جامعة القاهرة
كلية الحقوق
قسم القانون العام

جامعة القاهرة
المكتبة
Library
University of Cairo

ولاية القضاء الإداري في دولة الكويت

((دراسة مقارنة))

رسالة مقدمة من
خالد عبدالعزيز العصيمي
للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة

١ـ الأستاذ الدكتور/ يحيى عبدالعزيز الجمل رئيساً
أستاذ القانون العام بكلية الحقوق – جامعة القاهرة

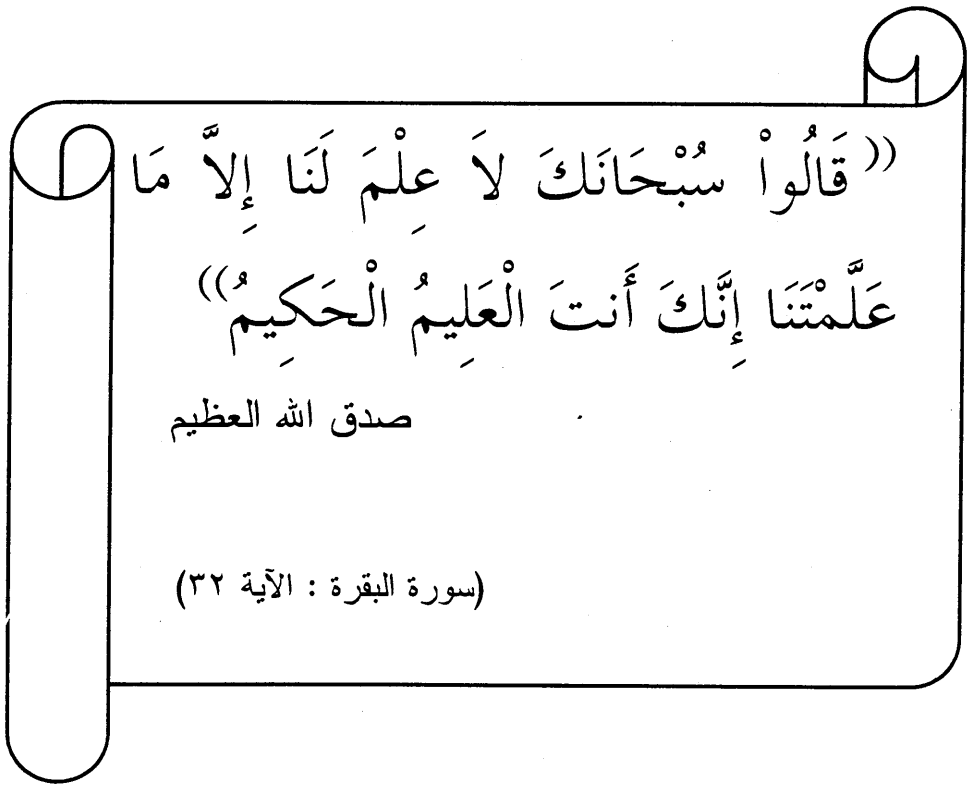
٢ـ الأستاذ الدكتور/ أنور أحمد رسلان مشرفاً وعضواً
أستاذ القانون العام بكلية الحقوق
وعميد كلية الحقوق الأسبق – جامعة القاهرة

٣ـ الأستاذ الدكتور/ محمد عبدالعال السناري عضواً
أستاذ القانون العام ووكيل كلية الحقوق – جامعة حلوان

٢٠٠٥

جامعة البحرين
المكتبة
LIBRARY
University of Bahrain

بسم الله الرحمن الرحيم



«قَالُواْ سُبْحَانَكَ لاَ عِلْمَ لَنَا إِلاَّ مَا عَلَّمْتَنَا إِنَّكَ أَنتَ الْعَلِيمُ الْحَكِيمُ»

صدق الله العظيم

(سورة البقرة : الآية ٣٢)

إهـــــــــداء

إلى وطني الحبيب..... الكويت
إلى والدي..... رحمه الله
إلى والدتي..... أطال الله عمرها
إلى زوجتي..... ..... رفيقة دربي
إلى أولادي (قرة عيني).....
عبدالعزيز – عمر – فاطمة – محمد – شيخة

أهديهم جميعاً هذا العمل المتواضع،،،

شكر وتقدير

الحمد لله على نعم يؤذن الحمد بازديادها، مصداقاً لقوله تعالى (لَئِن شَكَرْتُمْ لأَزِيدَنَّكُمْ)، أن أتم علىّ نعمته إذ منّ علىّ من الانتهاء من إنجاز هذا البحث العلمي، وأضرع إلى الله أن يكون لبنة صالحة في بنيان صرح العلم الشامخ وسراجاً منيراً في طريق بناء دولة القانون والمؤسسات (**دولة الكويت الحبيبة**).

ومن المعلوم أن النفوس قد جُبلت على حب من أحسن إليها والإحسان إلى من تفضل عليها، وقد قيل في الأثر الشريف (الحر من راعى وداد لحظة وانتمى إلى من أفاده لفظة)، وقد جاد علىّ المولى بأن يسر لي التتلمذ على يد الأستاذ الدكتور/ **أنور أحمد رسلان** (أستاذ القانون العام وعميد كلية الحقوق الأسبق – جامعة القاهرة)، والغرف من معارفة وعلمه الواسع.

ولا يسعني أمام عجزي عن وفائه حقه إلا أن أضرع إلى الله – عز وجل – أن يبقيه للعلم ذخراً، ولطلابه سنداً وعوناً، راجياً الله سبحانه وتعالى أن يتولى عني جزاءه أكرم وأفضل الجزاء.

ولا يفوتني أيضاً أن أتقدم بالشكر والعرفان وعظيم الامتنان لكلٍ من:

الأستاذ الدكتور/ **يحيى عبدالعزيز الجمل**، الذي يشرفني رئاسته للجنة المناقشة.

و

الأستاذ الدكتور/ **محمد عبدالعال السناري**.

لقبوله الاشتراك في مناقشة الرسالة، **داعياً الله أن يجزيهما عني خير الجزاء.**

كما أسجل عظيم شكري وامتناني إلى كل من مد يد العون لي وكان له دور في إعداد هذا العمل قلّ أو كثر، خالص المودة وصادق العرفان.

والله من وراء القصد فهو – سبحانه – نعم الموفق والمعين،،،

خالد عبدالعزيز العصيمي

مقـــدمـــــة

يعمل القانون الإداري على التوفيق بين ممارسة امتيازات السلطة العامة بقصـد تحقـيق المصـلحة العامة من ناحية، وبين حماية وضمان الحقوق والحريات التي يتمتع بها الأفراد من ناحية أخرى.

ولقد كان للشريعة الإسلامية الغراء فضل السبق بحماية حقوق وحريات الأفراد من تسلط وظلم ولاة الأمور. يقول سبحانه وتعالى في كتابه الكريم : (إِنَّ اللّـهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤدُّواْ الأَمَانَـاتِ إِلَـى أَهْلِهَـا وَإِذَا حَكَمْتُم بَـيْنَ الـنَّاسِ أَن تَحْكُمُـواْ بِـالْعَدْلِ إِنَّ اللّـهَ نِعِمَّـا يَعِظُكُـم بِـهِ إِنَّ اللّـهَ كَـانَ سَـمِيعًا بَصِيرًا)[1]، وكان رسـول الله "صـلى الله عليه وسلم" حريصا على أن ينظر بنفسه قضايا المظالم التي كانـت تقـام من الأفراد مسلمين وغير مسلمين ضد ولاته الذين كان يكلفهم برعاية شئون الرعية، وكان صلى الله عليه وسلم لا يكتفي بسماع الدعاوي وشكاوي الشاكين، وإنما يحث أصحابه على إبلاغه بمظالم الناس وحاجاتهم ويقول (أبلغوا حاجة من لا يستطيع إبلاغ حاجته، فمن أبلغ سلطاناً حاجة من لا يستطيع إبلاغها ثبت الله تعالى قدميه على الصراط يوم القيامة)[2].

ولقـد قـرر دسـتور دولة الكويت للأفراد جملة من الحقوق والحريات العامة، وأرسى دعائم الدولة القانونية القائمة على احترام مبدأ المشروعية وسيادة أحكام القانون[3].

وتنطـوي أعمـال السلطـة التنفيذيـة في الحقيقة على جانبين : جانب حكومي وآخر إداري[4] :

---

(١) سورة النساء، الآية (٥٨).

(٢) عزاه الحيثمي في مجمع الزوائد للطبراني في مجمعه الكبير وأكد نسبته للطبراني السيوطي في الجامع الصغير عن أبي الدرداء وحسّنه، الجامع الصغير بشرح التيسير، الإمام شمس الديـن محمـد المعـروف بعبد الرووف المناوي، تحقيق الدكتور/ مصطفى محمد الذهبي، الجزء الأول، دار الحديث، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠، ص ٥٥.

(٣) صدر دستور دولة الكويت في ١١ نوفمبر ١٩٦٢ وبُدء العمل به في يناير ١٩٦٣.

(٤) لمزيد من التفصيل راجع :

- دكـتور/ أنور أحمد رسلان، وسيط القضاء الإداري، دار النهضة العربية، ١٩٩٩، ص ١٤٩ وما بعدها.
- دكـتور/ مـاجد راغب الحلو، القضاء الإداري، مطبوعات منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة ٢٠٠٠، ص ٨ وما بعدها.

أمـــا الجانـــب الحكومـــي فهو الذي يلعب الدور الأكبر في رسم السياسة العامة للدولة، ويمثل عنصر القيادة فيها، وتأتمر بأمره الإدارة، بل وتخضع له السلطة التشريعية في حدود كبيرة، لكونه يمثل الأغلبية البرلمانية كما في دول الديمقراطـيات الغربية، ولا شك في خطورة سلطة القيادة في الدولة إذا كانـــت اســـتبدادية، إذ تســـتطيع أن تعصف بحقوق الأفراد وحرياتهم وتدفع الإدارة إلـــى القضاء عليها من حيث الواقع مهما أكدتها الوثائق أو الدساتير أو القوانيـــن. ولا ســـبيل إلـــى تفادي ذلك إلا بخضوع كافة أعمال السلطة التنفيذية بما فيها الأعمال الحكومية (أعمال السيادة) للقانون وفرض الرقابة القضائية على مشروعيتها، بصرف النظر عن الجهة القضائية المختصة أو المناسبة للقيام بهذه المهمة[1].

وأما الجانب الإداري للسلطة التنفيذية فهو الذي تتدخل عن طريقه لتنفيذ القوانيـــن وإدارة المرافق العامة في الدولة. وهو الذي يؤثر في حياة الأفراد تأثـــيراً مباشـــراً ويسهل عن طريقه النيل من حقوقهم وحرياتهم. ولا يمكن للفـــرد أن يكـــون فـــي مأمن من الإدارة ما لم تكن مقيدة بالقانون، ويقوم القاضي الإداري بمراقبة احترام الإدارة للقانـــون فيما يصدر عنها من أعمال قانونـــية أو ماديـــة. فيقيم بذلك نوعاً من التوازن بين المصلحة العامة التي تمثلها الإدارة، والمصلحة الخاصة المتمثلة في حقوق الأفراد وحرياتهم التي يجب ألا تقيد إلا تحقيقاً للمصلحة العامة وفي حدود القانون.

ويمـــثل مـــبدأ المشروعية أهم المبادئ القانونية التي تقوم عليها الدولة الديمقراطية في العصر الحديث، فيشمل معناه الواسع ضرورة التزام الأفراد وســـلطات الحكـــم فـــي الدولة حدود القوانين واللوائح، وعدم الخروج على أحكامهـــا عند أداء كافة الأعمال والتصرفات، ويرتبط تحقيق المبدأ وإعمال أحكامـــه وقواعده بوجود رقابة قضائية فعالة على أعمال الإدارة، حيث تمثل تلك الرقابة أقوى الضمانات الفعلية وأجداها في هذا العصر.

---

(١) يمكن أن يعهد للمحكمة الدستورية في الكويت بهذه المهمة حيث ترك دستور دولة الكويت الباب مفتوحا لاختصاصات جديدة يمكن أن يعهد بها إلى هذه المحكمة حيث نصت المـــادة (١٧٣) مـــنه علـــى (يعيـــن القـــانون الجهة القضائية التي تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين واللوائح، ويبين صلاحياتها والإجراءات التي تتبعها....)، هذا وقـــد أضـــاف المشرع بالقانون رقم ١٤ لسنة ١٩٧٣ الخاص بإنشاء المحكمة الدستورية اختصـــاص هذه المحكمة بالفصل في الطعون الانتخابية الخاصة بمجلس الأمة. لمزيد من التفصيل يراجع دكتور/ ماجد راغب الحلو، القانون الدستوري، طبعة ١٩٧٦، ص ٢٤٩.

وتمدنـــا دراســـة القـــانون المقـــارن بصور مختلفة للرقابة على أعمال الإدارة، وهى صور تختلف باختلاف الهيئة التي تمارسها، وباختلاف طبيعة هذه الرقابة ومداها[1]. فقد تكون الرقابة إدارية تباشرها الإدارة بنفسها على أعمالهـــا ولذلـــك يطلق عليها البعض، الرقابة الذاتية Auto-Contrôle وقد تكـــون الـــرقابة سياســـية Politique وهى ما يطلق عليه بعض الكتاب اسم الـــرقابة الشعبية Populaire، ونعني بها الرقابة التي يمارسها المجتمع عن طـــريق الهيـــئات النيابـــية أو عن طريق التنظيمات الشعبية، كما نعني بها مراقبة المواطن للنشاط الحكومي داخل الدولة تبعا لاختلاف النظم السياسية والدســـتورية المطـــبقة، وطبيعة الايديولوجية الاقتصادية والاجتماعية لكـــل نظـــام[2]. وقـــد تكـــون الرقابة قضائية وهى الضامن الحقيقي لإعمال مبدأ المشـــروعية، والتي تتحقق بمطابقة القاضي لأعمال الإدارة وتصرفاتها مع هـــذا المـــبدأ، حـــتى يتعذر عليها اتخاذ قرارات مخالفة للقانون، فيقع على عاتقهـــا واجب أن تكون قراراتها وتصرفاتها مطابقة للقانون وضمن نطاقه وبالشـــكل الذي رسمه، فتتحقق العدالة وتصان الحقوق والحريات من تغول الإدارة عليها.

ولمـــا كانت الرقابة القضائية – إذا ما توافرت لها مقوماتها – تمثل في الواقـــع أقوى الضمانات المعاصرة لإقرار مبدأ المشروعية، ولصيانة حقوق الأفراد وحرياتهم، فإن المشرع الدستوري في الكويت قد فطن لحيوية هـــذا

---

(١) لمزيد من التفصيل راجع :
- دكـــتور/ طعيمة الجرف، رقابة القضاء لأعمال الإدارة، مكتبة القاهرة الحديثة، ١٩٧٠، ص ٦١ وما بعدها.
- دكـــتور/ بكـــر القبانـــي والدكتور/ عاطف البنا، الرقابة القضائية لأعمال الإدارة، مكتبة القاهرة الحديثة، الطبعة الأولى، ١٩٧٠، المجلد الأول، ص ٢٣.

(٢) لمـــزيد من التفصيل في اختلاف هذه الرقابة بين الدول ذات النظام الاشتراكي والدول ذات النظام الرأسمالي فيما يتعلق بالرقابة على المؤسسات العامة. يراجع :
- الدكتور/ السيد خليل هيكل، الرقابة على المؤسسات العامـــة الانتاجيـــة والاستهلاكيـــة، منشأة المعارف بالاسكندرية، ١٩٧١، ص ٣٨٥ وما بعدها.
- الدكـــتور/ إيهـــاب زكـــي سلام (الرقابة السياسية على أعمال السلطة التنفيذية في النظام البرلماني)، عالم الكتاب، القاهرة ١٩٨٣.
- الدكـــتور/ عـــثمان عـــبدالملك الصالح، الرقابة البرلمانية على أعمال الإدارة في الكويت دراســـة نظرية تطبيقه، مجلة الحقوق، كلية الحقوق – جامعة الكويت، السنة الخامسة – العدد الرابع – ديسمبر ١٩٨١.
- الدكـــتور/ عبدالله إبراهيم ناصف، مدى توازن السلطة السياسية مع المسئولية في الدولة الحديثة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١.

الموضـــوع وأهميـــته البالغة، ولذلك ضمن الدستور نفسه نصوصاً صريحة وجلية تنظم الرقابة القضائية على أعمال الإدارة[1].

ومـــن المعـــروف أن الـــرقابة القضـــائية على أعمال الإدارة قد يتولاها القضاء العادي فنكون أمام نظام القضاء الموحد، وقد يقوم بها قضاء إداري متخصـــص فـــي هـــذا الشأن فنكون هنا حيال ما يسمى بالقضاء المزدوج. وهذان النظامان الأساسيان متباينان أسلوباً وروحاً[2].

ومن مطالعة نصوص الدستور الكويتي التي وردت في هذا المقام وعلى الأخـــص المـــواد من (١٦٩ - ١٧٢)، وتعليق المذكرة التفسيرية للدستور عليها، نستخلص أن الدستور قد فوض الأمر للمشرع العادي، وجعـــل لـــه الخـــيار بيـــن الأخذ بنظام القضاء الموحد وذلك بإنشاء غرفـــة أو دائرة في كنف القضاء العادي تختص بممارســـة القضـــاء الإداري وبين الأخذ بنظام القضـــاء المـــزدوج، وذلـــك بإقامة محكمة قضاء إداري مستقلة أو بإنشاء مجلس دولة مستقل ومتكامل يقوم بوظائف القضاء الإداري[3].

---

(١) دكـــتور/ عثمان عبدالملك الصالح، (التنظيم الدستوري للرقابة القضائية على أعمال الإدارة في الكويت ومحاولات وضعه موضع التنفيذ) بحث منشور في مجلة الحقوق التي تصدرها كلـــية الحقوق - جامعة الكويت، السنة العاشرة - العدد الثاني - يونيو ١٩٨٦، ص ١٤ وما بعدها.

(٢) لمزيد من التفصيل حول مزايا القضاء المزدوج وأفضليته على نظام القضاء الموحد يراجع:
- دكـــتور/ عـــثمان خلـــيل عثمان، مجلس الدولة ورقابة القضاء لأعمال الإدارة (دراسة مقارنة)، عالم الكتاب، الطبعة الخامسة، ١٩٦٢، ص ٢٥ وما بعدها.
- دكـــتور/ محمـــد علـــى آل ياســـين، القانون الإداري، المكتبة الحديثة للطباعة والنشر، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٧٣، ص ١٩٩ وما بعدها.
- دكتور/ محمد كامل ليلة، الرقابة على أعمال الإدارة (دراسة مقارنة) الكتاب الثاني، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٧٠، ص ٢٤١ وما بعدها.
واتظر في أسسه ومبرراته في فرنسا :
- J.M. AUVBY et R. DRAGO : Traité de Contentieux Administratif. L.G.D.J., Paris. 1962, Tome 1. P. 94 et Suiv.
- GEORGES-VEDEL et PIERRE DELVOLVE : Droit Administratif, Presses universi-taires de France, 7 éme édition. Paris, 1980, P. 15 et suiv.
- ANDRÉ DE LAUBADÈRE : Droit Administratif, 8 éme edition. Paris, 1980, P. 401 et suiv.

(٣) جعل الدستور الكويتي الرقابة على دستورية اللوائح من اختصاص المحكمة الدستورية، في تفاصـــيل ذلـــك يـــراجع دكتور/ عثمان عبدالملك الصالح، بحث عن (الرقابة القضائية أمام المحكمة الدستورية في الكويت)، دراسة تحليلية نقدية، إصدار مجلة الحقوق التي تصدرها كلـــية الحقـــوق - جامعة الكويت، وقد نشر كملحق للعدد الثالث من السنة العاشرة للمجلة الصادر في سبتمبر سنة ١٩٨٦، ص ١٦ ومابعدها.

وقــد أدرك المشــرع الدستوري أهمية الأخذ بنظام القضاء المزدوج فلم يغلــق الباب بنص دستوري صريح يتعذر تعديله إذا اقتضت الضرورات في المســتقبل وجــود قضاء إداري مستقل ومتميز عن القضاء العادي، بل إنه على العكس من ذلك قد فتح الباب واسعاً أمــام إقامــة قضاء إداري مستقل في البلاد بالنص صراحة في صلب الدستور على إمكانية ذلك[1].

وهكذا نجد أن المشرع الدستوري في الكويت قد قطع دابر كل خلاف قد يــثار حول دستورية إنشاء قضاء إداري مستقل ومتميز عن القضاء المدني في الكويت أو عدم دستوريته، وهو خلاف قد ثار فعلاً في مصر أثناء التفكير في إنشاء مجلس دولة بها في ظل دستورها الصادر عام ١٩٢٣ الذي سكت ولــم يتــناول موضــوع القضــاء الإداري، وكانت الحجة أن نظام القضاء المــزدوج يتضــمن مخالفــة لمــبدأ الفصــل بين السلطات الذي نص عليه الدســتور، كمــا يتعارض مــع نص المادة (٣٠) منه والتي كانت في رأي الــبعض أنهــا تعطــي سلطة الفصل في القضايا للمحاكم العادية، فلا يجوز لغيرها أن تشاركها فيها[2].

وما يسترعى الانتباه في هذا المقام أن المشرع الكويتي لم يشأ أن يقيم قضــاء يكــون صاحب الاختصاص الشامل في المنازعات الإدارية، كما هو مقــرر فــي فرنسا لمجلس الدولة والمحاكم الإدارية وفي مصر بعد صدور القــانون رقــم ٤٧ لســنة ١٩٧٢، وإنما أخذ بالأسلوب الحصري في بيان اختصاص الدائرة الإدارية بنص القانون[3].

---

(١) دكــتور/ عثمان عبدالملك الصالح، بحث بعنوان السلطة اللائحية للإدارة في الكويت والفقه المقــارن وأحكــام القضاء، ملحق خاص، مجلة الحقوق، كلية الحقوق – جامعة الكويت، السنة الأولى – العدد الأول – ١٩٧٧، الطبعة الأولى، ص ٩٨ ، ٩٩.

(٢) دكــتور/ محمود محمد حافظ، القضاء الإداري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، الطبعة السابعة، ١٩٧٩، ص ١٦٩ وما بعدها.

(٣) ولقــد انــتقد الدكتور/ عثمان عبدالملك، مسلك المشرع في الالتجاء إلى الأسلوب الحصري لبــيان اختصاص الدائرة الإدارية، لأن صياغة نص المادة (١٦٩) من الدستور تفيد بيقين أن ولايــة الغــرفة أو الدائرة الإدارية هى ولاية عامة تشمل كافة المنازعات الإدارية على إطلاقها.

ويستطرد القول أنه إذا كان الأمر كذلك فإن نصوص قانون إنشاء الدائرة الإدارية التي حــددت اختصاصــها تحديــداً شديداً تنطوي على مخالفة لصريح نص المادة (١٦٩) الذي أطلق اختصاص الدائرة الإدارية وجعله شاملاً لكافة المنازعات الإدارية دون قيد أو شرط، مما لا يتأتى معه تخصيص بغير مخصص، والمشرع الدستوري لم يفوض المشرع العادي في وضع نصوص تحد أو تنتقص من الولاية الكاملة للدائرة الإدارية بالنظر في المنازعات الإداريــة علــى إطلاقهــا دون قيد أو إستثناء. لمزيد من التفصيل يراجع الدكتور/ عثمان عــبدالملك، الــنظام الدســتوري والمؤسسات السياسية في الكويت، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مؤسسة دار العلوم للطباعة والنشر والتوزيع، الكويت، ١٩٨٩، ص ٦٣٠.

وقد حصر المشرع اختصاص الدائرة الإدارية وحددها تحديداً دقيقاً بحيث لا تشمل سوى ثلاث طوائف من المنازعات الإدارية :

الأولى : هى المنازعات الخاصة بشئون الموظفين.
الثانية : وهى الخاصة بالطلبات التي يقدمها الأفراد أو الهيئات بإلغاء القرارات الإدارية النهائية.
الثالثة : وهى المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية.

وإذا كانت الإدارة في سبيل إدارة المرافق العامة تلجأ إلى أساليب مختلفة، مثل الأخذ بأسلوب التعاقد، سواء ما كان منها على قدم المساواة مع الأفراد أو التي تتمتع عند التعاقد بامتيازات السلطة العامة.

فإن التمييز بين عقود الإدارة الإدارية وعقودها المدنية له أهمية كبيرة نظرا لخضوع كل منهما لقواعد قانونية مختلفة، فالعقود الإدارية تخضع لقواعد القانون العام، أما العقود المدنية فتخضع للقانون المدني[1].

ويبدو تحديد الضوابط المميزة للعقد الإداري أمراً في غاية الأهمية لكونها تحدد جهة القضاء المختص بنظر المنازعات التي يثيرها العقد وييسر على القاضي مهمته للتصدي للنزاع، كما يبصر المتقاضين بالجهة المختصة بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود المختلفة التي يبرمونها مع الإدارة[2].

وقد ظهرت أنواع ومسميات جديدة من العقود خاصة بعد اكتشاف البترول والذي أصبح يحتل مكانةً مهمةً بين المصادر المختلفة للطاقة وبالقدر الذي تسهم في تنمية الموارد الإقتصادية في الدول المنتجة كعقود الامتيازات البترولية، وما تثيره هذه العقود من خلافات فقهية بصدد تكييف هذه العقود، ففريق يرى فيها طبيعة العقد المدني[3]، وآخر يرى أنها عقود امتياز إدارية[4].

---

(١) دكتورة/ عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري وتطبيقاتها في الكويت، الطبعة الأولى، ١٩٩٨، ص ٣.
(٢) دكتور/ ثروت بدوي، النظرية العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ١٩٧٦، ص ٥٣.
(٣) دكتور/ محمد يوسف علوان، النظام القانوني لاستغلال النفط في الأقطار العربية، ١٩٨٢، ص ٢٠٦ وما بعدها.
(٤) دكتور/ محمود عاطف البنا، العقود الإدارية مع دراسة خاصة لنظام تأمين مشتريات الحكومة وعقود التوظيف واستغلال الثروة الطبيعية في المملكة العربية السعودية، دار العلوم للطباعة والنشر، ١٩٨٤، ص ٧١ وما بعدها.

كمـــا ظهر عقد الـــ B.O.T[1] والذي بدأ في الإنتشار في الآونة الأخيرة ومـــرجع ذلـــك اتجاه كثير من الدول نحو الخصخصة والتخلص من وحدات القطـــاع العـــام والحـــد من دور الدولة في النشاط الإداري حيث يعتبر أحد وســـائل تمويل مشروعات البنية الأساسية عن طريق القطاع الخاص، دون أن تضـــطر الدولـــة إلى اللجوء للاقتراض أو فرض مزيد من الأعباء على مواطنيها، أو تحميل الموازنة العامة مزيداً من الأعباء.

وكمـــا هو الخلاف الذي ثار بصدد تحديد الطبيعة القانونية لعقد إمتيـــاز البترول، ثـــار الخلاف أيضاً بشأن تحديد الطبيعة القانونية لعقد الـــ B.O.T فيذهـــب غالبـــيـــة الفقـــه إلـــى القول بأن عقد الـــ B.O.T هو بمثابة عقد إداري يخضـــع للقـــانون الإداري فـــي نواحيه المتعلقة بتنظيم المرفق العام وإدارتـــه ويخضع في غير ذلك لقواعد القانون المدني، لذا يجب التمييز بين طائفتين من النصوص الأولى تعاقدية والأخرى تنظيمية فالنصوص التعاقدية تخضـــع لأحكـــام القـــانون المدنـــي فلا يجوز نقضها أو تعديلها إلا باتفاق الطرفين، والنصوص التنظيمية تتعلق بتنظيم المرفق في ذاته وتملك السلطة الإداريـــة بموجـــب سلطتها ومن غير موافقة الملتزم نقضها أو تعديلها بما يتفق مع المصلحة العامة وتحت الرقابة القضائية للقضاء الإداري[2].

---

(١) يعرف نظام الـــ B.O.T بأنه اتفاق تعهد بمقتضاه الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة إلـــى أحد الأشخاص المعنوية الخاصة وطنياً أو أجنبياً أو مشتركاً بإنشاء مشروع لإشباع حاجـــة عامـــة للأفراد على نفقته ويتولى إدارته لمدة معينة وبشروط معينة وتحت إشراف الدولـــة ورقابـــتها ثـــم ينتقل المشروع إلى الدولة بحالة جيدة في نهاية المدة. لمزيد من التفصـــيل حـــول نظـــام B.O.T يـــراجع الدكتور/ محمد المتولي، الإتجاهات الحديثة في خصخصـــة المـــرافق العامـــة بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤، ص ٥٦ وما بعدها.

(٢) لمزيد من التفصيل يراجع :

- دكـــتور/ جابـــر جاد نصار، عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، دراسة نقديـــة للـــنظرية التقليدية لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، بدون سنة للطبع، ص ١٠١ وما بعدها.
- دكـــتور/ محمـــد المتولـــي، التنظيم التشريعي لعقود البناء والتشغيل والتمويل B.O.T الدكـــتور/ محمـــد المتولـــي (محـــرر) كتاب إدارة مشروعات البنية الأساسية باستخدام B.O.T، طبعة ٢٠٠١، ص ١٥ وما بعدها
- المستشـــار/ محمود محمد فهمي، عقود الـــ B.O.T وتكييفها القانوني، بحث مقدم إلى مؤتمـــر مشـــروعات البـــناء والتشغيل وتحويل الملكية المنعقد خلال الفترة ٢٨ – ٢٩ أكتوبر ٢٠٠٠، مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي، القاهرة، ص ٥.

وعلى العكس من ذلك يرى جانب من الفقه أن عقد الـ B.O.T يعد من عقود الإدارة العادية التي تخضع منازعاتها للقانون الخاص[1].

وترجع أهمية هذه العقود لما قد تثيره بشأن اختصاص القضاء الإداري الوطني بالفصل في المنازعات المتعلقة بها، خاصة عندما يكون المتعاقد مع الإدارة شخص أجنبي، ودور التحكيم في هذه المنازعات ومدى تطبيق القواعد العامة لنظرية العقد الإداري خاصة في موطن الإدارة المتعاقدة مع الشخص الملتزم.

ومما لا شك فيه أن دراسة القضاء الاداري غاية في الأهمية فهو الرقيب على مشروعية تصرفات الإدارة، ويزيد من تلك الأهمية أنه قضاء إنشائي لا يقتصر دوره في الحقيقة على مجرد تطبيق القانون على المنازعات المعروضة عليه، وإنما يمتد – إذا لم يجد القاعدة القانونية واجبة التطبيق – إلى ابتداع قواعد هذا القانون بما يتفق وطبيعة المنازعات الإدارية، كما يشمل تفسير هذه القواعد وتطويرها لتتناسب مع الظروف المتغيرة، وقد اختلفت مواقف الأنظمة القضائية المقارنة من هذه المسألة **ومن ثم سنعرض** في هذا البحث للكشف عن موضع القضاء الإداري الكويتي منها[2].

ولا مراء في أن الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في الكويت على الرغم من أهميتها في مواجهة تعنت الإدارة وتسلطها، فإن هذا الموضوع لم يحظ حتى الآن بما يستحقه من اهتمام، ومن هنا كانت الحاجة ماسة

---

(١) يراجع :
– دكتورة/ نجلاء حسن سيد أحمد خليل، التحكيم في المنازعات الإدارية، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية ٢٠٠٣ – ٢٠٠٤، ص ٢٦٨.

(٢) انظر : دكتور/ محمد عبدالحميد أبوزيد، الطابع القضائي للقانون الإداري، دراسة مقارنة، دار الثقافة العربية، القاهرة ١٩٨٤، ص ٢٣٠، موضحاً أن أهم أثار النشأة القضائية للقانون الإداري تتجلى في مرونة القانون وسرعة تطوره.
وانظر أيضاً : دكتور/ عبدالعظيم عبدالسلام عبدالحميد، مصادر الإجراءات الإدارية، دراسة مقارنة، مطبعة حمادة، قوبسنا، جمهورية مصر العربية، ١٩٩٤، ص ٨٤، موضحاً ما أكدته المحكمة الإدارية العليا من أن القضاء الإداري يتميز بأنه لم يكن مجرد قضاء تطبيقي كالقضاء المدني، بل هو كقاعدة عامة قضاء إنشائي يبتدع الحلول المناسبة للروابط القانونية التي تنشأ بين الإدارة – عند تسييرها للمرافق العامة – وبين الأفراد، وذلك في كثير من أحكامها. كالحكم رقم ١٤٧ لسنة ٤ ق، صادر بتاريخ ١٩٥٨/٦/٧، والحكم رقم ١٠٦٣ لسنة ٥ ق، صادر بتاريخ ١٩٦٣/١١/٢٣، والحكم رقم ٣٤٨ للسنة ٩ ق، صادر بتاريخ ١٩٦٨/١١/٣، وحكمها رقم ٧٦٠ لسنة ٢٤ ق، صادر بتاريخ ١٩٨٠/١١/١٨.

للتصـــدي لموضوع ولاية القضاء الإداري في دولة الكويت، بدراسة تحليلية مـــتكاملة وهـــى دراسة تفتقر إليها المكتبة القانونية. بالاضافة إلى أن هذه الدراسة ستساعدنا على التعرف بعمق على القضاء الإداري الكويتي وتعالج ما فيه من قصور فهى لبنة تسلط الضوء على طريق المستقبل أمام المشرع الكويتـــي عند أي محاولة جادة لتصحيح نظام الرقابة المعمول به الآن **لكـي يخـرج عن تردده الطويل في انشاء مجلس دولة** يحقـــق الآمال الكبـــار التـــي علقهـــا الجميع عليه، ويكون له الولاية العامة بنظر المنازعات الإدارية على غـــرار مجلس الدولة المصري بعد صدور القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢، إذ لا يخفـــى أن قضاءه كان ولا يزال المعين الذي يستمد قضاؤنا الإداري منه زاده، فهو معين خصب لا ينضب، وتأثر قضائنا به أمر لا معدى عنه، الأمر الـــذي لا مطعـــن عليه طالما يعرف كيف يميز ما يلائم مجتمعنا في الكويت ومتطلبات الحياة الإدارية والاقتصادية عندنا من بين ما انتهى إليه. وهذا ما حدا بنا أن تكون دراستنا مقارنة بالقضاء الإداري المصري مع الرجوع إلى أحكام مجلس الدولة الفرنسي كلما اقتضت مقتضيات البحث ذلك.

منهجية البحث :

اعـــتمد البحـــث - موضوع الدراسة - على عدة طرق من طرق البحث العلمـــي للاســـتفادة منها وابتغاء الهداية إلى ما هو الصواب فيه حتى أسير علـــيها فـــي دراستي بقدر اتفاق المنهج مع خصوصية البحث في مواضيع القـــانون، فمـــا كـــان أحـــرى به نسق تاريخي التزمت فيه منهجاً تاريخياً موضوعياً، وما كان لائقاً به منهج استقرائي اتبعت فيه منهجاً استقرائياً فقد اســـتقرأت ممـــا ورد متشابهاً ما ينبئ عنه من قاعدة أو نظرية يهدي إليها الاســـتقراء، ومـــا كـــان يقـــرب مـــن المنهج الاستنباطي اتبعت فيه منهجاً اســـتنباطياً، ففيما لم يرد فيه نص أنزلت حكم المعلوم حكمه على ما لا نص على حكمه لعلة مشتركة منضبطة فيهما.

ومـــا كـــان قـــابلاً للتحليل اتبعت فيه منهجاً تحليلياً في عمق النصوص ومدلولها وغايتها وتحديد اتجاهات المشرع والقضاء وفق ما خلص لي من تحلـــيل النصـــوص والأحكام من خلال تبني إطار نظري متماسك مبني على أســـلوب الاســـتعراض والمناقشة التحليلية للأحكام القضائية واعتمدت على البحث المكتبي من الكتب العامة والدراسات المتخصصة والدوريات والرسائل الجامعية والتقارير.

هذا وتتناول بالدراسة موضوع :

ولاية القضاء الإداري في دولة الكويت ((دراسة مقارنة)) من خلال تقسيم الدراسة إلى فصل تمهيدي وبابين وعدة فصول ومباحث ومطالب وخاتمة وذلك على النحو التالي :

فصل تمهيدي : المشروعية والعمل الإداري.
المبحث الأول : مبدأ المشروعية.
المبحث الثاني : حق التقاضي.
المبحث الثالث : مدلول العمل الإداري.

الباب الأول : ولاية القضاء الإداري في القانون المقارن.
الفصل الأول : مدلول المنازعة الإدارية.
الفصل الثاني : أنواع ولاية القضاء الإداري.

الباب الثاني : ولاية القضاء الإداري في دولة الكويت.
الفصل الأول : التنظيم الدستوري للرقابة على أعمال الإدارة.
الفصل الثاني : التنظيم التشريعي للرقابة على أعمال الإدارة.

الخاتمة :

ومن الله أستمد العون والسداد،،،

فصل تمهيدي

((المشروعية والعمل الإداري))

فصل تمهيدي

المشروعية والعمل الإداري

لا شـــك فـــي أهمية وضرورة التزام الدول المعاصرة بمبدأ المشروعية، واحترام كل الآثار المترتبة على الأخذ به، وأخصها كفالة حق التقاضي دون قـــيود، وتحديـــد مدلول العمل الإداري الذي يكون موضوعاً للطعن فيه أمام القضاء.

ونتناول بالدراسة المشروعية والعمل الإداري وفقاً لما يلي :

المبحث الأول : مبدأ المشروعية.

المبحث الثاني : حق التقاضي.

المبحث الثالث : مدلول العمل الإداري.

المبحث الأول

مبـــــــدأ المشـــــروعيـــــــة

تمهيد:

لقـــــد أتـــى على البشر حين من الدهـــر أتي فيه الحكام بما شاؤوا من النظم والقوانين، وبدلوها في كل زمان ومكان وفقاً لما رأوه يحقق مصالحهم الشخصية دون ضابط، وأسهم في هذا عدم وجود ما يلزمهم بأحكام القانون إذا ما تجاوزوه[1].

ومـــع تطور البشرية سياسياً، وحسب الظروف التي سادت كل مجتمع، نشـــأ مبدأ المشروعية الذي تعرض لأشكال من الازدهار والانحسار على مر التاريخ[2].

---

(١) دكتور/ ثروت بدوي، الدولة القانونية، مقالة منشورة في مجلة إدارة قضايا الحكومة، س٣ ع٣، سنة ١٩٥٩، ص ٢٨، وما بعدها.
- دكتور/ محمد عبدالله مرسي، سيادة القانون بين الشريعة الإسلامية والشرائع الوضعية، ١٩٧٣، ص ٢٥.

(٢) دكـــتور/ صـــوفي أبو طالب، مبادئ تاريخ القانون، القاهرة، سنة ١٩٦٥، ص ١٠٢، وما بعدها.
- دكتور/ محمود السقا، فلسفة وتاريخ النظم الإجتماعية والقانونية، بدون ناشر أو تاريخ للنشر، ص ١١١.

ويمـــثل مـــبدأ المشروعية أهم المبادئ القانونية التي تقوم عليها الدولة الديمقراطـــية فـــي العصر الحديث، فيشمل معناه العام ضرورة التزام الأفراد وســـلطات الحكـــم في الدولة حدود القوانين واللوائح، وعدم الخـــروج على أحكامهـــا عـــنـــد أداء كافـــة الأعمـــال والتصرفات، ويرتبـــط تحقيق المبدأ وإعمـــال أحكامـــه وقواعده بوجود رقابة قضائية فعالة على أعمال الإدارة، حيث تمثل تلك الرقابة أقوى الضمانات الفعلية وأجداها في هذا العصر.

ويستطيع المدرك لتطور الأنظمة السياسية، والقانونية للدولة المعاصرة خلال مراحل التاريخ أن يقف على عتبات ومراحل تطور هذا المبدأ الذي يعد بحـــق المعيار المميز للدولة الحديثة، والذي ترتكز عليه من – **وجهة نظري** – عملـــية الرقابة القضائية على أعمال الدولة وتصرفات الأفراد فيها بما يكفل خضوع الجميع حكاماً ومحكومين لأحكام القانون أياً كان نشاطهم أو الغرض منه، والقانون المعني هنا هو القانون في معناه الواسع أي مجموعة القواعد القانونية السارية في المجتمع ابتداءً من الدستور وانتهاءً باللائحة أو القرار الفردي الذي يصدر في إطار هذه القواعد مجتمعة.

وسوف نستعرض دراسة مبدأ المشروعية من خلال التقسيم التالي:

المطلب الأول : معنـــى المشـــروعيـــة.

المطلب الثاني : مصادر مبدأ المشروعية.

المطلب الثالث : نتائـــج مبدأ المشروعية.

المطلب الاول

معنـــى المشروعيـــــة

تـــناول الفقهاء مبدأ المشروعية بالتعريف[1]، نظراً لكون هذا المبدأ هو أهم وأخطر عناصر وجود الدولة القانونية بمفهومها المعاصر، ذلك لأن هذا المـــبدأ يُعـــد محصلة لكل نتاج التاريخ الحضاري باعتباره أحد الأسلحة التي شـــهرها الإنســـان – في معركته من أجل الحرية – في مواجهة كافة صور ومظاهـــــر الطغـــيان والتعســـف والاستبداد التي عرضها المؤرخون قديماً وحديـــثا[2]. ولقـــد حرص الدستور الكويتي الصادر في ١٩٦٢/١١/١١ أن يجعـــل من سيادة القانون أساساً للحكم فـــي المادتين (٤ ، ٦) منه ثم تناول المقومات الأساسية للمجتمع الكويتي خاصة في المواد (٧ ، ٩ ، ٢٢ ، ٢٤) ونظم الحقوق والواجبات العامة في المواد (٢٧ ، ٣٠ ، ٣٢ ، ٣٤ ، ٣٨).

---

(١) لمزيد من التفصيل في تعريف مبدأ المشروعية يراجع :
- دكتور/ أنور أحمد رسلان، وسيط القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ١٥ وما بعدها.
- دكتور/ ثروت بدوي، تدرج القرارات الإداريـــة ومبـــدأ الشرعية، دار النهضة العربية، سنة ١٩٧٠، ط ١، ص ١٠.
- دكـــتور/ ســـليمان الطمـــاوي، النظرية العامة للقرارات الإداريـــة، مطبعة جامعة عين شمس، الطبعـــة السادسة، ١٩٩١، ص ١٥ ، ١٦.
- دكـــتور/ طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون، دار النهضة العربية ، القاهرة، ط ٣، ١٩٧٦، ص ٣.
- دكـــتور/ عبدالفتاح أبو الليل، قضـــاء المشروعيـــة، دار النهضـــة العربيـــة، القاهرة، سنـــة ١٩٨٨، ص ٨.
- دكتور/ عمر محمد الشوبكي، القضاء الإداري – دراسة مقارنة – الجزء الأول، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص ٢٣٣.
- دكتور/ محمد عبدالله مرسي، سيادة القانون بين الشريعة الإسلامية والشرائع الوضعية، المرجع السابق، ص ٢١.
- دكتور/ مصطفى أبو زيد فهمي، فن الحكم في الإسلام، القاهرة، سنة ١٩٨٢، ص٤١٠.
- دكـــتور/ مصـــطفى كمـــال وصفي، مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي، القاهرة، سنة ١٩٧٠، ص ٥، وما بعدها.

وفـــي تعـــريف الدكـــتور/ ســـليمان الطماوي، لمبدأ المشروعية – في مؤلفه القضاء الإداري، الكتاب الأول، قضاء الإلغاء، دار الفكر العربي، الطبعة السابعة، ١٩٩٦، ص ١٩ أوضـــح (أن الدولة الحديثة تقوم على مبدأ المشروعية الذي يمكن أن نلخصه بأنه سيادة حكـــم القـــانون ومقتضـــى هذا المبدأ أن تخضع الدولة في تصرفاتها للقانون القائم وأن – يمكـــن الأفـــراد – بوســـائل مشروعة من رقابة الدولة في أدائها لوظيفتها بحيث يمكن أن يردوها إلى جادة الصواب كلما عن لها أن تخرج عن حدود القانون عن عمد أو إهمال ولا يعنينا هنا إلا الجانب الإداري لوظيفة الدولة).

(٢) ول ديورانت، قصة الحضارة، الجزء الأول، ترجمة دكتور/ زكي نجيب، ص ٥٣.
- دكتور صوفي أبو طالب، مبادئ تاريخ القانون، المرجع السابق، ص ١٦٧ ، ١٦٨.
- دكتور/ محمد بدر، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص ٩٨ وما بعدها.

L. Duguit- Traite de droit Constitutionnel, T.I. 1921, P. 488.

وهذا المسلك أيضاً انتهجه المشرع الدستوري المصري بقدر أكبر من التفصيل عندما خصص في دستور سبتمبر ١٩٧١ باباً جاء تحت مسمى سيادة القانون في المواد (من ٦٤ حتى ٧٢) والذي ضمنه المبادئ الأساسية التي يقوم عليها هذا المبدأ لاسيما في المواد (٦٤ ، ٦٥ ، ٦٨).

وقد يكون من المفيد قبل تناول تعريف مبدأ المشروعية أن نبين معنى المشروعية ومعنى المبدأ في اللغة، إيماناً منا بأن ذلك يسهم في تبديد أي لبس أو غموض، وأن فهم أي مصطلح فهماً لغوياً يساعد في الاستخدام الفعلي له خاصة من وجهة نظر العلوم الإنسانية التي تتكامل فيما بينها بما يؤكد أن الفكر الإنساني متسق وأنه يكمل بعضه بعضاً.

أولاً : مفهوم المبدأ من الناحية اللغوية:

مبدأ الشيء : أوله ومادته التي يتكون منها، وجمعه مبادئ، ومبادئ العلم، أو الدين، أو الخلق، أو الدستور، أو القانون تعني قواعده الأساسية التي يقوم عليها[١].

ثانياً : تعريف المشروعية:

شَرَعَ الأمر أي جعله مشروعاً مسنوناً، والأمر المشروع هو ما سوغه الشرع[٢].

ثالثاً : تعريف مبدأ المشروعية في الاصطلاح :

لقد ذهب الاختلاف بفقهاء القانون العام في تعريفهم لمبدأ المشروعية إلى أبعد مما تضمنه تعريف المبدأ من ألفاظ وعبارات، فلحق بالتسمية ذاتها حيث أطلق عليه البعض لفظ "المشروعية" وأطلق البعض الآخر لفظ "الشرعية" وأخذ الرأي الثالث بالتسميتين معاً، مما كان لاجتهاداتهم في هذا الصدد وجود ثلاثة آراء رئيسة[٣]، نوضحها على النحو التالي :

---

(١) مجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم، القاهرة، سنة ١٩٩٤، ص ٣٩.
(٢) المعجم الوجيز، المرجع نفسه، ص ٣٤٠ ، ٣٤١.
(٣) لمزيد من التفصيل يراجع :
- دكتور/ أنور أحمد رسلان، وسيط القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ٢٠.
- دكتور/ رأفت فوده، مصادر المشروعية الإدارية ومنحنياتها، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤، ص ٢٨.
- دكتور/ صالح حسن سميع – الحرية السياسية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق – جامعة عين شمس، ١٩٨٨، ص ٥١٧.
- دكتور/ يحيى الجمل، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦، ص١٠ ، ١١.

الـرأي الأول : أخذ باستخدام مصطلح "المشروعية"، مبرراً سبب استخدامه لهذا المصطلح لأنه أوسع في مفهومه ومداه من مصطلح "الشرعية"، وأكثر مـن ذلك فلقد ذهب هذا الاتجاه إلى القول بأن المشروعية هى الأساس الذي تقـوم عليه الشرعية مميزاً بذلك بين المشروعية في ظل الأنظمة التحررية، والمشـروعية في ظل النظم العقائدية، أو ما أسماه بالنظم المذهبية، ولخص هـذا الاتجـاه الفرق بين مفهومي الشرعية والمشروعية في كنف التعاليم الـتحررية وبين مفهومهما في ظل الدولة العقائدية بالقول: "بأن المشروعية فـي الحالـة الأولى تكون شكلية أما في الثانية فتكون موضوعية، وبالتالي تكون العدالة في الإطار الأول هى النص والشكل، ومن ثم فإن عدالة القانون هـى نصـه وشـكله، وليست حكمته وروحه، أما في النظام الثاني (الدولة العقائدية) فإن العدالة تكمن في الإيمان الأعلى والمذهبية المقررة"[1].

الـرأي الـثاني : ذهـب إلـى أن هناك فرقاً دقيقاً بين مفهومي "الشرعية" و"المشروعية" رغم أنهما مشتقان من أصل واحد هو "الشرع" أو "الشريعة" أو "الشرعة"، وهى : العادة أو السنة أو المنهاج وفي ذلك يقول الله سبحانه وتعـالى في كتابه العزيز (ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها ولا تتبع أهـواء الذين لا يعلمون)[2]، ومع هذا الأصل الاشتقاقي، اللغوي الواحد فإن اللفظين يختلفان من حيث المفهوم الدقيق لكل منهما، فالشرعية مشتقة من الشرع بصيغة (الفعلية) ومعناها موافقة الشرع، أما المشروعية مشتقة من الشـرع بصـيغة (المفعولـية)، وتفيد محاولة موافقة الشرع والمحاولة قد تصيب وقد تخيب[3].

---

(١) دكـتور/ صـالح حسـن سـميع، المـرجع السـابق، ص ٥٢١، مشيرا في ذلك لمؤلف الدكـتور/مصطفى كمال وصفي، النظم الإسلامية، مكتبة وهبة، القاهرة، بدون تاريخ نشر ص ١٥٤ ، ١٥٥، معقبا على ذلك بأنه (يحمد لهذا الاتجاه أنه كشف حقيقة الخواء الفكري لمضـمون مـبدأ المشروعية الذي جعله أسمى وأوسع من مبدأ الشرعية) مؤكدا خطأ هذا الاتجاه الذي ذهب في اجتهاده اللغوي إلى جعل المشروعية أساسا للشرعية.

(٢) الآية رقم (١٨) من سورة الجاثية.

(٣) لمزيد من التفصيل يراجع :

- دكـتور/ علـي جريشة، مبدأ المشروعية في الفقه الدستوري الإسلامي رسالة دكتوراه مقدمـة لجامعـة القاهرة، ص ٥، مؤكداً ما ذهب إليه البعض بالقول بأن بين الشرعية والشـريعة جـناس كامل، وأن الشرعية هى اشتقاق لفظي ومعنوي مما نزل به القرآن الكريم، إذ تحدث عن شرع وشريعة وشرعة.
- دكـتور/ مـاجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٤، ص ١٨ وما بعدها.
- دكـتور/ مصـطفى كمال وصفي، النظام الدستوري في الإسلام مقارنا بالنظم العصرية، مكتبة وهبة، القاهرة ط٢، ١٩٩٤، ص ٣١ وما بعدها.

ويخلص هذا الاتجاه إلى القول بأن مصطلح "الشرعية" أوسع من مصطلح "المشروعية" التي تعد في حقيقتها مشروعية وضعية، لا تحمل في معناها أكثر مما يضعه المشرع الوضعي من قواعد وأحكام أو تقنينات، بل ولكي يحظى هذا المصطلح بالشرعية لابد أن يستهدي أصول وقواعد المشروعية العليا، فتصدر قواعده وتقنيناته بناءً عليها، بل ومعبرة عن مضمونها[1].

فمصطلح الشرعية، وما يختزنه من قيم وأهداف عليا للمجتمع الذي يدخل في الهدف النهائي للدولة الإسلامية بشتى تقنيناتها ومؤسساتها منذ أن بدأت وما زالت تعمل على تحقيق هذا الهدف من جانب القائمين بأمر السلطة وهو – على حد تعبير الفقه الإسلامي – "شرط ابتداء وشرط بقاء" بالنسبة لولايتهم.

أما مصطلح المشروعية فيجب أن يصدر عن قواعد الشرعية التي يتضمنها الكتاب والسنة، لذا يجب على المقنن الوضعي أن يراعى اتساق التقنينات الوضعية مع قواعد الشريعة.

وقد كفلت الشريعة الإسلامية الضمانات الشعبية الفعالة لعدم تعدي السلطة وجورها وحيادها عن العدل والصالح العام بأن اعتبرت هذه الضمانات الوجوبية في إلزام الأفراد بعدم طاعة السلطة الظالمة[2].

---

(١) لمزيد من التفصيل يراجع :
- دكتور/ صالح حسن سميع، الحرية السياسية، المرجع السابق، ص ٥٢٣، مشيرا في ذلك إلى أن : التمييز غير مجد في ظل النظم السياسية الغربية، وذلك على عكس أهميته وفاعليته في ظل تعاليم المذهبية الإسلامية، التي تعد الأساس الشرعي لمجموعة النظم السياسية والإدارية في البلاد العربية.
- دكتور/ مصطفى كمال وصفي، النظام الدستوري في الإسلام مقارنا بالنظم العصرية، المرجع السابق، ص ٣٣ وما بعدها.
ويرى أستاذنا الدكتور/ أنور أحمد رسلان أنه من الأفضل عدم التمييز بين الشرعية والمشروعية تأسيسا على تطلب التزام الدولة بكل من المبادئ القانونية العامة والمبادئ القانونية الوضعية، على حد سواء. إلا أن ذلك مشروط بعدم وجود فوارق بينهما أو وجود تطابق بينهما. أما في حالة حدوث اختلاف – نتيجة إنحراف السلطة التشريعية وعدم التزامها بالمساواة المتاحة بين جميع الأفراد – فالأفضل الأخذ بالتفرقة بين الشرعية والمشروعية، وذلك لمطالبة الدولة التي قد توجد بها هذه التفرقة بالالتزام بمبادئ الشرعية فضلا عن التزامها بمبادئ المشروعية الوضعية، دكتور/ أنور أحمد رسلان، وسيط القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ٢٣.

(٢) دكتور/ صالح حسن سميع، الحرية السياسية، المرجع السابق، ص ٥٢٦.

الرأي الثالث : أخذ باستخدام المصطلحين معاً على أنهما مترادفين، ويغطي كل منهما الآخر، بل ولم يحدد أو يفرق أصحاب هذا الرأي عند استخدام أي من المصطلحين، فأخذ "بالشرعية" أحياناً و(بالمشروعية) أحيانا أخرى[1].

وإذا كان الاتفاق لدى الفقه على أن المقصود بمصطلحي "الشرعية" و"المشروعية" هو الخضوع للقانون والتزام أحكامه من قبل الكافة حكاماً ومحكومين فإن التعبير عن هذا المعنى لم يقتصر على هذين المصطلحين فقط، وإنما أخذ عند الاستخدام ألفاظاً أخرى "كالخضوع للقانون"، و"سيادة حكم القانون"، و"سيادة القانون" مع أن الاصطلاح الأخير يعتبر الأكثر استخداماً وشيوعاً لدى غالبية الفقه وفي نصوص بعض الدساتير[2]، ورغم تباين الآراء بين الفقهاء حول تحديد المقصود بمبدأ المشروعية **يرى الباحث** أنه يقصد بمبدأ المشروعية أن تخضع تصرفات الإدارة في ممارستها للسلطة العامة حال تحقيق الصالح العام لأحكام القانون بمفهومه الواسع.

---

(١) لمزيد من التفصيل يراجع :
- دكتور/ الشافعي أبو راس القضاء الإداري، عالم الكتب، القاهرة، بدون تاريخ نشر، ص ٢٤.
- وأستاذنا الدكتور/ أنور أحمد رسلان، وسيط القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ٢٢، حيث يؤكد أن واقع العالم المعاصر يكشف ضرورة التفرقة بين اصطلاحي الشرعية والمشروعية في بعض الحالات، موضحاً ذلك بمثال لجنوب أفريقيا سابقا، والقوانين الإسرائيلية التي تفرق بين اليهود الإسرئيليين من ناحية والعرب الإسرائيليين من ناحية أخرى ، هذا فضلا عن التفرقة القائمة بين سكان الأراضي العربية المحتلة وسكان إسرائيل بالرغم من تطبيق القانون الإسرائيلي على الجميع، موضحا أن المشروعية الوضعية التي تقيمها القوانين الإسرائيلية لا تتفق مع متطلبات الشرعية التي تحتم عدم التفرقة بين شخص وآخر حسب الجنس أو العقيدة، وذلك تطبيقا لمبدأ المساواة الذي يعد أحد وأهم المبادئ القانونية العامة في الدولة الحديثة.
- دكتور/ عبدالحميد كمال حشيش، مبادئ القضاء الإداري، المجلد الأول، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، ١٩٧١، ص ٩، مشيرا إلى أن (مبدأ المشروعية) هو الاصطلاح الشائع في الفقه الفرنسي، بينما التسمية الشائعة لهذا المبدأ في الفقه الأنجلوسكسوني هى (مبدأ حكم القانون) أو مبدأ الحكومة المقيدة.

(٢) ذهب جانب من الفقه إلى أن مبدأ سيادة القانون لا يستخدم للدلالة على مبدأ المشروعية لأن هذين الإصطلاحين غير مترادفين لاختلاف فحواهما، فمبدأ المشروعية يعني خضوع جميع سلطات الدولة لأحكام القانون، أما مبدأ سيادة القانون فيعني خضوع السلطة التنفيذية للسلطة التشريعية ومنعها من التصرف إلا وفقاً لأحكام القانون، لأن السلطة التشريعية تحتل في سلم الهيئات العامة مكانة تفوق تلك التي تتبوؤها السلطة التنفيذية، راجع في هذا الرأي، دكتور/ محمد عبدالحميد أبوزيد، مبدأ المشروعية وضمان تطبيقه، دراسة مقارنة، ٢٠٠٢، ص ١٧، ويرى جانب آخر من الفقه أن اصطلاح سيادة القانون أكثر استخداماً في المجال السياسي، انظر في ذلك دكتور/ طارق فتح الله خضر، القضاء الإداري، دار أبوالمجد للطباعة بالهرم، ٢٠٠٤ – ٢٠٠٥، ص ١٨.

وعلى ذلك فإن هذا التعريف يتضمن العناصر التالية :

١- أنه يتعلق بممارسة الإدارة للسلطة العامة.

٢- أنـــه يحدد نطاق هذه الممارسة، وكافة التصرفات، ومدى اتفاقها مع أحكام القانون.

٣- أنـــه ذا طبـــيعة مـــرنة، بحيث تكون هذه التصرفات مطابقة لأحكام القانون بالمعنى الواسع.

٤- أنه يكفل الرقابة على أعمال الإدارة في سعيها لتحقيق الصالح العام باعتـــباره أحـــد القواعـــد السلوكية التي تتعلق بالغاية من السلوك الإداري.

