانون الوضعي نظاماً قانونياً بدون قيود خاصة، فإن لهذا النظام قوة التطبيق على جميع الحالات المماثلة بصرف النصر عن المجال القانوني الذي يتعلق به هذه الحالات.

ففي القانون أصول قانونية عامة تطبق بقوة القانون على كل علاقة يمكن أن توافق هذه الأصول، والتي هي مشتركة بين القانون الخاص والقانون العام.

العقد مثلاً شكل قانوني نشأ ليشمل كل حالة تطابق مفهوم العقد، بصرف النظر عن المجال الذي قد توجد فيه، وقسى على ذلك التصادم والمسؤولية عن الضرر غير المشروع... إلخ.

إن نطاق هذه الأنظمة (الأصول) العامة يتناقص باستمرار كلما ازدادت الأنظمة المستقلة في القانون الخاص ففي القانون الفرنسي مثلاً أصبحت مسؤولية الدولة بسبب سير المرافق العامة والمستندة إلى مفهومي الخطأ الشخصي والخطأ الوظيفي نظاماً مستقلاً تسوده قواعد القانون العام.

بحيث يقدر مدى تطبيق القواعد العامة في القانون الخاص على المسؤولية، مهملاً الحالات التي فيها مسؤولية الدولة وهكذا ففي جميع الحالات المشخصة التي

تطرح فيها مسألة تطبيق قواعد القانون الخاص على الأعمال الإدارية يجب أن يسلك العمل القانوني المراحل الثلاثة الآتية:

آ- البحث عن وجود قواعد خاصة في القانون الإداري.

ب- وعند عدم وجود شيء منها، البحث في القانون الخاص عن وجود قواعد يمكن تطبيقها على الحالة المعروضة، خلافاً إذا كان توفيق هذه القواعد ممكناً، فأننا نكون أمام تطبيق القانون الخاص وليس القانون الماثل وأما إذا تعذر التوفيق، فيجب التسليم بأن قاعدة القانون الخاص لا تخص العلاقة الإدارية التي تخف بصددها.

جـ- إذا كان الأمر يتعلق برابطة المقصود علاقة لم يضع القانون قاعدة لها، فيجب سد هذه التفرقة، وذلك باللجوء مستقلاً وعن طريق القياس إلى تطبيق القواعد القانونية الموجودة مثلاً ومع ذلك يجب أولاً، البحث أولاً عن هذه القواعد في مجال القانون الإداري، وإذا لم توجد فيه، ففي مجال القانون الخاص.

إن عملية البحث عن النصوص التي يشتمل أيضاً مجال تطبيقها على الأعمال الإدارية، واكتشاف هذه النصوص، صعبة وإنما مثمرة، وهي تمتحن قدرة اجتهاد القضاء الإدارية على التكييف.

مفهوم العمل الإداري

يعرّف العمل الإداري الفردي بأنه إعلان عن الإرادة، صادر عن جهاز إداري ويحدد بطريقة أحادية الجانب ما هي القاعدة في الحال الفردية من حقوق.

ينتج عن ذلك أن عناصر هذا المفهوم هي التالية:

آ- التعبير عن الإدارة.

ب- الصدور عن هيئة إدارية.

ج – ذو طبيعة أحادية الجانب.

د- تحديد الحقوق في حالة فردية.

وكل عنصر من هذه العناصر يتحلل بموجب فقرات الفصل الحالي إلى المسائل الآتية:

آ-ما هو دور الإرادة في العمل الإداري.

ب- ما هي الأجهزة الإدارية التي تصدر عنها هذه الإرادة.

ج- ما هو عنصر هذه الإرادة الوحيد وما هي الأعمال المجردة من هذا العنصر.

د- ماذا نقصد بـ "تحديد الحقوق في الحالة الفردية".

هـ- كيف نميز العمل الفردي في العمل التنظيمي.

العمل الإداري هو الإعلان عن الإرادة

عيوب الإرادة في العمل الإداري، العمل الإداري هو إعلان عن إرادة شخص الدولة الاعتباري بقصد أنشاء أثر قانوني فالأثر القانوني، وهكذا فالأثر القانوني يعتمد بشكل ما على الإرادة، ولكن ما هو مدى هذا التعلق إن النظرية التقليدية (الكلاسيكية) في الإرادة تعترف لهذه الأخيرة دون غيرها بقوة انشاء الأثر القانوني، بمعنى أن الإرادة هي المنشئة للرابطة القانونية الناجحة في العمل.

هنالك نظرية أخرى تقر فقط للقاعدة بقوة إنتاج الأثر القانوني، في حين أن الإرادة هي مجرد شرط ضروري لإنشاء هذا الأثر أن استقرار المراكز الناشئة في ممارسة السلطة العامة هي الشغل الشاغل في القانون الإداري، ومن أجل تحقيق ذلك، فالعمل الإداري يصدر متمتعاً بقوة تنفيذية وبقرينة المشروعية.

ولقد اعتبر مثل هذا العمل دائماً، نتيجة إرادة، ولكنها إرادة سليمة في نظر الجهاز الذي يصدر العمل، فمشروعية العمل لا تعتمد على العيوب التي من المحتمل ان تمس الإرادة، بل فقط بتوافق العمل مع القانون توافقاً موضوعياً، من المفهوم أن في كل قانون إداري أمراً ضمنياً، يوجب على كل جهاز أن يتمتع بإرادة سليمة وتامة (وهذا واضح في حالة الأعمال التقديرية)، ولكن من المفروض أن الدولة قد فحصت وراقبت وجود أهلية الإعلان عن مثل هذه الإرادة، وهي التي منحت شخصاً من الأشخاص صفة الوكيل بقرار تعينه، فإذا افتقر الشخص المعين بهذه الطريقة للأهلية المشار إليه، فمن المحتمل جداً أنه عاجز عن إنشاء أعمال مطابقة للقانون.

ولكن إذا كان عمله، على الرغم من وضعه الشخص القاصر، لا يتعارض مع قانون ما، فيجب أن يبقى هذا العمل مرعي الإجراء (من أجل تأمين استقرار الأوضاع الإدارية الناشئة) بدون حاجة إلى تفحص ما إذا كان الجهاز يتمتع أولاً بالأهلية القانونية، طالما أن هذه الأهلية مفترضة، إذاً فالمسألة تتعلق بنظرية الأجهزة الفعلية، المستندة كذلك إلى فكرة استقرار الأوضاع الناشئة عن القرارات العامة.

ومع ذلك إذا أدى أحد عيوب الإرادة إلى مخالفة القانون مخالفة موضوعية، فإن هذا القرار باطل بسبب المخالفة ذاتها، مثلاً، مشروع وكيل على نحو خاطئ في إثبات وضع مادي يشكل الشرط اللازم لتطبيق القانون، فعمله ذاك بالمثل بسبب هذه المخالفة، كما يعتبر العمل باطلاً عندما يكون مشبوهاً، أي إذاً صدر العمل في حالة لم يرتكب الوكيل فيها أي خطأ كحالة التدليس أو الإكراه.

الفرع الأول

عدم التوافق بين الإرادة والإعلان عنها

عندما تناقض الإرادة الباطنية والإرادة المعلنة، فإن النظرية المسماة "نظرية الإرادة" تعطي الأولية لنية الشخص على حساب ما أعلنه.

فما دامت الإرادة بحسب هذه النظرية، هي منشئة الأثر القانوني، يجب الأخذ بها كما هي وليس بحسب الشكل الذي تظهر فيه، وبالعكس، فإن نظرية الضرورة الاجتماعية التي تميل إلى حماية متلقى الإرادة نتمسك بالإرادة الظاهرة من أجل تأمين استقرار العلاقات التعاقدية.

ومن ثم، فالإرادة هي – حسب هذه النظرية – المنشئة ملاءمة القانون، ويجب أن تؤخذ كما هي، وليس حسب الصفة التي تظهر بها وبالمقابل، فنظرية الضرورة الاجتماعية التي تميل لحماية الموجه إليه الإعلان تعطي التفوق للإرادة الظاهرة بهدف ضمان استقرار العلاقات التعاقدية وفي القانون الإداري، فالنظرية الموضوعية ترفض أن تمنح أية أهمية لقصد الموظف، وتعترف فقط بالإرادة الظاهرة. وبالنتيجة لا تقبل إمكان البرهنة على أن الإرادة الظاهرة تخالف الإرادة الداخلية، أي الإرادة الحقيقية.

هنالك استثناء محتمل يتعلق بالانحراف بالسلطة، حيث يبحث عن قصد العفو، ومع ذلك أيضاً، ومع ذلك فهنا أيضاً لا يحق للقاضي الشروع في تقصي نوايا هذا الجهاز الإداري.

ويقول رأي آخر إن التناقض بين الإعلان والإرادة يسبب بطلان العمل المصطنع، وحتى لو كان التناقض غير مقصود فإنه ينتج بطلان العمل بشرط إمكان إثبات هذا التناقض إن حالات التناقض المقصود نادرة جداً في القانون الإداري إذ أن الأشخاص الطبيعيين الذي يعلنون عن إرادتهم لا يتصرفون بدافع المصلحة الخاصة، بل يسهرون على تطبيق القانون لخير الجميع، ووفقاً لرأي آخر، فإن عدم

التطابق المقصود بين الإرادة والإعلان عنها تؤدي إلى بطلان العمل المشتبه، كذلك فإن كان الأمر غير إرادي، فإنا نجد التطابق يؤدي إلى البطلان شريطة أن يكون ظاهراً، وفي هذه الحالة، يلزم وجود قرينة لا تنقض لصالح التطابق بين الإعلان والإرادة الحقيقة، ويجب اعتبار العمل صحيحاً لأن إمكان ممارسة السلطة العامة ممارسة هزيلة أمر مرفوض وامتناع المواطنين عن ممارسة هذه السلطة ممارسة جادة وصحيحة تجب حمايته بالقانون.

إن حال عدم التطابق المقصود نادر جداً في القانون الإداري، لأنه من المفروض أن الأشخاص الطبيعيين الذين يعلنون عن إرادتهم لا يتصرفون لمصلحتهم الخاصة، وإن بقصد تطبيق القانون ضمن إطار المصلحة العامة، في هذه الحال، فإن هنالك قرينة غير قابلة لإثبات العكس يجب أن تقوم لصالح التطابق بين الإرادة الحقيقة والإعلان عنها، والعمل يجب أن يعامل كمشروع بصفته مشروعاً.

لأن من غير المقبول أن تتصرف السلطة على هواها، وأن قناعة المواطنين بالممارسة الجادة والمخلصة لهذه السلطة يجب بناء على طلب صاحب المصلحة ويبقى دائماً مشروعاً.

وهكذا فالقيد في سجل رسمي، الذي تم بناءه على طلب صاحب العلاقة غير الجاد، يبقى صحيحاً إن التناقض غير المقصود يشتمل على حالة الخطأ.

كما توجد، والحالة هذه، قرينة لصالح التطابق بين الإرادة والإعلان، إلا أنها لا تصمد عند ثبوت التناقض غير المقصود، وعندئذ تجري محاولة لتحقيق التطابق عن طريق تفسير العمل أو تصحيحه.

ويجب استبعاد هذا التصحيح عندما يكون العمل قد طبق خلال فترة طويلة تجد ظهوره الخاطئ واكتسب الغير بعض الحقوق، وذلك وفق المبادئ العامة المتعلقة بإلغاء الأعمال الإدارية، أن عدم التطابق غير المقصود يشمل حال الخطأ، وفي حال

حدوث ذلك هنالك أيضاً قرينة لصالح التطابق بين الإرادة والإعلان عنها، ولكن هذه القرينة يمكن المنازعة فيها عندما يكون عدم التطابق غير المقصود ظاهراً.

ويمكن أن تحاول تحقيق التطابق، وذلك بوسيلة التفسير أو تصحيح العمل، هذا التصحيح يجب أن يستبعد في حال كون العمل قد طبق فترة طويلة بعد ظهوره الخاطئ، وإن الأشخاص الناشئين قد اكتسبوا الحقوق، وهذا ما يتفق مع المبادئ العامة لإلغاء الأعمال الإدارية.

الفرع الثاني

تحول العمل الإداري

طرحت مسألة معرفة ما إذا كان في الإمكان تطبيق المادة /40/ من القانون المدني الألماني على الأعمال الإدارية والتي تنص على أنه إذا اشتمل عمل قانوني باطل على عناصر عمل قانوني آخر، فإن هذا الأخير يكون صحيحاً طالما إرادة المتعاقدون كذلك وكانوا على علم ببطلانه الأولي.

لقد اعتبر هذا المبدأ القانوني الخاص ممكن التطبيق في القانون الإداري، وحتى أنه أخذ بالمبدأ المتمثل في وجوب تجنب بطلان الأعمال الإدارية المطلق عن طريق السعي دائماً إلى الإبقاء على صحتها حتى إلغائها رسمياً، وهكذا فالصك الصادر عن مرفق عام بتعيين عامل لديه، وإن كان باطلاً بما هو كذلك يمكن اعتباره كتعيين موظف إذا كانت الإدارة مع علمها بهذا البطلان ترغب مع ذلك في الإبقاء على هذا التعيين، ولقد قبل الاجتهاد القضائي الهيليني بهذا التحويل في حالة معاكسة.

إن تعيين موظف في وظيفة لا ينص عليها القانون يعتبر باطلاً بما هو كذلك، بما يعتبر صحيحاً كصك يتعلق بعقد عمل.

كما يوجد إعلان عن الإرادة في كل عمل صادر عن الأجهزة الإدارية بما في ذلك الأعمال المادية فجميع هذه الأعمال صادرة عن الإرادة.

ولكنها ليست أعمالاً إدارية نافذة لأنها لا تسعى إلى إحداث أثر قانوني، أي إلى هذا التغيير الذاتي الإدارة الذي يعتبر السمة المميزة للقرار النافذ، إن النتائج القانونية التي قد يحدثها عمل مادي، مستقلة عن الإرادة المعلنة، في حين أن النتائج القانونية للقرار النافذ مقصودة دوماً.

ويمكن صياغة المعنى السابق بالشكل التالي:

هذا المبدأ من مبادئ القانون الخاص، غير قابلاً للتطبيق في القانون الإداري، وقد حكم أيضاً بالمبدأ المتضمن أنه يجب تجنب البطلان المطلق للأعمال الإدارية، وذلك ببذل الجهد الدائم من كل أجل ضمانها بشرعيتها حتى إبطالها الرسمي، وعلى هذا فإن التصرف الباطل لالتزام باطل لدى مرفق عام، من الممكن أن يعتبر بمثابة تعيين موظف إذا كان هنالك مجال للقبول بأن الإدارية المفروض بها إنها أطلقت على هذا البطلان ترغب مع ذلك في أن تؤيد هذا التعيين.

ولقد قبل الاجتهاد اليوناني التحول في حالة معاكسة، إن تعيين موظف في مركز غير منصوص عنه في القانون يعتبر باطلاً بهذه الصفة، ولكنه مشروع كعمل يتعلق بعقد العمل.

أن الإعلان عن الإرادة يوجد أيضاً في كل عين وأعزل الهيئات الإدارية حتى المادية أنها أعمال الإرادة، ولكنها ليست أعمالاً إدارية تنفيذية لأنها لا تقصد تحقيق أثر قانوني، أن هذا التقييد للإدارة الذي هو السمة المميزة للقرار التنفيذي والنتائج القانونية لذلك هي أن العمل إداري الذي يمكن أن يترتب هو مستقل عن الإرادة المعلن عنها في حين أن النتائج للقرار التنفيذي مقصودة دائماً.

وبالإضافة إلى ذلك، توجد أعمال مجردة من كل نتيجة قانونية، وإن كانت غير مقصودة مثال ذلك حضور موظف كبير في مهرجان رسمية وزياراته في العيد الوطني وأعمال أخرى لا يهتم بها القانون الإداري مثلما لا يهتم القانون الخاص بعدد كبير من الأعمال المادية في الحياة الاجتماعية.

الفرع الثالث

العمل الإداري هو التعبير

عن الإرادة الصادرة عن هيئة إدارية

إن كل جهاز يتبع سلطة إدارية هو جهاز إداري، يرى بعض الشراح أن كل جهاز يتمتع بصلاحية اتخاذ قرار نافذ هو سلطة بالضرورة، وأن كل منظمة لها خصائص اتخاذ القرار التنفيذي هي بالضرورة سلطة إدارية.

وبمقتضى هذا الرأي قد يعتبر من السلطات الإدارية جميع موظفي وزارة (المدير، رؤساء الأقسام) الذين يتوزع بينهم اختصاصاً الوزارة وليس بالموظفين العاملين فيها.

ويرى البعض الآخر أنه يجب أن تعتبر كسلطة إدارية كل العاملين في الوزارة (الديوان – رؤساء المصالح) الذين يتوفر مسمى بينهم – لأسباب فنية – اختصاص الوزارة، هذا الفقه غير مبني على أساس، لأن السلطة تتجسد بالوزارة، ولس بالعاملين الذين يعملون بها.

ويضع رأي آخر بين السلطات الأجهزة أو مجموعات الأجهزة التي تؤلف "وحدات عنصرية" في مجمل المصالح العامة ما إذا اكتفينا بهذا العنصر لعد مكتب الإحصاء سلطة إدارية إذ هو وحدة عضوية ولا يملك مع ذلك صلاحية اتخاذ قرار نافذ، غير أن هذا المفهوم ليس صحيحاً، لأنه يتعذر أن نتصور سلطة لا تملك استخدام السلطة العامة.

وفي الواقع لكي نعترف لمنظمة بصفة السلطة العامة فإن الشرطين الآتيين ضروريان:

1- صلاحية قانونية لاتخاذ قرارات نافذة، أي اختصاص قانوني لاتخاذ القرارات التنفيذية فإذا ما خالف تصرف خاص القانون، فهو مبدئياً غير أهل لإنشاء

النتائج القانونية التي يقصدها، ولكن إذا ما خالف عمل إداري القانون، فهو ليس مع ذلك قوة انتاج الآثار المرادة في أنه مشروع من حتى يخطر المنطق بإلغائه من قبل سلطة عامة، وهذا يعني أن العمل الإداري اصادر عن شخص متفوق يتمتع من خلال عنصر السلطة العامة بقرينة الشرعية.

2- ووحدة عضوية فاستعمال خاتم خاص وسجل مستقل وتبادل الرسائل مباشرة مع السلطات العامة الأخرى ليست سوى نتائج طبيعية لنظام شكلي ناتج عن صفة السلطة المشار إليها.

ومن الممكن أن يلزم – حتى لحظة النطق ببطلانه – بالتنفيذ والطاعة شريطة عدم الشرعية لا تتجاوز درجة معينة ولا تتشكل انعدام قانوني هنالك درجتان كنتيجة لعدم الشرعية مما يمكن أن تحس به الأعمال الإدارية: الانعدام القانوني والبطلان.

والأعمال المعدومة هي:

آ- أعمال الاغتصاب.

ب- الأعمال التي تتخذ خارج كل اختصاص إداري مثلاً عندما يزعم أن هيئة إدارية حكمت في الإجراء بدلاً من محكمة.

ج- الأعمال التي نتخذ في جدود الوظيفة التنفيذية، ولكن خارج مجموعة المرافق التي تخص منشئ العمل.

بمعنى أن هذا العمل ال يمكن اعتباره من قبل الكافة كإفصاح عن إرادة الدولة أنها حال – على سبيل المثال – وزير المالية الذي يعين قاضياً... إلخ.

هذا التمييز بين الانعدام والبطلان قد تأثر بالمادة /167/ من القانون الجزائي الذي يعاقب على عدم طاعة أوامر السلطة التي – وإن كانت غير مشروعة – فهي تصدر مع ذلك في حدود الاختصاص وهذا معنى أنه تحت طاعة الأعمال غير المشروعة، مقاومة الأعمال المعدومة.

د- هنالك خلاف آخر بين العمل الخاص والعمل الإداري يتعلق بالتنفيذ، فالفرد لا يستطيع مباشرة تنفيذ نصوصه، إذا صدر على الأقل تطبيقه ضرورية، أي بحكم يقر بحقه، وبالعكس في العمل الإداري تتمتع منذ ولادته بقوة تنفيذية، تعطي الإدارة سلطة مباشرة.

إن القانون الهيليني رقم /3713/ لعام /1928/ المتعلق بتنظيم مجلس الدولة، ينص على أن "جميع الأعمال النافذة الصادرة عن السلطات الإدارية خاضعة للنقض بسبب تجاوز السلطة ولكن يفسر، في العادة، تعبير "سلطات" بعبارة "أجهزة" إدارية.

مفهوم الجهاز الإداري من الكاتب، إذاً، أنه يمكن صدور قرار نافذ عن جهاز إداري هو سلطة، او عن أي جهاز تابع لسلطة من السطات ومزود بالصلاحية اللازمة للتصرف من هذا الشكل.

تعتبر من الأجهزة الإدارية تلك التي تجد نفسها مدرجة في الترتيب الإداري، أي في منظومة السلطات التي تحتفظ بممارسة السلطة التنفيذية وبما أن السلطة التنفيذية هي من حق رئيس الدولة، وأنه يمارسها بواسطة الوزراء، الذين يعنيهم، فإن رئيس الدولة والوزراء وجميع السلطات التابعة لوزير من الوزراء من الناحية المادية يعتبرون سلطات إدارية.

ومع ذلك يجب تعيين حدود السطات الإدارية:

آ- إزاء الأجهزة التشريعية.

ب- إزاء الأجهزة القضائية.

فالعقد على سبيل المثال – صيغة قانونية انشئت لتشمل كل حال تتعلق بفكرة العقد بغض النظر عن المجال الذي يمكن أن تواجهه ونفس الشيء بالنسبة للتقادم، ومسؤولية الضرر غير المشروع...إلخ.

إن نطاق هذه المؤسسات العامة ينقض باستمراره بصورة المؤسسات المستقلة للقانون العام يتزايد في القانون الفرنسي، متمثلاً أن مسؤولية الدولة على واقعة تسيير المرافق العامة المبنية على مفاهيم الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي كانت في السابق مؤسسة مستقلة محكومة بالقانون العام.

بمعنى التطابق تطبيق القواعد العامة للقانون الخاص على المسؤولية أخذت تطبيق تاركاً جانباً الحالات التي مجتمعها الدولة ملتزمة كذلك، ففي جميع الحالات للشخص التي تطرح بها مسألة تطبيق قواعد القانون الخاص على الأعمال الإدارية، فإن العمل القانوني يجب أن تتبع المراحل الثلاثة الآتية:

آ- أن نبحث إذا كان هنالك قواعد خاصة تتعلق بالقانون الإداري.

ب- إذا لم توجد، يجب أن تبحث إذا كان يوجد في القانون الخاص بعض القواعد القابلة للتطبيق على الحال التي تواجهها إذا كان التوفيق بين هذه القواعد ممكناً يجب التطبيق القانون الخاص، وليس القاعدة المماثلة.

إذا كان هذا التوفيق غير ممكن يجب أن تعترف بأن قاعدة القانون الخاص لا تتعلق بالرابط الإدارية المطروحة.

جـ- إذا كان هنالك رابطة غير منظمة بالقانون، فيجب أن نكمل هذه الثغرة باللجوء- عن طريق اقتباس – إلى تطبق القواعد القانونية الموجودة سابقاً.

هذا ما يجب أن نبحثه أولاً في مجال القانون الإداري أو في حال تقدر ذلك إلى القانون الخاص.

إن عملية البحث واكتشاف النصوص التي تشمل في مجال انطباقها الأعمال الإدارية، هو عمل صعب ولكنه صعب ويلقى على عاتق لإثبات أهلية الاجتهاد الإداري في التوفيق.

أساس ومعنى العمل الإداري في الدولة القانونية

1- العمل الإداري والدولة القانونية:

يشمل – بادئ ذي بدء العمل الإداري بمدلوله العام ومن جهة نظر تاريخية كل تعبير آخر للدولة أن دولة ما تستطيع أن توجد بدون قوانين أو قضاة، ولكن من المجال أن توجد دون إدارته الآن الإدارة هي النشاط الحي الذي يكمل حياتها.

كما هي الحال عند الإنسان، فالحياة فلا تتكون الحياة في إدارة وفكر، وإنما قبل كل شيء وبصورة كاملة على العمل وهذا السمو الطبيعي والمنطق للإدارة في علاقتها مع الوظائف الأخرى للدولة يفسر المركز المتفوق الذي احتفظت به خلال حقة طويلة الدولة فخلال هذه الحقبة، كانت الوظيفة التنفيذية تمثل الظاهرة الأكثر بروزاً في نشاط الدولة، وتكاد أن تطابق مضمون السلطة العامة وبمعنى آخر فلم تكن تقبل مبدئياً أية رقابة قضائية.

ثم أن الانتقال من مثل هذه الحال البوليسية إلى الحال التي تخضع بها السلطة التنفيذية للقانون "وهذا ما هو مفروض على كافة الوظائف الأخرى للدولة"، هذا الانتقال تحقق غير مراحل متعاقبة وخلال ظروف تاريخية وسياسي خاصة بكل بلدة.

وحقيقة أن العدل تخضع الأولى للقانون هي السمة المميزة لهذا التطور وأن المحاكم التي سبق لها أن تحكم بموجب القانون منذ مدة طويلة وتخضع له القرارات الإدارية في الوقت الذي كانت به السلطة التنفيذية، تشكل مجموعة من السلطات البوليسية.

هذه المحاكم لا تعتبر متقيدة فالقانون لم يتحقق إلا مع نشوء الدولة القانونية، وعندئذ، فإن عمل الإدارة أخذ لأول مرة تسمية "العمل الإداري" واكتسب قيمة قانونية خاصة، وأصبح موضوع فرع جديد من فروع القانون العام، هو القانون الإداري، وهكذا ففي تحديدنا لمفهوم الدولة القانونية نستطيع أن تعرف العمل الإداري، وتحدد مركزه الحقيقي ضمن مجموعة الظواهر القانونية للدولة المعاصرة.

2- مفهوم وعناصر الدولة القانونية:

أن عبارة "الدولة القانونية" المستعملة في القانون الإداري ليست هي النظرية العامة للدولة هذا العلم الذي يسعى لتحديد الهدف والمضمون الخلقي الذي يخص الدولة فدولة القانون هي التي تنشد تحقيق وحماية القانون والنظام القانوني لعكس الدولة الحارسة التي يقتصر طموحها على تحقيق الاستقرار.

وبالمقابل، فإن مفهوم الدولة القانونية في القانون الإداري محدد ليس على أساس نظرية فلسفية، وإنما على أساس نظرية قانونية هدف توضيح على سبيل الحصر الأسلوب الذي تتصرف بموجبه هيئات الدولة وأن العناصر التي يتكون منها هذا المفهوم للدولة القانونية هي الآتية:

1) إن العنصر الأساسي في الدولة القانونية هو الفصل العضوي أو الشكلي للسلطات أعني النظام القانوني الذي يقضي بأن كل وظيفة من وظائف الدولة تناط بهيئة معينة.

وبهذا التحديد تتكون ثلاث مجموعات متميزة للأعضاء وهي: الهيئات التشريعية، الهيئات الإدارية والهيئات القضائية.

ومن توزيع المهمات ما بين هذه المجموعات العضوية الثلاث ينشأ مفهوم الاختصاص الوظيفي.

فالاختصاص ليس شئياً آخر سوى تحديد المهمات التي يجب أن تكتسبها هيئة ما، أنه ينشئ لهذه الهيئة الاستعلام بأن تتصرف منفردة ضمن حدود وظائفها.

وتنتج من ذلك أن الهيئات الإدارية ملتزم بسبب اختصاصها أن تطبق القانون، فهي بذلك لا تستطيع أن تتصرف ضد القانون أو تكمله بل دائماً كمنفذ له، أي طبقاً لأحكامه وضمن إطاره.

هذه الظاهرة التي تسمى "خضوع لإدارة القانون" هي – من الناحية العملية – السمة الأكثر بروزاً لمفهوم الدولة القانونية.

2) إن خضوع الإدارة للقانون يتحقق يفصل مبدأ شرعية الإدارة الذي يشكل المبدأ الأساسي في قاعة الأعمال الإدارية.

هذا المبدأ المتضمن أن أي عمل إداري لا يمكن أن يصدر دون أن يستند إلى القانون والنصوص الدستورية التي لها قوة شكلية تسمو على القانون.

هذا ومن الممكن أن نميز من خلال مبدأ الشرعية، تمييز الشرعية بالمعنى الواسع من الشرعية بالمعنى الضيق.

فهنالك نصوص دستورية تقضي بأن قضية محددة مثل تطبيق عقوبة أو فرض ضريبة يحتفظ بها على سبيل الحصر للسلطة التشريعية هذا الإجراء من الممكن أن تطلق عليه "الاحتفاظ للقانون"، أو مبدأ الشرعية بالمعنى الضيق ولكن خارج حدود هذه القضايا الخاصة هنالك أيضاً بعض النصوص الدستورية العامة التي ترشح الفصل الشكلي أو العضوي للوظائف، وذلك بتحديد الوظائف التي تتعلق بكل مجموعة من الهيئات على هذا تنص المادة /13/ من الدستور الفرنسي لعام /1952/ ينص في مادته الثانية والعشرين بما يلي "السلطة التشريعية تخص الملك ومجلس المنتخبين" ويستتبع ذلك أن كل نص يستهدف إنشاء حقوق أو التزامات أو يصنع "بشكل ما" بعض القيود على إرادة الأفراد – وهذه هي نفس

خصيصة القاعدة القانونية – يجب أن يصدر عن الهيئات التشريعية وليس عن الهيئات الإدارية أو التنفيذية.

فهذه الهيئات الأخيرة التي تتصرف دائماً وفقاً لقاعدة موضوعية سلفاً لا نستطيع إلا أن تضمن تطبيق هذا المبدأ وذلك بتحديد القاعدة في مراكز فردية.

وأن مبدأ الشرعية بالمعنى الواسع قد أدمج بتعبير حرفي واضح في المادة /44/ من الدستور اليوناني والتي تتضن عباراتها ما يلي: ((ليس للملك أية سلطة إلا تلك الممنوحة له صراحة بموجب الدستور أو وفقاً لقوانين تتفق معه)).

3) إن حدود نشاط الإدارة وفي مجال تصرف الأفراد يجب أن يتحدد بالقانون بصورة كافية، وهكذا فالتفويض التشريعي الواسع جداً أو الذي لا يحدد تماماً موضوعه بصورة مجسدة يزيل حدود نشاط الإدارة، ويتعارض مع مبدأ فصل السلطات ومبدأ شرعته الإدارة.

وأن المحاكم بمقتضى القضاء المستقر – لها الحق بفحص ما إذا كان التفويض التشريعي لم يتجاوز حدوده، ولقد اعتبر مجلس الدولة اليوناني – على سبيل المثال – الحدود قد اخترقت في حال القانون الذي فوض الفرد بسلطة تعديل أنظمة مؤسسات الضمان الاجتماعي في الاجتهاد الألماني وفي ظل النظام البرلماني، فإن القانون الذي فوض رئيس الجمهورية بسلطة فرض ضريبة جديدة وبتطبيق بعض الحدود على المباني دون أن توضع سلفاً بعض القيود بصورة موضوعية وإنما تركها لخيار السلطة التنفيذية، هذا التفويض قد اعتبر متعارضاً مع مبدأ شرعية الإدارة.

هذا المبدأ المتعلق بتقييد التفويض قد اعتنق بصورة عادية من قبل بعض الدساتير، بموجب – الحرب "إشارة إلى دستور الجمهورية الإيطالية لعام /1947- مادة /76- دستور الجمهورية الفرنسية لعام /1946/ مادة /13/".

4) وكي تكون العناصر الثلاثة للدولة القانونية المعروضة سابقاً فعالة فإن رقابة ما يجب أن تكون منظمة.

ولكن أي نوع من الرقابة؟؟

إن الرقابات الموجودة سابقاً: البرلمانية والرئاسية اعتبرنا غير كافيين أنها الرقابة القضائية التي لا يستغني عنها والتي يقدمها بصورة تامة نظام الدولة القانونية.

ولكن هذه الرقابة القضائية غير المانعة مبدئياً لا نستطيع أن تحيد المركز الممتاز دائماً للإدارة التي تملك مكنة التصرف المباشر مجزية ذلك بصورة مباشرة عن طريق قرارا تنفيذية.

أن الرأي الذي سبق الاستبعاد إليه المتضمن – على الأقل في الحالات التي تواجه ادعاءات الإدارة معارضة الفرد – إن العدل يجب أن ينطق به بصورة تؤيد الأولى في حقوقها، ولكن هذا الرأي مرفوض بصورة عامة بصفته لا يتفق مع مهمة السلطة التنفيذية أن الأعمال الإدارية التنفيذية مباشرة تخضع لرقابة قضائية هي بصورة عامة بحق نية مع التحفظ بالنسبة لبعض الاستثناءات النادرة منها ما يجب ذكره سلطة الدولة، بأن يقول مكّنه في وقف تنفيذ كل عمل إداري يقبل أن يكون مهاجماً بالطعن لتجاوز الطعن.

وهذا ما يتم بصورة بسيطة لكل حكم يتعلق بالطعن.

وهذا الوقت يمنح في الحالات النادرة جداً، حيث الفرد الذي سببه التنفيذ المادي للعمل المعنوي منازعته لا يمكن تلاقيه عن طريق الإبطال المحتمل بهذا العمل.

ويمكننا أن نضرب مثلاً على ذلك في التنفيذ الأمر هدم بناء بسبب تجاوزه خطة التنظيم في مثل هذه الأسباب، مرفوض أيضاً الرأي الذي مآله أن الإرادة يجب أن تكتسي أعمالها أشكالاً مماثلة لقرارات المحاكم، وبالمقابل من الممكن قبول خياراً يتفق فيها هذه الإجراءات مع الغايات.

من المؤكد أنه ليس بالمستطاع إخضاع الإرادة كلياً للإجراءات الصارمة والمنظمة لقرارات السلطة القضائية، ولكن مفهوم الدولة القانونية يستلزم تطوراً تدريجياً للأعمال الإدارية على نحو الأشكال والإجراءات المماثلة للإجراءات والأشكال المتعلقة بالوظيفة القضائية.

وأخيراً فالرقابة القضائية على الإدارة يجب أن تمارس من قبل محاكم خاصة أي من قبل محاكم إدارية، وذلك كنتاج لمفهوم الدولة القانونية، ولهذا السبب يمكن القول أن الدولة القانونية، تنشئ العدل الإداري.

أن السلطة التقديرية للإدارة يجب أن تطفف من قبل القانون إلى الحد الضروري وفي حال وجود نص غامض للقانون، يجب أن تقبل بوجود قريبة ضد الحرية المطلقة للإدارة.

هذه القاعدة تستند إلى مبادئ مستقرة لدى القضاء مآلها أن الإدارة لا تملك، في حال سكوت القانون – سلطة غير مقيدة لإلغاء أعمالها-، بل عليها مبدئياً أن تتسبب سحب كل حال.

1- تصرف قانوني أو قرار تنفيذي:

أن خضوع الإدارة للقانون يعطي أفعالها معنى جديداً، وتصدي لكافة أنواع الأفعال المادية غير المنظمة للدولة البوليسية فإن مفهوماً جديداً استنبط للعمل الإداري باعتباره تصرفاً قانونياً ذات طبيعة خاصة تحدد سلفاً الحق الذي أن تطبق به الطاعن على الحال الفردية.

إن للإدارة التي تخضع من الآن فصاعداً للقانون لا تتصرف في حال تطبيقه على الحالات الفردية معتمدة بصورة مباشرة على أفعال مادية، وإنما عليها أن تؤكد بموجب قرار مسبق للإدارة – خاضع لشكل معين – أن الحال الفردية المطروحة محكومة من قبلها بصفتها تحت ولاية النص القانوني، وبأنها قررت أن تمارس في حال حدوث ذلك سلطتها التقديرية بهذا الشكل هذا التعبير عن الإرادة القانونية

يقيد بصورة متبادلة لإدارة الفرد وبفعل هذا الالتزام الثنائي، فالفرد يرى خاضعاً لأعمال مادية هامة مستهدف تحقيق مضمون الإرادة القانونية في العالم المادي.

ومن جهة أخرى، فإننا نرى الإدارة ملزمة بأن تتصرف من الآن فصاعداً طبقاً لهذا التعبير عن الإرادة، وبأن تمتنع عن كل عمل مادي لا يتفق معه كذلك، ما بين المركز المادي الذي يقع تحت حكم القاعدة، وبين الإجراء التنفيذي الذي يستهدف إنشاء الأثر المادي المرادف تطبيق هذه القاعدة على المركز المطروح، بين ذلك يقع بالضرورة تصرف قانوني مسبق هو شرط لفعل مادي.

وهكذا فالفرد غير ملزم بأن يحسب الضريبة التي عليه أن يدفعها، ولا يمكن إكراهه بالقوة المادية على أن يؤدي ما عليه قبل أن تكون كمية الضريبة قد حددت وحسبت بمقتضى تصرف قانوني صادر عن السلطة الإدارية المختصة.

كذلك، فالموظف الذي ارتكب خطأ تأديبياً لا يمكن أن يكره على تحمل العقوبة التأديبية قبل أن يكون خطوة قد ثبت حاله وقبل أن تكون الجرعة قد حددت عقوبتها بموجب تصرف قانوني صار العفو الإداري المختص.

وبصورة مماثلة وقف الوظيفة القضائية لا يمكن لأحد أن يضع موضع التنفيذ عقوبة قبل أن تكون الجريمة قد ثبتت وقبل أن يصدر حكم بذلك.

هذه الملاحظة نؤكد الرأي المتضمن أن العمل الإداري ينقل في الوظيفة التنفيذية المكانة التي يشغلها حكم المحكمة.

وفي الحقيقة، فالإدارة تستطيع بمقتضى بالعمل الإداري أن تؤكد بصورة عامة أن إرادتها وحقها قد وصف موضع التنفيذ.

ومع ذلك يمكن رؤية نشوء نظام بين الأفعال المادية والأعمال القانونية، فالفعل المادي يخضع للتصرف القانوني.

كما يخضع هذا الأخير للقاعدة القانونية، تحفظ تعرف أحياناً عندما تستلزم المصلحة العامة أن عملاً مادياً مباشرة وفق تصرف قانوني مسبق، فمثلاً ينص

القانون فإن على سلطات الضبط أن تمنع بالقوة المادية كل عمل إنشائي يتعارض مع خطة التنظيم.

وقبل أن يصدر العمل الإداري التنفيذي الذي بتثبيت من المخالف ولكن مثل هذه الحلول نادرة، وفي الشك يجب استبعادها ويمكن أن تبرز أيضاً شأن هذه الضريبة عندما ينص القانون بأن نصوصه تنتج أثرها بقوة القانون.