وعلى ذلك يكون مبدأ المشروعية بمفهومة السابق وعناصره المبينة هو المعـــيار الأوحد للتمييز بين الدولة القانونية والدولة البوليسية التي تأبى أن تخضـــع فـــي ممارستها لوظيفتها العامة لأحكام القانون أو ترفض الانصياع لهذه الأحكام لكونها فوق القانون.

المطلب الثاني

مصادر مبدأ المشروعية

تتعدد مصادر المشروعية بين مصادر مكتوبة وأخرى غير مكتوبة، والنظام القانوني الكويتي شأنه كغيره من الأنظمة القانونية تتنوع فيه مصادر القاعدة القانونية فهناك القاعدة الدستورية والقوانين العادية والمراسيم بقوانين التي تقابلها لوائح الضرورة في الدستور المصري يضاف إلى ذلك المعاهدات، واللوائح التفويضية، وبالإضافة إلى تلك القواعد المكتوبة أو التي تسمى أيضاً بالمصادر الأصلية، فإن النظام القانوني الكويتي يستند إلى قواعد العرف والمبادئ العامة للقانون كغيره من النظم القانونية الوضعية المقارنة باعتبارها مصادر للمشروعية ولا يمكننا أن نغفل دور الشريعة الإسلامية الغراء كمصدر أساسي للمشروعية في الدول العربية والإسلامية.

وبالرغم من إلتزام الإدارة والأفراد بكافة هذه القواعد إلا أن هذا الإلتزام يغلب القاعدة القانونية الأكثر قوة إذا ما تزاحمت هذه القواعد عند التطبيق.

وإذا اعتبرنا القواعد القانونية على شكل هرم متدرج الطبقات، فيأتي في قمة الهرم الدستور يليه القانون العادي، ثم يستمر التدرج بصورة تنازلية حتى نصل إلى القرار الإداري الفردي الصادر تطبيقاً لقاعدة قانونية سابقة عليه.

وتفريعاً على ما سبق، **يتناول الباحث** مصادر المشروعية من خلال الفروع التالية :

الفرع الأول : المصادر المكتوبة لمبدأ المشروعية.

الفرع الثاني : المصادر غير المكتوبة للمشروعية.

الفرع الثالث : الشريعة الإسلامية مصدر أساسي للمشروعية.

الفرع الأول

المصادر المكتوبة لمبدأ المشروعية

تنقسم القواعد القانونية المكتوبة إلى قواعد دستورية تختص السلطة التأسيسية بإقرارها، وقواعد تشريعية يتولى البرلمان سنها، والمعاهدات والاتفاقيات الدولية، وقواعد لائحية تلتزم السلطة التنفيذية بوضعها.

١- القاعدة الدستورية[١] :

يوجد الدستور على قمة النظام القانوني في الدولة[٢]، وتعتبر قواعده أسمى القواعد القانونية وأساس المشروعية في الدولة الحديثة، حتى أن البعض يرى[٣]. أنه قانون القوانين والدستور من الناحية الشكلية هو الوثيقة القانونية الأساسية التي تبين شكل الحكم، ونظام السلطات، وحدود اختصاصاتها، وبعبارة أخرى هو تلك الوثيقة التي تبين نظام الحكم في الدولة. أما الدستور من الناحية الموضوعية فهو مجموعة القواعد الأساسية التي تحدد شكل الدولة، ونظام الحكم فيها، وتبين سلطاتها العامة، وعلاقاتها ببعضها وعلاقة الأفراد بها، كما تقرر حقوق الأفراد وحرياتهم المختلفة، اضافة إلى ضمانات هذه الحقوق وتلك الحريات[٤].

وعلى ذلك فإن القاعدة الدستورية التي ينص عليها في صلب الدستور تعد من أول مصادر المشروعية، فهى تتبوأ قمة التنظيم القانوني للدولة، ومن ثم فلا يجوز أن يخالف القانون أو قرار الإدارة القاعدة الدستورية.

---

(١) لمزيد من التفاصيل في التعريفات المختلفة للدستور راجع من الفقه الفرنسي :
Prelot – Precis de dr. Cons. 1984 – P. 5 est.
ومن الفقه المصري راجع على سبيل المثال الدكتور/ يحيى الجمل، النظام الدستوري في جمهورية مصر العربية، ١٩٧٤، ص ١٤ وما بعدها.

(٢) صدر الدستور الكويتي في ١١ نوفمبر سنة ١٩٦٢ وبدأ العمل به اعتباراً من يناير ١٩٦٣.

(٣) لمزيد من التفصيل يراجع :
- دكتور/ مجدي مدحت النهري، مبادئ القانون الإداري، الجزء الأول، التنظيم الإداري، دار أم القرى بالمنصورة، ١٩٩٥، ص ٧٧.
- دكتور/ محسن خليل، النظم السياسية والقانون الدستوري، الإسكندرية، منشأة المعارف، ط ٢، سنة ١٩٧١، ص ٤٥٢.

(٤) دكتور/ محمد كامل ليله، القانون الدستوري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧١، ص ١٨.

ويعتبر الدستور أول مصادر المشروعية وأهمها في الدولة الحديثة، فتلتزم به كافة سلطات الدولة وهيئاتها وأفرادها، لأنه يمثل أعلى القواعد القانونية مرتبة في مدارج النصوص التشريعية، ولأنه نابع من إرادة الأمة مصدر السلطات جميعا، فيقوم النظام في الدولة استناداً عليه، بل ويؤسس الوجود القانوني للهيئات الحاكمة من خلاله[١].

ويمثل الدستور حجر الأساس في بناء الدولة القانونية الحديثة، وأهم مقوماتها، بل وعلامة هامة على طريق تقدمها الحضاري[٢]، خاصة إذا ساد وترسخ في ضمير الأفراد والجماعات والهيئات ضرورة احترام قواعده والالتزام بكافة أحكامه ومبادئه ونضج الوعي لدى الكافة بضرورة احترام وسمو أحكامه على سائر القواعد الأخرى[٣].

٢- التشريع

يعد التشريع أو القانون العادي المصدر الثاني – بعد الوثيقة الدستورية – للمشروعية، حيث يأتي التشريع في مرتبة تالية للقاعدة الدستورية من حيث تدرج القواعد القانونية.

وتضع السلطة التشريعية التشريعات استناداً إلى اختصاصها الأصيل، وبشرط أن يكون ذلك وفقاً للاجراءات المنصوص عليها وفي إطار القواعد الدستورية.

---

(١) لمزيد من التفصيل يراجع :
- دكتور/ أنور أحمد رسلان، وسيط القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ٩٦، مشيراً في ذلك لحكم المحكمة الدستورية العليا، في القضية رقم ٢٨ لسنة ٢ ق (دستورية)، بتاريخ ١٩٨٥/٥/٤ج٣، ص ١٩٦.
- دكتور/ رأفت فوده، مصادر المشروعية الإدارية ومنحنياتها دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ٥٧.

(٢) دكتور/ رأفت فوده، مصادر المشروعية الإدارية ومنحنياتها، المرجع السابق، ص ٥٧.

(٣) لمزيد من التفصيل يراجع :
- دكتور/ رمزي طه الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، الطبعة الثانية، مطبعة جامعة عين شمس، ١٩٨٠، ص ٥٩ وما بعدها.
- دكتور/ رأفت فوده، المرجع السابق، ص ٥٧.

وقد حدد الدستور الكويتي في المادة (٥١) منه السلطة التشريعية حيث نصت على أن :
(السلطة التشريعية يتولاها الأمير ومجلس الأمة وفقاً للدستور).

والقانون العادي يقصد به مجموعة القواعد العامة المجردة الصادر عن السلطة التي أوكل إليها الدستور مهمة التشريع، وهو على هذه الحالة يكون أدنى من القاعدة الدستورية وأعلى مرتبة من التشريعات الفرعية التي تصدرها السلطة التنفيذية[١].

فإذا أصدرت السلطة التشريعية (مجلس الأمة - مجلس الشعب) تشريعاً (قانون) وتضمن مخالفة لأحكام الدستور نصاً أو روحاً كان هذا القانون غير دستوري، وفي الكويت تختص المحكمة الدستورية بالفصل في دستوريته وفقاً لما فصله القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٧٣ بانشاء المحكمة الدستورية والذي حدد في المادة الأولى منه اختصاص المحكمة بأن : (تنشأ محكمة دستورية تختص دون غيرها بتفسير النصوص الدستورية وبالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين والمراسيم بقوانين واللوائح وفي الطعون الخاصة بانتخاب أعضاء مجلس الأمة أو بصحة عضويتهم ويكون حكم المحكمة الدستورية ملزماً للكافة ولسائر المحاكم).

ويعتبر التشريع أو القانون العادي المصدر التالي - بعد الدستور - لمبدأ المشروعية، حيث يعد القانون أحد المصادر الرئيسة الهامة ذا التطبيق الواسع، الذي تقاس على أساسه مشروعية الأعمال الإدارية على وجه الخصوص، فحالات عدم المشروعية الإدارية أكثر تطبيقاً - من واقع دراسة أحكام القضاء - من حالات عدم دستورية أعمال الإدارة، وذلك لما يشكله القانون من همزة وصل بين الدستور والإدارة[٢]، إذ قلما يخاطب الدستور بأوامر مباشرة الإدارة العامة، ولكن في الغالب الأعم يخاطبها من خلال العمل التشريعي المحدد لكيفية تطبيق النص الدستوري، ويؤكد ذلك نصوص كثير من الدساتير العربية، ففي الدستور المصري هناك الكثير من المواد التي تذكر عبارات (في الأحوال التي يحددها القانون م ١٤)، وعبارة

---

(١) حدد الدستور الكويتي السلطة التنفيذية في المادة (٥٣) منه ونص على أن :
(السلطة التنفيذية يتولاها الأمير، ومجلس الوزراء ، والوزراء على النحو المبين بالدستور).

(٢) دكتور/ رأفت فوده، مصادر المشروعية الإدارية ومنحنياتها، المرجع السابق، ص ٧٤.

(يكفل القانون أو يعين القانون م ٢٦، ٣١، ٣٧، ٤١، ٥٢، ٥٦، ٨٨، ١١٥، ١١٧.. إلخ)[١] ومثال ذلك في الدستور الكويتي المواد (١٦ ، ١٨ ، ١٩ ، ٢٠ ، ٢٢ ، ٢٦ ، ٢٧ ، ٣١ ، ٣٢ ، .. إلخ).

وتطبيقاً لذلك يتعين على الإدارة أن تباشر أعمالها وفقاً لما تقضي به القوانين حتى لا تتسم هذه الأعمال بعدم المشروعية، ويحق بالتالي للقضاء الإداري أن يلغي العمل المخالف للقانون أو أن يعوض عن الأضرار الناجمة عنه[٢]، أو بهما معاً.

٣ـ المعاهدات :

تحتل المعاهدات والاتفاقيات الدولية – في الوقت الحاضر – مكانة هامة بين مصادر القانون الدولي والداخلي للدول على وجه الخصوص، وذلك لما تحتاجه الدول من أوجه التعاون المتزايد فيما بينها، خاصة وأن تطور التنمية في كل دولة أصبح يعتمد على معاونة ومساعدة غيرها من الدول وبالتالي تنشأ المعاهدات والاتفاقيات الدولية بين أعضائها من الدول حقوقاً، كما تفرض عليها التزامات، فلا يكفي أن تحترم الدول نصوص وبنود المعاهدات، وإنما ينبغي أن يترجم هذا الاحترام ويفرض ذلك الالتزام، على مستوى المؤسسات والهيئات، بل والأفراد داخل كل دولة، وأن يقترن الخروج على ما تضمنته المعاهدات إذا ما حدث من أي من الوحدات الإدارية بجزاء رادع يحفظ للمعاهدات هيبتها ومكانتها في سلم المصادر القانونية أو الدستورية في الدولة[٣]، وعليه ذهب البعض إلى أن للمعاهدات قوة إلزام بين أطرافها[٤]، توازي القوة الإلزامية للقوانين الداخلية للدولة نفسها، وبالتالي تلتزم كافة سلطات الدولة وأفرادها باحترام المعاهدات، والوقوف عند حدود أحكامها، وعدم الخروج عما ورد فيها.

---

(١) دكتور/ رأفت فوده، المرجع السابق، ص ٧٥.

(٢) دكتور/ محمود سامي جمال الدين، القضاء الإداري، الرقابة على أعمال الإدارية، مبدأ المشروعية، تنظيم القضاء الإداري، دراسة مقارنة، منشأة المعارف بالاسكندرية، ٢٠٠٣، ص ٥١.

(٣) لمزيد من التفصيل يراجع :
- دكتور/ رأفت فوده، مصادر المشروعية الإدارية ومنحنياتها، المرجع السابق، ص ٨٥.
- دكتور/ محمد عبدالحميد أبوزيد، القضاء الإداري، مبدأ المشروعية وتنظيم مجلس الدولة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥، ص ٥٠.

(٤) دكتور/ محمد عبدالحميد أبوزيد، مبدأ المشروعية وضمان تطبيقه، المرجع السابق، ص ٥٠ وما بعدها، مشيرا في ذلك لمؤلف الدكتور/ محمد حافظ غانم، مبادئ القانون الدولي العام، ١٩٧٦، ص ٦٥٢ وما بعدها.

وتصبح المعاهدات مصدراً للمشروعية الوطنية، ويكون طلب الطاعن إلغاء عمل، أو قرار إداري مخالف لها مقبولاً، كما لو كان مخالفا للقانون الوطني، متى اكتمل دخول المعاهدة أو الاتفاقية نطاق القانون الداخلي[1].

ويؤكد ذلك ما ورد في كثير من دساتير الدول، فالمادة (٥٥) من الدستور الفرنسي الحالي تنص على أن المعاهدات التي يتم التصديق عليها تحظى بقوة القانون بشرط أن يطبق الطرف الآخر أحكامها، وأخذت بعض الدول العربية بهذا الاتجاه كالمغرب، في حين أن الكثير منها يلحق المعاهدات بالتشريع من حيث التدرج فتمنحها قوة ومرتبة التشريع، كالدستور الحالي لمصر، حيث تقرر المادة (١٥١) منه بأن للمعاهدات نفس مرتبة وقوة القانون[2].

وقد نص الدستور الكويتي في المادة (٧٠) منه على أن يبرم الأمير المعاهدات بمرسوم ويبلغها مجلس الأمة فوراً مشفوعة بما يناسب من البيان وتكون للمعاهدة قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها في الجريدة الرسمية.

وإذا كانت المعاهدات الدولية، هى من قواعد القانون الدولي العامة إلا أنه وفقاً لأحكام الدستور تعد جزءاً من القانون الداخلي الواجب التطبيق متى تم التصديق عليها ونشرها[3].

---

(١) دكتور/ أحمد يسري، في ترجمته لمؤلف مارسولون، بروسبيرفي، جي بريبان، المعنون بأحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، منشأة المعارف بالاسكندرية، ١٩٩١، ص ٣٥، موضحا أن أهم شروط دخول المعاهدة نطاق القانون الداخلي في فرنسا أن يكون قد تم التصديق على هذا القانون أو المعاهدة وتم نشره على الوجه السليم للقوانين.

(٢) لمزيد من التفصيل يراجع :
- دكتور/ عبدالقادر باينة، القضاء الإداري، الأسس العامة والتطور التاريخي، دار توبقال للنشر، المغرب، ١٩٨٨، ص ١٦.
- دكتور/ محمد عبدالحميد أبوزيد، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ٥١.
وتنص المادة (١٥١) من الدستور المصري بأن (رئيس الجمهورية يبرم المعاهدات، ويبلغها مجلس الشعب مشفوعة بما يناسب من البيانات، وتكون لها قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقا للأوضاع المقررة، على أن معاهدات الصلح والتحالف والتجارة والملاحة وجميع المعاهدات التي يترتب عليها تعديل في أراضي الدولة أو التي تحمل خزانة الدولة شيئا من النفقات غير الواردة في الموازنة تجب موافقة مجلس الشعب عليها).

(٣) وقعت دولة الكويت على عدد من الاتفاقيات الدولية حتى عام ١٩٩٧، لمزيد من التفصيل يراجع عبدالله راشد، دليل التشريعات الكويتية المتعلقة بحقوق الإنسان، الكويت، الجمعية الكويتية لحقوق الإنسان، المنظمة العربية لحقوق الإنسان، ١٩٩٧ ص ١٨١ ، ١٨٢.

ومن ثم فإن المعاهدات والاتفاقيات الدولية التي تبرمها الدولة ويتم التصديق عليها ونشرها وفقاً للأوضاع المقررة تعد من عناصر المشروعية باعتبارها من النظام القانوني الداخلي للدولة بما يستلزم احترامها على مستوى الأفراد والهيئات وتكون مرتبة المعاهدات في التشريع الكويتي في مرتبة القانون كما هو الحال في التشريع المصري، إلا أن هناك من الدساتير ما يجعل للمعاهدة أو الاتفاق الدولي مرتبة أعلى من القانون العادي[1] كما هو الحال في الدستور الفرنسي[2].

٤- اللوائح :

يطلق عليها أحياناً (التشريعات الفرعية) أو (القرارات التنظيمية)، فهى قرارات إدارية تتضمن قواعد عامة مجردة، غير شخصية، وتصدر من السلطة التنفيذية، باعتبار ذلك من اختصاصاتها الهامة لإدارة وتسيير المرافق العامة، بل وحفظ النظام العام في الدولة، وضماناً لتنفيذ القوانين فيها، كما يعد صدورها مساهمة من السلطة التنفيذية في الوظيفة التشريعية، وتعد اللائحة عملاً إدارياً، طبقاً للمعيار الشكلي المأخوذ به فقهاً وقضاءً، في حين أنها من وجهة النظر الموضوعية تعد عملاً تشريعياً، حيث أن طبيعة القواعد القانونية التي تتضمنها هى قواعد عامة مجردة، وغير شخصية، أو فردية، وتطبق على عدد غير محدد، أو معين من الأفراد، أو الجماعات[3]، ومن ثم تعد اللوائح أو التشريعات العادية أحد مصادر البناء القانوني في الدولة، وبالتالي يتعين اعتبارها أحد مصادر مبدأ المشروعية، إلا أن مرتبتها

---

(١) دكتورة/ سعاد الشرقاوي، الوجيز في القضاء الإداري، مبدأ المشروعية ومجلس الدولة، القاهرة، الجزء الأول، دار النهضة العربية، ١٩٨٩، ص ٦٩.

(٢) مادة (٥٥) من الدستور الفرنسي الحالي سنة ١٩٥٨.

(٣) لمزيد من التفصيل يراجع :

- دكتور/ محمد محمد بدران، رقابة القضاء على أعمال الإدارة، الكتاب الأول – مبدأ المشروعية وتنظيم القضاء الإداري واختصاصه، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣، ص ٣١.
- دكتور/ محمد مرغني خيري، القضاء الإداري ومجلس الدولة، الجزء الأول، مجلس الدولة وقضاء الإلغاء، ط٣، ١٩٩٢، ص ٢٧، مشيراً إلى القرار الفردي قد يشمل أكثر من شخص واحد، أو أكثر من حالة، وهذا لا ينفي فرديته، مؤكداً أن العبرة بفردية التطبيق، وليس بعدد الحالات التي يشملها، ويقترح تسمية القرار في هذا النوع بالقرار (الجمعي) تمييزاً له عن القرار الفردي.
- دكتور/ محمود سامي جمال الدين، اللوائح الإدارية وضمان الرقابة الإدارية، دراسة تحليلية لسلطة الإدارة في إصدار اللوائح التنفيذية واللوائح المستقلة ومدى سلطة القضاء في الرقابة عليها بالمقارنة مع فرنسا، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٢ ص ٦٧.

بين مصادر ذلك المبدأ تأتي في المرتبة التالية – من حيث التدرج الهرمي – للتشـــريع العـــادي، أو القانون، مع أنها تعتبر في درجة أعلى من القرارات الفردية التي تصدرها الإدارة وللتمييز بين اللائحة والقرار الفردي يتضح أن الأولـــى (أي اللائحـــة) لا تســـتهلك بتطبيقها مرة واحدة، وإنما تكون قابلة للتطبـــيق لأكـــثر مـــن مرة، وعلى أكثر من حالة عكس القرار الفردي الذي يقتصر تطبيقه على الحالة التي صدر بشأنها[١].

أنواع اللوائح :

تتـــنوع اللوائـــح – باعتـــبارها مصـــدراً للمشروعية – بحسب ظروف اصـــدارها ففـــي الظروف العادية تصدر السلطة التنفيذية نوعين من اللوائح همـــا : اللوائح التنفيذية، واللوائح المستقلة، حيث تهدف الأولى إلى التركيز علـــى الجزئيات والتفصيلات اللازمة لنفاذ الأحكام التي يتضمنها القانون مع التقـــيد بكل الأحكام الواردة بالقانون وعدم الخروج على أي منها[٢]، وعلى العكـــس من ذلك فإن اللوائح المستقلة لا ترتبط بقانون معين وإنما يستهدف صدورها تنظيم مسألة معينة لم ينظمها القانون[٣].

وفـــي دولـــة الكويـــت تنص المادة (٧٢) من دستور الكويت على أن : (يضع الأمير، بمراسيم، اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين بما لا يتضمن تعديلاً فيها أو تعطيلاً لها أو إعفاءً من تنفيذها. ويجوز أن يعين القانون أداة أدنى من المرسوم لإصدار اللوائح اللازمة لتنفيذه)[٤].

---

(١) لمزيد من التفصيل يراجع :
– دكتور/ محمد مرغني خيري، المرجع السابق، ص ٢٧ ، ٢٨.
– دكتور/ محمود سامي جمال الدين، اللوائح الإدارية، المرجع السابق، ص ٩٠.

(٢) لمزيد من التفصيل يراجع :
– دكتور/ أنور أحمد رسلان، وسيط القضاء الإداري، المرجع السابق،ص ١٠٨.
– دكتور/ محمد محمد بدران، رقابة القضاء على أعمال الإدارة، المرجع السابق، ص ٣٣.

(٣) وتـــنص المـــادة (١١١) مـــن دستور الجمهورية العربية السورية بالآتي: (١- أن يتولى رئـــيس الجمهورية سلطة التشريع أثناء انعقاد دورات المجلس إذا استدعت ذلك الضرورة القصـــوى المتعلقة بمصالح البلاد القومية أو بمقتضيات الأمن القومي على أن تعرض هذه التشـــريعات علـــى المجلـــس فـــي أول جلسة لـــه... ٢- لمجلس الشعب الحق في إلغاء التشـــريعات أو تعديلها بقانون... دون أن يكون لهذا التعديل أو الإلغاء أثر رجعي وإذا لم يلغهـــا المجلـــس أو يعدلها اعتبرت مقره حكما ولا حاجة لإجراء التصويت عليها)، وتنص المـــادة (٥٤) مـــن دســـتور المملكة المغربية بأنه.. يمكن للحكومة أن تصدر خلال الفترة الفاصـــلة بين الدورات وباتفاق مع اللجان التي يعنيها الأمر مراسيم بقوانين يجب عرضها بقصد المصادقة في أثناء الدورة الموالية العادية لمجلس النواب.

(٤) لمزيد من التفاصيل انظر بحث الدكتور/ عثمان عبدالملك الصالح، (السلطة اللائحية للإدارة في الكويت والفقه المقارن وأحكام القضاء) المرجع السابق، ص ١٣ ومابعدها.

ويـرى الباحـث أنـه يظهـر من ذلك النص أنه – باستثناء اللوائح التنفيذية التي تستطيع السلطة التشريعية بنص صريح في القانون أن تحدد جهة وأداة إصـــدارها تصـــدر لوائح الإدارة العامة في الكويت من قبل السلطة التنفيذية بمراسيم أميرية، وهذا ما جرى عليه العمل منذ نفاذ الدستور، والمرسوم لا يخـــتلط بالقـــرارات التي تصدر عن الوزراء كل على انفراد، ولا بتلك التي تصـــدر عـــن مجلس الوزراء ، أو تصدر عن رئيس الحكومة أو عن رئيس الدولـــة فـــي شـــكل أوامر أميرية يمارس بواسطتها صلاحياته الشخصية، فالمرسوم قرار إداري يمارس بواسطته الأمير صلاحياته الدستورية – ومنها وضـــع لوائح الإدارة العامة – ويوقعه هو كما يوقعه رئيس مجلس الوزراء والوزيـــر أو الوزراء المختصون، بـــل ويصدر بعد موافقة مجلس الوزراء باعتباره المهيمن على مصالح الدولة وسياستها.

وهـــو نفـــس المعـــنى الذي تضمنه نص المادة (١٤٤)[١] من الدستور الحالي في مصر.

وإذا كانت اللوائح التنفيذية تشريعاً ثانوياً، لصدورها استناداً إلى تشريع قائم، فإن اللوائح المستقلة تعد بمثابة تشريع أصيل، لما تتضمنه مـــن أحكام مبـــتدأة دون أن تكون مستندة لتشريع قائم[٢]، ومثالها لوائح تنظيم المرافق العامـــة، ولوائح الضبط الإداري أو لوائح البوليس، وقد خولت المادة (٧٣) من الدستور الكويتي الأمير سلطة إصدار المراسيم الخاصة بتنظيم المصالح والإدارات العامـــة، كما نصت المادة (١٤٥) من الدستور المصري على أن (يصـــدر رئـــيس الجمهوريـــة القـــرارات اللازمـــة لإنشاء وتنظيم المرافق والمصالح العامة).

وإلى جانب هذين النوعين المذكورين سابقاً والخاصين بالظروف العادية هـــناك نوعـــان آخران من اللوائح، يرتبط صدورهما بالظروف الاستثنائية، هما: (لوائح الضرورة) و (اللوائح التفويضية).

---

(١) تنص المادة (١٤٤) بأن (يصدر رئيس الجمهورية اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو إعفاء من تنفيذها وله أن يفوض غيره في إصدارها ويجوز أن يعين القانون من يصدر القرارات اللازمة لتنفيذه).

(٢) لمزيد من التفصيل يراجع :

– دكـــتور/ أنـــور أحمـــد رسلان، وسيط القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ١٢١ وما بعدها.

– دكـــتور/ ســـليمان الطماوي، النظريـــة العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص ٤٨٨.

ويرتكز مفهوم النظام الديمقراطي على أن تكون سلطة التشريع أساسا في يـد ممثلي الشعب، وهذا هو مفهوم مبدأ الفصل بين السلطات الذي يفترض تمييزاً بين وظائف الدولة الثلاثة، فتوكل وظيفة التشريع إلى البرلمان.

غير أنه تحت ظروف الحرب العالمية الأولى (١٩١٤ – ١٩١٨) اتسعت السـلطة اللائحية إلى حد أدى إلى الاعتراف للسلطة التنفيذية بأن تشرع في ظـروف خاصة، عن طريق ما يسمى بالمراسيم بقوانين ، وهى لوائح يتسع مـيدانها وتـرتفـع قوة إلزامها إلى مصاف القانون، فتستطيع أن تعدل أو تلغي قانوناً قائماً[١].

ولم يقابل الفقه في جملته هذا الأسلوب بارتياح، لاعتباره ثغرة بارزة في مـبدأ استقلال البرلمان بالسلطة التشريعية، وكذلك في مبدأ تبعية وخضوع اللائحـة للقـانون، غـير أن القضاء قد أقر شرعية هذه اللوائح بناءً على الظروف التي دعت إلى إصدارها، ولولا هذه الظروف لكان نصيب مثل هذه اللوائح الإلغاء لعدم شرعيتها لخروجها على مبدأ المشروعية.

---

(١) انظر في موضوع المراسيم بقوانين في الفقه الفرنسي :

- André Hauriou: Institutions politiques et Droit constitutionnel. 5 em édit, Paris 1972, pp. 733, 734, 748.

- Waline. Les rapports entre la loi et le réglement R.D.P., 1959. P. 699 et suivi.
- Montagne de la Rouqe: L'article 38 de la constitution du 4 octobre 1958 et la loi de pouvoirs spéciaux de 4 février 1960. Mélannge Maury, Tome 2. P. 199.
- De SOTO: la loi et le réglement dans la constitution de 1958 R.D.P., 1959. P. 240.

وانظر في الفقه العربي :

- الدكتور/ إسماعيل ميرزة، القانون الدستوري، منشورات الجامعة الليبية، بيروت ١٩٦٩ ص ٢٨٧ وما بعدها.
- الدكـتور/ سـليمان الطمـاوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص ٤٩٤ وما بعدها.
- الدكـتور/ عبدالفـتاح حسن، مبادئ النظام الدستوري في الكويت، دار النهضة العربية، بيروت ١٩٦٨، ص ١٩٦ وما بعدها.
- الدكتور/ عثمان عبدالملك الصالح، النظام الدستوري والمؤسسات السياسية في الكويت، المرجع السابق، ص ٤٠٠ وما بعدها.
- الدكتور/ محمد كامل ليله، القانون الدستوري، المرجع السابق، ص ٤٢٩ وما بعدها.
- الدكـتور/ محمـود حافظ، مذكرات في القانون الإداري، الطبعة ١٩٧٣، ص ٤٠٩ وما بعدهـا، ومذكـرات فـي القـانون الدستوري، على الآلة الكاتبة، لطلبة كلية الحقوق والشريعة جامعة الكويت، سنة ١٩٦٨.
- الدكتور/ مصطفى كامل، شرح القانون الدستوري، منشورات دار الكتاب العربي، الطبعة الثانية، ١٩٥٢، ص ٥٤٣ وما بعدها.

ولقد وجد هذا التطور في إنجلترا، كما وجد في فرنسا في ظل الجمهوريتين الثالثة والرابعة على الرغم من مخالفته لنص المادة (١٣) من دستور سنة ١٩٤٦، وقد غزت هذه الظاهرة كثيراً من البلاد، حتى تضمنت دساتيرها نصوصا تتيح للسلطة التنفيذية أن تصدر – استثناء وبصورة عارضة وفي ظروف خاصة – لوائح لها قوة القانون، وفي جمهورية مصر العربية تنظم لوائح الضرورة واللوائح التفويضية المادتين (٧٤ ، ١٤٧)[١].

وسار دستور الكويت في هذا المضمار، وتحدث عن حالتين يجوز فيهما للسلطة التنفيذية أن تمارس هذا الاختصاص الاستثنائي عن طريق إصدار مراسيم لها قوة القانون :

الحالة الأولى : هى حالة الضرورة وقد نصت عليها صراحة المادة (٧١) من الدستور.

الحالة الثانية : هى حالة اللوائح التفويضية، وقد أقرتها المذكرة التفسيرية للدستور في تعليقها على المادة (٥٠) من الدستور.

أولاً : لوائح الضرورة : Les Réglements De Nécessités

أ- مبررات هذه الرخصة والسند القانوني لها :

قد تمارس السلطة التنفيذية سلطة التشريع الاستثنائي عند توافر شروط معينة، دون حاجة إلى إذن مسبق من البرلمان، وسند هذه السلطة هو نظرية الضرورة.

ولقد أقر المشرع الدستوري الكويتي نظرية الضرورة، عندما نص في مادته (٧١) على أنه: (إذا حدث فيما بين أدوار انعقاد مجلس الأمة أو في

---

(١) انظر في نقد الفقه المصري للسلطة الخطيرة والواسعة لرئيس الجمهورية المقررة وفقاً لحكم المادتين (٧٤ ، ١٤٧)، دكتور/ أنور أحمد رسلان، وسيط القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ١٢٦ وما بعدها.

فترة حله، ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير، جاز للأمير أن يصدر في شأنها مراسيم تكون لها قوة القانون، على أن لا تكون مخالفة للدستور أو للتقديرات المالية الواردة في قانون الميزانية.

ويجب عرض هذه المراسيم على مجلس الأمة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها، إذا كان المجلس قائماً، وفي أول اجتماع له في حالة الحل أو انتهاء الفصل التشريعي، فإذا لم تعرض زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون بغير حاجة إلى إصدار قرار بذلك.

أما إذا عرضت ولم يقرها المجلس زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون، إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب من آثارها بوجه آخر)[1].

ب : شروط إصدار هذا النوع من اللوائح :

إن اتساع سلطة الإدارة في الظروف الاستثنائية ليس أمراً طليقاً من كل قيد أو شرط، فالظرف الاستثنائي لا يلغي مبدأ المشروعية وإنما يؤثر في مداها، فتحل المشروعية الاستثنائية محل المشروعية العادية، ومعنى ذلك أن فكرة المشروعية قائمة ومسلم بها، ولكن يتغير مداها فقط بسبب الظروف الاستثنائية وبقصد مواجهتها، فالضرورة يحكمها مبدآن كبيران هما : الضرورات تبيح المحظورات، والضرورة تقدر بقدرها.

ويظهر من نص المادة (٧١) من الدستور أن المشرع الدستوري كان في ذهنه تلك المبادئ، وهو يقرر حالة الضرورة، فأحاط سلطة الإدارة بضمانات عديدة، ووضع عدة قيود على استعمالها لهذه الرخصة الاستثنائية، وذلك بقصد استعمالها فيما وضعت من أجله، وممارستها في حدودها المعقولة.

ويرى الباحث أنه من الواضح من هذا النص أن الدستور قد نظم حالة الضرورة وأخضعها لقيود وشروط معينة نعرض لها فيما يلي :

---

(١) يقابل هذه المادة : المادة (١٦) من الدستور الفرنسي الصادر عام ١٩٥٨، ويقابلها في الدساتير المصرية المادة (٤١) من دستور سنة ١٩٢٣، المادة (١٣٥) من دستور ١٩٥٦ ، والمادة (١١٩) من دستور ١٩٦٤، ويقابلها المادة (٦٤) من الدستور الليبي الصادر في ٧ أكتوبر ١٩٥١، والمادة (٣٨) من الدستور البحريني الصادر عام ١٩٧٣.

١ـ القيد الزمني :

لا يمكن للسلطة التنفيذية أن تستعمل الرخصة التي تقررهـا لها المـادة (٧١) مـن الدسـتور إلا في حالة غياب مجلس الأمة، والحكمة من ذلك أن مجلس الأمـة هـو صاحب الاختصاص الأصيل فـي التشريع يباشره كلمـا كـان مـنعقداً، ولا مسـوغ لأن تباشـر السلطـة التنفيذية اختصاص التشـريع، وهـو مـن أخص أعمال المجلس، وفي وسعها أن تلجأ إليه إذا أرادت سن تشريع ما لمواجهة الضرورة الناجمة، ومن ثم فإن استعمال هذه الرخصة مقيد بالفترة الزمنية التي لا يكون مجلس الأمة منعقداً فيها، وهذه الفـترة قـد تكـون فـيما بين أدوار الانعقاد العادية وغير العادية في فصل تشـريعي واحـد، وفـي حكمها الفترة التي تقع بين فصلين تشريعيين، أي الفـترة التي تقع ما بين آخر دور انعقاد في فصل تشريعي معين وأول دور انعقـاد في الفصل التشريعي التالي، وهذا ما يظهر بوضوح من سياق نص الفقرة الثانية من المادة (٧١) من الدستور.

وقـد تكـون هذه الفترة التي يجوز للسلطة التنفيذية فيها ممارسة هذا الاختصاص الاستثنائي، هى الفترة التي تمضي بين حل المجلس القديم وأول اجتماع للمجلس الجديد.

ولكـن هـل يجوز للسلطة التنفيذية أن تصدر لوائح الضرورة (مراسيم الضرورة) في فترة تأجيل اجتماعات مجلس الأمة؟

مما لا شك فيه أن الإجابة على هذا السؤال سوف تكون بالنفي، ذلك أن فـترة التأجيل لا تعتبر واقعة فيما بين أدوار الانعقاد، لأن التأجيل يقطع دور الانعقـاد الواحد، كما أن الرخصة المقررة في المادة (٧١) من الدستور هى رخصـة اسـتثنائية، ومن ثم لا يصح التوسع فيها، وإنما يجب تفسير تلك المادة في أضيق معانيها، وهكذا نجـد أن الدستور قد قيد هذه الإمكانية بقيد زمنـي، محـدداً الوقت الذي يجوز فيه ممارستها تحديداً قاطعاً، فحصره في فترتيـن لا ثالـث لهما : فترة ما بين أدوار الانعقاد على الوجه الذي بيناه، وفترة حل مجلس الأمة.

ويخضع أمر مراعاة السلطة التنفيذية لهذا القيد الزمني لرقابة القضاء.

٢ـ القيد الخاص بطبيعة ظرف الإصدار :

تـنص المادة (٧١) من الدستور كما سبق أن بينا على أن للحكومة أن تصـدر مراسيم بقوانين (إذا حدث... ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير).

ومعنى هذا أنه يجب أن تكون هنالك ضرورة ملحة تقتضي اتخاذ التدابير المسـتعجلة، ولذلك سميت هذه المراسيم بقوانين (لوائح الضرورة)، فإذا لم يتمـيز الظـرف الاستثنائي بهذا الوصف، لا يتحقق هذا الشرط، ومن ثم لا يجـوز اسـتعمال هـذه الإمكانية، فوجود حالة الضرورة شرط أساسي في مشروعية هذه المراسيم بحكم الدستور.

ويـتفق الفقـه والقضـاء على أن تقدير حالة الضرورة من عدمها أمر مـتروك للسلطة التنفيذية، تحت إشراف مجلس الأمة ورقابته، وهذا ما سار علـيه مجلـس الدولـة المصري باستمرار، ومن الأمثلة على قضائه بهذا الخصوص حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٥٤ والذي جاء فيه: (أن قيام الضرورة الملجئة لإصدار المراسيم بقوانين "لوائح الضرورة"... أمر متروك للسلطة التنفيذية تقدره تحت رقابة البرلمان بحسب الظروف وليس هناك مقاييس منضبطة من قيام تلك الضرورة)[١].

ففـي حكم أصدرته لجنة فحص الطعون بالمحكمة الدستورية في الكويت بـتاريخ ١٩٨٢/٦/٢٨، ذهبـت إلـى أن حالة الضرورة الموجبة للتشريع الاستثنائي هى شرط سياسي لا قانوني، مما يجعل تقديرها أمراً يعود للأمير وحـده وبالأداة التي يراها، كما أكدت في الحكم نفسه أن الرقابة على تقدير حالة الضرورة متروكة – أصلاً – للسلطة التشريعية دون القضائية[٢].

---

(١) س ٩، ص ١٧١.

(٢) ومما جاء في هذا الحكم (.. أما حالة الضرورة الموجبة للتشريع الاستثنائي فهى شرط سياسي لا قانوني وهي بذلك تدخل في نطاق العمل السياسي الذي ينفرد رئيس الدولة بتقديره، وإذا كانت الرقابة على العمل السياسي متروكة أصلا للسلطة التشريعية دون القضائية في الأحوال العادية – ولا تدخل فيها الحالة المطروحة – إلا أن القانون المطعون فيه وقد عرض على مجلس الأمة فأقره فإنما يكون قد أقر أيضا حالة الضرورة المبررة لإصداره، يضاف إلى كل ذلك أن الأمر الأميري موضوع الطعن قد صدر في ١٩٧٦/٩/٥ أي في الوقت الذي لم يكن مجلس الوزراء قائماً، حيث أن مرسوم تشكيل الوزارة لم يصدر إلا في ١٩٧٦/٩/٦ وحلف أعضاؤها اليمين الدستورية بعد ذلك وتم نشر المرسوم المذكور في الجريدة الرسمية (الكويت اليوم) بتاريخ ١٩٧٦/٩/١٢ في العدد ١٠٩٩، مما يجعل الضرورة بإصدار التشريع أمراً يعود تقديره للأمير وحده وبالأداة التي يراها).
حكم لجنة فحص الطعون بالمحكمة الدستورية، الذي أصدرته بتاريخ ١٩٨٢/٦/٢٨ في الطعن رقم ١٩٨٢/٢ (دستوري)، منشور في مجلة القضاء والقانون، التي تصدر عن المكتب الفني بمحكمة الاستئناف العليا بدولة الكويت، السنة العاشرة، العدد الأول، مارس ١٩٨٣، ص ١٣ – ١٩، انظر على وجه الخصوص ص ١٩.

ويـــرى جانـــب من الفقه[1] – **وبحق** – إنه ليس في الدستور الكويتي ما يمـــنع المحكمـــة الدستورية من مد رقابتها إلى حالة الضرورة للتحقق من قـــيامها، وأنه ليس في الدستور ما يسمح بإعفاء أية جهة حكومية – بالغة ما بلغت منزلتها في السلم الإداري – من الخضوع لسموه فيما اشترطه من شـــروط لممارســـة هـــذا الاختصاص الاستثنائي، ولا يجوز في هذا الصدد التمحك بنظرية الأعمال السياسية أو بنظرية السيادة، ذلك لأن الأمر لا يتصل من قريب أو بعيد بأية مسألة سياسية مما يعد من إطلاقات الإدارة، ومن هنا وجـــب على القضاء أن يتحقق من قيام حالة الضرورة التي تســـوغ للسلطة التنفـــيذيـــة استعمـــال هـــذه الرخصـــة الاستثنائية باعتبارها هى مناط هذه الرخصة وعلة تقريرها، وبذلك يؤكد للإدارة أن نبل الغاية لا يمكن أن يغني عـــن شـــرعية الوسيلة وسلامتهـــا من الناحية القانونية، فيتأكد بذلك المبدأ الأساسي الذي يقوم عليه العلم الدستوري، وهو مبدأ المشروعية والحكومة المقيدة، فتصان الديمقراطية من أن تتحول من مذهب سياسي ودستوري إلى فلســـفة (ميكافيلـــية) خطيرة قد ينزلق إلى مهاويها أشد الحكام إخلاصاً على تحقيق المصلحة العامة، فتنتكس الحياة الدستورية ويضيع في غمار ذلك كل ضمان لحقوق الأفراد وحرياتهم.

ولعل هذه الاعتبارات مجتمعة هى التي دفعت بالمحكمة الدستورية فـــي جمهورية مصر العربية في عام ١٩٨٥، إلى أن تخالف ما استقر عليه الفقه والقضـــاء فـــي هذا الخصوص، فتجري رقابتها على توافر شرط الضرورة، وتجعـــل هذه الرقابة تمتد إلى حالة الضرورة للتحقق من قيامها، باعتبارها مـــن الضـــوابط المقـــررة فـــي الدستور لممارسة ما نص عليه من سلطات استثنائية[2].

٣ـ القيود الخاصة بالمدى :

إذا تحقق شرط الزمن، وشرط ظرف الإصدار، كان للسلطة التنفيذية أن تصـــدر لوائـــح الضرورة، ولكن ما هو المدى الذي يجوز فيه استعمال هذه الرخصـــة؟ وبعـــبارة أخرى، ما هو النطاق الذي يجوز فيه إصدار المراسيم بقوانين في حالة الضرورة؟

---

(١) دكـــتور/ عـــثمان عبدالملك الصالح، النظام الدستوري والمؤسسات السياسية في الكويت، المرجع السابق، ص ٤٠٨.

(٢) كان ذلك في حكمها الذي أصدرته بتاريخ ٤ مايو سنة ١٩٨٥، منشور في الجريدة الرسمية العدد ٢٠، الصادر في ١٦ مايو سنة ١٩٨٥.

هـذه المراسيم لا تتمتع بقوة أكبر من القانون، فقوة إلزامها ترتفع إلى مصـاف القانون لا أكثر، ومن ثم فهي لا تملك تعطيل الدستور، بل يجب أن تحـترم أحكامه ولا تخرج عليه نصاً ولا روحاً، كما لا يجوز لها أن تخالف القـانون رقم ٤ لسنة ١٩٦٤ بشأن أحكام توارث الإمارة، لأن هذا القانون لـه صفة دستورية فلا يجوز تعديله إلا بالطريقة المقررة لتعديل الدستور، وفقـاً لنص المادة الرابعة من الدستور، كما لا يجوز لهذه المراسيم – وفقاً لنص المادة (٧١) من الدستور – أن تكون مخالفة للتقديرات المالية الواردة في قانون الميزانية وباستثناء ذلك، فإن نطاق هذه المراسيم يتسع ليشمل كل ما يمكن للقانون العادي أن ينظمه، فلها أن تتناول بالتنظيم ما يدخل تنظيمه في مجال القانون، ولها أن تعدل القوانين القائمة لأن لها قوتها.

ومما لا شك فيه أن القيود الخاصة بمدى استعمال هذه الإمكانية بالغة الأهمـية، غايـتها المحافظـة علـى الفكرة القانونية المنصبة في نصوص الدسـتور والتشريعات الأساسية، وخروج السلطة التنفيذية على هذه القيود يعيب المرسوم بقانون، ويخضع هذا الأمر لرقابة القضاء[1].

٤ـ القيود الخاصة بمدة النفاذ :

وأخـيراً فإن المراسيم بقوانين التي تصدر فيما بين أدوار انعقاد مجلس الأمـة أو في فترة حله، لمواجهة ضرورة ملجئة، والتي لا تخالف الدستور، ولا قانون توارث الإمارة، ولا التقديرات المالية الواردة في قانون الميزانية والتـي صدرت ونفذت فعلاً، لا تظل بعيدة عن رقابة مجلس الأمة لأمدٍ غير محـدد، بل إن الدستور قد نص على ضرورة عرضها عليه وحدد أجلاً يجب أن يـتم هذا العرض فيه، وإلا ترتب على عدم عرضها زوال ما لها من قوة القانون.

فـإذا كان المجلس قائماً، وهو ما يكون إذا صدرت المراسيم بقوانين في عطلة ما بين أدوار الانعقاد داخل الفصل التشريعي الواحد، وجب عرض هذه المراسـيم علـيه خـلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إصدارهـا، ويقتضي احترام هذا الأجل دعوة المجلس إلى أن يجتمع في دور انعقاد غيـر عادي،

---

(١) راجع في ذلك :
– دكـتور/ عثمان عبدالملك الصالح، النظام الدستوري والمؤسسات السياسية في الكويت، المرجع السابق، ص ٤١٤.

إذا كـــان أول اجتماع له لاحق لصدور المرسوم أبعد من خمسة عشر يوماً، وهو ما يحدث إذا كانت عطلة المجلس ستطول إلى ما بعد هذه المهلة.

أمـــا إذا كان المجلس غير قائم، وهو ما يحدث إذا صدرت هذه المراسيم والمجلـــس قـــد حل أو انتهى فصله التشريعي، فانه يتعين الإنتظار إلى أول إجتماع للمجلس الجديد ويجب عرض هذه المراسيم عليه في أول جلسه له.

وقـــد رتـــب الدستور على عدم عرض هذه المراسيم في المواعيد التي حددهـــا زوال ما كان لهذه المراسيم من قوة القانون بأثر رجعي بغير حاجة إلى إصدار قرار بذلك من مجلس الأمة.

أمـــا إذا عرضـــت على المجلس فعلاً في المواعيد التي حددها الدستور، مـــارس عـــندئذ رقابته عليها، وهو يراقب على وجه الخصوص مدى توافر شـــرط الضرورة الملحة التي بررت إصدار هذه المراسيم المعروضة عليه، وعلى ضوء ذلك يستطيع المجلس أن يتخذ بصددها أحد المواقف الآتية[1]:

أ- إمـــا أن يرفضـــهـــا من يوم قراره مع اعتماد تطبيقاتها التي تمت فعلاً.

ب- وإما أن يرفضها من يوم صدورها ولكن يرى أن الآثار التي ترتبت عليها يجدر أن تسوى على نحو أو آخر وفق ما يراه المجلس.

ج- وإمـــا أن يرفضها بآثارها الماضية وعندئذ يزول بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون.

د- وإمـــا أن يقرها وعندئذ تتأكد بصفة نهائية وتصبح جزءاً من النظام القانوني للدولة ويجري عليها ما يجري على القوانين الصادرة عن البرلمان من أحكام.

---

(١) لقـــد وفـــق المشرع الدستوري الكويتي عندما نص صراحة على زوال القوة القانونية لهذه المراســـيم بأثـــر رجعـــي إذ لم تعرض على البرلمان أو إذا عرضت عليه ورفضها، وبذلك يكـــون قـــد حسم خلافاً في الرأي ثار بين الفقهاء حول ما إذا كان لعدم العرض أو لرفض الـــبرلمان أثـــر رجعي بالنسبة للآثار المترتبة على المراسيم بقوانين إذا لم ينص الدستور علـــى ذلـــك، ومـــن الفقهاء الذين لا يقرون زوالها بأثر رجعي الدكتور/ إسماعيل ميرزة، القـــانون الدســـتوري، المـــرجع السابق، ص ٢٩٨، ومن الفقهاء الذين يرون رأيا مخالفا لذلـــك، انظـــر دكـــتور/ محمد كامل ليله، القانون الدستوري، المرجع السابق، ص ٤٣٣، دكتور/ السيد صبري، مبادئ القانون الدستوري، القاهرة ١٩٤٤ ص ٩١ ومابعدها.

وتجـدر الإشـارة ونحـن بهذا الصدد إلى أن الدستور إذا كان قد حدد مواعـيد يجب عرض هذه المراسيم خلالها على مجلس الأمة فإنه لم يحدد مدة معينة يجب أن يبت خلالها مجلس الأمة في المرسوم بقانون المعروض عليه، إلا أنه يفهم مـن نص المادة (١١٢) مـن اللائحـة الداخلية لمجلس الأمة، ومن نص المادة (٧١) من الدستور وظروف الحال التي يعالجها، أنه ينبغي لمجلس الأمة أن يبت في المراسيم بقوانين المعروضة عليه بالسرعة الممكـنة، وأن يكون لها في لجان المجلس وفي المجلس نفسه عند نظرها صفة الاستعجال.

ثانياً : اللوائح التفويضية :

إذا فوض البرلمان السلطة التنفيذية في أن تصدر قرارات إدارية لها قوة القانون (مراسيم بقوانين)، لتنظم بها بعض المسائل التي هى في الأصل من الموضـوعات التـي لا يتـناولها إلا التشـريع البرلماني، وذلك في ظروف خاصة، ولأجل محدد، فهذه القرارات تسمى باللوائح التفويضية.

وقـد أخـذت العديـد من الدول العربية بمبدأ التفويض، على الرغم من غياب النص الذي يبيحه، ومنها جمهورية مصر العربية قبل صدور دستور سنة ١٩٥٦ الذي نص في مادته (١٣٦)، وتقابلها حرفياً المادة (١٢٠) من دستور ١٩٦٤، على هذه الرخصة[1] ، ومن هذه الدول أيضاً لبنان منذ ٢٧ ديسمبر

---

(١) فوض البرلمان المصري السلطة التنفيذية، تحديد التعريفة الجمركية عن طريق مراسيم لها قـوة القـانون، وذلك بمقتضى القانون رقم ٢ لسنة ١٩٣٠.. ولكنه رفض من ناحية أخرى (فـي يوليو سنة ١٩٣٨) طلب الحكومة أن يفوضها بإصدار مراسيم لها قوة القانون لتنظيم موضـوع الضـرائب، وكانـت حجـة مجلس الشيوخ الذي رفض أن يتابع مجلس النواب بالسـماح لهـا هى: أن الضرائب لا يصح أن تقرر إلا بقانون وفقاً لنص المادة (١٣٤) من دسـتور ١٩٢٣، وأن الـبرلمان لا يملـك النزول عن سلطته المستمدة من الدستور، انظر دكـتور/ سـليمان الطمـاوي، السلطات الثلاث، في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر الإسلامي، مطبعة جامعة عين شمس، الطبعة الخامسة، ١٩٨٦، ص ٥٠٦ ، ٥٠٧، وانظر دكـتور/ محمـد كامل ليله، القانون الدستوري، المرجع السابق، ص ٤٤٢، وانظر دكتور/ إسـماعيل مـيرزة، القانون الدستوري، المرجع السابق، ص ٢٩١، دكتور/ مصطفى كامل، القانون الدستوري، المرجع السابق، ص ٥٥١.

١٩٢٩[١]، وقـــد أثار هذا التقليد ما أثاره مثيله في فرنسا من الخلاف بين الفقهـــاء، فمـــنهم من أجازه على أساس أن إصدار اللوائح من الاختصاص العـــام للســـلطة التنفـــيذية، أو على أساس القول أن عرفاً دستورياً قد نشأ واســـتقر بهذا الصدد، ومنهم من لم يقره على أساس أن التفويض بالسلطة غير جائز[٢].

ويـرى الباحث أن موقف المشرع الدستوري من اللوائح التفويضية فـــي دولة الكويت لا يخلو من الغرابة : فبينما نجده قد نص في المادة (٥٠) من الدســـتور على أن (يقوم نظام الحكم على أساس فصل السلطات مع تعاونها وفقـــاً لأحكـــام الدستور، ولا يجوز لأي سلطة منها النزول عن كل أو بعض اختصاصـــها المنصوص عليه في الدستور)، وهو ما يفيد أن الدستور يحرم الـــتفويض التشريعي، نجد المشرع الدستوري قد عاد ليناقض نفسه ويجيز هـــذا الـــتفويض، وذلـــك حين صرح في تعليق المذكرة التفسيرية على هذه المادة على أن (هذا النص لا يمنع السلطة التشريعية من أن تفوض الحكومة بتولـــي أمر معين بالذات ولظرف خاص بدلاً من أن يتولاه المشرع بقانون، وفـــي هذه الحالة قد يبين هذا القانون بعض التوجيهات أو الأحكام الرئيسية التـــي يجـــب أن تلتزمها الحكومة في ممارسة هـــذا الحق، كما لا يتعارض نص هذه المادة مع قوانين السلطة التامة، حيث تقضي ضرورة استثنائية أن تعهـــد الســـلطة التشريعية إلى السلطة التنفيذية بمواجهة أمر هام معين في جملته، كمواجهة أزمة نقدية أو اقتصادية أو عسكرية مثلاً).

---

(١) وتسمى هذه المراسيم في لبنان (بالمراسيم الإشتراعية)، ولقد توالت التفويضات البرلمانية فيها منذ عام ١٩٢٩ عندما أصدر البرلمان (مجلس النواب) قانوناً في ٢٧ ديسمبر ١٩٢٩ فـــوض بمقتضـــاه الحكومـــة إتخاذ المراسيم الإشتراعية اللازمة لإلغاء أو إدغام الوظائف، المعـــاهد، والدوائـــر، ثـــم صـــدر تفويـــض ١٤ فبراير سنة ١٩٤٤ (التفويض في مسائل الجمارك) ثم تكررت السابقة السابقة في ١٦ مارس ١٩٥٠ وفي ٥ أكتوبر ١٩٥٣.
لمزيد من التفاصيل راجع :
- دكتور/ إسماعيل ميرزة، مرجع سابق، ص ٢٨٨ وما بعدها.
- دكتور/ أنور الخطيب، الأصول البرلمانية، دار العلم للملايين، بيروت ١٩٦١، ص ٢٦٨.
- دكـــتور/ حســـن الحســـن، القانون الدستوري والدستور في لبنان، منشورات دار الحياة، بيروت ١٩٥٩، ص ٣٢٩ وما بعدها.
- دكتور/ محمد كامل ليله، مبادئ القانون الدستوري، مرجع سابق، ص ٤١٥ وما بعدها.

(٢) في تفاصيل ذلك انظر : دكتور/ عدنان عمرو، القضاء الإداري – مبدأ المشروعية – منشأة المعـــارف – الاســـكندرية – ٢٠٠٠، ويشير إلى أنه تم اللجوء إلى اللوائح التفويضية في فرنســـا لمعالجة الأزمات الاقتصادية التي سادت الفترة ما بين الحربين، كما شهدت تطبيقاً حديثاً في لبنان حيث اشترطها المرحوم/ رفيق الحريري لتحمله مسئولية رئاسة الوزارة في اتفاقـــية الطـــائف التـــي أنهت الحرب الأهلية اللبنانية وفي الحالتين لم يكن هناك نص في الدستور يسمح بذلك الأمر التي يجعلها أقرب إلى لوائح الضرورة إلا من حيث أنها صدرت في ظل إنعقاد البرلمان.

ويظهر من ذلك أن إصدار السلطة التنفيذية لمراسيم بقوانين تفويضية لا يجد له سنداً في الدستور وإنما يجد سنده في المذكرة التفسيرية التي تعتبر جزءاً لصيقاً به.

ومن مطالعة المادة (٥٠) من الدستور وتعليق المذكرة التفسيرية عليها يظهر أن صدور هذا النوع من اللوائح يتطلب توافر شروط معينة منها[١] :

١- أن الأصل - حسب ما نصت عليه المادة (٥٠) من الدستور وما تقرره المبادئ الدستورية السليمة - هو منع التفويض في السلطة، فلا يجوز للسلطة التشريعية أن تفوض السلطة التنفيذية في كل أو بعض اختصاصاتها المنصوص عليها في الدستور، ويترتب على ذلك أن التفويض العام يكون غير مشروع، فلا يجوز التفويض بفئة كاملة من الأمور أو نوع من التشريعات أو الاختصاصات مما يسمى تفويضاً بالسلطة، ومن ثم فلا يجوز للسلطة التشريعية مثلاً أن تفوض السلطة التنفيذية في أن تنظم - هكذا بصفة عامة وبدون تحديد - امور الضرائب أو التعليم، فمثل هذا التفويض غير جائز.

٢- أن الاستثناء هو جواز تخويل السلطة التنفيذية في أن تصدر لوائح تفويضية لتنظيم أمر معين بالذات هو في الأصل لا ينظم إلا بقانون، وهذا لا يحول بين مجلس الأمة وممارسة اختصاصه في تنظيم موضوع التفويض بقانون يصدره حتى أثناء التفويض.

٣- قبل أن تصدر اللوائح التفويضية يجب أن يصدر قانون يسمى (قانون التفويض) يجيز للسلطة التنفيذية استعمال هذه الرخصة، وقد يتضمن هذا القانون توجيهات وأحكاماً معينة يجب أن تلتزمها السلطة التنفيذية في ممارستها لهذه الرخصة ولا يجوز لها الخروج عليها.

٤- وكون التفويض يكون بقانون يعني أن السلطة التنفيذية تصدر لوائح لها قوة القانون ومجلس الأمة قائم، وهو صاحب الاختصاص الأصلي في

---

(١) يراجع في ذلك :
- دكتور/ عثمان عبدالملك الصالح، النظام الدستوري والمؤسسات السياسية في الكويت. المرجع السابق، ص ٤٢١ ، ٤٢٢.

التشريع لذلك لابد من توافر ظروف خاصة تقتضي مواجهتها سرعة وحزماً في إصدار التشريعات، فهذه الظروف هى التي تبرر الخروج على الأصل العام، وهو منع التنازل عن كل أو بعض الاختصاص وعدم جوازالتفويض في السلطة، فلا يجوز لمجلس الأمة مطلقاً أن يصرح للسلطة التنفيذية بإصدار اللوائح التفويضية في الظروف العادية.

٥- يجب أن يكون التفويض لمدة محددة، فالتفويض غير محدد المدة باطل، فلا يجوز للبرلمان أن يفوض السلطة التنفيذية بإصدار لوائح تفويضية لتنظم بها أمراً معيناً طيلة فترة نيابته عن الأمة، كذلك لا يجوز من باب أولى أن يجعل مدة التفويض متجاوزة مدة نيابته.

ونشير أخيراً إلى أن المراسيم التفويضية لم يقدر لها الانتشار في الكويت، لأن مراسيم الضرورة التي تصدر استناداً إلى المادة (٧١) من الدستور قد توسعت السلطة التنفيذية في استعمالها بصورة تغني عن اللوائح التفويضية.

الفرع الثاني

المصادر غير المكتوبة للمشروعية

تشمل دراسة المصادر غير المكتوبة للمشروعية العرف، والمبادئ العامة للقانون :

١- العرف[١] :

يعد العرف أحد المصادر القانونية غير المكتوبة الملزمة للهيئات فيما استقر بشأنه من الروابط، وتكون مخالفته في الوقت الذي يكون فيه سارياً مخالفة للقانون لأن المخالفة القانونية ليست قاصرة على مخالفة نص في القانون أو اللائحة، وإنما تشمل كل قاعدة جرت عليها الإدارة والتزمتها واتخذتها سلوكاً ومنهجاً[٢].

والعرف بصفة عامة عادة درج الناس عليها في تنظيم علاقة من علاقاتهم إلى أن أحسوا بإلزامها، وفي مجال القانون العام، يتحدد بمجموعة القواعد القانونية غير المدونة، والناشئة عن اضطراد السلوك لدى سلطات الدولة وهيئاتها العامة في مسألة معينة على نحو ملزم[٣]، وعرفه البعض بالقاعدة التنظيمية الناشئة من تكرار السلطة الإدارية المختصة لأعمال إدارية فردية، والتزامها بها، وقبول الأفراد لحكمها، فيركز التعريف الأخير على أن يكون العرف أحد أدوات الإدارة في تنفيذ القوانين، ومن ثم يقترب دوره من دور اللائحة[٤]، وتقديراً لأهمية العرف فقد عرفته المحكمة الإدارية

---

(١) حول بعض تعريفات العرف الإداري انظر :
- دكتور/ رمضان محمد بطيخ، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، ١٩٩٨، ص ٣٨ ، ٣٩.
- دكتور/ فؤاد العطار، القضاء الإداري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٦٨، ص ٥٥.

(٢) مشار إليه في مؤلف الدكتور/ محمد عبدالمحسن المقاطع، والدكتور/ أحمد الفارسي، القانون الإداري الكويتي، ط١، ٢٠٠٠، ص ٢٣.

(٣) لمزيد من التفصيل يراجع :
- دكتور/ أنور أحمد رسلان، وسيط القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ١٢٨ وما بعدها.
- دكتور/ ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ٣٥.

(٤) دكتور/ برهان خليل زريق، النظرية العامة للعرف الإداري، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق، جامعة المنصورة، عام ١٩٨٤، ص ٣٣.

العلـيا في مصر بأنه (تعبير جرى إطلاقه على الأوضاع التي درجت الجهات الإدارية على إتباعها في مزاولة نشاط معين لها، وينشأ عن استمرار الإدارة والـتزامها لهـذه الأوضاع، والسير على سنتها في مباشرة النشاط، إلى أن يصـبح بمـثابة قـاعدة قانونية واجبـة الاتباع، ما لم يعدل بقاعدة أخرى مماثلة)[١].

ولقد أوضحت محكمة التمييز العرف الإداري بقولها : (ولا يسوغ القول بنشـوء عـرف مخـالف لهذه القرارات واللوائح لأن العرف لا ينشأ إلا في غـياب النص القانوني ولا يجوز أن يعارض النصوص القانونية النافذة لأن انتظام واضطراد الإدارة على منح الشباب الأعزب قسائم وقروضاً – بفرض حصوله – لا يصلح لتكوين عرف إداري ملزم)[٢].

وأكد القضاء الإداري المصري على قيمة العرف بإعتباره قواعد ملزمة، ومصـدراً من مصادر المشروعية واجب الاحترام وإلا كان التصرف مخالفة لمـبدأ المشروعية[٣] وشرط تطبيق العرف على المنازعة خلو التشريع من قـاعدة تحكـم النزاع أو أن يكون الأطراف قد اتفقوا عليه ومن الأهمية أن نبيـن أن الـتزام الإدارة باحترام القواعد العرفية لا يعني استمرارها وإنما للإدارة الحق في أن تعدل هذه القواعد العرفية متى طرأت ظروف تبرر هذا التعديل.

أما إذا أعرضت الإدارة عن العرف المعمول به في حالة معينة واستمرت فـي تطبـيقه فـيما دونها فإن قرارها المخالف للعرف المطبق يكون باطلاً لمخالفته ما جرى عليه العرف باعتباره أحد مصادر المشروعية[٤].

وممـا يؤكـد أهمية العرف كمصدر للمشروعية اعتداد القانون الوضعي به، خاصة المدني حيث يظهر ذلك في تشريعات كل من مصر والكويت، حيث

---

(١) حكمهـا الصادر بتاريخ ١٩٦٣/٢/٢٤، منشور في مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة، للسنة السابعة، العدد الثاني، ١٩٦٢، ص ٣٥٥.

(٢) انظر :
– الطعـن رقـم ٣٢٢ لسنة ١٩٨٨ تجاري جلسة ١٩٨٩/٤/١٠، موسوعة مبادئ القضاء الإداري التـي أقرتها محكمة التمييز في سبعة عشر عاما، الكتاب الثالث – الجزء السابع، ص ١٨٦، قاعدة ٢٢.

(٣) دكـتور/ محمـد عبدالمنعم، الرقابة على الإدارة في الشريعة الإسلامية والنظم المعاصرة، رسالة دكتوراه، ١٩٧٦، ص ٢٩.

(٤) محكمـة القضاء الإداري، ١٩٥٢/٢/١١، مجموعة أحكام مجلس الدولة، حكم رقم ٢٩٥، ص ٤٥٩.

نصت التقنينات المدنية لكل منهما، على اعتبار العرف مصدراً منشئاً للقواعد القانونية، فالمادة الأولى من المجموعة المدنية المصرية تنص بأن (تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها، أو في فحواها، فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي والعدالة).

كما نصت الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني الكويتي بأن (يسري هذا القانون المأخوذ من الشريعة الإسلامية على جميع المعاملات والمسائل التي تتناولها نصوصه نصاً ومعنى، فإذا لم يوجد نص في هذا القانون يمكن تطبيقه، يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية المأخوذ منها هذا القانون، فإذا لم يوجد النص حكم القاضي بمقتضى العرف الجائز شرعاً، فإذا لم يوجد عرف فبمقتضى مبادئ العدالة الموافقة لأصول الشريعة الإسلامية جملة، ويشترط في العرف أن يكون عاماً ثابتاً، ولا يتعارض مع النظام العام والآداب العامة).

ومن النصوص السابقة يتضح أن لقواعد العرف مكانة هامة بين مصادر التشريع بوجه عام، ومصادر المشروعية على وجه الخصوص، ومن ثم تمثل تلك القواعد العرفية المرتبة التالية للتشريع العادي في مصر، وهو ما يعني إمكانية مخالفة التشريع للقواعد العرفية، في حين أن القواعد العرفية ليس لها أية قوة إلزام عند وجود النص التشريعي، أو القانوني[1].

٢- المبادئ العامة للقانون :

استقر فقه القانون العام على أن مبدأ المشروعية لا يعني مجرد خضوع الدولة للقانون بمعناه الضيق ولكنه يعني خضوعها لكل قاعدة قانونية ملزمة أياً كان مصدرها[2].

ففي كل مجتمع من مجتمعات العالم توجد مجموعة من القواعد القانونية غير المكتوبة يطلق عليها اسم (المبادئ العامة للقانون)، أو (المبادئ

---

(١) لمزيد من التفصيل يراجع :
- دكتور/ محمد كامل ليله، الرقابة على أعمال الإدارة، الرقابة القضائية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، بدون تحديد سنة النشر، المرجع السابق، هامش ص ٤١.
- دكتور/ محمود سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة، المرجع السابق، ص٧٣.

(٢) دكتور/ رمضان محمد بطيخ، الرقابة على أداء الجهاز الإداري، دراسة علمية وعملية في النظم الوضعية والإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤، ص ٩٣.

القانونـــية العامـــة)، تتجسد من خلالها الأفكار الفلسفية، والقيم الاجتماعية القائمـــة فـــي ضمير الجماعة، فتهيمن تلك الأفكار، والفلسفات على الروح العامـــة للتشريع، وتمثل الملجأ الأخير للقاضي عندما لا يجد نصاً يطبقه لما يطـــرح أمامـــه من نزاع، فيستنبط منها الحل، ويقرره في أحكامه، ومن ثم تكتســـب تلـــك القواعـــد المســـتنبطة قوة إلزام فتصبح مصدراً من مصادر المشـــروعية، ومـــن ثم فقد استقر الفقه والقضاء على أن القانون الوضعي يوجـــد بجانبه قانون آخر غير مكتوب تلتزم به السلطة العامة طالما لم يرد في القانون الوضعي ما يلغيه أو يعطله.

فالمـــبادئ العامـــة للقـــانون كما يعرفها الفقه المصري[1] هى مجموعة القواعـــد القانونـــية غـــير المكتوبة، يستنبطها القضاء من روح التشريع، والأســـس التي تقوم عليها أنظمة الدولة القانونية والسياسية، والاجتماعية، والاقتصـــادية، ويعلـــنها في أحكامه فتكتسب قوة إلزام، وتصبح مصدراً من مصـــادر المشـــروعية، ومن ثم تلتزم الإدارة بها، فإذا ما أصدرت قراراً، أو اتخذت إجراءً مخالفاً لتلك المبادئ كان باطلاً لمخالفته لمبدأ المشروعية.

ولذلك قضت محكمة القضاء الإداري في مصر منذ إنشائها بأنه : (يجوز للمحكمـــة تقريـــر قواعـــد قانونية في أحكامها لها قوة القانون، يجب على السلطة الإدارية العاملة مراعاتها والعمل بها في تصرفاتها المستقبلية)[2].

وتأسيســـاً على ما تقدم استقر الفقه والقضاء على أن المبادئ القانونية العامـــة هـــى قواعد قانونية تتمتع بالقوة الالزامية وذلك إستناداً إلى سلطة القضاء في إستخلاص الارادة الضمنية أو المفترضة للمشرع، ومن ثم وضع المبادئ العامة باعتبارها من القواعد الملزمة.

ويلاحظ البعض[3] أن المبادئ القانونية العامة تظهر بوضوح في أعقاب

---

(١) لمزيد من التفصيل يراجع :
- دكتور/ أنور أحمد رسلان، وسيط القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ١٤٣.
- دكـــتور/ محمـــد محمـــد بـــدران، رقابة القضاء على أعمال الإدارة، الكتاب الأول، مبدأ المشروعية وتنظيم القضاء الإداري واختصاصه، المرجع السابق، ص ٤٣.
- دكـــتور/ محمـــود ســـامي جمـــال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة، في دولة الكويت، مؤسسة دار الكتب، الكويت، ١٩٩٨ ص٥٨.
- دكتور/ محمود حافـــظ، القضاء الإداري، المرجـــع السابـــق، ص ٤٠.

(٢) حكـــم محكمـــة القضاء الإداري في القضية رقم ٢٠٠ لسنة ١ ق، جلسة ١٩٤٨/١٢/١، س ١، ص ١٠٦.

(٣) دكـــتور/ محمـــود ســـامي جمال الدين، المرجع السابق، ص ٥٩، مشيرا في ذلك للدكتور/ محمد عصفور في مذاهب المحكمة الإدارية العليا، في الرقابة والتفسير والابتداع، ١٩٥٧، ص ٣٦٠.

الأزمات العنيفة التي تهدد الوضع القانوني واستقراره وثباتـه، فـرد الفعل الـذي يحـدث نتيجـة أي اضطراب تشريعي هو الذي يجعل القضاء يتجه إلـى المـبادئ القانونـية العامـة لتحقيق الاستقرار، وكفالـة الأمن الذي تتطلبه الحياة الاجتماعية من القانون، وبمعنى آخر أن دور المبادئ القانونية العامـة، يكون أكثر بـروزاً أو وضوحـاً وفعالية، في أوقات الأزمات التي تتسـم بعـدم الاستقرار السياسي والتشريعي، ومن أمثلة المبادئ القانونية العامـة – التي أقرها مجلس الدولة الفرنسـي وأخذ ببعضها مجلس الدولة المصـري – الملزمة لجهة الإدارة، مبدأ المساواة أمام القانون، والمساواة أمام الوظائف العامة والمساواة أمام الأعباء أو التكاليف العامة، ومبدأ حرية العقـيدة، ومـبدأ حجـية الأحكام القضائيـة، ومبـدأ عدم رجعية القرارات الإداريـة، ومـبدأ سـمو القانون، ومبدأ حق الدفاع في المحاكمات، ومبدأ ضـرورة سـير المـرافق العامة بانتظام واضطراد، ومبدأ عدم الجمع بين العقوبات[1]، كما تعد نظرية الإثراء بلا سبب من المبادئ العامة للقانون وإن كانت قد نشأت في كنف القانون المدني حيث يمكن تطبيقها في مجال القانون العام[2].

---

(١) يراجع في ذلك :

– دكتور/ مجمد محمد بدران، رقابة القضاء على أعمال الإدارة، المرجع السابق، ص ٤٤، موضـحا أن الفقـه الفرنسي حاول أن يجمع هذه المبادئ حول عناصر أو أصول فقهية معيـنة فـنظر بعضـه لهذه المبادئ تبعا لمعيار الغاية التي يهدف القاضي إلى تحقيقها وقسـمها بالتالي إلى مبدأين أساسيين هما: مبدأ الحرية، ومبدأ المساواة، وحول المبدأ الأول (مـبدأ حرية الأفراد) تتجمع الأحكام المقررة لحرية العقيدة والإرادة وعدم رجعية القـرارات الإداريـة، وتـتجمع حول المبدأ الثاني الأحكام المقررة لمبدأ المساواة رغم اخـتلاف الجـنس والديـن، والمسـاواة أمـام المـرافق العامة وأمام التكاليف العامة والضرائب، أما طبقا للمعيار الموضوعي فقد أمكن تقسيمها إلى أربعة مبادئ رئيسة هي : مـبدأ المسـاواة، ومـبدأ الحرية، ثم مبدأ استقرار المعاملات القانونية، وأخيرا مبدأ المقتضـيات اللازمـة لسـير المـرافق العامة، مشيرا في ذلك للدكتور/ سعد عصفور، والدكتور/ محسن خليل، القضاء الإداري، منشأة المعارف بالاسكندرية، ص ٥٣ – ٥٥، كمـا يؤكـد الدكـتور/ محمد كامل ليله، أن المبادئ القانونية العامة من ابتكار القضاء الفرنسـي وأن الفقه هناك قد أسهم من جانبه في تدعيم نظرية المبادئ القانونية العامة بمحاولـة تأصيلها عن طريق رد المبادئ العديدة التي قررها القضاء إلى أصول وأسس عامـة، عندما نظر بعضه من خلال هدفها فأرجعها إلى أصلين أساسيين هما : (الحرية والمساواة)، ونظر إليها البعض الآخر من زاوية موضوعها فتوصلوا للمبادئ التالية :

– مبدأ الحرية، الذي يشمل على كل ما يتعلق بشخص الإنسان.
– مبدأ المساواة، حيث ينظم كافة صور منع التفرقة.
– مبدأ استقرار المعاملات، الذي تنطوي تحته فكرة عدم رجعية القرارات الإدارية، وحجية الشيء المقضي به.
– احتـياجات النشاط الإداري ومقتضيات الصالح العام، وما يتجمع حوله من أحكام خاصة بضـرورة سير المرافق العامة. الرقابة على أعمال الإدارة، المرجع السابق، هامش ص ٥٠.

(٢) لمزيد من التفاصيل عن نظرية – الإثراء بلا سبب يراجع :

– دكتورة/ نهى الزيني – مسئولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية (دراسة مقارنة) – رسالة دكتوراه – جامعة القاهرة، ١٩٨٥، ص ١٤١ وما بعدها.

الفرع الثالث

الشريعة الإسلامية مصدر أساسي للمشروعية

درجت معظم التشريعات العربية على اعتبار الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريعات في كافة الدساتير العربية[1]، وينص الدستور الكويتي في مادته الثانية على أن (دين الدولة الإسلام، والشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع)، مما يعد ذلك في رأي البعض[2] خطوات حاسمة في سبيل العودة لتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية الغراء، التي ظلت المصدر الوحيد للقانون بكافة فروعه في الدولة الإسلامية قرابة الثلاثة عشر قرناً من الزمان[3].

كما أصبحت نصوص تلك الدساتير ملزمة للمشرع في الوقت الحاضر فيما يصدره من تشريعات جديدة، حيث تفرض عليه تلك – النصوص

---

(١) ورد نص المادة الثانية من الدستور المصري وفقاً لتعديل الدستور الذي تم في ٢٢ مايو ١٩٨٠ على أن (مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع).

(٢) لمزيد من التفصيل يراجع :
- دكتور/ سليمان محمد الطماوي، السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر الإسلامي، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ٧.
- دكتور/ عبدالناصر توفيق العطار، تطبيق الشريعة الإسلامية في العالم الإسلامي، دار النصر للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٩٣، ص ٥.
- المستشار/ عمر شريف، مذكرات في نظام الحكم والإدارة في الدولة الإسلامية، دراسة مقارنة، من مطبوعات معهد الدراسات الإسلامية، القاهرة، ١٩٧٨، ص ٨٧ وما بعدها.

(٣) لمزيد من التفصيل يراجع :
- دكتور/ عبدالغني بسيوني عبدالله، القانون الدستوري، المبادئ العامة، الدستور اللبناني، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٦، ص ٣٣.
- دكتور/ عبدالمنعم فرج الصده، تطبيق الشريعة الإسلامية وأثره في توحيد التشريعات العربية، بحث منشور في مجلة الحق الصادرة عن إتحاد المحامين العرب، السنة ١٩، العدد ١، ٢ ، ١٩٨٨، ص ٣٤٣، موضحاً أن الشريعة الإسلامية سادت كنظام قانوني شامل منذ الفتوحات الإسلامية الأولى، واستمرت حقبة من الزمن حتى نال الإستعمار البغيض من وحدة الثقافة القانونية الإسلامية والعربية، فأصبحت تنظم نظماً قانونية مستمدة من شرائع متباينة هى الإسلامية واللاتينية والأنجلوسكسونية، وأخيرا استيقظت الأمة العربية والإسلامية على حقيقة قائمة منذ أن كان لها مجدها وكيانها في المجتمع الإنساني وهي أن الشريعة الإسلامية التي أرادها الله ورسوله أن تكون قانوناً أعلى لحكم البشرية، هى التراث المشترك بين أبناء الأمة العربية، بل والأصل الذي ينظم سلوك ومعاملات الأفراد والحكام في هذه الأمة، فالشريعة هى الحضارة التي تميزها عن غيرها من الأمم، ففيها يتحقق مجدها وقوتها وتقدمها، كما أن الشريعة الإسلامية هى الوسيلة المثلى لتوحيد القوانين العربية.

الدستورية – ضرورة الرجوع للشريعة الإسلامية، ليستمد الأحكام منها، فإن لم يجد فيها بغيته، يستطيع أن يلجأ إلى غيرها، بشرط ألا يقتبس حكماً يناقض به أصلاً، أو مبدأ من مبادئ وأصول الشريعة، ولم يقف الأمر عند حد التشريعات الجديدة وإنما حثت نصوص الدساتير العربية المشرع في كل بلد أو قطر فيها على ضرورة إعادة النظر في القوانين أو التشريعات التي صدرت قبل الدساتير الحالية، فحثت على ضرورة تعديلها بما يتفق مع أحكام الشريعة ومبادئها.

وللشريعة الإسلامية مكانة عليا، وهامة بالنسبة لتشريعات دولة الكويت كالقانون المدني، وقانون الأحوال الشخصية، وقانون الجزاء، وقانون الإثبات... إلخ.

ويمتاز الفكر الإسلامي بمصادره الغنية والمتنوعة، أو الأدلة الشرعية كما يطلق عليها، حيث يصنفها البعض[1] إلى مصادر أو أدلة رئيسة وأساسية هى : القرآن الكريم الذي لا خلاف حول اعتباره المصدر الأول، والسنة النبوية الشريفة، وذلك باعتبارهما مصادر نصية، ومصادر تابعة لها تستند إليها ومستوحاة منها كالإجماع، والقياس، كما تنقسم إلى مصادر نصية تتمثل في القرآن والسنة النبوية ومصادر غير نصية مناطها الاجتهاد والرأي إجماعاً أو قياساً، فالمصادر المتفق عليها هى القرآن الكريم، والسنة النبوية، والإجماع والقياس، أما ما عدا ذلك فمختلف بشأن الاستدلال به والتعويل عليه بين الأئمة المجتهدين، ومنها : الاستحسان، والمصالح المرسلة، واستصحاب الحال، وشرع من قبلنا ومذهب الصحابي.

ولقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكمها الصادر في ٢٤ نوفمبر ١٩٩١ بأنه على السلطة التشريعية أن تبحث في التشريعات الوضعية القائمة لتنقيتها من النصوص التي تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، لتتدفق نقية في شرايين التشريعات المختلفة.. وإلى أن ينبثق هذا النظام التشريعي ويستكمل قوته الملزمة، فإن التشريعات السارية في الوقت الحاضر، تظل نافذة بحيث لا يسوغ لأية جهة إدارية مخالفتها بحجة تنفيذ قواعد الشريعة الإسلامية، ولأصبح النظام القانوني في الدولة مسخاً تبرأ منه كل الشرائع[2].

---

(١) دكتور/ حمدي أمين عبدالهادي، الفكر الإداري الإسلامي والمقارن، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٠، ص ١١٩ ومابعدها.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٤٨٣ لسنة ٣٤ ق، جلسة ١٩٩١/١١/٢٤، س ٣٧، ص ٢٤٥.

المطلب الثالث

نتائج مبدأ المشروعية

مقتضى مبدأ المشروعية احترام الأفراد والسلطات العامة القانون بمعناه الواسع الذي يشمل كافة القواعد القانونية التي يضمها التنظيم القانوني للدولة.

وإذا كان احترام الأفراد للقانون أمر تكفله السلطات العامة بما تملكه من وسائل قانونية مقررة لها، فإن احترام السلطات العامة ذاتها للقانون تثور بشأنه مسألة تحديد ما تلتزم كل سلطة عامة باحترامه من القواعد القانونية والتصرف بمقتضاه، حتى تكون هذه التصرفات متفقة مع مبدأ المشروعية.

ويلزم ترتيب القواعد القانونية في مراتب متعددة متتالية، بحيث تعلو بعضها على البعض الآخر، في تدرج يشمل كافة القواعد القانونية للدولة، فتخضع القاعدة الأدنى للقاعدة الأعلى منها مرتبة، وأن تكون متفقة مع مضمونها، فلا تستطيع مخالفتها وإلا غدت غير مشروعة، ومن ثم يحق الحكم ببطلان هذا العمل وترتيب الآثار الناجمة عن ذلك[1].

ولما كان إصدار العمل غير المشروع من شأنه إحداث ضرر بالأفراد، فإنه يتعين قانوناً ترتيب مسئولية الجهة التي ألحقت بعملها غير المشروع الضرر بالغير، نزولاً على مقتضيات خضوع السلطات العامة للقانون.

ويرى الباحث أن تدرج القواعد القانونية وتقرير مسئولية الدولة يمثلان أهم وأخطر النتائج التي يقتضيها الأخذ بمبدأ المشروعية لما يترتب عليهما من آثار فعالة في حماية واحترام الحقوق والحريات، وسوف نعرض لهما في فرعين كما يلي :

الفرع الأول : تدرج القواعد القانونية.

الفرع الثاني : مسئولية الدولة عن أعمال السلطة العامة.

---

(١) راجع :
- دكتور/ محمود سامي جمال الدين، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ١٠٦.

الفرع الأول

تدرج القواعد القانونية

١- مدلول تدرج القواعد القانونية:

إن تدرج القواعد القانونية يعني أن بعض هذه القواعد يتمتع بقوة إلزامية أعلى مما تتمتع به القواعد الأخرى التي تليها في المرتبة، وبالتالي يجب على كل سلطة عند قيامها بانشاء القواعد القانونية أن تراعى أحكام القواعد القانونية الأعلى، حيث لا يجوز للقاعدة الأدنى مرتبة تعديل أو إلغاء القاعدة الأعلى مرتبة وإلا كانت مخالفة للمشروعية.

ومن المستقر عليه فقهاً وقضاءً أن القواعد القانونية المدونة تتدرج فيما بينها بحيث تحتل قمتها القواعد الدستورية الصادرة عن السلطات التأسيسية، وتليها القواعد التشريعية، الصادرة عن السلطة التشريعية، وأخيراً القواعد اللائحية الصادرة عن السلطة التنفيذية، أما بصدد القواعد غير المدونة، فان تحديد مرتبتها مازال محل خلاف من جانب الفقه.

ويرجع الترتيب المشار إليه إلى المعيار الشكلي أو بالأحرى العضوي، والذي يرتكز على مرتبة السلطة التي أصدرت القاعدة القانونية والإجراءات المتبعة في إصدارها، فالقاعدة الصادرة من سلطة أعلى تعتبر أسمى مرتبة من تلك التي صدرت عن سلطة أدنى، فإذا صدرت القاعدتان عن نفس السلطة كانت الإجراءات المتبعة في إصدارهما هى المرجح بينهما، فتعتبر القاعدة التي تصدر وفقاً لإجراءات أشد أعلى مرتبة من تلك التي لا تتطلب لإصدارها سوى إجراءات عادية، أو لا تتطلب بشأنها أية إجراءات.

ولا مراء في أن تدرج القواعد القانونية هو أحد مقومات الدولة القانونية، حيث لا يمكن تصور النظام القانوني للدولة القانونية بدون هذا التدرج الذي يظهر في سمو بعض القواعد القانونية على بعض، وتبعية بعضها للبعض الآخر، وهو ما يستلزم بالضرورة خضوع القاعدة الأدنى للقاعدة الأسمى شكلاً وموضوعاً، فأما خضوعها شكلاً فإنه يتحقق بصدورها من السلطة التي حددتها القاعدة الأسمى وباتباع الإجراءات التي

بينـــتها، وأما خضوعها موضوعاً فيتحقق بأن تكون متفقة في مضمونها مع مضـــمون القـــاعدة الأعلى[1]، إذ لا يصح أن تتعارض قاعدة دنيا مع أخرى تعلوهـــا فـــي مرتـــبة التدرج حتى لا يحدث خلل في انسجام البناء القانوني للدولة[2].

وتـــدرج القـــرارات الإداريـــة يعني أن القرارات التي تصدرها الهيئات الإداريـــة المخـــتلفة ترتـــبط ببعضها إرتباطاً تسلسلياً، إذ توجد في درجات مخـــتلفة مـــن حيث القيمة والقوة القانونية، فنجد بعضها أسمى مرتبة من الـــبعض الآخر، بحيث يتعين اخضاع القرارات الأدنى مرتبة لما يعلوها من قرارات من حيث الشكل والموضوع.

فالســـلطات الإداريـــة ليست جميعاً في مرتبة واحدة، وإنما منها ما هو أســـمى مرتبة من الأخرى، والتدرج الشكلي للقرارات الإدارية يقضي بأن لا تكـــون القرارات الصادرة من تلك السلطات المختلفة في مرتبة واحدة، وإنما تأخذ كل منها مرتبة السلطة التي أصدرتها.

والتدرج الموضوعي معناه إخضاع القرار الفردي للقرار التنظيمي، فإذا اســـتلزم القـــرار التنظيمـــي أو اللائحـــة شـــروطاً معينة للتعيين في إحدى الوظـــائف، فان القرارات الفردية التي تصدر بالتعيين في هذه الوظيفة يجب أن تســـتوفي تلـــك الشروط، ولا يمكن إصدار قرار بالتعيين مخالفاً لها، وإلا اعتبر باطلاً وغير مشروع، كما أنه في هذه الحالة تسمو اللائحة على القرار الفـــردي ولو كان القراران صادرين عن نفس السلطة، لأن التدرج هنا يقوم على أساس موضوعي[3].

---

(١) راجع في ذلك :
- دكتور/ ثروت بدوي، الدولة القانونية، المرجع السابق، ص ٦٢.
- دكـــتور/ طعـــيمة الجـــرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون، المرجع السابق، ص ٦٢ وما بعدها.

(٢) راجع :
- دكـــتور/ محمد كامل ليله، الرقابة على أعمال الإدارة، الرقابة القضائية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، ص ٢٢.

(٣) راجع في ذلك :
- دكتور/ ثروت بدوي، تدرج القرارات الإدارية ومبدأ الشرعية، المرجع السابق، ص ٨٢ وما بعدها.
- دكـــتور/ محمـــود حلمـــي، القضاء الإداري، الطبعة الثانية، بدون دار نشر، ١٩٧٧، ص ١٥.

٢- نتائج تدرج القاعدة القانونية :

إن كل تصرف تجريه السلطة العامة وتخالف به قاعدة أعلى ملزمة لها يقع باطلاً قانوناً وغير نافذ شرعاً، أي أنه لا يؤدي إلى ترتيب الآثار القانونية المبتغاة من إصداره، وكأنه لم يصدر إطلاقاً.

وهكذا فإن القوانين التي تقرها السلطة التشريعية بالمخالفة لأحكام الدستور تكون باطلة وليست لها أية قوة إلزامية لمخالفتها للمشروعية ومن ثم يمكن للقضاء أن يحكم بعدم دستوريتها، كما أن اللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية بالمخالفة لأحكام الدستور أو القوانين تكون باطلة كذلك لمخالفتها للمشروعية، وبالتالي يحق للقضاء الحكم بعدم شرعيتها أو عدم دستوريتها.

أ – عدم دستورية القوانين :

تتأسس رقابة دستورية القوانين على تدرج القواعد القانونية وما ينطوي عليه من مبادئ وأهمها مبدأ سمو الدستور، فالدستور هو الذي ينشئ السلطات العامة في الدولة بما فيها السلطة التشريعية، فيحدد لكل منها الإختصاصات ويضع القيود وينظم الإجراءات التي تمارس بها تلك الاختصاصات، فإذا خالفت السلطة التشريعية الدستور أو خرجت عن حدود الاختصاصات التي رسمها لها أو تحللت من القيود التي وضعها، تكون قد جاوزت سلطتها، ومن ثم يبطل كل إجراء تتخذه في هذا الشأن.

وإذا كانت بعض الدساتير تنص صراحة على بطلان القوانين المخالفة لأحكامه مثل الدستور الكويتي، فإن عدم النص في الدستور على ذلك لا يؤثر في اعتبار هذه القوانين باطلة، فهذا البطلان نتيجة حتمية لمبدأ المشروعية وتدرج القواعد القانونية، خاصة إذا كان الدستور القائم ينص على إجراءات خاصة لتعديله، أي كان من الدساتير الجامدة، أو كان هذا الدستور يقرر تنظيماً معيناً للرقابة على دستورية القوانين[١].

---

(١) راجع في ذلك :
- دكتور/ محمود سامي جمال الدين، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ١٢١.

ولا شك في أن سمو الدستور سيكون كلمة بلا معنى إذا كان من الممكن انتهاكه من جانب السلطة التشريعية، وكان من غير الممكن إخضاع ما تصدره من قوانين للرقابة على دستوريتها.

وفي هذا الصدد تقول المحكمة الدستورية في الكويت : (أن رقابة دستورية التشريعات تستهدف صون الدستور وحمايته من الخروج على أحكامه باعتبار أن نصوصه تمثل دائماً القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم ولها مقام الصدارة بين قواعد النظام العام التي يتعين التزامها ومراعاتها وإهدار ما يخالفها من التشريعات على أساس من سيادة الدستور وسموه على سائر القوانين، وهذه الغاية لا تتحقق إلا إذا إمتدت رقابة المحكمة الدستورية على كافة التشريعات الأصلية منها أو الفرعية كاللوائح..، وهذا هو ما هدف إليه المشرع في إسناد الفصل في دستورية القوانين واللوائح إلى المحكمة الدستورية دون غيرها بحسبانها المحكمة المختصة، مقدراً خطورة النتائج التي تترتب على دستورية التشريع، فلم يشأ أن يترك الرقابة في هذه المسألة ذات الأهمية شائعة بين الجهات القضائية على إختلاف أنواعها ودرجاتها مع ما يستتبع ذلك من احتمال تعارض الآراء وتضارب الأحكام في مسألة واحدة مما يؤثر في الأوضاع والمراكز القانونية وتصيبها بالاضطراب وعدم الاستقرار)[1].

وقد ذهبت المحكمة الدستورية العليا في مصر في هذا الاتجاه بقولها أن نصوص الدستور تمثل القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم في الدولة، ولها مقام الصداره بين قواعد القانون العام التي يتعين التزامها ومراعاتها باعتبارها أسمى القواعد الآمرة، وإهدار ما يخالفها من تشريعات.. بغية الحفاظ على مبادئه (أي الدستور) وصون أحكامه من الخروج عليها[2].

وتؤكد المحكمة العليا في مصر حتمية الرقابة على دستورية القوانين بقولها (إن مبدأ الشرعية وسيادة القانون وهو المبدأ الذي يوجب خضوع سلطات الدولة للقانون والتزام حدوده في كافة أعمالها وتصرفاتها، هذا

---

(١) انظر :
- حكمها في الدعوى رقم ١ لسنة ٧٩ (دستوري)، جلسة ١٩٧٩/٥/١٢، منشور في الكويت اليوم، العدد ١٢٤٧، س ٢٥، ص ١٧ ، ٢٤.

(٢) حكمها في ١٩٨٥/٥/٤ في الدعوى رقم ٢٠ لسنة ١ ق و ٧ لسنة ٩ ق عليا دستورية، الجريدة الرسمية، العدد ٢٠ في ١٦ مايو ١٩٨٥، ص ٩٩٧ ، ٩٩٨.

المبدأ لن ينتج أثره إلا بقيام مبدأ آخر يكمله ويعتبر ضرورياً مثله، لأن الاخلال به يؤدي بمبدأ المشروعية ويسلمه إلى العدم، ذلك هو مبدأ الرقابة القضائية على دستورية القوانين من جهة، وعلى مشروعية القرارات الإدارية من جهة أخرى، لأن هذه الرقابة القضائية هى المظهر العملي الفعال لحماية الشرعية، فهى التي تكفل تقييد السلطات العامة بقواعد القانون، كما تكفل رد هذه السلطات إلى حدود المشروعية إن هى تجاوزت تلك الحدود. وغني عن البيان أن أي تضييق في تلك الرقابة ولو اقتصر هذا التضييق على دعوى الإلغاء، سوف يؤدي حتماً إلى الحد من مبدأ الشرعية وسيادة القانون، ولذا يتعين أن تقف سلطة المشرع إزاء حق التقاضي عند حد التنظيم فلا تجاوزه إلى الحظر أو الإهدار)[1].

وتشير المحكمة الدستورية في الكويت إلى أن (القاعدة في تدرج التشريعات أن يتقيد كل تشريع بالتشريع الأعلى منه درجة، فلا يجوز لتشريع فرعي أن يتعارض مع تشريع عادي، كما لا يجوز لأيهما أن يتعارض مع تشريع دستوري، وهذا التدرج يمثل ضماناً بالغ الأهمية للحقوق والحريات العامة..)[2].

ب – بطلان الأعمال الإدارية :

يترتب على مخالفة الإدارة لمبدأ المشروعية وخروجها على أحكام القانون بطلان عملها سواء كان عملاً مادياً أم كان عملاً قانونياً، فيؤدي بطلان العمل المادي إلى إنهائه وإزالة آثاره وإعادة الحال إلى ما كان عليه، كما يؤدي بطلان العمل القانونى والحكم بإلغائه إلى زوال هذا العمل وما ترتب عليه بأثر رجعي.

ومن الملاحظ أن فقه القانون العام يتمسك بثلاث درجات من البطلان هى الإنعدام والبطلان المطلق والبطلان النسبي.

أولاً : الانعدام :

هو جزاء تخلف ركن من أركان التصرف القانوني الذي لا يتصور له وجود بدونه، بحيث يكون من شأن تخلف هذا الركن الجوهري أن ينحدر

---

(١) انظر :
– حكم المحكمة العليا في مصر بتاريخ ١٩٧٦/٤/٣، دعوى رقم ١١ لسنة ٥ عليا دستورية، المجموعة – القسم الأول، ص ٤٤٢.
(٢) حكم المحكمة الدستورية في ١٩٧٩/٥/١٢، سالف الإشارة.

بـــه إلـــى حد العدم، فلا تلحقه الإجازة أو التصحيح كما لا يتقادم، فضلاً عن حق صاحب المصلحة في عدم الاعتراف بالتصرف وعدم تنفيذه تلقائياً[1].

ولقـــد ذهبت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر بتاريخ ٢٦ يناير ســـنة ١٩٩١ إلـــى أنه (ومن حيث أن القرار وقد حاصرته كل هذه المثالب القانونـــية يكون موصوماً بعيوب جسيمة تجعله معدوم الأثر قانوناً، ومن ثم فـــان القـــرار المطعون عليه وقد صدر معدوم الأثر يكون الطعن عليه جائزا دون التقـــيد بالمـــيعاد المقرر لدعوى الإلغاء وذلك إعلاء للشرعية وسيادة القانون..)[2].

كما ذهبت في حكمها الصادر بتاريخ ٢٧ فبراير ١٩٩٤ في ذات المعنى بقولهـــا (ومن حيث أن القرار المطعون فيه قد صدر في ١٩٨٠/٤/٩ بإزالة الـــتعدي علـــى العقارات محل النزاع – إستناداً إلى أحكام المادة (٩٧٠) من القانون المدني التي تسوغ للإدارة حماية لأملاكها الخاصة إزالة التعدي على ممـــتلكاتها بالطريق الإداري، فإنها تكون قد استغلت هذه السلطة الاستثنائية فـــي غـــير الأحوال التي شرعت من أجلها، وذلك برفع الاعتداء الواقع على الأمـــلاك الخاصة في المنازعات التي ليست طرفاً فيها، وأحلت نفسها محل القضاء المدني الذي يسوغ له وحده القضاء بمنع التعرض للأملاك الخاصة، ممـــا يعيب القرار الصادر بإزالة التعدي بعيب عدم الاختصاص الجسيم الذي يـــنحدر بـــه إلـــى مرتبة الانعدام ويجعل منه مجرد عقبة مادية يجوز طلب إزالتها في أي وقت..)[3].

وذهبـــت محكمة التمييز في حكمها الصادر بتاريخ ٧ أبريل سنة ١٩٩٧ إلى أنه (.. واختلال ركن أو أكثر من أركان القرار يؤدي إلى انعدام القـــرار

---

(١) راجع في ذلك :
- دكـــتور/ طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون، دار النهضة العربية، ١٩٧٦، ص ٢٠٧.
- دكتور/ مصطفى كمال وصفي، إنعدام القرارات الإدارية، مجلة مجلس الدولة، السنة ٧، ص ٢٦١.

(٢) راجع :
- حكـــم المحكمـــة الإداريـــة العليا فـــي الطعن رقم ٢٩٤ ، ١٥٨٧ لسنة ٣٦ ق، جلسة ١٩٩١/١/٢٦، الوســـيط فـــي شرح اختصاصات مجلس الدولة – للدكتور/ محمد ماهر أبوالعينين – الجزء الأول، ٢٠٠٠، ص ٢٨٣.

(٣) انظر :
- حكـــم المحكمة الإدارية العليا في الطعنين رقمي ١٢٦٠ ، ١٢٦٢ لسنة ٣٠ ق، جلسة ١٩٩٤/٢/٢٧، الوسيط في شرح اختصاصات مجلس الدولة، سالف الإشارة، ص٢٨٧.

الإداري كلية ويهبط به إلى منزلة العمل المادي كما إذا صدر القرار من جهة غير مختصة أو مخالفة صارخة للقانون)[1].

ثانياً : البطلان المطلق :

وهو يلحق بالتصرف القانوني الذي تتوافر له أركان إنعقاده ولكنه يصدر بالمخالفة للشروط الموضوعية التي يقررها القانون بصدد عناصر القرار الأخرى على صورة تجعل هذه المخالفة وإن لم تؤثر في وجود التصرف فإنها تكون ذات مساس باكتماله قانوناً[2].

وقد استقر القضاء الإداري في مصر والكويت، على أنه بالنسبة للقرار الإداري الذي شابه البطلان، فإنه على خلاف القرار المنعدم، إذا مضى وقت معقول على إصداره دون أن يطعن فيه أصحاب المصلحة أمام القضاء مطالبين بإلغائه، ودون أن تلجأ الإدارة إلى سحبه، فإن القرار يعتبر في ذاته سليماً مرتباً لآثار القرار المشروع من لحظة صدوره، فيكتسب حصانة بمضي المدة ولا يجوز المساس به سواء بإلغائه أو سحبه، وإن كان من الجائز طلب التعويض عن الأضرار الناجمة عنه.

وقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر إلى أن (.. القرارات الفردية غير الشرعية فالقاعدة فيها.. يجب على جهة الإدارة أن تسحبها التزاماً منها بحكم القانون وتصويباً للأوضاع المخالفة له، إلا أن دواعي المصلحة العامة تقتضي أيضاً إذا صدر قرار معيب من شأنه أن يولد حقاً أن يستقر هذا القرار عقب فترة معينة من الزمن بحيث يسري عليه ما يسري على القرار الصحيح. وقد اتفق على تحديد هذه الفترة بستين يوماً من تاريخ نشر القرار أو إعلانه قياساً على مدة الطعن القضائية، بحيث إذا انقضت هذه الفترة اكتسب القرار حصانة من أي إلغاء أو تعديل ويصبح عندئذ لصاحب

---

(١) انظر :
- حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ١٥٥ لسنة ٩٦ (تجاري)، جلسة ١٩٩٧/٤/٧ موسوعة مبادئ القضاء الإداري، الكتاب الأول - الجزء الثالث، ١٩٩٩، ص ١٢٤، وحكمها في الطعن رقم ١٩٨٨/١٩٩ (تجاري) جلسة ١٩٧٧/١١/٢٧، نفس المرجع، ص ١٢٨.

(٢) لمزيد من التفاصيل راجع :
- دكتور/ طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون، المرجع السابق، ص ٢٠٨.
- دكتور/ محمود سامي جمال الدين، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ١٢٨.

الشأن حق مكتسب فيما تضمنه القرار وكل إخلال بهذا الحق بقرار لاحق يعد أمراً مخالفاً للقانون يعيب القرار الأخير ويبطله)[1].

وفي ذات المعنى ذهبت محكمة التمييز بقولها (أما إذا كان الاختلال يسيراً. فإنه يكون معيباً وقابلاً للإبطال ولكن بشرط أن يظل القرار متصفاً بصفة القرار الإداري كتصرف قانوني ويعتبر مع ذلك قائماً قانوناً ومنتجاً لآثاره إلى أن يقضى بإلغائه، ولخطورة هذه الحالة على استقرار المعاملات فقد قيدت دعوى الإلغاء بالنسبة للقرارات الإدارية التي تولد حقاً أو مركزاً شخصياً للأفراد بنطاق زمني محدد، بحيث إذا مضت المدة أغلق سبيل الطعن وأصبح القرار المعيب بمثابة قرار سليم)[2].

ثالثاً : البطلان النسبي :

هو جزاء يلحق التصرف القانوني الذي تصيبه بعض العيوب الخاصة بالأهلية أو الرضا. ومن طبيعته أنه لا يؤدي إلى بطلان التصرف تلقائياً وبقوة القانون، وإنما يبقى التصرف صحيحاً منتجاً لآثاره المقررة حتى يقضى ببطلانه[3].

ورغم ندرة مجال هذا البطلان في القانون العام، نجد له بعض التطبيقات في نطاق التصرفات الاتفاقية كالعقود الإدارية حين يصيبها أحد عيوب الرضا، كما يتحقق في نطاق القرارات الإدارية متى كانت القاعدة المدعي بمخالفتها قد تقررت لحماية مصلحة الإدارة أو المرفق العام ذاته،

---

(١) انظر :
- حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٤٤٤ لسنة ٣٢ ق، جلسة ١٩٨٩/١٢/١٧ ، الوسيط في شرح اختصاصات مجلس الدولة، الجزء الأول، ٢٠٠٠، ص ٢٧٩.

(٢) انظر :
- حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٨٨/١٩٩ (تجاري)، جلسة ١٩٨٨/١١/٢٧ موسوعة مبادئ القضاء الإداري، الكتاب الأول – الجزء الثالث، ١٩٩٩، ص ١٢٨.
وراجع أيضاً :
- حكمها في الطعن رقم ٩٠/٢٩١ (إداري) جلسة ١٩٩٢/٣/٢٩، موسوعة مبادئ القضاء الإداري، الكتاب الأول – الجزء الثالث، ص ١٣٤.

(٣) راجع في ذلك :
- دكتور/ جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، مطبوعات جامعة القاهرة، ١٩٥٦، ص ٣٣٤، بندر رقم ٣٠٠.
- دكتور/ طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون، المرجع السابق، ص ٢٠٨.

ففـــي هـــذه الحالـــة يكون التصرف معيباً وقابلاً للبطلان، ولكن البطلان هنا يتقرر لصالح الإدارة، فلا يستطيع الأفراد الاستفادة منه[1].

٢ – ضمانات تحقيق النتائج المترتبة على تدرج القواعد القانونية :

إذا كـــان مقتضـــى مبدأ المشروعية، بطلان التصرفات الصادرة من أي سلطة عامة على خلاف ما تقضي به القواعد القانونية الأعلى الملزمة، بيد أن هذا البطلان يحتاج عملاً إلى ضمانات تكفل ترتيب النتائج التي ترتبط به.

وقـــد حـــرص المشـــرع في فرنسا ومصر والكويت على إخضاع أعمال الإدارة للـــرقابة القضائية على مشروعيتها، وتنظيم هـــذه الرقابة على نحو يكفل رقابة فعالة وحاسمة في مواجهة الأعمال المخالفة للمشروعية.

هـــذا ويختص القضاء الإداري في مصر وفرنسا بفحص مشروعية كافة الأعمال الإدارية والتعويض عن الأضرار الناجمة عنها.

غير أنه من الملاحظ أن فحص دستورية اللوائح، فإن الاختصاص بذلك يـــنعقد في مصر للمحكمة الدستورية العليا دون غيرها من المحاكم الأخرى. أمـــا فحـــص مشروعيتها، فإن مجلس الدولة بمحاكمه القضائية هو وحـــده المخـــتص بالفصل فـــي المنازعات الإداريـــة طبقاً لنص المادة (١٧٢) من الدســـتور والمادة (١٥) من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢، والمادة (١٠) من قانون تنظيم مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢[2].

أما في الكويت، فقد صدر القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ بإنشاء الدائرة الإداريـــة بالمحكمة الكلية، وعقد لها الاختصاص في نظر الجانب الأكبر من المـــنازعات الإدارية، وذلك في مسائل محددة على سبيل الحصر. وقد صدر القـــانون رقـــم ٧٤ لســـنة ١٩٧٣ بإنشاء المحكمة الدستورية ووفقاً للمادة الأولى فإن الاختصاص ينعقد لها دون غيرها بالفصل في دستورية القوانين واللوائح، وينعقد الاختصاص بفحص مشروعية اللائحة للدائرة الإدارية[3].

---

(١) راجع :
– دكـــتور/ طعـــيمة الجـــرف، مـــبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون، المرجع السابق، ص ٢٠٩ ، ٢١٠.
– دكتور/ محمود سامي جمال الدين، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ١٣٠.

(٢) راجع :
– دكتور/ محمود سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة في دولة الكويت، دراسة مقارنة، مؤسسة دار الكتاب، الكويت، ١٩٩٨، ص ١٠٩.

(٣) راجع :
– حكـــم محكمـــة التمييز في الطعن رقم ١٤٠ لسنة ٨٨ (تجاري)، جلسة ١٩٩٠/٥/٢٨، مجلة القضاء والقانون، س ١٩ – يوليو ١٩٩٦، ص ٢٨.

الفرع الثاني

مسئولية الدولة عن أعمال السلطة العامة

شهد القرن العشرين تحولاً نحو تقرير مسئولية الدولة عن أعمالها كلما أمكن ذلك، وعلى الأخص أعمال السلطة الإدارية منها، فبدأ القضاء الإداري الفرنسي يتوسع تدريجياً نحو تقرير مسئولية الإدارة عن أعمال موظفيها، وبدأ في وضع قواعد هذه المسئولية مؤكداً على ما لهذه المسئولية من قواعد خاصة تختلف تبعاً لحاجات المرفق العام، وضرورة التوفيق بين حقوق الدولة وحقوق الأفراد، وذلك علاوة على تدخل المشرع للاعتراف بمسئولية الدولة عن أعمالها في حالات كثيرة، مما جعل من حق القضاء النظر في دعاوي المسئولية الموجهة ضد الدولة ذاتها، إلى جانب المسئولية الشخصية للموظف، بل وحلت مسئولية الدولة في كثير من الحالات محل مسئولية الموظف الشخصية، وذلك في مواجهة المضرور[1].

ومع ذلك فمن الصعب القول بأن التطور المشار إليه قد انتهى إلى نبذ عدم مسئولية الدولة عن أعمالها وحلول قاعدة مسئولية الدولة محله، إذ أن الواقع يشير إلى أنه بالنسبة لأعمال السلطتين التشريعية والقضائية، مازال المبدأ السائد هو عدم مسئولية الدولة عن أعمالها.

١ – المسئولية عن أعمال السلطة التشريعية :

أ- استطاع القضاء أن يفرض مسئولية الدولة على جانب من الأعمال البرلمانية للسلطة التشريعية بصورة تدريجية، فبدأ في بداية الأمر بالاستعانة بالمعيار الموضوعي في تمييز الأعمال القانونية ليستخلص من الأعمال البرلمانية ما يمكن تصنيفه بأنه من الأعمال الإدارية بطبيعتها لتخضع لرقابة القضاء الإداري عليها، بعيداً عن الأعمال البرلمانية المحصنة، وبذلك خضعت العقود التي يبرمها مكتب البرلمان والقرارات التي تتعلق بالعاملين والموظفين فيه لرقابة القضاء الإداري على مشروعيتها علاوة على تقرير المسؤولية عنها.

---

(١) راجع :
- دكتور/ محمود سامي جمال الدين، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ١٣٥ ، ١٣٦.

ومـــن ناحـــية أخرى لجأ القضاء إلى التفرقة بين العمل البرلماني وبين تنفـــيذه، فـــإذا كـــان التنفيذ لعمل برلماني من اختصاص الإدارة، فإنه يمكن تحمـــيلها المســـؤولية عن هذا العمل على أساس أنها أخطأت في تنفيـــذ أو تفسير قرار البرلمان، ومن ثم تتحمل الإدارة التعويض عن هذا الخطأ[1].

ومـــن ناحـــية ثالـــثة جرى القضاء على عدم التوسع في مدلول العمل البرلماني وتحديد آثاره، فقرر أن التأييد السياسي الصادر من البرلمان لعمل إداري لا يحـــول هـــذا العمل إلى عمل برلماني، وإنما يظل محتفظاً بطبيعته الإدارية بالرغم من تأييد البرلمان له.

ففـــي حكمهـــا الصادر بتاريخ ٢٨ أبريل ١٩٣٠ ذهبت محكمة استئناف مصـــر إلـــى أنـــه (لا يكفـــي لمجرد تصديق البرلمان على عمل من أعمال الحكومـــة أن يعتبر هذا العمل برلمانياً محضاً. أما إذا كان العمل من طبيعته أن يظـــل إدارياً أو حكومياً رغم اتصاله بالبرلمان، ففي هذه الحالة يصح أن تسمع عنه الدعوى لأن أساس مسؤولية السلطة العامة يكون سببه عملا من أعمالها الحكومية أو الإدارية)[2].

كما أقرت المحكمة الدستورية في مصر ذات المبدأ، حيث رفضت الأخـــذ بمـــا كان سائداً فقهاً مـــن أن تصديـــق البرلمان على القرارات بقوانين، أي لوائـــح الضـــرورة عمومـــاً، من شأنه أن يقلب العمل الإداري وهو اللائحة لـــيدخل فـــي زمرة القوانين، وقضت بأن طبيعة هذا العمل الإداري لا تتغير نتيجة تدخل السلطة التشريعية بإقرار هذا العمل بعد عرضه عليها[3].

ب- إذا كانت أسانيد عدم مسئولية الدولة عن القوانين تستند دوماً على أن البرلمان هو صاحب السيادة العامة باعتباره ممثل الأمة التي هى مصدر الســـلطات ومـــن ثـــم لا يسأل عن الأضرار الناجمة عما يصدره من قوانين لانتفاء الخطأ عنه.

---

(١) راجع :
- دكتور/ أنور أحمد رسلان، وسيط القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ٦٠١ ، ٦٠٢.

(٢) راجع :
- مجلة المحاماة، السنة ١١، العدد الأول، ص ٤٥.

(٣) راجع :
- دكتور/ محمود سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة في دولة الكويت، المرجع السابق، ص ١١٥.

غـير أن الفقـه الحديـث اسـتطاع تفنيد هذه الحجج بالتركيز على أن الـبرلمان ليس سوى مجموعة من الأفراد، عرضة للخطأ والصواب كسائر الأفـراد، فضلاً عن أن مسئولية الدولة عن القوانين يمكن أن تتأسس على أساس المخاطر إذا لم يتيسر إثبات الخطأ وكان القانون متفقاً مع الدستور لا عيب فيه.

وقضـاء مجلس الدولة الفرنسي في الوقت الراهن يفسر صمت المشرع علـى نحو لا يعني حتماً رفضه لمبدأ تقرير مسئوليته، حيث أصبح للقاضي حـرية تقدير معنى سكوت المشرع، فما دام أنه لم يمنع التعويض صراحة، فإنه بذلك يكون قد ترك أمر تقديره للقضاء الذي يستطيع أن يقرر مسؤولية الدولـة عـن القوانيـن[٢]، إما على أساس الخطأ أو على أساس المخاطر وتحمـل التبعة أو على أساس مبدأ المساواة أمام التكاليف والأعباء العامة، بحسب الظروف والملابسات المحيطة بالقانون[٣].

٢ـ المسئولية عن أعمال السلطة القضائية :

تمثلـت مـبررات عدم مسئولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية في طبـيعة مرفق القضاء وتنظيمه على نحو يكفل استقلال وحرية القضاء، مما يتنافى مع تقرير المسئولية عن أعماله.

بـيد أن المشرع الفرنسي والمصري خرجا على هذه القاعدة في بعض الحـالات، وقررا بنصوص خاصة مسئولية الدولة عن بعض أعمال السلطة القضـائية، كمـا نظما إجراءات خاصة لترتيب المسؤولية الشخصية لرجال القضاء في حالات أخرى[١].

٣ـ المسئولية عن أعمال السلطة التنفيذية :

إن إلغـاء الأعمال الإدارية غير المشروعة، يستتبع تعويض الأفراد عن الأضرار التي لحقت بهم من جـراء هـذه الأعمال الباطلـة، وذلك لإعـادة

---

(١) راجع :
- دكـتور/ أنـور أحمد رسلان، وسيط القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ٥٦٨ (فقد اخـتلف موقف مجلس الدولة الفرنسي في الماضي عنه في الوقت الحاضر : حيث كان يفسـر السـكوت فـي الماضي على أنه رفض لمبدأ التعويض، بينما يفسره في الوقت الحاضر على أنه لا يحول دون إمكانية التعويض إذا توافرت شروط معينة).
(٢) دكتور/ أنور أحمد رسلان، وسيط القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ٥٦٤.
(٣) دكتور/ أنور أحمد رسلان، وسيط القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ٦٥٧.

الـــتوازن فـــي الأوضاع والمراكز القانونية على النحو الذي كانت عليه قبل صدور هذا العمل الإداري.

ولذلـــك يحـــرص المشـــرع دائمـــاً على توفير الحماية القضائية الكاملة للأفـــراد، بتنظيم حقهم في التقاضي تجاه الإدارة من خلال دعوى التعويض إلـــى جانـــب دعوى الإلغاء، تأسيساً على مبدأ مسؤولية الدولة عن الأعمال الإدارية غير المشروعة، وهو الأمر الذي أكده المشرع الدستوري في دولة الكويت في المادة (١٦٩) منه على أن (ينظم القانون الفصل في الخصومات الإداريـــة بواســـطة غـــرفة أو محكمـــة خاصة يبين القانون نظامها وكيفية ممارستها للقضاء الإداري شاملاً ولاية الإلغاء وولاية التعويض بالنسبة إلى القرارات الإدارية المخالفة للقانون).

ومـــن المقـــرر أن المناط في مسئولية الإدارة عن قراراتها الإدارية هو الخطأ الذي يتمثل في إصدار قرار إداري غير مشروع فإن كان القرار مطابقاً للقانون وقصد به تحقيق مصلحة عامة وغير مشوب بسوء استعمال السلطة فلا تجوز مساءلة الإدارة عن الأضرار التي تنتج عن هذا القرار[1].

---

(١) راجع في ذلك :
- حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٩ (تجاري)، جلسة ١٩٨٩/١١/١٢ موسوعة مبادئ القضاء الإداري، الكتاب الأول - الجزء الخامس، ص ٦٧، وحكمها في الطعن رقم ٤٢ لسنة ١٩٩٤ (تجاري)، جلسة ١٩٩٤/١٢/١٩، نفس المرجع، ص ٨٩.

المبحث الثاني

حـــــق التقاضـــــي

تعددت التعريفات الفقهية حول مفهوم الحق، والحق في اللغة هو نقيض الباطل، وحق الأمر يحق ويحق حقاً وحقوقاً أي صار حقاً وثبت ومعناه يجب وجوباً، وما ثبت من الأمور أو للشخص[1].

ويـــرى الـــبعض أن الحـــق هـــو الذي يثبت لشخص معين على سبيل الاســـتئثار دون الكافـــة[2]، وقـــد تعددت الرؤى في هذا الصدد بين المذهب الشخصي والموضوعي والمختلط في تعريف الحق[3].

فوفقـــاً للمذهب الشخصي يعرف الحق بأنه قدرة أو سلطة إرادية يخولها القانون لشخص من الأشخاص في نطاق معلوم.

أمـــا المذهـــب الموضـــوعي فيعرف الحق بأنه مصلحة يحميها القانون والمذهب المختلط يقوم على التوازن في تحديد دور الإرادة في إنشاء الحق وتحديد آثاره، وبذلك يظهر الطابع الشخصي في مرحلة التكوين، أما الطابع الموضـــوعي فيظهر في مرحلة تنظيم وترتيب الآثار القانونية المترتبة على هذا الحق وبناءً على ذلك يكون الحق قدرة إرادية ومصلحة يحميها في نفس الوقت.