في حال الشك، علينا أن تعترف أن نصاً مماثلاً في القانون متعلقاً في قضية إدارية، لا يعطي للإدارة إمكانية أن تستخدم مباشرة الأعمال المادية الضرورية لتطبيقها، ولكن يفرض عليها أن تلتزم بما يلي:

آ- أن تثبت حال المركز المادي الذي يفترض تطبيق القانون.

ب- أن تصدر عملاً إدارياً ينطق بالأثر الملزم للقانون.

جـ- أن تنتقل تبعاً لذلك إلى مرحلة الفعل المادي.

فعلى سبيل المثال يتضمن القانون بأن العمدة المسمى على مركز وظيفي هام يعفى من تكليفه بقوة القانون. ولكن يجب أن لا تستنتج بأن المحافظ يستطيع أن يطرد العمدة عن طريق سلطات الضبط.

فعلى المحافظ أن يصدر عملاً يثبت حال الواقعة التي تقضي بالإعفاء وذلك فإن ينطق بها بصورة إلزامية، وليس إلا بعد إعلان ها العمل يمكن أن يتم إبعاد العمدة بالقوة.

كذلك فالعمل الإداري يجب في نفس الوقت أن يكون مصدر ونطاق كل الأعمال المادية التي يؤول إليها المجهود المستمر لتغطية الحاجات اليومية العامة...

2-**أعمال الإدارة الخاصة**: إن مجموعة من أعمال الإدارة يجب أن تخضع لتمحيص خاص.

فالإدارة المكلفة بإدارة أموال الدولة "تتصرف غالباً بنفس شروط الشخص العادين وتخضع لنفس القواعد ونفس القضاء".

إن التصرفات الانفرادية أو الثنائية التي تصدر في نفس الشروط مجردة من كل سمة خاصة التي هي ممارسة السلطة العامة، وتشكل لهذا السبب مجموعة خاصة يجب أن تكون متميزة من المفهوم العام للعمل الإداري وتستبعد تطبيق قواعد القانون العام.

ولكن يبقى أن تضبط حدود هذه المجموعة من الأعمال المسماة أعمال الإدارة الخاصة، وكي تعذر لهذه المهمة، يجب أن نتعمق مصدرها ويمكن القول أنه خلال المرحلة الأخلاقية، فالسلطات كانت مركزة في قبضة صاحب السيادة، وإن كافة الروابط القانونية التي تغير لأن متعلقة بالقانون العام اعتبرت كروابط شخصية لصاحب السيادة كما نظمت بصورة طبيعية من قبل القانون المدني أي القانون الخاص وفي نهاية هذه المرحلة ومع زوال نظام الدولة البوليسية يمكن أن نتصور بداية النشوء التدريجي لنظام القواعد المناسبة للروابط الناشئة من نشاط الدولة.

ويمكن أن نسمي هذه الظاهرة "بحرية القانون العام" والسبب الأساسي في هذا الاتفاق يكمن في ممارسة السلطة العامة.

ومنذ اللحظة التي ظهرت فيها الشخصية المعنوية للدولة مسلحة بإرادة ذات أهمية قانونية أسمى من كل إرادات أخرى للأشخاص الطبيعية أو المعنوية، تلك الشخصية التي تجد مصدرها في السلطة العامة الممنوحة سلطة أمر الأشخاص الحرة وبإجبارهم بالقوة بأن ينفذوا أوامرها، ومن ثم فهذه الإرادة السامية من الناحية القانونية وما ينتج منها، لا يمكن أن يساس بالقانون الخاص، لأن القانون الخاص بسبب أساسه يناسب فقط تنظيم الإرادات العادية، وليس تلك الإرادات ذات الأهمية القانونية السامية.

وما هو مطروح، ويمكن اعتباره معقولاً أن تخرج من تنظيم القانون الخاص ودون استثناء، ليس جميع أعمال الدولة وإنما فقط هذه الأعمال التي تستخدم فيها الدولة لإنجازها إرادتها مسلمة بهذه الأهمية القانونية المتزايدة أعني فقط الأعمال الناشئة من ممارسة السلطة العامة أن النفس لبشرية تميل بقوة طبيعتها.

إلى أن تحتفظ بالمفاهيم المستقرة التي أصبحت مألوفة لديها خلال القرون وهذا الميل الذي ساهم بأن يحتفظ دائماً في ظل سيادة القانون الخاص بكافة أفعال الدولة التي لم تسد بصورة ظهرة بسبب عنصر السلطة العامة، وإنما تعيب مع ذلك عناصر تقدم لنا أشكال ومفاهيم القانون الخاص التقليدية.

وهذا ما يقودنا إلى أن نميز من ضمن أعمال هيئات الدولة مجموعتين كبيرتين: أعمال السلطة، وأعمال الإدارة الخاصة، هذا التمييز الذي ساد في الفقه والاجتهاد الفرنسيين خلال القرن التاسع عشر، والذي أثر على كثير من المسائل الهامة في القانون العام.

ومن الممكن أن نسمي أعمال السلطة أو أعمال السلطة العامة هذه الأعمال التي توجه بموجبها الهيئات أوامر إلى المواطنين والتي لا يمكن أن تنجز بطبيعتها من قبل أشخاص القانون الخاص (أوامر سلطات الضبط).

وبالمقابل فإن أعمال الإدارة الخاصة هي تلك الأعمال التي تستوجب إلى استخدام السلطات لسلطات الدولة (مثلاً الأعمال المتعلقة بمرفق البريد أو بتنفيذ الأشغال العامة، والتي يمكن أيضاً أن تنقد من قبل الأشخاص الخاصة، مثل متعهد النقل أو الأشغال العامة).

هذا التمييز الذي على درجة كافية من الوضوح والجاذبية قد وضع خطاً فاصلاً بين القانون العام والخاص، وفي نفس الوقت يحدد اختصاص المحاكم الإدارية والمحاكم القضائية.

ولكن الائتلاف على المفاهيم الجديدة للقانون العام تؤكد فكرة أن الدولة هي شخص معنوي هدفه لا يقتصر على دور "طلب حراسة" وإنما يشمل أيضاً مهمة تقديم خدمات إلى المواطنين ويضمن لهم التمتع بالخيرات على الأقل الأساسية – وبالمدنية لغته التي لا تنقطع عن التطور، وهكذا تتعدد أهداف الدولة ويتعاظم نشاطها، ويمكن التساؤل عندئذ فيما إذا كانت كافة هذه المجموعة من أعمال الدولة.

حيث عدد عظيم منها بعيد عن ممارسة السلطة العامة يجب أن تخضع دائماً للقانون العام.

لقد اعتبر الفقه في ألمانيا على التمييز التقليدي بين الدولة المالية والدولة السلطة.

هذا التمييز الذي نجده في المادة /839/89 من المجموعة المدنية في ألمانيا المتعلقة بالتمييز بين أعمال السلطة العامة وأعمال الإدارة الخاصة، يقوم أساسه على نفس المعيار الذي سبق الإشارة إليه على درجة في الوضوح: حيثما لا تجد ممارسة السلطة العامة، علينا أن تقر بأن النشاط يتعلق بالنشاط الحالي.

ولكن التمييز في فرنسا ليس مستقراً، ونتيجة لتطور طويل فإن عنصراً قد استخدم أخيراً: مفهوم المرفق العام.

ومن الممكن أن نتصور أنه إذا كانت السلطة العامة تمنح للدولة من أجل تحقيق أهدافها فهذه السلطة يجب أن تقترن بكافة أعمال الدولة المتعلقة بنشاطها المتعاظم.

ولكن لنفترض ان نشاط الدولة لا يظهر إلا لتسيير المرافق العامة فيجب أن نستنتج بأن السلطة العامة تقترن بكل عمل للدولة يتعلق بتسيير المرفق العام أياً كان، حتى الذي لا يمارس بشكل واضح السلطة العامة مثل مرافق البريد، مرفق المدارس العامة.

إذاً يمكن أن نجد عنصراً خفياً في السلطة العامة في كل مرفق عام، ومن ثم فكل مرفق عام يمكن أن يفوز (لحد معقول) بهذه السلطة العامة.

وبالنتيجة فكل عمل يتعلق بتسيير مرفق عام يجب أن يخضع للقانون العام وهكذا فإن مفهوم المالية في الفقه الفرنسي أصبح دقيقاً، ومن ثم فإن معظم أعمال الدولة تتعلق بتسيير المرفق العام.

وإن المجموعة القليلة من الأعمال التي تبقى خاضعة لنظام القانون الخاص وهذا ما نسميه الإدارة الخاصة تتألف من:

آ- أعمال المرافق الخاصة بطبيعتها مثل إدارة الأموال الخاصة للدولة.

ب- الأعمال التي تقوم بها المرافق العامة الموضوعة خياراً ضمن شروط القانون الخاص، مثل إيجار عقار مرفق لإقامة مرفق عام. شراء بلاط لشوارع المدينة.

ويمكن أن تشير إلى أن الفقه الفرنسي قل تطبيق القانون العام في أكثر سعة منه في الفقه الألماني ذلك لأنه يوجد في نشاط الدولة على الأغلب وبالتأكيد عنصر الارتباط بالمرفق العام، أكثر من العنصر النقي والواضح للسلطة العامة.

أن اجتهاد مجلس الدولة اليوناني اقتفى أثر الاجتهاد الفرنسي ورفض باستمرار الرقابة على:

آ- أعمال الإدارة الخاصة.

ب- الاعمال التي تنجز ضمن شروط القانون الخاص.

إذاً ليس أعمال هاتين المجموعتين التي تشكل كتلة أعمال الإدارة الخاصة والتي تخرج عن القواعد المتعلقة بالأعمال الإدارية.

الفرع الأول

أعمال الحكومة

يمكن القول لبعض أعمال السلطة التنفيذية بطبيعتها لا تتفق مع مبدأ الخضوع للقاعدة القانونية.

كيف تخضع – بالفعل – على قاعدة قانونية قرارات الحكومة المتعلقة بالعلاقات الدولية أوامر قائد في محكمة عسكرية.

أن إنشاء منطقة رابعة لنشاط الدولة أصبح حتمياً وهو ما يسمى حكومي ويعترف به – بصورة عامة – بوصفة الراهن، ويجب أحياناً أن تعترف بأن هنالك رأياً ينكر وجوده.

أن مجموعة أعمال الحكومة في القانون اليوناني قد كرسها القانون رقم /3713/لعام 1928 (مادة 46 فقرة 3) المتعلقة باختصاص مجلس الدولة، والتي تنص بأن الطعن لتجاوز السلطة أمام مجلس الدولة غير مقبول عندما يتعلق بـ" أعمال وأوامر حكومية تتعلق بممارسة السلطة السياسية" .

أن مسألة إيجاد تعريف ومعيار لهذه المجموعة من أعمال الحكومة على درجة من الصعوبة يجب أن تستبعد المعيار الشكلي.

أن يصدر دائماً بصيغة مرسوم، كما هي الحال مثلاً في إعلان الانتخابات، أو في صيغة قرار وزاري، مثل القرار المتعلق بالعلاقات الدولية والصادر عن وزير الشؤون الخارجية، وحتى في صورة عمل صادر عن عضو داخلي، مثل قنصل كذلك يجب أن تفرض على السلطة التشريعية القدرة على أن تحدد بعمل ذي سيادة أعمال الحكومة التي تخرج على الرقابة القطاع، وهذه الإمكانية تشكل ثغرة في القاعدة الدستورية المتضمنة أن كل عمل إداري يمكن أن يلغى من قبل مجلس الدولة بسبب تجاوز السلطة باستثناء الأعمال ذات الطبيعة الحكومية وما دام ذلك مقبولاً، فلا يبقى إلا المعيار الموضوعي.

فالفقه الذي بموجبه أن صفة العمل الحكومي تنشأ من هدفة قد اعتنقت أحياناً من قبل اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي الذي اعتبر أعمالاً حكومية الأعمال التي لها باعث سياسي.

ويمكن أن نعترف عادة بأن هذه النظرية أخطر النظريات هنالك نظرية أخرى تبحث عن المعيار في طبيعة العمل، وذلك بأن تعترف بأنه توجد وظيفة خاصة للحكم تختلف في طبيتها عن وظيفة الإدارة، وينتج عن ذلك أن العمل الحكومي يختلف عن العمل الإداري ولكن هذا الفقه لا يقوم أساساً كافياً لطبيعة أعمال الحكومة.

وبالتأكيد، فسلطة الحكم تتعلق بالمصالح العامة للدولة في حين أن السلطة الإدارية تتعلق بالتطبيق اليومي للقوانين.

ولكن هذه التعابير الغامضة جداً لا تقدم معياراً واضحاً، وبصورة عامة فهذه النظرية تقود إلى البحث عن الهدف، حيال عدم كفاية مختلف تلك النظريات يمكننا الآن- بصورة عامة – وخصوصاً في الفقه الفرنسي، أن تقر أسلوب التعداد، وبموجبه يعتبر عملاً حكومياً العمل الوارد في الجدول الذي يرسمه عمل الدولة وبإشراف سلطة محكمة التنازع، هذا الحل هو الحل الوحيد من الناحية العلمية.

لأنه يوجد نظرياً اختلاف بين الإدارية والحكومة معاً ثم فإن مسألة معرفة الأعمال التي تتعلق بواحدة أو بأخرى من هذه الوظائف تعتمد بالضرورة على تقدير القاضي لنفترض أن النتيجة العملية الأساسية للتمييز هي عدم قبول الطعن ضد أعمال الحكومة، فينتج من ذلك أن تقدير القاضي هو الوحيد أن جدول الأعمال التي رسمها مجلس الدولة تشمل مجموعة الأعمال الآتية:

آ- الأعمال المرتبطة بالعلات بين السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية، مثل مرسوم دعوة او حل البرلمان، إهمال إخضاع مشروع قانون البرلمان، إصدار قانون... إلخ.

ب- أعمال رئيس الدولة المتعلقة بممارسة حق العفو، بغض النظر عن الرأي المخالف الذي ينفي عن هذه الأعمال الصفة الحكومية.

جـ- الأعمال التي تتضمن إجراءات عامة بالسلامة العامة، سواء في الداخل أم في الخارج، كما هي الحال في التعبئة وإعلان الحرب، إعلان حال الطوارئ.

وبعض الشراح يضيف إليها وقائع الحرب، الغزو... إلخ.

هذا الرأي سليم عندما يتعلق بأعمال الجيوش الأجنبية، ولكن العكس بالنسبة لأعمال الجيوش الوطنية في داخل البلاد، فهي ليس مبدئياً – لها صفة عمل الحكومة.

د- الأعمال الدبلوماسية المتعلقة بحماية المواطنين في الخارج، التعليمات المعطاة للمرافقة الدبلوماسية، إبعاد الأجنبي، الأعمال المتعلقة "بالسيادة الخارجية" بصورة عامة.

ونفس الشيء بالنسبة للمعاهدات الدبلوماسية وتفسيرها الرسمي، ولكن يمكن أن تعتبر عملاً حكومياً العمل الذي عندما تقضي الرقابة على هذا العمل الداخلي بفحص وتفسير تلك المعاهدة.

إن جدول الأعمال الحكومية يصيح دائماً ضيق جداً، ويتخلى عن أرض أمام الرأي المتضمن أن مفهوم دولة القانون لا يمكن أن يتسامح بوجود مجموعة من الأعمال التي لا تقبل الرقابة.

ولا يمكن لأحد – على الأغلب – أن يؤكد بأن هذه القائمة لها صفة حصرية لأن انقاصها أو زيادتها تعتمد دائماً على اتجاهات القضاء.

الفرع الثاني

العمل الاداري الفردي هو تصرف قانوني يتصل بالقانون الإداري

1) العمل الإداري لصفته تصرفاً قانونياً:

العمل الإداري الفردي، أو الإفصاح عن إرادة الأدب التي تقرر في صيغة ذات سيادة ما يجب أن تكون عليه القاعدة في الحال الفردية، هو التصرف القانوني، السائد في القانون الإداري والمتصل بالتصرف القانوني كأساس العلاقة من أشخاص القانون الخاص.

2) ومن الممكن التوفيق بصورة عفوية بين العمل الإداري والمبادئ العامة التي تنظم التصرف القانوني في القانون الخاص، وهذا التوفيق نتيجة صمت لاطمئنان الفكر القانوني الطويل بالمؤسسات المستقرة جداً والأفكار المعروفة جيداً في القانون الخاص.

ولقد سبق أن أشرنا أنه لخطأ كبير أن يتجاوز التجربة... وإن من الأفضل أن نستفيد من التوازن بين هذه المفاهيم والمفاهيم الناشئة في هذا الفرع الجديد من القانون العام.

وهكذا يمكن الكلام على "عقود القانون العام"، وعن الوصاية الإدارية"، وعن "ارتفاقات القانون الإداري".

وهنالك قضيتان مطروحتان:

آ- ما هو الخلاف بين العمل الإداري والتصرف القانوني في القانون الخاص.

ب- ما هي الصيغة القانونية لتطبيق قواعد القانون الخاص على العمل الإداري.

3) الخلاف بين العمل الإداري والتصرف القانوني في القانون الخاص.

الخلاف الأساسي يكمن في حقيقة أن العمل الإداري هو ممارسة السلطة العامة، وهذا ما يمنحه عنصراً غير متوفر في القانون الخاص.

كل عمل عام حتى الذي هو أحد الأعمال التي تطلق عليها "أعمال الإدارة الخاصة، فرود بالسلطة العامة، لأن الإدارة التي أصدرته تستطيع في كل لحظة أن تتمتع بهذه السلطة التي هي "الحد المعقول".

تستطيع في كل لحظة أن تتمتع بهذه السلطة التي هي "الحد المعقول..." وينتج عن هذا الخلاف الأساسي الخلافات الأخرى الآتية:

آ- التصرف القانوني الخاص يسوده مبدأ استغلال الإرادة الذي بموجبه يستطيع الفرد أن يحدد بصورة حرة إرادته بكل علاقة لا تتعارض مع القانون.

أما العمل الإداري – فبالعكس – يجب دائماً أن يستند إلى القانون والسلطة الإدارية لا تريد إلا بما يأذن به القانون، وضمن الإجراءات الذي يسمح به.

ب- إن التعبير عن الإرادة الخاصة يتضمن التقييد الذاتي للفرد، واستثناء تقييد إرادة الأشخاص الآخرين، بين العمل الإداري في إنشائه الالتزام الثنائي الذي سبق تحليله، ينشئ خاصة أمراً موجهاً اسم مواطن، والإدارة تستطيع مبدئياً أن تلغي تقييدها الخاص عن طريق السحب اللاحق لهذه الأعمال.

جـ- أن التناقض بين التصرف والقانون ليس له نفس النتائج في القانون الخاص والقانون الاداري.

معيار السلطة التقديرية

المراحل المتتابعة للعمل الإداري:

يمر العمل الإداري كما في المراحل المنطقية الأربعة التالية:

آ- **تفسير القانون**: لا بد في بداية الأمر من أن يطّلع الجهاز الإداري على نص القانون الذي يستمد منه اختصاصه، والاطلاع على هذا النص يعني معرفة مضمونه ومعناه الصحيح، فإذا لم يكن معنى القانون على درجة كافية من الوضوح، وهذا كثير الوقوع، يجب الوصول إلى وضوح المعنى عن طريق التفسير، إن نصر القانون الموضح على هذه الصورة كون المقدمة الكبرى للقياس المنطقي الذي يقوم به الجهاد الإداري.

ب- **التحقق من الوقائع المادية**: إن الجهاز الإداري الذي كون القضية الكبرى على تلك الصورة – ملزم بالاطلاع على الحالة المشخصة، أي بالتحقيق من الوضع المادي المشخص، الذي يجب تطبيق القاعدة القانونية عليه.

جـ- **خضوع الوقائع للقاعدة القانونية**: تقوم المرحلة الثالثة من عمل الجهاز الإداري على البحث عما إذا كان الوضع المثبت يدخل في مجال تطبيق القاعدة، وإن كان نتيجة هذا البحث تؤلف المقدمة المضطرة لقياسه المنطقي.

د- **تكوين الإرادة**: إن مآل هذه الخاتمة يكون خلاصة القياس المنطقي الذي هو عبارة عن تكوين الإرادة التي يجب عندئذ أن يعلنها الجهاز الإداري.

ونحن نتتبع هذا التطور لنحدد في أي من هذه المراحل الأربعة يمكن أن توجد السلطة التقديرية.

الفرع الأول

تفسير القانون

المبادئ المستعملة في تطبيق القانون – ذلك هو العمل الذهني، الذي يسمى تفسير القانون، الذي يستخدمه الجهاز الإداري أمام نص قانوني غير واضح، إن عدم خضوع النص القانوني يعود إما :

آ- استعمال وسائل تعبير ليست على وضوح كان من حيث القواعد أو الإنشاء.

ب- لاستعمال أفكار غامضة.

إن التفسير الذي يرمي إلى استبعاد التعابير غير الملائمة من حيث القواعد أو الإنشاء يؤدي إلى الاستعاضة عنها بعبارات أكر ملاءمة فمثلاً منع القانون تعيين الأشخاص المحكومين بالعقوبات المنصوص عليها في المواد /22-24/ من القانون الجزائي في الوظائف العامة، وأمام هذا النص يطرح السؤال ما إذا كان هذا المنع يشمل الأشخاص المحكوم عليهم بجميع العقوبات المحددة أو بإحداها .

ولإزالة هذا اللبس يمكن أن نختار عبارة "بواحدة من هذه العقوبات أو بعبارة أخرى قد تكون أكثر ملاءمة، إن حرية اختيار الجملة المفضلة لتوضيح معنى القانون يشكل نوعاً من "حرية الأسلوب أي حرية يمكنها الأفراد لاستخدام معارفهم وقدراتهم العقلية، وهي حرية لا يجوز أن تحيط بالسلطة التقديرية.

إن التفسير الذي يميل إلى تحديد مضمون مفاهيم القانون يواجه صعوبات من نوع آخر.

وتقسم المفاهيم المستخدمة في القانون إلى مجموعتين:

آ- تلك التي حدد القانون مضمونها ومعناها .

ب- وتلك التي سكت القانون عن مضمونها ومعناها .

1- **المفاهيم القانونية الدقيقة**: تتضمن المجموعة الأولى المفاهيم التي حددها القانون تحديداً كافياً – في الحقيقة بحرص القانون أحياناً على تبني بعض المفاهيم المدرجة ضمن مجمل المعارف الإنسانية ويفعله ذاك يحولها إلى أفكار قانونية، هذا التحويل الذي يتم على أثر التعريف الذي وضعه القانون يصبح مفهوماً قانونياً.

ويجب أن تميز من الفكرة العامة المقبولة في المجتمع فقد تعتبر "محارباً نوعياً" كل رجل تشارك في معارك عديدة، أو أمضى خدمة طويلة في الجيش، أو جرحى... إلخ.

ولكن القانون حدد شروطاً خاصة لا بد من ندبها في من يعتبرهم "محاربين قدماء" وهؤلاء هم وحدهم الذين يحق لهم الإفادة من اسم "محارب قديم"، في تطبيق القانون.

وهكذا فقد أصبحت مفهوم "محارب قديم" مفهوماً قانونياً بالمعنى الدقيق.

2- **المفاهيم القانونية بالمعنى القديم**: إذا كانت المفهوم المستعملة في القانون غير محدد، فإن مهمة الجهاز الإداري تغدو أكر صعوبة إن المفاهيم المدرجة عموماً في المعارف الإنسانية يعبر عنها بكلمات وهكذا فإن كل كلمة في إطار مفهوم حمار، فنحن جميعاً نعرف المفهوم المتضمن في إطار كلمة (إنسان) أو (هواء) أو (كلب) ولا يترد الهدف تحديد مفهوم كلمة (ملك) أو (أم) أو (مشي).

وأخيراً تتحدد مجموعة كانت من المفاهيم نظراً لطبيعتها، بطريقة موضوعية ومستقرة مثل ذلك المفاهيم الرياضية، فلا مجال للنقاش حول معنى كلمة (مربع) ومفهوم كلمة (عشرة).

وهكذا فإن معظم كلمات اللغة سهلة التحديد غير أن انتباه مفسر القانون ينصب عادة على مفاهيم أكثر تعقيدا وعموماً، فلا يمكن أن يفسر لماذا لا تعبر بعض الكلمات تعبيراً دقيقاً عن المفهوم المعدة للإطاحة به، فمثلاً يعرف المرء بسهولة ما تعنيه كلمة (بناء)، ولكن إذا كان أمام بيت صغير من الخشب قائم على أساس مبني من الحجارة فيحق لنا أن نتساءل ما إذا كان هذا البيت بناء أو كوخ.

فهل هذه الصعوبة ناتجة عن الطبيعة الغامضة لمفهوم "بناء" أو للكملة غير المناسبة المختارة للتعبير عنه؟ قد توجد في لغة أخرى، كلمة تنطبق على المفهوم انطباقاً يحول دون بروز مثل تلك الصعوبات.

ولكن قد يتعلق الأمر عندئذ بمفهوم آخر تعبر عنه الكلمة تلك على نحو أكثر وضوحاً من كلمة "بناء".

إن المشّرع لا يجهل هذه الصعوبات والتي تتمثل في البحث عن المعنى الحقيقي لكل كلمة ولكل مفهوم – فما هي الوسائل التي يملكها لتجنب هذه العيوب؟ هي أولاً استعمال مفاهيم قانونية دقيقة، وإذا ما وضعنا ذلك جانباً فإن المشّرع يملك وسيلتين لمعالجة هذه الظروف.

المفاهيم المقتبسة من التجربة العامة:

إذا لم يكن القانون قد عني بتحديد مفهوم ما، فيجب اتخاذه بالمعنى الذي أسندته إليه "التجربة العامة" والمقصود بذلك المعارف الإنسانية المكتسبة اليومية، وعليه فإن هذه التجربة تشكل عنصراً لازماً لتطبيق القانون وواحدة من قدرات الجهاز الإداري، التي أصاب المشّرع في الاعتماد عليها.

عندما يقضي القانون بأن الميسر ممنوع يعرف تماماً دلالة كلمة "ميسر"، وهو يتجنب تحديدها لأن تحديد عبارة ليس تدبيراً حكيماً دائماً اتحاد المفهوم بالمعنى الذي أسندته إليه الممارسة العامة وكل تقويم مخالف لهذا المفهوم يغدو منذ ذلك الوقت غير قانوني، فمثلاً لا يمكن أن تمتع لعبة الشطرنج بمقتضى القانون المذكور، لأنه ثبت بالتجربة أن هذه اللعبة لا تتضمن أي عنصر يتعذر حسابه

مقدماً، مما لا يوجد في ألعاب الميسر، وهكذا إذاً تنشئ نتيجة التجربة العامة القاعدة القانونية، كما يكون كالقضية الكبرى في المنطق القانوني.

وتفسير القانون تفسيراً يخالف هذه النتيجة يشكل خرقاً له، إذ أنه يميل ضمنياً إلى هذه التجربة وهكذا تصبح مفاهيم التجربة العامة مفاهيم قانونية بالمعنى الواسع كلمة مفهوم.

المعارف التقنية:

من أن القانون استند إلى تجربة الجهاز الإداري، ولكن هذه التجربة تشتمل أيضاً على معارف خاصة لا يستطيع الحصول عليها غير الأشخاص الذين يملكون نوعاً من التأهيل التقني، فمعرفة أعراض مرض من الأمراض تتضمن معارف خاصة من معارف الطبيب، ومعرفة فساد المأكولات تتخطى معارف تقنية خاصة كتلك التي يملكها كيميائي.

إن القانون لا يوجب بالطبع أن تملك الأجهزة الإدارية فجميع هذه المعارف الخاصة، ولكنه يهتم بأن يكون لدى كل جهاز المعارف اللازمة لممارسة صلاحيته فموظفين البلدية يملكون المعارف التقنية التي تسمح لهم بالتأكد من سلامة الأبنية، وموظفو قسم الكيمياء يملكون المعارف اللازمة للتأكد من سلامة الأطعمة.

وعلى ذلك، إذا كان الجهاز الإداري يملك المعارف، التقنية اللازمة لممارسة وظيفته، يجب عليه الاستعانة بها لحل مسألة مضمون المفهوم المدرج في القانون: "بناء مهدد بالانهيار"، "مرض" مأكولات فاسدة"... إلخ.

وإذا تبين له أن معارفه ناقصة، يجب أن يستعين بشخص آخر قادر على مساعدته في حل المسألة، ذلك اللجوء إلى الخبرة.

والسيرورة المنطقية واحدة في الحالتين: تحل المسألة التقنية لا إنارة مكتسبات الجهاز المختص من المعارف وطوراً بمساعدة معارف خبير أو أكثر الجهاز الإداري رأيهم.

وهو هذا الأخير هو الذي يقرر في الحالتين، ولكن إذا كان هناك ما يدعو للجوء إلى المعارف التقنية الخاصة فلا يعني ذلك أن المفاهيم التقنية محددة في القانون تحديداً ناقصاً، فالمشّرع إذاً لم يعهد بالمفهوم.

1- **المعارف التقنية**: لم يترك البحث عن مضمونه في مجال عسير مزعوم، بل لقد تطلب أن يؤخذ هذا المفهوم بالمعنى المقبول من تجربة الاختصاصيين في الفرع الإداري المعني، وعلى ذلك فإن كل انحراف للتجربة العامة أو الخاصة يشكل في الوقت نفسه خرقاً للقانون.

ومع هذا فالرقابة من الناحية العملية، مع استخدام نتائج التجربة التقنية استخداماً قانونياً أصعب من الرقابة على التجربة العامة.

ففي الواقع يجد القاضي سهولة في إبدال رأي الجهاز الإداري برأيه الخاص، ويرى ما إذا كانت لعبة من ألعاب المهارة قد اعتبرت خطأ، متأثرة وفي المقابل، يتعذر عليه أن يعرف ما إذا كانت بعض الأعراض الشخصية، قد اعتبرت، صواباً أو خطأ، دليلاً على وجود مرض محدد، من غير المقيد، إلى حد كبير، اللجوء إلى معارف خبير آخر، إذ ليس من المؤكد أنها أكمل من معارف الجهاز الإداري التقني، وهكذا لأسباب عملية يجب أن تستبعد الرقابة على التقويم التقني في معظم الحالات، ولكن المعارف المشتركة بين الناس، من الناحية النظرية، كالمعارف التقنية، هي بالطريقة نفسها محددة بالقانون تحديداً غير مباشر، وتصبح هكذا مفاهيم قانونية بالمعنى الواسع.

الفرع الثاني

المفاهيم الغامضة أو المفاهيم التابعة للسلطة التقديرية

من الواضح أن المشّرع لا يستطيع دائماً أن يميل إلى معطيات التجربة المشتركة أو التقنية عند تحديد المفاهيم التي يستخدمها، فبعد المفاهيم القانونية بالمعنى الدقيق (المحددة مباشرة بالقانون) والمفاهيم القانونية بالمعنى الواسع (المحدد على نحو مباشر لإحالة إلى التجربة المشتركة أو التقنية يوجد حقل واسع من المفاهيم التي لم يتحدد معناها أي من هاتين التي يطرح والتي تعمد القانون عدم تجديدها فإذا نص القانون مثلاً مع أن مجلس المرفق يقرر ترقية الموظف "الأكثر كفاءة"، بدون أن يحدد من يجب اعتباره كذلك، فهذا يعني أنه قد تجنب تحديد مفهوم "الأكثر كفاءة".

وحدة عضوية:

أن استخدام الخاتم الخاص لسجل على سبيل الانفراد، أو المراسلات المباشرة مع سلطات بحاجة أخرى ليست إلا محصلة النظام الشكلي، وناشئة من الصفة المشار إليها السلطة.

في القانون اليوناني رقم /3713 لعام 1928/ المتعلق بتنظيم مجلس الدولة يقضي بقبول الطعن لتجاوز السلطة بكافة الأعمال التنفيذية للسلطات الإدارية ولكن عبارة "سلطات" المستخدمة في هذا النص فسرت بصورة عامة باعتبارها "منظمات إدارية".

مفهوم الهيئة الإدارية:

لقد استقر إذاً القرار التنفيذي يمكن أن ينشأ أمامه هيئة إدارية التي هي سلطة أم من هيئة تتعلق بسلطة ومجردة من الاختصاص الضروري للتصرف بهذا الشكل.

إنها من الهيئات الإدارية تلك التي توجه منظمة في نظام التسلسل الإداري، أي في نظام السلطات التي يملك ممارسة السلطة التنفيذية لتعترف أن السلطة التنفيذية منوطة برئيس الدولة ويمارسها الوزراء المعنيون من قبله، فإن رئيس الدولة والوزراء وكل السلطات التي تعتمد من وجهة النظر المادية على الوزير هي سلطات إدارية، يجب مع ذلك أن تحدد السلطات الإدارية:

آ- استيعاب الهيئات التشريعية.

ب- استبعاد الهيئات القضائية.

استبعاد الهيئة التشريعية:

أن الملك هو في نفس الوقت عضو السلطة التشريعية وعضو السلطة التنفيذية.

أن أعمال تتميز طبقاً للمعيار العضوي، فهي أعمال تشريعية تلك التي يتخذها رئيس الدولة بالتعاون مع المجلس وفي صيغة قوانين.

ونتيجة لذلك فإن له – أثناء غياب المجلس – أن يصدر مراسيم بقوانين بناء على الرأي المطابق لعجز خاصة منشأة من قبل الشعب ولقد اعتبر مجلس الدولة هذه المراسيم بقوانين.

الفرع الثالث

أعمالاً تشريعية لا تقبل الطعن لتجاوز السلطة

ونفس الشيء عندما يصبح رئيس الدولة وسبب أحداث سياسية غير عادية يصبح العقد الوحيد للسلطات التنفيذية والتشريعية فإن أعماله تتميز وفق المعيار الشكلي الآتي: التعاون (التوقيع المقبل) بين مجلس الوزراء وصاحب العمل، هذا التمييز من أساليب التمييز له نتائجه العملية: المرسوم الذي لا يتخذ مطابقاً للأشكال المتعلقة بالمرسوم بقانون (اقتراح وتوقيع مجلس الوزراء المقابل، صيغة قانون الضرورة) اعتبر مجرد عمل عادي للسلطة التنفيذية، وبالنتيجة يقبل الطعن بالإلغاء لتجاوز السلطة.

وهذا هو الأسلوب الوحيد للمحافظ على التسلسل الشكلي للأعمال، وأن قاعدة اتخذت بصيغة مرسوم بقانون، التوقيع المقابل لمجلس الوزراء، ومعنويته بـ"قانون" لا يمكن أن تلغي إلا بمرسوم يتخذ بنفس الشكل، وبموجب قانون عادي ومن جهة أخرى، فمن المخاطرة أن ترى مرسوم بقانون يلغي بمرسوم عادي.

وأخيراً إذا كان اجتماع السلطات التشريعية والتنفيذية، بيد نفس العضو، وهو بهذه الناحية مطلق، وليس هنالك أي مظهر للفصل يمكن أن يتجسد في الظاهرة، عندئذ لكي نميز العمل يجب أن نلجأ إلى المعيار الموضوعي، أي إلى مادة العمل.

إذا كانت هذه المادة تشريعية، فالعمل يجب أن يعتبر قانوناً، وبالنتيجة فهو لا يقبل الطعن لتجاوز السلطة.

ومن جهة أخرى فالهيئة التشريعية لا تتخذ أعمالاً خارج صفتها الوحيدة كمنظمات تشريعية، ومع ذلك فإن بعض أعمال أعضاء هذه الهيئات رئيس الجمهورية – اللجان – تتخذ خارج المجالي التشريعي صيغة عمل إداري، فمثلاً

تعيين رئيس الجمهورية – موظفي مكاتب البرلمان، ففي هذه الحالات المماثلة، فإن رئيس الجمهورية أو بقية الأعضاء يمارسون وظيفة إدارية من الناحية الإيجابية ومع ذلك فهم لا يختلفون معانا ضمن مجموعة الهيئات الإدارية.

ولكنهم يتفقون دائماً كأعضاء في الهيئة التشريعية أي كأعضاء مرتبطين بالسلطة التشريعية وينتج من ذلك أن أعمال تلك المجموعة لا تعتبر أعمالاً إدارية تقبل الطعن بالإبطال بسبب تجاوز السلطة.

وهنالك استثناء صعب تضيفه وهو ما اقترنت المادة /114/ من الدستور اليوناني لعام /1927/ التي عرضت للطعن أمام مجلس الدولة ونظمته من الناحية الموضوعية وذلك ضد قرارات مجلس الوكيل الذي يمارس السلطة التأديبية على موظفي مكتب البرلمان.

هذا الطعن قد أسس بقصد إعطاء ضمانات لهؤلاء الموظفين مساوية للضمانات الممنوحة لموظفي بقية المرافق العامة.

استبعاد الهيئات القضائية:

هذا التحديد للهيئات الإدارية يختلف إذا كان يتعلق:

آ- بمحاكم قضائية. ب- بمحاكم إدارية.

استبعاد المحاكم القضائية:

أن أعمال هذه المحاكم التي نخرج على تكييفها كأعمال إدارية هي الآتية:

آ- قرارات المحاكم بالمعنى الدقيق والمتعلقة:

آ- مسائل القانون الخاص ب- المسائل الجزائية.

جـ- مسائل القضاء الإداري المتعلقة بالقضاء الكامل، والتي استمر النظر بها في القانون اليوناني وقبل المحاكم القضائية بسبب عدم وجود محاكم إدارية مختصة (مثلاً قضاء انتخابات البلديات).

أعمال المحاكم التي ليست قرارات بالمعنى الدقيق:

آ- القرارات المتعلقة بالقضاء الولائي.

ب- القرارات المتعقلة بممارسة السلطة التأديبية على القضاء هذه القرارات لا تقبل الطعن لتجاوز السلطة.

وبالمقابل فإن مجلس الدولة يراقب الأعمال الإدارية، المراسيم... إلخ، والتي تنفذ الإدارة بموجبها قراراتها.

وهو يراقب أيضاً بوسيلة الطعن لتجاوز السلطة أعمال وزير العدل التي تمارس بها السلطة التأديبية على القضاة.

جـ- القرارات التي تمارس المحاكم بموجبها السلطة التنفيذية، مثلاً عندما تعلن المرشحين إلى الانتخابات، أو تدعو مستشاري البلديات للدخول في وظيفة... إلخ.

هـ- أعمال السلطات القضائية التي لا تتخذ في صيغة قرار، وإنما تتعلق بممارسة الوظيفة القضائية.

أ- أعمال الضبط القضائي.

ب- تعيين خبراء، وضع أختام دعوات الشهادة...إلخ.