وفـــي أي حكـــم ديمقراطـــي توجد رقابة سياسية وثانية إدارية وأخرى قضـــائية. وبقـــدر مـــا تكون الصور السابقة – للرقابة – فعَّالة يكون نجاح الحكم في تحقيق أهدافه.

والـــدول التـــي يـــتوفر لشـــعوبها النضج السياسي، تكون فيها الرقابة السياســـية هى البارزة بالنسبة للرقابتين الأخريين، إذ يكون الرأي العام قوة تفرض نفسها على أدوات الحكم وتهيمن على المجالات كافة، وتجعل الحاكمين

---

(١) ابن منظور، لسان العرب، ج ١٠، ص ٤٩، مادة حق.

(٢) دكـــتور/ محمـــد مرغنـــي خـــيري، نظرية التعسف في إستعمال الحقوق الإدارية، رسالة دكتوراه، كلية حقوق جامعة عين شمس، ١٩٧٢، هامش ص ٤٧.

(٣) هالـــة أحمـــد ســـيد أحمـــد المغـــازي، دور المحكمة الدستورية العليا في حماية الحريات الشخصية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٢٧ ، ٣١.

فـــي حذر دائم من الخروج على الدستور أو القانون، وفي سعي دائب لإقناع المحكوميـــن بحرصـــهم علـــى أداء الرسالة المنوطة بهم، وإذ تبرز الرقابة السياســـية في مجتمع ناضج فإنها تكون خير ضمان لقيام السلطة التنفيذية بمباشرة الرقابة الإدارية على أكمل وجه خشية إغضاب الرأي العام أو إثارة استيائه واستنكاره.

أمـــا الدول التي تفتقر شعوبها إلى الوعي السياسي أو تكون حديثة عهد بالديمقراطية، فإنها أشد ما تكون في حاجة إلى الرقابة القضائية. فليس من ســـبيل إلى التعويل على الرأي العام كقوة واعية في ذاتها أو قوة ذات تأثير علـــى الحاكمين أو أدوات الحكم. وإزاء تخلف هذه القوة يشتد ميل الحاكمين إلـــى تركـــيز الســـلطة في أيديهم، والتمادي في استعمالها ولو على حساب السلطتين التشريعية والقضائية.

ولـــيس خـــيراً من السلطة القضائية في مثل هذه الظروف حصنا للأفراد وقـــوة تفـــرض علـــى السلطة التنفيذية احترام الحدود المقررة في الدستور والقـــانون، ومراعاة الضمانات الخاصة بحقوق الأفراد وحرياتهم. فالسلطة القضـــائية تستمد سلطاتها من الدستور. وتملك بموجب الولاية المقررة لها أن تـــرد أي إعـــتداء على أحكام الدستور من أية هيئة في الدولة. والسلطة القضـــائية تكـــون قـــادرة علـــى تحقيق رسالتها لما يكفله الدستور لها من اســـتقلال في مواجهة السلطتين التشريعية والتنفيذية، فضلاً عن أنها بحكم تكويـــنها تضـــم قضاة تتوافر لهم الخبرة والحيدة والتجرد. فالقاضي باحث يجمع بين العلم والعمل، ويحكم تقديره في أمور يمكن أن يختلف فيها الرأي اختلافاً محيراً، ويعمل منطقه في مشاكل تحتاج إلى الصبر والروية، ويحتكم إلى ضميره ووجدانه قبل أن يصل إلى أي قرار أو حكم مستهدفاً إقامة العدل بين الأفراد والدولة. فالقاضي مطبوع على التجرد والحيدة، وهو إذ يفحص النزاع المعروض عليه يسعى إلى تفهم وجهات النظر المختلفة دون ميل أو انحـــياز حتى يصل إلى حكم صائب ومجرد عن الهوى[1]. وسوف نتناول في هـــذا المبحث حق التقاضي بالدراسة التحليلية من خلال تقسيمه إلى مطلبين على النحو التالي :

المطلب الأول : مدلول حق التقاضي.
المطلب الثاني : القيود التي ترد على حق التقاضي ومدى مشروعيتها.

---

(١) دكتور/ سعد عصفور، النظام الدستورى المصرى – دستور سنة ١٩٧١، طبعة ١٩٨٠، ص ٤١٤ وما بعدها .

المطلب الأول

مدلول حق التقاضي

حق التقاضي هو حق الفرد في أن تكون لـه وسيلة الطعن أمام محكمة قضائية إذا ما اعتدى على حقوقه وحرياته سواء من قبل الأفراد أو من قبل السلطات العامة، والسلطة القضائية إذ تستمد سلطانها من الدستور مباشرة وتحس بكيانها المدعم المستقل فهي تفصل فيما يعرض عليها من قضايا بقلب ثابت وإرادة مطمئنة دون خشية أو حذر، فالأفراد يلجأون إلى القضاء ولو كان خصمهم سلطة عاتية، والقضاء كفيل بحمايتهم ورد الاعتداء عن حقوقهم وحرياتهم – طبقاً لما توجبه أحكام الدستور والقانون – مهما تكن السلطة المعتدية.

فحق الأفراد في التقاضي حق أصيل، إذ بدونه يستحيل عليهم أن يأمنوا على حرياتهم أو يردوا الاعتداء عليها، ونظام الحكم لا يمكن أن يعتبر ديمقراطياً إلا إذا كفل للأفراد حق الالتجاء إلى القضاء، وحاجة الأفراد إلى هذا الحق هي حاجة مستمرة ومتزايدة لاسيما بعد أن قوي تدخل الدولة والتشريع في تنظيم شئون الأفراد.

وتدخل الدولة في شئون الأفراد – وإن استهدف صالحهم – قد يكون مصحوباً بإجراءات استثنائية أو مساس بحقوق أساسية أو مغالاة في التكاليف أو انحراف بالسلطة أو شطط في التقدير أو إضعاف للضمانات المقررة، ومن ثم ينبغي أن يبقى باب القضاء مفتوحاً أمام الأفراد ليعرضوا عليه أمرهم ويطلبوا إليه إنصافهم من ظلم يعتقدون بوقوعه عليهم[1].

ولا جدال في أن كفالة حق الأفراد في التقاضي تبعث في نفوسهم الرضا والإحساس المطمئن والإيمان بالعدل، وأن حرمانهم من هذا الحق يبعث في نفوسهم الاستياء والإحساس بالقلق والشعور بالظلم.

فكفالة حق التقاضي أمر لا غنى عنه وضرورة يلزم توفيرها جنباً إلى جنب مع تزايد تدخل الدولة في شئون الأفراد، وكفالة هذا الحق في دولة ما

---

(١) دكتور/ سعد عصفور، المرجع السابق، ص ٤١٧ ، ٤١٨.

دلـــيل علـــى اســـتجابة نظام الحكم فيها لرغبات المحكومين ولمقومات حياة دستورية وشرعية.

لذا ليس من المبالغة أن يقول البعض[1] أن استطاعة كل مواطن أن يجد قاضـــياً هى الحرية الأولى بين كل الحريات لأنها ضمان لسائر الحريات، أو أن حق التقاضي هو عماد الحريات جميعاً.

إن حـــق التقاضـــي من الحقوق الطبيعية للإنسان، وقد أكدت ذلك المادة العاشرة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في العاشر من ديسمبر عام ١٩٤٨ بقولها (لكل إنسان الحق على قدم المساواة التامة في ان تنظر قضيته بإنصاف وبعلانية محكمة طليقة الرأي نزيهة عن الغرض فتقطع في الحقـــوق التي لـــه والواجبات التي عليه وفي صحة كل تهمة جنائية يرمي إليها) ولا يجوز للقانون المساس به، وبدونه يستحيل على الأفراد أن يأمنوا على حرياتهم أو يردوا ما يقع عليها من اعتداء. فلكل فرد وقع اعتداء على حـــق مـــن حقوقـــه أو حرية من حرياته أن يلجأ – وفقاً لهذا المبدأ – إلى القضـــاء لرد ذلك الاعتداء والإنتصاف لنفسه ممن سلبه حقه. وما لم تكفل الدولة لمواطنيها هذا الحق فإنها لا تكون بأي حال دولة قانونية[2].

ولقـــد ذهبـــت المحكمـــة الدســـتورية العليا في مصر في إطار تحديدها لمضمون حق التقاضي، أن هذا الحق (يفترض – إبتداءً وبداهةً – تمكين كل مـــتقاض من النفاذ إلى القضاء نفاذاً ميسراً لا تثقله أعباء مالية، ولا تحول دونـــه عوائق إجرائية، ولا يعدو هذا النفاذ – بما يعنيه من حق كل شخص مـــن اللجـــوء إلى القضاء (أي الحق في الدعوى) وأن أبوابه المختلفة غير موصـــدة فـــي وجه من يلوذ بها، وأن الطريق إليها معبد قانوناً – أن يكون حلقـــة في حق التقاضي تكملها حلقتان أخريان لا يستقيم بدونهما هذا الحق، ولا يكتمل وجوده في غيبة إحداهما، ذلك أن قيام الحق في النفاذ إلى القضاء لابد بذاته ولزوماً على الفصل في الحق التي تقام الدعوى لطلبها موكول إلى أيد أمينة عليها تتوافر لديها – ووفقاً للنظم المعمول بها أمامها – كل ضمانة تقتضيها إدارة العدالة إدارة فعالـــة، بما مـــؤداه أن الحلقة الوسطى في حق التقاضي هى تلك التي تعكس حيدة المحكمة واستقلالها وحصانة أعضائهـــا

---

(١) دكتور/ محمد عصفور، ضمانات الحريات، مجلة المحاماة، مارس ١٩٦٨، ص ٦٥.
(٢) دكتور/ فاروق عبدالبر، دور مجلس الدولة المصري في حماية الحقوق والحريات العامة، الجزء الأول، ص ١٩٨ ، ١٩٩.

والأســس الموضوعة لضماناتها العملية، وهي بذلك تكفل بتكاملها المقاييس المعاصــرة التي توفر لكل شخص حقاً مكتملاً ومتكافئاً مع غيره في محاكمة منصــفة وعلنية وتقوم عليها محكمة مستقلة محايدة ينشئها القانون.. متى كان ما تقدم، وكان حق التقاضي لا تكتمل مقوماته أو يبلغ غايته ما لم توفر الدولــة للخصومة في نهاية مطافها حلاً منصفاً يمثل التسوية التي يعمد من يطلــبها إلــى الحصــول عليها بوصفها الترضية القضائية التي يسعى إليها لمواجهــة الإخــلال بالحقوق التي يدعيها، فان هذه الترضية – وبإفتراض مشــروعيتها واتســاقها مع أحكام الدستور – تندمج في الحق في التقاضي باعتبارها الحلقة الأخيرة فيه..)[1].

وتأسيســاً علــى ما سبق، لا يملك المشرع إخراج منازعات بعينها من ولايــة القضاء أو تحصين تصرف من التصرفات من رقابته. فإذا هو أخرج مــنازعة بعيــنها انــتقص مــن سلطة القضاء، وإذا هو حصّن تصرفاً من التصرفات التي تضر بحق من حقوق الأفراد اعتدى على حق التقاضي، وهو لا يملك أياً من الأمرين[2].

إذن فلا تملك أية سلطة من السلطات مصادرة حق التقاضي، أو منع أي فــرد أو جماعــة مــن الجماعات من الالتجاء إلى القضاء باعتباره الملجأ والملاذ لهم للدفاع عن حقوقهم ورد ما يقع عليها من اعتداء[3].

وبناءً على ذلك، فإن أية مصادرة لحق التقاضي تعد عملاً غير مشروع، وأي نــص تشريعي يمس هذا الحق هو نص باطل وغير دستوري لخروجه علــى النصــوص الدستورية التي تؤكد هذا الحق، ومخالفته لمواد الدستور التي تحمي المساواة بين جميع المواطنين في التجائهم إلى القضاء بلا تفرقة أو تمييز في ممارستهم لهذا الحق.

فالقانون أو القرار الذي يحرم بعض الأفراد من الالتجاء إلى القضاء، أو يمنع طائفة من الطوائف من الطعن في القرارات التي تمس حقوقهم، ينتهك

---

(١) انظر :
– حكمهــا فــي القضية رقم ٢ لسنة ١٤ ق، (دستورية)، جلسة ١٩٩٣/٤/٣، المجموعة الجزء الخامس، المجلد الثاني، ص ٢٤١.
(٢) دكتور/ محمد عصفور، استقلال السلطة القضائية، ١٩٦٩، ص ٦..
(٣) راجع :
– دكــتور/ فــؤاد العطــار، كفالــة حــق التقاضي، بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصاد، السنة الأولى، العدد الثاني، يوليو ١٩٥٩، ص ٦٤ ومابعدها.

بذلـــك المبدأ الأساسي الذي رسخ في ضمير العالم، والذي لا معنى لممارسة الحقوق والحريات بدون احترامه، وهو مبدأ المساواة في الحقوق والواجبات العامة، الذي تتفرع عنه المساواة أمام القضاء[١].

إن القـــانون يتضمن قاعدة عامة مجردة تنطبق على كل من تتوافر فيه شروط تطبيقها، والعلة في ممارسة حق التقاضي هى نشأة منازعة ما حول حق من الحقوق يتعلق بفرد أو بطائفة. فعندما يأتي نص تشريعي ويمنع ذلك الفـــرد أو تلـــك الطائفة من ممارسة حقها الطبيعي في التقاضي بينما يتمتع بقـــية الأفـــراد والطوائف بهذا الحق دون أية عقبات أو موانع، فهنا يحدث الخلل الفادح لمبدأ المساواة أمام القضاء، والخرق الجسيم لحق التقاضي[٢]. **ويـرى الباحـث** أنه لكفالة هذا الحق ينبغي وضع ضوابط وشروط لحمايته كما يلي :

١- يعتبر حق التقاضي واحداً من أكثر الحقوق التي نص عليها الدستور الكويتـــي وتكمن أهميته في أن الحقوق والحريات التي كفلها الدستور يتعين ضـــمانها مـــن خلال وسائل عملية تحقق فعاليتها وتصون مباشرتها من كل عـــدوان علـــيها. وشـــرط ذلك أن يكون لكل شخص حق اللجوء إلى قاضيه الطبيعـــي ليرد هذا العدوان عنه. فلا يكون حق التقاضي إلا مدخلاً لحمايتها. وشـــرطاً أولـــياً لتوكـــيدها، وباعتـــبار أن الخصومة القضائية هى الوسيلة القانونية التي أتاحها المشرع لكل فرد - وطنياً كان أم أجنبياً - كي يلوذ بها ويعتصـــم ضـــد كل صورالإخلال بالحقوق والحريات التي كفلها الدستور أو القـــانون. وقد حرصت الدساتير العربية ومنها الدستور الكويتي على ضمان حق التقاضي من زوايا متعددة[٣] :

أولهـا : حيـــث كفـــل للناس جميعهم النفاذ إلى القضاء دون قيود إجرائية مـــرهقة أو عوائـــق مالية مبهظة، باعتبار أن هذه وتلك تمثل موانع عملية تحـــول بذواتها دون اللجوء إلى القاضي انتصافا. فلا يكون حق التقاضي - مع وجودها - إلا سراباً.

ثانـيهما : حين نص على أن الناس جميعاً لا يتخاصمون إلا أمام قاضيهم الطبيعي، ويعتبر القاضي كذلك إذا كان مهيأ أكثر مـــن غيـــره - بالنظر إلى

---

(١) دكتور/ عبدالغني بسيوني، مبدأ المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي، طبعة ١٩٨٣، ص ٢٦ - ٢٧.

(٢) المرجع السابق، ص ٢٧.

(٣) لمـــزيد مـــن التفصيل يراجع المستشار الدكتور/ عوض المر، حق التقاضي، مركز بحوث الشـــرطة، أكاديمية الشرطة، وزارة الداخلية، مصر، العدد الثالث عشر، يناير ١٩٩٨، ص ١٠.

طبـيعة الدعوى وملابساتها – للفصل فيها. فلا يكون مقحماً عليها أو غريباً عـنها. وهـو ما يعني أن كل قضاء استثنائي يعتبر منافياً لمفهوم القاضي الطبيعـي. كذلـك الأمر في شأن كل قضاء خاص يشكل لمنازعة بعينها أو لصـور مـنها يحيطها المشرع بنظم إجرائية لا تستقيم عقلاً، وإنما ينشئها لأغـراض لا تقتضيها مصلحة عامة، فلا يكون هذا القضاء الخاص إلا عبئاً على المتقاضين يفتقدون فيه دعائم العدل.

وثالثها : أن اللجوء إلى القضاء، ينبغى أن يكون حقاً للقادرين والمعوزين الأثـرياء والفقراء... فالجماعة البشرية التى استقام بنيانها. هى التى توفر لهـؤلاء وهؤلاء سبل التداعى فى شان الحقوق التى يطلبونها. وكذلك على صـعيد حـرياتهم التى وقع الإخلال بها، ودون ذلك لا يكون مجتمعهم آمنا مطمئـناً، ولا قائمـاً على التضامن والخلق القويم ولا متشحاً بالوطنية، بل يكـون الفرد غريباً عنه، وكأنه دخيل عليه، فلا ينتمى إليه، وذلك آفة كبرى بلغـتها بعض التجمعات البشرية التى ظل العدل فيها مهضماً، وهيمن الباطل علـيها، فكـان اندثارهـا جزاءً وفاقاً تزيد الأقوياء تمرداً وبطشاً، فلا يكون لعدوانهـم من رادع، ولا لطغيانهم من كاسر ولا لسطوتهم من منازع، وتلك هى الفوضى بعينها التى لا تقام الحدود فيها على من يتيهون بأنفسهم عجباً ... ومـن ثم حرص دستور جمهورية مصر العربية ليس فقط على أن يكفل التقاضـى للـناس جميعهم ودون تمييز بينهم، وإنما توخى كذلك أن يقرب إلـيهم جهات القضاء. وأن يوفر لهم كل الوسائل القضائية التى تعينهم على الوصول إليها ، فلا توصد أبوابها فى وجوههم[1].

٢- ويفـترض حـق التقاضى – ابتداءً وبداهة – أن يكون اللجوء إلى القضـاء معبداً، فلا ينغلق الطريق إليه – سواء من خلال الأعباء المالية أو القـيود الإجرائية – بل يكون ميسراً لا إرهاق فيه. بيد أن مجرد اللجوء إلى القاضـى الطبـيعى لا يعتبر وحده كافياً لضمان حق التقاضى. بل يتعين أن يكـون هـذا القاضى أميناً على الدعوى التى يفصل فيها وفقاً لنظم منصفة تقتضـيها إدارة العدالـة إدارة فعالـة، بما مؤداه أن حق التقاضى يجب أن يتبلور بوجه خاص في أمرين :

---

(١) ورد نـص المـادة (٦٨) مـن الدستور المصري على أن (التقاضي حق مضمون ومكفول للـناس كافـة ولكل مواطن حق الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي، وتكفل الدولة تقريب جهات القضاء من المتقاضين وسرعة الفصل في القضايا.
ويحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء).

أولهما : حـيدة المحكمـة واسـتقلالها وحصـانة أعضـائها والأسس الموضوعية لضماناتها العملية، بما يوفر لكل شخص حقاً مكتملاً متكافئاً مع غيره فى محاكمة منصفة وعلنية تقوم عليها محكمة مستقلة محايدة ينشئها القانون وتتولى الفصل – خلال مدة معقولة – فى حقوقه والتزاماته المدنية وكذلـك فى التهمة الجنائية الموجهة إليه، على أن يتمكن فى إطار القواعد المعمول بها أمامها من عرض دعواه وتحقيق دفاعه، ومواجهة أدلة خصمه رداً وتعقيباً وفق نصوص متكافئة لا تمييز فيها بين خصوم الدعوى.

ثانيهما : إن حق التقاضى ليس حقاً نظرياً. بل يتوسل به الخصم للحصول على منفعة يقرها القانون. وتلك هى الترضية القضائية التى يعمد من يطلبها إلى اجتنائها لمواجهة الإخلال بالحقوق التى يدعيها، وتعتبر هذه الترضية – وبافـتراض مشـروعيتها القانونـية والدسـتورية – مندمجة فى الحق فى التقاضـى لارتـباطها بالأغـراض النهائية التى يتوخاها، ذلك أن الخصومة القضـائية لا تقام للدفاع عن مصلحة نظرية لا تتمخض عنها فائدة عملية، وغنما غايتها الحصول على الترضية التى تفرضها الأبعاد الواقعية المتنازع عليها بين أطرافها. وحكم القانون بشأنها[1].

٣- وإنكـار الحـق فـى الترضية القضائية – سواء بمنعها ابتداءً. أو بإقامـة العراقـيل فـى وجـه اقتضائها. أو بتقديمها متباطئة متراخية دون مسوغ، أو بإحاطتها بقواعدٍ إجرائية تكون معيبة فى ذاتها بصفة جوهرية – لا يعـدو أن يكـون اهداراً للحماية التى يفرضها الدستور والقانون للحقوق التى وقع العدوان عليها، وإنكاراً للعدالـة فـى جوهـر خصائصهـا وأدق توجهاتهـا، وبوجـه خاص كلما كان طريق الطعن القضائى لرد الأمور إلى نصابها ممتنعاً أو غير منتج.

٤- ومـن البديهى، ليس لازماً لإنكار العدالة وإهدار متطلباتها، أن يقع العدوان على موجباتها من جهة القضاء ذاتها، ذلك أن السلطة التشريعية أو التنفيذية قد تعمد إلى إجهاض الترضية القضائية التى تقتضيها موازين الحق والعـدل، مـن خلال حرمان المضرور من الحق فى الدعوى، أو عن طريق تجريد دعواه من القواعد الموضوعية التى ينبغى أن يحاط بها عند نظرها، وهـو مـا يعـنى إن إنكار العدالة لا يعتبر قائما فى محتواه على الخطأ فى تطبـيق القـانون، وإنما هو الإخفاق فى تقديم الترضية القضائية الملائمة، وهـو ما يتحقق بوجه خاص كلما كانت الوسائل القضائية المتاحة، لا توفر الحمايـة اللازمـة لصون حقوقه، أو كانت ملاحقته لخصمه للحصول على الترضية القضائية التى يأملها، لا طائل من ورائها.

---

(١) دكتور/ عوض المر، حق التقاضي، المرجع السابق، ص ١٢.

٥- والترضية القضائية الملائمة، هى التى تقترن بوسائل تنفيذها، وإلا آل أمـرها هباء منثورا، ولم يعد لها من قيمة عملية بعد زوال الحماية التى فرضـها الدسـتور أو القـانون للحقـوق على اختلافها، بما مؤداه تكريس العدوان عليها، وتعطيل دور القضاء المنصوص عليه فى المادة (١٦٣) من الدسـتور فـى مجال صونها والدفاع عنها، وإفراغ حق اللجوء إليه من كل مضـمون، وهـو حـق عُـنى الدسـتور المصرى بتوكيده فى الماد (٦٨) والدسـتور الكويتى فى المادة (١٦٦) والتي تنص على ان (حق التقاضي مكفـول للـناس، ويبين القانون الاجراءات والاوضاع اللازمة لممارسة هذا الحق).

كذلـك فإن الترضية القضائية التى لا يقهر المدين المماطل على تنفيذها مباشرة، هى فى واقعها خروج على مبدأ خضوع الدولة للقانون، وتكون عن تأسـيس قـيم العـدل وتثبيتها من خلال السلطة القضائية بأفرعها المختلفة وتنظيماتها المتعددة، وهى السلطة التى تصدر أحكامها وفق القانون على ما تـنص علـيه المادة (١٦٤) من الدستور، ولا يعدو الامتناع عن تنفيذها أو عـرقلة هـذا التنفيذ بعمل تشريعى، أن يكون عدوانا من السلطة التشريعية على الولاية الثابتة للسلطة القضائية، واقتحاما للحدود الفاصلة بينهما. وهو كذلـك تدخـل مباشـرة فى شئون السلطة القضائية بما يقلص من دورها، ويـناقض الحماية القضائية للحق أو الحرية على أساس من سيادة القانون التى كفلها الدستور، وهى حماية لازمها التمكين من اقتضائها، والمعاونة فى تنفيذها، ولو باستعمال القوة عند الضرورة[١].

٦- إن حـق التقاضـى لـيس بحق مطلق، بل يجوز إخضاع هذا الحق لضـوابط لا تقيد بمداها أو أبعادها من جوهره. ولا تدخل الشروط المنطقية الـتى ينظم بها المشرع الحق فى الدعوى لمصلحة مشروعة تقتضيها، فى إطار القيود التى تنال من حق التقاضى أو تقيد جدواه، ذلك أن السلطة التى يملكهـا المشرع في مجال تنظيم الحقوق، وإن كان الأصل فيها هو إطلاقها، إلا أن القيود التى قد يفرضها الدستور لصون هذه الحقوق من صور العدوان المحتمل عليها، وهى التى تبين تخوم الدائرة التى لا يجوز أن يتداخل التنظيم التشـريعى معها بما يهدم الحقوق التي كفلها الدستور أو يؤثر فى محتواها. ومن ثم تمثل هذه الدائرة مجالا حيويا لا يتنفس الحق إلا مـن خلالهـا ولا

---

(١) لمزيد من التفصيل يراجع :
- حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر، بتاريخ ١٩٩٣/٤/٣، ق ٢، س ١٤، مجموع أحكام المحكمة، الجزء الخامس، المجلد الثاني، قاعدة رقم ٢١، ص ٢٤١.
- حكـم المحكمـة فـي ٢٠٠٠/٣/٤، ق ٥٥، س ٢، الجريـدة الرسميـة العدد ١١ في ٢٠٠٠/٣/٢٠.

يكـــون تنظـــيم هـــذا الحق ممكناً من زاوية دستورية إلا فيما وراء حدودها الخارجـــية، لـــيكون اقـــتحامها مجانـــباً لتنظـــيمه، وعدواناً عليه أدخل إلى مصـــادرته أو تقييده. كذلك لا يجوز أن تنفصل النصوص القانونية التى نظم بها المشرع موضوعاً محدداً عن أهدافها، بل يجب أن تكون هذه النصوص مدخلاً إليها، وموطئاً لإشباع مصلحة عامة لها اعتبارها.

٧- صـــاغ الدســـتور الكويتـــي فى مجال سيادة القانون، قواعد محددة تـــتكامل فـــيما بيـــنها، ويندرج تحتها نص المادة (١٦٦) التى كفل بها حق التقاضـــى للناس كافة. دالاً بذلك على أن ضمان الدولة لهذا الحق هو فرع مـــن ســـيادة القـــانون الـــتى جعلها أساساً للحكم. وإذا الدستور قد أقام من استقلال القضاء وحصانته ضمانين أساسيين لحماية الحقوق والحريات ، فقد أضحى لازماً – وحق التقاضى هو المدخل إلى هذه الحماية – أن يكون هذا الحق مكفولاً بنص صريح فى الدستور، كى لا تكون الحقوق والحريات التى نص عليها مجردة من وسيلة حمايتها، بل معززة بها ضمان فعاليتها.

٨- لا يـــتمايز الـــناس فيما بينهم فى مجال حقهم فى النفاذ إلى قاضيهم الطبيعى، ولا فى نطاق القواعد الإجرائية والموضوعية التى تحكم الخصومة القضـــائية عينها، ولا فى فعالية ضمانة الدفاع التى يكفلها الدستور للحقوق الـــتى يدعونهـــا، ولا فـــى اقتضائها وفق مقاييس موحدة عند توافر شروط طلـــبها، ولا فى طرق الطعن التى تنظمها، بل يجب أن يكون للحقوق عينها قواعـــد موحـــدة ســـواء فـــى مجـــال التداعى بشأنها، أو الدفاع عنها، أو اســـتئنافها، أو الطعن فى الأحكام التى تتعلق بها، ولا يجوز بالتالى أن يقيم المشرع فيما بين المواطنين تمييزا غير مبرر فى شأن إعمال هذه القواعد، بما يعطلها لفريق من بينهم أو يقيدها[1].

---

(١) وفـــي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا أن الدستور بما نص عليه في المادة (٦٨) منه مـــن ضمان حق كل مواطن في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي لرد ما قد يقع من عدوان على الحقوق التي يدعيها، قد دل على أمرين :
أولهما : أن لكل مواطن أن يسعى بدعواه إلى قاض يكون بالنظر إلى طبيعتها، وعلى ضوء مختلف العناصر التي لابستها، مهيأ دون غيره للفصل فيها.
ثانيهما : أن الـــناس جمـــيعاً لا يتمايزون فيما بينهم في مجال حقهم في النفاذ إلى قاضيهم الطبيعـــي ولا فـــي نطـــاق القواعـــد الإجرائية والموضوعية التي تحكم الخصومة القضـــائية عيـــنها، ولا فـــي فعالـــية ضمانة الدفاع التي يكفلها الدستور والمشرع للحقـــوق التـــي يدعونها، ولا في اقتضائها وفق مقاييس موحدة عند توافر شروط طلـــبها، ولا فـــي طرق الطعن التي تنظمها بل يجب أن يكون للحقوق عينها قواعد موحدة سواء في مجال التداعي بشأنها أو الدفاع عنها، أو استئنافها، أو الطعن في الأحكـــام التـــي تتعلق بها، ولا يجوز بالتالي أن يقيم المشرع فيما بين المواطنين، تمـــييزا غـــير مـــبرر في شأن إعمال هذه القواعد، بما يعطلها لفريق من بينهم أو يقـــيدها، وبوجه خاص على صعيد الفصل بطريقة منصفة في حقوقهم وإلتزاماتهم. لمـــزيد من التفصيل يراجع حكم المحكمة الدستورية العليا في ١٩٩٥/٨/٥، ق ٩، س ١٦، الجريدة الرسمية العدد ٣٣ في ١٩٩٥/٨/١٧.

٩- لا تعتبر طرق الطعن فى الأحكام مجرد وسائل إجرائية ينشئها المشرع ليوفر من خلالها سبل تقويم إعوجاجها، بل هى فى واقعها أوثق اتصالاً بالحقوق التى تتناولها، سواء فى مجال إثباتها أو نفيها أو توصيفها، ليكون مصيرها عائداً أساساً إلى انفتاح هذه الطرق أو انغلاقها، وكذلك إلى مساواة المتقاضين أو التمييز بينهم فى مجال النفاذ إلى فرصها. وينبغى أن يلاحظ أن تقرير انفتاح طرق الطعن فى الأحكام أو منعها لا يجوز من زاوية دستورية إلا وفق أسس موضوعية لا يندرج تحتها مجرد سرعة الفصل فى القضايا. كذلك فإن تقريب جهات القضاء – من خلال محاكمها – من المتقاضين. لا يتصور أن يتم بوجود مواقعها بعيداً عن فريق منهم. ولا يجوز كذلك أن يكون معطلاً لحقهم فى فرص الطعن التى أتاحها المشرع لغيرهم ممن يتماثلون معهم فى المركز القانونى. ذلك أن استواء طرق الطعن فيما بين هؤلاء وهؤلاء على مقتضى قاعدة قانونية واحدة. ضمانة أساسية للتقاضى، يتكامل معها ولا يجبها التزام الدولة بأن تتخذ الوسائل التى تكفل تقريب جهات القضاء منهم.

١٠- إن حق التقاضى – فى أصل شرعته – مقرر للناس جميعا، فلا يجوز قصره على بعضهم، أو ضمانه فى أحوال محددة دون سواها، بل يكون النفاذ إليه حقا لكل من وقع عدوان على الحقوق التى يباشرها أو إخلال بحرياته. ذلك أن الحقوق التى تستمد وجودها من النصوص القانونية يلازمها بالضرورة – ومن أجل اقتضائها – طلب الحماية التى يكفلها الدستور أو المشرع لها باعتبار أن مجرد النفاذ إلى القضاء – فى ذاته – لا يعتبر كافياً لضمانها، وإنما يتعين أن يقترن هذا النفاذ دوما بإزالة العوائق التى تحول دون تسوية الأوضاع الناشئة عن العدوان عليها، وبوجه خاص ما يتخذ منها صورة الأشكال الإجرائية المعقدة، كى توفر الدولة لخصومة فى نهاية مطافها حلا منصفا يقوم على حيدة المحكمة واستقلالها، بما يحول دون استخدام التنظيم القضائى كأداة للتمييز ضد فئة بذاتها أو التحامل عليها.

١١- لئن جاز القول بأن الدولة – بناء على ضرورة تفرضها أوضاعها الاقتصادية أو تطلبها إدارة علاقاتها الخارجية أو توجبه روابطها القومية أو غير ذلك من مصالحها الحيوية – أن تفرض قيوداً فى شأن الأموال التى يجوز لغير مواطنيها تملكها أو أن تخرج فئة منها من دائرة الأموال التى يجوز لهم التعامل فيها، فإن من الصحيح كذلك أن تداخل مصالح الدول

ونمـــاء اتصـــالاتها الدولية وحتمية التعاون فيما بينها. يلزمها بأن تعمل كل مـــنها – فـــى نطـــاق إقليمها – على أن توفر الوسائل الإجرائية والقواعد الموضـــوعية الـــتى يتمكن الأجنبى من خلالها من رد العدوان على حقوقه الثابتة وفقاً لنظمها القائمة. وهو ما قررته المادة ١٦٦ من الدستور التى لا يجـــوز للدولـــة بموجبها أن تجحد على غير مواطنيها الحق فى اللجوء إلى قضـــائها للدفـــاع عـــن حقوقهـــم الـــتى تكفلها القوانين الوطنية وإلا اعتبر إعراضـــها عـــن توفـــير هـــذه الحماية أو إغفالها لها إنكاراً للعدالة مخالفاً للدستور، وبه تقوم مسئوليتها الدولية.

١٢- يعتـــبر تنظيم العدالة وإدارتها إدارة فعالة وفقاً لمستوياتها الأكثر تقدمـــاً فـــى الدول المتحضرة، مسألة وثيقة الصلة بالحرية وصون الحقوق علـــى اخـــتلافها. وقد كفل الدستور للسلطة القضائية استقلالها، وجعل هذا الاستقلال عاصماً من التدخل فى أعمالها أو التأثير فى مجرياتها، باعتبار أن القرار النهائى فى شأن حقوق الأفراد وواجباتهم وحرياتهم هو بيد أعضائها، وكان هذا الاستقلال يقوم فى مضمونه على أن تفصل السلطة القضائية فيما يعـــرض علـــيها مـــن أقضـــية فـــى موضوعية كاملة، وعلى ضوء الوقائع المطـــروحة علـــيها ، ووفقاً للقواعد القانونية المعمول بها، ودون ما قيود تفرضـــها عليها أية جهة أو تدخل من جانبها فى شئون العدالة بما يؤثر فى متطلـــباتها، فقـــد غدا أمراً مقضياً أن يكون لقضائها الكلمة النهائية فى كل مسألة من طبيعة قضائية، وبما يكفل الحماية.

١٣- إنكـــار ضـــمانة الدفـــاع أو تقيـــيدها بما يخرجها عن الأغراض المقصـــودة مـــنها، ليس إلا هدماً للعدالة ذاتها بما يحول دون وقوفها سوية علـــى قدميها سواء كان نقضها أو إعاقتها منصرفاً إلى حق الدفاع بالأصالة – بما يقوم عليه من ضمان حق كل فرد في أن يعرض وجهة نظره في شأن الواقعـــة محـــل التداعي مبيناً حكم القانون بصددها – أم كان متعلقاً بالدفاع بالوكالة. وقد قرر الدستور الكويتي ذلك الأمر في المادة (٣٤). وقصر حق التقاضـــي في شأن المسائل التي يفصل الحكم فيها على درجة واحدة، يدخل فـــي إطـــار السلطة التقديرية التي يملكها المشرع في مجال تنظيم الحقوق، وفـــي الحـــدود التـــي يقتضيها الصالح العام، إلا أن الأصل في الأحكام التي تفصل بصفة إبتدائية في النزاع الموضوعي، هو جواز استئنافها، إذ يعتبـــر

نظـــر الـــنزاع علـــى درجتين، ضمانة أساسية للتقاضي لا يجوز حجبها عن المتخاصمين بغير نص صريح ووفق أسس موضوعية.

١٤- إن إرســـاء دعـــائم الحـــق والعدل، وإن كان هدفاً نهائياً ووحيداً للوظيفة القضائية، إلا أن المشرع وازن بين دورها الأصيل في مجال إيصال الحقـــوق إلى أصحابها دون نقصان، وبين أن يتخذها البعض مدخلاً لإرهاق مـــن يطلـــبون هذه الحقوق، انحرافاً بالخصومة القضائية عن مسارها، بما يؤكد مجاوزتها الأغراض التي شُرع حق التقاضي من أجلها.

المطلب الثاني

القيود التي ترد على حق التقاضي ومدى مشروعيتها

لا يكفي للقول بوجود رقابة حقيقية الرجوع إلى النصوص والأحكام الدستورية، ومرد ذلك وفحواه إلى أن الأنظمة الدستورية في الدولة المعاصرة، وكذا القوانين تحرص على تأكيد استقلال القضاء. بيد أن هذا التأكيد النظري قد لا يكون له وجود في الواقع في ظل بعض الأنظمة السياسية. فالفيصل – في هذا الشأن – هو ما يجري في الحياة العملية.

ومما يجدر التذكير به، في هذا الصدد، أن معوقات الرقابة القضائية تختلف من حيث الطبيعة والسمات في مصر عنها في فرنسا، بيد أن هذا الاختلاف لا يحول دون وجود معوق مشترك بين البلدين، وهذا المعوق المشترك يتجسد فيما أسماه الفقه والقضاء معاً (بنظرية أعمال السيادة) أو (أعمال الحكومة). وانطلاقاً من معيار طبيعة قيود حق التقاضي يمكن تصنيفها إلى قيد مطلق وقيد نسبي.

١- القيد المطلق (أعمال السيادة)[١] :

يقصد بأعمال السيادة تلك الأعمال التي تباشرها السلطة التنفيذية وتتمتع بالحصانة ضد رقابة القضاء فلا تكون محلاً للفحص أو الإلغاء أو التعويض سواء صدرت هذه الأعمال في الظروف العادية أم في غيرها، وبصرف النظر عما يترتب عليها من آثار.

ونظراً لمخاطر نظرية السيادة فإن هناك رغبة شديد وشبه إجماعية بين الفقهاء لزوالها عن عالم القانون باعتبارها نقطة سوداء في جبين المشروعية[٢].

---

(١) يطلق على هذه الأعمال في فرنسا اصطلاح (أعمال الحكومة ACTES de GOUVEREMENT) ويطلق عليها في إنجلترا اصطلاح (أعمال الدولة ACTES OF STATE)، والشائع في مصر اصطلاح (أعمال السيادة)، للمزيد من التفصيل راجع :
- دكتور/ أنور أحمد رسلان، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ١٥١ وما بعدها.
- الدكتور/ محمود سامي جمال الدين، الدعاوي الإدارية، الإجراءات أمام القضاء الإداري، منشأة المعارف بالاسكندرية، ١٩٩٢، ص ٦٨.

(٢) دكتور/ سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص ١٢٧.

ويـــرجع أصل هذه النظرية إلى مجلس الدولة الفرنسي الذي رأى أنه قد يكون لبعض الأعمال أهمية خاصة لدى الحكومة مما يستوجب عدم عرضها علـــى القضـــاء فضـــلاً عن أن المصلحة العليا قد تستلزم عدم العرض على الجمهور[1].

ووضع مجلس الدولة ثلاثة معايير في تحديد أعمال السيادة[2] :

أ- معيار الباعث السياسي[3] : Mobil Politique

ومفـــاده أن عمـــل الحكومـــة لا يخضـــع لرقابة القضاء متى كان باعث الحكومة في إصداره تحقيق مقصد سياسي هدفه حماية الحكومة من أعدائها فـــي الداخل والخارج[4]. وعليه فأعمال الحكومة التي تصدر بباعث سياسي هى أعمال سيادة.

---

(١) دكتور/ سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ١٣١.

(٢) اســـتنبط الفقـــه وشـــراح القانون العام في فرنسا نظرية أعمال الحكومة من أحكام مجلس الدولـــة، ومحكمـــة التـــنازع، ولذلك أطلق عليها الفقه بأنها نظرية قضائية فقهية، أما في مصـــر فقـــد ولـــدت نتـــيجة تأثر المشرع المصري بالفقه الفرنسي، حيث جعلها المشرع المصـــري مـــنذ الوهلـــة الأولى قيداً تشريعياً على ولاية المحاكم، فابتدأ من لوائح ترتيب المحـــاكم الأهلـــية والمخـــتلطة، وقانون نظام القضاء والتشريعات المتعاقبة بشأن مجلس الدولـــة المصـــري كلها تؤكد على استثناء أعمال السيادة من رقابة القضاء، فالمادة (٤٣) مـــن لائحـــة ترتيب المحاكم المختلطة والمادة (١٥) من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية أنه (ليس للمحاكم... أن تنظر بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في أعمال السيادة)، كما تضمن هـــذا القيد المادة (٨) من قانون نظام القضاء رقم ١٤٧ لسنـــة ١٩٤٩، والمـــادة (٩٥) مـــن قانون السلطة القضائية للجمهورية العربية المتحدة رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٩، وإلى أن ترســـخ ذلـــك فـــي صـــلب المادة (١٧) من قانون السلطة القضائية الحالي رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بقولها (ليس للمحاكم أن تنظر بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في أعمال السيادة) كمـــا حـــرص المشـــرع المصري على النص على حصانة تلك الأعمال في جميع القوانين المـــنظمة لمجلـــس الدولة، حيث تضمنته المادة (٦) من القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦، والمـــادة (٧) مـــن القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ فكان نص تلك المادتين واحداً بالقول: ولا تقبل الطلبات الآتية :

١- الطلـــبات المقدمـــة عـــن القرارات المتعلقة بالأعمال المنظمة لعلاقة الحكومة بمجلسي الـــبرلمان، وعـــن التدابـــير الخاصـــة بالأمن الداخلي والخارجي للدولة وعن العلاقات السياســـية أو المسائل الخاصة بالأعمال الحربية وعلى العموم سائر الطلبات المتعلقة بعمل من أعمال السيادة.

(٣) بدأت فكرة الباعث السياسي في قضاء مجلس الدولة الفرنسي بحكمه الذي أصدره بمناسبة تطبـــيق المـــادة (٤) من قانون ١٢ يناير ١٨١٦، وتدور وقائع هذه القضية في أن المادة ســـالفة الذكر تنص على استبعاد عائلة نابليون بونابرت من فرنسا وحرمانها من الحقوق المدنية وتملك أية أموال، أو سندات، أو معاشات كانت قد تقررت لهم، على سبيل المنحة، فـــرفض مجلـــس الدولـــة نظر دعوى على أساس أن طلب المدعي يتعلق بمسألة سياسية تخـــتص الحكومة وحدها بإتخاذ قرار الفصل فيها، للمزيد راجع دكتور/ أنور أحمد رسلان، مسئولية الدولة غير التعاقدية، ط ٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٢، ص ١٢٩.

(٤) دكتور/ طعيمه الجرف، مبدأ المشروعية، المرجع السابق، ص ٩٥.

ونظراً لخطورة هذا المعيار الذي يتحد في النوايا أو الرغبة فإنه لم يسلم من النقد ومن ثم تراجع ليحل محله معياراً جديداً هو الطبيعة المزامنة لأعمال السيادة[1].

ب ـ معيار طبيعة العمل أو موضوعه :

ويقوم هذا المعيار على فحص طبيعة العمل، هل هو عمل حكومي أو عمل إداري فإذا كان صادراً عن جهة الإدارة استناداً إلى الوظيفة الحكومية اعتبر من أعمال السيادة التي لا تخضع لرقابة القضاء.

أما ما يصدر عن جهة الإدارة إستناداً إلى وظيفتها الإدارية فيخضع لرقابة القضاء، ويجوز الحكم بإلغائها وتعويض الأضرار التي قد تنتج عنها.

وبناء على ذلك يكون العمل من أعمال السيادة إذا صدر عن السلطة التنفيذية أثناء قيامها بدور الحكومة أو استناداً لما منحها الدستور من سلطات بينما يكون العمل إدارياً إذا صدر عن السلطة التنفيذية حال قيامها بدور الإدارة أو استناداً إلى القوانين العادية[2].

ونظراً لما اكتنف هذا المعيار من غموض حول تحديد ما يعد عملاً حكومياً وما هو غير ذلك، وما يتصف به العمل الحكومي والإداري من وحدة المصدر إضافة إلى استخدام الدستور كأداة للتهرب من رقابة القضاء لذلك ظهرت فكرة القائمة القضائية لأعمال السيادة بهدف تحديد نظامها.

جـ ـ القائمة القضائية لأعمال السيادة :

كان لآراء الفقه حول معيار الباعث السياسي، ومعيار طبيعة العمل أو موضوعه وما شابهما من قصور أن سلم الفقه الفرنسي بأن يترك للقضاء ذاته بيان طبيعة أعمال السيادة وتحديد نظامها في أحكامه المختلفة، ويكون على الفقه الرجوع إليها فيقوم على جمعها حول مبادئ وعناصر معينة[3]

---

(١) دكتور/ طعيمه الجرف، رقابة القضاء، المرجع السابق، طـ ١٩٨٤، ص ١٠٠.
(٢) دكتور/ عبدالفتاح ساير داير، نظرية أعمال السيادة المعاصرة، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٥٥، ص ٣٠٢.
(٣) دكتور/ محسن خليل، القضاء الإداري اللبناني، ص ٢٩٦.

حيث قام فقهاء القانون الإداري الفرنسي بتكوين قائمة لأعمال السيادة منها على سبيل المثال :

١- الأعمال المنظمة لعلاقة السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية.
٢- الأعمال المتعلقة بالعلاقات الدولية والدبلوماسية.
٣- بعض إجراءات الأمن الداخلي.
٤- بعض الأعمال الحربية[١].

موقف الفقه من أعمال الحكومة :

يعلل بعض الفقهاء خروج مثل هذه الأعمال عن نطاق رقابة القضاء، بالطبيعة السياسية لهذه الأعمال وكونها تصدر عن السلطة التنفيذية باعتبارها هيئة سياسية، وهى أعمال لا تخضع لرقابة القضاء، غير أن الرأي الراجح والسائد يستند إلى أن اختصاص السلطة التنفيذية بوظيفتي الإدارة والحكم يحتم إخراج أعمال الوظيفة الثانية أي الوظيفة الحكومية من رقابة القضاء وإخضاعها لرقابة البرلمان، في حين تبقى أعمال السلطة التنفيذية المتعلقة بوظيفتها الإدارية خاضعة لرقابة القضاء.

وبذلك فإن عدم خضوع أعمال الحكومة لرقابة القضاء لا يرجع إلى كونها من أعمال "السيادة" كطائفة من الأعمال التي تتميز بطبيعة خاصة تحصنها من رقابة القضاء، وإنما يعود هذا السبب إلى خروج هذه الأعمال من نطاق اختصاص القضاء، إما لأنها تتصل بعلاقات السلطات العامة ببعضها، كقرار حل البرلمان الذي يتصل بعلاقة السلطة التنفيذية بالسلطة التشريعية، أو قرارات العفو التي تعتبر من قبيل الأعمال القضائية، وإما لأنها تتصل بمعاهدات وعلاقات دولية وتثير مسائل تدخل في نطاق القانون الدولي، كإعلان الحرب، وهى مسائل لا تدخل في مدلول المنازعات الإدارية التي يختص القضاء الإداري بالفصل فيها، كما لا تدخل في مدلول منازعات الأفراد التي يختص القضاء العادي بنظرها.

وعليه فإن الأعمال التي لا تتصل بعلاقات السلطات العامة ببعضها أو بالعلاقات الدولية - ومع ذلك يحاول بعض الفقهاء اعتبارها من أعمال

---

(١) دكتور/ محمود حافظ، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ٥٩.

الحكومـــة - تخـــرج في الواقع من عداد هذه الأعمال، فإذا كان القضاء قد اتجـــه إلى استبعاد بعضها من دائرة اختصاصه، فإن ذلك لا يعني بالضرورة الإبقـــاء علـــى نظرية أعمال السيادة، إذ أن أساس عدم الاختصاص في هذه الحـــالات لـــم يعـــد مرتبطاً بفكرة الأعمال الحكومية للسلطة التنفيذية، وإنما بأفكار أخرى، ومثال ذلك قرارات العفو التي يصدرها رئيس الدولة أو رئيس الســـلطة التنفـــيذية، فهـــذه القرارات لم تعد من الأعمال الحكومية للسلطة التنفـــيذية بل غدت من الأعمال القضائية التي تتبع السلطة القضائية وتخرج بالتالي من نطاق اختصاص القضاء الإداري بنظر مشروعية أعمال الإدارة.

ويخلـص الباحـث إلى أن أعمـــال الحكومة لم تعد تتضمن إلا تلك الأعمال الناشـــئة عن علاقة السلطة التنفيذية بالسلطات الأخرى داخل الدولة وخاصة الـــبرلمان، أو عـــن علاقـــتها بالســـلطات الأجنبية والهيئات الدولية والدول الأخـــرى، وهي أعمال تخرج عن نطاق اختصاص القضاء بنظر المنازعات التـــي تـــرفع أمامـــه، وذلـــك وفقاً لقواعد الاختصاص العادية، ومن ثم فإن الالـــتجاء لهـــذه القواعد المتعلقة بالاختصاص، بالإضافة إلى نظريات أخرى مـــثل نظـــرية الضـــرورة ونظرية السلطة التقديرية، يغني تماماً عن إنشاء نظـــرية لأعمـــال الســـيادة لتفســـير وتـــبرير عدم اختصاص القضاء بنظر المـــنازعات المتصـــلة بهـــا علـــى أساس أن لها طبيعة متميزة تؤدي إلى اســـتقلالها وحصـــانتها مـــن رقابة القضاء كاستثناء على مبدأ المشروعية استناداً إلى مبررات مبهمة وأسباب غامضة.

يضـــاف إلى ذلك أن التصرفات التي يمكن أن تكون من أعمال الحكومة بطبيعـــتها، تفـــتقر إلى خصائص القرار الإداري الذي يفترض قيام علاقة لا تتسم بالمساواة بين أطرافها، حيث تلزم الإدارة من يصدر بشأنه هذا القرار، وبإدارتهـــا المنفردة، ما يتضمنه من آثار قانونية ملزمة، وهو الأمر الذي لا يتحقق بهذه الصورة في أعمال الحكومة.

فمن الجلي أن أعمال الحكومة تنشأ عن روابط تتم بين أطراف متوازنة وتقف على قدم المساواة، سواء كانت سلطات عامة في الداخل أم كانت دول ومـــنظمات دولـــية، فلـــيس من جدال في أنها جميعاً تتمتع بمراكز قانونية يحكمهـــا مـــبدأ المســـاواة بيـــن أطراف هذه العلاقات على خلاف القرارات الإداريـــة فـــي مواجهـــة الأفـــراد، ومن ثم فهي ليست من الأعمال الإدارية

بالمعنى الفني الدقيق، بوصفها أعمالاً مشتركة بين السلطة التنفيذية وسلطات أخرى وطنية أو أجنبية، وتبعاً لذلك تخرج عن اختصاص القضاء استناداً إلى القواعد التي تحكم اختصاص الجهات القضائية في الدولة، وهو الأساس الحقيقي لأعمال الحكومة[1].

موقف المشرع من أعمال الحكومة :

تنص المادة (٢/٦٨) من الدستور المصري الحالي على أن (يحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء).

وبالرغم من هذا النص الدستوري، فإن المشرع استمر في القانونين الحاليين رقما ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بشأن تنظيم السلطة القضائية المادة (١٧) منه، و٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن تنظيم مجلس الدولة المادة (١١) منه، على النص على عدم اختصاص القضاء بالنظر في (أعمال السيادة)، بصورة يفهم منها أنه يعتد بأعمال السيادة كاستثناء يرد على اختصاصات كل من السلطة القضائية العادية ومجلس الدولة.

لذلك يذهب الرأي الراجح إلى القول بأن الأساس الحقيقي لعدم اختصاص القضاء بالنظر في أعمال الحكومة هو قواعد الاختصاص القضائي ذاتها، فالسبب الحقيقي في عدم خضوع غالبية هذه الأعمال لرقابة القضاء لا يرجع إلى كونها من (أعمال السيادة) كطائفة من الأعمال التي تتميز بطبيعة خاصة تحصنها من رقابة القضاء، وإنما يعود هذا السبب إلى خروجها من نطاق اختصاص القضاء بجهتيه، إما لأنها تتصل بعلاقات السلطات العامة ببعضها، كقرار حل البرلمان الذي يتصل بعلاقة السلطة التنفيذية بالسلطة التشريعية، أو قرارات العفو التي تتعلق بالأعمال القضائية، وإما لأنها تتصل بمعاهدات وعلاقات دولية وتثير مسائل تدخل في نطاق القانون الدولي، كإعلان الحرب، وهي مسائل لا تدخل في مدلول المنازعات الإدارية التي يختص القضاء الإداري بالفصل فيها، كما لا تدخل في مدلول منازعات الأفراد التي يختص القضاء العادي بنظرها[2].

---

(١) دكتور/ محمود سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة في دولة الكويت، المرجع السابق، ص ١٥٢.

(٢) إنظر :
- دكتور/ محمود سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، منشأة المعارف بالاسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٤١٤.

وقـد اعتنق المشرع الكويتي نظرية أعمال الحكومة، مستخدماً اصطلاح أعمـال السـيادة، لأول مـرة عندما أصدر المرسوم الأميري رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ بقانون تنظيم القضاء، حيث نصت المادة الثانية منه على أنه (ليس للمحـاكم أن تنظر في أعمال السيادة...) ثم تكرر النص بعد ذلك عند صدور قـانون تنظـيم القضاء الحالي بالمرسوم رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٠، في المادة الثانية منه كذلك.

وقـد جاء في المذكرة الإيضاحية للمرسوم رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ تعليقاً علـى نص المادة الثانية أنه (يخرج من ولاية المحكمة جميع أعمال السيادة وهـى الأعمـال التي تقوم بها الحكومة مدفوعة باعتبارات تتعلق بالسياسة العلـيا للدولـة[1]، كإعلان الأحكام العرفيـة والإجـراءات التي تتخذ للدفاع عـن سلامة البلاد، أما الأوامر الإدارية التي لا تتعلق بأعمال السيادة، فهذه تنظر المحكمة المنازعات التي تقوم بشأنها...).

كمـا أكـدت المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٠ ذات القـاعـدة بقولها (وتؤكد المادة (٢) خروج أعمال السيـادة من ولاية القضـاء عموماً لاتصالها بسيادة الدولة وهو مبدأ مستقر في الفقه والقضاء مـنذ أمـد بعيد.. ومن ثم فليس للقضاء أن ينظر طلباً يمس أعمال السيادة سواء قصد به إلغاء العمل أو تفسيره أو وقف تنفيذه أو التعويض عنه..).

ومن ناحية أخرى أكد المشرع عدم خضوع أعمال السيادة لرقابة القضاء الإداري فـي قـانون إنشاء الدائرة الإدارية، وذلك بالإشارة إليها ضمناً في المادة الثالثة منه والتي تنص على أنه (مع عدم الإخلال بنص المادة الثانية من قانون تنظيم القضاء رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩، لا تقبل الطلبات...).

وعليه فإن مؤدى هذه النصوص التشريعية خروج أعمال السيادة، مـن نطـاق اختصـاص القضاء عموماً، فلا تكون له بصددها لا ولايـة إلغائها

---

(١) تلزم ملاحظة أن السياسة العليا للدولة أمر يختلف عن المصلحة العليا لها، ومن ثم لا يجوز الخلـط بيـنهما، كـأن تدعـى الإدارة - كما حدث في إحدى الدعاوي - أن (قرار مجلس الـوزراء المطعون فيه استهدف المصلحة العليا للبلاد وبالتالي يعتبر مـن أعمال السيادة) راجـع حكـم المحكمة الكلية في ١٩٩٧/١١/٣٠ الدعوى ٩٦/٨٤ (الدائرة الإدارية/٥)، وفـي هذه الدعوى تراجعت الحكومة في مذكرتها الختامية وأقرت بأن القرار المطعون فيه (قرار لاتحي صدر من السلطة المختصة وقد تغيا الصالح العام... وهى مصالح عليا تستقل بتقديرها ولم تستهدف الإضرار بمصالح المدعين أو غيرهما)، وهو ما يعني تخلي الادارة عـن الاسـتناد إلـى نظـرية أعمـال السيادة واستبدالها بنظرية السلطة التقديرية سنداً لمشروعية قرارها.

ولا ولاية التعويض عنها، فإذا رفعت دعوى قضائية بشأنها تعين الحكم بعدم جـواز نظر الدعوى، وليس بعدم الاختصاص كما ورد في كثير من الأحكام القضائية.

والواقع أنه بحسب المفهوم الصحيح لأعمال السيادة أو بالأحرى أعمال الحكومـة، والتي تقتصر على الأعمال المتعلقة بعلاقة السلطات العامة فيما بينها، وبالعلاقات الدولية إن سلماً أو حرباً، فإن المشرع الدستوري يحرص علـى التصـدي بتنظيم هذه الأعمال وتحديد السلطات المختصة بمباشرتها باعتـبارها مظهراً لإحدى وظائف الدولة وهي وظيفة الحكم، ومن ثم يتولى تحديـد الاختصـاص بمباشرة أعمال الحكومة، وكذلك الاختصاص بالرقابة عليها.

والملاحظ أن المشرع الدستوري، في إطار التزامه بمبدأ فصل السلطات ومـا يقتضـيه هـذا المبدأ من كفالة التوازن والمساواة بين هذه السلطات، يحـرص علـى ألا تكون مهمة تنظيم العلاقات بينها وبين يدى إحداها على وجـه الخصـوص وإلا تحولـت إلى سلطة تحكمية، ومن هنا كان عليه أن يتولى بنفسه مهمة تنظيم هذه العلاقات ووضع ضوابطها في الدستور ذاته، وعليه فإن ممارسة السلطات العامة لهذه العلاقات ينفي عن الأعمال الناشئة عـنها صفة العمل التشريعي أو الإداري مثلاً، وبالتالي لا تخضع لإجراءات الرقابة على الأعمال التشريعية أو الإدارية، وإنما يحكمها ما يحدده الدستور ذاته من إجراءات في هذا الصدد بوصفها من الأعمال الحكومية.

وبالـنظر إلى الطابع السياسي الذي يغلب على هذه الأعمال فالملاحظ أن المشرع الدستوري يرجح أسلوب الرقابة السياسية عليها، بديلاً عن الرقابة القضـائية، لـتكون الاعتبارات السياسية المحيطة بها تحت نظر الجهة التي اختصها المشرع الدستوري بالرقابة عليها.