ت- أعمال السلطات القضائية التي لا تتخذ في صيغة القرار والتي لا تتعلق بممارسة الوظيفة القضائية.

ث- أعمال المجلس الأعلى للقضاء المتعلقة بترقية ونقل القضاء.

جـ- أعمال الهيئات القضائية التي تتضمن التنظيم الداخلي للمحاكم كل هذه الأعمال تخرج على رقابة مجلس الدولة.

جـ- أعمال الهيئات الإدارية المخولة – وبموجب نصوص قانونية خاصة – بسلطة قضائية، كما هي الحال في رجل الشرطة أو حارس الحقل الذي يتخذ قرارات تعيير من الآن فصاعداً أعمالاً قضائية لإدارات أعمال الهيئات الإدارية المتعلقة بالوظيفة القضائية، من جهة، فقد استخدم الاجتهاد والمعيار المادي على مجموعة من الأعمال الصادرة عن الهيئات الإدارية إنما المتعلقة بالوظيفة القضائية.

والمحاكم الإدارية تحجم كل رقابة على هذه الأعمال، فهي تبذل جهدها لإقامة انسجام بين الوظيفة التنفيذية، والوظيفة القضائية وهذه الأعمال هي:

أ- أعمال الضبط القضائي الصادرة عن هيئات إرادية أياً كان التسلسل الرئاسي، مثل قيام وزير العدل بتتبعات جزائية ضد ضابط فهو يتصرف لعضو سلطة قضائية، وليس لعضو سلطة تنفيذية ونفس الشيء بالنسبة لمفوض الشرطة أو العاملين في الغابات... إلخ.

ب- أعمال الهيئات الإدارية المتحدة لتنفيذ قرارات المحاكم، مثل تنفيذ قرار بطرد من منزل، تأخر مرفق الضبط بالتنفيذ ... إلخ.

ت- ومن الممكن أن نضيف إلى هذه المجموعة مراسيم العفو أو رفضه وفيما عدا ذلك، فقد اعتبرت أعمالاً حكومية لا تقبل الطعن بسبب هذه الصفة.

ث- ومن الاتجاه الحديث للاجتهاد يلح على اعتبار هذه الأعمال مستبعدة من أي طعن تسبب علاقتها بتنفيذ قرارات المحاكم.

ج- قرارات الهيئات الإدارية الأخرى المتعلقة بالوظيفة القضائية مثل رفض البوليس العام بتقبل مدان قضائياً، الإنذار الموجه من قبل إنجاز في العام إلى مدين للدولة...إلخ.

الفرع الرابع

أعمال الهيئات الصادرة بشأن اختصاص إداري

ومن الممكن أن تأخذ هذه الأعمال حال تكليف القانون قاضياً بأن يشكل وظيفة إدارية، ومثال على ذلك قيام القانون بتكليف عضو محكمة النقض أن يحدد بموجب تحقيق التعويض الواجب قيمة إلى مجموعة من ملاك القوارب التي تخربت سفنهم أثناء الحرب، والأمر يتعلق بعمل إداري من الناحية الموضوعية أكثر منه من الناحية الشكلية.

وهنالك حال آخر هي اشتراك القضاة في مجالس التقرير الإدارية فالقضاة في القانون الإداري اليوناني يشتركون غالباً "أنه تقليد قديم" في المجالس التأديب لمختلف الوزارات، فهذا الاشتراك لا تغيير من طبعه هذه المراسيم التي تبقى هيئات إدارية وأعمالها في هذا الصدد أعماله إدارية سواء من الناحية الشكلية أم من الناحية الموضوعية، على الرغم من اشتراك الأشخاص يتصلون بسلك القضاء.

استبعاد المحاكم الإدارية:

أنه من الصعب تحديد الهيئة الإدارية باستبعادها والمحاكم الإدارية أو القضائية.

لنعترف أن الأولى لا تمثل دائماً بتشكل واضح السمة المميزة للمحكمة فهنالك عدد من الحالات يمكن أن يكون لدينا شك حولها.

فاللجنة المختصة بالنظر في النزاع بين الإدارة وأصحاب المعيار هلل تتغير طبيعتها إلى محكمة أم تستمر في كونها هيئة جماعية تتصل بالإدارة العاملة من أجل إقامة التمييز بين المنظمات الجماعية أو مجالس التقرير للإدارة العاملة من جهة والمحاكم الإدارية من جهة أخرى.

يمكننا أن نستخدم إما المعيار الشكلي (نشر الجلسات نزاع الأضداد- الإجراءات) أو الموضوعية (القطيعة الداخلية للعمل المنجز) ومع ذلك يجب أن نشير إلى أنه لا أحد المعيارين ولا الآخر يؤخذ كعنصر حاسم.

وظيفة المحكمة الإدارية أن تقول كلمتها في الخصومات التي تنشأ في تسيير المرافق العامة.

ولكن تلك الوظيفة نتصورها مستقلة عن كل شكل أو إجراء بالإضافة إلى الأثر القانوني، (القوة الشيء المحكوم به)، هي المهمة التي تقع على كل سلطة إدارية تضع يدها على طعن رئاسي يقدم من قبل صاحب مصلحة تنازع في شرعية أو ملاءمة العمل الإداري ومن وجهة النظر الموضوعية فالنزاع الذي يخضع إلى سلطة إدارية عن طريق قناة الطعن الرئاسي لا يختلف أبداً عن النزاع حول قضية متعلقة بالقضاء الإداري.

ومن الصعب – من وجهة النظر هذه – أن نرفض الرأي المتضمن أن العدل الإداري ليس شيئاً سوى إدارة تكتسي أشكالاً قضية ومن جهة أخرى، فالذي يعتبر عنصراً خارجياً بالنسبة للقضاء أي التقيد ببعض الأشكال المستخدمة عموماً من مصدر الإجراء المدني، يقترن غالباً بأعمال الإدارة العاملة.

وبالفعل، يمكن أن تواجه بعض الأعمال الصادرة عن مجالس – ليس لها صفة المحاكم – إدارية مقررة، وتتقيد بقواعد نزاع الأضداد.

إن إعطاء الصفة الإجرائية التدريجي لا لناس النظر الرئاسي البسيط الذي يأخذ غالباً شكل الطعن شبه القضائي لا يكفي لإعطاء أعمال الهيئات التي تنظر في هذا الطعن صفة قرار المحكمة إن التحول الأساسي للوظيفة الإدارية إلى وظيفة قضائية فتحقق منذ اللحظة التي يمنح بها القانون هيئة ما أن تنطق كذات سيادة ليس على أساس كونها هيئة موضوعية في إطار التسلسل الإداري، وإن لصفة قاضي ليس له علاقة عضوية أو رئاسية مع الهيئات التي يصدر عنها العمل النازع به.

وقرار هذه الهيئة لا يخضع لأنه رقابة رئاسية ولا لإمكان تسمية (بين الرقابة الرئاسية وإمكان السحب المقترن بقرارات السلطات الرئاسية المتخذة بناء على

طعن رئاسي أو شبه قضائي)، أصبح من الآن فصاعداً، يعتبر الحقيقة القانونية الصادرة عن هذه القوة القانونية التي يمكن تسميتها قوة الشيء المحكوم به.

ومع ذلك فقوة الشيء المحكوم به هذه هي المعيار الحقيقي الذي يعتبر من صيغة العمل وينشئ عملاً قضائياً.

والقانون يمنح عادة قوة الشيء المحكوم به عندما تقوم هنالك ضرورة، ولكن كيف تتثبت في أن القانون منح حقيقة هذه القوة؟.

من الممكن أن نأخذ بعين الاعتبار مجموعة من النصوص القانونية تتعلق بطبيعة الوظيفة الممارسة أو بالإجراءات والأشكال المتقيدة بها أثناء ممارسة هذه الوظيفة.

أنها مسألة تفسير سليم للقانون من أجل الكشف عن هدفه من منح قوة الشيء المحكوم به لقرار، وبالنتيجة لإنشاء قضاء ومنذ اللحظة التي يؤدي بها عملية التفسير محددة يملك صفة محكمة إدارية، عندئذ يمكن أن تطبق عليها مثلما تطبق على المحاكم القضائية المبادئ التي سبق افتراضها، وكل عمل من أعمال المحاكم الإدارية، حتى الذي يتعلق بمادة إدارية يبقى خارج مفهوم العمل الإداري، مثلاً قرار محكمة الحسابات المتخذة في مجلس خاص والمتعلق بتعيين وترقية أشخاص المكاتب، فقد اعتبر عملاً صادراً عن محكمة وغير قابل للطعن بسبب تجاوز السلطة.

الفرع الخامس

أعمال أشخاص القانون العام المعنوية

إن مفهوم العمل الإداري يشمل أيضاً أشخاص القانون العام المعنوية التي هي أيضاً مرافق عامة إدارية (المؤسسة العامة) لتميزه بصورة خاصة من مشاريع التقنية الهامة التي هي من أشخاص القانون الخاص، والتي أعمالها ليست أعمالاً إدارية تقبل الطعن بسبب تجاوز السلطة.

معيار الأشخاص المعنويين في القانون العام:

إن تحديد معيار الشخص المعنوي في القانون العام مهمة صعبة، لا سيما إن مفهوم هذا الشخص يقع "على الحصان في الحدود" من القانون العام والخاص، وإننا نشير إلى إحدى هذه الحالات حيث ينص القانون العام شيئاً فشيئاً القانون الخاص.

يجب أن تحدد النقط التي اعتباراً منها يكون تأثير القانون العام على وظيفة الشخص المعنوي حاسمة لدرجة يمكن أن تنقل من مجال القانون الخاص إلى مجال القانون العام، ويخضع إلى القواعد العامة المتعلقة بالمرافق العامة.

وحيث يتم هذا الانتقال البطيء من مجال أحدها إلى الأحرف فالشخص المعنوي يخضع لفحص عميق من أجل اكتشاف السمة المميزة منه التي تسمح بربطه في القانون العام.

أن تتيح لمجهودات الصفة التي ليست على درجة من الكفاية هي الآتية في البحث عن المعيار:

آ- من خلال هدف الشخص العام، إذا كان في الأهداف التي تختص الدولة بها، فالشخص من أشخاص القانون العام.

وبالفعل، يمكن أن تواجه بعض الأعمال الصادرة عن مجالس الإدارية – ليس لها صفة المحاكم – إدارية مقررة، وتتقيد بقواعد نزاع الأضداد.

ب- من خلال مكنة استخدام وسائل القانون العام.

جـ- من خلال درجة استقلال الشخص عن الدولة، أو الرابط العضوي بين الاثنين.

د-من خلال إرادة القانون في منح الشخص المعنوي صفة المؤسسة العامة.

هـ- من خلال حقيقة أن الشخص المعنوي يملك ما سمته "الامتياز العام" أي مجموعة السلطات والمكنات التي تنشأ من ممارسة السلطة العامة.

و هل نظرية من هذه النظريات تعبر على انفراد حقيقية وفي الحقيقة فإن معيار الهدف لوحدة لا يقودنا إلى معيار لأنه عدة مؤسسات عامة ذات نفع عام تبقى أهدافاً مماثلة لأهداف الدولة (مثل صندوق التوفير الخاص، مستشفى خاص).

وعلى ذلك تبقى في مجال القانون الخاص، أو نفس الشيء فإن ممارسة السلطة العامة يمكن أن تمنح إلى مشاريع الالتزام، ومثال على ذلك ضبط السكة الحديد الذي يمارسه العاملون في جمعية الالتزام، هؤلاء العاملون يماثلون عاملو ضبط الدولة، ولكن جمعية الالتزام ليست شخصاً معنوياً من أشخاص القانون الخاص.

أن نظرية الامتياز العام ليست أحد أنواع نظرية السلطة العامة أن نظرية الاستقلال أو الرابطة العضوية فهي تقدم عنصراً كمياً غامضاً جداً، وبالنتيجة فإن فائدتها قليلة جداً.

وأخيراً، فالنظرية التي تهجر كل معيار موضوعي ولا تأخذ بعين الاعتبار الإرادة المشّرع هي نظرية ذات فائدة علمية قليلة لأنها – في الحقيقة تهجر كل مجهود لإيجاد معيار حقيقي.

من الناحية العملية، يمكن أن تعلن إن القانون قد يمنح أحياناً صفة الشخص المعنوي العام إلى أشخاص لا تتوفر بهم الحقيقة القانون أن اجتهاد محكمة النقض في اليونان اعتنق معياراً مريحاً في عدة عناصر مستمدة من هذه النظريات.

ووفقاً لهذا المعيار تعتبر أشخاصاً معنوية عامة (الأشخاص التي مهمتها تأمين أحد أهداف الدولة وتنشأ إما بعمل خاص أو عام، وهي متكلة بصورة دقيقة، وتخضع لرقابة الدولة، أو توجد تحت رعايتها).

ومن جهة أخرى، فاجتهاد مجلس الدولة اعتمد تارة هدف الشخص المعنوي، وتارة أخرى الأساليب الإدارية وقرابة مهمته من مهمة المرافق العامة.

ولكن هذا الاجتهاد اعتمد أيضاً صفات ثانوية قبل تنظيم المرفق، الوصاية الإدارية...إلخ.

وفي رأينا، وكي تمنح شخصاً معنوياً صفة الشخص المعنوي العام، يجب أن يشترك العنصران الآتيان:

أ- هدف عام، وهو العنصر الداخلي.

ب- إمكان ممارسة السلطة العامة، وهو العنصر الخارجي.

العنصر الأول يحدد بكفاية ما إذا كنا نعتبر هدفاً عاماً كل عمل يتم تحقيقه عن طريق أحد مشاريع الدول، أم إذا كان لا يمنح إلى شخص معنوي متميز، أما بخصوص العنصر الثاني، فإن مظاهره الأساسية هي الآتية:

1) فرض الضرائب أو الحقوق الخاصة لصالح الشخص المعنوي.

2) إنشاء حقوق ارتفاق إدارية على عاتق الأملاك الخاصة.

3) إمكان الاستملاك من الأملاك الخاصة لصالح غرض الشخص المعنوي.

4) الانتفاع الخاص بالمال العام لصالح الشخص المعنوي.

5) مؤسسة الاحتكار لصالح المشروع.

6) إمكان تطبيق المبادئ المستقرة في جباية الإيرادات العامة.

7) الوصاية الإدارية التي تتجاوز ما يمارس بصورة عادية على الأشخاص المعنوية الخاصة.

8) الانتساب الالزامي إلى الشخص المعنوي من قبل الشخص الطبيعي فيما يتعلق بمجموعة معينة... إلخ.

قائمة أساسية بالأشخاص المعنويين في القانون العام:

إن مجموعة خاصة من الأشخاص المعنوية العامة تشمل المديريات التي هي الأشخاص المعنوية الوحيدة في اليونان المتعلقة بالتقسيم الإقليمي.

أما الأشخاص المعنوية الأخرى فمن الممكن تطبيقها تبعاً للمادة المتعلقة بهدمها، وكما هو آت:

آ- في نطاق إدارة الكنيسة:

- الكنيسة الأرثوذكسية هي شخص معنوي من أشخاص القانون العام، ونفس الشيء بالنسبة **لميزو يولات** والأسقفيات التابعة لها.
- الرعويات ومجالستها الإدارية.
- الأوبرا والجمعيات الدينية لمونت اتوس.
- التنظيم الخاص لإدارة أموال الكنيسة.

ب- في مجال التوجيه العام:

- جامعة وأكاديمية أثينا.
- مدرسة البولي تكنيك.
- المدارس العليا للعلوم السياسية، للعلوم التجارية، للعلوم الزراعية.
- المنظمة الخاصة لطباعة كتب التعليم الابتدائي والثانوي.

جـ- في مجال الإخطار الوطني:

- الإدارة المستقلة أحياناً والمكلفة بإدارة المال العام.
- سكة حديد الدولة.
- الصندوق الخاص لغدارة المرافئ.
- صندوق الودائع.
- المحافظة على الشوارع الوطنية.
- غرف التجارة، الصناعة، التقنية الزراعية، اتحاد غرف التجارة، مكاتب البطالة... إلخ.

د- في مجال حماية بعض المهن المتعلقة بالصالح العام.

اتحاد كتاب العدل المحامين – الأطباء – الصيادلة – الكيمائيين.

هـ- في مجال الضمان الاجتماعي.

- المؤسسة الوطنية للتأمينات الاجتماعية.
- الصناديق الخاصة بالتأمين على السيارات.
- الصناديق الخاصة بشعوب البحر
- عمال المناجم وبعض المهن الأخرى.

- الصناديق الخاصة بالتأمين على الموظفين العموميين، الضباط، المحامين الكيماويين... إلخ.

و- في مجال المعونة العامة:

- الأوقاف الصحية، المستشفيات... إلخ.
- المنظمة العامة للتضامن المسيحي.

أما البنوك فلم تعتبر أشخاصاً معنوية عامة، مع التحفظ فقط بالسنبة للبنك اليوناني، فيما يتعلق بمرفق الصندوق العام، إدارة الصرف الأجنبي... الدولي.

وفي النهاية هذا البنك اعتبر من أشخاص القانون الخاص.

وإننا نسلم ايضاً بأن البنك الزراعي له صفة الشخص المعنوي العام، فيما يخص مراقبة التعاونيات الزراعية.

ولقد أشرنا سابقاً إلى أن العدد الكبير من الأشخاص المعنوية العامة ارتفع بالتقريب إلى /1200/.

إذا أضيفت إليها /5500/ مديرية، /7200/ صندوقاً خاصاً يتعلق بالمدارس العامة، و/8000/ كنيسة رعوية، فإن عدد الاشخاص المعنوية العامة في اليونان أصبح حقيقة تسبب الدوار.

التمييز الممكن للأشخاص المعنويين:

تضمن القانون رقم /3713/ لعام /1928/ الذي أسس مجلس الدولة اليوناني ما يلي:

"تقبل الطعن بسبب تجاوز السلطة الأعمال التنفيذية للسلطات الإدارية والأشخاص المعنوية التي تمارس إدارة عامة".

هذا المقطع الأخير خلف تناقضاً حول معرفة ما إذا كان القانون لفرض التمييز بين الأشخاص المعنوية العامة التي تمارس الإدارة العامة "التي هي مرافق عامة" والعكس.

ولقد سلم الاجتهاد يمثل هذا التمييز، ولكن بطريقة غير واضحة جداً فقد سمح لنا أن نتصور طرح التمييز المذكور دون أن نتصور النتائج الناشئة من ذلك.

هنالك رأي آخر من الممكن أن يقودنا إلى مثل هذا التمييز، وهو أن القانون قد يمنح بصورة واضحة صفة الشخص المعنوي العام إلى أشخاص ليس لها – بالتجربة العامة- هذه الصفة، باعتبارها تتصرف على سبيل الحصر في مجال القانون الخاص.

ومن أجل أن توقف من إرادة الشارع والحقيقة علينا أن نسلم أن الشخص الذي نواجهه هو من الناحية القانونية شخص معنوي عام دون ممارسة السلطة العامة.

إذاً ليس هنالك إلا التفسير الحصري للقانون، التفسير الذي يقودنا إلى إنشاء مجموعة من الأشخاص المعنوية العامة "الفرعية وإننا نستطيع من الآن فصاعداً: – أن تعتبر مثل ذلك كل الأشخاص المعنوية التي لا تنشأ صفتها العامة وطبيعتها – إنما فقط من إرادة الشارع.

ومن الممكن أن تعترف للقاضي بحقه في أن يتجاهل بصورة كاملة لنص القانوني، إذا كان لا يتفق بصورة فاضحة مع طبيعة الشخص المعنوي هنالك عنصر آخر بإمكانه أن يسهل هذا التمييز، هو أساس الشخص العام.

وفي الحقيقة يمكننا أن تلاحظ أن الأشخاص المعنوية العامة تظهر في صورتين: إما أن يجتزئ القانون قسماً من مرفق عام موجود سابقاً فيمنح إدارته إلى الشخص الذي أنشئ صراحة من أجل هذه الغاية (مثل الصندوق الخاص للمحافظ على الطرق الوطنية) تلك الوظيفة التي يخضع غالباً لمرفق مختص من مرافق وزارة الأشغال العامة)، وإما أنه يخلف شخصاً معنوياً موجوداً سابقاً

ومتصرفاً ضمن مجال القانون الخاص فيعتبر أهدافه مرتبطة بعلاقة ضيقة بالمصلحة العامة، ومن ثم يزوده بامتيازات القانون العام ويضعه من الآن فصاعداً في الحال هذا القانون الأخير.

ويبدو أنه إذا كان الشخص المعنوي قد أنشئ بإرادة خاصة فهذا "الأصل الخاص" يضع مانعاً دون خضوعه المطلق لقواعد القانون العام.

إن شخصاً معنوياً ذا أصل خاص له من استغلال، هذا الاستغلال الذي هو من طبيعة إرادة القانون الخاص.

وإذا ما وضعه هذا الشخص في مجال القانون العام، فهذا الاستقلال يصبح متعرضاً لقيود مهمة ناشئة من خضوعه للوصاية الإدارية التي تمارس على كافة الأشخاص المعنوية العام.

وهذا القيد على الاستقلال ممكن أن نتسامح – حتى نقطة معينة ولكن إذا كان الشخص المعنوي قد أصبح مرفقاً مشخصاً بسبب التدخل المتسع لتفسيره من قبل الدولة.

وذلك في صيغة إدارة خاصة لأموالها بتعيين مدربها بأداة تنظيمية أو في شكل آخر.

ولكن كيف نوفق بين هذا التدخل وبين أي الضمانات الدستورية الأموال الخاصة ولحرية التجمع، كذلك مع عدم جواز مخالفة النصوص الدستورية التي توحي بضمانات المساواة.

وفي حال هذا التنازع فقد أوجد الاجتهاد مخرجاً لذلك:

لقد طبق القانون ولكنه سلم أن الشخص المعنوي الموصوف منه هو أحد أشخاص القانون العام.

بيد أن الاجتهاد وقف في منتصف الطريق إذا اعتبر هذا الشخص شخصاً معنوياً عاماً فرعياً، أي أنه ليس مرفقاً عاماً فرعياً، أي أنه ليس مرفقاً عاماً ولا يمارس السلطة العامة.

مجموعة الأشخاص المعنوية العامة في العقد الأجنبي التي ليست مؤسسة عامة:

سبق للأصل الخاص للشخص المعنوي أن استرعى انتباه الاجتهاد الفرنسي ومع ذلك فلم يمنحه أهمية حاسمة وأننا نضرب مثلاً على ذلك في صناديق التوفير المشتركة التي أسست بمباراة الدولة، فقد اعتبرت مؤسسات ذات نفع عام، أي أشخاص معنوية خاصة بينما اعتبرت مؤسسات عامة.

بعض المدارس التي أنشئت بمبادرة خاصة

ومن جهة أخرى فقد اعتبر الفقه مجموعة معينة من أشخاص لقانون العام التي ليس لها صفة المؤسسة العامة.

ولكن هذه المجموعة "ليس لها اسم" الموجودة – حسب تعبير **البروفسور والين** – على حصان في الحدود، ليس لها أيضاً الصفة التي على درجة كافية من الوضوح.

ولقد تم الكلام في الفقه الإيطالي من أشخاص معنوية para– Etatique متمثلاً في المؤسسات العامة.

ويمكن أن نعتبر من قبل ذلك الاشخاص التي ترنو إلى تحقيق أهداف الصالح العام والتي تساعد من قبل الدولة وتخضع للوصاية الإدارية وهي منظمة بصورة لا تبرر أبداً وصفها بأنها مؤسسة عامة كذلك فالأشخاص para– Etatique هي أيضاً تقع "على ظهر الحصان في الحدود" التي تفصل القانون الخاص عن القانون العام، ومن هذا الواقع فطبيعتها القانونية ليست محددة بصورة جيدة.

بعض الشراح يعتقدون بأنها من "أشخاص القانون العام بالمعنى الموسع" مقابل "الأشخاص العامين بالمعنى الضيق" التي هي المؤسسات العامة بالمعنى الدقيق".

وبعضهم الآخر يعتبرون الأشخاص para– Etatique – من أشخاص القانون الخاص التي تمنحها الدولة إدارة مرفق من مرافق المصلحة العامة...

ولقد أراد المشّرع أن يمنح لبعض هذه الأشخاص أهمية خاصة التي كانت حتى تلك الحقبة تنصرف في مجال القانون الخاص، وفق لها نشاطاً شديد الاتصال في المصلحة العامة.

ولم يجد المشّرع أن يندفع بكل تحكم فيقدها إلى أشخاص كافة محبه مقترضاً بأنها – في حقيقة الأمر – يتعلق بالقانون الخاص.

ولقد لجأ عندئذ إلى إنشاء مجموعة وسط هي الأشخاص المسماة para– Etatique.

وينتج من ذلك أن هذه المجموعة من الأشخاص المعنويين ليس نتاج الضرورة القانونية، وإنما نتيجة عمل بتمزيق منظم يدفع وراء المبالغة ونتيجة لكل ما تقدم فإن "الشخص المعنوي العام الفرعي" مع كونه يدار بالقانون العام فليس لديه مكنة ممارسة السلطة العامة.

ويستنتج ذلك أن مثل ذلك الشخص مع وجوده في مآل القانون العام فهو لا ينتمي بالضرورة إلى هذا التنظيم الغني للدولة الذي هو المرفق العام.

ومن الممكن لمعترض أن يقول: ((أن اعتبار هذه المجموعة أنها تتصل بالقانون العام ليس له نتائجه العملية، فهي لا تملك ممارسة السلطة العامة وهي مجردة من هذه السمة المميزة للشخص العام أو بالمناسبة فهي في الحقيقة ليست إلا شخصاً معنوياً خاصاً)).

هذا الاعتراض يقول على أساس سليم، وفي رأينا المطروح أعلاه، فإن معيار الشخص المعنوي العام يقوم على الجمع بين العنصرين الآتيين: هدف عام – ممارسة السلطة العامة، وإن الافتقار إلى الصفة الأخيرة يعني أنه ليس هنالك شخص عام.

وبالنتيجة فإن (الشخص المعنوي العام الفرعي) ليس في الحقيقة إلا شخص خاص هذه هي النتيجة في كل حال يثبت لنا أن القانون لم يمنح الشخص أهلية ممارسة السلطة العامة، وذلك يعني أنه لم يرد أن يضع هذا الشخص في مجال القانون العام.

العمل الإداري هو تعبير منفرد

تأثير إرادة صاحب المصلحة على العمل الإداري:

تمارس الأشخاص العامة مبدئياً السلطة العامة بواسطة أعمال منفردة وإن حقيقة ممارسة السلطة العامة تنشئ عدم المساواة بين الإدارة والأفراد وهذا ما يبعد عن العمل الإداري كل صفة تعاقدية.

ولكن إرادة الفرد لا تفتقر أحياناً إلى بعض الأهمية الخاصة في قيمة العمل الإداري وفي إنشائه.

وفي تتبعنا لدرجة تأثير هذه الإرادة، تستطيع أن نرتب الأعمال الإدارية في الآتي:

آ- أعمال إدارية: ليس لإرادة الفرد أي تأثير في إنشائها وتنفيذها، كما هي الحال في العمل التنظيمي (اللائحي) الذي يصدر ويسري دون أن تكون أية ضرورة لإعلان الأشخاص التاليين، ونفس الشيء بالنسبة للأعمال العامة، مثل تعديل الخطة التنظيمية.

ب- بعض الأعمال الفردية تنجز دون أي تعاون مع الأفراد، ولكنها لا يمكن أن تسري عليهم إلا بعد إعلانهم مسبقاً.

جـ- بعض الأعمال الشخصية والوحيدة الطرق يتطلب إنجازها همة الفرد عن طريق إعلان الإرادة، أي عن طريق قبول ينص عليه القانون.

د- أخيراً بعض الأعمال ثنائية سواء من الناحية الشكلية أم من الناحية الموضوعية، وهي العقود الإدارية.

طبيعة الأعمال التي تنجز بموافقة الفرد:

أن أعمال المجموعة الثالثة هي التي تسهم التحليل الحالي ومن عداد هذه الأعمال: تعيين الموظف، التجنس، رخصة الضبط الصادرة بناء على طلب الشخص صاحب المصلحة... إلخ.

إن الفقه لم يطبق على أنجاز هذه الأعمال نموذجاً موحد لمساهمة كل من إرادة الإدارة والفرد.

وبصورة خاصة، فالطبيعة القانونية لتعيين الموظف كان موضع تطور طويل.

ففي العصر الأخلاقي، كانت العلاقة بين الدولة والموظف تعتبر كعقد وكالة، أو إنجاز خدمات تبرم بين الموظف وصاحب السيادة وإننا نميز عادة ثلاثة آراء.

آ- بعض الشراح تكلموا على عقد من عقود القانون العام مسرب بعنصر الأمر.

ب- آخرون تكلموا على "عمل اذعان".

جـ - بعضهم اعتمد رأيه لصالح "عمل ثنائي" لكنه ليس عقداً.

وإن فترة عمل الاذعان" تنسب إلى الفقيه **اوتومايز** الذي أشار إليه أن هناك أعمال إدارية مفاوضة تستند إلى رضا الفرد وليس إلى تفويض القانون.

هذا القبول ينشئ في حال حدوث التنفيذ الذي يلازم العمل ويمكننا أن تعدد بعض الأعمال على هذه الطريقة:

تعيين الموظف، التجنس، التنازل عن الجنسية... إلخ.

ولقد رفض **اوتومايز** الصفة التعاقدية لهذه الأعمال، وذلك بسبب تفوق إرادة الدولة في مواجهة إرادة الفرد ولعل مجرد هذه السمة النوعية لأعمال المجموعة السابقة هو أنها – وبسبب عدم وجود قبول الفرد-، فهي ليست باطلة ولكنها قابلة للإبطال، لأن الإرادة العليا للدولة جديرة بأن تضمن سريانها حتى في حال عدم رضا الفرد وحتى لحظة النطق ببطلانها من قبل السلطة المختصة.

أما النظرية الثالثة فهي تنسب إلى **ولتر جلينيك**.

ووفقاً لرأي هذه الفقه، فإن العمل الإداري الذي يحتاج في إنجازه إلى رضا الفرد هذا العمل ليس عقداً وإنما "عمل ثنائي" ومن ثم فإن الافتقار إلى رضا الفرد يجعله باطلاً وليس قابلاً للإبطال.

أن يكون العمل الثنائي تقع في منتصف الطريق بين العقد الإداري والعمل المخض منفرداً، وأننا نجد مظان هذه النظرية في الفقه الابتالي الذي اعتبر "العمل الثاني" نتاج التوفيق بين إرادتين، ومع ذلك فهو يختلف عن العقد، هذه الفكرة عرفت أيضاً في الفقه الفرنسي فحسب رأي **جيز**، أن تعيين الموظف، والالتزام الاختيار العسكري، ثم الاشتراك في مزايدة عامة، وبصورة عامة كل عمل يجب أن يحرك أو يقبل من قبل الفرد هذا العمل هو عمل منفرد، ومع ذلك لا يمكن أن يتم انجازه دون رضا شخص ثان، الفقيه **ديجي** الذي أخضع أعمال القانون الخاص وأعمال القانون العام إلى تحليل واحد، اعترف بأنه يوجد بين هذه الأعمال أعمال إلى تحليل واحد، اعترف بأنه يوجد بين هذه الأعمال أعمال يعترف بصورة مطلقة لأبنائها اتفاق إرادتين، ومع ذلك لهذه الأعمال لا تلك الصفة العقدية.

والمثال على ذلك عقد العمل الجماعي في القانون الخاص.

الفرع الأول

تعيين الموظف في القانون العام

أطلق **ديجي** على هذه الأعمال اسم الأعمال المتحدة، يجب أن نشير إلى أن الأعمال التي تنشأ نتيجة التعاون بين هيئتين من هيئات الدولة (مثلاً القانون)، كذلك بالنسبة للأعمال الصادرة عن هيئات جماعية في الدولة (مثل القرار الصادر على مجلس إدارة).

وإن السمة المشتركة للأعمال تلك هي أن الإرادتين تستهد فإن أهداف متوازية.

وبالنتيجة، فإذا قبلنا أن تعيين الموظف هو بمثابة (vere) فهذا ما يؤدي إلى اعتبار هذا المفهوم الأخير غامضاً.

أن الرأي المقرر لدى الفقه أكثر منه لدى الاجتهاد الفرنسي يرفض الفكرة المتضمنة أن تعيين الموظف يعتبر عقداً أو عملاً ثنائياً.

أما في القانون اليوناني، فإن الأعمال التي تجد لها مكاناً في مجموعة الأعمال المثارة أو المقبولة من قبل الأفراد، هذه الأعمال على درجة من التعدد.

تعيين الموظفين، مراسيم التجنس، امتياز المفاهيم، منح براءة اختراع، رخصة تسيير مؤسسة... إلخ، فقبول الأفراد ضروري لإنجاز هذه الأعمال.

فهل تعتبر هذه الأعمال باطلة في حال فقدان القبول؟، يبدو أن الاجتهاد قبل الحل الإيجابي.

فعلى سبيل المثال، اعتبر باطلاً الترخيص بإقامة معمل إذا ما المعنى الفرد طلبه قبل صدور القرار.

ومن جهة أخرى، فإذا كان الشخص الذي يقدم للتعيين كموظف قد امتنع مدة طويلة عن ملف اليمين، أو الدخول في الخدمة فإن تصرفه يعادل قبوله بالتعيين ويعطي الإدارة الحق بإلغائه: فالتعيين باطل بسبب سقوط الرضا.

ونفس الشيء بالنسبة للإجازة الممنوحة لموظف بعد إلغاء طلبه ولقد ذهب الاجتهاد بعيداً.

فالعمل لا يعتبر باطلاً في حال الافتقار إلى القبول، ولكن إذا أعطي بشروط غير قانونية.

ونقل الموظف يعتبر باطلاً إذا قدم الطلب من أجل هدف غير مشروع كأن يساعد زميله على إحالة التقاعد.

ينتج من ذلك، أنه في الحالات المذكورة أعلاه، فالإفصاح عن إرادة الفرد يعتبر ضرورياً من أجل أن يكون العمل الإداري مشروعاً ومن ثم لا نستطيع أن نستنتج فيما يتعلق بالقيمة القانونية للعمل الإداري إذ الأمر يتعلق بعقد، لأن الصفة التعاقدية مستبعدة انطلاقاً من حقيقة أن تدخل فكرة المرفق العام تتضمن بالضرورة عدم المساواة بين إرادتين، وهذا مالا يتفق مع مفهوم العقد يجب أن ترفض أيضاً نظرية **ولتر جيلينك** التي قالها أن العمل وإن كان لا ينتمي إلى العقد، فهو مع ذلك نتاج إرادتين متحدتين.

هذه النظرية تحطم بصورة غير مفيدة الوحدة القانونية للعمل وتؤدي إلى التشويش.

والحقيقة هي شيء أخر فالعمل هو نتاج إرادة واحدة هي إرادة الدولة، وإن إضافة إرادة الفرد البعيدة عن أن يكون لها أهمية لإيجاب في العقد ليس لها إلا قيمة شرط ضرورية لشرعية العمل condition sine quo non.

فالقبول هو عنصر خارجي بين الإيجاب عنصر يقودنا إلى العقد أن قبول الفرد يشكل السمات الخبيرة الآتية:

أنه قابل للإلغاء، قبل صدور العمل، وكما هو الأمر في حال الاستقالة، فالموظف يمكنه أن يلغي العمل قبل الواقعة عليه في الإدارة، والعكس عندما يذهب العمل إلى ما يخالف رضا الفرج، ففي هذه الحالة لا يمكن إنقاذه بحرية إلا إذا رفضه.

الفرد بصورة رسمية أو ضمنية كما في حال التعيين.

في حال انعدام الرضا السابق، فإن القبول اللاحق للعمل يعادل مبدئياً الرضاية على التحفظ بالنسبة للحال التي يكون بها هذا القبول اللاحق يخالف روح القانون.

فإذا ما منحت براءة اختراع بدون طلب سابق فإنها تبقى باطلة حتى ولو قبلها المخترع في الوقت المحدد، ولكن التعيين الذي يتم دون طلب سابق يصبح مشروعاً استناداً إلى قبول لاحق.

لكن هل أن العيب يهيب إرادة الفرد بمس شرعية العمل؟؟؟

سبق إن ذكرنا حالات الإعلان عن إرادة الفرد المزور التي تهدم القيمة القانونية للعمل.

أما من الناحية العملية، فالإدارة تستطيع أن تلغي هذا العمل ولكن من وجهة النظر النظرية يجب أن نشير إلى أنه ليس تدليس الفرد الذي يعطي هذا الحق، وأن عدم المشروعية الموضوعية الناشئة من حقيقة الشروط الضرورية لمشروعية العمل – أي رضا الفرد – التي لم تكن بصورة قانونية بسبب التعبير المعيب عن الإرادة.

الفرع الثاني

العمل الإداري يحدد القاعدة في الحال الفردية

"مفهوم الحال الفردية"

السلطة التنظيمية (اللائحية) ومصدرها:

إن العمل الإداري يحدد القاعدة، وذلك منطبق القانون على حال شخصية أو فردية والصفة الفردية خاصة بالعمل الإداري على اعتبارات وظيفة الإدارة تقوم على التنفيذ، ولس على إنشاء القاعدة القانونية تستند مباشرة إلى القانون الشكلي ليفرد القاعدة، وهو تأكيد للقانون، ودون أن يتجاوز ذلك إلى وساطة العمل التنظيمي ولكن من الضروري نشوء العمل التنظيمي (اللائحي) عند ما يستحيل على المشّرع أن يتنبأ أو ينظم سلفاً كافة الحالات بمختلف الشروط المختلفة.

ومن الفقه الفرنسي – وهو على حق – سلم بأن السلطة التنظيمية (اللائحية) هي سلطة تلقائية وسابقة من الناحية التاريخية للسلطة التشريعية وقد وجد كسلطة مستقلة وبمعزل عن كل تقويض قانوني والإدارة تستطيع أن تصدر من الأعمال الفردية أو اللائحية، وهذه الأخيرة من الممكن تصنيفها في الأعمال الآتية:

آ- مراسيم تنظيمية (لائحية) متضمنة قواعد قانونية، تصدر بموجب المادة /35/ من الدستور اليوناني المتضمنة "أن رئيس الدولة يستطيع أن يصدر المراسيم الضرورية لتنفيذ القانون".

ب- مراسيم متضمنة نصوصاً عامة ذات صفة إدارية بمقتضى المادة /27/ التي تنص على "أن السنة التنفيذية تخص رئيس الدولة".

جـ- مراسيم تنظيمية (لائحية) تصدر بمقتضى تقويض خاص من القانون.