موقف القضاء من أعمال السيادة (أعمال الحكومة)[1] :

نزولاً على ما تعاقبت عليه نصوص قوانين تنظيم القضـاء فـي مصـر

(١) أخذت بعض التشريعات العربية نفس نهج المشرع الكويتي والمصري، فنصت على حصانة أعمـال السـيادة مـن رقابة القضاء، من هذه التشريعات المادة (١٠) من قانون المحاكم النظامية في الأردن، الصادر عام ١٩٦٣، وذلك طبقاً للقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٦٣، =

والكويت من منع المحاكم صراحة من التعرض لأعمال السيادة، بوصفها تخرج عن اختصاصها الولائي، حرص القضاء الإداري فيها، على وضع الحدود اللازمة لهذه الأعمال فاستقر على المبادئ التالية[1]:

١- أن أعمال السيادة هى تلك الأعمال أو الإجراءات العليا التي تصدر من الحكومة باعتبارها سلطة حكم لا سلطة إدارة[2].

٢- أن معيار التفرقة بين الأعمال الإدارية التي تباشرها الحكومة في حدود وظيفتها الإدارية وبين أعمال السيادة التي تباشرها باعتبارها سلطة حكم مرده إلى القضاء الذي ترك له المشرع سلطة تقرير الوصف القانوني للعمل المطروح عليه وما إذا كان يعد عملاً إدارياً عادياً يختص بنظره أو عملاً من أعمال السيادة يمتنع عليه النظر فيه، والضابط في ذلك معيار موضوعي يرجع فيه إلى طبيعة الأعمال في ذاتها، لا إلى ما يحيط بها من ملابسات خارجية.

٣- إذا كان من المتعذر وضع تعريف جامع مانع لتلك الأعمال أو حصر دقيق لها، إلا أن ثمة عناصر تميزها عن أعمال الإدارة أهمها تلك الصبغة

والمادة (٩) من نظام ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية، حيث تنص الأخيرة بأنه (لا يجوز لديوان المظالم النظر في الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة أو النظر في الاعتراضات المقدمة من الأفراد على ما تصدره المحاكم...)، الدكتور/ فهد بن محمد بن عبدالعزيز الدغيثر، رقابة القضاء على قرارات الإدارة – ولاية الإلغاء أمام ديوان المظالم – دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٩٢، ص ٥٤ ، ٥٥.

(١) محكمة التمييز في ١٩٨٧/١١/٢٥، الطعن ٨٧/١٠٧ (تجاري) – كذلك المحكمة الكلية في ١٩٩٧/١/٢٧، الدعوى ٩٥/٥٦٤ (إداري) – والمحكمة الإدارية العليا في مصر في ١٩٦٦/١٢/١٠، قضية ٨٠٧ لسنة ١٠ ق، المجموعة، السنة ١٢، ص ٣٦٥، وفي ١٩٩٢/٥/٣ الطعن ٤٣٥٨ لسنة ٣٧ ق، كذلك محكمة القضاء الإداري في ١٩٧٩/٢/١٥ الدعوى ٨١٨ لسنة ٢٩ ق، وأيضا محكمة النقض في ١٩٩٤/٤/٦، الطعن ١٧٧٧ لسنة ٥٩ ق (الدائرة المدنية والتجارية والأحوال الشخصية).

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ١٩٦٣/٦/٢٩، مجموعة المبادئ القانونية في عشر سنوات، ١٩٥٥ – ١٩٦٥، ص ٣١ ، ٣٢.
وراجع أيضا حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ١٩٦٦/١٢/١٠ في الدعوى رقم ٩٠٧ لسنة ١٠ ق، مجموعة الأحكام، السنة ١٢، ص ٣٦٥، حيث تقول (الأصل أن معيار التفرقة بين الأعمال الإدارية التي تباشرها المكونة في حدود وظيفتها الإدارية وبين أعمال السيادة التي تباشرها سلطة حكم، مرده إلى القضاء الذي ترك له المشرع سلطة تقرير الوصف القانوني للعمل المطروح عليه).
وراجع أيضا حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٨١/١٢/٢٢ في القضية رقم ١٨٦ لسنة ٣٦ ق.

السياسية البارزة فيها لما يحيطها من اعتبارات سياسية تجعلها غير قابلة بطبيعتها لأن تكون محلاً للتقاضي، فهى تصدر من السلطة التنفيذية في نطاق وظيفتها السياسية فينعقد لها سلطة عليا لتحقيق مصلحة الجماعة كلها واتخاذ ما ترى فيه صلاحاً للوطن وأمنه وسلامته دون تعقيب من القضاء أو بسط الرقابة عليها منه.

٤- تباشر الحكومة أعمال السيادة لتنظيم علاقتها بالسلطات العامة الأخرى داخلية كانت أو خارجية، أو تتخذها - اضطراراً - للمحافظة على كيان الدولة في الداخل أو للذود عن سيادتها في الخارج. ومن ثم يغلب فيها أن تكون تدابير تتخذ في النطاق الداخلي أو النطاق الخارجي، إما لتنظيم علاقات الحكومة بالسلطات العامة الداخلية أو الخارجية في حالتي الهدوء والسلام، وإما لدفع الأذى والشر عن الدولة في الداخل في حالتي الاضطراب والحرب، وعليه فإن من تطبيقات أعمال السيادة قرار حل البرلمان، ودعوة الناخبين لاختيار أعضاء المجلس النيابي، وإعلان الأحكام العرفية وإعلان الحرب والمسائل الخاصة بالأعمال الحربية[١].

٥- فرق القضاء بين نظريتي أعمال السيادة وأعمال الضرورة وميز بين نطاق وأركان كل منهما، ومن ثم رفض الاعتراف بطبيعة أعمال السيادة لتدابير الضبط الإداري سواء صدرت عن الإدارة في ظل الظروف العادية أم في ظل الظروف الاستثنائية، ومثالها تدابير الطوارئ في حالة إعلانها، باعتبارها جميعاً من قبيل الأعمال الإدارية التي تخضع لرقابة القضاء أياً كان سندها أو مصدرها.

٢- القيد النسبي :

تلك الموانع التي تقف حاجزاً في وجه ولاية القضاء الإداري عن النظر في أعمال الإدارة بشكل جزئي أو نسبي، بحيث يسمح القانون للقضاء بنظر بعض أعمال الإدارة كالقرارات والأوامر الإدارية والفصل فيها على مستوى تقدير التعويض، دون إلغائها أو وقف تنفيذها أو تأويلها.

---

(١) ومثالاً لهذه المسائل قرار وزير الدفاع رقم ٩٢/٢٣٢ بطرد كل عسكري ثبت تعاونه مع النظام العراقي وتجريده من حقوقه الأدبية وحرمانه من كافة حقوقه المالية - راجع محكمة الاستئناف في ١٩٩٤/٣/٣٠ الطعن ٩٤/٣٧ (مدني إداري).

وقــد احتدم الخلاف بين الفقه إزاء حرمان المشرع الأفراد من الحق في طلــب إلغــاء القرارات الإدارية غير المشروعة، اكتفاءً بحقهم في التعويض عما أصابهم من ضرر من جرائها.

- يرى جانب من الفقه أن التشريع الذي يغلق سبيل الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية المشوبة بالبطلان مع الإبقاء على الحق في التعويض هو تشريع دستوري[1].

وقد أيد القضاء الإداري المصري حيناً هذا الاتجاه مستنداً في ذلك إلى :

أ- أن قضاء الإلغاء هو قضاء مستحدث، فهو رهن بإرادة المشرع الذي أنشأه، فإذ جاء المشرع بعد ذلك، وألغى حق الأفراد في طلب الإلغاء أو وقف تنفــيذ بعض القرارات، فلا تثريب عليه، لأنه لم يفعل أكثر من إعادة الوضع إلــى ما كان عليه قبل إنشاء هذه الرقابة التي لا تعدو مجرد تنظيم لممارسة حق التقاضي.

ب- أن هــذا الحظر لا يخل بمبدأ المساواة أمام القانون بدعوى حرمانه لطائفة من الأفراد من حق الالتجاء إلى القضاء[2].

ولقد واجه هذا القضاء انتقادات عديدة في هذا الصدد[3]. وقد ثار الجدل حول دستورية القوانين التي تحرم القضاء من رقابة بعض القرارات الإدارية

---

(١) راجع في ذلك :
- دكــتور/ عــثمان خلــيل عــثمان، دستورية القوانين، مذكرات على الآلة الكاتبة لدبلوم الدراسات العليا في القانون العام، ٧٣ - ٧٤، جامعة الكويت - كلية الحقوق والشريعة، ص ١٠٢.
وراجع :
- حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٦٣٦ لسنة ٧ ق، جلسة ٥٤/٣/١٥ س ٨ ص ٩٦٩.

(٢) راجع في ذلك :
- حكــــم المحكمــة العليــا فــي ١٩٥٧/٤/٢٧، س ٣، ص ١٣٣٥، وحكمهــا فــي ١٩٥٧/١٢/١٤، س ٣، ص ٣٦٠، وحكمها في ١٩٥٨/٧/١٢، س ٣، ص ١٦٩١.

(٣) راجع :
- دكــتور/ أحمــد كمــال أبوالمجد، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الولايات المــتحدة الأمريكية والإقليم المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٠، ص ٦١٢ - ٦٢٣.
- دكتور/ فؤاد العطار، حق التقاضي، المرجع السابق، ص ٦٦٣، وما بعدها.

فـــي فرنسا، حيث قرر مجلس الدولة الفرنسي – رغم عدم اختصاصه ببحث دســتورية القوانيــن – اعتبار مثل هذه القوانين عديمة الأثر، وذلك بصرف الــنظر عن النصوص لأنها تهدف إلى تحقيق احترام مبدأ المشروعية وذلك طبقاً للمبادئ العامة للقانون[1].

– ويــرى جانب آخر من الفقه إلى أن حرمان الأفراد من حق التقاضي سواء بحظر حق الطعن بالإلغاء مع بقاء حق التعويض قائماً أو الاثنين معاً، هــو مسلك غير دستوري مما يتعين إدانته نظراً لما يمثله من اعتداء على حق التقاضي الذي كفله الدستور[2].

ولا مـــراء في أن حظر التقاضي بشق منه – دعوى الإلغاء – أو بشقيه معاً – دعــوى الإلغاء ودعوى التعويض – هو حظر غير مشروع ومخالف للدســتور، وتأكــيداً علـــى عدم دستورية مثل صور الحظر هذه، ما أورده المشــرع الدســتوري فـــي المادة (٦٨) من الدستور المصري الصادر عام ١٩٧١ من أن (التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة، ولكل مواطن حق الالــتجاء إلـــى قاضـــيه الطبيعـــي، وتكفل الدولة تقريب جهات القضاء من المتقاضـــين وســـرعة الفصل في القضايا، ويحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء).

وفي الكويت صدر القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ بإنشاء الدائرة الإدارية والمعــدل بعــض أحكامـــه بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٢ بمقتضاه تختص الدائـــرة بالفصـــل فـــي المنازعات الإدارية الواردة على سبيل الحصر إلغاءً وتعويضاً.

---

(١) راجع في ذلك :

- C.E., 17 février 1950, Dame Lamatte, R.D.P., 1951, P. 478, concl. Delvalvé.

(٢) راجع :

- دكتور/ سليمان الطماوي، قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص ٣٧٢ ومابعدها.

وراجع :

- دكـــتور/ فؤاد العطار، كفالة حق التقاضي، المرجع السابق، ص٦٧٠. إذ أنه بعد أن فـــند حجج القضاء الذي يحظر الطعن في المنازعات الإدارية في شق منه أو فـــي شـــقيه انتهى إلى أنه (ليس ما يمنع دستوريا السلطة التشريعية بل والسلطة التنفـــيذية ذاتهـــا أن توقف نصا تشريعا إذا دعت الضرورة أو الصالح العام ذلك، علـــى أن يـــتم هذا الايقاف لفترة محدودة وأن يخضع لرقابة القضاء حتى يتحقق هذا الأخير من توافر شروط الضرورة أو الصالح العام أو عدم توفره، ولكن ليس للشـــارع أن يمـــنع القضاء من نظر منازعة تعلقت بحق اعتدى عليه. فإذا صدر تشـــريع من هذا القبيل وجب على القضاء وهو الممثل للسلطة القضائية أن يمتنع عن تطبيقه).

المبحث الثالث

مـدلـول العمـل الإداري

يقسـم الفقـه التقليدي وظائف الدولة إلى ثلاث هى : الوظيفة التشريعية، وهـى سـن القوانين التـي تنظـم علاقـة الحكام بالمحكوميـن، وعلاقة المحكوميـن بعضهم ببعض، والوظيفة التنفيذية، وهـى العمـل على تنفيـذ القوانيـن والسـهر علـى أمن الأفراد وإشباع حاجاتهم ورعاية مصالحهم وتحقـيق رفاهيـتهم، والوظيفة القضائية، وهى توقيع العقوبات على مرتكبي الجـرائم، والفصـل في المنازعات التي تنشأ بين الأفراد بعضهم وبعض أو بينهم وبين السلطة الحاكمة[1].

هنالك أيضاً وظيفة رابعة، كان معظم الفقه يتجه إلى دمجها مع الوظيفة التنفيذية، ألا وهى الوظيفة الحكومية، باعتبارها وظيفة متميزة عن الوظيفة الإدارية التي تتولاها السلطة التنفيذية، ويغلب على الوظيفة الحكومية – في مفهومهـا الصحيح – الطابع السياسي، في حين يغلب على الوظيفة الإدارية الطـابع القانونـي، لذا بدأ الفقه والقضاء في الإتجاه حديثاً نحو الفصل بين الوظيفتيـن، ومن ثم التمييز بين العمل الإداري وعمل الحكومة الذي يطلق عليه في الكويت ومصر عمل السيادة[2].

وللتمييز بين الحكومة والإدارة هنالك معياران يمكن الالتجاء إلى أحدهما أو الآخـر، الأول المعيار الشكلي أو العضوي، وهو الذي يستند في تحديد نوع العمـل والوظيفة إلى صفة الهيئة التي تباشرها، والثاني : الموضوعي أو المادي، وهو الذي يبنى التمييز على طبيعة العمل أو الوظيفة ذاتها.

ولئـن كـان يـتعذر التمييز بين الحكومة والإدارة تأسيساً على المعيار العضـوي أو الشكلي نظراً لانتماء كل منهما للسلطة التنفيذية، ونظراً لاتحاد الهيـئات التـي تتولى الحكم والإدارة في كثير من الأحيان، فإن من المتعين التمييز بينهما على أساس المعيار الموضوعي أو الوظيفي.

---

(١) دكتور/ محمود محمد حافظ، القرار الإداري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣، ص ١١ وما بعدها.

(٢) دكتور/ محمود سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، المرجع السابق، ص ٣٩٦ وما بعدها.

على أن هذا التمييز بدوره لم يخل من الدقة والصعوبة، وقد كان موقف المشـــرع مـــنه سلبياً، إذ ترك أمره لرجال الفقه والقضاء، وهؤلاء اختلفت وجهـــات نظـــرهم، ونتيجة لهذا تعددت المعايير التي وضعوها كأساس لذلك التميـــيز، ويمكـــن التعبير عن الرأي الراجح في هذا المجال بما قاله الاستاذ (إدوارد لافريـــير) مـــن أن (الوظـــيفة الحكومية تشمل المحافظة على كيان الجماعـــة ودســـتورها وتنظـــيم سير السلطات الأساسية وما يتصل بسلامة الدولـــة في الداخل والخارج، وعلاقتها بالدول الأجنبية. أما الوظيفة الإدارية فتنحصـــر فـــي التطبـــيق اليومـــي للقوانين، وتنظيم صلات الأفراد بالإدارة المركزية والمحلية)[1].

وبعبارة أخرى يمكن أن يقال كما ذهب العلامة هوريو (إن الحكومة هى تولي المسائل الاستثنائية)(Les affaires exceptionnelles) التي تهم الوحدة السياســـية والمصالح القومية الكبرى، بينما تشمل الوظيفة الإدارية تصريف شئون الجمهور العادية (Les affaires courantes du publc).

وبدراســـة هـــذه المحـــاولات نجد أنها نجحت في توضيح معالم كل من الوظيفتين الحكومية والإدارية، إلا أنها لم تصل بطريقة قاطعة (حاسمة) إلى درجة التمييز التام ووضع الحدود بينهما، والواقع أن هذا التمييز عسير، بل إن من رجال الفقه من يرون استحالته، فيقول الاستاذ الدكتور/ عثمان خليل عثمان : (كل هذه التقديرات غامضة تقريبية، ولا تتجاوز التمثيل إلى الحصر والـــتحديـــد ولـــذا يجـــب أن نعترف باستحالة التفريق المنطقي الدقيق بين (الحكومـــــة) و (الإدارة) وأن مـــن الواجـــب استعمال هذيـــن اللفظين إما كمترادفيـــن، وإمـــا باعتبارهما على الأقل متداخلين لا يمكن الفصل بإطلاق بينها)[2].

ومع التسليم بصعوبة التمييز بين الحكومة والإدارة، **إلا أننا نرى** مع ذلك إمكان هذا التمييز على أساس علاقـــة التبعية القائمة بينهمـــا فالإدارة أدنى درجـــة من الحكومة، وعلى ذلك، فكل ما يتصل بالتوجيـــه ووضع السياسة العامة والخطوط الرئيسة، وتحديد الأهـــداف وتنظيـــم العلاقات بين السلطات

---

(١) انظر :
- دكتور/ محمود محمد حافظ، القرار الإداري، المرجع السابق، ص ٤.

(٢) الدكتور/ عثمان خليل عثمان، القانون الإداري، الطبعة الثالثة، سنة ١٩٥٧، ص ١٥.

المختلفة، وعلاقة الدولة بالدول الأجنبية يدخل في نطاق الوظيفة الحكومية، بحيث ينحصر نشاط الوظيفة الإدارية في مجال تنفيذ تلك السياسة العامة وتطبيق القوانين وتصريف شئون الأفراد اليومية[1].

وبناء على ما تقدم، ولدراسة الطبيعة القانونية للعمل الإداري سنبحث أولاً في تمييز العمل الإداري وتحديد طبيعته ومدلوله، ثم نحدد بعد ذلك أنواع الأعمال الإدارية.

أولاً : تمييز العمل الإداري وطبيعته :

لتحديد طبيعة العمل الصادر عن السلطات العامة المختلفة، يتردد الفقه والقضاء بين معيارين : المعيار الشكلي أو العضوي الذي يستند إلى الشكل الذي يصدر فيه العمل، أو الإجراءات التي اتبعت في إصداره، أو الجهة التي أصدرته، والمعيار الموضوعي الذي يبحث في مضمون العمل أو فحواه[2].

أ- المعيار الشكلي :

مؤدى هذا المعيار الاستناد إلى الهيئة التي تصدر العمل والشكل والاجراءات المتبعة في اصداره دون النظر في مضمون العمل أو فحواه، وعليه يكون العمل إدارياً إذا كان صادراً من فرد أو هيئة تابعة لجهة الإدارة التي تعد فرعاً منه السلطة التنفيذية بغض النظر عن محتوى العمل.

ويقوم هذا المعيار على أساس أن ما يميز العمل هو شكله دون مضمونه، فيكون العمل إدارياً إذا كان صادراً عن جهة إدارية، واتبعت الإدارة في إصداره الإجراءات والأشكال الإدارية، ويكون العمل تشريعياً إذا كانت السلطة التشريعية قد أقرته طبقاً للإجراءات والأوضاع التي يحددها

---

(١) دكتور/ محمود محمد حافظ، القرار الإداري، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ٤ وما بعدها.

(٢) للمزيد حول معيار تمييز القرار الإداري عن سائر أعمال الدولة، راجع :
- دكتور/ سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ١٧٥ وما بعدها.
- دكتور/ محمد سعيد حسين أمين، مبادئ القانون الإداري، دراسة في أسس التنظيم الإداري - أساليب العمل الإداري، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، ١٩٩٧، ص ٣٥٢ وما بعدها.
- الدكتور/ محمود محمد حافظ، القرار الإداري، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ١١ وما بعدها.

ومن الفقه الفرنسي راجع :
André de LAUBADÈR, Traite De Droit Administratif, op. cit., P, 322.

الدستور لذلك، ويوصف العمل بأنه قضائي متى كان صادراً من السلطة القضائية ممثلة في المحاكم على اختلاف درجاتها وأنواعها أياً كان مضمونه وفحواه، سواء كان داخلاً في صميم الوظيفة القضائية بأن كان حاسماً لنزاع بين خصمين أو أكثر على أساس قواعد القانون، أو كان خارجاً عن نطاق هذه الوظيفة وصادراً من القاضي بناءً على سلطته الولائية، كالأمر بتعيين وصي أو قيم.

ويتميز هذا المعيار بالبساطة وعدم التعقيد إذ يكفي معرفة مصدر العمل (فرد أو هيئة) فيتحدد بالتالي نوعه.

غير أنه يعاب على هذا المعيار أنه يتأسس على الفصل التام المطلق بين السلطات للتمييز بين أعمال الدولة، بحيث تختص كل سلطة منها بإحدى وظائف التشريع أو التنفيذ أو القضاء دون غيرها، في حين أن الواقع يشير إلى أن الفصل بين السلطات لم يترتب عليه الفصل بين الوظائف والاختصاصات، بل على العكس من ذلك، هناك تداخل في هذه الوظائف والاختصاصات بين السلطات المختلفة في الدولة[1].

فالسلطة التشريعية تصدر - إلى جانب القوانين - أعمالاً إدارية من حيث طبيعتها مثل قانون الميزانية، والسلطة الإدارية تساهم في الوظيفة التشريعية بما تصدره من لوائح وهى أعمال تشريعية من حيث طبيعتها الموضوعية، كما أنها تشارك القضاء في وظيفته أحياناً وذلك عن طريق اللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي، وتجمع السلطة القضائية أيضاً إلى جانب وظيفتها القضائية الأصلية وهى إصدار الأحكام في المنازعات، وظيفة إدارية - تسمى الوظيفة الولائية للقضاء - تصدر بناءً عليها قرارات أو أوامر مختلفة ومتميزة عن الأحكام القضائية.

ومع ذلك، فإن هذا التداخل في الاختصاصات والوظائف بين السلطات المختلفة يؤكد في واقع الأمر ضرورة الأخذ بالمعيار الشكلي، لأن اختلاف

---

(١) للمزيد حول عيوب المعيار الشكلي راجع :

- دكتور/ ثروت بدوي، القانون الإداري، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، ص ١٥١ ومابعدها، ص ٧٤.
- دكتور/ محمد كامل ليله، الرقابة على أعمال الإدارة، الرقابة القضائية دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، بدون تحديد تاريخ النشر، ص ٩.
- دكتور/ محمود أبو السعود، القانون الإداري، امتيازات وسلطات الإدارة، دار الثقافة الجامعية، جامعة عين شمس، ١٩٩١، ص ٣١ وما بعدها.
- دكتور/ محمود محمد حافظ، القرار الإداري، المرجع السابق، ص ١٣ وما بعدها.

الجهـــة مصـــدرة العمل يؤدي إلى اختلاف عناصر الشكل والإجراءات التي يصدر فيها هذا العمل، ومن ثم تصبح هذه الأشكال المميز الوحيد والأساسي بين هذه الأعمال.

ولذلك يأخذ المشرع والقضاء الفرنسيان بالمعيار الشكلي بصفة أساسية ســـواء بالنســـبة للتمييز بين الأعمال الإدارية والأعمال التشريعية، أو بين الأعمال الإدارية والأعمال القضائية، بحيث تكون العبرة في تحديد نوع العمل بصـــفة الســـلطة أو الهيئة التي تصدره، والشكل والإجراءات التي تتبع في إصـــداره. فالقـــانون الصـــادر في ٢٤ مايو ١٨٧٢ بتنظيـــم مجلس الدولة الفرنسي وكذلك الأمر المنظم له والصادر في ٣١ يوليو ١٩٤٥، ينص على أن محـــل الطعن لتجاوز السلطة هو الأعمال الصادرة من السلطات الإدارية المختلفة، وهو ما يعني أن المشرع الفرنسي، يعتنق المعيار العضوي، وهو أيضـــاً مـــا سار عليه القضاء الإداري الفرنسي، وإن كان قد لجأ إلى الأخذ بالمعـــيار الموضوعي على سبيل الاستثناء في بعض الحالات، وذلك للتمييز بيـــن الأعمـــال المختـــلفة الصادرة من جهة الإدارة، أو للتمييز بين أعمال الإدارة والأعمـــال التـــي تصـــدر من هيئات خاصة مثل لجان تنظيم الإنتاج الصناعي ونقابات المهن[١].

أما في مصر، فليس هناك نص تشريعي صريح يدل على الأخذ بالمعيار الشـــكلي، ومع ذلك فإن روح التشريع المصري تقضي بذلك[٢]، كما أن كثير مـــن أحكـــام القضـــاء الإداري المصـــري تأخذ به كمعيار أساسي في هـــذا الصـــــدد[٣]، مـــع الاستعانة بالمعيار الموضوعي بصفة استثنائية في بعض الحـــالات، مـــثل تحديد طبيعة القرارات الصادرة من رئيس المجلس النيابي بشأن موظفي المجلس[٤].

---

(١) A. DE LAUBADÉRE ET AUTRES, T. DE DROIT ADMINISTRATIF, T. I, ÉD. 11, 1990, P. 481 – 495.

(٢) الدكتور/ محمود حافظ، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ٣٩٩.

(٣) محكمة القضاء الإداري في ١٩٥٣/٤/٢٧، الدعوى ٣٧١ لسنة ٦ ق، المجموعة السنة ٧، رقـــم ٥٥٨، ص ١٠٠، وفي ١٩٥٣/٦/٣٠، الدعوى ٢١٨ لسنة ٤ ق، المجموعة السنة ٧، ص ١٥٢٠، وفي ١٩٤٨/١/٧ الدعوى ٣٨ لسنة ١ ق، المجموعة السنة ٢، رقم ٣٨ ص ٢٢٢، والمحكمـــة الإداريـــة العلـــيا فـــي ١٩٥٧/٢/٢، الطعـــن ٤٧ لسنـــة ٣ ق، المجموعـــة الســـنـــة ٢، رقـــم ٥١، ص ٤٤٨، وفـــي ١٩٦٤/١١/٢١ الدعوى ٦٤٥ لســـنة ٩ ق، المجموعـــة، السنة ١٠ رقم ٩، ص ٦٩ وفي ١٩٦٨/٢/٢٤، الطعن ٩٣٠ لسنة ١١ ق، المجموعة، السنة ١٣، رقـــم ٧٦، ص ٥٦٤.

(٤) محكمة القضاء الإداري في ١٩٤٨/١٢/١، الدعوى ٢٠٠ لسنة ١ ق، المجموعة، السنة ٣ رقم ٢٦، ص ١٠٦.

والحقيقة، أن العيب الحقيقي للمذهب الشكلي، هو أنه قد يؤدي إلى إدخال بعض الأعمال الصادرة عن السلطة التنفيذية ضمن الأعمال الإدارية، مما يترتب عليه خضوعها للنظام القانوني لهذه الأعمال بما في ذلك خضوع هذه الأعمال للرقابة على مشروعيتها، في حين أن من المتفق عليه – لسبب أو لآخر – عدم خضوعها لتلك الرقابة، ومثال ذلك أعمال الحكومة الصادرة في شأن علاقة السلطة التنفيذية بالبرلمان كقرار حله أو وقف جلساته.

وأخيراً فإنه يؤخذ على المعيار الشكلي – بصفة عامة – أنه معيار سطحي كما يستفاد من تسميته، فهو لا يغوص إلى أعماق العمل الإداري مكتفياً بسطحه أو شكله الخارجي، ولا يفحص جوهره مكتفياً بمظهره ومصدره، والتمييز الحقيقي الصحيح بين الأعمال المختلفة هو الذي ينصب على طبيعة العمل ومضمونه.

ب ـ المعيار الموضوعي :

يعتمد هذا المعيار على البحث في مضمون العمل أو فحواه وذلك بغض النظر عن الجهة التي أصدرته والإجراءات التي اتبعت في إصداره[1].

ويستند أنصار هذا المعيار على أن تحديد طبيعة العمل ينبغي أن يرتكز على مضمون العمل ذاته ومحتواه الداخلي، على أساس أن لكل من العمل الإداري والعمل التشريعي والعمل القضائي مضمون مميز يختلف عن مضمون العمل الآخر[2].

وللتمييز بين مضمون كل من هذه الأعمال يرى هذا الجانب من الفقه أن التنظيم القانوني للدولة – مجموعة القواعد القانونية السائدة في الدولة في فترة معينة – يتكون من مجموعة من المراكز القانونية العامة والخاصة وتنشأ هذه المراكز القانونية أو تلغي أو تعدل بواسطة الأعمال القانونية التي تصدر عن مختلف السلطات في الدولة.

---

(١) دكتور/ أنور أحمد رسلان، وسيط القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ٣٩٨.

(٢) على رأس من تبنى الدفاع عن هذا المعيار، بل وأولهم الفقيه الفرنسي، ديجي، صاحب المدرسة الواقعية أو الموضوعية، ثم أيده بعد ذلك جيز وسل وبونار...
انظر :

DUGUIT, TRAITÉ DE DROIT CONSTIUTIONNEL, 2 ÉD., 1921, T. II, P. 1550.
JEZE, LES PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT ADMINISTRATIF, 1932, T. I, P. 11.
BONNARD, Précis du droit public, 1944, P. 5.

١ـ المراكز القانونية :

ويقصد بالمركز القانوني مجموعة الحقوق والالتزامات التي يمكن أن يتمتع بها شخص معين استناداً إلى القانون، وبمعنى آخر هو الحالة التي يوجد فيها الفرد إزاء القانون، ومثال ذلك مركز المالك ومركز الموظف ومركز الدائن ومركز المدين ومركز القاصر.

والمراكز القانونية إما أن تكون عامة أو خاصة، والمراكز القانونية العامة هى تلك التي يكون مضمونها وحدودها واحداً بالنسبة لجميع الأفراد الذين يشغلونها، نظراً لتحديد هذا المضمون عن طريق قواعد عامة مجردة، ومثالها مركز الموظف العام (في القانون العام) ومركز القاصر (في القانون الخاص).

أما المراكز القانونية الخاصة أو (الشخصية)، فإن مضمونها يتحدد بصدد كل حالة أو كل فرد على حدة، وتبعاً لذلك يختلف هذا المضمون من فرد إلى آخر ومن حالة إلى أخرى، بمعنى أن هذه المراكز تختلف باختلاف شاغليها من الأفراد، وأبرز الأمثلة لهذه المراكز هى تلك التي تنشأ عن العقود سواء في مجال القانون الخاص أو القانون العام، فموضوع هذه العقود والحقوق التي تنشئها والالتزامات التي تترتب عليها هى أمور تختلف باختلاف الحالات وتتحدد تبعاً للظروف الخاصة بكل حالة على حدة[١].

٢ـ الأعمال القانونية :

وبالنسبة إلى الأعمال القانونية، فهى التعبير عن إرادة مصدر العمل في إحداث أثر قانوني يترتب عليه تعديل في التنظيم القانوني القائم، وهى تنقسم من حيث آثارها (نوع وطبيعة المراكز القانونية التي تنشئها أو تسندها إلى الأفراد) إلى ثلاثة أنواع :

أـ أعمال مشرعة :

وهى تلك التي تضع قواعد عامة تؤدي إلى إنشاء أو تعديل أو إلغاء مراكز قانونية عامة، ومثالها في القانون العام القوانين واللوائح، وفي القانون الخاص نظم الجمعيات والشركات وأحكام الاتفاق الجماعي للعمل.

---

(١) الدكتور/ محمود محمد حافظ، القرار الإداري، المرجع السابق، ص ١٦، موضحاً أن أهمية معيار التمييز بين نوعي المراكز العامة والخاصة تظهر بوضوح في أن الأولى تنظم بصفة عامة مجردة، وبواسطة قواعد قانونية عامة مجردة وملزمة، وبعيداً عن إرادة ورضاء شاغليها، أو حتى من تمسهم تلك المراكز، وذلك على العكس مما هو في المراكز القانونية الخاصة أو الشخصية، حيث لا يمكن تعديلها إلا بإرادة ورضاء شاغليها أو من تمسهم، مؤكداً على ضرورة ملاحظة ما تتميز بها العقود الإدارية من أحكام خاصة واستثنائية في هذا المجال.

ب ـ أعمال شرطية :

وهـــى أعمال تصدر بصدد فرد معين، يترتب عليه إلحاقه بمركز قانوني عام، ولذلك فهى تعتبر أعمالاً مكملة للأعمال المشرعة، إذ أنها تعتبر الشرط الـــذي لابـــد من توافره حتى يتمتع الشخص بالمركز القانوني المسند إليه، ومن هنا جاء وصف هذه الأعمال بأنها (أعمال شرطية) ومثالها في القانون العام قرار تعيين شخص ما في إحدى الوظائف العامة، وفي القانون الخاص عقد الزواج.

جـ ـ أعمال شخصية :

وهـــى الأعمال التي يترتب عليها إنشاء أو تعديل أو إلغاء مراكز قانونية خاصـــة، ومـــثالها العقد، إذ يرتب حقوقاً والتزامات بالنسبة لطرفيه، يختلف مداهـــا عن مدى الحقوق والالتزامات التي ينشئها عقد آخر، سواء بالنسبة لهما أو بالنسبة لأشخاص آخرين.

وتأسيساً على ما تقدم، يتجه أنصار المعيار الموضوعي إلى تحديد العمل التشـــريعي بأنه العمل الذي يتضمن قواعد عامة موضوعية، وهو ما ينطبق على القوانين واللوائح وكافة الأعمال التشريعية بصفة عامة.

أمـــا العمـــل الإداري فإنـــه العمـــل الذي يتسم بالخصوصية أو الفردية، وينطـــبق هـــذا الوصف على الأعمال الشرطية والأعمال الشخصية، فكلاهما ينتج أثراً فردياً، بمعنى أن كلاً منهما ينصب على فرد معين بالذات، وإن كانا يختلفان في أن العمل الشخصي ينشئ مركزاً خاصاً جديداً في حين أن العمل الشـــرطي لا ينشـــئ مراكز جديدة وإنما تقتصر مهمته على تحديد الشخص الذي سيدخل في نطاق مركز عام معين.

ومـــن ناحـــية أخرى، يتميز العمل القضائي، بأنه لا يتضمن أي مساس بالتنظيم القانوني القائم، فهو لا يؤدي – على خلاف العمل التشريعي والعمل الإداري – إلى إنشاء أو تعديل أو إلغاء للمراكز القانونية العامة أو الخاصة، وإنمـــا هـــو يتضـــمن فقـــط تقريراً للقانون وإنزال حكمه على المنازعات، وبالأحـــرى فإنـــه يقتصر على الكشف عن حقيقة المراكز القانونية المتنازع عليها[1].

---

(١) الدكتور/ محمود حافظ، القرار الإداري، المرجع السابق، ص ٣٩٢.

غير أنه إذا كان هذا المعيار في تمييز أعمال السلطات العامة في الدولة يتميز بأنه أكثر إتفاقاً مع طبيعة الأشياء وأكثر مساعدة على تفهم حقيقة أعمال الدولة إزاء اهتمامه بطبيعة العمل الداخلية وجوهره دون مظهره الخارجي[1].

إلا أنه يعاب على هذا المعيار شدة تعقيده ودقته مما أثار خلافات فقهية كبيرة، كما أنه من ناحية أخرى، لا يتفق مع المبادئ القانونية التي يقوم عليها القانون الوضعي في فرنسا والدول التي تأثرت بنظمها القانونية مثل مصر.

فالنظام الدستوري في فرنسا ومصر والكويت، والأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات وما يترتب عليه من نتائج، يستلزم الأخذ بالمعيار الشكلي للتمييز بين مختلف أعمال السلطات العامة التي قد تتشابه من حيث طبيعتها الداخلية أو مضمونها، مثل اللوائح التي تصدر عن السلطة التنفيذية وقوانين السلطة التشريعية.

ومن ناحية أخرى، فإن مبدأ الفصل بين السلطات يحتم هو الآخر الأخذ بمعيار عضوي أو شكلي في تمييز العمل الإداري عن الأعمال التشريعية والأعمال القضائية، ذلك أن مبدأ الفصل بين السلطات يهدف إلى إقامة فصل عضوي أو شكلي بين السلطات الثلاثة في الدولة، فيكون هناك جهاز خاص للتشريع وجهاز ثان للتنفيذ وجهاز آخر للقضاء، بحيث يمكن الاستناد إلى صفة العضو لتحديد طَبيعته، وهو ما يحققه المعيار الشكلي[2].

وبناء على ما تقدم **يرى الباحث** أهمية الجمع بين المعيارين الشكلي والموضوعي وذلك لتحديد مدلول العمل الإداري.

---

(١) الدكتور/ أنور أحمد رسلان، وسيط القانون الإداري، المرجع السابق، ص ٤٠٠.

(٢) الدكتور/ محمد كامل ليله، ملحق رقابة القضاء، المرجع السابق، ص ١٤، ويؤكد الدكتور/ محمود أبو السعود حبيب، أن النقد الأخير للمعيار الموضوعي لم يكن من المنطق الاستناد عليه في الوقت الحاضر، وذلك لعدم وجود محل لكثير من الاعتبارات، خاصة أن النظرة للقضاء الإداري قد تغيرت، إذ لم يعد ينظر إليه على أنه وسيلة لحماية الإدارة وتمييزها عن الأفراد، وإنما ثبت، في مناسبات عديدة أنه أقوى وأشد صرامة على الإدارة من القضاء العادي، كما أن التفسير الجامد لمبدأ الفصل بين السلطات تم العدول عنه، وأصبح تطبيق المبدأ مرناً، على نحو يسمح بوجود نوع من التداخل في الاختصاصات والوظائف المختلفة بين سلطات الدولة، للمزيد راجع مؤلفه القانون الإداري، المرجع السابق، ص ٣٩ وما بعدها.

ثانياً : مدلول العمل الإداري :

انتهينا - فيما سبق - إلى أن تحديد طبيعة العمل الإداري على وجه الدقة، يستلزم أولاً الأخذ بالمعيار الشكلي فيكون العمل إدارياً إذا كان صادراً عن جهة إدارية وبالإجراءات الإدارية، ثم الأخذ ثانياً بضابط موضوعي مكمل وهو أن يتصل هذا العمل بالوظيفة الإدارية. ومن ثم يمكننا القول بأن العمل الإداري هو العمل الصادر عن سلطة إدارية، مع ضرورة مراعاة أن إصطلاح السلطة الإدارية يجب أن يجمع بين المعنى العضوي لهذه السلطة والمعنى الموضوعي أو الوظيفي لها، وذلك على النحو التالي :

أ- المعنى العضوي للسلطة الإدارية :

يمكن تعريف السلطة الإدارية وفقاً للمعنى العضوي بأنها مجموعة من الهيئات أو الأجهزة تتولى داخل الدولة مباشرة الوظيفة الإدارية وذلك بتنفيذ القوانين وحماية النظام العام وإشباع الحاجات العامة لأفراد المجتمع.

وتشمل السلطة الإدارية وفقاً لهذا المفهوم كافة الهيئات والمؤسسات والأجهزة التي تتولى مباشرة الوظيفة الإدارية، وبذلك ينصرف مدلول السلطة الإدارية إلى أجهزة الإدارة العامة في الدولة دون الإدارة الخاصة التي تنصرف إلى إدارة المشروعات والأعمال التي يتولاها الأفراد لإدارة أوجه نشاطهم المختلفة. وكذلك ينصرف هذا المدلول إلى السلطة التنفيذية وحدها دون غيرها من السلطات العامة الأخرى، لأنها السلطة المخولة دستورياً بمباشرة الوظيفة الإدارية.

وفي الكويت يساهم الأمير مع مجلس الوزراء والوزراء في ممارسة الوظيفة الحكومية بوضع السياسة العامة للدولة، ولكنه يتولى كذلك جانباً من الوظيفة الإدارية فيقوم بإصدار اللوائح الإدارية، ويعين الموظفين المدنيين والعسكريين وذلك مع ملاحظة أن المادة (٥٥) من دستور الكويت تقضي بأن (يتولى الأمير سلطاته بواسطة وزرائه). ويقوم مجلس الوزراء بوضع السياسة العامة للدولة، كما يمارس مهمة الإدارة العليا حيث تنص المادة (١٢٣) من الدستور الكويتي على أن (يهيمن مجلس الوزراء على مصالح الدولة، ويرسم السياسة العامة للحكومة، ويتابع تنفيذها، ويشرف على سير العمل في الإدارات الحكومية). كما (يتولى كل وزير الإشراف على شؤون وزارته ويقوم بتنفيذ السياسة العامة للحكومة فيها، كما يرسم اتجاهات الوزارة ويشرف على تنفيذها). وذلك طبقاً لنص المادة (١٣٠) من الدستور[١].

---

(١) دكتور/ ماجد راغب الحلو، القانون الإداري الكويتي وقانون الخدمة المدنية الجديد، منشورات ذات السلاسل، الكويت، ١٩٨٠، ص ٦٢ وما بعدها.

وإذا كـــان رئـــيس الدولة ومجلس الوزراء والوزراء يقومون بممارسة جانب من الوظيفة الإدارية يتركز في أعمال الإدارة العليا، إلى جانب قيامهم بالوظـــيفة الحكومية، فإن بقية أعضاء السلطة الإدارية تقتصر مهمتهم على ممارســـة الوظـــيفة الإداريـــة وحدها، وتتلخص الوظيفة الإدارية في القيام بإعداد مشروعات القوانين ومشروعات الإنشاءات العامة، وممارسة الأعمال القانونـــية المتعلقة بتشغيل المرافق العامة، فضلاً عن مزاولة أعمال التنفيذ المادية التي يتولاها الفنيون.

وتـــتكون الســـلطة الإداريـــة في مصر وفقاً للدستور الحالي من رئيس الجمهوريـــة ورئـــيس الـــوزراء والـــوزراء والمحافظين ومديري وموظفي الإدارت المخـــتلفة ســـواء كانت إدارات أو منظمات مركزية أو لا مركزية، وكافة سلطات الإدارة المحليـــة والمرافـــق العامـــة التي تعد من الأشخاص الإداريـــة المستقلة[1].

وعلـــيه يمكن القول بأن السلطة الإدارية تتمثل عضوياً في مجموعة من الأشخاص المعنوية العامة (الأشخاص الإدارية) والتي يختص بالتعبير عـــن إرادتها مجموعـــة من الأشخاص الطبيعية (الموظفـــون العموميون) فيكون العمل الصادر منهم تعبيراً عن هذه الإرادة من الأعمال الإدارية كأصل عام.

ب ـ المعنى الموضوعي للسلطة الإدارية :

يتصـــل المعـــنى الموضوعي للسلطة الإدارية بالوظيفة الإدارية المخولة لـــتلك السلطة، أي بأوجه النشاط الإداري الذي يجري داخل التنظيم الإداري، وأســـاليب ممارسة هذا النشاط، والهدف منه، وهو الأمر الذي يتناول بصفة أساســـية العلاقات التي تنشأ بين الإدارة من ناحية والأفراد أو المجتمع من ناحية أخرى.

وعلـــيه يـــتحدد العمـــل الإداري وفقاً لهذا المدلول بالنظر – أولاً – إلى موضـــوعه، أي أوجـــه النشـــاط التي تمارسها الجهات المنوط بها ممارسة الوظـــيفة الإدارية، والذي يتمثل وفقا لمعظم نصوص دساتير دول العالم في تنفيذ القوانين، وحماية النظام العام في الدولة، وإشباع الحاجات العامة فيها. كما يتحدد هذا العمل أيضاً بالنظر إلى الهدف من ممارسته، حيث لا يستهدف العمل الإداري سوى تحقيق المصلحة العامة.

---

(١) يـــتولى الفقه دراسة السلطة الإدارية وفقا لهذا المعنى بصورة مستقلة تحت عنوان التنظيم الإداري، أي تنظـــيم الســـلطة الإدارية والوظيفة العامة من الناحية القانونية، وهي دراسة تتصـــل بصورة رئيسة بالعلاقات داخل السلطة الإدارية ذاتها، فهي دراسة للبناء التنظيمي الإداري والعلاقـــات التـــي تنشأ داخله بين وحدات هذا التنظيم أو بينه وبين الأفراد الذين يمـــثلونه وهـــم بصفة عامة الموظفون العموميون، في تفاصيل ذلك انظر الدكتور/ محمود عاطف جمال الدين، أصول القانون الإداري، المرجع السابق، ص ٤٠٤.

وأخـــيراً، يتمـــيز هذا العمل بأنه يعتبر ممارسة لسلطة عامة، من خلال اتباع أساليب تختلف عن أساليب العمل الخاص، وهو الأمر الذي يساعد على التميـــيز بيـــن النشاط الإداري والنشاط الفردي أو الخاص، بوصفه العنصر الذي ينفرد به العمل الإداري بالمقابلة مع العمل الخاص.

والواقـــع أنه في العديد من الأحوال نجد أن هناك أوجه من التماثل بين النشاط الإداري والنشاط الخاص من حيث طبيعة العمل فيهما، سيما ما يتعلق بنشـــاط الإدارة في صدد إشباع الحاجات العامة عن طريق المرافق العامة، ومع ذلك فإن التفرقة بينهما تقوم بالنظر أولاً إلى الهدف الذي يتغياه الأفراد مـــن نشاطهم، وهو تحقيق مصالحهم الخاصة بغض النظر عن مدى تحقيقه كذلـــك للصـــالح العام، في حين أن السلطة الإدارية لا تستهدف من نشاطها وعملها الإداري سوى تحقيق المصلحة العامة.

غير أنه لدقة هذه التفرقة وصعوبتها أحياناً، فإن المميز الرئيسي بينهما يرتكـــز علـــى وســـائل وأســـاليب كل من الإدارة والأفراد في تحقيق أوجه نشـــاطهم، فـــإزاء اختلاف أهداف النشاط الخاص عن النشاط الإداري، فإنه يكون من الطبيعي والضروري أن تختلف وسائل ممارسة كل منهما، فالنشاط الخـــاص تحكمـــه مبادئ المساواة أمام القانون وسلطان الإرادة واستقلالها والعقـــد شريعة المتعاقدين، حيث لا يجوز أن تعلو إرادة أي فرد على إرادة فرد آخر دون موافقة هذا الأخير، ومن ثم يلزم قيام التراضي بين الأفراد في علاقـــات النشـــاط الخـــاص، ويكون العقد أي الاتفاق الرضائي هو الأسلوب الأمثل والمألوف والرئيسي في التعامل بشأن هذه العلاقات[1].

أما في نطاق النشاط الإداري، فإن العلاقات الإدارية تقوم على أساس من عـــدم المســـاواة بين طرفي العلاقة، حيث لا تتساوى المصلحة العامة التي تستهدفها الإدارة مع المصلحة الخاصة التي يتغياهـــا مـــن يتعامـــل معهـــا مـــن الأفراد. فالمساواة تفترض تساوي أطراف العلاقة من حيث مراكزهـــم

---

(١) فـــي تفاصيل ذلك انظر دكتور/ محمود سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، المرجع السابق، ص ٣٩٦ وما بعدها، حيث أنه ينبه لدقة هذه التفرقة حيث يقول : ومع ذلك يلزم ملاحظة أنه في كثير من العلاقات الخاصة بين الأفراد، تكون المساواة بينهم غير حقيقية، حيث يتغلب الطرف الأقوى بإرادته على الطرف الأضعف، وهو ما يتحقق جديـــاً في عقود الإذعـــان، وما يمكن أن نلمسه كذلك في عقود العمل والإيجار، مما يمكن القول معه : بأن القانون الخاص هو قانون المساواة الشكلية بين الأفراد بصدد التعامل فيما بينهم.

القانونـــية، ومن حيث المصالح التي يسعون إلى تحقيقها، وهو ما لا يتوافر في الحياة العملية بصدد العلاقات بين الإدارة والأفراد[1].

وعليه، فإن العمل الإداري، أو بالأحرى ممارسة الإدارة لنشاطها الإداري بوصفها سلطة عامة، تعني تميز هذا العمل بمجموعة من الوسائل والأساليب أو الإمتـــيازات - كمـــا يـــراها البعض - التي من شأنها تمكين الإدارة من ترجيح المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، ومن ثم تتسم هذه الأساليب دائمـــا بطابع السلطة العامة، فتستطيع الإدارة مثلاً أن تلزم الأفراد بإرادتها المنفردة بما تدعيه من حقوق، وذلك من خلال ما تصدره من قرارات إدارية ملـــزمة للأفراد دون توقف على قبولهم لها أو رضاهم عن مضمونها، فإن رفضـــوا تنفيذها طواعية واختياراً، فإنها تملك أن تنفذها جبراً وبالقوة عند الاقتضـــاء، دون حاجـــــة إلـــى الالتجـــاء إلى القضاء مثلاً، ومن هنا تعد القـــرارات الإدارية وهى وسيلة غير متاحة للأفراد، أخطر وسائل الإدارة في تحقيق عملها وممارسة نشاطها.

والحقـــيقة أن مظاهـــر الســـلطة العامة بصدد العمل الإداري، تجمع بين دفتـــيها قدراً من الامتيازات وقدراً آخر من القيود، إذ غالباً ما تدق المسألة في تحديد طبيعة مظهر السلطة العامة وهل يندرج ضمن الامتيازات أم القبود إزاء احـــتوائه علـــى الأمرين معاً، المزايا لتحقيق المصلحة العامة والقيود لضـــمان عـــدم إســـاءة اســـتخدام هذه المزايا، ومثال ذلك ما يتصل بقواعد المســـؤولية الإداريـــة والعقـــود الإداريـــة والرقابة على مشروعية الأعمال الإداريـــة، إذ هـــى خليط بين هذه وتلك، ويرجع ذلك إلى أن هذه الامتيازات ليســـت حقـــاً شخصـــياً لـــلإدارة، وإنمـــا هى وسائل مقررة للإدارة لتحقيق المصلحة العامة، أي صالح المجتمع، وليس صالح الإدارة ذاتها.

ويخلص الباحث إلى أن العمـــل الإداري يتميز - موضوعياً - عن العمل الخـــاص بأن الأول يستهدف - فحسب - تحقيق المصلحة العامة، وبالتالي يستخدم أساليب ووسائل مغايرة لأساليب العمل الخاص الذي يستهدف دوماً تحقـــيق المصلحة الخاصة، مما يؤدي إلى ظهور الإدارة بمظهر يختلف عن مظهر الأفراد ألا وهو مظهر السلطة العامة.

---

(١) انظر :
- دكـــتور/ محمود سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، المرجع السابق، ص ٤٠٥ وما بعدها.

ويشير الواقع إلى عدم التطابق التام بين المعنيين العضوي والموضوعي للسلطة الإدارية، بحيث لا يغني الأخذ بأحدهما عن الآخر.

فمن الناحية العضوية، من الملاحظ أن السلطة الإدارية ليست في الواقع سوى السلطة التنفيذية ذاتها، ومع ذلك فإن للسلطة التنفيذية وظيفة أخرى خلاف الوظيفة الإدارية، ألا وهى وظيفة الحكم أو الوظيفة الحكومية، وهى تلك الوظيفة التي تتعلق بمباشرة السلطة التنفيذية لنشاطها المتصل بعلاقاتها بالخارج، أي بالدول الأخرى والمنظمات الدولية، وسواء تمت هذه العلاقات في وقت السلم أم في وقت الحرب، وقد اصطلح الفقه على تسمية الأعمال المتصلة بهذه الوظيفة بأعمال (السيادة) أو أعمال (الحكومة) تمييزاً لها عن العمل الإداري.

من ناحية أخرى، فإن للسلطة الإدارية نشاطها الخاص الذي لا يخضع للقانون الإداري ولا يستهدف تحقيق المصلحة العامة كما هو الحال في شأن إدارة الأموال الخاصة للدولة، بل إنه توجد جوانب هامة من أنشطة الإدارة تخضع لقواعد القانون الخاص، حيث تلجأ الإدارة أحياناً إلى وسائل القانون الخاص إذا وجدت أن تلك الوسائل أكثر ملاءمة في تحقيق المصلحة العامة على أكمل وجه من وسائل القانون الإداري، وفي هذه الحالة تتخلى الإدارة عن صفتها كسلطة عامة وتظهر في العلاقات المترتبة على هذه الأنشطة بمظهر عادي مماثل للأفراد تماماً، وبالتالي تخرج هذه الأعمال بدورها من دائرة الأعمال الإدارية.

أما من الناحية الموضوعية أو الوظيفية، فمن الملاحظ أنه قد يمارس أحد الأشخاص الخاصة (الطبيعية أو الاعتبارية) نشاطاً يستهدف تحقيق المصلحة العامة أساساً، ولاعتبارات عملية تتصل بالفعالية وسرعة الإنجاز، يستلزم الأمر النظر إليه بوصفه سلطة إدارية، أي باعتباره من الأشخاص العامة، بالرغم من أنه ليس كذلك من الناحية العضوية، وذلك حتى يتسنى له الالتجاء إلى أساليب العمل الإداري أو بعضها، وهو ما يتحقق مثلاً في التزامات المرافق العامة والمؤسسات أو الهيئات الخاصة ذات النفع العام بصدد بعض جوانب نشاطها ذات الطباع الإداري.

وتأسيساً على ما تقدم، يرى الباحث أنه لا سبيل إلى تحديد العمل الإداري بالنظر إلى أحد المعنيين العضوي أو الموضوعي للسلطة الإدارية دون

الآخـــر، ومن ثم يقصد بالأعمال الإدارية، تلك الأعمال الصادرة عن الجهات الإدارية بشأن وظيفتها الإدارية، وتتحدد الجهات الإدارية والوظائف الإدارية وفقاً لنصوص الدستور في الدولة.

ومقتضـــى ما تقدم أن ما يصدر عن السلطات العامة الأخرى من أعمال يخرج عن دائرة العمل الإداري، ومن ثم تخرج القوانين والأعمال البرلمانية الأخـــرى الصادرة عن السلطة التشريعية[1]، وكذلك الأحكام وأعمال السلطة القضائية[2]، من زمـــرة الأعمال الإدارية، دون أن يؤثـــر ذلك على مسألـــة

---

(١) أجمـــل القضاء الإداري المصري الأعمال البرلمانية في أحد أحكامه حيث قسمها إلى أربعة أقسام :
الأول حيـــث يشـــمل الأعمال التشريعية المحضة، **والثاني** يتناول أعمال تدخل في اختصاص الســـلطة التنفـــيذية، بـــيد أن الدســـتور اشترط أن تصدر هذه الأعمال في شكل قانون إما لأهميـــتها الخاصـــة أو لتأثـــيرها علـــى أموال الدولة أو لمساسها بالصالح العام ومثالها القـــرارات الخاصـــة بالقروض العامة، **والثالث** يشمل الأعمال المتعلقة بالنظام الداخلي لكل مجلـــس وبحقـــوق الأعضـــاء وواجباتهم ومكافآتهم وفصلهم، **والرابع** يشمل تصرفات كل مجلـــس في رقابته للسلطة التنفيذية، ثم اتبع الحكم المشار إليه هذه الأقسام بقوله (بأنه لا تقـــبل دعـــوى الإلغاء بالنسبة لهذه الأعمال جميعاً، لأن الثلاثة الأول تعتبر أعمالاً برلمانية وفقاً للمعيار الشكلي، بينما تعد أعمال القسم الرابع من قبيل أعمال السيادة).
راجع :
- حكـــم محكمـــة القضاء الإداري، الصادر في ١٩٤٨/١٢/١، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري، السنة الثالثة، رقم ٢٦، ص١٠٦.
- وفـــي خصـــوص ذلـــك الحكم راجع الدكتور/ رمزي طه الشاعر، قضاء التعويض، دار النهضة العربية، ١٩٩٠، ص ٣٧ : ٣٨.
وأيضـــا راجـــع نقد لبعض ما ورد في هذا الحكم الدكتور/ مصطفى أبوزيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٩، ص ٨٨٤.

(٢) راجع حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٥٤/١٢/١٣، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري، رقم ١٠١، ص ١٢٧، حيث تقول (أن شراح القانون العـــام قد اختلفوا في وضع معايير للتفرقة بين القرار القضائي والقرار الإداري فمنهم من أخـــذ بالمعـــيار الشكلي ومنهم من أخذ بالمعيار الموضوعي، بينما يرى آخرون أن يؤخذ بالمعياريـــن معاً (الشكلي والموضوعي)، وقد اتجه القضاء في فرنسا ثم في مصر إلى هذا الـــرأي الأخير، وأن الرأي الراجح هو الأخذ بالمعيارين معاً مع بعض الضوابط، وبيان ذلك أن القـــرار القضائي يفترق عن القرار الإداري في أن الأول يصدر من هيئة استمدت ولاية القضـــاء من قانون محدد لاختصاصها، مبين لإجراءاتها، وما إذا كان ما تصدره من أحكام نهائياً أو قابلاً للطعن مع بيان الهيئات التي تفصل في الطعن في الحالة الثانية، وأن يكون هـــذا القـــرار حاسماً في خصومه في أي نزاع بين طرفين مع بيان القواعد القانونية التي تنطبق عليه ووجه الفصل فيه).
وقـــد أشـــار رأي إلى أن هذا الحكم كان ينصب موضوع الطعن فيه على هيئات أنشئت لظـــروف اســـتثنائية يقتضيها الصالح العام، لذا فإنه ما كان يجب على القضاء أن يتعرض لأي مـــن المعيارين الشكلي والموضوعي، دكتور/ فؤاد العطار، رقابة القضاء على أعمال الإدارة، دار الكتاب العربي، الطبعة الثانية، القاهرة، ١٩٦٠ - ١٩٦١، ص ٥٠٨.

أخرى وهى مدى اختصاص القضاء الإداري بالفصل في المنازعات المتعلقة بـبعض هذه الأعمال إذ قد يتحقق هذا الاختصاص وفقاً للمعيار الموضوعي وحـده بصـدد بعض أعمال السلطات الأخرى، مثل بعض الأعمال البرلمانية المتصلة بشئون الموظفين العاملين بالمجالس النيابية والعقود الخاصة بها، والصـادرة عـن سـلطات هذه المجالس، إضافة إلى بعض أعمال السلطة القضـائية والهيـئات ذات الاختصاص القضائي، التي تعد أعمالاً إدارية من حيث الموضوع.

ثالثاً : أنواع الأعمال الإدارية :

بعـد تحديـد مدلول الأعمال الإدارية يمكننا أن نقسم أعمال الإدارة إلى قسمين أساسيين، هما الأعمال القانونية والأعمال المادية.

أ ـ الأعمال القانونية :

يقصـد بالأعمال الإدارية القانونية، تلك التي تأتيها الإدارة بقصد ترتيب آثـار قانونـية معينة عليها، ومن ثم فهى أعمال تؤثر في المراكز القانونية للأفراد إنشاءً أو تعديلاً أو إلغاءً.