د- أعمال تنظيمية تصدر السلطات الإداري لأخرى، مثل الوزراء المحافظون، وهي أعمال تنظيمية تصدر عن الأشخاص المعنوية للقانون العام بمقتضى تفويض خاص من القانون والتقويض القانوني الخاص من الممكن أن يفرض بالعرف البرلماني.

طبيعة الوظيفة التنظيمية (اللائحية):

إن الوظيفة التنظيمية تتصل – من الناحية المادية – بالوظيفة التشريعية ولقد رفض الفقه اليوناني بصورة عامة النظرية المتضمنة أن السلطة التنظيمية هي سلطة ذات طبيعة خاصة تتوسط السلطتين التشريعية والتنفيذية.

وينتج من ذلك أن القانون يمكن ربط تطبيق مباشرة لوسيلة العمل الفردي، حتى في حال عدم وجود مرسوم تنظيمي، والإدارة غير ملزمة فإن تصدر تنظيماً (لائحة) مع التحفظ بالنسبة للحالات التي يفرض بها هذا الالتزام رسمياً بالقانون.

نتائج التمييز بين الأعمال التنظيمية والأعمال الفردية:

آ- إن تحديد الطبيعة التنظيمية أو الفردية للعمل من الممكن أن يكون له تأثيره على معرفة السلطة المختصة بإصدار العمل المطروح.

ولا ينشأ بالضرورة الاختصاص بإصدار الأعمال الفردية، لا ينشأ في التفويض التشريعي بإصدار أعمال تنظيمية، والعكس فإن التقويض بإصدار أعمال فردية لا ينشئ بالضرورة الاختصاص بإصدار تنظيمية.

ب- كذلك، فإن تحديد طبيعة العمل من الممكن أن تمارس تأثير على الأخرى المتبع.

فالأعمال التنظيمية (اللائحية) تخضع مبدئياً لصيغة المنشأ في الجريدة الرسمية، وأن اللوائح الإدارية العامة تصدر بعد رأي مسبق لمجلس الدولة، وفي حال عدم توفر ذلك فهي باطلة بسبب عيب الشكل.

جـ- من وجهة نظر الإلغاء، هنالك أيضاً اختلاف جدير بالملاحظة فالأعمال التنظيمية هي مبدئياً قابلة للإلغاء، في حين أن الأعمال الفردية لا يمكن الغاؤها إلا عندما لا تنشئ حقوقاً مكتسبة.

ومن جهة أخرى فإن الغاء الأعمال التنظيمية ليس له أبداً الصفة الرجعية، حسب المبدأ المتضمن أن المرء لا ينظم للماضي في حين أنه من الممكن أن تنسحب بأثر رجعي العمل الفردي غير المشروع.

د- إن نتائج عدم المشروعية تختلف تبعاً لنوع العمل.

ولقد شرحنا سابقاً لماذا تمنع العمل الإداري الفردي أو التنظيمي بقرينة المشروعية، ويستمر نافذاً حتى لحظة إبطاله بصورة رسمية.

وبعد انتهاء مدة الطعن بسبب تجاوز السلطة، فمن الممكن معارضة العمل الذي نجا من الطعن وذلك أمام أية محكمة وعن طريق الدفع بعدم الشرعية.

ولكن مبدأ يطبق بصورة مطلقة على الأعمال التنظيمية التي يمكن أن تعارض في كل لحظة بالدفع بعدم الشرعية.

فإذا انتهت مدة الطعن بالإلغاء فإن الدفع بعدم المشروعية لا يمكن أن يثار ضد العمل الفردي الذي تخلص من الطعن خاصة إذا سبق لهذا العمل أن أنشأ حقوقاً أو مراكز فردية جديرة بالحماية ولكن يجب أن تعترف بأن الاجتهاد ليس مستقراً حول هذه النقطة ولقد قبل مجلس الدولة الفرنسي الطعن بالإلغاء ضد عمل يتعلق بترفيع موظف، ولكنه رفض أن يفحص ما إذا كان العمل المتعلق بتسميته مشروعاً.

ولكن بقوله الطعن ضد عمل يتضمن حالة موظف على التقاعد، فقد فحص ما إذا كان هذا الموظف على قد نقل إلى المركز الذي الغاءه اللاحق تعود إلى احالة هذا الموظف إلى التقاعد.

معيار التمييز بين الأعمال التنظيمية والأعمال الفردية:

يجب أن نستبعد المعيار الشكلي، لأن كل هيئة من هيئات الدولة تستطيع أن تصدر أعمالاً تنظيمية في حدود اختصاصها القانوني، وذلك في صيغ مرسوم أو قرار وزاري أو قرار ضبطي إذاً يجب أن نلجأ إلى المعيار المادية.

فالعمل التنظيمي في موضوع ليس إلا قاعدة قانونية وإن سن قاعدة يعني تحديد أو إنشاء الحق لكل شخص تتوفر فيه الشروط الخاصة المحددة سلفاً وبصورة عامة ومجردة إذاً، فالسمة المميزة للعمل التنظيمي هي عموميته.

فالنص يكون عاماً إذا كان مضمونه لا يستبعد من جراء تطبيق واحد، وإنما له قوة إنشاء تطبيقات جديدة على عدد كبير في الحالات المستقبلية وغير المحددة.

ومنذ لحظة صدور العمل التنظيمي لا يمكن معرفة من هم الأشخاص الذين ينطبق عليهم.

وهذا هو الشكل الأمثل للعمل التنظيم، وإن لم يكن دائماً لذلك إن بعض الأعمال التنظيمية يخص عدداً قليلاً من الأشخاص وبعضها الأخر يطبق ضمن منطقة محددة، وأخيراً فإن بعضها ليس مشروعاً إلا خلال منذ فترة قصيرة من الزمن.

وبالمقابل، فهنالك أعمال فردية تطبق على عدد كبير من الأشخاص إذاً ليس العموم العددي وإن العموم المجرد الذي يعطي العمل الصفة التنظيمية.

ولا يمكن أن يعتبر عملاً تنظيمياً العمل الذي يخاطب المواطن "بيير بول"... إلخ.

بل من الممكن أن يعد فردياً حتى ولو كان عدو المخاصمين كبيراً، والعكس فإن عملاً يخاطب المواطنين الذين تبتدئ الفاعلين يحرف "y" هو عمل تنظيمي حتى إذا لم يكن هنالك من باب الصدفة إلا مواطن واحد بهذا اللقب.

ولكي نوضح الحالات الغامضة يجب أن نأخذ بعين الاعتبار ما هو آت:

أ- أن الأمر الموجه من الشرطي إلى حشد من الناس بقصد فض اجتماع أو حظر الوصول إلى منزل ملوث، كذلك فالأمر الموجه إلى سكان قرية المتضمن دعوتين بتخليص مداخل منازلهم من الثلج المتراكم في الليل، هذه الأعمال هي أعمال فردية يستنفد مضمونها بتطبيق واحد على حال محددة بصورة مسبقة (هذا الاجتماع، هذا البيت الملوث، الثلج المتراكم أثناء الليل).

ب- والتطبيق المتكرر على عدة أشخاص لا يدل أبداً على وجود قاعدة قانونية، وإنما مجرد (كتلة من الأعمال الفردية)، أنه "العمل الفردي الجماعي" حسب المصطلح الألماني، أو التراكم الفردي، حسب تعبير **موريس هوريو**.

ت- وفضلاً عن ذلك، فإن التحديد العددي لتطبيقات عرف تنظيم حتى على صعيد فرد واحد، لا يمكن أن يزيل عنه الصفة التنظيمية فاللائحة المحلية المتضمنة إجراءات حماية الآثار العامة لا تنفك أن تكون عملاً تنظيمياً حتى إذا تعلقت نصوصها لمكان واحد في المدينة ونفس الحل، عندما تتعلق بحماية منظر الآثار التاريخية التي لا تخص أثراً على سبيل الانفراد مثل "الأكر بيول".

ث- وبالمقابل، فإن ائتلاف العمل التنظيمي مع الحالات الفردية يعتبر من طبيعة.

ج- فمثلاً إذا أصدر سلطة البوليس رأياً عاماً أوضحت فيه إجراءات الحماية التي يجب أن تتخذ في المعامل أثناء الحريق، وأعلنت بأن توجيهات معينة تخاطب كل واحد منها محددة التزاماته، فالعمل ليس تنظيمياً، ونحن حيال تراكم الأعمال الفردية، ومن ثم هذا العمل للسطلة التنظيمية ليس قانونياً.

ح- إن تحديد الحد الأقصى لارتفاع الأبنية في شارع أو بجزء منه له الصفة التنظيمية، ونفس الشيء بالنسبة لتحديد التزامات سكان شارع واحد فيما يتعلق بمرفق المجاري.

خ- إن التحديد المؤقت لتطبيقات العمل التنظيمي خلال يوم واحد لا يزيل مطلقاً عنه صيغته.

د- وإن خطر السير في بعض الشوارع خلال صبيحة يوم العيد الوطني، هو عمل تنظيمي، أي "ليس مؤقتاً".

ذ- هنالك أنها بعض الأعمال "تنظيمية بصورة غير مباشرة: فأمر سلطة الضبط الموجه إلى محل والذي يخطر دخول القصر إليه، هو عمل فردي بالنسبة لمالك المحل، وتنظيمي بصورة غير مباشرة بالنسبة للزبائن القصر.

ر- أن لوائح الإدارة العامة المتعلقة بتنظيم المرافق العامة تحتفظ بصفتها التنظيمية حتى ولو تعلقت بمرفق واحد، مثل إنشاء مكتب للجمارك، أو تعديل اختصاص اقليمي لمفتش المالية.

ز- ووفقاً لتفسير ألماني **جيلينك** فإن الأعمال المتضمنة قاعدة قانونية هي التي تتوجه ليس فقط اسم سلطة معينة أو عامل معين، وإن إلى مجموعة غير محددة من المواطنين الذين أصبحوا من الآن مصاعداً يخضعون إلى اختصاص المرفق المعنى.

س-هنالك مجموعة من الأعمال الشرطية هي موضع شك فقرار الخط التنظيمي هو الأسلوب القانوني لإصدار عدد من الأعمال الفردية، ومع ذلك فقد اعتبر عملاً فردياً.

ش-ونفس الشيء بالنسبة لمرسوم يعترف بمديرية جديدة، أو يحدد الأشخاص المعنوية التي تخضع إلى نظام محدد.

وعلى حد رأي Tezner، فالعمل الذي يحدد موضع سوق عام أو اتساع شارع، أو شكل التعامل في مستشفى عام هي المحال مجموعة قانونية متوسط من العمل التنظيمي والفردي.

ص- هل التصديق على العمل التنظيمي له الصفة التنظيمية، يجب أن نميز حسب الحال – فيما إذا كان التصديق يعطي من قبل سلطة نشترك في اختصاص السلطة الدنيا، هنا يجب أن نسلم بأن التصديق له الصفة التنفيذية.

أن عمل الوزير الذي يصادف على لائحة الصيد المدونة من مفتش الغابات هو عمل تنظيمي.

ولكن التصديق الممنوح من سلطة الوصاية الإدارية ليس له دائماً نفس الحل: فعمل المحافظ الذي يصادف على اللائحة الصادرة عن المجلس البلدي والمتضمنة فرض بعض الضرائب الخاصة على الإقامة وهو عمل فردي أو العكس بالنسبة للمديرية.

وينتج من ذلك أن المحافظ لا يستطيع دون غيره أن يلغي مصادقيته حين أن المجلس البلدي يستطيع في كل لحظة أن يعدل اللائحة ويخضع التعديل إلى تصديق المحافظ.

ووفقاً لأحد الآراء، فإن أعمال الإدارة هي دائماً أعمال فردية وهذا هو الشيء الوجيه في التمييز القديم بين أعمال الإدارة وأعمال السلطة.

هذا التميز المهجور والذي لا يمكن اتباع نتائجه.

ذلك أن دفتر الشروط والمواصفات العامة لمناقصة الذي اعتبر أحيانا عمل إدارة، قد اعتبر حالياً عملاً تنظيمياً (لائحياً) ومع ذلك، فإن أعمال الإدارة المتعلقة بالمال

الخاص التي وحدها لا تقبل حالياً الطعن بالإلغاء، لا يمكن بصورة طبيعية أن يكون لها الصفة اللائحية.

ض- أن النشرات التي ليست أعمالاً تنظيمية، لها صفة العمومية، ولكنها بصورة مبدئية ليست أعمالاً تنظيمية، ومن ثم فهي تعتبر أحياناً في الفقه الفرنسي أعمالاً تنظيمية حقيقة يجب إذاً أن نبحث في كل مرة عن حقيقة العمل، وذلك يفسر إرادة الهيئة التي أصدرته.

الفرع الثالث

العمل الإداري يحدد القانون في أعمال فردية

تحديد القاعدة على الحال الفردية ليس إلا تطبيق القانون:

العمل الإداري يحدد القاعدة في الحال الفردية، هذا التحديد ليس قاعدة قانونية – وهذا له دائماً الصفة العامة– أن يشكل بالضرورة تطبيق.

بصورة عامة، يمكن القول أن الإدارة تتصرف دائماً على أساس قاعدة قانونية وموضوعية سلفاً، وإنه من المستحيل أن تجد عملاً إدارياً فردياً لا يرتبط بقاعدة قانونية موجودة بصورة مسبقة والقاعدة القانونية تحدد إرادة الأفراد بصورة مجردة، وتطبيقها أو تنفيذها هو بمعنى القاعدة على الحال المشخصة.

ومن الممكن بالمقابل أنه في حال الضرورة يفسح المجال لتدخل الإدارة المباشر حتى في حال غياب القانون.

وحتى في مثل هذه الحال" فمن الممكن التسامح لأجل النظام العام" ولكن الإدارة لا تستطيع وضع قواعد لا أساس لها في القانون.

ولكن الإدارة تستطيع في حال الحظر العام الحقيقي أن تتصرف حتى عند غياب القانون، وتدخلها هذا له صفة العمل الخلاق، وبالتالي فإن العادة المذكورة أعلاه لا يمكن تطبيقها .

وبذلك فالإدارة تستطيع دائماً أن تنشئ الأعمال الفردية والأعمال العامة التي لها صفة التنظيم الداخلي (التوجيهات، النشرات) والمجردة من القوة التنفيذية، ومن كل تأثير قانوني على حقوق المواطن.

العمل الإداري والقرار القضائي:

أن التطبيق الفردي للقانون الذي سبق تمحيصه هو العمل المشترك من الإدارة والعدالة، أي بين وظيفتين تخضعان للقانون ومن أجل تحديد القاعدة بمركز فردي فالعمل الإداري مثله مثل القرار القضائي، وسنجد سلطة من تشخيص القاعدة القانونية.

أن المراحل التي تؤدي إلى النتيجة المنطقية في القرار القضائي تشبهه الإجراءات المتبعة في العمل الإداري التنفيذي ولكن هذا التماثل يذهب بعيداً جداً، فالإدارة في كل عمل لكل هيئة من هيئات الدولة، وفقاً لتحليل **جيلينك** – يجب أن تمر بثلاث مراحل نفسه:

عناصر أو مراكز العالم الخارجي لإدراك تتطور الهيئة أولاً هي تعلن تبعاً لذلك.

ومع ذلك، فتنفيذ القاعدة يتبع تقييد إرادة أو عدة إرادات فردية مشخصة، وبمعنى آخر أنه يؤدي إلى تشخيص التحديد الذي تتضمنه القاعدة القانونية.

ويتضح من ذلك إن السلطة التنفيذية – التي ووفقاً للدستور ليس لها أي اختصاص إلا تطبيق القانون، لا تستطيع أن تنشئ بأعمالها أي تقييد مماثل إلا عندما ينشأ هذا التقييد مباشرة أو بصورة غير مباشرة من القاعدة القانونية.

ومن الممكن أن نستنتج أنه لا يوجد عمل إرادي لا يرتبط بقاعدة قانونية موضوعة سلفاً.

ومع ذلك، فالقانون ليس حد لعمل الإرادي، وإنما شرطة وأساسه، والإدارة في دولة القانون يستحيل عليها أن تتصرف ضد القانون أو كمله له، وإنما هي ملزمة أن تتصرف دائماً كمنفذة للقانون.

علاقة ذلك بالقاعدة القانونية (الحكم)، وأخيراً فهي تفصح عن إرادتها مستهدفة تحقيق للحكم (التصرف).

فالقاضي، كرجل لإدارة لا يقتصر على الإنشاء البسيط للحكم "الذين، يجب أن يعاقب، رخصه المركبة يجب أن تمنح" لواحد فهنا يعاقب ويمنح الرخصة.

وفي هذه المرحلة الثالثة، فالعلم الإداري على منوال القرار القضائي، ليس فقط مجرد إثبات حل وهذه هي الحال التي تتوقف على النتيجة المنطقية لحكمها، وإنما هو بذلك الوقت تصرف وإن التحليل المشترك للعمل الإداري والقرار القضائي إلى عناصرها المنطقية يعطي للأهلية الأولى لانطباع بأن حكمها تعبير عن وظيفة واحدة هي تطبيق القانون.

وإن وجهة النظر هذه تقودنا إلى النظرية التي تخلط بين الوظيفتين والتي ترى أن الإدارة والقضاء ليس إلا شكلين مختلفين لنفس الطريق، وإن التمييز بينهما ليس له إلا قيمة تاريخية محضة ووفقاً لنفس النظرية، فهذا التمييز قد تأكد بالتدريج: القوانين تحدد في كل مرة ما هي أعمال التنفيذ القضائي، وما هي الأعمال التي ليست كذلك.

ففي البداية، كانت الأعمال المتعلقة بالحياة، الحرية، وملكية المواطن وحدها تخضع للضمانات القضائية، ولكن مع الزمن، امتدت هذه الضمانات إلى قضايا أخرى يتعلق بالمجال الحر للإدارة هناك نظرية أخرى، سلمت بالتمييز من وجهة النظر المادية، ولكنها رفضت أن تفصل الإدارة عن العدل الإداري والعمل الإداري وفقاً لهذه النظرية لا تميز من القرار القضائي الصادر بالقضاء الإداري، إلا فيما يتعلق بالسمة الشكلية التي تقوم على اشتراك الفرد تصفيه طرفاً في الإجراء.

معيار التمييز بين العمل الإداري والقرار القضائي:

على الرغم من الاعتراضات المشار إليها أعلاه، فلا يمكننا أن ننكر أن مضمون الوظيفتين الإدارية والقضائية، مع خضوعها للقانون، لا تختلفان بصورة أساسية.

فالعمل الإداري تحدد القاعدة في الحال الفردية، ونفس الشيء بالنسبة للقرار القضائي.

ولكن يجب أن نحدد بماذا يختلف هذان العملان على أن تعرض أولاً للنظريات المختلفة التي تعرضت للموضوع.

آ- نظرية السلطة التقديرية:

ووفقاً لنظرية قديمة، فالعمل الإداري يصدر دائماً عن هيئة تمارس سلطة تقديرية، بينما القرار القضائي مقيد بالقانون بصورة حتمية وينتج من ذلك أن الاستدلال، في العمل الإداري، وذلك الاستدلال في العمل القضائي ليسا متماثلين، وأن الاستدلال في العمل القضائي يؤدي بالضرورة إلى تنمية واحدة.

فإذا ما رسم القانون العفوي العضوي للقاتل، فالقاضي الذي أثبت أن الجريمة ارتكبت من هذا المجرم، ليس له إلا طريق واحد أن يتبعه: معاقبة المجرم بعقوبة الموت.

وبالعكس، إذا ما رسم القانون شروطاً معينة بعض الشروط لمنح رخصة مركبة، فرجل الإدارة – وبعد التثبت في توفر الشروط-، ليس ملزماً بمنح هذه الرخصة، ويستطيع أن يرفضها إذا ما اعتقد أن مصلحة الرفق مضمونه يشكل أفضل ولكن التمييز المطلق حول ذلك ليس دقيقاً لأن الإدارية قد توجد أحياناً مقيدة بدقة بالقانون في حين أن القاضي يتمتع بحرية مشابهة للسلطة التقديرية.

ويمكننا أن نذكر المثل النموذجي للسلطة المرخصة للقاضي المتضمنة أما الأمر بقيمة المُلك الشائع، وأن الحكم إلى أحد الملاك ونفس الشيء بالنسبة للرخصة التي تسمح له بالتدرج بالعفوية بين الحد الأدنى والحد الأقصى المحدد بالقانون.

ولكن يجب أن لا نذهب بعيداً جداً، وتدعي أنه توجد حقيقة في مثل هذه الحالات مسألة "سلطة تقديرية" للقاضي.

يجب أن تتحفظ في مشابهة هذه الحرية للقاضي مع السلطة، أيا كان دنوها من السلطة التقديرية بعداً أو قرباً.

ومن جهة أخرى فالقانون رسم أحياناً سلوكاً ملزماً للإدارة، وأن مهمة الإدارة من وجهة النظر مماثلة إلى وظيفة العدالة.

ب- **نظرية التصرف التلقائي:**

يجب أن نرفض أيضاً الرأي المتضمن أن العمل الإداري يصدر دائماً بصورة تلقائية في حين أن القرار القضائي تعترف وجود طلب للفرد.

والمقابل، هنالك أحياناً خطر على الإدارة بأن تتصرف تلقائياً لا سيما في حال العمل الذي يصدر بعد امتزاج من الفرد كما سبق أعلاه.

جـ- **نظرية الخصومة:**

هنالك نظرية تبحث عن معيار التمييز في عنصر الخصومة المطروح دائماً أمام القضاء.

ولكن نظرة بسيطة إلى الحال تصرف الإدارة يكفي لكي يقنعنا أن وظيفة الإدارة يقوم غالباً على حل بعض الخصومات التي تضع يدها عليها عن طريق الاستدعاء (عرف الحال) الذي له صيغة الطعن الرئاسي البسيط أو شبه القضائي.

د- **نظرية الهدف:**

يمكن الإجابة بأن ما تقدمه الإدارة للخصومة من حل ليس إلا مجرد وسيلة لتحقيق هدفها ... في حين أن الهدف الوحيد للقضاء هو حل هذه الخصومة.

وهكذا نجد أنفسنا موضوعة أمام عيار جديد، هو الغاية المستهدفة من هاتين الوظيفتين.

و- **المعيار الحقيقي للتميز:**

نعتقد أن هنالك مجالاً للوقوف عند هذه النظرية الأخيرة وفي الواقع، فالإدارة تستهدف تدبير الحاجات العامة، في حين أن العدالة تستهدف توطيد النظام العام عن طريق الحلول المعطاة للخصومات والعقوبات بسبب مخالفة القانون.

ومع ذلك فعندما يستلزم الأمر تحديد مفهوم وظيفة الدولة – التي هي مجموعة أعمال تستهدف غاية مشتركة، وهي بالضرورة متأثرة بالهدف المبتغى – لا يمكن أن تتجاهل العنصر النفسي بيد أنه لا يمكننا أن نراعي هذا العنصر عندما يتعلق الأمر بتمييز الأعمال التي تقودنا إليها كل واحدة من هذه الوظائف فالعلم ذي الشكل القانوني الذي تبدو فيه ممارسة الوظيفة فإن النشاط الوحيد الذي يمكن أن يؤخذ بعين الاعتبار هو من طبيعة قانونية مع استبعاد الأسباب النفسية التي تمارس تأثيراً على مضمونه.

ولكن هذا التأثير الأكبر للأهداف المختلفة – التي تتوجه إليها كل وظيفة من هذه الوظائف – يساهم في الانتشار الخاص لظواهره القانونية المتعلقة بكل وظيفة من هذه الوظائف.

وهكذا فالوظيفة القضائية التي تستهدف حفظ العام تقودنا إلى ظاهرة قانونية خاصة لتحقيق هذا الهدف ومزودة بقوة تحترم هذه النتيجة، إلا وهي القرار القضائي.

ومن جهة أخرى، فالوظيفة التنفيذية التي تستهدف تغطية الحاجات اليومية العامة تستدعي وجود العمل الإداري كظاهرة قانونية بالغة المرونة، وهي قابلة مبدئياً – للتعديل وللتطابق يسير مع وظيفة الإدارة.

إذاً يمكننا أن نستنتج أن اختلاف الهدف في كل وظيفة تستدعي قيام اختلاف أساسي بين العمل الإداري والقرار القضائي، اختلاف يقوم على حقيقة أن هذا الأخير وحده يملك قوة الشيء المقضي أو قوة الحقيقة القانونية.

إن قوة الشيء المقضي – هي إذاً المعيار الحقيقي للتميز لتمييز العمل الإداري من القرار القضائي.

هذه القوة تحسم كل جدال يتعلق بالحل الذي يعطيه القرار، وذلك لوضع نهاية للخصومات ولحفظ النظام العام.

وإلى المشّرع تستند سلطة تقرير الحال التي يمنح فيها إثبات الدفع من قبل الموظف العام للقوة القانونية.

هذه القوة ليست عنصراً خارجياً وإنما هي عنصر يتعلق بالموضوع وفي الحقيقة، فإن ممارسة الرقابة الرئاسية من قبل السلطة الإدارية يعطي أحياناً الإحساس موجود حكم، فالأجزاء قد يكون شبه قضائي، والعمل قد يكون غير قابل للإلغاء، ولكن هذه ليست إلا عناصر خارجية.

إن الإجراء شبه قضائي لا يضيف أي شيء إلى الصفة النهائية ولا إلى الحل الذي يتضمنه العمل، وإن عدم القابلية للإلغاء التي يقررها القانون أم بعض الإدارية بسبب أهميتها الخاصة، لا يمنع أبداً من إلغائها إذا ما صدر بصورة غير مشروعة.

وبالعكس فإن قوة الشيء المحكوم به هي عنصر داخلي يعتبر طبيعة العمل ذاتها وهذا ما يوجب اعتبارها كحقيقة قانونية، وينهي بصورة باتة كل نزاع أنها سمة العمل القضائي.

التنفيذ القضائي للإدارة والفرد:

وينتج من التحليلات السابقة أن معنى العمل الإداري يقوم على تحديد ودون التمتع بقوة الحقيقة القانونية – ما هي القاعدة في الحال الفردية – أي تحديد الحقوق والالتزامات المتبادلة بين الدولة والأفراد.

ولقد سبق لنا القول بأن احدى نتائج العمل الإداري التنفيذي هي التزام الإدارة بأن تتصرف وفقاً لهذا العمل.

وفي الحقيقة فالإدارة تستطيع مبدئياً أن تلغيه، ولكن عليها حتى تفعل ذلك أن تعمل وفقاً له، وأن لا تخالفه بأعمال مادية ومن جهة الفدر فهو يجد نفسه مقيداً بالعمل، وبأن يتصرف أيضاً وفقاً له، وهذا ما سبق تسمية "الالتزام المتبادل".

إن السمة المميزة للعمل الإداري يجب أن تبحث في هذا الالتزام القضائي، وليس في "القابلة للتنفيذ" أو "قوة إنتاج الآثار القانونية".

القابلة للتنفيذ توجد أيضاً في أعمال ليست قرارات تنفيذية، والمثال على ذلك، في الأمر الموجه من مفوض الشرطة إلى موظف لإنجاز عمل مادي... وإن بعض الآثار القانونية يمكن أيضاً أن تنتج من أعمال النسب قطعاً تنفيذية: فمن عمل مادي سبب أضرار يمكن أن يتولد ادعاء بتعويض، ومن رأي مخالف يمكن أن يتولد استحالة منح رخصة.

أنها ذات آثار قانونية، ومع ذلك فلا العمل، ولا الرأي ليس عملاً تنفيذياً.

هذا التقييد القضائي للإدارة والفرد هو كما يجب أن يفهم جيداً عنصر أساسي يختلف بصورة أساسية عن قوة الشيء المقتضي التي تعترف بالعمل القضائي.

الفرع الرابع

العمل غير التنفيذي

إن السمة المميزة للعمل التنفيذي، أن تحديد القاعدة في الحال الفردية، لا تتوفر في بعض الإعلانات عن إرادة بعض الهيئات الإدارية.

مثل هذه الأعمال "غير تنفيذية" وهي ذات صلة بالعمل التنفيذي والعكس.

- ✓ أعمال تصدر لا صلة لها بالعمل التنفيذي مثل الوثائق من كافة الأنواع، التدوين في المكتب أو السجلات الرسمية... إلخ.
- ✓ أعمال تصدر، وهي ذات صلة بالعمل التنفيذي، وهذه أما أن تسبق العمل المذكور أو تلحق به:

الأعمال التي تسبق العمل التنفيذي:

1- تلك الموجهة إلى سلطة تابعة والمتعلقة بحال فردية أو التي تستهدف إعطاء توجيهات عامة حول كيفية تطبيق القانون أن الحال الثانية من النشر.

والتوجه بصورة عامة – ليس إلا نوعاً من اشتراك السلطة العليا وقائياً في ممارسة اختصاص السلطة التابعة، ولكنه لا يمكن بصورة عادية تحديد القاعدة على الرغم من تأثيره العملي على السلطة الدنيا.

إذاً فهي لا تقبل الطعن بالإلغاء بسبب تجاوز السلطة.

ولكن هذا المبدأ ليس مقبولاً البتة إذا ما مست النشرة نظام الموظفين، فعندئذ يجب اعتبارها عملاً تنفيذياً يخضع لرقابة مجلس الدولة.

ولقد استوجب مجلس الدولة في حالات أخرى اعتبارات الملاءمة فباشر الرقابة على النشرة مستهدفاً استباق يطبق على المراكز الفردية لتعليمات غير قانونية.

وبالفعل فليس من الملائم إلزام الأفراد انتظار التطبيقات الفردية قبل انشاء الطعن "وإن طعناً واحداً موجهاً ضد النشرة يعطي نفس النتائج التي تعطي للطعون الموجهة ضد كافة القرارات الفردية".

وأحياناً يكون للتوجيه الصفة حد الآمر، ذلك أن السلطة الرئاسية العليا لا تستطيع إجراء عملاً تنفيذياً يسمى "توجيهاً آمراً".

2- الموارث: أي الآراء التي تعطي من قبل هيئات إدارية حول شرعية ملاءمة لعمل آت.

وإن لآراء "البسط" أو المطابقة، ليست مبدئياً أعمالاً تنفيذية مع التحفظ بالنسبة للحال التي يتطلب بها القانون "رأياً مطابقاً".

فالرأي السلبي هنا، له التأثير الذي يمنع صدور العمل التنفيذي ويصبح بهذه الحقبة عملاً تنفيذياً يقبل الطعن بالإلغاء.

3- الأعمال التحضرية بصورة عامة مثل:

الاطلاع على إضبارة الموظف قبل اتخاذ إجراءات ويبنى لهذا الخصوص المراسلات التي تتضمن طلب معلومات الآراء المعطاء إلى الأفراد أثناء توجيه طلباتهم – المحاضر التي تثبت في مخالفات القوانين الإدارية، وتكون شكليات بسيطة تسبق العفوية أو العمل التنفيذي – تدوين اسم مرشح في قائمة المشتركين بمسابقة.

4- الأعمال التي لم يصادف عليها من قبل السلطة الرئاسية العليا، أو من قبل هيئة تمارس الوصاية، هذه الأعمال ليست تنفيذية قبل المصادقة.

- ✓ الأعمال غير التنفيذية التي تلحق بالعمل التنفيذي:

1) الأعمال التي تعتمد إلى تفسير أو توضيح عمل تنفيذي ليست في حد ذاتها تنفيذية، مع التحفظ بالنسبة للتعديلات الموضوعية التي تنال من العمل التنفيذي تحت غطاء التفسير.

2) الأعمال التي تعمد إلى تنفيذ عمل تنفيذي، مثل التي توجه إلى الأفراد داعية إياهم أن يمتثلوا إلى إنذارات الإعلانات الفردية أو العامة التي تأخذ صفة (عمل يومي) ويوجه إلى شخص في مرفق مدني أو عسكري.

3) الأعمال المؤكدة التي تكرر مضمون العمل التنفيذي السابق، والتي بموجبها تعلن الإدارة عن إرادتها لتؤكد الحل المعطي مسبقاً بالعمل التنفيذي هذه الأعمال مجردة من الآثار القانونية، وهي غير قابلة للطعن لتجاوز السلطة.

إن الأعمال المؤكدة تصدر – عادة – عقب طعن رئاسي عادي يوجه ضد العمل التنفيذي وفي حال صدور العمل المؤد عقب طعون رئاسة شبه قضائية يجب التسليم بأنه يكسب الصفة التنفيذية انطلاقاً من حقيقة أن الطعون المعينة قد أثارت مجدداً ممارسة اختصاص سبق ممارسة من قبل السلطة الدنيا.

ويعتبر أيضاً عملاً تنفيذياً العمل المؤكد الذي يتخذ بعد فحص جديد للحال، وإن مثل هذا الفحص يتم عندما تؤخذ بعين الاعتبار الوثائق الجديدة والأساسية.

إن الصفة الأساسية للفحص الجديد يجب أن تستند إلى تقدير دقيق جداً، وفيما عدا ذلك يعني إمكان الالتفاف حول مدة الطعن بالإلغاء وذلك عن طريق تقديم طعن رئاسي بنفس الغرف، ومن أجل إنشاء أعمال تنفيذية جديدة تتعلق بالموضوع ذاته.

تصنيف ومضمون الأعمال الإدارية

الأساليب المختلفة للتصنيف:

في الفقه الألماني، تصنف غالباً الأعمال الإدارية في مجموعتين كبيرتين، إثبات الواقع والحال، والتصرفات القانونية بالمعنى الدقيق.

وهذه الأعمال الأخيرة تقسم أيضاً إلى قرارات وإعمال عادية نتقاسمها فروع أخرى.

وهنالك أسلوب آخر يقتضي أثر المراحل النفسية لإرادة الإنسان الذي يتعلق بالتصرفات القانونية.

فالإنسان يتعرف بادئ ذي بدء على الوقائع الخارجية، ثم يمارس الحكم، وأخيراً ينتهي إلى تكوين إرادة إلى التعبير عن الإرادة.

أن مسلك الهيئات سواء الإدارية أو القضائية يتبع نفس المراحل وبالنتيجة فإن أي عمل من أعمال هيئات الدولة يمر بالضرورة بإحدى الأطوار الآتية:

1- قبول التعابير عن الإرادة، كما هي الحال في تسجيل التصدع عن الولادة، الزواج... إلخ، في سجل الحال المدينة.

2- الأحكام أو إثبات الواقع (الحال) لبعض المراكز المادية.

3- أفعال يقصد منها بصورة عامة إنشاء نتيجة الحكم.

وإن الأفعال تقسم إلى أفعال بالمعنى الضيق (الأفعال المادية الصرف)، وإلى تصرفات قانونية تنشئ أو تلغي حقوقاً والتزامات وأن التصرفات القانونية هي أما قابلة للإلغاء، أو غير قابلة لذلك.

أننا ننعى على هذا النظام استناده إلى العنصر النفسي وليس إلى العنصر القانوني الصرف.

وفضلاً عن ذلك فقد قام على توحيد الأعمال الإدارية والقضائية وهو مع الطبيعة المختلفة لكل مجموعة.

ومن جهة أخرى وعلى الرغم من التوحيد المصطنع، فإن هذا الفقه لم يستطع تجنب التمييز، فقد صنف ضمن المجموعة الثانية (الأحكام قرارات المحاكم، وصنف ضمن المجموعة الثالثة (الأفعال) أعمال السلطات الإدارية.

هنالك أسلوب آخر للتصنيف يتسم يتميز الأعمال الداخلية المشروعة فقط بالنسبة لهيئات الدولة من الأعمال الخارجية التي تتسم تقسيماً فرعياً كما يلي:

1- الأعمال المتعلقة بالروابط مع الدولة الأخرى.

2- الأعمال التي لها صفة بالروابط المالية.

3- الأعمال التي تستهدف ممارسة السلطة العامة.

وإن نظام **كورمان** الذي يجب اعتباره كاملاً جداً. قد التي جانباً للأعمال التي لا تتيح البتة آثاره أه قانونية.

(الوثائق الاعلانات) الانذارات... إلخ، اتبع تطبيقاً نسجل الأعمال الأخرى الآتية:

الأعمال السلبية، ثم الأعمال الإيجابية.

وأن هذه الأخيرة تتوزع إلى الفروع الأربعة الآتية:

1) إثبات الواقع (الحال).

2) الأعمال المنشئة للحقوق.

3) الأعمال المعدلة للحقوق.

4) الأعمال السلفية للحقوق.

هنا تمييز أخر أساسي في الفقه الألماني لا يمكن اعتباره نظاماً خاصاً أنه بين الأعمال المسماة العلة أو الكاشفة، والأعمال المنشئة.

وهذا التمييز تغرس ولادته إلى حقيقة أن الهيئات الإدارية تقوم لدى ممارستها لتطابقها تارة بإنشاء مراكز جديدة في الروابط القانونية متخذة بذلك أعمالاً منشئة، وتارة أخرى تقوم بمجرد إثبات وقائع (حل) أو الاعتراف بمراكز موجودة سابقاً ونتيجة في حد ذاتها نتائج قانونية: أنها الأعمال الكاشفة مثلاً العمل الذي يعترف لشخص- بموجب حالة الصحية – صفة قبوله بمنظمة الضمان الاجتماعي، العمل الذي يثبت أن موظفاً عاماً أدين بعقوبة تحليله يجب أن يعتبر قطعياً من وظيفته، العمل الذي يرفض طعناً، وذلك بإقراره شرعية العمل المهاجم.

وبالمقابل، فإن تعيين الموظف، الترخيص بمركبة، إلغاء رخصة، هي أعمال منشئة وإنما التمييز ينطوي على نتائج عمله، انطلاق من حقبة أن الأعمال الكاشفة تنفذ اعتباراً من لحظة إثبات المركز أو الاعتراف بولادته، في حين أن الأعمال المنشئة تنتج آثارها اعتباراً من تاريخ صدورها.

ومن الممكن لهذا التمييز أن يرتد إلى خلاف حقيقي، وإن كان من الصعب الاستفادة منه.

وفي الحقيقة أنه من الخطأ رسم خط فاصل وواضح تماماً بين المجموعتين.

أما في الفقه الابتالي فيقوم التمييز بين الأعمال القانونية بالمعنى الدقيق والأعمال القانونية بالمعنى الواسع جداً تلك الأعمال التي تنشئ آثارها، حتى ولو كانت الإرادة المصرح بها لم تقصد هذه النتيجة.

وإن هذا التمييز معروف في القانون الخاص، وإن كان غير ذي فائدة، هنالك نظام آخر قائم على التمييزين التصرفات القانونية، الأوامر ثم الإقرارات، أو نقطة الانطلاق في هذا الرأي غير القائم على أساس هي أن الأمر لا ينشئ حقوقاً أو التزامات، وإنما يقتصر على ممارسة حق موجود مسبقاً وأخيراً ففي رأي شراح آخرين، ممن الممكن أن نجد في أوجه التمييز يقدر ما لدينا من وجهات نظر.