وتنقسم الأعمال القانونية للإدارة إلى نوعين :
١ – الأعمـال القانونية الصادرة بناء على اتفاق بين جهة إدارية وأحد الأفـراد أو الأشخاص المعنوية الخاصة أو جهة إدارية أخرى، وهى العقود ومثالها عقود التوريد وعقود الالتزام وعقود الأشغال العامة.

وتنقسـم العقود التي تبرمها الإدارة إلى (عقود إدارية) و(عقود مدنية) وذلـك لأنـه ليسـت كل العقود التي تبرمها الإدارة تعتبر حتماً وبالضرورة عقـوداً إداريـة، وإنمـا تعد كذلك فقط تلك العقود التي تكون متسمة بطابع السلطة العامة، بأن تضمنت شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخـاص، بالإضـافة إلى ضرورة اتصالها بنشاط مرفق عام وأن يكون أحد طرفي العقد شخصاً إدارياً، فإذا كان العقد إدارياً على هذا النحو، فإنه يخضع لقواعد القانون الإداري، وبالتالي يختص بمنازعاته القضاء الإداري.

أما إذا فضلت الإدارة لسبب أو لآخر أن تبرم عقدها وفقاً لقواعد القانون الخـاص كالقانون المدني، ففي هذه الحالة تكون قد أفصحت عن رغبتها في أن تتعامل بصدد هذا العقد مثل الأفراد العاديين تماماً، ومن ثم تخضع لقواعد القـانون الخـاص، وبالتالي تخضع المنازعات المتولدة عن مثل هذا العقد لمحاكم القضاء العادي.

٢- الأعمـــال القانونـــية الصادرة من جانب الإدارة وحدها، أي بإرادتها المنفردة، وهى القرارات الإدارية التي تفصح عن الإرادة الملزمة للإدارة بما لهـــا مـــن سلطة بمقتضى القوانين واللوائح، وذلك بقصد إحداث أثر قانوني معيـــن مـــتى كـــان جائزاً وممكناً قانوناً، وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة.

وتعتـــبر القرارات الإدارية أهم أساليب مباشرة الوظيفة الإدارية ومظهراً من أبرز مظاهر السلطات والامتيازات القانونية التي تتمتع بها الإدارة، حيث تســـتطيع الإدارة بواسطة قراراتها أن تنشىء حقوقاً وتفرض التزامات على الأفـــراد، وذلك دون توقف على قبولهم، وهو ما يجسد بوضوح ما تتمتع به الإدارة مـــن سلطة عامة لا نظير لها في علاقات الأفراد بعضهم ببعض، مما يرجح كفتها على الأفراد.

وتنقســـم القـــرارات الإدارية من حيث مداها أوعموميتها إلى نوعين : قـــرارات إداريـــة فـــردية، وقرارات إدارية تنظيمية، وهى التي يطلق عليها اصطلاحاً (اللوائح)[١].

فالقـــرارات الفـــردية هـــى التي تصدر بصدد فرد معين بالذات أو أفراد معينين بذواتهم، أو حالة أو حالات معينة، وتستنفد موضوعها أو مضمونها بمجـــرد تطبـــيقها، وأمثلـــتها قرار التعيين في إحدى الوظائف، وقرار منح رخصة، وقرار بتوقيع جزاء تأديبي على أحد الموظفين.. إلخ.

أمـــا القرارات التنظيمية أو اللائحية فهى التي تحتوي على قواعد عامة مجـــردة ملزمة تنطبق على عدد غير محدد من الحالات أو الأفراد، بصرف الـــنظر عـــن عدد هذه الحالات أو هؤلاء الأفراد، متى توافرت فيها أو فيهم شـــروط معيـــنة، فهو قرار تنظيمي، ولو كان إعمال هذه الشروط يؤدي إلى إنطـــباقه علـــى حالة واحدة أو فرد واحد، فالمهم هو أن يكون محل تطبيق القـــرار حـــالات غير محددة بعينها وإنما بناءً على شروط مجردة، أو أفراداً غير معينين بذواتهم وإنما بأوصافهم[٢].

---

(١) راجع في ذلك :
- دكتور/ محمود محمد حافظ، القرار الإداري، المرجع السابق، ص ١٧٨ وما بعدها.

(٢) انظر :
- دكتور/ محمود محمد حافظ، القرار الإداري، المرجع السابق، ص ١٧٨.

وبالـــرغم من وجود فوارق تميز بين اللوائح والقرارات الفردية، إلا أنه يمكـــن القـــول بصـــفة عامة، أن النظام القانوني الذي يحكم كل من هاتين الطائفتيـــن يصـــدر عـــن أســـس متماثلة، تجعل من الممكن دراسة نظرية القرارات الإدارية بصورة موحدة تشمل اللوائح إلى جانب القرارات الفردية.

علـــى أنـــه بصـــدد اللوائـــح، فإنه ينبغي أن يلاحظ أن السلطة اللائحية لـــلإدارة، غـــدت مـــن أخطر السلطات والامتيازات القانونية التي تتمتع بها الإدارة فـــي مواجهة الأفراد، فاللوائح لم تعد مصدراً لقواعد القانون الإداري فحســـب، بل إنها - الآن - مصدر هام جداً لقواعد القانون بصفة عامة مثل القانون الجنائي، بل والقانون المدني كذلك، ولذلك بدأ فقهاء القانون المدني يـــنظرون للقـــرار الإداري بصـــفة عامة، كمصدر للحق والالتزام إلى جانب مصادر الالتزام التقليدية المعروفة في القانون المدني[1].

والأصـــل أن السلطة اللائحية لا تختص بالتشريع إلا استثناء، ومع ذلك فقـــد خرجـــت بعض الدول على هذا الأصل، مثل فرنسا، فاستحدثت بعض الـــنظم التـــي تخرج على القواعد التقليدية في هذا الصدد، إذا أطلقت للوائح المجـــال فـــي مـــيدان التشريع، في الوقت الذي حددت فيه للقوانين مجالات محصورة، ومن ثم يحق القول بأن اللائحة غدت مصدراً إدارياً للقانون[2].

ب - الأعمال المادية :

لـــم يتوصل الفقه إلى تعريف محدد للأعمال المادية، ولذلك يكتفي معظم الفقهاء بالقول : أن كل ما ليس عملاً قانونياً يعد من الأعمال المادية، وعليه يقصـــد بهـــذه الأعمال، تلك التي تقوم بها الإدارة دون أن تتجه إرادتها إلى ترتيـــب أي أثـــر قانونـــي عليها مثل إنشاء مراكز قانونية أو إجراء تعديل بالنسبة لمراكز قانونية قائمة.

ومع ذلك فقد يرتب القانون على بعض الأعمال المادية آثاراً معينة، وفي هـــذه الحالـــة فإن هذه الآثار تعتبر وليدة الإرادة المباشرة للمشرع وليست وليدة الإرادة الذاتية للإدارة، وعليه فإن الأعمال المادية لا ترتب بذاتها أثراً قانونياً، وإلا كانت عملاً قانونياً.

---

(١) الدكتور/ سمير عبدالسيد تناغو، القرار الإداري مصدر للحق، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٢، ص ١٠.

(٢)
J.RIVERO, LA JUGE ADMINISTRATIF GARDIEN DE LA LÉGALITÉ ADMINISTRATIVE OU GARDIEN ADMINISTRATIF DE LA LÉLAGLITÉ, M. WALINE, 1974, P. 705.

وقـد تـتم الأعمـال المادية تنفيذاً لنصوص القانون أو لقرارات إدارية معيـنة، ومثال هذه الأعمال شق الطرق وإقامة الجسور وهدم المباني الآيلة للسـقوط، ومنع المرور في أحد الشوارع والقبض على أحد الأفراد، فإذا ما ترتب على هذه الأعمال المادية الإضرار بالأفراد، فإن ذلك يؤدي إلى ترتيب مسـئولية الإدارة أو موظفـيها عـن هـذه الأعمال، وإلى نشأة الحق في التعويض للأفراد، وهو ما يعني تحريك قضاء التعويض بشأنها.

والأعمـال المادية قد تكون مشروعة مثل الأعمال الفنية التي يقوم بها رجال الإدارة المختصون بحكم وظائفهم الفنية كالمهندسين والمدرسين، كما قد تكون غير مشروعة مثل الأعمال التي تقع نتيجة خطأ من جانب العاملين في الإدارة مثل حوادث السيارات التي تقع من عمال السلطة الإدارية.

وقـد يتحول العمل القانوني أحياناً إلى عمل مادي، وهو ما يحدث بصدد الأعمـال القانونـية غير المشروعة والتي تصل درجة عدم مشروعيتها حد الجسـامة، وبالتالـي يصل بطلانها إلى درجة الانعدام، كما قد يتحول العمل المـادي إلـى عمـل قانوني إذا ما تبين أن الإدارة قد قصدت من وراء هذا العمـل المـادي تحقيق آثار قانونية معينة، وهو ما يتحقق كثيراً بخصوص المنشورات والتعليمات المصلحية وبصفة عامة الإجراءات الداخلية[1]، وهى من الأعمال المادية أصلاً نظراً لأنها لا تحقق أثراً قانونياً بذاتها.

---

(١) يطلق بعض الفقه على المنشورات اصطلاح (المنشورات اللائحية).
Vedel, Droit Administratif, Paris, 1976. P. 177.
بيـنما يطلـق عليها آخرون اصطلاح (المنشورات الإدارية) وهو الاصطلاح الأكثر دقة في تقدير الباحث.
Blumann, L'application des circulaires administrative par juge judiciaire, A.J.D.A., 1972, 263.

الباب الأول

ولاية القضاء الإداري في القانون المقارن

الباب الأول

ولاية القضاء الإداري في القانون المقارن

تقـديـم :

قد تتولى الرقابة على أعمال الإدارة المحاكم العادية، فتختص بالفصل في كافـة أنواع المنازعات الإدارية منها وغير الإدارية، وهذا هو نظام القضاء الموحـد، وقـد يعهد بالرقابة على أعمال الإدارة إلى قضاء متخصص يقوم بالفصـل في المنازعات الإدارية إلى جانب القضاء العادي الذي يتولى الحكم فـي المـنازعات الجنائية والمدنية والتجارية والأحوال الشخصية، وهذا ما يعرف بنظام القضاء المزدوج.

ولا مراء في أن اسناد المنازعات الإدارية إلى قاضٍ إداري مستقل يستند إلـى ضـرورة قانونية مقتضاها وجود قانـون إداري متميـز عن القانون الخـاص، ممـا يتعيـن تطبـيقه من قضاة متخصصين في القانون الإداري والعلوم الإدارية، لديهم القدرة على تفهم مقتضيات الصالح العام وضرورات حسـن سـير المـرافق العامة والتوفيق بينها وبين مصالح الأفراد وتحقيق الصالح العام والخاص.

وإذا كان قضاء الإلغاء من شأنه إعدام القرارات الإدارية المعيبة، إلا أنه لا يكفي لحماية الأفراد حماية كاملة من مغبة آثار القرار المعيب، ذلك أنه لا يكفي تغطية ما يترتب على بقاء تلك القرارات فترة من الزمن. وبذلك يكون طريق التعويض مكملاً للإلغاء، في هذه الحالة.

هذا ونتناول ولاية القضاء الإداري في الأنظمة القانونية المعاصرة وفقاً للتقسيم التالي :

الفصل الأول : مدلول المنازعة الإدارية.

الفصل الثاني : أنواع ولاية القضاء الإداري.

الفصـــل الأول

الفصل الأول

مدلول المنازعة الإدارية

المنازعة هى المسألة التي تثير نزاعاً بين الأفراد أو بينهم وبين إحدى السلطات العامة في الدولة، واستناداً إلى حق التقاضي يتم حملها إلى القضاء من خلال مباشرة الحق في الدعوى، وهي الحلقة الأولى من حلقات حق التقاضي، حيث يتم نظرها من خلال إجراءات الخصومة القضائية، وهى الحلقة الثانية من حلقات حق التقاضي، إلى أن تصل إلى خاتمة المطاف بصدور الحكم النهائي البات فيها والذي يمثل التسوية أوالترضية القضائية، باعتبارها الحلقة الثالثة – والأخيرة – من حلقات حق التقاضي(١).

ومن أهم طوائف المنازعات التي يفصل فيها القضاء، المنازعات الإدارية، وهى كما يتضح من اسمها، منازعات تتصل بالإدارة والعمل الإداري، فقد مضى حين من الدهر، كانت فيه أعمال السلطة الإدارية بمنجاة من التعقيب عليها أمام القضاء، وبات من المستقر عليه اليوم أن السلطات العامة ومن بينها السلطة الإدارية أو التنفيذية تخضع للقانون ومبدأ المشروعية، فإنه يمكن للأفراد التنازع معها، ومن ثم حمل المنازعة إلى القضاء ليقول كلمة القانون فيها، بمراعاة الضمانات الأساسية اللازمة لإدارة العدالة إدارة فعالة طبقاً لمعايير الأمم المتحضرة.

وأن تصرفات الإدارة التي تخضع لأحكام القانون الإداري ويختص القضاء الإداري بنظر المنازعات المتصلة بها هى تلك التي تتعلق بتسيير المرافق العامة من ناحية وتستخدم الإدارة في اتخاذها أساليب وامتيازات القانون العامة من ناحية أخرى(٢).

---

(١) دكتور/ محمود سامي جمال الدين، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ١٨.

(٢) راجع :
- دكتور/ ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٦، ص ٧٩.

وراجع أيضاً :
- دكتور/ حسن محمد هند، التحكيم في المنازعات الإدارية، دراسة مقارنة، مؤسسة المرجاح للنشر والتوزيع، الكويت، بدون سنة طبع، ص ١٧.

وقد خلت القوانين الوضعية من تعريف المنازعة الإدارية، وترك المشرع هذه المهمة لاجتهاد كل من الفقه والقضاء، وقد ثار الخلاف[1] حول تحديد مفهوم المنازعة الإدارية وعلاقتها بالحق الذي تحميه، وهل هى حق مستقل؟ أم هى ذات الحق المراد حمايته في حالة حركة؟ أم أنها وسيلة لحماية الحق الأصلي المراد حمايته؟ وهل هى الوسيلة القانونية الوحيدة لحماية الحق؟

وقد استقرت أحكام القضاء الإداري[2] في مصر على تعريف الخصومة بأنها (مجموعة الإجراءات التي تبدأ بإقامة الدعوى أمام المحكمة بناء على مسلك إيجابي يتخذ من جانب المدعي، وتنتهي بحكم فاصل في النزاع، أو بتنازل أو صلح أو بسبب عيب أو خطأ في الإجراءات، أو بأمر عارض. فهى حالة قانونية تنشأ عن مباشرة الدعوى)[3]. ويقتضي

---

(١) انظر دكتور/ طعيمة الجرف، (شروط قبول الدعوى في منازعات القانون الإداري)، مطبعة القاهرة الحديثة، الطبعة الأولى، عام ١٩٥٦، ص ١٧.

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر في ١٩٥٧/٥/٢٠، السنة ١١، ص ٤٧٦.
- حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ١٩٦٨/١٢/١، السنة ١٤، ص ١٢٧.
- راجع دكتور/ أحمد كمال الدين موسى، (نظرية الإثبات في القانون الإداري) مؤسسة دار الشعب، القاهرة، ١٩٧٧، ص ٣ وما بعدها.
- ويرى الدكتور/ أحمد مسلم (بأنها الحالة القانونية الناشئة عن رفع دعوى إلى القضاء وهى من هذه الناحية علاقة مثلثة بين كل من المدعي والمدعى عليه والمحكمة) لمزيد من التفصيل يراجع مؤلفه قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، بيروت ١٩٦٦، ص١٧٧.

(٣) وتعرف المحكمة الإدارية العليا في مصر الخصومة (بأنها الحالة القانونية التي تنشأ عن رفع الدعوى أمام المحكمة في شأن نزاع قائم بين طرفين..).
(حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بجلسة ١٩٧٥/٦/٨ - المكتب الفني - السنة ٢٠ - ص ٤٤٢).
- ويعرف الدكتور/ فتحي والي، الخصومة القضائية (بأنها الحالة القانونية التي تنشأ منذ رفع الدعوى إلى القضاء، كما يقصد بها مجموعة الأعمال التي ترمي إلى تطبيق القانون في حالة معينة بواسطة القضاء).
ويفرق بينها وبين القضية حيث يذكر في ختام تعريفه السابق (ويجب التفرقة بين اصطلاحي الخصومة والقضية، فالقضية هى الطلبات الموضوعية التي يراد بالخصوم عرضها على القاضي وتحقيقها للفصل فيها..).
(المرافعات المدنية والتجارية) تأليف كل من دكتور/ عبدالمنعم الشرقاوي، والدكتور/ فتحي والي، الكتاب الثاني، ص ٣ وما بعدها، عام ١٩٧٧.
ونرى أن هذه التفرقة محل نظر، حيث أنه لا فرق من وجهة نظرنا بين لفظي الخصومة والقضية، حيث يقصد بالخصومة في اللغة الفرنسية Instance ou procé ونرى أن تعريف الخصومة يكون قاصراً إذا ما وقفنا عند حد الحالة القانونية التي تنشأ منذ رفع الدعوى إلى القضاء، وإنما ينبغي استكماله وإلى حين الفصل فيها بحكم =

البحث في معيار تحديد المنازعة الادارية ان تسبقه مقدمة ضرورية لازمة وهي التعرف علي التطور التاريخي للقانون الاداري ومن ثم فإننا سنتناول دراسة مدلول المنازعة الادارية من خلال مبحثين كمايلي :

المبحث الأول : التطور التاريخي للقانون الإداري كمقدمة ضرورية قبل البحث في معيار المنازعة الإدارية.

المبحث الثاني : معيار المنازعة الإدارية.

حيث تكون الخصومة أداة تطبيق القانون بواسطة القضاء، وفقاً لما يردده الدكتور/ فتحي والي، ومن ثم نرى أنه لا فرق بين الخصومة والقضية سواء من الناحية اللفظية أو الفنية، حيث أنها تعني الحالة القانونية التي تنشأ منذ عرض الأمر على القضاء ولحين أن يصدر القضاء حكمه فيها، فالقضية هى الحالة الواقعية وهى تشمل على كل من ينتج من أثر في الخصومة بين أطرافها، ولن يتسنى للقضاء أن ينزل حكم القانون دون تطابق الحالة القانونية والحالة الواقعية.

- انظر أيضا الدكتور/ أحمد مسلم، المرجع السابق، ص ١٤٧.

المبحث الأول

التطور التاريخي للقانون الإداري
كمقدمة ضرورية قبل البحث في معيار المنازعة الإدارية

القـــانون الإداري بالمعـــنى الواسع، يشمل كل ما يتصل بتنظيم السلطات الإداريـــة فـــي الدولـــة، ويبين أنواعها وتقسيماتها المختلفة، ويحدد طريقة تشكيل كل منها، والاختصاصات التي تمارسها، كما يبين القواعد التي تحكم نشاطها والأحكام التي تخضع لها في أموالها وفي علاقاتها بالأفراد. أياً كان مضـــمون هذه القواعد وتلك الأحكام. ومن ثم يوجد القانون الإداري في كل جماعـــة سياسية منظمة، يستوي في ذلك أن يكون نظاماً ديمقراطياً أو غير ديمقراطي[1].

إلا أن الفقـــه والقضـــاء فـــي فرنســـا وفي الدول التي تأثرت بأنظمتها القانونية، قد أضفيا على القانون الإداري معنى ضيق أو معنى فني، إذ يقصد – طـــبقاً لهـــذا المعنى – بالقانون الإداري مجموعة القواعد القانونية التي تحكم الإدارة العامة – تنظيماً ونشاطاً – وتكون متميزة ومستقلة عن قواعد الشـــريعة العامـــة (القانون الخاص)[2]. فالقانون الإداري وفقاً لهذا المدلول الضـــيق هـــو قـــانون استثنائي، أو هو قانون يخرج على القواعد المألوفة والمطبقة في الشريعة العامة.

فالقـــانون الإداري بالمعـــنى الضـــيق إذن هو قانون مختلف أساساً عن القـــانون المدني وتطبق قواعده محاكم القضاء الإداري، ويفترض تبعاً لذلك وجـــود محاكم تستقل بالفصل في المنازعات الإدارية، والتي تختلف اختلافاً جوهـــرياً فـــي طبيعـــتها وفـــي مضـــمونها عن قواعد الشريعة العامة (أي المجموعة المدنية والمجموعة التجارية).

وترجع نشأة القانون الإدارى إلى فرنسا في بداية القرن التاسع عشر نتيجة لظروف وتطورات معينة خاصة بهذا البلد أدت إلى إنشاء مجلس الدولة الفرنسى الذى بدأ يفصل فى المنازعات الإدارية، حيث كان قضاؤه مقيداً، ولا تعتبر أحكامه نهائية إلا بعد التصديق عليها من رئيس الدولة.

---

(١) انظر :
– دكتور/ ثروت بدوي، القانون الإداري، المرجع السابق، ص ٣٢.

(٢) راجع :
André de Lawbadère, Traité de droit administratif, 8e éd L.G.D.J., 1980, T.I.P. 14 ets.

وشهد النصف الثاني من القرن التاسع عشر تقدماً كبيراً للقانون الإدارى بإعتباره قانوناً مستقلاً متميزاً عن القانون المدنى، خاصة بعد أن أطلق مجلس الدولة الفرنسى فى إصدار قضائه الذى أرسى الكثير من أحكام وقواعد القانون الإدارى، وذلك بعد أن بدأت مرحلة القضاء المفوض سنة ١٨٧٢.

ومع ذلك، فإن نظريات ومبادىء القانون الإدارى الأساسية التى رسمت هيكله، وأسست بناءه لم تتبلور إلا خلال القرن العشرين، وكانت الجامعات الفرنسية قد أخذت فى تدريس مادة القانون الإدارى قبل نهاية القرن التاسع عشر كمادة أساسية للقانون العام بجوار القانون الدستورى.

وفى مصر، نشأ القانون الإدارى وترعرع بصفته قانوناً مستقلاً ومتميزاً بأحكامه وقواعده بعد إنشاء مجلس الدولة المصرى سنة ١٩٤٦ رغم أن بذوره كانت قد زرعت فى أرض القانون العام عن طريق الفقه والقضاء قبل هذا التاريخ بسنوات عديدة.

وسوف نعرض تفصيلياً لنشأة القانون الإدارى فى فرنسا ومصر والكويت ومن ثم سنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب كما يلى :

المطلب الأول : نشأة القانون الإداري وتطوره في فرنسا.

المطلب الثاني : نشأة القانون الإداري وتطوره في مصر.

المطلب الثالث : نشأة القانون الإداري في الكويت.

المطلب الأول

نشأة القانون الإدارى وتطوره فى فرنسا

مرت هذه النشأة بعدة مراحل منذ قيام الثورة الفرنسية فى نهاية القرن الثامن عشر حتى اليوم، كان للقضاء الإدارى المتمثل فى مجلس الدولة الفرنسى الدور الرئيسى فيها وفى إرساء قواعد وأسس هذا القانون.

وسوف نتناول نشأة القانون الإداري في فرنسا وتطوره وتنظيم القضاء الاداري في فرعين كما يلي :

الفرع الاول : نشأة القانون الإداري في فرنسا.

الفرع الثاني : تنظيم القضاء الإداري في فرنسا.

الفرع الأول

نشأة القانون الإداري في فرنسا

يرجع غالبية الفقه نشأة القضاء الإداري في فرنسا إلى أساسين أحدهما نظري دستوري[1] والثاني عملي تاريخي[2].

ويتمثل الأساس الدستوري النظري في مبدأ الفصل بين السلطات الذي نادي به مونتسكيو، واعتنقه رجال الثورة، والذي كان يعني استقلال كل هيئة من الهيئات العامة الثلاثة (التشريعية ، والتنفيذية، والقضائية) بالوظيفة التي حددها لها الدستور، مع وجود نوع من الرقابة بين هذه الهيئات الثلاثة تسمح باستقامة تطبيق المبدأ، وحتى لا تستبد كل هيئة منها، بما خول لها من سلطة، إلا أن رجال الثورة فسروا هذا المبدأ تفسيراً خاطئاً وخاصاً بهم، مؤدى هذا التفسير، أن كل هيئة تستقل تماماً عن الهيئة الأخرى، فلا تتدخل الهيئة التنفيذية في عمل من أعمال سلطة القضاء، ولا تتدخل الهيئة القضائية في عمل من أعمال سلطة التنفيذ أو التشريع، وقد كانوا يهدفون من وراء ذلك التفسير حجب عمل الإدارة وخاصة وقت قيام الثورة، من رقابة القضاء، حتى لا يقف كحجرة عثرة أمام المد والتيار الثوري، ومن ثم طوعوا المبدأ لتحقيق هدفهم.

كما اقترن الأساس العملي التاريخي بهذا التفسير الخاطئ لمبدأ الفصل بين السلطات، لاسيما وقد علق في أذهان الفرنسيين الذكريات السيئة والبغيضة التي كانوا يحملونها لمجالس الملك، أو ما يطلق عليه

---

(١) راجع في ذلك :
- دكتور/ ثروت بدوي، القانون الإداري، ص ٦١.
- دكتور/ طعيمة الجرف، رقابة القضاء لأعمال الإدارة، المرجع السابق، ص١٠٨.
- دكتور/ فؤاد العطار، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٨، ص ١٧٧.
- دكتور/ محمود محمد حافظ، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٩، ص ١١٩.

(٢) راجع في ذلك :
- دكتور/ طعيمة الجرف، المرجع السابق، ص ١٠٩.
- دكتور/ عبدالحميد حشيش، مبادئ القضاء الإداري، طبعة ١٩٧٦، ص ١٦٤.
- دكتور/ فؤاد العطار، المرجع السابق، ص ١٧٧.
- دكتور/ محمود محمد حافظ، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ١١٩.

بالـبرلمانات[1] Les Parlements لـذلك عمدوا إلى تحصين الإدارة ضد كل رقابة قضائية، كرد فعل طبيعي لسلطة المحاكم السابقة[2].

وقـد كان نظـام الحكم فـى فرنسا قبـل ثـورة سنـة (١٧٨٩) يتميز بسـيطرة الإدارة الملكـية ومركزيتها، كما أن الإدارة آنذاك كانت تشكو من سـيطرة (الـبرلمانات) وهـى جهـات تمتعت - على خلاف ماقد تدل على تسـميتها - باختصاصـات قضائية واسعة، استغلتها فى شئون الإدارة وفى عـرقلة نشاطها[3]. لذلك كان من بين القوانين التى وضعتها الثورة فى العام الأول مـن اندلاعهـا قانون رقم (١٦) والصادر في ٢٤ أغسطس ١٧٩٠. والذى نص على أن (الوظائف القضائية مستقلة وتبقى دائماً منفصلة عـن الوظـائف الإداريـة - وعلـى القضاة، وإلا كانوا مرتكبين لجريمة الخيانة العظمى، ألا يتعرضوا بأيـة وسيلة كانت لأعمال الهيئـات الإداريـة، أو أن

---

(١) ويذكـر المـرحوم الدكتور/ عثمان خليل عثمان، أن النظام الإقطاعي قد خلف المحاكم ذات الطـابع الإقطاعي المعروفة باسم البرلمانات القضائية، وهى تشبه محاكم الاستئناف، وقد كانـت بالغة الأهمية والنفوذ، وتعتبر القضاء امتيازاً لها، وكان قضاؤها مأجوراً لا مجانياً، وقد حالت هذه المحاكم دون تركيز القضاء في فرنسا وذلك عكس إنجلترا، حيث أنشئت منذ عهـد بعـيد محاكم عليا حققت هذه الوحدة بإمتداد سلطانها على جميع أجزاء المملكة... ويستطرد في مقالته (كما وضعت العراقيل في سبيل الوحدة الإدارية بأن تدخلت في أعمال رجـال الإدارة، بـل واحـتدم النزاع بينهما وبين مجلس الملك، وموظفي الملك، وبخاصة المراقبيـن الذيـن كـانوا يمثلون التاج في الأقاليم المختلفة، وينتزعون بالتدريج لحسابه السـلطة فـي شئون القضاء والإدارة أو الضبط والمال، ولقد وصلت البرلمانات القضائية المذكـورة فـي هذه المحاربة إلى درجة استدعاء رجال الإدارة أمامها ليبرروا تصرفاتهم، وإصـدار الأحكام ضدهم وضد المراقبين وأعمالهم، كما حظرت الخضوع لما تكون لهؤلاء المراقبيـن مـع الزمـن مـن سلطة قضائية، التي تعتبر بحق الأساس التاريخي للمحاكم الإقليميـة (المحـاكم الإداريـة حاليا) بفرنسا - وقد رجحت كفة البرلمانات في هذا النزاع أحياناً إلى درجة حملت الملوك على التدخل عدة مرات لوقفها عند حد، وبذلك كانت موضع بغـض الملكـية العاملـة على توحيد المملكة، كما أن محاربتها لهذا التركيز وكونها من مخلفـات النظام الإقطاعي البغيض وبقية لامتيازات الأمراء على حساب الجمهور، وجعلها أيضـا موضـع كراهية المحكومين). مقالة (عهود القانون الإداري في فرنسا) المنشورة بمجلة مجلس الدولة، السنة الأولى، ص ١٧٩ وما بعدها.

(٢) دكتور/ محمود محمد حافظ، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ١١٩.

(٣) وقد كانت المحاكم المعروفة باسم (البرلمانات) تقوم باستدعاء رجال الإدارة أمامها ليبرروا تصـرفاتهم، الأمـر الذى دعى لويس الثالـث عشـر سنـة ١٦٤١ أن يصـدر منشوراً سـمي منشـور سـان جـرمان . حظـر بمقتضاه على البرلمانات نظر المسائل المتعلقة بالسلطات العامة، راجع فى ذلك د. عثمان خليل، المرجع السابق، ص ١٣، ١٤.

يأمروا رجال الإدارة للمثول أمامها لأسباب تتعلق بوظائفهم)[1]. وبتقرير هذا النص، أخذت الثورة الفرنسية بمبدأ الفصل بين السلطات، من ناحية، كما تلافت العودة إلى مساوئ التدخل القضائي في أعمال الإدارة من ناحية أخرى[2].

غير أن رجال الثورة، وقد استبعدوا اختصاص المحاكم القضائية، قد عهدوا بهذه المهمة إلى بعض رجال الإدارة العاملة كالوزراء وكبار حكام الأقاليم، فإذا أراد أحد الأفراد أن يتظلم من خطأ أحد الموظفين فليس أمامه إلا أن يرفع هذا التظلم إلى جهة الإدارة نفسها، أى إلى الرئيس الإداري للموظف الذى أصدر القرار غير المشروع أو أتى الفعل الضار، وبذلك أصبحت الإدارة خصماً وحكماً فى الوقت نفسه، وهو ما أطلق عليه نظام الإدارة القاضية أو الوزير القاضى، ولم يعتبر ذلك إفتئاتاً من الإدارة على وظيفة القضاة لأن مبدأ الفصل بين هاتين السلطتين كانت وجهته الأساسية منع هؤلاء القضاة بالذات من التدخل فى أعمال السلطة الإدارية لا العكس، وهو وضع غريب، إذا كانت قد أملته اعتبارات تاريخية معينة، فلا يمكن أن يدوم، ولذلك سرعان ما أنشىء بجانب الإدارة مجلس الدولة فى العاصمة، كما أنشئت مجالس دواوين المديريات فى الأقاليم المختلفة، وهى مجالس استشارية، تدرس موضوع الشكوى، وتقدم عنه تقريراً إلى جهة الإدارة، وكانت الإدارة بالخيار، لها أن تأخذ بما ينتهى إليه التقرير كما لها أن ترفضه، وإن كان الواقع العملى قد جرى على أن الرئيس الإداري كان يعتمد الرأى الذى يقدمه المجلس الاستشارى بصفة آلية تقريباً، وكان يطلق على هذه المرحلة التى استمرت حتى سنة ١٨٧٢ فترة القضاء المحجوز، نظراً لأن قضاء المجلس لم يكن قضاءً باتاً، بل كان مقيداً بتصديق رئيس الدولة، بمعنى أن نفاذه كان رهيناً بمشيئته، ولذا فإن سلطة القضاء فى هذه الحقبة كانت محجوزة للإدارة ذاتها[3].

---

(١) ورد نص المادة ١٣ من هذا القانون على مايلى :

(les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séaparées des foncitions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture , troubler de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les adminisirateurs pour rasion de leurs functions).

(٢) دكتور/ ثروت بدوى، القانون الإداري، المرجع السابق، ص ٦٣.

(٣) راجع :

Sauvel (T) , La justic Retenue de 1806 a` 1872 , R.D.P., 1970, p. 237ets.

ثـم تطور نظام القضاء المقيد أو المحجوز أو المعلق إلى نظام القضاء البات، وكان ذلك بموجب القانون الصادر فى ٢٤ مايو سنة ١٨٧٢، وهو القانون الذى قضى بتخويل مجلس الدولة الفرنسى سلطة القضاء البات أو المفوض أو المنتدب أى سلطة إصدار الأحكام النهائية اللازمة لحسم المنازعات الإدارية. على أنه لمّا كان مجلس الدولة قد باشر هذه السلطة من الناحية الفعلية قبل صدور قانون ٢٤ مايو سنة ١٨٧٢ فقد أُعتبر هذا القانون مجرد إقرار لوضع كان قائماً من قبل، فلم تعد أحكامه بحاجة إلى تصديق من السلطة الإدارية، وإنما أصبحت ملزمة بمجرد صدورها. وقد أنشئت بمقتضى هذا القانون محكمة التنازع للفصل في حالات تنازع الاختصاص بين المحاكم الإدارية والمحاكم العادية.

وكان الرأى المستقر أن حصول مجلس الدولة على سلطة القضاء المفوض ليس من شأنه إلغاء نظام الوزير القاضى، بل ظل كل وزير فى وزارته هو قاضي القانون العام فى المنازعات الإدارية الخاصة بوزارته بمعنى أن اختصاص المحاكم الإدارية (مجالس المديريات) ليس سوى اختصاص استثنائى لايقوم إلا فى الحالات المبينة بالقانون، وقد أُعتبر مجلس الدولة بمثابة هيئة استئنافية بالنسبة للمحاكم الإدارية وبالنسبة للوزراء على حد سواء[١].

وظل الحال على ذلك حتى ١٣ ديسمبر سنة ١٨٨٩ حين عَدل مجلس الدولة عن هذا التفسير، وقضى على نظرية الوزير القاضي بحكمه الشهير فى قضية ـCadotـ بقبوله طعناً مباشراً قدم إليه من أحد الأفراد دون سبق عرضه على الوزير المختص، ولهذا فقد أُعتبر هذا الحكم وباجماع الفقه الحكم الذى أرسى صفة قاضي القانون العام لمجلس الدولة، والذى أطاح بصفة نهائية بمذهب الوزير القاضى[٢].

وإذا ما تبين خطأ الاستناد إلى مبدأ الفصل بين السلطات فى تأييد نظام القضاء المزدوج أو معارضته. فهل مازالت الاعتبارات العملية والتاريخية محتفظة بقيمتها فى تبرير قيام القضاء الإداري المستقل؟.

---

(١) راجع :

Odent (R) , Contententieux administratif (Dactylographie) les cours de droit, Paris, 1976-1981 Fase III p, 776; Eisenmann (ch) , Cours de droit administratif , L.G.D.J., Paris , 1983 T. II p. 56 ets.

(٢) راجع :

Rec .p. 1184, S, 1892 .3.17, note Hauriou, G .A b e Edit Sirey, 1974, p 23.

لاشـــك فى أن إنشاء مجلس الدولة الفرنسى فى بادىء الأمر كان بدافع الخـــوف من اعتداء محاكم القضاء العادى والشعور بالحاجة لحماية الإدارة من مثل هذه الاعتداءات. غير أن هذه الاعتبارات قد زالت فى الوقت الحاضر مـــع تغـــير الظروف، فبعد أن كان ينظر إلى مجلس الدولة باعتباره امتيازاً للإدارة العاملة لتتحرر بمقتضاه من الخضوع لسلطات المحاكم العادية، تبدلت الـــنظرة إليه وأصبح ملاذاً للأفراد ضد عنت الإدارة، بل أصبح أقوى شكيمة وأكـــثر جرأة من القضاء العادى فى رقابته على أعمال الإدارة. ففى ٥ يناير ١٩٢٤ عـــرض قـــراران إداريـــان أحدهما أمام مجلس الدولة والآخر أمام محكمـــــة الـــنقـــض، والقـــــراران متشابهـــان مـــن حيـــث السلطة التى أصـــدرتهما وظـــــروف إصدارهما، ومع ذلك فقد حكم مجلس الدولة بإلغاء القـــرار المعـــروض لعـــــدم مشروعيته، وحكمت محكمة النقض فى نفس الـــيـــوم بمشـــروعية القـــرار المعروض عليها، ووجوب ترتيب آثاره عليه لاتفاقه مع القانون(١).

وهكـــذا أصبحت المحاكم الإدارية التى أنشئت لحماية الإدارة رقيباً شديداً عليها يراقب شرعية تصرفاتها ويحاسبها على أخطائها، وأصبحت كالمحاكم العاديـــة حصناً منيعاً لحقوق الأفراد وحرياتهم ضد اعتداء الإدارة وتعسفها، بـــل أشد جرأة من المحاكم العادية فى رد هذا الاعتداء والتعسف(٢). ذلك أنه لقرب المحاكم من الجهة الإدارية وتفهمها لحاجاتها لتسيير المرافق العامة، أصـــبحت أقـــدر على غربلة تقديراتها وأعمالها من المحاكم المدنية، وبذلك وجدت الإدارة فى المحاكم الإدارية رقيباً خبيراً بشئونها متفرعاً عنها وجريئاً علـــيها، لا قاضـــياً غريباً عنها تستغل عدم تخصصه وحسن ظنه، ولقد بلغ الفارق بين جهة القضاء الإداري وجهة القضاء المدنى فى هذا المضمار حداً كبـــيراً، بـــل إن مجلس الدولة الفرنسى قد اختص منذ نشأته بسلطة (إلغاء) أعمال السلطة العامة - إذا كانت معيبة - فى حين لم يباشر القضاء المدنى ســـلطـــة (الـــتعويض) علـــى هـــذا النوع من الأعمال إلا منذ أوائل القرن العشرين(٣).

---

(١) راجع :
- دكتور/ محمد كامل ليله، الرقابة على أعمال الإدارة، المرجع السابق، ص ٢٢١، ٢٢٢.
- دكتور/ محمود حافظ، القضاء الإداري، المرجع السابق ص ١٢٥.

(٢) راجع :
- دكتور/ محمود حافظ، القضاء الإداري، المرجع السابق ص ١٢٦.

(٣) راجع :
- دكتور/ عثمان خليل، مجلس الدولة ورقابة القضاء على أعمال الإدارة، المرجع السابق ص ٢٣.

كمـــا أن روح الخوف من اعتداءات القضاء العادى التى كانت مسيطرة على أذهان رجال الإدارة زالت نتيجة التزام القضاء العادى من الإدارة موقفاً متسامحاً وأكثر تحرراً من القضاء الإداري[١].

ونتـــيجة لهذا التطور فقد القضاء الإداري الفرنسى مبررات بقائه مـــن الناحـــية الـــنظرية أو مـــن الناحية العملية على حد سواء الأمر الذى جعل الـــبعض يتساءل حول عودة فرنسا إلى حظيرة القضاء الموحـــد[٢]. غير أن غالبـــية الفقه الفرنسى ترى أنه ولئن كان نظام القضاء الإداري المستقل قد فقـــد فى الوقت الراهن مبرراته التى عاصرت إنشائه، إلا أنـــه لايزال هناك حالياً مبررات عديدة تدعم الإبقاء عليه وإن اختلفت هذه الأسباب والمبررات عن تلك التى كانت موجودة عند إنشاء هذا النظام[٣].

ويتمـــثل المـــبرر الأهم للإبقاء على القضاء الإداري فى وجود القانون الإداري المخـــتلف تمامـــاً عن القانون المدنى، يطبقه قضاة متخصصون ذو كفـــاءة ومقـــدرة فنـــية عالية، إذ أصبح بعد تطوره موئل الحريات الفردية وضمير الإدارة الساهر على ضمان مشروعية أعمالها وعلى التوفيق العادل بيـــن هـــذه الحـــريات وبيـــن مقتضيات المصلحة العامة، وهو بهذا ضمان للمواطـــــن الفرنســـى يغـــبطه عليه كل مواطن لاتعرف بلاده نظام مجلس الدولة[٤].

وفـــى هذا المعنى ذهب أستاذنا الدكتور محمود حافظ إلى أنه بعد زوال السبب التاريخى لإنشاء القضاء الإداري فـــى فرنسا (حل محله فى الوقـــت

---

(١) راجع :
- دكتور/ محمد كامل ليله، الرقابة على أعمال الإدارة، المرجع السابق، ص ٢٢٢.

(٢) راجع :
Jaquelin (R), Principes dominants du Contenieux administratif , 1899, p. 57 ets

(٣) راجع فى ذلك :
Odent (R), op . cit., Fasc . II .p.479.
Hauriou (M), Précis de droit administratifs ,II e Edition, 1927 , p. 945 (note 1).
De Leubadere (A) , op , cit. , p . 435.
- دكتور/ بكر القباني، القانون الإداري الكويتى، المرجع السابق، ص ٣٤.
- دكتور/ محمود حافظ، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ١٢٦.

(٤) راجع :
- دكتور/ عثمان خليل، مجلس الدولة، المرجع السابق، ص ٢٥.

الحاضـــر أساس قانونى فنى، أو سبب آخر، فكثيراً ما يوجد نظام لسبب أو حكمـــة معينة، ثم يبقى بعد زوال هذه الحكمة أو السبب، وذلك لظهور حكمة جديـــدة أو ســـبب جديـــد يبرر بقاءه، وهذا ماحدث بالنسبة للقضاء الإداري الفرنســـى فقد أُنشأ هذا القضاء، بما يصاغ من مبادىء قانونية فى أحكامه، قانونـــاً جديداً متميزاً عن القانون المدنى هو القانون الإداري مستهدفاً بذلك التوفـــيق بيـــن الأفراد وحرياتهم من جهة، وحاجات الإدارة وتحقيق الصالح العـــام مـــن جهة أخرى، فإذا أُلغيت المحاكم الإدارية وأصبح نظر المنازعات الإداريـــة من اختصاص المحاكم العادية فأى قانون تطبقه هذه المحاكم على هـــذا الـــنوع من المنازعه ؟ أتطبق القانون المدنى الذى ثبت عدم صلاحيته بدليل خروج المحاكم الإدارية على حكمه وابتداعها مبادىء جديدة تكون من مجموعهـــا القانون الإداري ؟ أم تطبق القانون الإداري وهى غير محيطة به ولاتســـتطيع الإلمـــام بتفاصيله وجزئياته الكثيرة المتشعبة التى تكونت خلال قـــرن ونصف، ثم أنها بعيدة عن جو الإدارة ومشكلاتها، مما يجعلها عاجزة عن الاستمرار فى القيام بالدور الخطير الذى بدأه القضاء الإداري، فى مجال التوفيق بين المصلحة العامة ومصالح الأفراد)[1].

وهكـــذا أصـــبح مبرر القضاء الإداري الجديد هو عدم الثقة فى المحاكم العاديـــة من حيث الكفاءة والمقدرة الفنية، فوجود القانون الإداري المختلف تماماً عن القانون المدنى، يتطلب قاض متخصص، وبذلك يبرر بقاء المحاكم الإداريـــة. فأقضـــية الإدارة لن يكون العامل الأساسى فيها البحث عن حكم القـــانون ولكـــن عن نقطة التوازن بين المصالح الخاصة والمصلحة العامة. وهـــذه مهمـــة تحتاج بجانب الإلمام بالقانون إلى الإحاطة التامة بمستلزمات حســـن الإدارة، وبتفاصيل الوسائل الإدارية التى تلجأ إليها الإدارة لمواجهة مايصادفها من عقبات، وهذا ما يحققه القضاء الإداري على أكمل وجه، نظراً لتشكيله، وصلاته الخاصة بالإدارة[2].

ونتفق مع غالبية الفقه في أن الأسس القديمة ساعدت على ظهور النظام الذي ساعد بدوره على ظهور القانون الإداري[3]، ومن ثم غـــدا هذا القانون

---

(١) انظر :
- دكتور/ محمود حافظ، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ١٢٩، ١٣٠.

(٢) راجع فى ذلك :
- دكتور سليمان الطماوى، قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص ٢٣.

(٣)
Le science du Droit administratif fut longtemps Inconnue en france et c'est la jutispudence du Conseil d'Etat et l'étude de celle-ci poursuivie suivant =

هو الأساس الذي يقوم عليه النظام القائم، حيث لا يمكن الرجوع إلى الوراء بإسناد تطبيق أحكام القانون الإداري إلى القاضي العادي، لأن ذلك سيؤدي حتماً إلى عدم الإطمئنان والثقة في أحكامه لعدم المقدرة والكفاية وقصور الإلمام بالقانون الذي ساهم في تكوينه القاضي الإداري، ويصبح الأساس الجديد علماً مستمداً من التطور التاريخي لنشأة القضاء وما صاحبه من ظهور قانون يحتاج تطبيقه إلى معرفة وافية بأحكامه وظروفه ونشأته بالإضافة إلى تمسك الإدارة السياسية به، ومناصرة الرأي العام الوطني الفرنسي له[1].

وقد توالت التشريعات المنظمة لمهمة مجلس الدولة الفرنسي لإرساء دعائم النظام القضائي الفرنسي، إبتداء من تشريع ١٨٨٩/٧/٢٢ حول الإجراءات الواجب اتباعها أمام محاكم الأقاليم، والأمر رقم ١٧٠٨-٤٥ الصادر في ١٩٤٥/٧/٣١[2] في شأن مجلس الدولة الفرنسي، والمرسوم رقم ٩٣٤-٥٣ الصادر في ١٩٥٣/٩/٣٠[3] المتضمن التعديل التشريعي ونشأة المحاكم الإدارية بدلا من مجالس الأقاليم، والمرسوم رقم

---

une méthode sclentifique, qui conduisit a faire du Droit administratif un semble cohérent de régles et une science différent et tout a fait independante de la Science du doit Civil.
STRATIS ANDREADES ((le contentieux administrative des Etats modernes)), Thése sous le direction de M. Gaston jeze, 1934. P. 4.

(١)
BENOIT, Les Fondement de la justice administrative, Melange Waline, 1974, P. 283.

(٢) مارسيل فالييـن، مقالة عن مجلس الدولة في فرنسا منذ ١٩٤٥، المنشور بمجلة مجلس الدولة، السنة الأولى، ص ١٥٢ وما بعدها.

(٣) كان لابد أثناء مراحل تطور القضاء الإداري في فرنسا من وجود بعض الثغرات، واكتشافها وعلاجها من جانب كل من المشرع والقضاء كي تكون بمثابة دفعة جديدة نحو بناء نظام قضائي إداري متكامل، وقد كان من أهم العيوب التي أدت إلى تعديل عام ١٩٥٣، كما أوضحها الاستاذ/ عادل عبدالباقي، في ملاحظاته التي أوردها في تقريره عن تنظيم مجلس الدولة الفرنسي :
١- أن القضاء وإن كان يجب ألا يكون متسرعاً، فإنه يتساوى مع عدم وجوده أصلاً وقد حدث أن نظر مجلس الدولة الفرنسي في ١٩٤٨/٥/١٤ في نتائج حادثة كانت قد وقعت في ١٩١٤/٧/١٤، وبعد مرور أكثر من ثلاثين عاما يقرر عدم اختصاصه ويطلب من المدعي إعادة طرح منازعته من جديد أمام المحكمة المختصة.
٢- وقد ترتب على بطء القضاء أن حكم لمقاول في عام ١٩٥١ بمبلغ مستحق له في مواجهة إحدى القرى نتيجة أشغال عامة كان قد عهد إليه بها في عام ١٩٣٣.
٣- أنه ليست هناك قيمة عملية - في كثير من الحالات - لإبطال قرار إداري غير مشروع بعد عدة سنوات طالما أن الطعن لم يوقف تنفيذ القرار، ومثال ذلك منع اجتماع كان يتعين أن يتم في يوم ١٩٤٩/٢/٢٥ وألغى قرار المنع في ١٩٥٣/١/٢٥.=

٦٦٦-٦٣ الصـــادر في ١٩٦٣/٦/٣٠ بإعادة تنظيم وظائف مجلس الدولة المعـــدل بالمرســوم الصـــادر فـــي ١٩٦٨/٩/٩، والمرسوم الصادر في ١٩٦٩/١/٢٨ الخـــاص بتنفـــيذ أحكام المحاكم الإدارية، كما صدر المرسوم الصـــادر فـــي ١٩٧٣/٧/١٣ بـــتحديد نطاق المنازعات واختصاص المحاكم الإداريـــة، والمرســـوم رقـــم ٧٩١-٧٥ الصادر في ١٩٧٥/٨/٢٦ بتعديل المرســـوم رقـــم ٦٦٦-٦٣ الصادر في ١٩٦٣/٧/٣٠ الخاص بإنشاء لجنة التقرير.

٤- أن بعـــض السلطات الإدارية - لعلمها ببطء القضاء الإداري، تنتهز هذا البطء وتصدر قراراتها بسوء نية طالما أن الإلغاء القضائي لن يتحقق إلا في وقت متأخر يمكن خلاله أن تكـــون النـــتائج المقصـــودة من القرار قد تحققت، كما أنها قد لا تهتم بما قد يترتب على الإلغـــاء المـــتأخر من نتائج وصعوبات، لأن مصدر القرار قد يدخل في اعتباره، أنه عندما يتحقق الإلغاء، سيكون قد ترك وظيفته، وأن النتائج ستتحقق في عهد خلفه.

٥- أن مجلس الدولة - نظرا لازدحامه بالعمل - قد زاد إتجاهه إلى تضييق قبول الدعاوي وإلى الحكم بعدم الاختصاص وكل ذلك في غير مصلحة المتقاضين.

لذلـــك اســـتوجب الأمر تعديل ١٩٥٣ للقضاء على بطء الإجراءات وإعادة التوزيع بين مجلس الدولة والمحاكم الإدارية التي حلت محل مجالس المديريات.

الاســـتاذ/ عادل عبدالباقي، تقرير عن تنظيم مجلس الدولة الفرنسي، المنشور في مجلة مجلس الدولة، السنة الحادية عشرة، ص ٤٢٥ وما بعدها.

الفرع الثاني

تنظيم القضاء الإداري في فرنسا

يتكون مجلس الدولة الفرنسي من هيئات إدارية وأخرى قضائية، ويعهد للهيئات الإدارية بوظيفة الإستشارة Fonction consultative وتتمثل في قسم الشئون المالية Finances وقسم الشئون الداخلية Interieur وقسم الأشغال العامة Travaux وقسم الشئون الاجتماعية Sociale بالإضافة إلى هيئة جديدة أنشئت بمقتضى المرسوم رقم ٧٦٦-٦٣ الصادرة في ١٩٦٣/٧/٣٠[١]، والمعدل بالمرسوم رقم ٧٦١-٧٥ الصادر في ١٩٧٥/٨/٢٦ والتي أطلق عليها اسم لجنة التقرير La Commission du rapport وأسند إليها دور هام، حيث تختص بإبداء الرأي حول مشروعات القوانين أو اللوائح أو المقترحات الخاصة بإصلاح الإدارة والمعدة بواسطة المجلس، كذلك أسند إليها المشرع مهمة جديدة تتمثل في مراقبة تنفيذ الأحكام القضائية، إما عن طريق استفسار من الإدارة حول كيفية تنفيذ الأحكام، أو عن طريق العرائض التي يتقدم بها الأفراد للقاضي الإداري عند امتناع الإدارة عن تنفيذ أحكامه[٢].

ويتوزع الاختصاص القضائي[٣] في فرنسا بين المجلس والمحاكم الإدارية، ومحاكم خاصة بالمنازعات والتي خولها القانون سلطة الفصل بمقتضى أحكام نهائية، ويختص المجلس باعتباره محكمة أول درجة بالمنازعات التي وردت بمرسوم ١٩٥٣ على سبيل الحصر، والتي تتمثل في الطعون بسبب تجاوز السلطة أو دعاوي الإلغاء الموجهة ضد المراسيم اللائحية أو الفردية، والمنازعات المتعلقة بالمراكز الفردية للموظفين المعينين بمرسوم، والطعون الموجهة ضد أعمال إدارية يتجاوز نطاق تطبيقها دائرة اختصاص محكمة إدارية[٤] واحدة، والمنازعات الإدارية التي تنشأ خارج دائرة اختصاص المحاكم الإدارية، ومحاكم المستعمرات، وكذلك

---

(١) VICTOR SILVERA: Le reforme du conseil d'État, Recial Sirey, 1963. P. 56.

(٢) Charles DEBBASCH, Contentieux administrative, Dalloz, 1975. P. 194.

(٣) Victor Silvera, op. cit., P. 54.

(٤) دكتور/ محمود محمد حافظ، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ١٢٧ ومابعدها.

المـــنازعات التـــي تنشأ في دولة أجنبية، أو في إحدى الدول التابعة للحماية الفرنســـية، كما ينظر المجلس المنازعة باعتباره محكمة استئنافية وذلك في الطعون الموجهة ضد أحكام المحاكم الإدارية الإقليمية، والمحاكم الإدارية لما وراء الـــبحار، كمـــا ينظر المجلس المنازعة باعتباره محكمة نقض، وذلك بالنسبة للأحكام النهائية الصادرة من محكمة المحاسبات، والمحكمة الخاصة بالإشـــراف علـــى الميزانـــية، والمحكمـــة الخاصـــة بمنازعات التجنيد، أو بمـــنازعات التعلـــيم أو بالمســـاعدات الاجتماعـــية (جميعها محاكم لم ينص القانون على الطعن ضد أحكامها بالاستئناف، حيث تصدر بصفة نهائية)[1].

وتتقاســـم المحاكم الإدارية، مع مجلس الدولة الاختصاص القضائي، حيث جعلهـــا المشـــرع بمقتضـــى مرسوم ١٩٥٣ صاحبة الولاية العامة، بالنسبة لمنازعات الإدارة، حيث أسند إليها مهمة الفصل في كل نزاع يوجد بدائرتها، مركـــز الســـلطة الذي أصدر القرار المطعون فيه، أو أبرم العقد محل النزاع بالإضـــافة إلـــى كـــل ما لا يدخل أصلا في الاختصاص المحدد للمجلس على سبيل الحصر.

وأصـــبح يحكم المنازعات الإدارية مجموعة من التشريعات التي حددت الجهـــات القضـــائية التي تختص بكل منها، وما تتبعه من إجراءات أمامها وكيفية الطعن في الأحكام الصادرة فيها، الأمر الذي سهل على القاضي مهمة الفصل فيها.

وبالنسبة لدور القاضي الإداري الفرنسي في الرقابة على أعمال الإدارة :

فإنه يتمثل إجمالاً فيما يلي:

١- الفصـــل فـــي المنازعات الإدارية، وهذا ما تؤكده المادة (٣٢) من الأمـــر رقـــم ١٧٠٨-٤٥ الصـــادر في ١٩٤٥/٧/٣١ التي تنص على (أن مجلـــس الدولة كهيئة محكمة للقضاء الإداري، هو صاحب الولاية العامة في المســـائل الإدارية، وهو يفصل بغير معقب في طلبات إلغاء الأوامر الصادرة من مختلف السلطات الإدارية، إذا كان مرجع الطعن تجـــاوز السلطة، وكذلك

---

(١) يراجع :
- دكتور/ طعيمة الجرف، رقابة القضاء لأعمال الإدارة، المرجع السابق،ص ١٢١.
- دكتور/ محمود محمد حافظ، المرجع السابق، ص ١٢٨.

يختص بنظر الطعن بطريق النقض في الأحكام الانتهائية الصادرة من المحاكم الإدارية)، وما أورده مرسوم ١٩٥٣ من تعديل يتعلق بإعادة توزيع الاختصاص القضائي بين المجلس والمحاكم الإدارية، التي حلت محل مجالس دواوين المديريات.

٢- بالإضافة إلى وظيفة الفصل في المنازعات، يساهم المجلس كذلك بدور استشاري[١] في مجال العمل الإداري والتشريعي، حيث تنص المادة (٢٤) من الأمر رقم ١٧٠٨-٤٥ السابق الإشارة إليه، (بأنه يجوز لمجلس الدولة من تلقاء نفسه أن يلفت نظر السلطات العامة إلى التعديلات التشريعية أو اللائحية أو الإدارية التي يرى أن الصالح العام يقتضيها)، كما تنص المادة (٤) من ذات الأمر على أن (للوزراء حق حضور جلسات الجمعية العمومية لمجلس الدولة مع حفظ مراتبهم، ولكل منهم حق التصويت عند المداولة في المسائل غير القضائية الخاصة بشئون وزارته).

والأصل أن الإدارة لا تمثل أمام القاضي إلا عند حدوث المنازعة، إلا أنه عن طريق هذا الدور الاستشاري، يساهم القاضي الإداري الفرنسي في عملية ترشيد الإدارة وتسييرها عن طريق ما يقدمه إليها من رأي ومشورة[٢].

٣- مراقبة تنفيذ الأحكام القضائية، بعد أن أحس القاضي الإداري بأنه لا قيمة لحكم لا يمكن تنفيذه بسبب تعنت الإدارة، وامتناعها عن التنفيذ، أو لعدم إدراكها وسيلة أو أسلوب التنفيذ، فلم يعد يكتفي بمجرد إصدار الحكم، وإنما أسند إليه المشرع مهمة الإشراف على تنفيذ ما يصدره من أحكام وذلك بمقتضى مرسوم ١٩٦٣ المعدل في عام ١٩٧٥ ويمارس القاضي دوره هذا، إما بناء على الإستفسار المقدم من الإدارة بطلب إيضاح كيفية التنفيذ، أو بناءً على طلب المحكوم له الذي يشكو من تجاهل الإدارة لحكمه.

وقد نتج عن هذا الازدواج القضائي، إزدواج قانوني أيضاً، أي وجود نوعين من القواعد القانونية : **أحدهما** القانون الخاص الذي يحكم المنازعات

---

(١) دكتور/ طعيمة الجرف، رقابة القضاء لأعمال الإدارة، المرجع السابق، هامش رقم ١، ص ١٢٣.

(٢) Victor Silvera, op. cit., P. 52.

العاديـــة للأفـــراد، **وثانيهما** القانون العام الذي يحكم المنازعة الإدارية. وإذا كانت قواعد القانون الخاص تجد مصدرها الرئيسي في المجموعة المدنية أو الـــتجارية، فـــان قواعـــد القـــانون العام (القانون الإداري) تستمد مصدرها الرئيسي من أحكام القضاء.