وهكذا توجد أعمال داخلة وأخرى خارجة، عامة وخاصة إيجابية وسلبية، مقيدة بالقانون وتقديرية، وهكذا دواليك أما الفقه الفرنسي فقدت ولفترة التمييز بين أعمال السلطة واعمال الإدارة، لكنه هجر قد قام لأمر يسير يوضح هذا التمييز الذي سبق بنيته من قبل الاجتهاد.

أما الآن، فالنظرية السائدة، هي التي تميز الأعمال المتعلقة بالمرفق العام من أعمال الإدارة الخاصة.

وبالنسبة للتمييز الذي اعتنقته مدرسة بوردو، فهو يقوم على مضمون الأعمال، أن التصرفات القانونية للقانون العام أم الخاص، يجب أن نضيف كما يلي:

1) الأعمال الشارعة (المعقدة)، وهي التي تنشئ مراكز عامة موضوعية وغير شخصية.

2) الأعمال الذاتية الناشئة من التطبيق للقاعدة القانونية.

3) الأعمال الشرطية، وهي التي تطبق المراكز الناشئة والعمل الشارع على حال شخصية.

وهذا التحديد بالنسبة (للعمل الشرطي) يعزى إلى الرأي الذي مآله إن المراكز العامة الناشئة من الأعمال الشارعة لا يمكن تطبيقها آلياً على المراكز المشخصة بل إنه لا مجال لذلك إلا بتدخل عمل يخضع الشخص أو المركز إلى النظام المجرد الناشئ من القاعدة.

هذا العمل وكما قال الوسيط هو – كما يدل على اسمه – شرط تطبيق القاعدة.

وعلى سبيل المثال، فتعيين الموظف، والتجنس، والتفويض المعطي لمنظمة نتيجة عقد، كذلك فإعلان الإفلاس والإدانة بعفوية، والزواج، والاشتراك في شركة، هذه الأعمال هي أعمال شرطية.

ويمكن التنويه، بأن هذا الربط بين العمل الشارع والعمل الذاتي عن طريق قناة العمل الشرطي، هذا الربط لا تبرره بصورة تامة الحقيقة القانونية ذلك أن كل تشخيص للقاعدة ينشئ أو يعدل بالضرورة مركزاً فردياً.

فالتشخيص لقوم على مجرد تطبيق للقاعدة أو على إنشاء المركز الفردي بالاستناد إلى التقويض القانوني، وفي الحالتين، ليس التشخيص سوى تحديد القاعدة في حالة فردية.

وهكذا فالعمل الشرطي ليس في حقيقته سوى عمل فردي، وهذا المفهوم يصبح عديم الفائدة، من أجل تصنيف الأعمال الإدارية.

الفرع الأول

أسلوبنا في تصنيف الأعمال الإدارية

هنالك نقطة انطلاق مقيدة جداً في هذا التصنيف وهي تطبيق الأعمال تبعاً للقواعد التي يتم تطبيقها.

ولقد قال **موديستان**: ((أن مبدأ القواعد تبعاً لمضمونها تلك التي تأمر، التي تحظر، التي تسمع، التي تعاقب)).

هذا التمييز يعطينا فكرة أساسية عن الأعمال التي تتخذ تطبيق القواعد المتعلقة بها، أوامر، نواهي، تراخيص عقوبات.

ولكن هذا التمييز للأعمال يجب أن لا يقف عن هذا الحد ذلك لأن القاعدة هي حكم يتعلق بما يجب أن يؤمر به، بينما العمل – لأن من الناحية المنطقية – يمكن أن يكون مختلفاً جداً فمثلاً الإدارة ترفض ن تتخذ إجراء دون الإجابة على طلب الفرد.

هذا الرفض أو هذا الامتناع هو أيضاً تقييد يجعلنا نشير إلى أنه لا يمكن أن يكون مشابهاً للنشاط التشريعي.

وعلى الإدارة – في حالات أخرى – أن تباشر مجرد التثبيت من مركز قانوني أو مادي.

بل أن هنالك مجموعة اخرى من الأعمال التي لا ترتبط بالتمييز بين القواعد.

وهكذا، وفي استخدامنا مبدئياً التمييز الذي قدمه **موديستان** مع إضافة التمييزات المتممة والضرورية فإننا نصر إلى نظامنا في التصنيف، وكما يتضح من الرسم البياني الآتي:

1) **الأعمال السلبية:**

آ- الأعمال السلبية الضمنية:

- المقترضة: من تكون الإدارة مدة ثلاثة أشهر المنصوص لها في القانون المتضمن تنظيم مجلس الدولة.
- المقترضة: من انتهاء المواعيد الخاصة.
- المقترضة: من صدور أعمال إدارية شكلية أخرى.

ب- الأعمال السلبية الصريحة.

2) **الأعمال الإيجابية:**

- الأعمال المقررة أو المثبتة للوقائع (الحال).
- الأعمال المنشئة للحقوق.
- الأوامر: الأوامر الوكالية.
- العقوبات الإدارية وتتفرع إلى:
  - عقوبات المرفق أو التأديبية.
  - بقية العقوبات الإدارية الأخرى.

الأعمال التي تنشئ الحقوق:

- الرخص: الشخصية أو العينية:
  - الأعمال التي تعدل الحقوق والالتزامات.
  - الأعمال التي تلغي الحقوق والالتزامات.
- الأعمال المتضمنة منحة actes de faveur.

الفرع الثاني

مضمون العمل الإداري الفردي

الأعمال السلبية:

إن رفض الإدارة الذي ينطوي على العمل السلبي الذي يمكن أن ينطوي على أن يكون إما ضمنياً أو صريحاً.

آ- إن الرفض الضمني أو الامتناع من الممكن أن يكون، حيث يعتبر فرض السكون الذي تحتفظ به الإدارة خلال ثلاثة أشهر من تقديم طلب الفرد وفقاً لنص المادة /47/ من القانون رقم /3713/ لعام /1928/ المنظم لقانون مجلس الدولة القضائي.

إذا لم تعط الإدارة الجواب على طلب الفرد ولم يعتمد إلى تنظيم القصد خلال مدة الثلاثة أشهر– فهنالك رفض ضمني يقبل الطعن التي وراء السلطة.

ب- يعترض بمرور مدة خاصة تنص عليها القوانين، قبل القانون المتضمن أن ترفع الوطن يجب أن يتم في شهر كانون الثاني من كل عام، فإذا لم يتم ذلك في نهاية هذه المدة، فهنالك رفض فهي، وإن مدة الطعن تبدأ اعتباراً من شهر شباط.

جـ- يفترض في مضمون عمل إداري آخر صريح، فإن تعيين شخص في وظيفة تعترف رفض الإدارة تعيين شخص آخر في هذه الوظيفة.

الرفض الضمني هو قرينة وليس مجازاً قانونياً:

والرفض الضمني في نظرية – احد الآراء – هو مجاز قانوني وليس قرنية قانونية.

هذا ومع أن التميز ليس له إلا فائدة جد نظرية، إلا أنه يجب التسليم بأن المجاز هو بمركز تصوري يوجد . وفي كثير من الحالات – في تعارض مع الحقيقة، هذا المركز التصوري عنصر يفرضه القانون بصورة مستقلة عن الحقيقة، وبالعكس،

فالقرينة القانونية هي عنصر مكمل للحقيقة، وبفعلها ممكن أن تعتبر حقيقياً ما هو في أغلب الأحيان حقيقياً.

إن رفض الإدارة الذي يفترضه القانون هو – بصورة عامة- حقيقية لأن الادارة التي لا تمت خلال المدة المحددة لا تريد – بالحقيقة- أن تعطي حلاً لطلب الفرد، والقانون لا يفعل أكثر من الاعتراف بذلك الذي هو – في أغلب الاحيان – حقيقي وهكذا، فالرفض المفترض في سكوت الادارة هو قرينة وليس انجازاً قانونياً.

الرفض الصريح:

هنالك رفض صريح عندما ترفض الادارة طلب الفرد، ولكن القصد إذا كانت منظمة دون أي طلب من الفرد، فليس هنالك نقض، حتى اذا كان العمل يخالف مصلحة. وفي حال حدوث العمل يجب تطبيقه تبعاً لمضمونه الخاص.

لذلك، فلا يمكن الكلام عن الرفض إلا إذا كان العمل هو انتجها ذاتها للطلب، شريطة أن يكون يتعلق بموضوع اساسي لا قانوني.

فمثلاً، ليس الطعن الرئاسي الا طلبا ثانوياً، ومن ثم فإن رفضه لا يعتبر رفضاً أو أن عمل تؤكد مجرد من صفة التنفيذ

الأعمال الايجابية:

الأعمال الايجابية تتسم إلى أعمال مقررة أو مثبتة للواقع (الحال)، وإلى أعمال منشئة.

أ- الأعمال المقررة أو المنشئة للواقع (الحال):

أن التمييز من الأعمال المقررة (المثبتة للحال) والأعمال المنشئة يقوم على حقيقة أن بعض الأعمال الادارية يقتصر على التثبت بصورة حقيقية في مركز دون أن يقوم بأي تعيين في الوقائع المثبتة أو العلاقات القانونية.

ولقد سبق أن عرضنا للمراحل الثلاث التي يجب أن يمر بها كل عمل ارادي:

1- استظهار (ادراك) عناصر الواقع المادي.

2- الحكم الذي يقوم بفحص ما اذا كانت هذه العناصر تتفق مع القانون.

3- الاعلان عن القرار وان معظم الأعمال الادارية تمر بهذه المراحل الثلاث المؤدية إلى إصدار القرار ولكن القانون يقضي في بعض الحالات بأن اثبات الواقع البسيط يرتب بعض النتائج القانونية فالقانون ينص أن كل فرد ولد أثناء سنة (س) تثبت بالعمل الاداري، وأن هذا التثبت البسيط يمنع الهيئة المختصة الحق بدعوة الشخص إلى الخدمة في الجيش.

هذا التثبت من الواقع يتميز من العمل المنشئ الذي يوجد الأمر إلى الشخص بالحضور إلى التجنيد.

إذاً فمعيار التثبت من الواقع هو هذه لاهي الخاصة المعطاة للمركز المقرر أو المثبت المستعملة عن التعبير الارادي المتعلق بذلك:

وبالتأكيد، فالأعمال المقررة تنطوي على التعبير عن الارادة، ولكنه لا يقصد إلا التثبت في الواقع دون إثارة القانونية وأن الأعمال المقررة ليست مبدئياً أعمالاً تقديرية، لأن السلطة التي تثبت في مركز موضوعي لا تتصرف على أنها تعمل بهذا الشكل أو بذاك ونحن لا نسلم بالتميز المتضمن أن الأعمال المقررة هي أعمال مقيدة بالقانون في حين أن الأعمال المنشئة هي أعمال تقديرية.

ويمكننا أن نعدد من خلال مجموعة الأعمال المقررة ما يلي:

التسجيل في سجلات الخدمة العسكرية من قبل لجنة نص عليها القانون، تحديد مديرتين متناقضتين، تحديد شاطئ البحر، المؤسسة المتعلقة بحال الخيول الصالحة للجيش... الخ، ونفس الشيء بالنسبة للأعمال المقررة التي تقوم بها

الهيئات الادارية المختصة بمخالفات القوانين الادارية، مثل مخالفات المركبات، ومخالفات اللوائح المتعلقة بالمياه الجارية، ومخالفات الطوابع البريدية...الخ.

أما فيما يتعلق بالأعمال التي تصدرها السلطة العليا، فيجب أن تفرق بين ما إذا كانت هذه السلطة تمارس على السلطة التابعة رقابة موضوعية، ففي هذه الحال يكون عمل السلطة الرئاسية منشأ، وهو ينتمي إلى نفس مجموعة العمل الخاضع للرقابة، أما اذا كان يقتصر على التثبت من شرعية العمل الخاضع للرقابة، فهو عمل مقرر.

وأخيراً فلا يمكننا أن تعتبر أعمالاً مقررة مجرد الوثائق التي ليست اعمالاً تنفيذية

ويعترف الفقه الألماني بأن الأعمال المسماة المعلنة والكاشفة لها المفعول الرجعي.

ولا يمكن فرض هذا الحل نفسه بالنسبة للأعمال المقررة التي كما سبق رؤيتها لا تتشابه مع الأعمال الكاشفة.

وبالتأكيد فإن مضمون التقرير (اثبات الحال) مقيد بالخاص، ومن ثم فالواقع المقرر كان موجوداً بالضرورة قبل التقرير، ولكن هذا الارتباط بالخاص ليس إلا عنصراً نفسياً، وأن نفاذ العمل المقرر يبتدئ من تاريخ انجازه، وليس من لحظة اثبات الواقع.

ب-الأعمال المنشئة:

والأعمال المنشئة التي تقوم بموجبها الادارة بإنشاء الحقوق أو تعديلها أو الغائها، هذه الأعمال تقتسم إلى ثلاثة فروع:

1-الأعمال المنشئة للالتزامات.

2-الأعمال المنشئة للحقوق.

3-الأعمال المنشئة للحال الشخصية.

الفرع الثالث

الأوامر والعقوبات الإدارية

الأوامر:

ويسمى أمراً للتعبير عن إرادة الهيئة الإدارية الذي تعرف عملاً أو امتناعاً.

وأن العنصر الأساسي في هذه الفكرة هو تحديد وضع الفرد بالصورة التي تلزمه، وإن التوصيات البسيطة، والإنذارات ليس لها صفة الأمر.

ونفس الشيء بالنسبة للأوامر التي لا تصدر عن السلطة الإدارية وإن عن الهيئات العادية، فالقصة تتعلق فقط تنفيذ أمر تنفيذي موجود بصورة مسبقة.

وهذا التمييز له أهميته فيما يتعلق بقبول الطعن لتجاوز السلطة ولكن ليس له أية أهمية من وجهة نظر النتائج الجزائية لعدم الطاعة، لأن عدم طاعة أوامر السلطات العامة أو الهيئات العادية هو دائماً جريمة منصوص عليها في المجموعة الجزائية.

والأوامر تنشئ تارة الإلزام بعمل شيء ما وأخرى الإلزام بالامتناع، وينتج من ذلك أنها تقسم إلى: أوامر إيجابية وأوامر سلبية، أو النواهي.

وإذا ما أمر القانون بالحظر فقط، فالسلطة الإدارية لا يمكنها أن تبدله إلى أمر إيجابي، فمثلاً إذا حظر القانون إقامة مسرح في الهواء الطلق، فالسلطة الإدارية لا تستطيع إلا حظر مثل ذلك المسرح، وهي لا تستطيع أن تقرض سوى تغطيته بما يركب على السطح، لأنها في ذلك تخالف القانون.

العقوبات الإدارية:

العقوبة الإدارية هي المؤيد الذي يعقب الأمر، ويجب أن لا تختلط به.

وإن الإلزام بالطاعة هو مضمون الأمر في حين أن العقوبة هي نتيجة عدم الطاعة والعمل الذي يعاقب بالعقوبة الإدارية ليس فقط إثبات حال المخالفة، بل يحتوي بالإضافة إلى ذلك على الإدانة التي تنشئ مركزاً جديداً.

هنالك مجموعة خاصة من العقوبات الإدارية تحمل اسم عقوبات المرفق أو العقوبات التأديبية.

وهذه العقوبات هي التي تفرض داخل الأشخاص التي لها صفة المنظمة العامة.

ومن كافة العقوبات الأخرى، مثل العقوبات المفروضة من قبل سلطات البريد أو مفتش التوجيه العام على أولياء الطلاب أو أقربائهم أو العقوبات المفروضة من قبل مرافق المكاتب العامة على الأشخاص المحتفظين بالكتب المعارة، أو المفروضة من قبل مرفق الهاتف اللاسلكي على المشتركين، هذه العقوبات ليس لها الصفة التأديبية وقد تمنح مع ذلك بصورة غير سليمة تسمية العقوبة التأديبية على العقوبات المفروضة من أشخاص ليس لها صفة المنظمة العامة، ولكنها توجد في "علاقة عامة" فمع طريق عام، وهكذا على الكلام عن عفوية "تأديبية" مفروضة على تلميذ جامعة أو على مدير وكالة بحرية لعمل في مرفأ، وبصورة عامة في جميع الحالات التي يكون منها لمرفق أو مؤسسة عامة سلطة خاصة يفرض عقوبات تأديبية لضمان سيرها الصحيح، تلك السلطة التي أطلق عليها الألمان تسمية "سلطة المؤسسة" والتي يجب أن تمييزها في السلطة البوليسية.

تمييز العقوبات التأديبية هي نتاج سلطة خاصة تلازم التطبيق الإداري، هي وسيلة لا غنى عنها لردع عدم طاقة الأفراد وللضغط عليهم للخضوع إلى القانون بغية ضمان السير المنظم للمرافق.

وهذا هو سبب تسميتها "عقوبات عدم الطاعة" أو "عقوبات الإكراه"، وينتج من ذلك أن السلطات الإدارية في فرضها هذه العقوبات لا تحكم أبداً، ولا تستخدم سلطة قضائية، بل تبقى دائماً حين مجال الوظيفة الإدارية.

وبالنتيجة فالقوانين المتعلقة بالعقوبات الإدارية، ولا نتصل بالقانون الجزائي.

ولا تشكل أبداً قانوناً إدارياً جزائياً مزعوماً، بل تبقى مجرد قواعد إدارية وفي حين أن هدف القانون الجزائي التي هو توطيد التوازن الاجتماعي الذي اختل بسبب ما ارتكبه المجرم، فإن هدف القواعد الإدارية هو ضمان السير المنتظم للمرافق.

وإذا ما اعتبر المشّرع أن عصيان بعض الأوامر الإدارية يكتسي أهمية كبيرة بالنسبة للجماعة، فهو يستطيع أن يضفي على هذا العصيان.

صفة الجريمة الجزائية، إنما يجب أن تحال الواقعة التي تم ثبوتها بالإضافة إلى تأثيم المجرم.

يحال الأمر إلى محكمة، إذا القول تعبر ذلك يعني أن الإدارة لها اختصاص مرفقاتي، وهذا ما يتنافى مع مبدأ دستورية الفصل بين السلطات، ومع مفهوم الدولة القانونية وإن سلطة فرض عقوبة إدارية منشؤها النص القانوني، لذلك فمبدأ "لا عقوبة بلا نص" يطبق على العقوبات الإدارية، وهذه العقوبات الذي يجيء تعدادها من قبل النص على سبيل الإشارة هي في الواقع تفيد التجريد القانوني.

وفضلاً عند ذلك أن العقوبة التأديبية يمكن أن تعرض بعض ذي معقول رجعي وهذا ما هو مستبعد – كما قلنا – بالنسبة للعقوبات المنصوص عليها بالقوانين الجزائية.

وأخيراً فالعقوبة الإدارية من الممكن أن تفرض بصورة مستقلة عن العقوبة الجزائية، حتى عندما تقرر، المهمة عدم مسؤولية الفرد جزائياً والعقوبات الإدارية تتميز من الإجراءات الإدارية البسيطة.

ذلك أن كل عقوبة تفترض مسؤولية شخص، ولا يمكن أن تفرض دون أن يمنح الشخص المسؤول مسبقاً إمكانية الدفاع وبالمقابل، فالإجراء الإداري كما هي الحال مثلاً – يفعل بالنسبة لنقل الموظف لا يعترض المسؤولية، ويجب أن يطبق

دون أي جزاء مشيرين أن العقوبة والإجراء الإداريين، كما هي الحال – مثلاً – في نقل موظف، ومن الممكن أن يتخذا معاً في وقت واحد.

الفرع الرابع

الأعمال المنشئة للحقوق

وهي:

آ- التراخيص.

ب- الأعمال المنشئة للحقوق بالمعنى الدقيق.

فالتراخيص لا تنشئ أبداً حقوقاً جديدة، وإنما تؤدي إلى تنفيذ حقوق موجودة سابقاً، إنما علق تنفيذها بسبب خطر ذي طبيعة عامة.

وهكذا يمكن اعتبار الترخيص بمثابة الغاء لحظر عام، هذا الترخيص باجتماع، الترخيص باستيراد بضاعة... إلخ.

أما الأعمال المنشئة للحقوق بالمعنى الدقيق، فهي لا تؤدي إلى تطبيق حقوق موجودة مسبقاً، وإنما تنشئ حقوقاً جديدة وقد فرضت بهذه الأعمال بالنسبة للعلاقات القانونية وهذه هي حال براءة الاختراع، دبلومات المدارس العامة، وامتياز المعادن، والتصديق مرسوم على نظام جمعية مفعلة... إلخ.

الأعمال التي تنشئ حالة شخصية:

وهذه تختلف عن الأعمال التي تنشئ حقوق بسيطة، لأن الشخصية تضع نظاماً قانونياً دائماً ينشئ أخيراً حقوقاً والتزامات وهكذا فالعمل المنشئ للحال الشخصية لا يمكن تطبيقه ضمن مجموعة الأعمال المنشئة للحقوق، ولا ضمن الأعمال المنشئة للالتزامات.

أما بالنسبة للأعمال التي تعدل أو تلغي الحقوق أو الالتزامات فهي دائماً إلى حقوق أو التزامات موجودة مسبقاً.

فعلى سبيل المثال، فإننا نعتبر تعديلاً التحديد العددي لرخصة استيراد بضائع، تعديل عقوبة إدارية... إلخ، وإن إلغاء الحقوق والالتزامات يجد مجاله في السحب الكامل لعمل إداري.

الشروط والإطالة في الأعمال الإدارية

وكلك تعتبر إرادي تستهدف انتاج آثار قانونية، فالعمل الإداري لا يمكن أن يكون بسيطاً أو مقترناً بنصوص مكملة كما هي الحال في الشروط والإطالة.

وهذه المفاهيم السائدة في القانون تستخدم أيضاً في القانون العام باعتباره يتفق مع هدف الأعمال الإدارية التي هي دائماً تحض على الصالح العام.

كما يتفق مع النصوص القانونية الخاصة التي تحدد مضمون كل مجموعة من هذه الأعمال.

الشروط:

وهذه تكون إما موقفة أو فاسخة:

ويمكننا أن نضرب مثلاً على عمل إداري يحتوي على شرط واقف في الأمر، المدون في صحيفة شارع إلى رديف داعياً إياه الحضور في حال التعبئة إلى وحدة محددة، فالتعبئة تشكل هنا الشرط الواقف.

ومن جهة أخرى، فالترخيص لمركبة الذي يلغى في حل عدم تقيد صاحب الترخيص ببعض الالتزامات التي تقع عليه، وهذا الترخيص هو عمل إداري يحتوي على شرط فاسخ.

وأحياناً فالشرط لا يقوم إلا بتكرار نصوص القانون أو يتطلب ما يحدده القانون في مستلزمات ضرورية لتطبيقه، وهذا هو الشرط القانوني.

فالشرط القانوني الفاسخ يجب اعتباره شرطاً، وليس له أي تأثير على شرعية العمل، والمثال على ذلك في الترخيص الممنوح بشرط السحب في حال إنهاء تخصيص الحال العام المعنى.

وكذلك الأمر بالنسبة للشرط القانوني الموقف (آ) يسمى موظفاً شريطة التقدم بوثيقة الدراسات التي يتطلبها القانون لهذه الغاية.

والوثيقة هي الشرط الذي لا بد منه لمشروعية التسمية، وإن صدور العمل لا يكون مشروعاً إلا إذا اكتمل هذا الشرط والعمل لا يمكن أن يصدر سلفاً حتى إذا أحلت آثاره إلى لحظة إنجاز الشرط في المستقبل.

فهذه التسمية المنتشرة (المسبقة) غير مشروعة بهذه الصفة باعتبارها تخالف القانون.

وتسمى هذه الحال في الفقه الفرنسي عدم الاختصاص "الزمني" وهي غير مشروعة بسبب الشرط القانوني الذي لم يتحقق والذي لم يكن له التأثير على القيمة القانونية للتسمية غير المشروعة.

الأعمال التي لا تقبل الشروط:

هنالك أعمال إدارية لا يتفق مضمونها مع الشرط، وهي:

آ- الأعمال التنظيمية (اللائحية)، ذلك أن القاعدة القانونية التي هي حكم مجرد بالواجب القانوني، لا يمكن أن تتحقق مقترنة بشرط.

ومع ذلك، فالقانون، قد يربط آثاره القانونية ببعض الأعمال الإدارية، فمثلاً قد يحظر القانون على الأصل ممارسة بعض المهن دون ترخيص خاص من السلطات العامة.

ولقد اعتقد **اتومايز** أن الخطر هنا مقترن بشرط فاسخ، ولكن هذا الارتباط بين ارادتين مختلفتين- القاعدة وتطبيقها الفردي ليس صحيحاً.

وفي الحقيقة هنالك حظر قانوني وهنالك تفويض معطى للسلطة الإدارية بأن تجري استثناءات فردية على هذا الحظر وهذا المركز يصبح مماثلاً لحال نص قانونياً نتصوره كالآتي: "نحن نحظر السير على كل شخص لم يزود برخصتين".

ب- إن الاعمال المتعلقة بالحال الشخصية، مثل العمل المتعلق بالتجنس – التعيين – الترفع – إجازة موظف – دبلومات الدراسات – مرسوم شرعية – طفل طبيعي – الاعتراف بشخص معنوي – قرار المصادقة على نظام جمعية مقفلة... إلخ.

هذه هي أعمال تتشابه – الأعمال المسماة في القانون الخاص، والتي مضمونها يفرق التعبير عن الإدارة بصورة صريحة وبسيطة، ضماناً للاستقرار والوضوح الضروري لكل حالة شخصية.

جـ- وإن الأعمال الضمنية لا تتفق – بسبب شكلها – مع كل نص شرطي.

الحالات التي يسمح بها بالشروط:

آ- إذا كان القانون يحدد إرادة العضو الإداري، أو يفرق إصدار عمل معين، نتيجة هذه الإرادة لا يمكن أن تتوقف على وقائع مقبلة وغير أكيدة.

وإذا كانت الإدارة توجد حيال كافة الوقائع التي يعترضها القانون لإصدار عمل ملزم فعلى سبيل المثال، أن يتخذ رخصة لإصدار هذا العمل، فإذا ما أصدرت الإدارة عملاً شرطياً تضيف آثاره إلى المستقبل، فهي بذلك تخالف القانون.

وإذا ما أصدرت الإدارة عملاً مقترناً بشرط فاسخ، فهي تخالف أيضاً القانون الذي يعطي بمنح الرخصة دون التقيد بوقف.

ب- ولا يمكن قبول المبدأ المعاكس المتضمن أن الأعمال التقديرية يمكن أن تكون شرطية بصورة دائمة.

يجب أن نميز هاتين الشروط الواقعة والشروط الفاسخة.

فإذا ما منح القانون الإدارة سلطة تقديرية لإصدار عمل والعكس، فهذا يعني أن الإدارة ليست ملزمة، بل هي مرخصة لاتخاذ هذا القرار مراعية بذلك الظروف الخاصة.

ولكن إذا كانت الإدارة تعتبر أن الشروط التي لا غنى عنها لإصدار العمل غير متوفرة، فهي لا تستطيع أن تصدره أو ترده إلى مستقل أمثال هذه الشروط.

وإذا ما حكمت الإدارة مثلاً أن الظروف الحاضرة ليست كافية لمنح رخصة إقامة مصنع، فهي لا تستطيع أن تعطي مباشرة ترخصيها مقترناً بشرط موقف هو حدوث إصلاح فتى على خطط الإقامة.

والإدارة فيمثل هذه الحال ملزمة أن تنظر حتى يكون التجنس الذي تواجهه قد حدث.

وإن منح الإدارة مباشرة الترخيص الشرطي هو ممارسة غير قانونية لسلطتها التقديرية، أي ممارسة مخالفة لقاعدة مآلها أن السلطة التقديرية يجب أن تمارس من أجل ضرر يتعلق بالحاضر لا المستقبل.

وهنالك سبب عملاً يفرض أيضاً هذا الحل، بالشكل الآتي:

إن واقعة إصلاح الخطة يجب أن يثبت محدداً بعمل إداري خاص، وهذا الإثبات هو – من وجهة النظر العملية – الرخصة الحقيقية والحل نفسه عندما لا يتطلب المركز الفعل من الإدارة العامة بإثبات واقع: وهو ما نراه – على سبيل المثال – في منح الترخيص مقترناً بشرط موقف هو إجراء إحصاء الشعب تزيد نتيجة الإحصاء على النشرة ملايين من السكان ومن الممكن – وحتى نشر النتائج أن تخضع للفحص الطلبات الأخرى لأشخاص يجمعهم بصورة خاصة القانون، ومع ذلك فالإدارة تكون مقيدة بحقيقة أن الترخيص منح قبل أوانه، ومن الممكن الكلام هنا عن عدم الاختصاص الزمني.

وإن الصدور المتيسر لعمل تقديري لا يمكن تبريره إلا في حال الضرورة التي تفرضها مقتضيات الصالح العام.

وهذه هي الحال التي سبق الإشارة إليها بالنسبة للأمر المدون في صحيفة شارع والذي يدعو جندياً للانضمام في حال التعبئة إلى وحدة عسكرية محددة سلفاً.

وبالمقابل، فالإدارة تستطيع أن تحدد سلفاً أن آثار العمل التقديري – كما في الترخيص، تنقض إذا لم يعدها لك وجود لبعض الشروط المادية التي سببتها.

وهذا يعني أن الشرط الفاسخ ليس محظوراً بالنسبة للعمل التقديري.

حق الإدارة في أنها العمل في أي وقت وإذا ما وجد شرط فاسخ، فالنتائج لا تنشأ بقوة القانون، وأن من الضروري عادة أن تتدخل الإدارة مجدداً لأن تثبت بعمل فردي بنشوء الشرط.

هذا العمل ليس شيئاً آخر سوى إلغاء العمل الأساسي كالرخصة مثلاً وهكذا فالشرط الفاسخ يصبح غالباً ما يمكن تسميته "حق الإدارة في إنهاء العمل في أي وقت".

والخلاف في العمل الشرطي والعمل الذي يصدر مقترناً بشرط والإنهاء في كل وقت يقوم على أن الأول يقتضي آلياً وبمجرد تحقق الشرط الفاسخ، في حين أن الثاني لا ينقض إلا نتيجة إلغاء رسمي تنطبق به الإدارة مستندة إلى عمل خاص، ولقد كشف الفقه بصوره المدة عن هذا الاختلاف.

ومن الممكن أن نستنتج أن صيغة "شرط الانهاء في كل وقت" أجدر بالتفصيل من الصيغة الأخرى لأنها – وبصفها دائماً المركزي القانوني يجب اعتبار الإدارة تستبعد أي تثير بحدث دون أن تثبت الإدارة مسبقاً من ذلك.

وإن شرط الإنهاء في كل وقت الذي هو غير مفيد لواقعة محددة (كأن يذكر أنه بالإمكان إلغاء العمل في كل لحظة)، يقترب في الشرط الفاسخ المتعلق بإرادة أحد الطرفين، فالإدارة لا تستطيع أن تلغي العمل إلا لأسباب تتعلق بمصلحة المرفق مع

استبعاد كل تحكم، ومع ذلك فالتحفظ العام للإلغاء لا يعادل الشرط الفاسخ والمطلق بإرادة أحد الطرفين، الذي يرتب بطلان العمل الشرطية، وإن كان يعادل شرط لإنهاء في كل وقت "لأسباب تتعلق بمصلحة المرفق الذي هو عنصر موضوعي مقبول في عمل إداري.

وإن سحب العمل غير المسبب بأسباب تتعلق بالمرفق من الممكن الفائدة من قبل القاضي المختص.

ولقد ذكر fleiner وهو على حق أن شرط الإنهاء في كل وقت لا يعني أن "العمل مشروع حتى لحظة الالغاء"، بل أنه مشروع حتى اللحظة التي تفرض الغاءه لأسباب تتعلق بالمرفق.

وينتج من ذلك أن شرط الإنهاء في كل وقت لا يسمح في عمل مفروض صدوره من قبل القانون.

التكاليف:

يتواجد الشرط في علاقة داخلية مع العمل الأساسي ويشكل معه وحدة، في حين أن التكليف لا يرتبط إلا بصورة خارجة ويشكل عملاً مستقلاً والعلم الأساسي الذي يقترن به.

ويستتبع ذلك أنه حتى إذا لم يحدث التكليف، فالعمل الأساسي لا ينفك أن يتواجد بقوة القانون، وهذا ما تتوصل إليه في حال الشرط الفاسخ، ولا يمنع القوة العامة أن تمارس ضغطاً لضمان تقيد التكليف.

ومن الواجب أن تميز في كل مرة ما إذا نحن أمام تكليف أم أمام شرط الإنهاء في كل مرفق، وهذه مسألة تفسير لإرادة تنشئ العمل ففي القانون الخاص، ومن أجل المحافظة على شرعية العقد، يجب أن يقبل وفي حال الشك، أن الأمر يتعلق بتكليف أما في القانون العام، فالأمر على خلافه، وفي حال الشك، يجب أن نسلم أن القضية تتعلق بشرط الإنهاء في كل وقت.

وذلك كي نسمح للإدارة أن ترافق المركز المقبل، ومع الافتراق أن الإكراه ليس دائماً الوسيلة الفعالة.

وإن العمل الذي يستوجب القانون صدوره بصورة الزامه لا يمكن أن تخضع إلى تكاليف غير منصوص عنها في هذا القانون، ولا تكون قد خالفت القانون، وهذه اللاشرعية لا يمكن أن تعطي من قبل الفرد.

وبالمقابل فالأعمال التقديرية من الممكن أن تخضع التكاليف تتفق مع غاية القانون.

الآجال:

والعمل الذي يفرض القانون على الإدارة أنه تصدره لا يمكن مبدئياً – أن يتعين آجالاً فاسخة محددة ضمن أحاد معينة شرعيته وتطبيقه.

ولكن الآجل الموقف مقبولاً طبقاً للمبدأ العام الذي يسمح للإدارة أن تختار الأوقات المناسبة لإصدار قراراتها، ولتحديد اللحظة التي ينتج منها العمل آثاره، على أن لا تخالف هذا الحكم القانوني الذي نظم ذلك.

وإذا ما حدد القانون نفس مدة شرعية عمل (مثلاً ضرورة تجديد بنسبة رخصة إقامة لعبة حظ في الهواء المطلق)، فهذه المدة يجب التذكر بصورة خاصة من أجل تنبيه الفرد على الأوقات المقيدة بالنسبة لالتزاماته".

وإن عملاً ما تقديرياً يمكن – مبدئياً أن يحتوي على مدة موقفة أو فاسخة، وإن يجب أن تفحص في كل مرة ما إذا كان الأمر يتعلق بأكل أم بشرب، حيث ملازمها غير مستبعد.

ولنضرب بعض الأمثلة: منح رخصة إقامة معمل بشرط أن نبتدئ سيره في أول يوم من السنة، وعند حدوث ذلك فالشرط له الصدارة على الآجل، ويجب فحص ما إذا كان ذلك يتفق مع المبادئ المطروحة أعلاه.

وعلى العمل الإداري أن يحدد في بعض الحالات قيود آثاره في النطاق الزمني، لأن غير ذلك يعني أن مضمونه غير محدد بصورة تامة.

وهذه هي الحال بالنسبة للعقوبة التأديبية بالتوقيف خلال شهر أو شهرين منع موظف في الإقامة المؤقتة بسبب مخالفة... إلخ.

وإن تجديد المدد من أجل الإجراء المتخذ هو المضمون الأساسي للعمل ويجب أن – لا يختلط مع مفهوم الآجل الموقف أو الفاسخ- وإذاً ما العمل تحديد آجل العمل فلسنا أمام عمل فردي بسبب افتقاره على المضمون المهدد، في حين أن إهمال الآجل لا يمكن مبدئياً – اختصاص.

نتائج الشروط والآجال غير القانونية على شرعية الأعمال الإدارية:

من الممكن أن يكون لهذه المسألة حلان:

آ- أما أن تعبير الشرط والآجل ساقطان في كل مرة يكون فيها المضمون لأساس العمل غير سليم.

ب- وإما أن تكون الشروط والآجال غير الشرعية تؤدي إلى بطلان العمل كلياً.

و الحل الأول يشكل قاعدة...

وإذا كان العمل الأساسي يتفق مع القانون فإن شرعية لا يمكن مبدئياً، أن تتأثر بعدم شرعية الشرط أو الآجل المفروض أن عدم الشرعية الجزئي لعمل إداري، وبالنتيجة بطلانه الجزئي مقبول من قبل الاجتهاد، وهذا الحل يطبق أيضاً في حال الشرط أو التكليف غير القانونين.

وأحياناً- وفي بعض الحالات – فإن عدم شرعية أو التكليف من الممكن أن تجعل العمل بكامله غير مشروع.

وهذا ما يمكن الوصول إليه مثلاً عندما يكون الشرط أو التكليف السبب الرئيسي الذي حرك إصدار العمل، أي إذا كانت الإدارة "لم ترد العمل دون الشرط".

وهنا، فالقاضي يستطيع أن يقدر إذا كان الشرط المعلن عنه هو المحرك الأساسي للعمل، وفي حال الإثبات، يمكننا أن نستنتج أن السبب الذي حرك العمل كلياً هو خطأ الإدارة في هذه النقطة، إذاً فالعمل هو نتيجة الخطأ القانوني ويجب أن يكون باطلاً.

والحل نفسه إذا أدت لا شرعية إلى معارضته للقانون أم لفرضه فإذا ما اتبعت الإدارة في فرضها للشرط، غرضاً غير قانوني، فهذا الشرط يمسه عيب الانحراف بالسلطة، وإن هذا العيب يمس العمل بكامله.

وعندما يكون مشكوكاً فيه إن الإدارة أصدرت العمل الأساسي، وهي تعلم عدم شرعية الشرط، فالعمل يجب أن يكون باطلاً لأن الإدارة، وقد وضح لها آجالياً لأمر تستطيع أن تقرر بكل حرية.

وإن المبادئ التي عرضنا لها أعلاها تطبق على الأعمال التقديرية وإن كان الأمر يتعلق بصدور عمل يفرضه القانون، فلا تستطيع الزعم بأن الإدارة عمدت إلى إصدار العمل الأساسي تبعاً لرأيها الخاطئ حول شرعية الشرط، ومن ثم فالقانون، يكون قد فرض لإصدار دون أي شرط.

وبالنتيجة إذا كان الأمر يتعلق بعمل ملزم مقترن بشرط أو بآجل غير قانوني فالعمل يسطر مشروعاً والشرط والآجل يعتبران مستبعدين.

الفرع الأول
نشوء العمل الإداري
المبادئ الأساسية للإجراء الإداري

مفاهيم أساسية:

إن ضرورة تقديم بعض الضمانات من أجل تأمين خضوع الإدارة للقانون تنشئ سلسلة من الأعمال والأفعال القانونية التي تهيء لصدور العمل التنفيذي.

وإن مجموعة هذه الأعمال والأفعال تكون مفهوم الإجراء الإداري.

وإن العمل الذي تتفق مع هذه الإجراءات هو قانوني من وجهة النظر الشكلية أو الخارجة، في حين أن الشرع الداخلي يكفلها اتفاقها مع الأحكام الموضوعية للتعويض.

وإن المبادئ العامة للإجراءات الإدارية التي ستعرض في هذا الفصل تنقسم إلى ثلاث مجموعات:

آ- المبادئ المتعلقة بالاختصاص.

ب- المبادئ المتعلقة بالوجود القانوني للجهة المختصة.

جـ- المبادئ المتعلقة بالتقيد بالأشكال.

الاختصاص:

1- مفهوم الاختصاص:

إن القاعدة الدستورية لفضل السلطات تفرض أن تمارس كل وظيفة من وظائف الدولة من قبل هيئة ومجموعة من الهيئات المتميزة.

وهكذا يظهر ضمن تنظيم الدولة توزيع للعمل هو مظهر كحال كل تنظيم – ولقد نشأ مفهوم الاختصاص من هذا التوزيع، أي من الآجال القانونية لكل هيئة بأن تتخذ بصور، مشروعة هذا العمل أو ذاك.

ومع ذلك فالاختصاص بعد اللوحة الأولى أنه يرتبط بإحدى وظائف الدولة الثلاث، وهذا ما يمكن تسميته بالاختصاص الوضعي، أو حسب تعبير آخر "اختصاص الإدارة".

ولكن هنالك مجال لتوزيع العمل نفسه بين هيئتين تختصان بالوظيفة نفسها، وذلك لسببين الآتيين:

آ- لأن كل هيئة تحب أن تملك الخبرة الفنية الضرورية لإنجاز عملها "الاختصاص الموضوعي".

ب- لأن بعض الهيئات ليس له الحق أن يتصرف إلا ضمن أحد الأعمال الإقليمية المحددة "الاختصاص المهني"، وتحديد الاختصاص لكل هيئة هو عمل الشارع.

وإن قاعدة الاختصاص هي قاعدة قانونية وبالتالي فآثرها القانوني يقوم على تقييد الإدارات.

وفي الحقيقة، فإن تحديد اختصاص الهيئات الإدارية ليس قاعدة بعنصر سريانها في مجال المرفق العام، وهذا بشكل مجرد حكم داخلي بسيط – وإنما قاعدة توطد التقييد الذاتي للدولة في مواجهة الأفراد، وعدد الأضرار الذي يعتبر فيه نشاطها نشاطاً للدولة.

ونفس الشيء بالنسبة لكل تعديل في الاختصاص سبق نشؤه والإعلان من المشّرع.

2- مختلف أشكال الاختصاص:

من الممكن للاختصاص أن ينظم من قبل القانون في إحدى الحالات الثلاث الآتية:

آ- هنالك اختصاص مانع، إذا ما منح القانون لأهلية القانون لهيئة واحدة، باتخاذ الفرد "الاختصاص عن طريق الحلول".

ب- هنالك اختصاص بديل، إذا ما أقر القانون هذه الأهلية لعدة هيئات بحيث أن كل واحدة تستطيع منفصلة اتخاذ القرار.

ج- هنالك اختصاص مشترك، إذا ما تتطلب القانون العادي بين سلطتين أو أكثر من آجل أن تعتبر العمل قد صدر مشروعاً.

د- إذا لم يفرض القانون أي شيء يتعلق بشكل سحب القرار، فيجب أن نسلم أن هذا القرار يخضع لنفس الأشكال والإجراءات المتعلقة بإلغاء القرار.

وإذا ما تغير التشريع المتعلق بإجراءات أو إشكاء قرار تنفيذي قبل نهاية الإجراء، فالقرار التنفيذي يخضع للنصوص السارية منذ لحظة اكتمالها.

فإذا ما فرض القانون النشر، فلا مجال لهذا النشر إذا كان الإجراء حتى هذه اللحظة المتحققة تتفق مع المقتضيات الجديدة للقانون وهنالك شيء آخر هو أن على الإدارة أن تتخذ الإجراء الجديد للقانون الجديد.

هـ- فإذا ما ألغي القرار التنفيذي: سبب عيب الشكل، فإن تكرار القرار لا يتأثر بقوة الشيء – المعطى – المسندة في الإلغاء فعلى القرار الجديد أن يتقيد بطبيعة الحال بالأشكال التي أهملت بصورة مسبقة.

ولكن بالعكس فالإدارة غير ملزمة بأن تكرار القرار الملغي لسبب وحيد هو أنها أصدرته في إحدى المرات.

وإذا كان القرار محلاً لسلطة تقديرية، فالإدارة تملك – بعد الإلغاء – هذه السلطة التي تقوم على اتخاذ القرار أو عدمه.

3- التقييد التلقائي بالأشكال غير المنصوص عنها في القانون:

إذا ما أخضعت الإدارة تلقائياً قرارها إلى أشكال غير مطلوبة بالقانون، فإن التزامها القانوني مستمد في هذا التصرف.

فإذا ما خضعت في إحدى المرات تلقائياً إلى شكلية معينة أو إلى إجراء، أصبحت من الآن فصاعداً مقيدة في ذلك، فإذا ما نمت هذه الأشكال على خلاف المبادئ العامة للأشكال المطلوبة بالقانون فهذه الأشكال ليس لها قوة التأثير على الفرد التنفيذي فإذا ما طلبت السلطة الإدارية المختصة تلقائياً الرأي من هذه وهو الأمر المسموح به عموماً، فهذا الرأي لا يمكن أن يصدر عن المشكلة بصورة غير قانونية.

يمكن القول إن الشرعية من الممكن أن تكون موضوع شك فلتعرف أن للإدارة الحق في تعيين موظف دون أن تستشير هيئات استشارية، إذ نحن هنا أمام إرادة واحدة هي إرادة السلطة الإدارية وأن دور الأفراد – كشرط توفيقي – يقتصر على

تحريك إرادة السلطة الإدارية لاتخاذ الفرد والأفراد يساهمون في تكوين القرار أو بتحديد أدق في تكوين سبب القرار ولكن إرادتهم تبقى عنصراً خارجياً من إرادة الإدارة فإن انعدام إرادة الأفراد لا يؤدي إلى انعدام القرار ولكنه يؤدي إلى قابلية القرار للإلغاء[1].

بيد أن الأفراد يلعبون دوراً إيجابياً وضرورياً لا بد منه في تكون العرف condition sine qua non، ولكنه دور مادي وغير مباشر ويسبق تعبير الإدارة عن إرادتها، ومن ثم فالأفراد يساهمون في خلق الفرد وبتكوينه لا إنشائه أي التعبير الإرادي عن قوته الملزمة، وطبعاً فإن اعتراضاتهم المتكررة ومقاومتهم على عرف متكون يشل ويلغي هذه الفرد ونفس الشيء بالنسبة لعدم اشتراكهم ومساهمتهم في عرف على طريق التكون.

وآخر صورة نعرضها في هذا المقام فيما يتعلق بالقرارات التي تصدرها السلطة اللامركزية في حدود اختصاصها فلا شك أن هذه القرارات تغيير صادرة عن هذه السلطة وحدها رغم تصديق السلطة المركزية عليها في الأحوال التي يوجب فيها القانون ذلك ولأن صدور القرار إنما يتوقف على إرادة هذه الجهة اللامركزية.

لا شك أن الأفراد والإدارة الناشئة من هذه القرارات تعبر صادرة عن إرادة السلطة اللامركزي.

هذا ونعتقد أن شمول هذا المعيار – في تحديد لأساس الملزم يعود الإداري على أكثر من عنصر لا يؤثر على سلامته ولا يبخل يقدم نظرية عامة للفرد الإداري لها أساس واضح وذلك بسبب تشعب القانون الإداري واتساع نطاقه الناتج عن اتساع تدخل نشاط الدولة وازدياد مساهمة الأفراد في هذا النشاط ومقاومتهم مع

---

[1] – د. الطماوي: المرجع السابق، ص232 و 233، وأنظر: Stassimopoulos: Trate de Actis a Administrative ص61، د. الطماوي: الوجيز في القانون الإداري، ص118وص217، د. الطماوي: مبادئ القانون الإداري، ص12.

الإدارية بحيث أصبح من اللازم تداخل بعض مبادئ القانون الخاص مع مبادئ القانون الإداري عند تفسير هذه الظاهرة[1].

ولكن مع هذا ومع وجود أكثر من عنصر وفكرة تفسيرات القوة الملزمة للفرد الإداري تبقى إرادة الإدارة الفكرة الأساسية ترفدها وتسندها أفكار أخرى ثانوية من عدة مشيرين بالمناسبة إلى ملاحظة سبق لنا إيرادها وهي أن وراء هذا التعدد تكمن خصوبة ومرونة الظاهرة العرفية الإدارية.

وتجدر الملاحظة إلى أنه لا يجوز أن نخلط بين الشعور بإلزام العرف opinio juris وبين كون العرف ملزماً، فالشعور بإلزام العرف لا يغدو أن يكون مجرد عقيدة تتولد في أذهان الناس – أو الإدارة في حال الفرد الإداري – بأن العرف واجب الاحترام، إن الإلزام فمؤداه أن العرف واجب الاحترام بعد تحقق أركانه، فالشعور بإلزام العرف ركن من أركانه أما الإلزام فهو نتيجة وأثر لنشوء القاعدة العرفية[2].

ومن الواجب تمييز الاختصاص المشترك فيما يلي:

1) من اختصاص الهيئة الجماعية، أو الهيئة المقررة التي يكون لها اختصاص مانع مناط بهيئة على سبيل الانفراد.

2) فالتعاون البسيط مع سلطة أخرى تعطي رأيها، أو مصادقتها دون أن تشترك في ممارسة الاختصاص الممنوح في قبل القانون السلطة على سبيل الانفراد.

إن الطبيعة القانونية للتعاون بين سلطتين في ممارسة اختصاص مشترك يعرف باسم "عمل متحد"، وهذا اتفاق إرادتين غير متقابلتين – كما هي الحال في العقد،

---

[1] – انظر د. محمد كامل ليلة: مبادئ القانون الإداري.

[2] – علم أصول القانون خلاصة المحاضرات التي ألقاها الاستاذ عبدالرزاق السنهوري بك على طلبة كلية الحقوق، 1936، ص74.

وإنما تستهدفان هدفاً مشتركاً ومتوازياً هذا التعاون ليس من أجل آثر قانوني هو انتشار هيئة جديدة "acte uman".

ومن جهة أخرى، ففي حال الرأي، لا يوجد عمل متحد وإنما مجرد تعاون خارجي يترك الاختصاص ممنوحاً بصورة كاملة بهيئة التي تنشء العمل التنفيذي.
وإذا ما ذكرت في شخص واحد ضفنا الهيئتين اللتين تلاوتهما ضرورياً لممارسة الاختصاص المشترك، فإن نعرف هذا الشخص الوحيد ينجز بصورة قانونية العمل المتحد.
فعلى سبيل الثاني إذا كان الشخص الطبيعي (س) هو في نفس الوقت وزير أعمال ووزير للتجارة، فهو يستطيع بتوقعه الوحيد، أن ينجز العمل المتحد.
مثل الترخيص الذي يتطلب القانون لإصداره تعاون وزارتين وهذا القاعدة وتختلف عن قاعدة القانون الخاص، التي تستبعد – مبدئياً- تعاقد الشخص مع نفسه.

اختصاص إلغاء العمل:

إن إلغاء العمل الإداري هو عمل قضائي يتبع اختصاص العمل الملغي، ونفس الشيء – مبدئياً- بالنسبة للعمل الذي يخالف دون أن يشكل إلغاء – مضمون عمل موجود مسبقاً.

قيود الاختصاص الزمني:

1- القيود الناشئة من المبادئ العامة وهي:

آ- فالعمل الإداري يجب أن يصدر في الحدود الزمنية لسريان القانون الذي تقوم عليه.
وإذا ما ابتدأت السلطة الإدارية في اتخاذ إجراءات ضرورية لإصدار العمل على سبيل المثال إذا ما طلبت رأياً حول ملاءمة العمل أثناء سريان القانون، فهو لا يستطيع الاستمرار في الإجراء وإنجاز العمل إذا ما انقضى سريان القانون الذي

يقوم على الفرد وبالعكس فإن عدم شرعية العمل الذي انجز مثل سريان القانون لا يمكن تطبيقها بالاستناد إلى حقيقة أن القانون قد دخل أخيراً حيز النفاذ.

فالإجراء الإداري في الحالتين يجب إعادة عمل كي يتفق مع حدود سريان القانون من حيث الزمان.

وإن العمل الذي ينجز خلال الفترة ما بين نشر القانون، ودخول حيز النفاذ vacatio legis، يجب – حسب أحد الآراء–، أن يعتبر قانونياً، وأحياناً فإن أثاره القانونية لا يمكن أن يبتدئ إلا مع دخول القانون ضد النفاذ.

والحل نفسه في حال صدور العمل قبل النشر، ولكن بعد صدور القانون... أما في الفقه الألماني، فالحل ليس لذلك، لأن العمل يجب أن يتخذ دائماً بعد النشر القانون، ومن ثم فلا يمكن أن تغير لائحة مشروعة لائحة الإدارة العامة التي نشرها القانون الذي يثبت عليه في نفس عدد الجريدة الرسمية.

ب- كذلك بالنسبة للمبادئ العامة التي تنشئ القاعدة المتضمنة أن السلطة الإدارية يجب أن تمارس اختصاصها من أجل المركز القانوني الحالي وليس من أجل المستقبل.

وإن تجاوز هذه القاعدة ينشئ العيب الذي تسمى الفقه الفرنسي عيب عدم الاختصاص الزمني ratione temporis.

وإن الأعمال التي يغير بها هذا العيب باطلة لأن الهيئة الإدارية لا تستطيع أن تعتمد بصورة مشروعة السلطة التي تخالفها.

وبصورة عامة، فالاختصاص يخضع لقيد زمني ناشئ من نظام الجلسات المؤقتة الذي يحدثه القانون لبعض الهيئات الجماعية، مثل المجالس العامة.

فالأعمال التي تتخذ خارج فترة هذه الجلسات يجب أن تعتبر باطلة وكذلك في حال عمل صدر خلال يوم عطلة؟.

ويجب أن – نسلم مبدئياً – فإن تحديد أيام عطلة هو مسألة داخلة بالنسبة للمرفق العام الذي لا يتصل عمله بمصالح الأفراد، فإن تجاوز مثل هذا الإجراء لا يؤدي إلى بطلان العمل، وإنما يؤدي فقط إلى المسؤولية التأديبية للعضو.

وإذا ما حظر القانون، بصورة استثنائية لمصلحة الفرد صدور عمل خلال يوم عطلة، فإن تجاوز ذلك يؤدي إلى بطلان العلم وعلى سبيل المثال فإن تبليغ العمل الإداري من خلال يوم العيد يجب أن يعتبر تبليغاً غير قانوني.
أما بالنسبة للهيئات الجماعية، فاجتماعها لا يمكن أن يتم إلا في اليوم المحدد بدعوة موجهة إلى الأعضاء.

2- المواعيد والآجال في القوانين الإدارية:

قد تحدد القوانين الإدارية المواعيد التي يجب أن يصدر خلالها العمل الإداري.
ولقد وجد مجلس الدولة في هذه الأحكام "إرادة المشّرع لضمان التطبيق السريع للقانون"، وليس حظر اتخاذ القرار بعد انتهاء هذه المدة.
وهكذا فقد أنشأ هذا المجلس القاعدة القائلة بأن الآجال التي تتضمنها القوانين الإدارية ليست مبدئياً قاطعة، وفي حل عدم وجود نص معاكس، فالعمل المتخذ بعد انتهاء المدة ليس غير مشروع وهنالك سببان لوجود هذه القاعدة، أحدها نظري والآخر عملي ولعل منشأ السبب النظري قاعدة أخرى فحواها أن للإدارة بصورة – مبدئية – اختيار اللحظة المناسبة لإصدار قراراتها.
أما السبب العملي فهو يستند إلى تجنب البطلانات المتعددة أو عدم الزام الإدارية باتخاذ قراراتها السريعة لاستباق انتهاء المدة وبصورة استثنائية، فقد اعتبرت قاطعة لآجال المفروضة بالقانون من أجل حماية بعض طوائف المواطنين، وبصورة خاصة الموظفين العموميين.
هكذا فقد حكم مجلس الدولة فإن إحالة موظفاً إلى التقاعد المتخذة تبعاً لإجراءات تطهير المرافقة العامة لا يمكن أن يتم بعد انتهاء المدة المنصوص عنها في القانون، هنالك أيضاً بعض الآجال التي لها طبعة أخرى.
فعن القانون أن العمل لا يمكن إصداره إلا بعد انتهاء مدة معينة من الوقت، فهذا العمل يصاب بالبطلان إذا ما اتخذ قبل هذه المدة وهذه هي حل الأجل الوقف.
ومن جهة أخرى، يمكن القول – بصورة عامة – إن القانون إذا ما الزم الإدارة باتخاذ قرار خلال مدة محددة، فإن سكوتها حتى انتهاء هذه المدة يساوي الرفض

الضمني المفترض بالقانون، والذي يمكن أن يكون موضوعاً للطعن بسبب تجاوز السلطة.

3- المواعيد المناسبة للتصرف الإداري:

إن السلطة الإدارية في -حال عدم وجود نص قانوني معاكس – حرة في اختيار الوقت المناسب لإصدارها أعمالها، ولكن الحرية ليست مطلقة في بعض الأحيان.
ذلك أن مضي الزمن – في القانون الإداري كما في القانون الخاص – واقعة لها تأثيرها على الروابط القانونية.
فإذا لم يتضمن القانون أي نص حول هذا الموضوع، فهنالك مبدأ عام المعقولة، وإذا ما تركت هذه المدة تنتهي دون ذلك، فالعمل يصبح مخالفاً لروح القانون، لأن الإدارة الحسنة يجب أن تتصرف دائماً ضمن المدة التي هي – حسب رأي كل إنسان ذي معنى سليم – مناسبة ليصرف بها، وليس ضمن مدة طويلة لدرجة أن الأفراد لهم الحق بالاعتقاد بأن الإدارية لا تنوي التصرف.
وهكذا فإن مرور الفترة الزمنية المناسبة، يصبح واقعة قانونية لا يمكن مماثلها بالتقادم.
وإذا ما انقضت هذه "الفترة المناسبة" فإن مركزاً جديداً يلد وفي العكس غير المنصوص عنه في القانون فإن ثغرة تنشأ في مبدأ استقرار المراكز القانونية، هذا المبدأ الذي هو أساس كل قاعدة قانونية.
وهنالك بعض النتائج التي يتفرع على هذا المبدأ:
استحالة إلغاء عمل غير مشروع إذا ما انقضت فترة طويلة بعد صدور العمل، أي استحالة هدم المراكز التي أقرت ضمناً خلال الوقت الطويل بالإضافة إلى القيد المتضمن على ممارسة الرقابة الرئاسية خلال الفترة المناسبة.
هذه المبادئ التي تعيد ممارسة اختصاصات السلطات الإدارية خلال الفترة المناسبة، تطبق بصورة دقيقة على الإجراء في عقود المعارضة، حيث حسن النية – وكما هو مفهوم جيداً شرط لا يستغني عنه وإذا ما مضى القانون مثلاً فإن المجلس التأديبي يبرئ موظفاً، فالوزير مع ذلك يمكنه معاقبته بعفوية أخف بكثير،

ولقد حكم مجلس الدولة بأن هذا الاختصاص المذكور للوزير لا يمكن أن يمارس مدة طويلة تحت تهديد عفوية وشكية الحصول.

ونتج من ذلك أنه لا يمكننا من تحدد بصورة حاسمة هذه الفترة من الزمن التي هي "الفترة المناسبة".

وإن تحديد هذه الفترة تعتمد على شروط خاصة تكيف كل حال وفي النهاية فالأمر متروك إلى القاضي الإداري.

4- في أية حال يمكن إهمال الآجال:

إن إهمال القيود الموضوعية على اختصاص السلطات الإدارية مسموح به عند نطاق العمل الإداري من قبل مجلس الدولة – منسجم في ذلك مع قرار مجلس الدولة – تستطيع دائماً أن تصدر الأعمال التي لا غنى عنها لتحسين المركز، حتى إذا كانت الآجال التي نص عليها القانون قد انتهت.

فالهيئة الجريمة المنحلة وفي إطار هدف مماثل يمكن أن تبعث إلى الوحدة حتى ولو كانت المدة المحددة لوجودها قد انقضت وإن إهمال الآجال الإدارية مسموح به حل القوة القاهرة موقف لمبادئ المعمولة بها في القانون الخاص.

الفرع الثاني
تأثير السلطة الرئاسية على الاختصاص

إن اختصاص أية سلطة إدارية إنما يتأثر بالنظام الرئاسي السائد في كل مرفق إداري والمتضمن أن الهيئة الإدارية تخضع بضرورة إلى سلطتها العليا.

وإن مثل هذا الخضوع غير موجود في الوظيفة النظرية التي يسودها، وبعكس ذلك مبدأ استغلال القاضي فيما يتعلق بتطبيق القانون وإن الرقابة التي تنشأ في هذه التبعية الرئاسية للهيئات الإدارية – وقف للتمييز التقليدي – هي رقابة على الأشخاص أو رقابة على الأعمال، ومن جهة أخرى، فمن الممكن مارسها سواء بطريقة وقائية، وفي كافة الأحوال فهي تنطوي على مشارفة السلطات الرئاسية العليا للسلطات التابعة في ممارسة اختصاصاتها هذا الاشتراك يتجسد في عدة مظاهر:

آ- الحق في التوجيه المتضمن أن الرئيس الأعلى يستطيع بصورة تحفظية – دعوة مرؤوسه لممارسة اختصاصاتهم في هذا الشكل أو ذاك وهذا الأسلوب في التصرف مقبول حتى إذا كان اختصاص الهيئة التابعة وأن التوجيه الموجه إلى عدة سلطات تابعة يسمى عادة منشوراً.

ب- حق الإلغاء: ويفصل ذلك وتستطيع السلطة العليا – منطلقة من ذاتها، وتبعاً لنظام رئاسي – أن تلغي العمل الصادر عن السلطة الدنيا.

هذا الإبطال، من الممكن أن يقوم على أسباب تتعلق بالشرعية، لأن مفهوم السلطة الرئاسية ينطوي على هذه المكنة القانونية الممنوحة للسلطة العليا لإلغاء كل عمل من أعمال منبثق عنها لا يتفق مع القانون.

هذا الحق موجود أيضاً عندما يؤكد القانون عدم قبول الطعن ضد العمل، إذ من المفهوم – إن عدم القبول المذكور لا يعني أن الأعمال مشروعة.

ولكن هذا الحق في الإلغاء يختص عندما يمنح القانون السلطة التابعة صراحة لاختصاص بأن تثبت من وجود مركز أو تمارس سلطة تقديرية مجردة من الرقابة.

ج- الحق في التعديل، وبفضله يستطيع الرئيس الاعلى تعديل كل عمل للسلطة التابعة.

ومن الضروري أن تدخل أحياناً في عبارة التعديل لنص بعض التغيرات الثانوية وإن بقي أساس العمل سليماً.

وإذا كان التعديل يحمل اعتذار على أساس العمل، فإننا أمام عمل جديد، إذا كان من المتعذر اتخاذه تلقائياً من قبل الرئيس وهذه هي حال الوزارة الذي تغير في قرار التعيين اسم الشخص المعين.

د- reformation in pejus: إن إلغاء أو تعديل عمل من قبل الرئيس الأعلى وذلك بصورة تلقائية أو نتيجة لنظام رئاسي من الممكن أن ينشئ إلى مركز الفرد.

وإن reformation in pejus ليست محظورة في القانون الإداري لأنه إذا قبلنا بأن الرئيس الأعلى ملزم باحترام عمل السلطة التابعة حتى غير المشروعة كي لا تنشئ إلى مركز الفرد، فإن ذلك يزيل مبدأ الشرعية الذي يسود القانون الإداري بكامله.

هذه المبادئ لا تطبق أبداً في حل الطعن أمام محكمة أو الطعن شبه القضائي.

هـ- الحلول الرئاسية: وفيما عدا بعض الحالات المنصوص عنها في القانون فإن اشتراك الرئيس الأعلى في اختصاص السلطة التابعة لا تصل إلى نقطة إصدارها بنفسها العمل المتعلق باختصاص السلطة التابعة وإن مثل هذه الحلول يشكل مخالفة للقانون الذي يعطي الاختصاص للسلطة الأدنى.

فالسلطة الرئاسية – حسب أحد الآراء – يعترف أنها أهل لممارسة اختصاص السلطة الدنيا ولإصدار أي عمل يتعلق بها، ولكن الرأي لا يحسب حساب لعدم التركيز الإداري الذي هو أساس توزيع المهام بين الهيئات الإدارية.

وبالنتيجة فلا مجال لتدخل السلطة العليا إلا بعد ممارسة السلطة الدنيا لاختصاصها، ويستثنى من ذلك حال الضرورة العضوي التي تفرض التدخل المباشر من أجل إبعاد خطر عام.

وهذا هو غالباً حال "عدم الشريعة المشروعة" التي تعطي بصورة لاحقة بإصدار العمل من قبل السلطة الدنيا المختصة ويطلق على هذه الحال "الحلول الرئاسي" أو "الممارسة غير المباشرة للاختصاص".

و- نطاق الرقابة الرئاسية في الزمان:

إن حق ممارسة الرقابة الرئاسية غير محدد – مبدئياً- من وجهة نظر زمنية.

وأحياناً، ينطبق المبدأ المطروح أعلاه المتعلق "بالوقت المناسب" فالرقابة الرئاسية لا يمكن أن تمارس إلا خلال فترة زمنية معقولة لا يمكن تحديدها إلا بالاستناد إلى تقدير القاضي.

وإذا ما منح القانون الحق بطعن شبه قضائي، فعلينا أن نسلم بأن الرقابة الرئاسية التي تمارس بصورة تلقائية بعد انتهاء المدة المنصوص عنها لهذا الطعن، هذه الرقابة لا يمكن اتفاقها مع إرادة الشرع المتضمنة عدم صحة وشرعية واستقرار العمل المتخذ بعد انتهاء المدة الممنوحة.

وأخيراً يجب أن نستبعد اشتراك السلطة العليا – عن طريق الرقابة الرئاسية – باختصاص السلطة التابعة، وذلك عندما تمنح القانون الفرد طريقاً خاصة للطعن أمام محكمة لها اختصاص القضاء الكامل لهذه الطريق للطعن تستبعد في أغلب الأحيان السلطة الرئاسية وبالمقابل، فالمبادئ المخالفة لذلك هي التي تسود ممارسة السلطة القضائية الإدارية.

وسلطات الوصاية الإدارية لا تملك سلطة الإلغاء إذا منحها القانون ذلك وهذه السلطة لا تشمل حق التعديل.

حدود الاشتراك في اختصاص السلطات التابعة: حدود الطاعة، هذا الاشتراك مقيد بالمبادئ المتعلقة بواجب السلطة التابعة في إطاعة أوامر السلطة الرئاسية.

ما هي حدود واجب الطاعة... هنالك ثلاثة مفاهيم مختلفة:

الأول: ويتعلق بتأمين السير المنتظم للمرافق الإدارية، بآلية طاعة غير محدودة، إنها نظرية النظام.

الثاني: يتمسك بحق العامل الإداري بأن يرفض تنفيذ كل أمر مخالف للقانون، إنها نظرية الشرعية.

الثالث: وهو المفروض بصورة عامة تقريباً، هو مفهوم مختلط فالعضو الإداري يستطيع أن يرفض إطاعة الأمر غير المشروع، ولكن ذلك لا يتم إلا إذا كان عدم الشرعية ظاهراً، ولا يعتبر هذا الأمر في الحالات الآتية:

أ- إذا كان الأمر خارج اختصاص منشأة.

ب- إذا كان الأمر خارج اختصاص الموظف المختص.

ت- إذا شاب الأمر عيب مخالفة قواعد الشكل والإجراءات.

ث- إذا كان الأمر يتعارض مع نص قانوني واضح المعنى ولا جدال فيه، هذا النظام يستهدف من جهة ضمان إحداثه.

مبدا الشرعية: ومن جهة أخرى يحافظ على السير المنتظم للمرافق القائمة على النظام، ويجيب بصورة كاملة كل شذوذ ينشأ في الاعتراف لكل عامل إداري يحق رفضه إطاعة كل أمر مخالف للقانون.

وجدير بالملاحظة إن في الحالة (ث) السابقة، فإن حق الرفض لا يكون إلا إذا كان النص القانوني لا يقبل أي تفسير مشكوك فيه.

ولكن يجب أن لا ننسى أن النصوص القانونية –وهي من عمل الإنسان- ووقفاً لطبعها غير الكامل، ليست بمنجَاة من الغموض في معناها وتفسيرها.

وهذا يعني ان المرؤوس لا يستطيع في معظم الحالات أن يعطي رأيه في معاني النصوص التشريعية المخالفة.

والمرؤوس – عادة – يجب أن ينحني أمام أوامر رئيسه الأعلى لأنه لا يمكن أن يعترف له بحق انتصار رأيه على رأي رئيسه ونحن نستطيع أن نقبل أن الأمر الرئاسي يملك "قرينة الشرعية"، وأن المرؤوس يختار – على عاتقه ومخاطرته –

بين طاعة أو رفض التنفيذ وهذا المعنى أنه يحتمل تبعاً لذلك كافة المصالح إذا ثبت خطأ رأيه في شرعية العمل.

الإكراه الرئاسي:

ينص القانون اليوناني المتعلق بنظام الموظفين على ما يلي: "على الموظف أن يطيع أوامر رؤسائه، ولكن إذا اعتقد أنه يعلم أمراً غير قانوني، فعليه أن يعلم عن القاعدة التي تليه موضحاً رأيه المخالف بالكتابة".

أما إذا كان الأمر غير مشروع بصورة ظاهرة فعلى الموظف أن يرفض التنفيذ بدون تأخير، وإذا كان الأمر غير المشروع يستند إلى أسباب ضرورية تتصل بالصالح العام فالموظف يجب أن يخضع بصورة كاملة للأمر وذلك بالرجوع إلى السلطة – في حال وجودها – التي يخضع لها منشئ العمل".

وبمقتضى هذا النظام فإن واجب الطاعة يفرض عاقبة الكفاية مؤسسة ضده "الإكراه الرئاسي"، أي حق الرئيسي بأن يرتب الطاعة على الرغم في عدم شرعية أوامره، وهذا ما تقتضيه أسباب استثنائية ملحة تتصل بالصالح العام.

فالمرؤوس في هذه الحال ليس له الحق بأن يعارض هذه الأسباب، ونحن إذاً أمام معوق "الملاءمة على الشرعية" من أجل لإعطاء السلطة الإدارية وسيلة فعالة لأن المصلحة العامة في الحال الضرورية ولتجنيبها كل تأخير له نتائجه المزعجة.

وكي نتجنب إساءة هذا الحق للإدارة، فقد أخضع إلى ثلاثة شروط محددة هي:

1- يجب على الرئيس أن يثير الأسباب الملحة والهامة، إذ لا تكفي "المصلحة البسيطة للمرفق"، بل يجب وجود سبب غير عادي للمصلحة العامة التي هي مهمة جداً وفي نفس الوقت نادرة جداً.

2- على الرئيس أن يثير هذه الأسباب كفاية، بوجود وثيقة تسمح بالرقابة.

أما المرؤوس فليس له الحق، بل عليه الالتزام بالرجوع إلى السلطة العليا من أجل إيجاد رقابة فعالة على الحال المطروحة.

أما إذا كان مصدر الأمر و"الإكراه الرئاسي" هو وزر، فلا يستطيع المرؤوس الرجوع إلى سلطة رئاسية، لأن "التسلسل الرئاسي يقف عن الوزير فيما يتعلق بالرقابة على الأعمال الإدارية.

الطاعة العسكرية: يخضع العسكريون إلى قواعد دقيقة جداً.

فالمرؤوس لا يستطيع الرقابة على أمر رئيسه إلا في نقطتين:

1) إذا صدر عن عامل هو في حقيقته الأمر رئيس مصلحة CKEF وهذه العبارة تؤخذ بمعناها الواسع جداً بحيث تشمل كافة الرؤساء المختصين في إدارة وحدة عسكرية معينة.

2) إذا تعلق الأمر بصيغة ما لجميع الموجودين في المرفق العسكري.

فالأمور العسكرية لا تخضع للرقابة سواء يقف الأمر مع القانون أو اللوائح أم لا، لأن كل ما يفرضه الرئيس تعترض قانونيته أنه النظام المسمى "الحرب ليست ذكية".

فإذا كان الأمر الموجه إلى عسكري مهمل من قبل رئيس يشكل جريمة منصوص عنها في القانون الجزائي، فيجب أن يفرق بين الحالات المختلفة:

فإذا كان هذا التصرف – الذي يشكل جريمة بشكل ما – ليس إلا انحراف في السلطة من قبل الرئيس الذي يتصرف بصفته عسكرياً فالطاعة في جميع الحالات على المرؤوس.

فمثلاً، يستطيع الرئيس من أجل تفريق اجتماع غير مشروع أن يأمر الجنود بإطلاق الرصاص على الحشد دون أن يوجد مسبقاً الثلاث إنذارات المنصوص عنها في القانون.

فالطاعة واجبة، وبالعكس إذا كان الأمر يشكل جريمة مستقلة عن كل عمل يتعلق بالمرفق، فعلى المرؤوس أن يرفض التنفيذ، وفي حال الإخلال بذلك، فهو يتحمل

المسؤولية كما هي الحال في الأمر الصادر عن رتب آلي مرؤوسه بإهانة مار في الطريق أو كغيره.

مخالفة قواعد الاختصاص:

التفويض بالاختصاص:

إن النصوص القانونية التي تعم اختصاص الهيئات الإدارية هي قواعد ذات مضمون قانون دقيق، ولا يمكن أن تتأثر بإرادة هذه الهيئات نفسها، وهذا يعني أنه لا يمكن أن تحكم على الاختصاص بصفة حقاً مكتسباً، وإنما على أساس، بالهيئة ملزمة بأن تمارس حقاً عاماً، وظيفة عامة.

وفي حال عدم وجود نص قانوني مخالف، فالهيئة ذات الشأن لا يستطيع أن تقوض اختصاصها إلى جهة أخرى، ونفس الشيء بالنسبة للرئيس الأعلى أو بالنسبة للجهة التي تمارس الوصاية الإدارية.

ونفس الاستحالة تحدث بالنسبة لتقويض هيئة جماعية اختصاصها إلى الرئيس فيها كان هذا الرئيس مفوضاً بتمثيلها في حالات معينة وهذه المبادئ لا تقبل الدفع حتى في حالات الضرورة.

وإن العمل الإداري المتخذ بناء على تقويض غير قانوني هو عمل غير مشروع بسبب عيب عدم الاختصاص، ولا يمكن بعضهم شرعنته عن طريق موافقة الهيئة المختصة التي تتدخل بصورة لاحقة.

وهذا القبول المتأخر من الممكن أن يفسر أحياناً على أنه عملاً جديداً صادراً عن السلطة المختصة.

وإن الحل يعتمد على تفسير العمل المتعلق بالقبول والاختصاص بالسلطة يمكن إذا ما تضمنه نص قانوني خاص، وإن مثل هذه النصوص – التي تشكل استثناء على القاعدة – يجب أن تفسر بصورة مختلفة.

ومن الممكن للتفويض أن يستند إلى العرف الإداري، وهذا ما يبدو أنه مقبول في الفقه الفرنسي ومستبعداً بالنسبة للفقه اليوناني والتفويض الذي يأذن به القانون من الممكن أن يكون إما ذو صفة تنظيمية لائحية إذا كانت السلطة المختصة تنقل

بعض المسائل اختصاصها بصورة مجردة، وإما أن يكون ذا صفة فردية إذا كانت السلطة ذات الشأن ترخص لأمرين بإدارة قضية محددة.

وفي كلتا الحالتين، فالسلطة المفوضة لا تتصرف على أنها ممثلة أو كيلة، وإنما باسمها الخاص وبصفتها تمارس الاختصاص الذي أصبح لها بناء على التقويض القائم على القانون.

وهذا يعني، من وجهة النظر العملية إن الهيئة المخولة بالتفويض غير ملزمة بأن تتصرف وفقاً لأوامر العمليات الجهة المفوضة، وإن أعمالها متروكة لخيارها ضمن الظروف التي يفرضها القانون.

نتائج مخالفة قواعد الاختصاص

إن مخالفة عدم قواعد الاختصاص يؤدي إلى بطلان العمل وإلى اعتبار الهيئة الإدارية مجردة ولأهليه القانون لإصداره، وإن الافتقار إلى هذه الأهلية يطلق عليه عدم الاختصاص واغتصاب السلطة.

فالمغتصب ليس له صفة العضو في حين أن عدم الاختصاص يعترف ذلك، وإن درجة عدم الاختصاص الواضح، هي تلك المسماة بعدم الاختصاص المطلق والذي تجده إذا اتخذ القرار فيما يلي:

آ- خارج كل اختصاص إداري.

ب- خارج اختصاص المرافق التي ينتمي إليها منشئ القرار وهذا القرار هو قرار معدوم.

ومن الممكن أن نميز من خلال عدم الاختصاص العادي، عدم الاختصاص المادي، ثم عدم الاختصاص المحلي.

وهذا الأخير نادر جداً لأن الهيئات الإدارية لديها عادة المعرفة الدقيقة عن المجال الإقليمي الذي بداخله يمارس اختصاصها وفقاً للقانون.

وإن نتائج عدم الاختصاص واحدة، وهي تتعلق بعدم الاختصاص المادي، ثم عدم الاختصاص المحلي.

ويرى بعض الشراح إن عدم الاختصاص المحلي يتمتع بأهمية أقل وإن هذا العيب من الممكن أن تعطي بصورة لاحقة.

وهذه هي حال شخص مستفيد من رخصة صدرت عن سلطة غير مختصة، وقد اختار مؤخراً موطنه في النطاق الإقليمي لهذه السلطة، ونحن إذاً نسلم بأنه قد تخطى عيب عدم الشرعية الأساسية المصدرة للرخصة.