وبذلـــك نشـــأ القـــانون الإداري في فرنسا، مستقلاً عن القانون المدني، ومـــتجاوباً مع حاجات الإدارة وظروفها، ومتطوراً غير جامد، وموائماً بيـــن امتـــيـــازات الســـلطـــة العامة التي تتمتع بها الجهات الإدارية وبين حقوق الأفـــراد وحـــرياتهم، فلم يُضح مجلس الدولة بهذه الحقوق والحريات، ولم يطلـــق يد الإدارة بغير قيد. ولكنه في نفس الوقت لم ينكر على الإدارة حقها فـــي إســـتخدام امتيازات السلطة العامة، ولم يعاملها على قدم المساواة مع الأفراد[1].

والنظام الفرنسي بإيجاده محاكم متخصصة وغير مقيدة بنصوص القانون المدنـــي، أتـــاح الفرصـــة لابـــتداع هذه القواعد والنظريات التي تكونت من مجموعها القانون الإداري.

---

(١) انظر :
- دكتور/ ثروت بدوي، القانون الإداري، المرجع السابق، ص ٦٨ ، ٦٩.

المطلب الثاني

نشأة القانون الإداري وتطوره في مصر

يجمع فقه القانون العام في مصر على عدم وجود قانون إداري في مصر قبل إنشاء المحاكم المختلطة سنة ١٨٧٥ والمحاكم الوطنية سنة ١٨٨٣، ذلك أنه على الرغم من تحقيق الوحدة الإدارية للبلاد فإن مبدأ الفصل بين السلطات لم يكن معروفاً، ولم تكن الإدارة تخضع لقواعد قانونية محددة بل إنها كانت تجمع في يدها بين سلطتي التشريع والتنفيذ فضلاً عن عدم خضوعها لسلطة قضائية مستقلة إذ لم يكن هناك فصل بين الهيئات الإدارية والهيئات القضائية، كما أن حق التقاضي ذاته لم يكن مكفولاً بصفة دائمة[1].

وهكذا... تخلفت أهم الأسس التي تقوم عليها الدولة القانونية ولم يجد مبدأ المشروعية مجالاً للتطبيق في هذه الحقبة الزمنية إذ لم تتوافر حماية قانونية أو قضائية جدية لحماية حقوق الأفراد في مواجهة سلطة الإدارة.

أما بعد إنشاء المحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية فقد تغيرت الظروف عما كانت عليه ومع ذلك فقد اختلف الفقهاء حول وجود القانون الإداري في هذه المرحلة في مصر.

وسوف نتناول في هذا المطلب دراسة نشأة القانون الإداري المصري وتنظيم القضاء الإداري بها وذلك في فرعين :

الفرع الاول: نشأة القانون الإداري في مصر.

الفرع الثاني: تنظيم القضاء الإداري في مصر.

---

(١) راجع في ذلك :
- دكتور/ ثروت بدوي، القانون الإداري، المرجع السابق، ص ٧٥.
- دكتور/ مجدي مدحت النهري، مبادئ القانون الإداري، المرجع السابق، ص ٢٨.
- دكتور/ محمد رفعت عبد الوهاب والدكتور/ عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري، سنة ١٩٨٩، الجزء الأول، ص ٤٦.
- دكتور/ محمد فؤاد مهنا، القانون الإداري العربي، الجزء الأول، ص ٥١.
- دكتور/ مصطفى أبو زيد فهمي، القانون الإداري، الدار الجامعية ببيروت، سنة ١٩٨٨ ، ص ١٩.

الفرع الاول

نشأة القانون الإداري في مصر

إن وجـــود القـــانون الإدارى أضحى أمراً لا نزاع فيه بعد إنشاء مجلس الدولة المصرى سنة ١٩٤٦ حيث اضطلع المجلس بدور تاريخى فى تأسيس وتكريس وتطوير قواعد ومبادئ القانون الإدارى فى مصر.

بيد أن المرحلة اللاحقة لإنشاء المحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية كانت لهـــا أهمية خاصة في التمهيد لإنشاء القانون الإداري في مصر، ودافعاً إلى ضرورة إنشاء مجلس دولة على غرار مجلس الدولة الفرنسي.

وبـــناء علـــى ذلك فإننا سوف نعالج نشأة القانون الإدارى وتطوره فى مصر من خلال هاتين المرحلتين.

أولاً : القانون الإداري بعد إنشاء المحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية :

أُنشئت المحاكم المختلطة فى مصر سنة ١٨٧٥ نتيجة لتفشي الامتيازات الأجنبـــية فى مصر لتختص بالمنازعات التى يكون الأجانب طرفا فيها سواء مع مواطنين مصريين أو مع الإدارة المصرية.

وبعد ذلك بعدة سنوات أُنشئت المحاكم الأهلية سنة ١٨٨٣ لتتولى الفصل فى منازعات المواطنين المصريين مع بعضهم البعض أو مع الإدارة.

وقـــد صدرت تبعاً لذلك مجموعات القوانين المتنوعة المختلطة والأهلية، كمـــا صـــدرت لائحة ترتيب خاصة لكل منها لتطبيقها على المنازعات التى تطـــرح أمامهـــا، وبذلـــك تم كفالة حق التقاضى للجميع أمام جهات قضائية مستقلة.

كمـــا صـــدر أول دستور لمصر المستقلة سنة ١٩٢٣ والذى فصل بين الســـلطات العامـــة فى الدولة محدداً اختصاص كل سلطة وتضمن عدداً من النصوص المتعلق ببعض التنظيمات الإدارية.

ونـــتج عـــن هذه التطورات أن ثار التساؤل عما إذا كان قد نشأ القانون الإدارى ووجد فى هذه المرحلة أم لا ؟.

لقـد انقسم الفقه إزاء هذه المسألة إلى فريقين. إذ قال الفريق الأول أن القانون الإدارى نشأ ووجد فى مصر فى هذه المرحلة، فى حين ذهب الفريق الـثانى إلـى عدم الإقرار بوجود القانون بالمعنى الحقيقى فى مصر فى هذه الحقبة الزمنية.

١- القائلون بوجود قانون إدارى :

استند الفريق الأول من الفقه إلى عدة حجج وأسانيد تتلخص فيما نصت علـيه المـادة (١١) من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة من أنه (ليس لهذه المحاكم أن تحكم فى أملاك الحكومة من حيث الملكية ولا أن تؤول معنى أمر يـتعلق بالإدارة ولا أن توقف تنفيذه، إنما يجوز لها فى الأحوال المنصوص علـيها فى القانون المدنى أن تحكم فى الإعتداءات التى تنشأ عن إجراءات إدارية تقع على حق مكتسب لأحد الأجانب).

وكذلك ما جاء فى المادة (١٥) من لائحة ترتيب المحاكم الوطنية من أنه (ليس لهذه المحاكم أن تحكم فيما يتعلق بالأملاك الأميرية، من حيث الملكية ولا أن تـؤول معنى يتعلق بالإدارة ولا أن توقف تنفيذه، إنما تختص بالحكم فى المواد الآتية :

أولاً : كافة الدعاوى المدنية والتجارية الواقعة بين الأهالى والحكومة فى شأن منقولات أو عقارات.

ثانياً : كافة الدعاوى التى ترفع على الحكومة بطلب تضمينات ناشئة عن إجراءات إدارية تقع مخالفة للقوانين أو الأوامر العالية.

وقـد اسـتخلص هؤلاء الفقهاء من هذين النصين أن المشرع المصرى أعلـن عـن مبدأيـن أساسـيين أولهما مبدأ الفصل بين الهيئات القضائية والهيـئات الإداريـة، وأمـا المبدأ الثانى فهو مبدأ إخضاع الإدارة للقوانين بـتقرير مسـئوليتها عـن أعمالها التى تقع مخالفة للقوانين وتحدث ضرراً بالأفراد[١]. ولهذا فإنهم يرون أن هذا النص كان هو اللبنة الأولى فى صرح القانون الإدارى المصرى[٢].

---

(١) دكتور/ محمد فؤاد مهنا، القانون الإدارى العربى، الجزء الأول، المرجع السابق، ص ٥٢.
(٢) دكـتور/ سليمان محمد الطماوى، الوجيز فى القانون الإدارى، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٦، ص ١٠.

كما استند هذا الفريق إلى بعض الأحكام القضائية التى أصدرتها المحاكم المختلطة والمحاكم الوطنية فى مصر. ومن هذه الأحكام ما قضت به محكمة الإسكندرية المختلطة فى قضية شركة ترام الإسكندرية فى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٨ من أن القانون الإدارى يوجد فى كل دولة متحضرة بمجرد أن يوجد بهـا نظـام للمرافق العامة وما يستوجبه من علاقات قانونية يحددها تكوين هذه المرافق وتسييرها والشعور بالطبيعة الخاصة لهذه العلاقات[١].

كما قضت محكمة الاستئناف المختلطة فى حكمها الصادر فى ٢٦ يونيو ١٩٤١ أن مـبدأ المساواة بين المنتفعين بالمرافق العامة ليس سوى تطبيق لمـبدأ مـن مـبادئ القانون العام يقضى بمساواة كل السكان أمام التكاليف العامة.

وكذلـك ما قرره القضاء الوطنى من أن علاقة الموظف بالحكومة ليست علاقـة تعاقديـة عادية تخضع لقواعد إجازة الأشخاص المقررة فى القانون المدنـى، ولكن الموظف فى علاقته بالحكومة يعتبر فى مركز قانونى يحدده القانون العام[٢].

وأخيراً استند هؤلاء الفقهاء إلى الدستور المصرى الصادر سنة ١٩٢٣ حيث يرون أنه تضمن نصوصاً تدل دلالة قاطعة على وجود قانون إدارى فى مصـر. إذ نصت المادة (١٣٢) من هذا الدستور على أن (تعتبر المديريات والمـدن والقرى فيما يختص مباشرة حقوقها أشخاص معنوية وفقاً للقانون العام بالشروط التى يقررها القانون)، كما جاء فى المادة (٤٤) من الدستور أن (الملك يرتب المصالح العامة ويولى ويعزل الموظفين على الوجه المبين بالقانون).

٢- المنكرون لوجود قانون إدارى :

يرى هذا الفريق أن المنازعات الإدارية كانت تخضع بصفة عامة لقواعد القانون المدنى، حيث كانت المسئولية الإدارية تقـوم على أساس المسئولية

---

(١) حكـم شركة ترام الاسكندرية والرمل ضد بلدية الاسكندرية، محكمة الاسكندرية المختلطة، ١٩٢٨/١٢/٢٩، الجازيت ١٩، ص ٥٥ رقم ٥٩.

(٢) حكـم محكمـة اسـتئناف مصـر الوطنية الصادر في ٢٤ مارس سنة ١٩٣٠، المجموعة الرسـمية، السنة ٣١، حكم رقم (١١٤)، ص ٢٩٣، مشار إليه في مؤلف الدكتور/ محمد فؤاد مهنا، المرجع السابق، ص ٥٤.

المدنـــية مـــن ناحـــية، وكانـــت المنازعات التعاقدية التى تثور بين الإدارة والمتعاقديـــن معها تخضع لقواعد القانون المدنى وعلى رأسها قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) من ناحية أخرى.

كمـــا كانـــت المحاكم تطبق أحكام المجموعة المدنية على أموال الإدارة وبطبـــيعة الحال لم تكن دعوى إلغاء القرارات الإدارية المعيبة موجودة فى مصر قبل إنشاء مجلس الدولة المصرى[١].

ولهـــذا يطلـــق هـــذا الجانب الفقهى على هذه المرحلة (مرحلة القانون الخاص) حيث سادت فيها قواعد القانون المدنى، وكان هذا أمراً طبيعياً يتفق كـــل الاتفـــاق مع موجود قضاء واحد ، يطبق قانوناً فى كل المنازعات التى تعرض عليه[٢].

ولا يكفى الاستناد إلى بعض الأحكام القضائية والتى قررت الأخذ بمبدأ أو نظرية أو بعض مبادئ ونظريات القانون العام فى بعض المنازعات الإدارية، للقـــول بوجود القانون الإدارى بمدلوله الفنى فى مصر فى هذه المرحلة. إذ كـــان الأصـــل هو تطبيق قواعد القانون المدنى ولم يكن الالتجاء إلى قواعد القانون الإدارى التى استخلصها الفقه والقضاء فى فرنسا إلا أمراً استثنائياً، كما كان تطبيق القانون المدنى مسألة إلزامية للقاضى المصرى[٣].

ورغـــم أن القضـــاء المختلط والأهلى استطاع الخروج على القيود التى فرضـــتها عليه النصوص اللائحية السابق الإشارة إليها، بما استقرت عليه أحكامه من أن القرارات الإدارية التى يمتنع عليه عدم التعرض لـــه بالتأويل هـــى القـــرارات الإدارية السليمة المستكملة لأركانها، أما القرارات الإدارية الباطلة فلا تعدو أن تكون أعمال غضب يتعين على القضاء إهدارها.

ومـــع ذلك لم يصل القضاء إلى درجة إلغاء هذه القرارات الباطلة وإنما اكتفى بالحكم بالتعويض عما تسببه من أضرار.

---

(١) دكتور/ ثروت بدوي، القانون الإداري، المرجع السابق، ص ٨٣.
(٢) دكتور/ مصطفى أبوزيد فهمي، القانون الإداري، المرجع السابق، ص ١٩ ، ٢٠.
(٣) دكتور/ ثروت بدوي، القانون الإداري، المرجع السابق، ص ٨٢ ، ٨٣.

وقــد انتهى أصحاب هذا الاتجاه إلى الجزم بأن (القانون الإدارى لم يكن لينشــأ فى مصر لولا إنشاء مجلس الدولة)[1]. وأن الإنشاء الحقيقى لأساس القــانون الإدرى ونظرياته وأحكامه المستقلة عن القانون الخاص قد تحقق بواسطة مجلس الدولة المصرى.

ونحـن نعـتقد أن المــرحلة اللاحقــة لإنشاء المحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية كانت لها أهمية خاصة فى التمهيد لإنشاء القانون الإدارى فى مصر وأن أحكــام القضــاء المخــتلط والأهلى كان دافعاً للشعور بضرورة إنشاء مجلــس دولة مصرى على غرار مجلس الدولة الفرنسى ليتولى الفصل فى المنازعات الإدارية ليرسى قواعد ومبادئ القانون الإدارى.

ثانياً : القانون الإدارى بعد إنشاء مجلس الدولة المصرى :

تحقــق الأمــل سنة ١٩٤٦ بالقانون رقم (١١٢) بإنشاء مجلس الدولة المصــرى، حيــث منح اختصاصاً قضائياً واختصاصاً تشريعياً. وكان الوليد الجديــد ذا اختصاصــات محــددة على سبيل الحصر، وبمحكمة وحيدة وهى محكمة القضاء الإدارى.

ومــا لبــث أن شــب المجلس بسرعة واقتدار وتوالت القوانين المنظمة لأقسامه والموسعة لاختصاصاته.

إذ صدر القانون رقم (٩) لسنة ١٩٤٩ موسعاً لاختصاصات المجلس ثم أنشئت المحاكم الإدارية بجوار محكمة القضاء الإدارى بالقانون رقم (١٤٧) لسنة ١٩٥٤.

واســتكمل القســم القضــائى شكله القانونى بالقانون رقم (١٦٥) لسنة ١٩٥٥ بإنشــاء المحكمــة الإدارية العليا على قمة محاكم هذا القسم وكذلك إنشاء هيئة مفوضى الدولة لتقوم بتحضير الدعاوى وتهيئتها للمرافعة.

وصــدر قانون آخر لتنظيم مجلس الدولة وهو القانون رقم (٥٥) لسنة ١٩٥٩ بعــد الوحدة بين مصر وسوريا سنة ١٩٥٨ الذى أدخلت عليه عدة تعديلات فى السنوات اللاحقة.

---

(١) دكتور/ ثروت بدوي، المرجع السابق، ص ٨٦.

وفـــى ســـنة ١٩٧٢ صدر القانون رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ ليعيد تنظيم مجلـــس الدولـــة بناء على نصوص دستور جمهورية مصر العربية الصادر سنة ١٩٧١.

إذ تضـــمن الدســـتور نصاً هاماً للغاية بالنسبة لمجلس الدولة وهو نص المـــادة (١٧٢) الذى قرر أن (مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة ويختص بالفصـــل فـــى المـــنازعات الإداريـــة وفى الدعاوى التأديبية ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى).

وعلـــى أساس هذا النص جاءت المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ لتعدد هذه الاختصاصات فى البنود من أولاً إلى ثالث عشـــر، بعد أن ذكرت فى صدرها "تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل فى المسائل الآتية"، ثم أعلنت فى البند الرابع عشر "سائر المنازعات الإداريـــة" لإزالـــة أى لـــبس بصـــدد الاختصاص العام لمجلس الدولة بهذه المنازعات.

وبذلك أصبح مجلس الدولة هو قاضى القانون العام المختص بالفصل فى المـــنازعات الإدارية والدعاوى التأديبية، بعد أن كان قاضياً ذا اختصاصات محددة على سبيل الحصر.

ويـــتكون مجلس الدولة من ثلاثة أقسام : قسم الفتوى، وقسم التشريع، والقسم القضائى الذى أصبحت المحاكم التأديبية جزءاً منه.

ولقد قام مجلس الدولة المصرى بدور تاريخى فى إرساء قواعد القانون الإدارى وتكـــريس مـــبادئه، وحمايـــة حقوق الأفراد وحرياتهم فى مواجهة تجـــاوز الســـلطة الإداريـــة حدودهـــا، ورعاية المصلحة العامة عن طريق الموازنة بين حقوق الأفراد ومتطلبات الإدارة.

إذ استخدم المجلس سلطاته القانونية فى إصدار الأحكام القضائية بإلغاء القـــرارات الإداريـــة المعيـــبة، والتعويض عما ينتج عن تنفيذها من أضرار وباتـــباع القواعـــد والأحكام الملائمة لطبيعة المنازعات الإدارية والدعاوى التأديبية التى تختلف طبيعتها عن المنازعات المدنية.

الفرع الثاني

تنظيم القضاء الإداري في مصر

كانت هناك محاولات متعددة لإنشاء نظام للقضاء الإداري مشابهاً للنظام الفرنسي[1]، إلا أن السلطة التنفيذية – في ذلك الوقت – تخوفت من وجود قاض متخصص للفصل في منازعاتها، ومن ثم عمدت إلى تعطيل هذه المحاولات، وإزاء قوة التيار المنادي بها، تهيأت أخيراً الفرصة بإقرار القانون ١١٢ لسنة ١٩٤٦[2].

ومن الملاحظ أنه عند إنشاء مجلس الدولة المصرى سنة ١٩٤٦ تباينت الآراء بشأنه، كما سبق القول، فقد لقى مجلس الدولة تأييداً وترحيباً من أغلبية الفقهاء والكتاب، بل كان إنشاؤه ثمرة جهود بعضهم واستجابة لدعوة هذا البعض الملحة إلى الأخذ بنظام القضاء الإداري لما أسفرت عنه التجربة الفرنسية من أعظم المزايا وحققته من أكبر الضمانات لحماية حقوق الأفراد وحرياتهم، ولكن بعضاً آخر من رجال الفقه وقف معترضاً في وجه هذا النظام الجديد وقيل إن مجلساً كهذا لم يكون إلا سلطة فوق السلطات[3].

---

(١) في تفاصيل هذه المحاولات انظرْ الدكتور/ ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، منشأة المعارف بالاسكندرية، ٢٠٠٠، ص ١٢٤ وما بعدها.

(٢) ويقول أستاذنا المرحوم الدكتور/ عبدالرزاق أحمد السنهوري، في هذا الصدد (مجلس الدولة المصري نشأ في أحضان البرلمان، ورأت فيه السلطة التنفيذية منافساً لها – وقدرت بأنه سيكون دولة داخل دولة، وكان ذلك إزاء تقديم مشروع قانون ١٩٤١ – وأنه سلطة رابعة إلى جانب السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية، بل فوق السلطات Super pouvoir وأن السلطة التنفيذية ستصبح داخلة في وصايته، وأنه بما يملكه من إبطال القرارات الإدارية سيخل بالمسئولية الوزارية أمام البرلمان، وأنه سيسلب مجلس الوزراء سلطته في التأويل التشريعي الذي تخوله إياها القوانين، وحقه في نفس المنازعات التي تقوم بين الوزارات ويفسر أمور الموظفين واستقامة العمل في المصالح، إلى أنه سيعتدي على اختصاص المحاكم وستتركز فيه سلطات لم تمنح لأحد من قبل، فإنشاؤه من أجل ذلك مخالف للدستور... وذلك لأن مجرد الشعور بأن عملا إداريا ينسب إلى الوزير أو إلى رئيس المصلحة يمكن أن يعرض للنقد والتجريح في المحاكم، وان الحكم بمخالفته للقانون سيستتبع القضاء بتعويض تدفعه خزانة الحكومة بل القضاء بإبطال ما يمس كرامة الحكام وهيبة الإدارة..).
– الدكتور/ عبدالرزاق السنهوري، مقالة، مجال التفرقة بين مجلس الدولة المصري والفرنسي، المنشورة بمجلة الدولة، العدد الأول، ص ١ وما بعدها.

(٣) لمزيد من التفاصيل راجع :
– مقال الدكتور/ عبدالمجيد بدوي، تحول لجنة الحكومة الى مجلس دولة، مجلة مجلس الدولة، السنة الأولى، يناير ١٩٥٠، ص ٣٧ وما بعدها.
– مقال الدكتور/ عثمان خليل عثمان، تطور القضاء الإداري في الجمهورية العربية المتحدة، مجلة العلوم الإدارية، السنة الأولى، يونيو ١٩٥٩، ص ٥٣ وما بعدها.
– دكتور/ محمد فؤاد مهنا، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، السنة الجامعية ٥٦ – ١٩٥٧، ص ٣٨.

ولم يكن من المنتظر من المشرع، أن ينتقل طفرة واحدة من نظام يشبه القضـــاء الموحد، إلى نظام متكامل للقضاء الإداري بمقتضى قانون ١٩٤٦، وتوالـــت تعديـــلات عدة على القانون المذكور، وكان كل منها يمنح المجلس اختصاصـــاً جديـــداً، أو يعمـــل على تطويره[١]، فصدر القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ وكـــان مـــن أهـــم التعديلات التي جاء بها تقريره اختصاص محكمة القضـــاء الإداري بالفصـــل في المنازعات المتعلقة بعقود الالتزام والأشغال العامـــة، وعقود التوريد الإدارية التي تنشأ بين الحكومة والطرف الآخر في العقـــد، وكذلـــك اختصاص محكمة القضاء الإداري بالنظر في الطعون التي ترفع عن القرارات النهائية الصادرة من جهات إدارية ذات اختصاص قضائي مـــتى كـــان مرجع الطعن فيها عدم الاختصاص أو وجود عيب في الشكل أو مخالفة القوانين أو اللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها وشمول الأحكام الصادرة بالإلغاء بالصيغة التنفيذية، ثم ألغى هذا القانون وحل محله القانون رقـــم ١٦٥ لســـنة ١٩٥٥، وأجـــرى تعديل لهذا القانون، كي يلائم ظروف الوحـــدة بين مصر وسوريا فألغى وحل محله القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ والذي أدخلت عليه مجموعة من التعديلات كان آخرها القانون رقم ٨٦ لسنة ١٩٦٩[٢].

ويمكـــن أن نقرر أن دور القاضي الإداري في ظل القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ ومـــا طـــرأ عليه من تعديلات كان محدداً على سبيل الحصر، مما قد يفهـــم منه أن القاضي العادي هو صاحب الولاية العامة بالنسبة للمنازعات عمومـــا عـــدا مـــا أخرجه المشرع على سبيل الحصر وأسنده إلى القاضي الإداري[٣].

---

(١) انظر :
- دكـــتور/ عبدالحكـــيم فـــراج، مقالة، القضاء الإداري في مصر وتحول محكمة القضاء الإداري مـــن محكمـــة ذات اختصـــاص محدد إلى محكمة ذات ولاية عامة في المسائل الإدارية، مجلة مجلس الدولة، السنة ٢، يناير ١٩٥١، ص ١١٨ وما بعدها.

(٢) القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ صدر في ١٩٥٩/٢/٢١، وعدل بمقتضى القوانين ١٤٠ لعام ١٩٦٢، القـــانون رقم ٣١ ، ٩٢ لسنة ١٩٦٣، القانون رقم ١٤٤ لسنة ١٩٦٤، والقانون رقم ٨٦ لسنة ١٩٦٩.

(٣) نظم المشرع اختصاص القاضي الإداري – في هذه المرحلة – على سبيل الحصر في المواد (٨ ، ٩ ، ١٠ ، ١١ ، ١٢ ، ١٣ ، ١٤) ونـــرى أنهـــا جميعا منازعات بسيطة، بحيث إذا عـــرض القاضي الإداري منازعة إدارية – بطبيعتها – خلاف ما أورده المشرع في المواد السابقة حكم بعدم الاختصاص، وإذا حدث وتعرض للفصل فيها كان حكمه فيها محلاً للطعن فيه لأنه خرج به عن قواعد الاختصاص.

وعلـــى الرغم من أن مجلس الدولة المصري بقى حتى سنة ١٩٧١، ذا اختصاصات محدودة، فإنه قد نجح في إرساء دعائم القانون الإداري، وبناء نظرية متكاملة لـــه، واستلهام الحلول المناسبة للمشكلات الإدارية التي كانت تطرح أمامه للفصل فيها، وابتداع المبادئ والأحكام التي جعلت منـــه قانوناً مستقلاً عن القانون المدني، له أصوله ونظرياته الخاصة، ويتســـم بقدر من المرونة التي تسمح لـــه بالتطور والنماء المستمر، والقابلية للتجاوب الدائم مـــع الظـــروف المتغيرة. وبذلك اكتملت للقانون الإداري خصائصه المميزة، وسماته الأصيلة[١].

وكـــان لابد للمشرع أن يتدارك قصور التشريع السابق، الذي كان يضيق مـــن ولايـــة القاضـــي الإداري ويحدها (في الوقت الذي رسخت فيه أحكام القضاء الإداري المصري وأصبحت مثلا يحتذى به للنظم القضائية الأخرى)، ومـــن ثـــم صـــدر القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن إعادة تنظيم مجلس الدولـــة الذي خول للقاضي الإداري المصري الولاية العامة بنظر المنازعات الإدارية، حيث ورد نص المادة العاشرة على أن :

(تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المسائل الآتية :

أولاً : الطعون الخاصة بانتخابات الهيئات المحلية.

ثانياً : المـــنازعات الخاصـــة بالمرتـــبات والمعاشـــات والمكافآت المستحقة للموظفين العموميين أو لورثتهم.

ثالثاً : الطلبات التي يقدمها ذو الشأن بالطعن في القرارات الإدارية النهائية الصادرة بالتعيين في الوظائف العامة، أو الترقية، أو بمنح العلاوات.

رابعاً : الطلـــبات التي يقدمها الموظفون العموميون بإلغاء القرارات الإدارية الصادرة بإحالتهم إلى المعاش أو الإستيداع أو فصلهم بغير الطريق التأديبي.

خامساً : الطلـــبات التـــي يقدمها الأفراد أو الهيئات بإلغاء القرارات الإدارية النهائية.

---

(١) دكتور/ ثروت بدوي، القانون الإداري، المرجع السابق، ص ٩٢.

سادساً : الطعـــون فـــي القـــرارات النهائية الصادرة من الجهات الإدارية في مـــنازعات الضـــرائب والرســـوم وفقـــا للقانون الذي ينظم كيفية نظر هذه المنازعات أمام مجلس الدولة.

سابعاً : دعاوي الجنسية.

ثامناً : الطعـــون التي ترفع عن القرارات النهائية الصادرة من جهات إدارية ذات اختصـــاص قضـــائي[1]، فيما عدا القرارات الصادرة من هيئات التوفيق والتحكيم في منازعات العمل، وذلك متى كان مرجع الطعن عدم الاختصاص أو عيـــباً فـــي الشكل أو مخالفة القوانين واللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها.

تاسعاً : الطلـــبات التي يقدمها الموظفون العموميون بإلغاء القرارات النهائية للسلطات التأديبية.

عاشراً : طلـــبات التعويض عن القرارات المنصوص عليها في البنود السابقة سواء رفعت بصفة أصلية أو تبعية.

حادي عشر : المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري آخر.

ثاني عشر : الدعاوي التأديبية المنصوص عليها في هذا القانون.

ثالث عشر : الطعـــون في الجزاءات الموقعة على العاملين بالقطاع العام في الحدود المقررة قانون.

رابع عشر : سائر المنازعات الإدارية.

ويشـــترط فـــي طلـــبات إلغاء القرارات الإدارية النهائية أن يكون مرجع الطعن عدم الاختصاص، أو عيباً في الشكل أو مخالفة القوانين واللوائح، أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها، أو إساءة استعمال السلطة).

---

(١) انظـــر الدكتور/ القطب محمد طبلية، العمل القضائي في القانون المقارن والجهات الإدارية ذات الاختصـــاص القضائي في مصر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق – جامعة القاهرة، عام ١٩٦٢.

وقــد تــرك المشــرع الباب مفتوحا، بمقتضى الفقرة الرابعة عشرة من المادة العاشرة لما يمكن أن يستحدث من منازعات إدارية، إيماناً منه بتطور دور الإدارة، وإمكانــية ظهــور مــنازعات جديدة من ناحية، واجتهاد الفقه والقضاء من ناحية ثانية.

تنظيم القضاء الإداري في مصر :

يــتكون مجلس الدولة في مصر من ثلاثة أقسام وفقا لقانون ٤٧ لسنة ١٩٧٢ القسم القضائي، قسم الفتوى، قسم التشريع :

القسم الأول : القسم القضائي :

ويــتكــون مــــن المحكمــــة الإدارية العليا ومحكمة القضاء الإداري، والمحاكم الإدارية[١]، والمحاكم التأديبية[٢]، وهيئة مفوضي الدولة[٣].

القسم الثاني : قسم الفتوى :

ويــتكون هــذا القســم من إدارات مختصة لرئاسة الجمهورية ورئاسة مجلس الوزراء والهيئات العامة، ويرأس كل إدارة منها مستشار أو مستشار مســاعد، ويتم تعيين عدد من الإدارات وتحديد دوائر اختصاصها بقرار من الجمعية العامة للمجلس.

---

(١) تنص المادة الخامسة من قانون ٤٧ لسنة ١٩٧٢ (يكون مقار المحاكم الإدارية في القاهرة والإســكندرية، ويجــوز إنشــاء محــاكم إداريــة في المحافظات الأخرى بقرار من رئيس المجلس...).

(٢) وتتكون المحاكم التأديبية من نوعين :
أ- المحاكم التأديبية للعاملين من مستوى الإدارة العليا ومن يعادلهم.
ب- المحاكم التأديبية للعاملين من المستويات الأول والثاني والثالث ومن يعادلهم.
ويكون مقار المحاكم التأديبية من النوع الأول بالقاهرة والإسكندرية، وتؤلف من دائرة أو أكــثر وتشكل كل منها من ثلاثة مستشارين، ويكون مقار المحاكم التأديبية للعاملين من المستويات الأول والثاني والثالث في القاهرة والإسكندرية وتؤلف من دوائر تشكل كل منها برئاســة مستشــار مســاعد علــى الأقل، وعضوية اثنين من النواب على الأقل، ويصدر بالتشــكيل قرار من رئيس المجلس ويجوز إنشاء محاكم تأديبية في المحافظات بقرار من رئيس مجلس الدولة بعد أخذ رأي مدير النيابة الإدارية، حيث تتولى النيابة الإدارية وظيفة الادعاء أمام المحاكم التأديبية.

(٣) انظــر الدكــتور/ أحمد كمال الدين موسى، مقالة بعنوان (نظام مفوضي الدولة في مصر)، المنشور بمجلة مجلس الدولة، السنة ١١، ص ١٩٦ وما بعدها.
وأيضــا مقالته المنشورة بجريدة الأهرام اليومية بعنوان، رفقا بنظام المفوضين، الصادرة بتاريخ ١٩٧٧/٨/٣١، ص ٣.

وتختص الإدارات المذكورة[1] بإبداء الرأي في المسائل التي يطلب الرأي فيها سواء من رئاسة الجمهورية أو رئاسة الوزراء أو الوزارات المختلفة أو الهيئات العامة كما عهد إليها المشرع سلطة فحص التظلمات الإدارية إلا أنه في حالات أخرى، تلتزم تلك الجهات بضرورة أخذ رأي قسم الفتوى وخاصة في حالات الصلح أو التحكيم أو العقود أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه مصري.

القسم الثالث : قسم التشريع :

ويتكون هذا القسم من أحد نواب رئيس المجلس وعدد كاف من المستشارين، والمستشارين المساعدين، والنواب والمندوبين، ويقوم هذا القسم بمهمة مراجعة صياغة مشروعات القوانين والقرارات ذات الصبغة التشريعية المراد استصدارها، ويلزم المشرع[2] الوزارات والمصالح أن تعهد إلى قسم التشريع بإعداد مشروعات القوانين والقرارات.

ويقوم القاضي الإداري المصري بمعاونة الإدارة وأجهزتها المختلفة بالرأي والمشورة عن طريق قسم الفتوى بالإضافة إلى إعداد مشروعات القوانين والقرارات ذات الصبغة التشريعية أو مراجعة صياغتها، هذا التعاون يبين لنا بحق أن القاضي الإداري هو الحليف الطبيعي للإدارة وصديقها الأمين، وكما يقول الأستاذ الدكتور/ عبدالرزاق السنهوري (فإنه يسمع لها ويشير عليها، ويعينها في النوازل، وهو الذي يرسم بقضائه الحدود فيما تعمل وفيما تترك، فينير لها السبيل، ويعبد أمامها الطريق وتستطيع الإدارة أن تنتفع بمجلس الدولة إلى أبعد مدى من كل هذه الشئون، فتستعين بخبرته الطويلة في شئون الفتيا، وبتمرسه بفن الصياغة التشريعية في شئون التشريع، وتسير على المبادئ القانونية التي أقرها قضاؤه الإداري، فتنشرها بين الوزارات والمصالح، حتى تتوقى الوقوع في الخطأ وحتى يتبين لها الطريق السوي فلا تجافيه ولا تنحرف عن مساره)[3].

---

(١) المادة (٥٨) من قانون مجلس الدولة المصري رقم ٤٧ عام ١٩٧٢.
(٢) وذلك بمقتضى المادة (٦٣) من القانون المشار إليه.
(٣) ويؤكد المرحوم الدكتور/ عبدالرزاق السنهوري، على (الثقة المتبادلة بين المجلس والإدارة، لأن هذه الثقة هي أول شيء ينبغي أن يسود فيما يقوم بين المجلس والإدارة، وبغير هذه الثقة لا يستقيم أمر ولا تصلح حال، فتبقى أحكام المجلس معطلة عن التنفيذ، وتبقى نظمه ناقصة ولا تأمن الإدارة من ناحيتها الزلل، وتتعثر خطواتها، وتنحرف في تصرفاتها عن الطريق السوي، أن الإدارة والمجلس إذا تعاونا وسادت الثقة فيما بينهما صار كل منهما قويا).
دكتور/ عبدالرزاق السنهوري، المقالة السابقة، ص ٢١ وما بعدها.

وإلـــى جانـــب الاختصاص الاستشاري والتشريعي، فانه يلعب دوراً هاماً بالنســـبة للمـــنازعات الإدارية، حيث يملك فحص شرعية القرارات الإدارية التنظيمية أو الفردية، وإلغائها إذا كانت مخالفة للقانون أو مشوبة بعيب في الشـــكل أو الإجراء أو عدم الاختصاص أو إساءة استعمال السلطة، بالإضافة إلى ولايته في التعويض لإصلاح الأضرار التي تسببها الإدارة للأشخاص.

وإذا كـنا نشـير بإعجـــاب إلى تكامل نظام القضاء الإداري الفرنسي، فإن نظـــام القضـــاء الإداري المصري، وخاصة في ظل القانون الأخير رقم ٤٧ لســـنة ١٩٧٢ **لا يقـل أهمـية عن نظيره الفرنسي**، حيث أنه لم يقتصر دوره علـــى تأكيد سلطان القاضي الإداري على المنازعة الإدارية، وإنما لاهتمامه بترشيد ومعاونة الإدارة، فلم يعد ينظر إليه كملاذ يهرع إليه المتضررون من تعسف الإدارة لردعها، **وإنمـا كحليف طبيعي للإدارة**، بما يقدمه لها من رأي ونصح لترشيدها في القيام بأعبائها.

المطلب الثالث

نشأة القانون الإداري في الكويت

في بداية الأمر لم تكن الدولة تتدخل في نشاط الأفراد، ومن ثم لم يكن هناك نزاعات تنشأ بينها وبين الأفراد تبرر وجود قانون إداري لحلها. ولكن مع تدخل الدولة في ممارسة الأنشطة الشبيهة بنشاط الأفراد نشأت مشاكل جديدة ونزاعات مختلفة، فكان لابد من ظهور قواعد قانونية تحكم هذه الخلافات، وكانت الحاجة ملحة لوجود قضاء مستقل عن القضاء العادي لوضع الحلول لهذه المشاكل والمنازعات والفصل فيها، وهكذا ظهرت قواعد القانون الإداري وظهر القضاء الإداري[1]. فالقانون الإداري تزداد موضوعاته، وبالتالي تزداد أهميته وتتكاثر قواعده، كلما زاد تدخل الدولة في النشاط الخاص[2].

ونعرض لموضوع نشأة القانون الإداري في الكويت من خلال دراسة مرحلتين نرى أنهما من الأهمية بمكان في هذا الصدد. **المرحلة الأولى** قبل إنشاء الدائرة الإدارية، **والمرحلة الثانية** بعد إنشاء الدائرة الإدارية.

المرحلة الأولى : القانون الإداري قبل إنشاء الدائرة الإدارية :

كانت السمة الغالبة لنظام الحكم في الكويت في بداية نشأتها، كونه حكماً مطلقاً يجمع فيه الأمير جميع السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية، بيد أن ذلك كان من الناحية النظرية، أما من الناحية الواقعية، كان الحكم بصفة عامة حكماً شورياً، يستنير الأمير فيه برأي أهل الحل والعقد في البلاد.

وكانت السمة الثانية، وهى نتيجة منطقية للسمة الأولى، أن الحكم لم يكن يعرف مبدأ الفصل بين السلطات الثلاثة التشريعية والتنفيذية والقضائية، فكان الأمير مشرعاً ومنفذاً وقاضياً، فالإدارة إذن لم تكن إدارة عامة فحسب،

---

(١) راجع :
- دكتور/ محمد عبدالمحسن المقاطع، والدكتور/ أحمد حمد الفارسي، القانون الإداري الكويتي، الجزء الأول، التنظيم الإداري – الأموال العامة – الوظيفة العامة، المرجع السابق، ص ١٦.

(٢) دكتور/ عبدالفتاح حسن، مبادئ القانون الإداري الكويتي، المرجع السابق، ص٢٣.

بـــل كانت إدارة عاملة وقاضية في آن واحد. ولا يعني ذلك بداهة أن الأمير كـــان يدير بنفسه كل شيء أو أنه كان يقضي بنفسه في كل منازعة. ولكنه كان على أية حال المرجع الأعلى في الإدارة وفي القضاء على حدء سواء. ولم ينته هذا الوضع إلا بصدور قانون تنظيم القضاء رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩، الذي عُمل به اعتباراً من أول نوفمبر سنة ١٩٦٠.

ولو تمعنا في الأمر لرأينا أن الكويت كانت تعرف ملامح القانون الإداري بـــالمفهوم الواسع منذ مطلع الثلاثينات من هذا القرن، فكانت الإدارة تتكون من الإدارات وبعض المجالس، ومن مظاهر اللامركزية المرفقية في الكويت خلال هذه المرحلة :

١ـ الإدارات :

وهى أجهزة إدارية، يشرف كل منها على نشاط معين، وتقابل الوزارات وفقـــاً للتســـميات الحديـــثة، وكانت أول إدارة أُنشئت في الكويت هى إدارة الجمارك، وقد أنشأها الشيخ/ مبارك الصباح عام ١٨٩٩. ثم توالت بعد ذلك إنشاء الإدارات الأخرى، فظهرت إدارات الصحة والأوقاف والمعارف والبلدية والشرطة والمالية وغيرها.

وفـــي ١٩٥٤/٧/١٩ شُـــكلت لجـــنة للإصلاح الإداري لتنظيم الدوائر الحكومية، وقد انتهت إلى تشكيل الدوائر الآتية : المحاكم، الأمن والشرطة، المعـــارف، الصحة، الأيتام، أملاك الدولة، المالية، الجمارك، الأشغال العامة، المطـــبوعات والنشـــر، الشئـــون الاجتماعيـــة، شئـــون الموظفين، البرق والبريد والتليفون، الأوقاف العامة، الكهرباء، مصلحة المياه، البلدية، مجلس الإنشـــاء، التسجيل العقاري، الشئون الإدارية والإسكان، الميناء. ثم أُضيفت إليها بعد ذلك الأمن العام للإشراف على الجيش وشئون السفر والإقامة.

وكانـــت هـــذه الأجهزة تحمل مسميات مختلفة، غير أن اختلافها لم يكن يعنـــي الكثـــير، فبعضها كانت إدارات، مثل الصحة العامة، والأشغال العامة، والمعـــارف، وبعضـــها كانت دوائر، مثل البريد والبرق والتليفون، والشئون الاجتماعـــية، والمطـــبوعات والنشر، وبعضها كانت مديريات، مثل الشرطة العامة، والأمن العام.

وقـد أُعيد ترتيب الدوائر وتقسيمها بناءً على الأمر الأميري المؤرخ ٧ مـن فـبراير ١٩٥٩، ووزعت على عشر مجموعات هى : الشرطة والأمن العـام، الأشـغال العامـة والـبلدية، الصحة العامة، المالية وأملاك الدولة، الكهـرباء والمـاء والغـاز، المطـبوعات والشؤون الاجتماعية، الجمارك والميناء، الأوقاف والأيتام، البرق والبريد والتليفون، المحاكم والمعارف[1]، وقد كان يرأس كل دائرة من هذه الدوائر شيخ يعين بأمر أميري وكان للأمير الكلمة العليا في هذه الدوائر.

ثـم تغيرت تسمية بعض هذه الإدارات، فسميت دائرة شئون الموظفين : ديـوان الموظفيـن، ودائـرة المحاكم : دائرة العدل، وإدارة المالية : دائرة المالـية والاقتصاد، ودائرة الشئون الاجتماعية : دائرة الشئون الاجتماعية والعمل. وبعد إعلان الاستقلال أنشئت دائرة الخارجية.

وعندما صدر القانون رقم ١٩٦٢/١ في شأن النظام الأساسي للحكم في فترة الانتقال، أسبغ على الإدارات المذكورة وعلى رؤسائها التسمية المألوفة لنا الآن، فصارت الإدارة وزارة وصار رئيسها وزيراً. فنص في المادة (٣٥) على أنه (إلى أن يصدر مرسوم ببيان الوزارات واختصاصها وتعيين الوزراء تسـمى الدوائـر الحالية وزارات ويسمى رؤساء الدوائر الحاليون وزراء). وفـي ١٩٦٢/١/١٧ صدر المرسوم الذي ألمحت إليه المادة المذكورة، وهو المرسـوم رقم ١٩٦٢/٢ بإعادة تنظيم الوزارات، فحصرها في ثلاث عشرة وزارة هـى : الأشغال العامة – الإرشاد والأنباء – الأوقاف – البريد والبرق والهـاتف – التربية والتعليم – الجمارك والموانئ – الخارجية – الداخلية – الدفـاع – الشئون الاجتماعية والعمل – الصحة العامة – العدل – الكهرباء والماء– المالية والاقتصاد، كما صدر في اليوم ذاته المرسوم رقم ١٩٦٢/٣ بتعيين الوزراء.

وبمقتضـى المرسوم رقم (١) والصادر في ١٩٥٧/١/٨ أوجب على كل دائـرة مـن دوائر الحكومة أن تكون لها (موازنة عامة وضعت بدقة وعلى أصح التقديرات وأقربها إلى الصواب على قدر الإمكان)، وأن تعرض جميـع

---

(١) وكـان هـناك بجانـب الإدارات جهاز يسمى "سكرتارية الحكومة"، يختص بصلات الكويت الخارجية، سواء أكانت مع حكومات أم مع شركات أجنبية.

الموازنـــات على الأمير (لإقراراها والموافقة عليها بعد الاقتناع بما ورد بها وبعدئذ تصبح نافذة المفعول)[1].

٢ـ مجالس الإدارات :

كان لبعض الإدارات مجالس يتولى شئونها ويرأسها نائب عن الأمير من الأســرة الحاكمــة ويضــم اثنى عشر عضواً، فكان هناك مجلس للمعارف، ومجلــس للأوقــاف العامة، ومجلس للصحة العامة، ومجلس للبلدية، وكان التعييــن في البداية هو أداة اختيار أعضاء هذه المجالس، ثم صار اختيارهم يــتم بالانــتخاب حسب القوائم التي يعدها وجهاء وأعيان البلاد دون توافر شــروط خاصة للمرشحين، بل كان يكفي أن يكون من ذوي النفوذ الأدبي أو التجاري في البلاد. ومن الملاحظ أن هذه المجالس لم تكن مجالس تشريعية أو سياســية، بل كان اختصاصها قاصراً على تقديم المشورة ورسم السياسة العامة للإدارة القائمة عليها وتوجيه العمل بها ومراقبتها.

غــير أن طريقة الانتخاب لم تدم كوسيلة لاختيار أعضاء المجالس، ففي سنة ١٩٥٤ استقال أعضاء المجالس المنتخبة بصورة جماعية وحلت محلها مجــالس معيــنة ســنة ١٩٥٩، تضــم أعضاء ممن شاركوا في المجالس المنتخــبة الســابقة أو ممــن مارســوا العمل في الدوائر الحكومية، وقبيل الاســتقلال لــم يكــن الكويت يعرف سوى اثنين فقط من هذه المجالس هما مجلــس المعارف وكان يضم أحد عشر عضوا، ومجلس الأوقاف وكان يضم سبعة أعضاء غير الرئيس، هذا بخلاف مجلس البلدية[2].

٣ـ المجالس العليا :

وبجانب الإدارات، والمجالس التي كانت قائمة بالنسبة إلى البعض منها،

---

(١) كانت السنة المالية آنذاك تبدأ في أول يناير وتنتهي في آخر ديسمبر من كل عام، ثم تغيرت بدايــتها ونهايــتها إلى أول أبريل وآخر مارس من كل عام بمقتضى قرار المجلس الأعلى الصــادر في ١٩٦٠/١/١٢، وهو عين ما أخذ بــه المرســوم رقــم ١٩٦٠/١ في شأن قانون إعداد الميزانية العامة والرقابة على تنفيذها.

(٢) راجع في ذلك :
- دكتور/ أحمد الشرباصي، أيام الكويت، دار الكتاب العربي بمصر، الطبعة الأولى،١٩٥٣، ص ٨٦، ٨٨، ١١٢، ١١٣.
- الأســتاذ/ حمــد يوســف العيسى، الكويت والمستقبل، منشورات دار الطليعة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٦١، ص ٧٢ وما بعدها، ص ١٠٠ وما بعدها.

كانت هناك بعض المجالس العليا التي ظهرت في السنوات القليلة التي سبقت إعلان الاستقلال مباشرة. وهذه المجالس هى :

أ- المجلس الأعلى :

وقد تشكل بمرسوم أميري قبيل الاستقلال وكان يضم رؤساء الدوائر العشرة كما حددها الأمر الأميري الصادر في ١٩٥٩/٢/٧، وكان هذا المجلس بمثابة مجلس الوزراء في نظمنا الحديثة، ويختص بوضع السياسة العامة للبلاد، والنظر في مشروعات القوانين والأنظمة قبل صدورها، والإشراف على الإدارات ومجالسها، وكان يعقد اجتماعاته أسبوعياً، وللأمير حق حضور جلساته وعندئذ تكون له رئاستها. غير أنه في غيابه لم يكن المجلس ينتخب رئيساً له، وهو ما يبرز المركز المتساوي لأعضاء المجلس، ويصدر المجلس قراراته بأغلبية الآراء.

وقد كان المجلس الأعلى أسمى هيئة استشارية في البلاد، وكان بجانب ذلك سلطة تشريعية حقيقية بالنسبة إلى الموضوعات قليلة الأهمية[1].

ب- اللجنة التنظيمية :

وكانت تسمى أيضاً (هيئة التنظيم). وقد تشكلت في سنة ١٩٥٨ من ثلاثة من أعضاء المجلس الأعلى وسبعة آخرين من أولى الرأي والخبرة من التجار ورؤساء الدوائر، وكانت هيئة استشارية تبدي رأيها في القضايا الهامة للبلاد، وبصفة خاصة في كل ما يتعلق بإصلاح الجهاز الإداري، وترفع توصياتها في هذا الشأن إلى المجلس الأعلى الذي يرفعه بدوره إلى الأمير، وكان المجلس الأعلى يحيل كذلك إلى اللجنة ما يراه من الموضوعات لدراستها وإبداء الرأي فيها، ولم تكن هناك أية قواعد محددة تبين اختصاص اللجنة والحدود الفاصلة بينها وبين المجلس الأعلى، غير أن الصلة بينهما كانت قائمة، فاللجنة تضم ثلاثة من أعضاء المجلس الأعلى. كما أنهما كان يجتمعان أحيانا في هيئة مؤتمر لبحث القضايا الهامة.

---

(١) وكانت الحكمة من إنشاء المجلس الأعلى الرغبة في التنسيق بين سياسات الدوائر المختلفة بعدما لوحظ عليها من تعارض وتخبط وازدواج في الاختصاصات، فكان من الضروري إنشاء هيئة أعلى منها جميعا تشرف عليها. وقد الحقت بالمجلس الأعلى (إدارة الفتوى والتشريع لحكومة الكويت)، التي انشئت بالمرسوم الأميري رقم ١٢/١٩٦٠.

ج ـ اللجنة التنفيذية العليا :

وشـــكلت في سنة ١٩٥٤ بأمر أميري جاء في ديباجته بيان الغرض من تشـــكيلها، فقـــد ورد بـــه (لمس حضرة صاحب السمو حاكم الكويت المعظم الحاجـــة إلـــى جهاز أعلى يشرف على تنظيم الدوائر الحكومية، ويعمل على الاســـراع في تنفيذ وتنسيق الجهود الجبارة التي تبذلها حكومة سموه لبناء كويت جديدة بحيث يستفيد الشعب الكويتي من الثروة الطائلة التي وهبها الله لهـــذا الـــبلد، وقد أمر سموه بتشكيل...)، وكانت اللجنة تضم ستة أعضاء، ثلاثة منهم من الشيوخ رؤساء الدوائر.

ومـــن الملاحـــظ أن السمة المشتركة بين هذه الهيئات (المجلس الأعلى واللجنة التنظيمية واللجنة العليا) أنها كلها كانت هيئات استشارية لا تنتقص من سلطة الحاكم شيئاً، كما كانت كلها من صنعه وحده سواء في إنشائها أو طريقة تشكيلها أو تحديد اختصاصاتها.

٤ـ بعض مظاهر اللامركزية المرفقية :

وبجانـــب هذه العناصر الثلاث الأساسية للتنظيم الإداري في الكويت قبل إعلان الاستقلال – الإدارات، مجالس الإدارات، المجالس العليا – ظهرت في السنة السابقة مباشرة على هذا الإعلان، بعض مظاهر اللامركزية المرفقية. وهـــي تعني منح أحد أوجه النشاط الإداري الشخصية المعنوية مع ما يترتب على ذلك من آثار[١]، وهي :

أ ـ مجلس النقد الكويتي :

وقد أنشئ بالقانون رقم ٤١ الصادر في ١٩٦٠/١٠/١٩، الذي نص في مادتـــه الأولـــى على أن (تنشأ مؤسسة عامة مستقلة تسمى "مجلـــس النقد الكويتـــي"، ويكون لـــه الشخصية الاعتبارية ومقره الكويت ويلحق برئيس المالـــية والاقتصـــاد)، وكانـــت للمجلـــس ميزانـــية مستقلة تشمل إيراداته ومصروفاته. وقد أُلغى وحل محله بنك الكويت المركزي بموجب القانون رقم

(١) انظر :
– دكتور/ عبدالفتاح حسن، مبادئ القانون الإداري الكويتي، المرجـــع السابـــق، ص ٧٥.

١٩٦٨/٣٢ فـــي شأن النقد وبنك الكويت المركزي والمهنة المصرفية. وقد نـــص هـــذا القانون على أن تتم تصفية مجلس النقد الكويتي على مراحل، وهكذا لم يلغ القانون رقم ١٩٦٠/٤١ إلا إعتباراً من ١٩٦٩/٤/١.

ب ـ بنك الائتمان :

أنشـــئ بالقـــانون رقم ٤٠ الصادر في ١٩٦٠/١٠/٢٢، الذي نص في مادتـــه الأولى على أن (تنشأ مؤسسة عامة تسمى (بنك الائتمان) تكون لها الشخصـــية الاعتبارية ويكون مركزها الرئيسي مدينة الكويت وتلحق بدائرة المالـــية والاقتصـــاد)، وكـــان الغـــرض من إنشائه تيسير الائتمان العقاري والصـــناعي والزراعـــي، وقـــد أُلغي بنك الائتمان وحل محله بنك التسليف والادخار بمقتضى القانون رقم ١٩٦٥/٣٠.

ج ـ مجلس الإنشاء :

وعلى خلاف مجلس النقد الكويتي وبنك الائتمان، لم يكن مجلس الإنشاء في بداية تشكيله شخصاً من أشخاص القانون العام، بل ظهر كمجلس عادي فـــي ســـنة ١٩٥٢ يضـــم أعضـــاء المجلس البلدي وجميع مدراء الإدارات الحكومـــية المتصلة أعمالها بالمرافق العامة، وكبار مهندسي الدوائر الفنية، وكانـــت رئاسته لرئيس البلدية، وكانت للمجلس صلاحيات واسعة في دراسة وإقرار مشاريع التنظيم والعمران.

وقـــد أُستبدل به بعد ذلك (مجلس الإنشاء والتنمية الاقتصادية) ثم عادت إلـــى المجلس تسميته الأصلية بمقتضى القانون رقم ١٩٦٠/٤٧ الذي نص على أن (ينشأ مجلس دائم يسمى مجلس الإنشاء. ويكون هذا المجلس هيئة مستقلة لها شخصية معنوية مستقلة). وهكذا صار مجلس الإنشاء منذ العمل بهذا القانون أحد أشخاص القانون العام.

وفي ١٩٦٣/٣/١١ صدر القانون رقم ١٩٦٣/٥ بإلغاء مجلس الإنشاء، وخصصـــت اعـــتماداته المالية لمجلس التخطيط الذي كان قد أنشئ قبل ذلك بالقانون رقم ١٩٦٢/٥٦.

تلك هى ملامح الإدارة العاملة في الكويت حتى إعلان الاستقلال. وظاهر أنهـا كانت تضم، بجانب الحاكم، إدارات حكومية متعددة، بعضها له مجالس منتخـبة أو معيـنة، وكانت كذلك تضم بعض أشخاص القانون العام الأخرى غير الدولة.

غير أن كل هذه الإدارات والمجالس بأنواعها، لم تكن لتنتقص من سلطة الأمـير شـيئاً، مهما تمتعت به، سواء بمقتضى أنظمتها أو بمقتضى الواقع العملـي، مـن صلاحيات، بل كانت في جملتها هيئات تنفيذية أو استشارية، تعمل وفق سياسة وضعت لها، أو تقدم رأياً غير ملزم.

فالأمـير كـان وحده السلطة التنفيذية، يمارسها بنفسه أو بواسطة من يختارهم كأعوان له.

- كمـا أن الكويت في بداية نشأته لم يكن يعرف نظام القضاة المعينين، بـل كـان الحـاكم يقضي بنفسه إذا عرضت عليه منازعة ما. وكان الأفراد يحتكمون في منازعاتهم إلى شخص يرتضونه يسمى (العارف) أو (السالفة)، وظـل آل الصباح كذلك مدة لا يكلون القضاء إلى شخص معين أو إلى هيئة بعينها.

وكـان القضـاء بسيطاً، إذ كانت المحكمة بلا بناء في أول الأمر، وكان الشـيخ الذي كلفه الأمير بالقضاء يعقد المحكمة في ميدان (الصفاة)، حيـث كـان يجلـس على فراش مبسوط على الأرض، ومن حوله بعض الموظفين ثم يقبل أهل القضايا فيعرضون عليه قضاياهم[1]. وكذلك كان القضاء محدوداً فـي نشـاطه. إذ جـرت عـادة أهل الكويت على عرض قضاياهم على من يخـتارونهم من أهل مهنتهم، فكان لكل مهنة هيئة مختارة تحسم منازعاتها، فظهـرت لجنة التجار، ولجنة أهل الغوص، ولجنة أهل السفر، وما إلى ذلك، فيقضي في المنازعة عندئذ بلا مرافعة ومن غير الطريق الرسمي.

---

(١) راجع في ذلك :
- دكتور/ أحمد الشرباصي، أيام الكويت، المرجع السابق، ص ٨٠.

(٢) راجع :
- الشيخ/ يوسف بن عيسى القناعي، صفحـات مـن تاريـخ الكويـت، دمشق، ١٩٥٤، ص ٢٣، ٢٤.

ولـــم يكـــن القاضـــي في ذلك الوقت يطبق قانوناً أو نصوصاً مدونة أو محـــددة، بل كان يجرى في قضائه وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، ويكملها بالأعراف والتقاليد[1].

وقـــد اســـتمر القضاء على هذا الحال فترة طويلة، ولما أُنشئ المجلس التشـــريعي فـــي ســـنة ١٩٣٨ كان من بين أعماله إصلاح القضاء، فجعل القضاء (الشرعي) لقاضيين وليس لقاض واحد، وعين للقضاء مكاناً رسمياً يؤمه المتخاصمون في أوقات معينة، وحتم على القضاة استنباط الأحكام من مجلـــة الأحكام العدلية، وكانت الأحكام تستأنف أمام هيئة الاستئناف التابعة للمجلس التشريعي، وبجانب المحكمة الشرعية، كانت توجد المحكمة العرفية التـــي تســـير في أحكامها وفقاً للعرف والتقاليد، ومحكمة صغرى للفصل في القضايا المدنية التي تقل قيمتها عن ٥٠ روبية.