ومن الواجب رفض هذا الحل لأنه يتعارض مع المبدأ المتضمن ضرورة ممارسة الاختصاص في الحاضر وليس في المستقبل.

ومن الممكن أن تواجه في حالات نادرة بعض النصوص التي تضمن بصورة استثنائية بشر عمل صادر عن هيئة غير مختصة مكاتباً إذا كان هذا العمل يتفق من وجهة نظر موضوعية مع القانون.

الوجود القانوني للعضو

نظرية الأعضاء:

إن الوجود القانوني للعضو يجب أن يؤكد بالعمل بتعيينه في حال عدم وجود ذلك التعيين أن الشخص الطبيعي لا نستطيع التعبير عن إرادة الدولة، وإنما يتصرف كمغتصب، بل تصعيد الأعمال الصادرة عنه – من وجهة النظر القانونية – معدومة.

وإذا ما التزمنا بالمنطق الدقيق فهذا الحل نفسه يجب أن يكون مقبولاً بالنسبة لأعمال عضو بمن يعمل بتشويه عنصر الشرعية.

ولكن هنالك أسباب تتعلق بالنظام الاجتماعي وبدواعي استقرار العلاقات القانونية وهذه الأسباب تقودنا إلى النظرية القديمة لموظف الواقع التي كرسها بار **باورى فيليبوى** والمتعلقة بصفة أعمال عندما نجح بتسمية "امبراطوراً" وقد نظمت القرارات الصادرة عنه مجموعة من العلاقات الاجتماعية.

وبفعل هذا القانون، فهذا الامبراطور – المعين بصورة غير قانونية- اعتبر موظفاً فعلياً، كما أن قراراته كانت موضوع احترام.

وهذه النظرية المتصلة بالمبدأ "الخطأ الشائع يصنع القانون"، وقد اعتنقت من قبل القانون الإداري من أجل ضمان استقرار المراكز التي نشأت من أعمال الهيئات الإدارية، ومن أجل تجنب الاضطرابات التي تنتج – في حل إلغاء أعمال الوظيفة المعيين بصورة غير قانونية ضرراً بالأشخاص ذوي النية الحسنة وكونهم مسؤولين بشكل ما عن الشذوذ المرتكب بفعل التعيين غير القانوني.

ونشير إلى أنه لا يمكن أن تعين موظفين فعليين كافة الموظفين المعينين بصورة غير قانونية، وإنما فقط هؤلاء الذين تقلدهم للوظيفة مفعولاً unsestituv possible.

ومع ذلك يعتبر تقليداً للوظيفة محتملاً ومفعولاً لك تعيين غير قانوني اعتبر من وجهة نظر القضاء معدوماً.

والذي يقلد الوظائف بالاستناد إلى تعيين معدوم لا يعتبر موظف فعلياً، وإنما يجب أني عامل معاملة مماثلة للمغتصب بحيث تكون أيضاً أعماله معدومة.

وهنالك بعض الصعوبات لتمييز الموظف الفعلي من المغتصب وإن مسألة معرفة ما إذا كان تقليداً للوظيفة مفعولاً ومحتملاً أم لا، يجب تحل بصورة موضوعية أو ذاتية.

من الناحية الذاتية، فيعتبر التعيين مفعولاً إذا كان الموظف ذو النية الحسنة يفتقد شرعية ذلك.

أما من الناحية الموضوعية، فهو مفعولاً، إذا كان الجمهور، أي العدد الوسطي للمواطنين أصبح يعتقد شرعيته.

وإن ما تتطلبه لذلك ليس مجرد ذو مظهر للشرعية، وإن مظهر يبرره إحساس كل إنسان ذي إدراك سليم يستطيع أن يتم بشرعية التعيين وهذه – بالطبع – وجهة النظر الموضوعية التي يجب أن تسود لأن نظرية الموظف الفعلي لم تنشأ لصالح الموظف وإنما لصالح الجمهور إن اجتماع العنصرين الذاتي والموضوعي ليس نادراً.

ومن الممكن أن يكون لهذه النية الشبيهة نتائج شخصية فيما يتعلق بالمسؤولية، ولكن ليس لها أي تأثير فيما يتعلق بحماية الجمهور.

الفرع الأول
الموظفين الفعليين ذوي الطبيعة السياسية

إذا ما تم ممارسة الوظيفة العامة من قبل أشخاص ليس لهم صفة الموظف، وأن تصرفوا لغاية سياسية ومن أجل سلامة العامة، إذا تم ذلك فيجب أن تقدر – تبعاً للظروف الخاصة بكل حال – الشروط التي استحوذ بها هؤلاء الأشخاص على السلطة، وبصورة خاصة يجب أن يمحض ما إذا نمت الموافقة على سلوكهم صراحة أو ضمناً من قبل الجمهور والدولة، وما إذا كانت العوامل التي دفعتهم هي عوامل سياسية أو اجتماعية، وما إذا كان هؤلاء لقانون لصالح الشعب ووفقاً للضمير الخلقي، وأخيراً إذا ما حدث ذلك في شروط تتضمن إقدام المراكز الناشئة من أعمال هذه الوظائف.

لقد طبق هذا المبدأ في المادة عندما طرحت مسألة شرعية عمال مجالس الجنود والعمال التي شكلت عام /1918/ في نهاية جريدة العالمية الأولى والتي استحوذت على السلطة ولقد حكم في معظم هذه الحالات بأن هذه المجالس قد انصرفت لهدف ضمان النظام العام والصالح العام، وبالنتيجة، فإن علمها مشروعية وترتب المسؤولية المدينة على الدولة.

وهذا هو نفس ما حكم في فرنسا بالنسبة لمجلس بلدي أخذ على عاتقه عند الاجتياح الألماني وغياب السطات العامة – بصورة تلقائية شاملة تأمن سير المرافق العامة ودرء خطر السلب والهجمات وإن أعماله "التي صدرت عن سلطة فعلية" قد اعتبرت أعمالاً إدارية ونفس الحل قد أقر بالنسبة لطبيعة المجالس التحريرية التي شكلت عندما نزل الحلفاء عام 1944.

أما في اليونان، فمن غير الممكن تطبق مثل هذه المبادئ على أعمال لجان على السلطة في بعض المناطق في ظل احتلال العدو، وذلك سبب حال لهذه الجمعيات التي كانت تبعاً لذلك متجردة على الحكومية.

إنهاء الوظيفة العامة: إن صفة العضو في الدولة تبقى حتى لحظة إلغاء التعيين أو انتهائه بعمل مضاد وبصورة خاصة.

1) ففي حال العزل، ينتهي صفة الوقف العام عند إعلان العمل، أو بعد إنهاء مدة عشرين يوماً اعتباراً من تأمين النشر في الجريدة الرسمية.

2) أما في حال الاستقالة فالصفة تبقى حتى قبولها أو حتى مرور ثلاثة أشهر حتى إبداع الاستقالة.

3) وفي حال إسقاط الصفة الذي تجد محله عند الإدانة القضائية فالصفة ينتهي عند نشر الحكم القاضي بالإدانة.

4) وفي حال تعيين موظف خلال مدة زمنية محددة، فالصفة تنتهي بقوة القانون عند إنهاء المدة المنصوص عنها.

5) ويجب أن نسلم للوكيل أو النائب بممارسة وظائفه حتى قيام خلعه، وذلك كلما دعي أو خول بالسلطة قبل سلطة أخرى معينة.

الفرع الثاني
صفة الموظف أثناء أيام وساعات العمل

ومن ثم، فالعمل الصادر أثناء هذه الساعات والأيام ينص مشروعاً صفة الموظف لا تنقطع أثناء الإجازة.

فالموظف إنجاز "لا يعتبر غير مقلد الوظيفة بصورة غير قانونية" وإنما له الصفة الوظيفة المؤقتة.

فالاختصاص لا شك قائماً أثناء الإجازة، وإنما هو في سبات ومع ذلك، فليس محظوراً على الموظف المجاز أن يمارس وظائفه قبل نهاية الإجازة شريطة أن يعيين هذا القصد بصورة واضحة تماماً من هم فالأعمال المتحدة تعتبر مشروعة حتى ولو أن الموظف أخطأ بهذه الصفة، على اعتبار أن هذا الإعلان لا يخاطب الجمهور وإنما يخدم هدفاً داخلياً وبالعكس، فإن ممارسة الاختصاص المنقطع بالإجازة الإلزامية – وهذه إجراء يعتبر سابق العفو – فالتأديب ينطبق عليه حال التوقيف.

فاختصاص الموظف الموقوف والذي في إجازة إلزامه لا يعين كاتباً بل انتزع منه خلال هذه الفترة ومحظور عليه أن يمارس اختصاصه خلال ذلك.

الأهلية القانونية للعضو:

إذا ما اكتسب شخص طبيعي صفة العضو بصورة قانونية، فيبقى علينا أن نفرض ما إذا كانت لديه أيضاً الأهلية القانونية.

بمقتضى رأي **كورمان** الذي اعتبر العمل الإداري موازياً للتصرف القانوني والقانون الخاص فهذه الأهلية القانونية لا غنى عنها من أجل تطبيق المبادئ المماثلة في القانون الخاص.

وبالنتيجة فلا يعتبر مهلاً مشروعاً العمل الإداري الصادر عن موظف على ثبوت قانونية، ولكنه مجرد عن هذه الأهلية.

ولكن الرأي السائد هو رفض الأهلية لأسباب ليست دائماً هي حق نفسها، فالفقيه **جيلينك** يعتقد أن العمل الصادر عن موظف مجرد من الأهلية القانونية

هو عمل مشروع، إذا كان مضمونه قادراً وذلك لأن ما هو سائد في أعمال الهيئات العامة ليس لإرادة الأهلية، وإنما الشرعية الموضوعية الأولى التي أفصح عنها وهكذا، فإن إثبات المجال السليم في حد ذاته والواقع (مالك الشأن)، والذي قام به موظف مريض أو تجاوز الأهلية، هذا العمل له القيمة القانونية المعدلة في درجها للقرار الخاص "ليس مالك الشأن" الذي نطق به موظف سليم ويتمتع بالأهلية.
ولقد رفض أيضاً **اندرسون** بطلان عمل الموظف غير المتمتع بالأهلية، ولكنه استبعد في رأيه على المصلحة العامة، وليس على القيمة القانونية للإرادة.

ومن جهة أخرى فإن Alcindor –وهو على صواب يعتقد من الناحية العملية – أن الإشراف الذي يمارس على مختلف السلطات لأن يبعد عن المرافق العامة كل فرد ذي روح ضعيفة لأنه لا يستطيع أن يتخذ بوعي كامل مسؤولية هذه الأعمال.

السير القانوني بهيئات الجماعية:

القواعد الأساسية لسير الهيئات الجماعية (هيئات إدارية مقررة، مجالس تأديبية) هي ما يلي:

آ- النصاب القانوني:

إن سير الهيئات الإدارية الجماعية غير فاتحة على المبدأ المسّلم به من الإجراءات الجماعية المحكومة به من عدد من الأعضاء المحددين، وإنما يقوم على ما يسمو به، النصاب القانون، اي على حد أدنى من الأعضاء الذي لا غنى عنه لسير الهيئة قانوناً.

وفي حال الافتقار إلى نص خاص، من الحسم به كمبدأ عام من الهيئة الجماعية تمارس اختصاصها بصورة قانونية، إذا ما تمثلت عليه الأعضاء في الجلسة.

ب- ومن الواجب أن نبين مفهوم النصاب القانوني من مفهوم الوحدة القانونية لهيئة الجماعية.

وبالفعل، وحتى إذا تعرض عدد كاف من الأعضاء من حق تشكيل النصاب القانوني، فالهيئة ليس لها الوجود القانوني ولا تستطيع ممارسة اختصاصها

الدائم، تعين بصورة مسبقة كافة الأعضاء المنصوص عنهم في القانون لأنه ليس من المؤكد تماماً أن القرار يصبح هو نفسه اذا ما حضر الجلسة كافة الأعضاء المعنيين سابقاً.

ولا مجال لنشر الهيئة الجماعية قانوناً في كل مرة يتم بها تجاوز هذه المرحلة كم مرفق يعين كافة الأعضاء.

وبشكل آخر فإذا ما تعرض عضو أو عدة أعضاء مسير الهيئة لا يستو في شروطه القانونية إلا اعتباراً من اللحظة التي يشكل بها الاعضاء الجدد الأماكن الشاغرة، وذلك وفقاً للمبدأ المتضمن ان التكوين القانوني للهيئات الجماعية لا يمكن ان يكون مضموناً إلا بكافة أعضائها وان أحد نتائج هذا المبدأ هو الالزام الذي تقع على عاتق الادارة بأن تقوم بما هو ضروري من اجل ان يكون اشراك كافة اعضاء الهيئة الجماعية ممكنا من عمل او اهمال تخالف الالزام بشكل مخالفة القانون.

ومع ذلك، فإن اهمال دعوة كافة الاعضاء – حتى في حال عدم وجود نص – يشكل عيباً في تكوين الهيئة ويؤدي الى بطلان عملها حتى إذا تعرض النصاب القانوني من قبل الإجراء الخاص به.

وإن ذكر بعض قضايا النظام اليومي في الدعوة ليس الزامياً إلا إذا تضمن القانون خلاف ذلك.

ج- وإذا ما أصاب ترتيب الهيئة الجماعية هذه المراحل الثلاث دعوة كافة الأعضاء حضور العدد الكافي من الأعضاء لتشكيل النصاب، فإن سير الهيئة خلال المرفق الرابط هو ما يسمى بالاقتراع.

والقانون يحدد عادة عدد من الأعضاء الذي لا غنى حق لهم من أجل إصدار قراره.

وفي حال عدم توخي مثل هذا النص يجب أن تنر بأن أعلنته الأفراد – وليس مجموع الأعضاء المعيين – تكفي من أجل اتخاذ قرارها من قبل الهيئة، وإن الأعضاء المجتمعين عند الاقتراع يحسبون من عداد حقه لأن الذين تغير عددهم ضد الاقتراح.

هل تؤدي اشتراك الأعضاء الذين تم ردهم إلى بطلان الأعمال الذين اشتركوا في إصدارها.

إن المبادئ الجامدة التي تسود التعامل القضائي ليست موضع تطبق في حال حدوث ذلك.

والتعويض أو الحلول ليسا مقبولين في حال غياب النص، وبمعنى آخر فالمفوض لا يحتفظ لنفسه عن التصديق على أعمال المفوض وعادة فالموظف يحل محل موظف آخر.

ولكن من الممكن أن تواجه حالات يحل منها هيئة جماعية محل عضو فردي، وهذه هي حال حلول محل الوزراء منعقداً في هيئة جماعية محل رئيس الجمهورية وذلك أثناء غيابه.

وهنالك خصوصية يجب الإشارة إليها وتتعلق بحلول أعضاء الهيئات الجماعية (هيئات تتخذ قرارات، مجالس إدارية أو تأديبية... إلخ).

فالهيئات الجماعية تتكون في أغلب الأحيان من أعضاء ينتمون إلى مجموعات مختلفة: موظف، أفراد، مختصون... إلخ، والقانون هو الذي ينظم حلول الأفراد.

أما بخصوص الموظفين الذين يشتركون بصفتهم معرفة في هيئة جماعية فالحلول فجميعهم يمنح غالباً بقوة القانون من قبل الموظفين الذين يحلون محلهم في وظائفهم الأساسية.

وهنالك أمر آخر يتعلق بالمحاكم الإدارية هيئات لكل عفو وحكم خاص لا يمكن أن يحل محله الشخص الذي يحل محله في وظائفه الأساسية، اللهم إلا إذا فهم القانون هذا النوع من الحلول.

وإذا ما حدث حلول، فيجب ذكره في المحضر، لأن اشتراك عضو حل دون وجود مانع بالأصل، بشكل خرق للمبادئ المتعلقة بالتكون القانوني للهيئات الجماعية.

الأشكال

مفهوم الشكل:

التمييز بين الأشكال والشروط القانونية:

إن النصوص القانونية المتعلقة بالموضوع الإجرائي الإداري وبإنشاء نص القرار تكون مجموعة خاصة.

إنها نصوص الشكل والتي أطلق عليها هذه النسخة كمقابل النصوص المتعلقة بالموضوع ولعل المصلحة العملية في التمييز تكمن في مخالفة أحكام الموضوع تؤدي دائماً إلى بطلان القرار في حين أن مخالفة أحكام الشكل ليس لها هذه النسخة إلا إذا لم يعتبر الشكل الذي خرق جوهرياً.

فاشترك عضو لا يؤدي إلى بطلان القرار إلا إذا نص القانون على هذا البطلان، وفي جميع الحالات الأخرى، فاشتراك هذا العضو لا تؤدي إلا إلى مسؤوليته الشخصية: ذلك إن مشروعية القرار لا تتأثر طالما أن هذا الاشتراك ليس له تأثير على القرار لدرجة نسخ بظهور يجب الاعتراف بالسلطة.

وفي هذه الحال فقط يكون القرار باطلاً.

والأمر هنا يتعلق بمبدأ فسر على نطاق واسع من أجل تجنب في الأعم الأغلب – البطلان.

بيد أنه برز في الوقت الحاضر اتجاه يعطي هذه المسألة حلاً في منتهى الدقة.

وهكذا فالاجتهاد الألماني أقر أحياناً بأن اشتراك موظف ذي مصلحة في قضية يشكل خرقاً لمبدأ نحن مكتوب ندركه في طبيعته الذاتية.

فالفقه الألماني، الذي يمهل المفهوم لذلك الانحراف بالسلطة أمر بطلان القرار إذا كان اشتراك الموظف المرموق له تأثير كاف على إصداره ولقد خرق القانون اليوناني هذا المبدأ في المادة /55/ من نظام المرفق العام 1951 المتضمنة ما يلي: "يكون القرار باطلاً إذا كان اشتراك الموظف المرموق قد أثر بصورة كامنة على صدور القرار".

حلول الهيئات الإدارية:

يحل محل السلطات الإدارية في حال الغياب أو وجود إلى منع سلطات إدارية أخرى تحدد إما من قبل السلطة الأصلية "التي حل محلها" أو مباشرة من قبل القانون.

ويطلق الفقه الفرنسي على الحال الأولى اسم التعويض وعلى الحال الثانية الحلول بالمعنى الدقيق.

وبالعقل، قليلاً ما يكون تحديد الحال والفوضى ليس من قبل الشخص الأصيل "الذي تم الحلول محله" أو من قبل المفوض، وإن بصورة مباشرة أو غير مباشرة من القانون الذي يسمح لموظف بأن يفوض اختصاص إلى آخر.

ويستتبع ذلك أن المفوض ليس وكيلاً للحقوق وإنما نستبعد من اختصاص صادر عن القانون.

ولكن كيف نميز نصوص الشكل من نصوص الموضوع، هذا التمييز ليس دائماً بالسهل.

ماذا ما نص القانون مثلاً إن كل تعديل يخطه التنظيم يجب أن يصدر بعزر بناء على رأي المجلس البلدي، فنحن هنا أمام حكم شكلين يتعلق بالإجراءات ولكن إذا ما استوجب القانون إن مرسوم التجنس لا يمكن أن يصدر دون إعلان مسبق من صاحب العلاقة يعير منه تجد إرادته بالتجنس إذا تم ذلك فلا يمكن الزعم بأن هذا الحكم يتعلق بالشكل، إنما بالدفوع إنه شرط ضروري لتطبيق القانون.

وإن خرق مثل هذا الحكم يؤدي إلى بطلان المرسوم دون نفرض ما إذا كان جوهرياً أم لا.

ويمكن القول إذاً أنه ليس بالضرورة عنصراً شكلياً كل تصرف له أثره على إصدار القرار التنفيذي.

وفي الواقع لا يملك هذه الصفة إلا تلك التصرفات التي تنشأ من الإدارة أي من منشئ القرار نفسه أو من هيئة أخرى لا غنى للتعاون فيها بحكم القانون وبالعكس فالأحكام التي تستوجب وجود بعض المراكز المادية، أو القانونية أو تستوجب القيام ببعض الأفعال التي لا تنشأ في إحدى هيئات مرفق عام وإنما في كل شخص يقع خارج أطره (كوادره) هذه الأحكام هي أحكام موضوعية.

ولا يمكن القول إذاً بأنه سليم بصورة كاملة التعريف الذي قدمه **جيلينك** والمتضمن "أن الأشكال تمثل الحال التي يؤثر بها العالم الخارجي على الهيئة الإدارية".

الأشكال الداخلية والخارجية:

يصنف عادة الأشكال في مجموعتين:

أشكال داخلة: وهي التي تتصل بحسم القرار، أي نبضه.

أشكال خارجة: وهي عمليات أو أعمال ثانوية تقع خارج القرار التنفيذي.

الأشكال الداخلة:

يتسع المجال للكلام أولاً عن الشكل الذي يجب أن تكتسب به إرادة عضو الإدارة.

فيجب أن يكون للقرار الإداري الشكل الكتابي، وذلك من أجل ضمان وحق في استقرار المراكز القانونية.

وبفعل هذا المبدأ فالشكل الكتابي يفرض حتى في حال عدم وجود نص في القانون، وهنالك مجال لأن نشير إلى بعض الخروج على هذا المبدأ.

آ- القرارات الشفوية:

فقد أقر الاجتهاد إمكان وجود قرار شفوي شريطة إثبات وجود مثل هذا القرار.

وهكذا فإن مجلس الدولة لم يرفض الطعن بسبب تجاوز السلطة المتضمن بوقف موظف صدر بالطريقة الشفوية.

وهذه وسيلة لدفع خطر الإجراءات غير القضائية التي من الممكن أن تكون بمنجاة من كل رقابة بسبب شكلها الشفوي.

ومن الضروري استبعاد هذا الشكل كلما تطلب القانون.

ب- الشكل الكتابي:

لا شك سواء بصورة غير مباشرة أو ضمنية، كما لو تطلب مثلاً الأمر بنشر القرار في الجريدة الرسمية.

وفضلاً عن ذلك فليست القضية في وجه قرارات شعوبية غير تنفيذية المتعددة من أجل تسيير المرافق العامة.

الدعوة إلى مضى اجتماع – إشارات موظف السير الموجهة إلى الرجال والسائقين – إعلان "إلى اليمين" الموضوع على مفترق الطرقات...إلخ.

ج- القرارات الضمنية:

قد ينص القانون على أن سكوت الإدارية خلال فترة معينة اعتباراً من تقديم الطلب من صاحب العلاقة يساوي الرفض.

ولقد سبق أن عرضنا التحليل هذه القرينة والغاية منها حقيقية وقد تعترض القانون في حالات أخرى تنفيذ القرارات انطلاقاً من أن الإدارة ليس لها الوقت للرد خلال فترة معينة.

فالنص يتضمن مثلاً على قبول استقالة موظف من خلال قرينة عدم إعطاء الإدارة المختصة بالجواب خلال الثلاثة أشهر اللاحقة ومن الممكن أيضاً أن يستخلص القرار الضمني عن طريق تفسير بعض القرارات الإدارية الشكلية الأخرى.

فقرار تعيين موظف في مركز وظيفي من الممكن أن يؤدي – بالنسبة للحال المطروحة – إلى نتيجة مفادها أن القرار الذي قد عين بموجبه شخص آخر في نفس هذا المركز، هذا القرار يعتبر ملغياً، ومن الصعب جداً أن نسّلم بوجود قرار ضمني ينشأ في سلوك الإدارة.

فإذا كان للإدارة إمكانية التدخل بواسطة بعض الأعمال المادية مع تبرير ذلك بصورة لاحقة بواسطة تفرق يكون لم يعلن عنه بصورة رسمية وإنما تنشأ من هذه

الأعمال المادية نفسها، إذا كان الأمر كذلك، فإن هذا النوع من السلوك من الممكن أن يؤدي إلى خرق مبدأ شرعية الإدارية تشويه مفهوم القرار الإداري نفسه، وأن القرار هو إفصاح قانوني يحدد بصورة مسبقة ما هو القانون في حال فردية، في حين أن التحديد الضمني لحقوق الأفراد والتنفيذ المادي المباشر يشكل السمة المميزة لتحكم الإدارة في الدولة البوليسية.

وهنالك استثناء واحداً من الممكن قبوله لأسباب تتعلق بحماية الأفراد إذا كان سلوك الإدارة يعطي الانطباع خلال فترة طويلة إلى شخص حسن النية بأنه سبق إقرار مركز قانوني لصالح الفرد، في هذه الحال فمن الممكن مماثلة هذا السلوك القرار بالموافقة ولكن تغيير هذا السلوك يصبح أيضاً معادلاً لإلغاء هذا القرار بالموافقة، إلغاء لا يمكن قبوله دوماً.

والشيء الذي لا يمكن الاستغناء عنه هو أن القرار المكتوب يذكر دائماً أحكام القانون الذي يستند إليه وأسبابه المحددة بيد أن القانون يقتضي أحياناً ذكر بعض الأجور، فمثلاً كل لائحة إدارة عامة عليها أن تذكر في ديباجتها بأنها صدرت بعد أخذ رأي مجلس الدولة.

أسباب القرار:

إن ذكر أسباب القرار الإداري في نصه ليس ضرورياً إذا اقتضى القانون ذلك صراحة، وهذا هو أمر نادر وفي هذه الحال، فالأمر يتعلق بشكل داخلي كرسه القانون وأن أحال ذلك يؤدي إلى بطلان القرار.

بيد أنه سبق لمجلس الدولة اليوناني أن قبل مبدأ آخر مفاده أنه حتى في حال عدم وجود مثل هذا النظر القانوني أنه يجب ذكر الأسباب المحددة للقرار إذا كانت الصفة الخاصة له تفرض ذلك.

أما فيما يتعلق علاقة هذه القرارات، فنحن نهتم بها كثيراً هذا المبدأ القضائي يلزمنا أن نميز الأسباب التي يفرضها القانون من تلك التي تفرضها طبيعة القرار. فالأمر يتعلق بالشكل بالنسبة للحال الأولى بينما يتعلق في الحال الثانية بالرقابة على شرعية القرار لجهة الموضوع.

وينتج من ذلك انه يجب عرف الأسباب في نص القرار بالنسبة للحال الأولى، أن في الحال الثانية ممن أن تنشأ من وثائق أخرى مستمدة من الإضبارة.

الأشكال الخارجة:

هي الأعمال والأفعال الضرورية لاتخاذ القرار بصورة قانونية التي هي مستقلة، تلك التي تصدر عن نفس منشئ القرار وتلك التي تنشأ عن هيئات إدارية أخرى.

الأشكال التي تصدر عن منشئ القرار.

وقد تنجز هذه الأشكال بصورة مسبقة أو بعد إصدار القرار التنفيذي ومن بين الأشكال التي تسبق القرار التنفيذي الدعوة الموجهة طبقاً للقانون إلى الأفراد التي تنذرهم بالحضور أمام هيئة إدارية والنشر المسبق، الآراء التي تدعو الأفراد لتقديم اعتراضاتهم الممكن حول الصدور الوشيك للقرار "مثل الاعتراضات على تعديل خطة التنظيم...إلخ، ونفس الشي بالنسبة للصحف الذي تصدر قبل إصدار الرخصة.

فهذه الأعمال التحضرية من الممكن أن تثار تلقائياً من قبل الإدارة ودون وجود نص آخر في القانون.

ولكن في أية مرة ينجز بها إجراء ما ولو بصورة تلقائية، فيجب أن يكون صحيحاً ومقصوداً في الخطأ لأن عيب يمسه من الممكن أن يصدر بمشروعية القرار التنفيذي بقدر ما يتأثر به هذا القرار.

فمثلاً يستطيع البوليس أن يرفض الترخيص لمركبة دون ان يكون ملزماً تبيان السبب بيد أنه إذا كان قد يؤشر بالتحقق من قبل موظف اقترح منح الترخيص، فإن رفض هذا الترخيص دون سبب مقبول على أن تعتبر قراراً معيناً وأن يعارض هذا الرفض مع الاقتراح المناسب الذي حصل التحقيق الذاتي.

وهنالك شكل خارجي على قدر من الأهمية، هو الاتصال بإضبارة الموظف، وذلك من أجل أن يطلع على الشكاوي المقدمة ضده وبصورة تستطيع أن تقدم دفاعه على ما يرام.

ومن ثم فالعدالة تقضي أنه يجب إعلام الفرد من قبل الإدارة بكل قضية تمس مصالحه الحيوية.

نشر القرار: هو صيغة خارجية يفرضها القانون، وكي نعلم ما إذا كان له الصفة المنشئة أم مجرد الصفة المعلنة (المقررة).

وللنشر مبدئياً الصفة الأولى لا سيما عندما يتعلق بالقرارات التي يجب أن تنشر في الجريدة الرسمية.

فالنشر في هذه الحالات يجب أن يتم وفقاً لأحكام القانون، أي يجب أن يشمل كافة العناصر الأساسية التي تبرز صورة عن القرار مثل اسم خاص بالعلامة، التاريخ الصحيح..إلخ.

ومن ثم فهنالك مجال لأن نرى بأن إهمال عنصر عن أساس (مثل ظهور اسم الوزير إلى جانب صفته لا تؤدي إلى البطلان وإن التمييز بين النشر المنشئ والنشر المعلن له أيضاً أهمية علمية.

وما هو جدير بالطرح معرفة نوع القرار الذي صدر ولم ينشر، ثم تعدل في هذه الفترة التشريع الذي تستند إليه فلنفترض أن القانون يوجب أن تنشر في الجريدة الرسمية الترخيص الأساسي لإنشاء مدرسة.

وفي الأول من آذار قام الوزير المختص بمنح مثل هذا الترخيص للأستاذ (A) الذي يتوفر به كافة الصفات المطلوبة في القانون.

وفي الخامس من آذار وضع موضع التطبيق قانون جديد متضمناً صفات إضافية، على سبيل المثال شهادة دراسة خاصة لا تتوفر في الأستاذ (A) فهل من الممكن الآن أن يكون الترخيص قد نشر؟.

يجب أن نسلم بالحل السلبي عندما يكون للنشر طبعة إنشائية وهذا هو المبدأ.

لكن إذا كان للنشر – على سبيل الاستثناء – مجرد سمة كاشفة، فالترخيص الذي سبق له الاكتمال بصدوره وتبليغه، ينشأ من الآن فصاعداً عن كل تأثير ينشأ عن تعديل القانون، والنشر يتضمن النتائج الآتية:

لا يصبح العمل المنشور قابلاً للإلغاء اعتباره شروط القابلة للإلغاء واعتباراً من النشر يسري ميعاد الطعن لتجاوز السلطة.

وأنه حتى لو أخذ النشر الجديد صيغة تصحيح إلغاء في الجريدة الرسمية فهو لا ينشئ ميعاداً جديداً إلا إذا تضمن تعديلاً جوهرياً للقرارات، وليس التبليغ شكلاً من أشكال قرار سبق صدوره، وبالنتيجة فهو لا يؤثر بحال من الأحوال على شرعية القرار.

والعضو الإداري ذي خلاف فهو مشروع لدى المحاكم يستطيع أن يمارس وظائفه خارج المبنى الذي تقام عليه مصلحته، أو خارج الموقع الذي يوجد فيه مركزه.

وهذا الحل الأخير مرفوض من قبل **كورمان** الذي يرى أن القرار الذي صدر عن سلطة إدارية وحدث خارج مركزها أو بالأحرى خارج النطاق الإقليمي للدولة هو قرار باطل.

ومن الحسم – أيضاً أن قرارات رئيس الدولة التي تصدر في الخارج هي قرارات مشروعة شريطة أن لا ينص القانون على إقامة وصاية أثناء غيابه.

وطبقاً لاجتهاد مجلس الدولة الفرنسي ماذا نص قانون البلدية المتضمن حول المساعد محل العمدة أثناء غيابه، هذا النص لا يرقب بطلان قرارات العمدة التي تصدر خارج التقسيم الإدارية للقرية إذا كان هذا الابتعاد لا يعيقه في ممارسة وظائفه ومن الممكن يطبق هذا المبدأ بصورة عامة باستثناء بعض الحالات التي ينص فيها القانون على عدم الاستغناء عن الحلول ونفس الشيء عندما يعلق القانون أهمية خاصة على وجود الموظف في مركز عمله.

النشر: إن الهيئات الإدارية حتى الجماعية فيها غير ملزمة بأن تنطبق بقراراتها علناً، وبذلك فالنشر يكون مفروضة في بعض الحالات وبصورة استشارية، مثل جلسات المجالس البلدية التي جب أن يكون لها صيغة معينة، وفي حال افتقارها إلى ذلك فهنالك بطلان في القرار.

وفي حال العكس، فالقانون يفرض غالباً الجلسة السرية بالنسبة للهيئات الجماعية، وفي هذه الحالات فإن مخالفة السرية إلى بطلان القرار الصادر.

المحاضر: كثيراً ما يوصى بتنظيم محاضر تتضمن قرار الهيئة الجماعية ومناقشاتها، إذ من الممكن أن تكون هذه الوثيقة ذات فائدة عند إثبات شرعية القرار وأسبابه...إلخ.

بيد أن قرار الهيئة الجماعية لا يعتبر باطلاً انطلاقاً من واقع عدم تنظيم المحاضر.

ولكن افتقار القرار، في هذه الحال المطروحة إلى المحاضر يعتبر مجرداً من السبب القانوني، إذا لم يستمد في وثيقة أخرى.

في جميع الأحوال فالعيب الذي يمس المحضر لا تغير بشرعية القرار إذا كان مشروعاً.

يجب أيضاً أن يصدر قرار الهيئة الجماعية أثناء الجلسة وعلى أثر مناقشة وإن وضع تواقيع الأعضاء في أسفل المحاضر المنظمة بصورة سرية وبالصفة الشخصية لا يشكل قراراً، اللهم إلا إذا لم يكن هنالك بديل للجلسة ومع الأخذ بعين الاعتبار الاستشارات التي ينص عليها القانون.

الفرع الأول
الأشكال الناشئة في إطار التعاون مع هيئة أخرى

ﷺ الممكن أن يكون لهذا التعاون شكل الرأي، الاقتراح، أو التصديق.

القرار الصادر بعد أخذ رأي أن هيئة أخرى لا يشكل مع هذا الرأي عملاً متحداً.

في تبين حيز لرأي معاكس يستخلص تبين مفادها أن إهمال رأي المنصوص عنه في القانون تؤدي دائماً إلى بطلان القرار وتلك النتيجة التي من الممكن ان تكون مستخلصة من فكرة أخرى مفادها أن الآراء المنصوص عنها في القانون هي دائماً جوهرية وإن إهمالها يؤدي إلى بطلان القرار.

نحن نعتقد أن القرار الصادر بعد أخذ رأي جهة هو فقط التعبير عن إرادة الهيئة المختصة، أي منشئه القرار التنفيذي بالنتيجة فهو ليس محصلة اتخاذ ارادتين ذلك الذي يقودنا إلى مفهوم القرار المتحد.

وأبعد من ذلك، فلماذا يستطيع القرار الصادر عقب أخذ رأي جهة أخرى أن يكون له مضمون مخالف لذلك البشري، وهو ما لا يستطيع بصورة إذا كان القرار يعتبر عملاً متحداً.

الآراء: تطلق تسمية الرأي على التعبير عن رأي هيئة هي عادة جماعية وتتمتع بمعرفة فنية تتعلق بشرعية وملاءمة قرار معين.

وفي أكثر الأحيان فالقانون يسمح بمنشئ القرار التنفيذي أن يوضح بواسطة رأي مضمون القرار على أن تبرز له حرية القرار النهائي وهذه هي حال الرأي البسيط حيث الصفة الاستشارية منه تتجدد في ضرورة صدورها دون أن تلزم في اتباعها.

وإن التعارض بين مضمون القرار التنفيذين ومضمون الرأي ينشئ – عادة – لدى منشئ هذا القرار الالتزام تنفذ على أسبابه المحددة وإذا ما اقتضى القانون وجود "الرأي المطابق" أو "الرأي الحتمي" فالسلطة المختصة لا تستطيع مطلقاً أن تتصرف بما يخالف الرأي، ولكن هذا لا يعني القول أنه يجب الخضوع له بصوت صمته.

فهنالك أيضاً طريق الامتناع عن العمل، وإن الإجراء الإداري الذي باشر يأخذ الرأي قد يتوقف، وهذا أمر عادي وقد يتطلب القانون "الرأي الملزم" وهذا هو المفهوم يساوي القرار.

فالقرار الطابق الذي يتبع هذا الرأي الملزم ليس إلا استمراراً لسلسلة من الأعمال القانونية التي تنشئ العملية الإدارية المركبة وإن العملية الإدارية المركبة تختلف عن القرار الذي يصدر بعد أخذ الرأي، لأن العملية تتكون من سلسلة من القرارات التنفيذية في حين أنه ليس للرأي هذه الصفة.

وهذا الذي تطلق عليه "اقتراح" ليس إلا الرأي المطابق، مع الفارق بأن الرأي يدار من قبل منشئ القرار التنفيذي، في حين أن الاقتراح ينشأ من الهيئة التي تتصرف بصورة تلقائية إن التوقيع المقابل للوزير هو نوع خاص من أنواع الاقتراح – وطبقاً للمبدأ الدستوري فهو شرط لا غنى عنه للمشروعية.

إن التوقيع المقابل لهيئات أخرى له نفس الأهمية، فهو يرتب مسؤولية الهيئة، ولكنه لا يشكل – مبدئياً- صيغة لا غنى عنها لشرعية القرار.

إن جميع الأحوال التي يستوجب القانون فيها رأياً بسيطاً كان أم مطابقاً، فالسلطة التي يوجه إليها الرأي تختص لمرقبة الشرعية وهذا الحق ليس إلا تعبير عن سلطة الرقابة الرئاسية على اعتبار أن الآراء توجه عادة إلى الرئيس الأعلى...

وهذه الرقابة الموضوعية فقط على شرعية الرأي قائمة أيضاً في حل الرأي الفاعل أو الملزم، لأن القانون الذي يلزم سلطة إدارية بأن يتطابق عملها مع ذلك الرأي، لهذا الرأي أنه غير معصوم بعيب عدم الشرعية.

الفرع الثاني
نتائج إهمال الأشكال – الأشكال الجوهرية – وغير الجوهرية

والأشكال وفقاً لأحد الآراء – بشكل مجموعة من القواعد الداخلة التي ليس لمخالفتها أية نتيجة على شرعية القرار.

وهذا الرأي لا يتفق مع مفهوم الدولة القانونية الذي يتضمن خضوع الإدارة للقانون، وهنالك رأي آخر موضع معارضة باستمرار مفاده أن كل شكل مفروض تحت طائلة البطلان وانطلاق من حقيقة أن القانون يضمن ذلك ودون ضرورة النص على أن مخالفة الشكل تؤدي إلى البطلان.

ونحن نعتقد أن هنالك مجالاً لأن نشير هنا إلى التمييز القديم في القواعد القانونية من القواعد العاملة، والقواعد غير الكاملة، ونقرأ أيضاً أن القوانين هي فقط التي تفرض بعض الأشكال الجوهرية الت تخص القواعد الأولى وإن مخالفة هذه القوانين فقط تؤدي إلى بطلان القرار.

ولكن المطروح في هذه اللحظة هو مسألة التمييز بين الأشكال الجوهرية والأشكال غير الجوهرية أو الثانوية.

على حد رأي أحد الفقه:

فالأشكال المنصوص عنها في القانون أو باللوائح الإدارية العامة هي فقط جوهرية، في حين أن تلك الأشكال المنصوص عنها باللوائح الإدارية ليست إلا أشكال داخلية ذات أهمية ثانوية تماماً، وإن صدورها لا يغير بشرعية القرار وفي رأينا أن هذا الحل لا يمكن أن يكون منضبطاً.

وبالتأكيد فالشكل المفروض بنشره وزارية لا يمكن أن يعتبر قانوناً كاملاً لسبب بسيط هو أنها ليست قانوناً، ولا يمكن أن تكون إلا ناقصة.

وأن المبدأ المتضمن أن مخالفة النشرة لا تشبه مخالفة القانون حتى ولدتهم الأمر بمعناه الواسع جداً – فهذا المبدأ يقودنا بسهولة إلى نتيجة مفادها إن إهمال الشكل المنصوص عنه بالنشرة الوزارية لا يمكن أن تؤدي إلى بطلان القرار.

ولكن مع التحفظ بالنسبة لهذه المجموعة من الأشكال المنصوص عنها بالنشرة البسيطة بالمعيار المقترح غير قابل للنطق وأن شكلاً ما جوهرياً من الممكن أن يكون مفروضاً – بلا تمييز – بالقانون، باللائحة بقرار وزاري، أو في المحافظة... إلخ، بالاستناد إلى تفويض قانوني وبالنتيجة فليس هنالك إلا المعيار الموضوعي الذي يمكن أن يكون مفيداً.

وهذا يعني أن على القاضي أن يمارس تقديره في كل حال وأن يبحث عن الفرق المقصود من الشكل من أجل أن يعم – إذا كان ضعيفاً- ما هو الضمان المقدم للفرد وما هي النتائج الحقيقية المترتبة على إهماله، وفي النهاية ما هي الشكل التي يتركها هذا الإهمال على شرعية القرار.

وفي هذا التقدير، فالقرينة دائماً لصالح الصفة الجوهرية للأشكال تبعاً للمبدأ المتضمن أن "القانون الكامل" هو القاعدة في القانون العام، وفي النتيجة فإن إهمال الشكل يؤدي غالباً إلى بطلان القرار.

وكما هي حال الرأي المسبق في دعوة فرد أمام مجلس إداري متداول في قضية شخصية، وفي الحال التي تضمن السرية في المسابقات من أجل تعيين الموظفين والسرية التي تمس الانتخابات في أي نوع، وفي حال الاتصال بالحلف في الإجراءات التأديبية...إلخ.

وبصورة استثنائية فقد اعتبرت أشكالاً غير جوهرية التوقيع على محضر من قبل السكرتيرة إلى جانب توقيع رئيس الجمهورية، الإعلان عن تعديل وشيك في خطة تنظيمية "إذا تبين من الملف أن الفرد على الرغم من ذلك الإهمال قد أعلم بالإجراء الذي وجه إليه"، إهمال الذكر في المحضر أن الجلسة قد أجريت بصورة سرية.

وهنالك أشكال أخرى ذات صفة مختلطة لا يؤدي مخالفتها إلى البطلان إلا إذا برهن الفرد أن هذه المخالفة لها نتائج ضارة جداً على مصالحه.

وإننا نعدد مثلاً على ذلك: لنفترض أن القانون تلزم بنشر وثيقة بصورة مسبقة خلال شهر قبل إصدار القرار، فإذا ما تم ذلك خلال عشرة أيام فقط قبل

الإصدار، فهذا لا يرتب بطلان القرار التنفيذي إذا ما تبين أن الفرد قد أحيط علماً بالوثيقة، وأنها أعلمت إدارته.

ففي هذه الحال نستطيع القول أن الشكل يقسم إلى قسمين: النشر وهو إجراء جوهري، ثم المعيار وهو غير ذلك؟ وذلك أن كان هذه المخالفة لا تعتبر حقيقة بمصالح الفرد.

وتبعاً لهذا التمييز بين الإجراءات الجوهرية وغير الجوهرية، فالاجتهاد يمكن من عيب الشكلية التي تقع عقبة في طريق السير المنتظم اللائحة الإدارية، ومن أجل أن يضمن في نفس الوقت إدارة سليمة كل ذلك ضمن حدود الغايات التي رسمها القانون.

ولقد أطلق **فالين** على ذلك تسمية "الشكلية المخففة وفي جميع الأحوال فإن بمخالفة الشكل حتى ما هو غير جوهري مع إلغائه للقرار السلبي، فهو يرتب دائماً مسؤولية العضو الذي آثره تبقى في الاهتمام.

فالسلطة الإدارية لا تتحلل من الالتزام فالتقيد بالأشكال المنصوص عنها والقانون، حتى إذا ما أعلن الفرد بأن ليس له مطلب حول هذا التقيد.

وهذا يعني أن الأشكال ليس منصوصاً عنها – مبدئياً- لمصلحة الأفراد وهنالك شيء آخر إذا لم يتقيد الفرد بالإعلان عن إرادته، وإنما باشر سلوكاً يتضح منه أن مصالحه لم يصبها عنه من جراء إهمال الشكل سبب قانوني كاف.

فلنفترض أن مالك أرض باشر في بناء بيت دون كل الرخصة المنصوص عنها في القانون.

فبناء بيت دون طلب الرخصة في البناء يكون مطابقاً للوائح السارية والسلطة المختصة لا نستطيع قمع التقدم في العمل أو الضغط على المالك بالتزود بالرخصة العفوية.

فهل تستطيع الإدارة بعد مرور عدة سنوات أن تنذر المالك بغية بهدم منزله لأنه بني دون رخصة.

فالحل الإيمائي يصبح قاسياً جداً، لأن البناء إذا كان مطابقاً للوائح "التنظيمات" فعندئذ يكون الافتقار إلى الرخصة قد غطي في إهمال السلطة الكامل في عدم

معارضتها إقامة البناء ومن الواجب اعتبار هذا الإهمال معادلاً للرخصة الضمنية ونفس الشيء إذا ارتفع البناء بالمخالفة للوائح (المنظمات) في هذه الحال، فعدم الشرعية المرتكبة في هذه المخالفة من الممكن أن تبرر في أية لحظة نظام الهدم.

وبصورة عامة فلا نستطيع استنتاج وجود قرار ضمني حتى إذا ما تطلب القانون بصورة غير مباشرة الشكل الكتابي وكما هو الأمر عندما يفرض القانون نشر قرار مختصر عنه في الجريدة الرسمية.

وبالنتيجة، فالتعينات الضمنية للموظفين المقبولة أحياناً في الاجتهاد الألماني لا يمكن أن تحدث.

الشكل الكتابي: يجب أن يحتوي الشكل الكتابي على الإفصاح عن إرادة منشئ القرار وتوقيعه، ونفس الشيء بالنسبة للتوقيع المقابل للهيئات المختصة.

وإن التوقيع الموضح بصورة ميكانيكية لا يمكن استبعاده.

وإن نقص التوقيع المقابل لا يؤدي إلى بطلان القرار مع التحفظ فيما يجب على الوزراء أن يضعون على المراسيم.

وأن توقيع الهيئة المختصة في أسفل رأس صادر عن سلطة أخرى والسؤال المطروح هو هل يمكن أن يحل محل توقيع هيئة مختصة الموافقة المعطاة من بعيد ...

لقد طرحت هذه الحال عام 1942 في اليونان، عندما كان الملك في الخارج منتظراً نتيجة الاستفتاء الشعبي، والوصي على العرش لم يكن قد عين لقد اتصلت الحكومة ترقباً بالملك حول مضمون بعض المراسيم، ثم قام الملك بإعطاء موافقته بنفس الطريقة.

لقد حكم مجلس الدولة، بأنه على الرغم في تعارض هذا الأسلوب مع المبادئ العامة للقانون الدستوري، فلا يمكن أن نستنتج بطلان القرارات والتي تم الواقعة عليها (والتي لا يحمل توقيع الملك)، مفترضاً أن مركز الدولة أثناء التحرر هو فرز صعب جداً ومعرض للزوال والأمر إذاً يتعلق بحال استثنائية جداً.

فقد يتضمن القانون أن هنالك عدة حالات للتنفيذ بالشكل، يترك الخيار للهيئة المختصة.

وقد ينص القانون مثلاً على أنه من الممكن أن تكون دعوة إعلان أصحاب العلاقة إلى جلسة مجلس الاستملاك عامة سواء عن طريق الصحيفة المحلية أو عن طريق الإعلان على مدخل مكتب هذا المجلس ولقد أقر الاجتهاد بأن على السلطة في هذا لحال أن تختار الطريق الأكثر فعالية من أجل ضمان الغاية من الشكل فإذا كان هنالك صحيفة محلية، فالدعوة تحب أن ترديها لأن ذلك هو أفضل وسيلة من حل معرفة الفرد بالقضية التي تمسه الإهمال إذا لم يكن هنالك أسباب مشروعة تخضع قبل هذا النشر كما أن الإعلان البسيط عن الدعوة لا يكفين وفي حال حدوثه فهنالك تقيد معين بالشكل الجوهري.

وليس ضرورياً أن يذكر في نص القرار التقيد بالشكل وعلى القاضي أن يبحث عن الدليل في الأجزاء المختلفة للحلف الإداري تنظيم بصورة آية العمل الذي يصدر بمقتضاه القرار.

وبالنتيجة فعلى القاضي أن يقتنع بحقيقة أن الشكل قد تم التقيد به، دون أن يكون عليه تمحيص ما إذا كانت تستجيب بصورة أكثر ملاءمة للغاية التي رسمها القانون.

ولكن هنالك ملاحظة سبق إبداؤها أعلاه أن ذلك الرأي ليس دائماً مشروعاً.

وبالفعل فإن شكلاً ما لم يتم التقيد به يتساوى في الأهمية وهذا ما نجده في حال وجوده في جلسة مجلس على الرغم من عدم وجود الدعوة المسبقة المفروضة بالقانون، أو ما يتعلق أيضاً بتقديم دفاع من موظف متهم دون معارضة منه حول النقض في الاتصال بأجزاء إضبارته.

فالأمر يتعلق هنا بإهمال الطلب المشار إليه المتعلق بالتقيد بالأشكال، وإنما يتعلق بمركز موضوعي يثبت عدم نشوء أي نتيجة ضارة بالقرار.

الفرع الثالث
بعض القواعد المتعلقة بالتقيد بالأشكال

العمل القانوني الذي ينشئ الشكل تخضع لكافة القواعد المتعلقة بالأعمال الإدارية.

وعلى هذا الأساس، فالرأي يجب أن لا يصدر الأمر قبل الهيئة المختصة الموجودة والمكونة بصورة قانونية.

يجب أن يتضمن رأي الهيئة في الموضوع المعالج دون أن تحيل ذلك الرأي أو تعوض سلطتها إلى هيئة أخرى، حتى السلطة الرئاسية.

وأن رأي المجلس الذي يختتم بالعبارة "إننا نحيل إلى حكم الوزير"، هذا الرأي يخالف القاعدة المذكورة، وفي النهاية فهو غير قانوني.

الشكل المهمل:

ويجب التقيد بالأشكال في اللحظة التالية، فعلى سبيل المثال فالرأي يجب أن يسبق دائماً القرار التنفيذي من أن رأياً صدر عقب قرار تنفيذ يتأثر عادة بالمركز الناشئ وليس له نتيجة قانونية.

يجب أيضاً أن لا تكون لحظة صدور الرأي بعيدة عن صدور القرار التنفيذ لأن الهيئة التي تصدر الرأي جيب دائماً أن تفتح أعينها على المركز القائم لا على المركز الذي لم يلد بعد، ذلك المركز الذي يخضع لتغيرات الظروف الزمنية.

وإن رأياً سابقاً لهذا يجب أن يتكرر كي يكتسب أحقيته القانونية.

وهذا المبدأ ليس للتطبيق على الأسباب المحددة التي يجب أن توضع قبل صدور القرار وليس بصورة لاحقة له.

ومن الواجب اتباع الأشكال حتى في حال الضرورة لأن القانون الذي فرضها لديه بالتأكيد الاطلاع على هذه الحالات الاستثنائية التي هي محتملة الحدوث أثناء سير المرافق العامة.

وإذا لم ينص القانون على الاستثناءات، فهذا يعني أنه يفرق الأشكال حتى بالنسبة للحالات الاستثنائية ولقد تسامح الاجتهاد فيما يتعلق بإهمال الأشكال أثناء فترة اجتياح العدو عام 1940 ولكن في مثل تلك الحالات الملوية للقوة القاهرة ذلك المفهوم الأكثر طبيعياً في حال الضرورة والتي تبرر – بالمعنى الضيق للكلمة – عدم التقيد دائماً ببعض الالتزامات، من عدادها ممكن أن تضيف بعض أنواع الأشكال.

وفي بعض الأحيان فإن تعميم هذا المبدأ خطر مثله وفي ذلك مثل غموض ومرونة فكرة الظروف الاستثنائية.

ومع ذلك فما يجب تحقيقه أن الإدارة لا تعتقد أنها مفوضة بسبب غموض هذا المفهوم بارتكاب بعض الشذوذ ذات التي من الممكن أن تؤدي إلى لمساته استعمال السلطة.

فإذا ما أثر هذا الرأي غير القانوني في التعيين، فالتعيين باطل باعتباره قراراً يستند إلى أسباب غير قانونية.

وبمعنى آخر، فإذا ما تصرفت الإدارة على خلاف الرأي المعطي، فعليها أن تثبت سلوكها بصورة واضحة ومحددة، في حين أن مثل هذا الالتزام لا يتوفر إذا لم تطلب السلطة الإدارية الرأي المشار إليه...

وهذه المبادئ نفسها قابلة للتطبيق على الأسباب التي تصفها الإدارة تلقائياً في قراراها.

سلطة الإدارة التقديرية

عموميات... تتمتع الأجهزة الإدارية غالباً، في ممارسة اختصاصاتها بما يسمى السلطة التقديرية وإن مسألة تحديد هذا المفهوم، الذي ناقشه الفقه مناقشة مسهبة ومسألة تحديد ممارسته ستبحثان في الفقرات التالية:

من المناسب أن نميز أولاً بين سلطة الإدارة التقديرية وبين الحرية التي تتمتع بها بعض أجهزة الدولة الأخرى.

التصرف الحر في ممارسة السطلة العامة إعمالاً:

السلطة المؤسسة: إن الحقوق بحسب النظرية الوضعية التي فرضت نفسها عموماً، ليست منظومة الأوامر الملزمة، الطبيعية أو الفيزيائية، وإنما أنشاتها الدولة التي تستطيع لهذا السبب إنشاء الأوضاع القانونية أو تعديلها.

ومع ذلك لا تفهم هذه الحرية دائماً بالطريقة ذاتها فإن الحرية في ممارسة السلطة المؤسسية تختلف اختلافاً أساسياً عن تلك التي تتمتع بها السلطات "المؤسسة".

إن نظام الدولة، أي دستورها، محدد بعوامل اجتماعية ونفسية واقتصادية، لا يقع تحليها في دائرة الحقوق ومن جهة أخرى ربما لا يستطيع علم الحقوق أن يبحث فيما إذا كانت الاجهزة المؤسسة مطابقة تماماً للضرورات الناتجة عن هذه العوامل، كما لا يستطيع هذا العلم أن يبحث عن وجود مؤيدات لمخالفة هذه الضرورات.

ومنذ ذلك الوقت تكون حرية المؤسسين من الناحية القانونية، مطلقة عرضه للموافقة أو التهديد.

إن نظرية **كلسن** المفضلة في ان المشّرع الدستورية يستمد اختصاص من القانون الأصلي الذي يقتضي بالآتي: أطيعوا ما تأمر به السلطة "السيدة".

وهذه الأوامر ليست سوى التقييد المنهجي عن العوامل المذكورة أعلاه، إن المعيار الأصلي ليس سوى التعبير عن مجمل الاحتياجات والحركات الاجتماعية التي تؤدي إلى تأسيس الدولة بهذه الطريقة المحددة أو تلك.

ومن جهة أخرى إذا كانت السلطة المؤسسة تجد نفسها مقيدة ببعض قواعد القانون الدولي، فإن هذا التقييد يتعلق بالعلاقات الدولية وليس بالقيمة القانونية لأحكام الدستور التي قد تخالف المعاهدات الدولية عند الاقتضاء، إذ أن السلطات والأفراد على الرغم من هذا التناقض، خاضعون عادة بنصوص الدستور.

وعلى ذلك فإن حرية المؤسسين، المستثناة من كل تحديد قانوني هي مفهوم يختلف كل الاختلاف عن حرية السلطة التقديرية.

حرية السلطات المؤسسة – منذ انتهاء فعل العوامل الاجتماعية وغيرها إلى وضع القانون الأساسي (أي الدستور ينشأ حد قانوني لحرية السلطات المؤسسة)، وإن كان وجود مثل هذا الحد يتيح بحث هذه الحرية بحثاً قانونياً، وكذلك يبحث المؤيدات القانونية التي تنتج عن مخالف هذه الحدود.

ومع ذلك فإن الحرية التي ترافق ممارسة وظائف الدولة الثلاث تكتسي صفات مختلفة، خاصة بطبيعة كل من هذه الوظائف.

الفرع الأول
حرية الوظيفة التشريعية

حرية المشّرع: إن عمل المشّرع لا يقف إلا عند حدود نصوص الدستور فيما تتحدد حرية الوظيفة التنفيذية بإحكام الدستور وأحكام القوانين العادية، بذلك يتضح أن حرية المشّرع تختلف اختلافاً جوهرياً عن السلطة التقديرية.

إن حرية المشّرع أكثر اتساعاً من سلطة الإدارة التقديرية فهي تشمل كامل مجال العلاقات القانونية التي لم ينص الدستور على شيء منها، وهذا ما يؤلف القسم الأعظم من هذه العلاقات القانونية إذ أن الدستور لا ينظم حقوق الأشخاص والتزاماتهم إلا بصورة استثنائية وبالعكس فالسلطة التنفيذية تجد نفسها مقيدة بالقانون في جميع الحالات التي يحكم القانون فيها الموضوع أو عاجزة في العمل من حيث أنها لا تملك القدرة على تحديد إرادة أياً كان عندما لا يتضمن القانون نصاً من الموضوع.

وإن حرية المشّرع مقيدة بالدستور وحده، غير أن الفقيه **دوغي** أدخل قيداً جديداً: هو القانون الموضوعي ففي رأيه لا يكون القانون صحيحاً ما لم يكن متفقاً مع هذا القانون الوصفي والذي يتمثل في الرأي العام الصادر من المجتمع بشأن الحق.

ونحن لا نقبل بهذه النظرية التي لم تتمكن من تحديد المقصود بهذا القانون الموضوعي، إنه غموض هذه الفكرة تشكل خطراً على النظام العام إذا ما أقر للمواطنين والموظفين العموميين حق عدم الامتثال للقوانين التي يرون أنها مخالفة للقانون الموضوعية أي للرأي الاجتماعي، وحتى أن ثمة أسباب للاعتقاد إن **دوغي** نفسه حصر تفكيره بالمؤيدات السياسية الواجبة التطبيق عند حصول نزاع بين القانون الوضعي والقانون الموضوعي، وهذا هو معنى نظريته القائلة: إذا تنازع القانون مع الحق الوضعي على نحو جلي فإن تنفيذه قد يسبب ثورة وإن السلطات العامة التي تتخلى عن تنفيذه.

ثم إن حرية المشّرع تختلف عن السلطة التقديرية لسبب آخر هو إن المشّرع يختار القواعد القانونية من خلال تقديم الميول وركود العقل الاجتماعية تقويماً حراً، في

حين أن الجهاز الإداري هو دائماً في خدمة القانون وإن مهمته تكمن في بحث أفضل الطرق للإنجاز إرادة المشّرع، ينتج عن ذلك أن الأمر يتعلق بمفهومين يختلفان اختلافاً جوهرياً.

الفرع الثاني
حرية السلطة التنظيمية

وللأسباب نفسها لا يمكن الكلام عن وجود سلطة تقديرية في ممارسة السلطة التنفيذية التي ليست من الناحية المادية سوى إظهار للسلطة التشريعية، ومع ذلك تشبه السلطة التنظيمية، في بعض الحالات، سلطة الإدارة التقديرية مثال ذلك عندما ينص القانون على أن "التدابير" الضرورية للوقاية من الحريق تصدر بمرسوم".

إن دور الجهاز الإداري هو تحقيق مفهوم "الإجراء اللازم" المفروض بالقانون، وهذا يشبه على نحو فريد السلطة التقديرية، هنا يخضع العمل التنظيمي للرقابة، للتأكيد من إذا كان الجهاز الإداري قد تصرف ضمن حدود هذا المفهوم، وفي حال النص، يعتبر أنه قد تجاوز سلطته.

الفرع الثالث
حرية السلطة القضائية

الحرية في تنفيذ القانون: سمات مشتركة بين الوظيفتين التنفيذية والقضائية، تقول نظرية على شيء من الانتشار أن أجهزة الوظيفة التنفيذية وأجهزة الوظيفة القضائية تعمل على تنفيذ القانون، لأن الحكم يعني تنفيذ قانوني شرعيته محل نزاع.

إن هذه النظرية التي تشبه الوظيفتين يجب أن ترفض لأن طبيعة أحدهما تختلف عن طريقة الأخرى كما تقدم القول.

ومع ذلك لا يمكن أن ننكر تشابه العمل المنطقي للوظيفتين فالمحاكمة، بالنسبة إليهما تكمن في اخضاع المفهوم الخاص الذي هو الحالة الفردية للنص العام الذي هو القاعدة القانونية، والنتيجة تؤلف العمل الصادر.

إن هذا التشابه يصبح أكثر خصوصاً في حالة عدم إداري إلزامي، ينص القانون مثلاً على أن المراكز الشاغر يشغله المرشح الذي ورد ترتيبه الأول في لائحة القبول، فإذا فاز ذلك بالدرجة الأولى، فإن الوزير يصدر أمراً بتسميته، والقاضي يفكر بطريقة مماثلة، فالقانون المدني يعترف بمن يحوز عقاراً لمدة عشر سنوات مالكاً، فإذا حاز زيد عقاراً ما مدة عشر سنوات يجب أن يعترف به مالكاً للعقار المذكور.

نبحث عن وجود مثل هذا التشابه في حالة قرار، ولو لم يكن ملزماً يتوقف على تقدير معين من القاضي أو الجهاز الإداري على السواء.

ينص القانون مثلاً على أن الوزير المختص يحدد بقرار ارتفاع الأبنية فبعد تقدير الظروف الخاصة بالشارع يحدد هذا الحد الأقصى بعشرة أمتار.

ومن جهة ثانية ينص القانون على أن القاضي يستطيع إعطاء القرار بتوزيع العقار بين المالكين أو بالبيع: فإذا دفع إليه صاحب العلاقة القضية فإنه يعتمد الحل الثاني، كما يمكن أن نذكر حالتي تحديد مدة عقوبة تأديبية وهذه عقوبة قضت بها المحكمة، فهل يمكن التأكيد أن العمل هو نصه حتى في هذه الحالة الأخيرة.

إن حكم القاضي لا يماثل السلطة التقديرية – على الرغم من تشابه العمل المنطقي الذي قد يؤثر فيه للوهلة الأولى، لا يجوز أن ننسى أن الطبيعة المختلفة لكل من الوظيفتين أدلى نصه، اختلاف الأعمال الصادرة عن كل منهما وهكذا فقرار القاضي يختلف بطبيعته عن العمل الإداري، فيفوض القضية المقضية التي تفرض قرار القاضي كحقيقة موضوعية يعتبر الحل المعطى تطبيقاً سليماً للقانون.

وأمام غموض نص في القانون يجب على القاضي أن يشعره على ضوء الخبرة المكتسبة للوقوف على معناه الحقيقي.

إن القانون يتطلع دوماً إلى حل واحد ووحيد : عدة حلول ممكنة أو اختيار حر بينها هي عناصر لا تنطبق مع القضية المقضية الصادم وبالعكس تماماً إن ذلك مفهوم عندما يتعلق الأمر بعمل إداري، الذي هو عبارة عن عمل مجرد من قوة القضية المقضية ويمكن نظرياً إلغاؤه.

وعليه يميز الرأي السائد عن تقدير القاضي المرتبط بالقانون من السلطة التقديرية للإداري الذي يملك الحرية في اختيار حل من الحلول القاضي يستخدم تقديراً مقيداً، لأن الحل الذي يعطيه هو الحل الشرعي والموضوعي الوحيد، هو الحل الذي كان المشّرع نفسه سيختاره، عندما يحكم القاضي بالحبس مدة سنتين، فإن هذه العقوبة هي نظرياً العقوبة العادلة الوحيدة والشرعية الوحيدة، كما قد توجد، من الناحية الذاتية، حلول أخرى، أما من الناحية الموضوعية، فلا يمكن أن تكون عقوبة السنتين مثلاً وعقوبة جرعتين في آن واحد، يعني ذلك أن القانون لم يترك القاضي الخيار بين عدد من العقوبات الشرعية بل ألزمه بالبحث عن العقوبة التي هي المشّرع نفسه سينهز لها فيما لو عرضت عليه القضية، وهذا هو السبب في أن القاضي لا يملك الحق في الأخذ بآرائه الشخصية حول سبب المعاقبة حول المسائل الفقهية الأخرى، بل عليه أن يبحث عن رفع القانون التقييد بها دون غيرها، أما الجهاز الإداري فهو علماً العكس يبيح القانون أن يبحث بين خليط عدة، جميعها عادلة وشرعية عن الحل المفضل لديه.

هكذا، في التقدير المقيد، يضع القاضي نفسه تحت تصرف القانون يقرر ما كان سيقرره أي قاضي آخر في محله، في حين أن الجهاز الإداري، في حال السلطة التقديرية، مخولاً أن يقرر بصورة حرة في الحدود المنصوص عنها كيفية تنفيذ القانون.

الفرع الرابع

القاضي يعبر عن إرادة القانون والمدير يعبر عن إرادته

إن القاضي الذي يحدد مدة العقوبة أو مقدار التعويض أو وجود سبب للطلاق يوضح فكرته كما يلي: "بحسب تأويله إن القانون يريد هذا" فيما يقول الجهاز الإداري: "باسم القانون وبناء على ترخيصه أريد هذا".

إن هذا التمييز الأساسي بين حرية القاضي وحرية المدير هو نتيجة التمييز الأساسي بين الوظيفتين.

وإذا ما استبعد هذا التمييز الأخير لما جرى البحث بعد ذلك عن اختلاف بين تقدير القاضي وتقدير المدير، وعلى ذلك تسلم نظرية **كلسن** بأن هذا الاختلاف كمي ومناديه في الوقت نفسه بأنه لا يوجد من الناحية المادية سوى وظيفة واحدة.

هل يملك القاضي سلطة تقديرية في مواد القضاء الولائي يقول أحد الآراء أن القاضي، من كل هذه المسائل مقيد بالقانون ولا يملك أي سلطة تقديرية، ومع ذلك في الحقيقة هي أن القاضي، في هذه الحالة لا يمارس، من الناحية المادية، وظيفة قضائية، بل يتصرف كجهاز إداري تخضع أعماله لأسباب خاصة لضمان الأشكال والأصول القضائية فإذاً ما من سبب لمشابهة مهمة القاضي هذه بعمله القضائي المضاد.

الفرع الخامس
حرية الإدارة في غياب القانون

ينتج عما تقدم عدم إمكان البحث عن السلطة التقديرية إلا من جعل الوظيفة التنفيذية، فلنرى عن قرب كل مئة من أعمال الوظيفة.

الحرية المطلقة: أي العمل الكلي غير معروف في دولة القانون العصرية التي تخضع الإدارة فيها عموماً إلى القانون وحتى عندما لا ينص القانون على الموضوع – وتلك حالة غياب القانون – ليست حرية الجهاز الإداري إلا ظاهرية، فإذا كانت المسألة من تلك المخصصة للقانون بمقتضى الدستور كالعقوبات والضرائب، فلا يستطيع الجهاز الإداري التمسك بأي اختصاص نظراً غياب القانون أو الامتناع هو النتيجة.

وأحياناً تدخل المسألة في نطاق العمل الحكومي، فالقانون مثلاً لا ينص على حالات إعلان الحرب أو الانضمام إلى المعاهدات الدولية، إن غياب القانون راجع إلى طبيعة هذه المواضيع التي تتضمن ترك حرية للسلطة التنفيذية غير أن هذه الحرية لا يمكن تشبيهها بالسلطة التقديرية.

إن غياب الرقابة القضائية على الأعمال الحكومية يجب أن لا يقودنا إلى فكرة وجود سلطة تقديرية.

وسنرى في النصوص التالية أن غياب الرقابة ليست السمة التي تميز السلطة التقديرية.

فالقاضي الذي يعتبر أن قرارها طبقاً لرقابته يتسم بالسمة الحكومية يجب أن يتمتع عن كل رقابة بدون التزام بالبحث عما إذا كان منشئ القرار عند إصداره يتمتع بسلطة تقديرية أم لا.

فالطبيعة الحكومية هي التي تستبعد الرقابة وليس السلطة التقديرية، يعني ذلك أن الحرية الحكومية تختلف في الأساس عن السلطة التقديرية.

لهذا فإن هذه الحرية سلطة تقديرية مطلقة لا توضح الأجور وأخيراً إن المادة التي يكون القانون باعث بشأنها لا يمكن أن تدخل في النطاق المخصص للقانون ولا في

النطاق الحكومي، فهل يمكن الحالة هذه أن الإدارة تستطيع أن تتصرف حسب هواها؟.

لقد أجبنا على ذلك بالنفي في فصل سابق حيث قلنا أن العمل التنفيذي يجب أن يستند دائماً إلى قانون وأن الإدارة لا يمكن أبداً أن تفرض بأعمالها قيوداً على إرادة الأفراد إذا لم يرخص لها القانون بذلك.

وأما وقد استبعدنا هكذا حالات غياب القانون، لا يمكن البحث عن السلطة التقديرية إلا في الأعمال الصادرة بتأمين تطبيق القانون من القوانين.

وبنظرة سريعة على مختلف نشاطات الإدارة يمكن تمييز الاختلاف الموجود من الإدارة المقيدة بالقانون، أي النشاط الإداري المحدد تحديداً إلزامياً، والنشاط الإداري الذي يقوم فيه العنصر الذاتي مع تسامح القانون بدوره.



السيرة الذاتية

الدكتور برهان خليل زريق

ولد في محافظة اللاذقية – قضاء الحفة– قرية الجنكيل (القادسية حالياً)، 1933.

المؤهلات العلمية:

- الثانوية العامة الفرع العلمي – ثانوية البنين(جول جمال) اللاذقية عام 1951.
- إجازة في الآداب – قسم اللغة العربية وعلومها – جامعة دمشق عام 1958.
- إجازة في الحقوق – جامعة حلب عام 1965.
- ماجستير في القانون الإداري من كلية الحقوق جامعة القاهرة عام 1970.
- دكتوراه في الحقوق – جامعة المنصورة عام 1984.

العمل المهني:

- التدريس في ثانويات محافظة اللاذقية عامي 1952–1953.
- العمل في المديرية العامة للتبغ والتنباك حتى عام 1975.
- العمل في مهنة المحاماة من بداية عام 1976 حتى آذار 2007.

النشاط المجتمعي:

- عضو في الاتحاد الاشتراكي فرع سوريا حتى عام 1975.
- عضو نقابة المحامين حتى عام 2007.
- عضو المؤتمر القومي العربي حتى وفاته 2015.
- شارك في العديد من الندوات والمؤتمرات أبرزها ندوة الوقف التي أقامها مركز دراسات الوحدة العربية في بيروت عام 2002.

✓ تم الاستعانة بخدمات محرك البحث Google لتدقيق وتصويب أسماء المراجع والمؤلفين، وبعض محتويات هذا المؤَلف بسبب رحيل الكاتب قبل النشر، فالشكر كل الشكر للقائمين على هذا المحرك للخدمات الجليلة التي تقدم للإنسانية.

المحتويات

مقدمة عامة المدخل النظري وأدوات التحليل 5

الفصل التمهيدي مفهوم النقض المدني وتحديد ماهيته وطبيعته 11

المبحث الأول التعريف بمحكمة النقض وتحديد وظيفتها القانونية 13

المبحث الثاني المقصود من المسألة القانونية والمسألة الواقعية 24

الفرع الأول فهم قاضي الموضوع للواقع 27

الفرع الثاني استخلاص الصحيح من وقائع الدعوى وتقديره 33

المبحث الثالث الطعن أمام محكمة النقض المدني 37

الفصل الأول مخالفة القانون بوصفه وجهاً من أوجه الطعن بالنقض 41

المبحث الأول الخطأ في تطبيق القانون 48

الفرع الأول الخطأ تأويل القانون كوجه من وجوه الطعن 55

الفرع الثاني عدم قيام الحكم على أساس قانوني كوجه للطعن بالنقض 57

المبحث الثاني الطعن في الحكم الانتهائي 64

الفرع الأول في خصوم الطعن بالنقض 68

الفرع الثاني المطعون ضده أمام محكمة النقض 79

الفرع الثالث ميعاد الطعن 85

المبحث الثالث سلطة محكمة النقض في نظر الطعن المرفوع أمامها 94

الفرع الأول السبب الجديد ومنع إبدائه لأول مرة في النقض 100

الفرع الثاني الآثار المتولدة عن نقض الحكم المطعون فيه 104

الفرع الثالث مخالفة القانون 113

المبحث الرابع الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا 114

الفصل الثاني صورة مجتزأة عن تجربة التنظيم القضائي الإداري في فرنسا .. 119

المبحث الأول الطعن بالنقض الإداري في فرنسا.....123
المبحث الثاني شروط قبول الطعن بالنقض أمام المحكمة الإدارية في فرنسا.....125
المبحث الثالث اتجاهات الرقابة لدى مجلس الدولة ومحكمة النقض الفرنسية ..129
الفصل الثالث الصفة في الطاعن أمام المحكمة العليا 135
المبحث الأول الصفة في المدعى عليه 138
الفرع الأول المصلحة 139
المبحث الثاني بناء الحكم على مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه وتأويله 152
الفرع الأول أعمال الأجهزة القضائية الصادرة لممارسة اختصاص إداري 153
الفرع الثاني الأعمال الصادرة عن الأشخاص الاعتباريين في القانون العام.....156
المبحث الثالث العمل الإداري بيان احادي الجانب 161
الفرع الأول صفة الأعمال المنجزة بموافقة الفرد 162
الفرع الثاني العمل الإداري يحدد الحق فيها الحالة الفردية 166
الفرع الثالث العمل الإداري يحدد الحق في الحالة الفردية.....172
المبحث الرابع الأعمال غير التنفيذية.....179
الفرع الأول أعمال غير تنفيذية على العمل التنفيذي 181
الفرع الثاني أصل العمل الإداري ودلالته في الدولة القانونية.....183
الفرع الثالث تطبيق قواعد القانون الخاص في مجال القانون الإداري 199
الفصل الرابع مفهوم العمل الإداري 201
المبحث الأول العمل الإداري هو الإعلان عن الإرادة.....202
الفرع الأول عدم التوافق بين الإرادة والإعلان عنها 204
الفرع الثاني تحول العمل الإداري.....207
الفرع الثالث العمل الإداري هو التعبير عن الإرادة الصادرة عن هيئة إدارية... 209
المبحث الثاني أساس ومعنى العمل الإداري في الدولة القانونية.....213

الفرع الأول أعمال الحكومة 225
الفرع الثاني العمل الاداري الفردي هو تصرف قانوني يتصل بالقانون الإداري . 228
المبحث الثالث معيار السلطة التقديرية..... 230
الفرع الأول تفسير القانون 231
الفرع الثاني المفاهيم الغامضة أو المفاهيم التابعة للسلطة التقديرية 236
الفرع الثالث أعمالاً تشريعية لا تقبل الطعن لتجاوز السلطة..... 238
الفرع الرابع أعمال الهيئات الصادرة بشأن اختصاص إداري..... 243
الفرع الخامس أعمال أشخاص القانون العام المعنوية..... 246
المبحث الرابع العمل الإداري هو تعبير منفرد 257
الفرع الأول تعيين الموظف في القانون العام..... 260
الفرع الثاني العمل الإداري يحدد القاعدة في الحال الفردية 263
الفرع الثالث العمل الإداري يحدد القانون في أعمال فردية..... 271
الفرع الرابع العمل غير التنفيذي 279
المبحث الخامس تصنيف ومضمون الأعمال الإدارية..... 282
الفرع الأول أسلوبنا في تصنيف الأعمال الإدارية..... 287
الفرع الثاني مضمون العمل الإداري الفردي..... 289
الفرع الثالث الأوامر والعقوبات الإدارية..... 293
الفرع الرابع الأعمال المنشئة للحقوق..... 297
المبحث السادس الشروط والإطالة في الأعمال الإدارية 299
الفرع الأول نشوء العمل الإداري المبادئ الأساسية للإجراء الإداري 308
الفرع الثاني تأثير السلطة الرئاسية على الاختصاص..... 318
المبحث السابع الوجود القانوني للعضو..... 327
الفرع الأول الموظفين الفعليين ذوي الطبيعة السياسية..... 329

الفرع الثاني صفة الموظف أثناء أيام وساعات العمل 331
المبحث الثامن الإشكال..... 335
الفرع الأول الأشكال الناشئة في إطار التعاون مع هيئة أخرى..... 344
الفرع الثاني نتائج إهمال الأشكال – الأشكال الجوهرية – وغير الجوهرية .. 346
الفرع الثالث بعض القواعد المتعلقة بالتقيد بالأشكال 351
الفصل الخامس سلطة الإدارة التقديرية 353
الفرع الأول حرية الوظيفة التشريعية..... 355
الفرع الثاني حرية السلطة التنظيمية..... 357
الفرع الثالث حرية السلطة القضائية..... 358
الفرع الرابع القاضي يعبر عن إرادة القانون والمدير يعبر عن إرادته..... 361
الفرع الخامس حرية الإدارة في غياب القانون..... 362