وفـــي مـــرحلة تالية، تبدأ من سنة ١٩٤٨ بدأ الكويت يعرف الخطوات الأولـــى نحو تنظيم قضائي صحيح، فأنشئت محكمة رسمية برئاسة الشيخ/ عـــبدالله الجابـــر الصباح. ثم تفرعت هذه المحكمة، وصارت محاكم متعددة، وصار رئيسها هو رئيس المحاكم.

وكانت الدعوى ترفع بداءة إلى رئيس المحاكم الذي يحاول إنهاء النزاع وديـــاً، فـــإذا لـــم يـــنجح في ذلك أحال المتخاصمين إلى المحكمة الشرعية المختصـــة، وتقضـــي هذه المحكمة في الدعوى وفقاً لمجلة الأحكام العدلية (المســـتمدة من الفقه الحنفي) مكملة بمذهب مالك في المعاملات المدنية[2]، ووفقـــاً لأحكام الشرع في المسائل الجزائية، ووفقاً لمذهب مالك في الأحوال الشخصية[3]. أما لجنة التجار فكانت تطبق الأعراف التجارية.

---

(١) مـــن الملاحظ أنه اعتباراً من سنة ١٩٢٥ بدأت إنجلترا (عن طريق دار المعتمد البريطاني) تـــزاول القضـــاء بالنسبة إلى الرعايا البريطانيين والأجانب في الكويت، وظل هذا الامتياز قائمـــا حـــتى سنة ١٩٦١. ففي ١٩٦٠/٢/١٣ أعلنت سكرتارية الحكومة أن أولى مراحل إخضاع جميع المقيمين في الكويت للقضاء الوطني ستبدأ من ١٩٦٠/٢/٢٥، وأن المراحل الأخـــرى ســـوف تتبعها إلى أن يتم نقل السلطة بكاملها إلى القضاء الكويتي. وقد تمت كل هـــذه المراحل والترتيبات في العام التالي وصار الاختصاص كاملا للقضاء الكويتي اعتبارا مـــن ١٩٦١/٤/١ أيا كانـــت جنسية المدعين أو دياناتهم، وأيا كان نوع القضية، مدنية أو تجارية أو إدارية أو جزئية أو متعلقة بالأحوال الشخصية.

(٢) وقـــد استمر العمل بمجلة الأحكام العدلية بعد العمل بالدستور، بالتطبيق للمادة (١٨٠) منه التي تنص على أن (كل ما قررته القوانين واللوائح والمراسيم والقرارات المعمول بها عند العمـــل بهـــذا الدســـتور يظل ساريا ما لم يعدل أو يلـــغ وفقا للنظام المقرر بهذا الدستور ويشترط ألا يتعارض مع نص من نصوصه).

(٣) صـــدر القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤ في شأن الأحوال الشخصية حيث تناول الأحكام التي تحكم الزواج والوصية والمواريث والمعدل بعض أحكامه بالقانون رقم ٢٩ لسنة ٢٠٠٤.

وتصدر المحكمة (أو لجنة التجار) حكمها باسم رئيس المحاكم، ثم ترفعه إلـيه، ويكون لهذا الأخير حق تعديله، ولا يصير الحكم نافذاً إلا بعد تصديقه عليه.

فـإذا لـم يرتض الأطراف الحكم الصادر كان لهم أن يطلبوا من رئيس المحـاكم تمييزه، وكان التمييز يتم أمام إحدى جهتين : إما أمام أحد رجالات الكويت ممن عرفوا بالعلم والمعرفة ويكون قوله قاطعاً في الدعوى، وقد ظل الشـيخ/ يوسـف عيسى القناعي يشغل هذا المنصب مدة طويلة، وإما أمام مجلس قضائي يضم القضاة الشرعيين برئاسة القضاء الشرعي.

وكـان القضـاة جمـيعاً - بما في ذلك رئيس المحاكم - كانوا موظفين عاديين، السلطة التنفيذية هى التي تملك تعيينهم غير مقيدة في ذلك بقواعد موضـوعه، كما تملك عزلهم، فالقاضي لم يكن إذن سوى موظفاً في دائرة المحاكم شأنه شأن غيره من موظفي الدوائر الأخرى[1].

وهكذا يظهر كيف أن القضاء كان في جملته تابعاً للسلطة التنفيذية، ولم يكن (سلطة قضائية) مستقلة كما هو عليه الآن، فكما كان الأمير، وهو على قمـة السـلطة التنفيذية، يمارسها بنفسه أو عن طريق معاونيه، كذلك كان يمـارس وظيفة القضاء بنفسه أو بواسطة من يندبهم لهذا الغرض، ومن ثم أطلق عليها الفقه (الإدارة القاضية)[2].

لذلـك لا غـرو في أن صدور قانون تنظيم القضاء في سنة ١٩٥٩ كان بمـثابة طفـرة كبرى في تاريخ التنظيم القضائي في الكويت، فقد أنشأ هذا القانون لأول مرة جهة قضاء موحد ومتكامل أياً كان جنسية المتقاضي وأياً كان نوع القضية، ونص على أن مستشاري محكمة الاستئناف العليا - وهى أعلـى محكمة في البلاد - غير قابلين للعزل إلا بالطريق التأديبي. ثم ظهر قانون الجزاء في سنة ١٩٦٠ فجرم كل محاولة للتأثير في جهات القضاء أو الإسـاءة إلى سمعتها. ثم توج الدستور ذلك كله بالنص صراحة على أنه (لا سلطان لأي جهة على القاضي في قضائه، ولا يجوز بأي حـال التدخل فـي

---

(١) راجع:
- الأستاذ/ حمد يوسف العيسى، الكويت والمستقبل، المرجع السابق، ص ٦٤.
(٢) راجع في ذلك :
- دكتور/ عبدالفتاح حسن، مبادئ القانون الإداري الكويتي، المرجع السابق، ص ٨٣.

سير العدالة) (المادة ١٦٣)، وجعل للقضاء مجلساً أعلى ينظم شئونه (المادة ١٦٨)، واقترن ذلك كله بحركة تشريعية واسعة، فصدر قانون التجارة، والجزاء، والمرافعات المدنية والتجارية، والإجراءات والمحاكمات الجزائية، وغير ذلك كثير.

وهكذا نلمس مدى ما طرأ على المجتمع الكويتي من تطورات في تنظيماته الدستورية والإدارية والقضائية، وتطورات يصعب تصديقها، لعمقها أولا، ثم للفترة الزمنية الوجيزة التي استغرقتها، من إمارة غير مستقلة، وتحكم حكماً مطلقاً يجمع فيه الحاكم كافة السلطات، إلى دولة مستقلة، عضواً في المجتمع الدولي وبفعالية مؤثرة في العلاقات والنزاعات الدولية، والأهم من ذلك كله تحكم وفقاً لنظام دستوري يقوم أساساً على مبدأ الفصل بين السلطات بالقدر الذي يحقق مصلحة البلاد، ودون إطغاء إحداهما على الأخرى.

هذا وبعد صدور دستور ١٩٦٢ أخذت الكويت بالتنظيم الإداري المعاصر، وظهرت الإدارة المركزية، واللامركزية الإقليمية والمرفقية، كما أنشئت الهيئات الاستشارية التي تعاون الإدارة العامة بتقديم النصيحة والرأي، ونحاول إلقاء الضوء عليها بالقدر الذي يستلزمه البحث.

أولاً : الإدارة المركزية :

وهي تتكون من بنيان متماسك، يقوم على شكل هرمي، تحتل الفئات الدنيا العاملين في الدولة قاعدته السفلى، ثم تتصاعد هذه الفئات الدنيا إلى أن تبلغ قمة الهرم، وتتكون عناصر الإدارة المركزية من الأمير، ومجلس الوزراء، والوزراء.

أ - الأمير :

وله بعض الاختصاصات الإدارية الهامة، وقد نص عليها الدستور ذاته :

١- فهو يصدر اللوائح بأنواعها، أي اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين، ولوائح الضبط، ولوائح ترتيب المصالح والإدارات العامة (المادتان ٧٢ ، ٧٣).

ويقصد بالنوع الأول من اللوائح، تلك التي تتبع القانون لتنسج الخيوط التفصيلية اللازمة لوضعه موضع التنفيذ. مثال ذلك اللائحة التنفيذية لقانون الوظائف العامة المدنية.

أما لوائح الضبط، فهى قواعد آمرة تستهدف السلطة الإدارية غايات معينة مثل حفظ الأمن العام والسكينة العامة والصحة العامة والأخلاق العامة.

وأخيراً يقصد بلوائح ترتيب المصالح والإدارات العامة، تلك التي تبني التركيبات الداخلية للجهاز الإداري. ومثلها المراسيم الصادرة بتنظيم بعض الوزارات، ونقل تبعية إدارة معينة من وزارة إلى أخرى، أو تلك الصادرة بإنشاء مجالس استشارية أو إلغائها.

٢- كما يختص الأمير - كأصل عام - بتعيين وعزل الموظفين بمختلف فئاتهم، مدنيين وعسكريين، بما في ذلك القضاة والممثلين السياسيين لدى الدول الأجنبية (المادة ٧٤).

ولما كان تعيين وعزل عمال المرافق العامة من الأعمال الإدارية التي تستغرق وقت رئيس الدولة لو تصدى لها جميعاً، فقد جعل الدستور ممارسة هذا الاختصاص (وفقاً للقانون)، ومن ثم نقلت القوانين المختلفة هذا الاختصاص إلى جهات أخرى، أهمها الوزير، بيد أنه أُحتفظ للأمير بهذا الاختصاص بالنسبة إلى بعض فئات من الموظفين ممن يشغلون مراكز هامة حساسة، مثل القضاة وضباط القوات المسلحة والمحافظين وبعض رجال السلكين الدبلوماسي والقنصلي.

ب - مجلس الوزراء :

يضم جميع الوزراء ويرأسه رئيس مجلس الوزراء، وله نوعان من الاختصاصات :

١- اختصاص عام، فهو (الذي يهيمن على مصالح الدولة، ويرسم السياسة العامة للحكومة ويتابع تنفيذها ويشرف على سير العمل في الإدارات الحكومة) (المادة ١٢٣ من الدستور).

٢- ثـم هناك اختصاصات محددة وردت بها نصوص خاصة في قوانين متفرقة. فلمجلس الوزراء لأسباب تتعلق بالصالح العام أن يعزل الموظف من وظيفـته التي يشغلها، وهو ما يسمى بالعزل بغير الطريق التأديبي. كما أن المجلس هو الذي ينظر في التظلم الذي قد يقدمه الموظف المعزول من قرار عزله (المادة ١٤٩ مـن قانون الوظائف العامة)[١]. ولمجلس الوزراء كذلك أن يقـرر تعطـيل جريدة لمدة لا تزيد على سنة أو إلغاء ترخيصها لأسباب حددهـا القـانون، ونظـر الـتظلم مـن هذا القرار (المادة ٣٥ من قانون المطبوعات والنشر).

وبجانـب ذلـك يشرف مجلس الوزراء على عدة هيئات أُلحقت به، مثل إدارة الفـتوى والتشـريع، وديـوان الموظفيـن، ومجلس التخطيط، ولجنة المناقصات المركزية، وبلدية الكويت، وقد لوحظ في مثل هذه الهيئات أنها لا تخدم وزارة بعينها بل تخدم عدداً منها أو تخدم الوزارات كلها.

ج - الوزراء :

هم الرؤساء الفعليون للجهاز الإداري، كل في حدود اختصاصه فالجهاز الإداري، وهـو يقـوم بنشاطات متباينة ، يقسم إلى وحدات كل منها تزاول نشاطاً متجانساً، وهذه الوحدات هى التي اصطلح على تسميتها بالوزارات.

وإنشـاء الوزارات يدخل في مدلول (ترتيب المصالح والإدارات العامة)، فيتم بمرسوم أميري، وكما تنشأ الوزارة بمرسوم تلغى أيضاً بمرسوم.

ومن اختصاصات الوزير الإدارية :

- الاختصـاص بتنظـيم وزارتـه، فإذا كان الأصل أن إنشاء المصالح والإدارات داخـل الـوزارة يكون بمرسوم، إلا أن ذلك لا يغل يد الوزير في تنظيم وزارته دون أن يخالف في ذلك المرسوم.

---

(١) تـم إلغـاء اختصـاص مجلـس الـوزراء بعـزل الموظف مـن وظيفته بغير الطريق التأديبي، بالقانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٥.

- كمـــا يملـــك الوزيـــر داخل وزارته (سلطة التقرير). فالأصل أن كافة القرارات الإدارية التي تعني الوزارة تصدر بقرار من الوزير المختص، وذلك ما لم يوجد نص يرفع من الوزير هذا الاختصاص.

- وأخـــيراً يباشـــر الوزيـــر علـــى العاملين بوزارته ما يسمى (السلطة الرئاســـية) وهى ذات شقين : سلطة الرقابة على العاملين، وسلطة تعديل ما يصدرونه من قرارات.

فالوزيـــر يراقـــب كافـــة العاملين على اختلاف درجاتهم، وعلى اختلاف مســـمياتهم، ويراقب كل ما يصدر عن هؤلاء، سواء أكانت تصرفات قانونية أم أعمالاً مادية، إيجابية أو سلبية، ويلتزم الموظف باحترام كافة ما يصدره إليه الوزير المختص من أوامر وتعليمات وإلا تعرض للمساءلة.

وللوزير، من ناحية أخرى، أن يعقب على أي قرار يصدر من مرؤوسه، سواء بإلغائه أو بسحبه أو بتعديله أو استبدال غيره به أو وقف تنفيذه وذلك للأسباب التي يقدرها الوزير.

ثانياً : اللامركزية :

تنقسم الأشخاص اللامركزية إلى فئتين : الأشخاص اللامركزية الاقليمية، والأشخاص اللامركزية المرفقية.

وقد ظهرت اللامركزية الإقليمية في الكويت لأول مرة بقانون البلدية رقم ٢٠ الصـــادر فـــي ١٩٦٠/٦/٢، بينما عرف الكويت أول تطبيق للامركزية المرفقيـــة بإنشـــاء مجلـــس النقـــد الكويتي بالقانون رقـــم ٤٠ الصادر في ١٩٦٠/١٠/١٩.

أ- اللامركزية الإقليمية :

تأسست البلدية في الكويت لأول مرة عام ١٩٣٠. وقد كان للبلدية آنذاك اختصاصـــات واســـعة تدخل في نطاق الاختصاصات الحالية للوزارات. فهى التي كانت تقرر تسفير الأجانب الذين تسللوا إلى البلاد بدون إذن، وتتخذ كل

ما يلزم للمحافظة على سلامة المواطنين ضد الأخطار، كالأمطار أو الأوبئة، بإستيراد الأمصال اللازمة للتلقيح ضد الأمراض المعدية.

أمـــا أول تنظيم لبلدية الكويت فقد كان بالمرسوم رقم ١٩٦٠/٢٠، الذي نص على أن تنشأ بلدية للكويت تكون ذات شخصية معنوية عامة، كما صدر القـــانون رقـــم ١٩٦٤/١١ على أن (تنشأ بلدية للكويت تكون ذات شخصية معنوية تلحق بمجلس الوزراء ويكون مقرها مدينة الكويت، ويؤلف المجلس الـــبلدي مـــن بيـــن أعضائه لجنة فرعية لكل محافظة تتولى الشئون البلدية الخاصة بها. وله أن يضم إليها عضواً أو اثنين من ذوي الرأي والخبرة من أبـــناء المحافظة ويبين اختصاصات هذه اللجنة وعلاقاتها بالجهاز المركزي للبلدية).

ويظهر من هذا النص ما يأتي :

- أن البلدية تتمتع بالشخصية المعنوية، فهى شخص معنوي عام.
- والبلدية تتبع مجلس الوزراء مباشرة.
- والبلدية شخص لا مركزي إقليمي.
- غـــير أن البلدية لا تمارس نشاطها على جزء من إقليم الدولة دون غيره، بـــل علـــى هـــذا الإقليم، بمعنى أن الكويت لا يعرف نظام تعدد الأشخاص اللامركزية الإقليمية، ولكنه يكتفي بشخص لا مركزي إقليمي واحد.

وتنص المادة (١٩) من قانون البلدية على أن (تعمل البلدية بصفة عامة علـــى تقـــدم العمـــران وتوفير الخدمات البلدية للسكان. وتتولى على وجه الخصـــوص مسح الأراضي وتنظيم المدن والقرى وتجميلها ووقاية الصحة العامـــة فـــيها بتأمين سلامة المواد الغذائية والمحافظة على الراحة العامة والـــنظافة...). ثـــم أوردت المادة (٢٠) أمثلة تفصيلية لهذه الاختصاصات، فنصت على اختصاص المجلس البلدي بالمسائل الآتية :

١- مراقـــبة تنفـــيذ القوانيـــن واللوائـــح المتعلقة بالصحة العامة والتنظيم والمبانـــي ولاستملاك وتقسيم الأراضي والمحلات العامة وغير ذلك من القوانين واللوائح الخاصة بالمرافق العامة.

٢- تقريـــر المشروعات العمرانية ومشروعات تجميل المدن والقرى وإنشاء الطـــرق والشـــوارع والميادي ـــن وتوسيعها وتوصيل المجاري وإنشاء الحدائق وتشجير الشوارع.

٣- تقريـــر الاستملاك التي تقتضيه المشروعات المبينة في الفقرة السابقـــة وفقاً للأوضاع التي يقررها قانون الاستمـــلاك (القانون رقم ١٩٦٤/٢٣ في شأن نزع الملكية والاستيلاء المؤقت للمنفعة العامة).

٤- تقرير إنشاء الأسواق والمذابح والمدافن ووضع التنظيم الخاصة بها.

٥- تقريـــر توزيـــع قسائم المناطق السكنية والمناطق الصناعية والمناطق الزراعية للمستحقين لها طبقاً للقوانين واللوائح.

٦- تسمية الأحياء والشوارع.

٧- وضع النظم الخاصة بالمواصلات الداخلية وإتخاذ التدابير اللازمة لتيسير وسائلها.

٨- إبداء الرأي مقدماً في كل التزام أو احتكار موضوعه استغلال مرفق عام في حدود اختصاص البلدية.

٩- الإشـــراف على صفقات التوريد والأشغال العامة المتعلقة بالبلدية وعلى العقود التي ترتب حقوقاً أو التزامات مالية للبلدية أو عليها.

١٠- مناقشة ميزانية السنة المالية الجديدة والحساب الختامي للسنة المالية المنتهية وإقرارهما قبل عرضهما على السلطات المختصة.

١١- النظر فـــي الاقتراحات التي تقدم إليه من الحكومة أو من أحد أعضاء المجلـــس فـــي شـــأن مـــن شـــئون الـــبلدية وإصدار قراراته في هذه الاقتراحات.

١٢- وضع اللوائح الخاصة بالنظم الداخلية لشئون البلدية.

ب ـ اللامركزية المرفقية :

تسهم اللامركزية المرفقية في تخفيف العبئ عن الإدارة المركزية، ويظهر ذلك بوضوح بالنسبة إلى وزارة المالية والنفط.

ولقد عرفت الكويت هذا النوع من الإدارة اللامركزية قبل إعلان الاستقلال، ثم تكاثر بعد ذلك، بعضها ذو طابع إداري، وبعضها ذو طابع تجاري، وبعضها الآخر يغلب عليه الصبغة السياسية :

١ـ الأشخاص المرفقية الإدارية :

ـ الهيئة العامة لمنطقة الشعيبة الصناعية :

وقد أنشئت بالمرسوم المؤرخ ١٩٦٤/٥/١٤ كهيئة ذات شخصية معنوية، وهى تقوم بتشجيع التصنيع، وذلك عن طريق تنسيق المنافع العامة والخدمات الصناعية المختلفة في منطقة الشعيبة الصناعية ووضع الخطط لتنميتها وتطويرها وكذلك خطط المنشآت العامة والخاصة[1].

ـ معهد التخطيط الاقتصادي والاجتماعي في الشرق الأوسط :

وقد أنشئ تنفيذاً لاتفاق دولي بين الكويت والأمم المتحدة في ١٩٦٥/٨/٥، إذ تعهد الكويت بمقتضى هذا الاتفاق بإنشاء المعهد كهيئة اعتبارية مستقلة خلال ستة أشهر من تاريخ التوقيع، وتنفيذاً لذلك صدر القانون رقم ١٩٦٦/٢ بإنشاء المعهد. ومدة خدمات هذا المعهد خمس سنوات تنتقل ملكيته بعدها إلى حكومة الكويت أو إلى الهيئة التي تعينها، ولم يكن هناك ما يمنع من استمرار المعهد بعد انقضاء المدة المذكورة متمتعاً بشخصيته المعنوية المستقلة.

٢ـ الأشخاص المرفقية التجارية :

ـ مؤسسة الخطوط الجوية الكويتية :

بمقتضى القانون رقم ١٩٦٥/٢١ صارت مؤسسة الخطوط الجوية

(١) وبتاريخ ١٩٧٠/٣/١٦ صدر مرسوم أميري بإلغاء الهيئة المذكورة وحل محلها إدارة مستقلة تسمى (الإدارة العامة لمنطقة الشعيبة).
وألغي هذا المرسوم وحل محل الإدارة العامة لمنطقة الشعيبة الهيئة العامة للصناعة بالقانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٩٦ في شأن إصدار قانون الصناعة، ووفقاً للمادة (٤٨) ينقل جميع العاملين في تلك الإدارة إلى الهيئة وتؤول إليها حقوقها وإلتزاماتها.

الكويتية عامة ذات شخصية معنوية تتبع وزير المالية والنفط، مع احتفاظها بأسلوبها التي كانت عليه، ولمجلس إداراتها إصدار اللوائح الداخلية في الشئون المالية والإدارية[1].

- بنك التسليف والادخار :

وقد حل بنك التسليف والادخار محل بنك الائتمان بمقتضى القانون رقم ١٩٦٥/٣٠، وبمقتضى هذا القانون يعد بنك التسليف والادخار مؤسسة عامة ذات شخصية معنوية تتبع وزير المالية والنفط. وتقوم بتيسير الائتمان العقاري والزراعي والصناعي في الكويت. ويسري على العاملين فيها ما يسري على العاملين بالإدارة المركزية. وهو يتمتع بميزانية مستقلة، وعلى ذلك فهو يحتفظ بفائض ميزانية فيضاف إلى الاحتياطي العام للبنك، كما أن له أن يصدر سندات قروض.

- بنك الكويت المركزي :

وقد أنشئ بنك الكويت المركزي بالقانون رقم ١٩٦٨/٣٢ في شأن النقد وبنك الكويت المركزي والمهنة المصرفية، والذي نص على تصفية صندوق النقد الكويتي الذي كان قائماً من قبل. والبنك المركزي بمقتضى القانون المذكور مؤسسة ذات شخصية معنوية تتبع وزير المالية والنفط.

٣- الأشخاص المرفقية ذات الطابع السياسي :

وبجانب الأشخاص المرفقية الإدارية والتجارية، توجد هيئتان أخريان تتمتعان أيضاً بالشخصية المعنوية المستقلة، ويغلب عليهما الطابع السياسي، وهما :

---

(١) مفاد نصوص المواد ١ ، ٤ ، ٢/٥ ، ٩ ، ١٠ ، ١٤ من القانون رقم ٢١ لسنة ١٩٦٥ في شأن مؤسسة الخطوط الجوية الكويتية أنها مؤسسة عامة من أشخاص القانون العام وتخضع لأحكام القانون الإداري، لأنها بحكم إنشائها ومنحها الشخصية المعنوية وقيامها على إدارة مرفق عام مستقل له مجلس إدارته، هو مرفق النقل الجوي، مما يتوافر به لتلك المؤسسة عناصر المؤسسة العامة ومقوماتها، ولا يغير من ذلك احتفاظها بأسلوبها التجاري بوصفها شركة مساهمة إذ أنه هو مجرد أسلوب إدارة.
راجع في ذلك :
- حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٥٦ لسنة ١٩٩٢ (تجاري)، جلسة ١٩٩٣/٣/٨، وحكمها في الطعن رقم ٢٦٧ لسنة ١٩٩٦ (تجاري)، جلسة ١٩٩٧/٦/٣٠، موسوعة مبادئ القضاء الإداري، الكتاب الثاني، الجزء السادس، ص ١٠٩ ، ١١٦.

ـ الصندوق الكويتي للتنمية الاقتصادية العربية :

وأنشئ بالقانون رقم ١٩٦١/٣٥ كمؤسسة عامة لها الشخصية الاعتبارية، ويستهدف مساعدة الدول العربية في تطوير اقتصادياتها بالقروض اللازمة لتنفيذ برامج التنمية فيها.

ـ الهيئة العامة للجنوب والخليج العربي :

وهي هيئة عامة لها الشخصية الاعتبارية وتتبع وزارة الخارجية وقد أنشئت بالقانون رقم ١٩٦٦/٢٣[١].

ج ـ الهيئات الاستشارية :

إلى جانب الأشخاص اللامركزية الإقليمية والمرفقية توجد هيئات ليس لها سلطة التقرير، أي ليس لها اختصاص نهائي في موضوع معين تصدر فيه قراراً نهائياً واجب التنفيذ، ولكن يقتصر دورها على تقديم الرأي واسداء المشورة للجهة الإدارية، فهى مجرد هيئات استشارية.

غير أن هذه الهيئات الاستشارية تختلف فيما بينها في مدى عمق الدور الاستشاري الذي تقوم به، وذلك من ناحيتين :

- فقد تستطلع الجهة الإدارية الرأي ثم تتصرف في الموضوع على هديه، ولها أن تستغنى عن هذا الرأي فلا تطلبه أصلاً، ويكون تصرفها في الحالتين سليماً من الناحية القانونية ما لم تشوبه عيوب أخرى. ولكن الإدارة قد تكون في حالات أخرى ملزمة باستطلاع الرأي، فإذا تصرفت مباشرة متجاهلة وجود الهيئة الاستشارية، كان تصرفها معيباً في إجراءاته، لأنه لم يمر بمرحلة كان من الواجب قانوناً أن يمر بها.

---

(١) ورد نص المادة الأولى من القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٦ على أن (تنشأ هيئة عامة يكون مقرها الكويت وتسمى "الهيئة العامة للجنوب والخليج العربي"، وتكون لها الشخصية الإعتبارية المستقلة وتلحق بوزارة الخارجية)، ووفقاً للمادة الثانية من هذا القانون (تختص الهيئة بالاسهام في حركة تطوير بلدان الجنوب والخليج العربي).

- فـــإذا طلبت الجهة الإدارية الرأي فعلاً، مختارة أو ملزمة، فالأصل بعد ذلك أنها تكون حرة في مواجهته، فلها أن تتصرف في الموضوع الذي أُبدِيَ الـــرأي فـــيه ولها أن تتوقف فلا تتابعه. وإذا تصرفت فلها أن تتصرف وفقاً للرأي الذي أُبدِيَ ولها أن تطرحه جانباً فتخالفه وتتصرف بما يناقضه. غير أن الرأي، ولو كان غير إلزامي، لا يخلو من كل وزن من الناحية الواقعية، فـــالإدارة وإن كانت تملك من الناحية النظرية مخالفته، إلا أنها سوف تتردد في ذلك كثيراً، لاسيما إذا كان الرأي قد أُبدِيَ في نقطة قانونية تتعلق بكيفية تطبيق النصوص وتفسيرها أو التوفيق بينها.

وأهم هذه الهيئات الاستشارية التي يعرفها الكويت : ديوان الموظفين[1]، ومجلس التخطيط[2]، ومجلس الدفاع الأعلى، والمجلس الاستشاري للإعلام، وإدارة الفتوى والتشريع، ونعرض للأخيرة بشيء من الإيجاز.

ـ إدارة الفتوى والتشريع :

أنشـــئت بالمرسوم رقم ١٩٦٠/١٢، أي قبل الاستقلال، وكانت تابعة في البداية للمجلس الأعلى الذي سمى بعد الاستقلال مجلس الوزراء. وهى تقوم باختصاصات أربعة :

١ـ الصياغة التشريعية :

فهـــى تـــتولى صـــياغة مشروعات القوانين التي تقترحها الحكومة قبل إحالـــتها إلى مجلس الأمة، وكذلك مشروعات القرارات الإدارية التنظيمية أياً كانت أداة إصدارها بما في ذلك اللوائح التنفيذية للقوانين.

---

(١) تم تعديل تسمية ديوان الموظفين إلى ديوان الخدمة المدنية بالقانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٩٦ حيث أورد بالمادة الأولى (يستبدل باسم ديوان الموظفين الوارد في المرسوم الأميري رقم ١٠ لســنة ١٩٦٠ المشـــار إلـــيه وأيـــنما ورد في القوانين واللوائح اسم (ديوان الخدمة المدنية).

(٢) صـــدر المرســـوم رقـــم ٥٦ لســـنة ١٩٦١ بإنشاء مجلس التخطيط على أن يلحق بمجلس الـــوزراء، ووفقـــاً للمادة الثانية تكون أغراض مجلس التخطيط رسم السياسة الاقتصادية والاجتماعية العامة وتقرير برامج التنمية والاشراف على تنفيذها.
وصدر القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٨٦ في شأن التخطيط الاقتصادي والاجتماعي والذي أورد فـــي المادة (١٢) بأن (يشكل مجلس أعلى للتخطيط برئاسة مجلس الوزراء..) ووفقاً للمـــادة (١٣) يخـــتص المجلـــس الأعلى للتخطيط برسم السياسات واقتراح خطط التنمية الاقتصادية والاجتماعية وتقديم توصيات إلى مجلس الوزراء، لاستصدار أي قانون أو نظام أو لاتخاذ أية إجراءات قد يراها ضرورية أو نافعة لتحقيق أهداف أو لزيادة فعالية التنمية الاقتصادية والاجتماعية..).

٢ـ مراجعة العقود :

لا يجوز للإدارة أن تبرم أو تقبل أو تجيز أي عقد أو صلح أو تحكيم أياً كـــان موضوعه، إذا كانت قيمته تزيد على ٧٥٠٠٠ دينار دون أن تستطلع رأي الإدارة فـــي ذلـــك، يستوي أن يكون الطرف الآخر في العقد شركة أو فـــرداً، والإدارة عـــندئذ لا تبدي رأيها في العقد فحسب ولكنها تراجعه أيضاً مراجعة قانونية. ويسري هذا الحكم أيضاً على تأسيس الشركات التي ينص القـــانون على أن يكون تأسيسها بمرسوم (شركات المساهمة)، كائنا ما كان مقدار رأس مال الشركة، وكذلك على كل التزام أو احتكار موضوعه استغلال مـــورد من موارد الثروة الطبيعية أو مصلحة من المصالح العامة للجمهور. ولمـــا كـــان الدســـتور يســـتلزم أن يصدر قانون بمنح الالتزام أو الاحتكار (المادتـــان ١٥٢ ، ١٥٣)، فيجب استطلاع رأي إدارة الفتوى والتشريع في شأنه قبل صدور المرسوم بإحالة مشروع القانون إلى مجلس الأمة.

كمـــا أوجب المشرع تمثيل إدارة الفتوى والتشريع في لجنة المناقصات المركزية، بل وجعل ممثلها عضواً أصيلاً في اللجنة بحيث لا يصلح انعقادها دون حضـــوره حتى ولو حضره كافة الأعضاء الآخرين (المادة الرابعة من قانون المناقصات العامة رقم ١٩٦٤/٣٧).

٣ـ الفتوى :

فـــإدارة الفـــتوى هى المستشار القانوني للحكومة، تلجأ إليها إذا ما عن عليها الرأي القانوني في موضوع معين :

- فلمجلس الوزراء أن يطلب رأي إدارة الفتوى فيما يقوم من خلاف في وجهـــات الـــنظر بيـــن مختلف الوزارات، ثم يحسم المجلس هذا الخلاف في ضـــوء الرأي. (البند السادس من المادة الثالثة من اللائحة الداخلية لمجلس الوزراء).

- كذلـــك لمجلـــس الورزاء وأية وزارة أو إدارة أن تستطلع رأي إدارة الفـــتوى في أية مسألة قانونية، سواء تعلقت بتطبيق القوانين واللوائح في النواحـــي الداخلـــية، أم تعلقت بمشكلة دولية، أم بتنفيذ عقد من العقود التي أبرمتها.

غـــير أن الافـــتاء فـــي شئون الموظفين، من اختصاص ديوان الخدمة المدنـــية وحده، فتلجأ الجهات الإدارية المختلفة لإستطلاع الرأي في تفسير أحـــد النصوص المتعلقة بالوظيفة العامة، وللديوان بدوره أن يستفتى إدارة الفتوى والتشريع فيما يستشكل عليه من أمور.

٤ ـ الدفاع عن الحكومة أمام القضاء :

تحضـــر إدارة الفتوى والتشريع عن الحكومة أمام القضاء بكافة درجاته فـــي جمـــيع القضايا التي ترفع منها أو عليها، وذلك أياً كان نوع القضية، مدنية أو تجارية، أو إدارية أو متعلقة بالأحوال الشخصية.

والأصـــل هـــو أن إدارة الفـــتوى والتشريع تقوم بهذه الخدمات للإدارة المركـــزية وحدها، أما الأشخاص اللامركزية، إقليمية كانت أو مرفقية، فلها إداراتها القانونية الخاصة بها، والتي تصوغ لها قراراتها التنظيمية الداخلية، وتفتيها في مشاكلها القانونية، وتحضر عنها أمام القضاء بيد أن دور إدارة الفـــتوى والتشريع يعود إلى الظهور، بالنسبة إلى هذه الهيئات، في الحالات الآنية :

- يجـــوز لهـــا استطلاع رأي إدارة الفتوى في المشكلات القانونية التي تعترضها.

- كذلـــك جـــرى العمـــل علـــى أن تقوم الإدارة بمراجعة عقود الهيئات اللامركزية، شأنها في ذلك شأن عقود الإدارة اللامركزية.

- كمـــا أن مشـــروعات القوانين التي تخص الهيئات المذكورة، وكذلك القـــرارات الإدارية التنظيمية التي تصدر بقرارات وزارية أو بأداة أعلى من ذلـــك، تخضع للأصل العام، ويجب عرضها على إدارة الفتوى لمراجعتها من الناحـــية القانونـــية، أما تلك التي تصدر بقرارات داخلية، فلا يلزم عرضها حتماً، بمعنى أن عرضها جوازي للشخص اللامركزي وليس إلزامي له.

ولا يـــبقى حـــتى تصـــير إدارة الفتوى والتشريع مجلس دولة سوى أن يضـــاف إلـــيها اختصـــاص الفصـــل في المنازعات التي تثور بين الحكومة والأفـــراد، إلغـــاءً وتعويضاً، وهو ما أشار إليه الدستور في المادة (١٧١)

عـندما نـص علـى أنه (يجوز بقانون إنشاء مجلس دولة يختص بوظائف القضاء الإداري والافتاء والصياغة...)[1].

هـذا، ولقـد عرضنا لهذه المرحلة من خلال تطور التنظيم القانوني في الكويت، سواء بإنشاء إدارات ومجالس تتولى شئون الأفراد، وصدور قانون تنظـيم القضـاء بالمرسوم الأميري رقم ١٩/١٩٥٩، ولم يكن مبدأ خضوع سـلطات الدولـة للرقابة قد استقر في النظام القانوني للدولة، ومع ذلك فقد حرص المشرع في هذا المرسوم على الأخذ بحق التقاضي، فنص في المادة الأولـى مـن القانون على أن (تختص المحاكم بالفصل في جميع المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية وبالمسائل المدنية والتجارية وبالنظر في جميع الجـرائم إلا ما استثنى بنص خاص)، ثم أعقب ذلك بالنص في المادة الثانية على أنه (ليس للمحاكم أن تنظر في أعمال السيادة، ولها دون أن تلغى الأمر الإداري أو توقـف تنفـيذه أو تؤولـه أن تفصـل في المنازعات المدنية والـتجارية التـي تقـع بين الأفراد والحكومة عدا الحالات التي ينص فيها القانون على غير ذلك). وعلى ذلك، إذا ما تبين للقضاء عدم مشروعية قرار إداري فانـه لا يملـك سوى ولاية التعويض عن الأضرار التي أحدثها هذا القرار غير المشروع، دون التعرض له بالإلغاء أو وقف التنفيذ أو تأويله[2].

وبعـد أن نالـت الكويت استقلالها صدر الدستور الكويتي سنة ١٩٦٢، ولمـا كـان حق التقاضي من الحقوق الدستورية التي لا غنى عنها في أية دولـة قانونـية، حرص المشرع الدستوري في المادة (١٦٢) من الدستور على أن يؤكد على أن القضاء (ضمان للحقـوق والحريات) وبحسـب المادة (١٦٦) من الدستور فان (حق التقاضي مكفـول للناس) وعلى القانون فقط أن (يبيـن الإجـراءات والأوضـاع اللازمة لممارسة هذا الحق). وبمناسبة الحديـث عـن السلطة القضائية، أشار الدستور فـي المادة (١٦٩) إلى أن (يـنظم القـانون الفصـل في الخصومات الإدارية بواسطة غرفة أو محكمة خاصة يبين القانون نظامها وكيفية ممارستها للقضاء الإداري شاملاً ولايـة

---

(١) انظر :
- دكـتـور/ عبدالفـتاح حسن، مبادئ القانون الإداري الكويتي، المرجـع السابـق، ص ١٩٠.

(٢) راجع :
- حكـم المحكمـة الكلـية الصادر في ١٩٦٩/٣/١٦ (طعن تجاري كلي ٩٢ القضية رقم ٦٨/١١٠٣)، غير منشور.

الإلغاء والتعويض بالنسبة إلى القرارات الإدارية المخالفة للقانون)، كما أنه عاد في المادة (١٧١) فأوضح أنه (يجوز بقانون إنشاء مجلس دولة يختص بوظائف القضاء الإداري والإفتاء والصياغة المنصوص عليها في المادتين السابقتين) (أي المادتين ١٦٩ ، ١٧٠).

وإزاء تأخر المشرع في إعمال النصوص الدستورية بتنظيم القضاء الإداري، ظل القضاء أميناً في تطبيق نصوص القانون رقم ١٩٥٩/١٩ خاصة عدم إلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة[١].

ولا مراء في أن الكويت عرفت خلال هذه المرحلة القانون الإداري بمفهومه الواسع، بيد أن القول بأن الكويت لا تعرف المفهوم الضيق للقانون الإداري، لا يعني أن الإدارة الكويتية في كل مجالاتها تخضع لذات القواعد التي يخضع لها الأفراد، فهناك تشريعات خولتها امتيازات معينة مثل قانون نزع الملكية للمنفعة العامة والاستيلاء المؤقت[٢]، وقانون الأحكام العرفية.. إلخ، غير أنه فيما عدا الاستثناءات التي وردت بها نصوص خاصة تخضع الإدارة لذات القاضي الذي ينظر منازعات الأفراد وتخضع لذات القواعد التي تحكمهم[٣]. وقد أوضحت المذكرة الإيضاحية لقانون تنظيم القضاء رقم ١٩٥٩/١٩ ذلك في تعليقها على المادة الثانية بقولها أن (المحكمة هى التي تنظر في جميع المنازعات المتعلقة بالمسائل المدنية... يستوي في ذلك أن يكون النزاع واقعاً فيما بين الأفراد أو واقعاً بين الأفراد والحكومة. فالدعاوى التي تنشأ من العقود والمقاولات التي تعقدها الحكومة ودعاوى التعويض التي ترفع على الحكومة وغير ذلك من المنازعات المدنية التي تقوم بين الحكومة والأفراد، كل ذلك يدخل في ولاية المحاكم).

---

(١) توجد ثمة حالات عديدة أجازت الطعن في القرارات الإدارية بالإلغاء مثل :
- نص المادة (١٣٢) من قانون الوظائف رقم ٧ لسنة ١٩٦٠، والذي ألغي وحل محله قانون الخدمة المدنية رقم ١٥ لسنة ١٩٧٩، والمادة (١٦) من القانون الأخير.
- نص المادة (٦٥) من قانون ديوان المحاسبة رقم ٣٠ لسنة ١٩٦٤.
- المواد من (١٠٧ حتى ١١١) من المرسوم الأميري رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦ بإصدار قانون التأمينات الاجتماعية.
- المادة (٣/٧٣) من المرسوم بقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ بشأن قانون التجارة.

(٢) القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٦٤ بشأن نزع الملكية والإستيلاء المؤقت للمنفعة العامة (المواد ١٦ ، ١٧ ، ١٨).

(٣) راجع :
- دكتور/ عبدالفتاح حسن، مبادئ القانون الإداري الكويتي، المرجع السابق، ص ٤٧.

المرحلة الثانية : القانون الإداري بعد إنشاء الدائرة الإدارية :

بمقتضى قانون إنشاء الدائرة الإدارية رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ المعدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٢ عرف النظام القضائي الكويتي طلبات إلغاء القرارات الإدارية بشكل واضح وصريح ومباشر.

وما يسترعى الانتباه أن المشرع لم يشأ أن يقيم قضاءً يكون صاحب الاختصاص الشامل في المنازعات الإدارية، كما هو مقرر في فرنسا لمجلس الدولة والمحاكم الإدارية، وفي مصر بعد صدور القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢، وإنما أراد المشرع أن يأخذ بالاسلوب الحصري في بيان اختصاص الدائرة الإدارية.

ولقد تعرض منهج المشرع في الإلتجاء إلى الأسلوب الحصري لبيان اختصاص الدائرة الإدارية، للنقد من جانب الفقه، ذلك أن هذا النهج يتعارض مع صياغة نص المادة (١٦٩) من الدستور الذي يفيد بيقين أن ولاية الغرفة أو الدائرة هى ولاية عامة تشمل كافة المنازعات الإدارية على إطلاقها دون قيد أو استثناء[١].

وإذا كان المشرع لم يشأ أن يقيم قضاءً مستقلاً على نمط ما أُخذ به في مصر بإقامة مجلس دولة يكون له محاكمه المستقلة، بيد أن ما يحمد للدائرة الإدارية، وخاصة بعد أن شب عودها، أن أخذت في قضائها بالنظريات التي أرساها القضاء الإداري في فرنسا ومصر، ومدت اختصاصها إلى منازعات لم يوردها المشرع ضمن نصوص اختصاصها، وبدأت في تفعيل القانون الإداري بتطبيقه على المنازعات التي تعرض عليها، والاعتراف للجهة الإدارية بامتيازات لا يتمتع بها الأفراد، كل ذلك وغيره كثير، جعل الفقه يتساءل هل أصبحت الكويت تعرف القانون الإداري بالمعنى الضيق أو الفني؟.

يرى جانب من الفقه أنه يشترط لوجود القانون الإداري بمعناه الفني الدقيق في دولة من الدول توافر أحد شرطين :

---

(١) راجع في ذلك :
- دكتور/ عثمان عبدالملك الصالح، النظام الدستوري والمؤسسات السياسية في الكويت، المرجع السابق، ص ٦٣٠.

الشـرط الأول : أن يوجد في هذه الدولة قضاء إداري مستقل عن القضاء العـادي أو توفر للقضاء العادي حرية الفصل في المنازعات الإدارية، التي تكـون السلطة الإداريةٍ طرفاً فيها، دون التقيد بأحكام القانون الخاص الذي أنشئ هذا القضاء أصلاً لتطبيق أحكامه.

الشـرط الثاني : تقنين القانون الإداري بمعنى أنه يصدر المشرع مجموعة قانونـية إداريـة تتضمن المبادئ العامة للقانون الإداري والقواعد والأحكام الإداريـة التـي تطـبق في المنازعات الإدارية على غرار مجموعة القانون المدني وغيرها من مجموعات القانون الخاص التي توجد في الوقت الحاضر في دول العالم المعاصر[١].

ونظـراً لصـعوبة تقنين القانون الإداري وتجميع كافة قواعده ونظرياته العامـة في مجموعة قانونية تشريعية واحدة. يرى البعض أنه يكفي لوجود القانون الإداري بمعناه الفني الدقيق أن تنشأ في الدولة جهة قضائية مستقلة للفصل في المنازعات الإدارية مثلما هو الحال في مصر ولبنان، أو أن يتولى القضاء الموحد في الدولة الفصل فيها وفقاً لقواعد قانونية متميزة ومستقلة عـن القـانون الخاص الذي يطبقه على المنازعات بين الأفراد، وهو الأمر الـذي يتحقق في دولة الكويت؛ إذ توجد بالكويت دائرة إدارية متخصصة في الفصـل فـي المنازعات الإدارية وذلك بين دوائر المحكمة الكلية فيها، ويتم الطعـن فـي أحكامها بالاستئناف أو النقض أمام دوائر متخصصة كذلك في محكمتي الاستئناف والتمييز[٢].

---

(١) راجع في ذلك :
- دكـتـور/ محمد فؤاد مهنا، مبادئ وأحكام القانون الإداري في ظل الاتجاهات الحديثة، دار المعارف بالاسكندرية، ١٩٧٨، ص ١١.

(٢) راجع في ذلك :
- دكـتـور/ محمـود سـامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة في دولة الكويت، المرجع السابق، ص ٢٧٨.
- دكـتور/ محمـد عبدالمحسن المقاطع، والدكتور/ أحمد حمد الفارسي، القانون الإداري الكويتي، المرجع السابق، ص ١٦.
- دكـتور/ محمد كامل ليله، الرقابة على أعمال الإدارة، المرجع السابق، ص ١٨٩. حيث يؤكـد علـى أن (مسألة وجود قانون إداري في دولة ما لا يجوز أن تتوقف على إنشاء محـاكم خاصة لتطبيق قواعده لأن ذلك يعتبر أمراً شكلياً بحتاً ليس له من أثر في تحديد خصائص القواعد القانونية الموضوعية).

وتأسيساً على ما تقدم يرى أصحاب هذا الاتجاه بأنه ولئن كان النظام القضائي في الكويت هو النظام الموحد من الناحية العملية إلا أنه يعد من أنظمة القضاء المزدوج من الناحية الموضوعية، حيث توجد دوائر متخصصة للفصل في المنازعات الإدارية، يمكن إطلاق اصطلاح القضاء الإداري عليها[1].

وهكذا يمكن القول بأن القانون الإداري نشأ مع نشأة الإدارة ذاتها في كل دولة قانونية، أي تلك التي تخضع للقانون أفراداً وسلطات عامة على عكس الدول الاستبدادية التي لا تخضع السلطات العامة فيها للقانون، ولكن بدرجات متفاوتة.

---

(١) راجع :
- دكتور/ محمود سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة في دولة الكويت، المرجع السابق، ص ٢٧٨ ، ٢٧٩.

المبحث الثاني

معيار المنازعة الإدارية

المـــنازعة هى المسألة التي تثير نزاعاً بين الأفراد أو بينهم وبين إحدى السلطات العامة في الدولة، واستناداً إلى حق التقاضي يتم حملها إلى القضاء من خلال مباشرة الحق في الدعوى[1].

وقـــد بات من المسلم به أن المنازعة تكون إدارية وتدخل في اختصاص القضاء الإداري إذا توافر فيها عنصران **أولهما** اتصال المنازعة بسلطة إدارية بمعنى أن تكون السلطة الإدارية أحد خصوم الدعوى كمدعي أو مدعى عليه، **وثانيهما** اتصـــال المـــنازعة بنشاط مرفقي تباشره السلطة الإدارية بوسائل القانون العام بمعنى أن تكون المنازعة هى المطالبة بأثر من الآثار المترتبة علـــى علاقة إدارية من علاقات القانون العام أي علاقة يكون القانون العام الواجب التطبيق عليها[2].

هـــذا ونتـــناول معيار المنازعة الإدارية من خلال الوقوف على مظاهر التفرقة بينها وبين غيرها من المنازعات والمعايير المميزة لها كل في مطلب مستقل.

المطلب الأول: مظاهر التفرقة بين المنازعات الإدارية وغيرها من المنازعات.

المطلب الثاني: معيار المنازعة الإدارية.

---

(١) دكـــتور/ محمـــود سامي جمال الدين، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية، المرجع السابق، ص ١٨.

(٢) يراجع :

- دكـــتور/ زكـــي محمـــد الـــنجار، الوسائل غير القضائية لحسم المنازعات الإدارية، دار النهضة العربية، ١٩٩٣، ص ١٦.

المطلب الأول

مظاهر التفرقة بين المنازعات الإدارية وغيرها من المنازعات

لما كانت المنازعة الإدارية مثلها مثل باقي المنازعات الأخرى، ما هى إلا وسيلة قانونية لحماية الحقوق أمام القضاء، ولكنها تتمتع بمجموعة من السمات التي تميزها عن غيرها من المنازعات، والتي نستعرضها في النقاط التالية[1] :

١- من حيث أطراف المنازعة :

يلاحظ دوماً أن يكون أحد طرفي المنازعة الإدارية شخصاً معنوياً عاماً، وفي الغالب يكون مدعياً عليه، ويمثل فيها بصفته هذه، التي تبيح له استخدام بعض مظاهر السلطة العامة[2]، سواء تمثلت في مقدرته على إلزام الغير بإرادته المنفردة عن طريق ما يصدره من قرارات إدارية والتي يمكن أن ينفذها مباشرة دون حاجة إلى استصدار أحكام قضائية بذلك، أو ما يتمتع به أيضاً من سلطة الاستيلاء ونزع الملكية للمنفعة العامة أو تضمين ما يبرمه من عقود إدارية شروطاً استثنائية غير مألوفة في أحكام القانون الخاص، وقد يكون تابعاً للإدارة المركزية للدولة أو إحدى هيئاتها المحلية كالمحافظة والمدينة والقرية في مصر أو مؤسساتها العامة ذات الصبغة الإدارية أو إحدى الهيئات أو المؤسسات العامة في الكويت.

٢- موضوع المنازعة الإدارية :

يدور موضوع المنازعة الإدارية حول حق من الحقوق الإدارية، أي تلك التي تنشأ بسبب علاقة بين الشخص المعنوي من ناحية والشخص الخاص من ناحية أخرى، بغرض حماية هذا الحق ضد ما قامت به الجهة الإدارية، من أعمال تمسه أو تعتدى عليه، وقد يكون منشأ هذا الحق القانون أو أعمال الإدارة القانونية كالقرارات أو العقود الإدارية أو أعمالها المادية.

---

(١) راجع :
- دكتور/ حسني درويش عبدالحميد، مقال بعنوان (بعض الأفكار العملية في إجراءات الدعوى الإدارية)، مجلة المحاماة، العددان الأول والثاني، السنة الرابعة والستون، يناير وفبراير ١٩٨٤، ص ٥٠ ، ٥١.

(٢) دكتور/ سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، دراسة مقارنة، الكتاب الثالث، أموال الإدارة العامة وامتيازاتها، عام ١٩٧٣، دار الفكر العربي، ص ٧٧.

٣ـ لمن تنعقد مهمة الفصل فيها؟

يعهد بمهمة الفصل في المنازعة الإدارية عادة إلى قاض متخصص، فلا يكفي توافر الثقافة القانونية وحدها لدى القاضي، وإنما ينبغي أن يكون ملماً بطبيعة عمل الإدارة عالماً بمقتضياته، لذلك نشاهد في النظم التي تعترف بالمنازعة الإدارية وتفرد لها قضاءً مستقلاً بها (كالنظام القضائي الفرنسي والمصري) حيث تعهد بمهمة الفصل في تلك الطائفة من المنازعات، إلى جهة قضائية متخصصة ومستقلة عن المحاكم العادية[١]، **وفي رأينا** أن ضرورة إسناد مهمة الفصل في المنازعة الإدارية إلى قاض مستقل عن المحاكم العادية ليس شرطا لازماً لوجود المنازعة الإدارية، فيكفي أن تسند هذه المهمة إلى قاض ولو كان تابعاً للمحاكم العادية، إلا أن القانون يحدد اختصاصه بتلك المهمة ويرسم له الإجراءات التي تتبع أمامه، ويبين له طبيعة المنازعات التي ينظرها، ويحدد له طرق الطعن المتميزة للأحكام التي يصدرها فيها مبيناً آثارها، وهذا ما نلاحظه في نظام الغرف الإدارية التابعة للمحاكم العادية، حيث يسند المشرع إليها مهمة الفصل في المنازعات الإدارية، رغم تبعية هذه الغرف للقضاء العادي كما هو الحال في الكويت.

٤ـ المنازعات الإدارية أكثر تحديداً[٢] من غيرها من المنازعات، حيث يعرف القضاء كل من منازعات الإلغاء ومنازعات التعويض، ومنازعات التأديب والزجر ومنازعات التفسير وفحص الشرعية، وجميعها منازعات مسماه ومحددة على سبيل الحصر.

٥ـ إن المنازعة الإدارية نظراً لكون أحد طرفيها شخصاً عاماً، يمثل فيها لما يتمتع به من مظاهر السلطة العامة[٣]، والتي قد تهدر مبدأ المساواة

---

(١) راجع :
- دكتور/ مصطفى كمال وصفي، أصول إجراءات القضاء الإداري، الطبعة الثانية، ١٩٨٧ - ١٩٨٨، ص ٢١ ، ٢٢.

(٢) الدكتور/ عبدالعزيز خليل بديوي، الوجيز في المبادئ العامة للدعوى الإدارية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، عام ١٩٧٠، ص ١٣ وما بعدها.
- انظر أيضا الدكتور/ أحمد كمال الدين موسى، الإثبات الإداري، المرجع السابق، ص ٦ وما بعدها.

(٣) وفي تبرير مظاهر السلطة التي تتمتع بها الأشخاص الإدارية العامة، تؤكد المحكمة الإدارية العليا في مصر (أن قواعد القانون الخاص تهدف أساسا إلى معالجة مصالح فردية على أساس التعادل بين أطرافها.. على حين أن قواعد القانون الإداري تهدف أساسا إلى معالجة مراكز تنظيمية عامة لا تعادل في المصلحة بين أطرافها، إذ المصلحة العامة فيها لا تتوازى مع المصلحة الفردية الخاصة، بل يجب أن تعلو عليها، ومن ثم تميز القانون الإداري بأن قواعده أساسا قواعد آمرة وأن للإدارة في سبيل تنفيذها سلطات استثنائية تستلزمها وظيفتها في إدارة المرافق العامة وضمان سيرها بانتظام واضطراد..)، حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ١٩٥٨/١/١٨ السنة ٣ ق، ص ٥٤٦.

بيـــن المتقاضـــيين، لذلـــك كان ضرورياً خضوعها لمجموعة من الإجراءات القضائية الخاصة التي تكفل التوازن بين أطراف المنازعة من ناحية، وتوفر السرعة اللازمة التي تقتضيها حماية الحقوق الإدارية من ناحية أخرى.

وقـــد أدرك المشرع المصري طبيعة تلك العلاقات في مجال القانون العام فقرر إجراءات تستهدف في مجموعها أساساً التبسيط ومنع التعقيد والإطالة مـــع مـــراعاة طبـــيعة النزاع الإداري، فأراد ألا يحمل الهيئات العامة مشقة المثول كثيراً أمام المحكمة بأن تطلب – مثلاً – ضـــرورة التظلم، خاصة فيما يتعلق بدعاوى الإلغاء[1]، وإلا حكم في الدعوى بعدم قبولها.

كذلـــك قدر المشرع أن المنازعة الإدارية تدور أساساً حول تجريدها من لـــدد الخصـــومة الشخصية التي تهيمن على المنازعات العادية[2]، لذلك فإن الدعوى الإدارية، لا تكون ملكاً للخصوم بقدر ما هى ملك للقاضي فهو الذي يوجههـــا ويســـيرها، ويطلـــب ما يراه لازماً لتحضيرها، واستيفائها للفصل فيها[3].

---

(١) تـــنص المـــادة (١٢/ب) من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ على أنه لا تقبل الطلبات الآتية (الطلـــبات المقدمة رأسا بالطعن في القرارات الإدارية النهائية المنصوص عليها في البنود ثالثا، رابعا، تاسعا من المادة (١٠) وذلك قبل التظلم منها إلى الهيئة الإدارية التي أصدرت القرار أو إلى الهيئات الرئاسية وانتظار المواعيد المقررة للبت في هذا التظلم).

(٢) انظـــر الدكـــتور طعيمة الجرف، في مقالته (مدى التعارض بين طبيعة المنازعات الإدارية وقواعـــد المـــرافعات المدنـــية) المنشورة بمجلة مجلس الدولة، السنة ٧، ص ٢٧٦ وما بعدها.

(٣) ومما يؤكد هذا القول ما نصت عليه المادة (٢٧) من قانون ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولـــة المصـــري من أنه (تتولى هيئة مفوضي الدولة تحضير الدعوى وتهيئتها للمرافعة ولمفوضي الدولة في سبيل تهيئة الدعوى الاتصال بالجهات الحكومية ذات الشأن للحصول علـــى مـــا يكون لازما مـــن بيانات وأوراق وأن يأمر باستدعاء ذوي الشأن لسؤالهم عن الوقائع التي يرى لزوما تحقيقها أو بدخول شخص ثالث في الدعوى أو بتكليف ذوي الشأن بتقديم مذكرات أو مستندات تكميلية..).

كذلـــك مـــا نصت عليه المادة (٢٨) من ذات القانون من أنه (يمكن لمفوض الدولة أن يعـــرض علـــى الطرفيـــن تســـوية الـــنزاع على أساس المبادئ القانونية التي ثبت عليها القضاء).

راجع في ذلك :

– دكـــتور/ محمد جابر عبدالعليم، مفوض الدولة بين القضاء الإداري المصري والفرنسي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق – جامعة القاهرة، ٢٠٠٥، ص ٢١٧ وما بعدها.

وعلـــى العكـــس من ذلك تكون الإجراءات أمام القاضي العادي الذي لا يستطيع بصدد المـــنازعة المدنية أن يثير من تلقاء نفسه دفعاً لم يتمسك به الخصوم ما لم يكن من النظام العـــام، أو أن يطلب من الخصم ضم مستند أو ورقة في الدعوى ما لم يطلب منه ذلك ذوي الشأن لأن الدعوى ملك لأطرافها.

٦ـ ومـــع تسليمنا بأن القانون الإداري قانون قضائي، حيث يرجع الفضل كل الفضل إلى جهود القضاء في إرساء دعائم هذا الفرع من فروع القانون العـــام الداخلـــي، إلا أن دور القاضي الإداري في المنازعة الإدارية يخضـــع لمجموعـــة من القيود التقليدية.

خصائص إجراءات الدعوى الإدارية :

تتسم إجراءات الدعوى الإدارية بأنها إجراءات تحقيقية، وأنها إجراءات كتابية، وتمتاز بالبساطة والاقتصاد، وأن القاضي الإداري يوجهها، وذلك كله على التفصيل التالي :

أولاً : إجراءات إيجابية يوجهها القاضي :

فـــروابط القانون الخاص تتمثل في خصومة شخصية بين أفراد عاديين تتصارع حقوقهم الذاتية، ولذا يهيمن الخصوم على تسيير الجانب الأكبر من الإجراءات المدنية والتجارية. أما روابط القانون العام فإنها تتمثل أساساً في نـــوع الخصـــومة العينية أو الموضوعية، مردها إلى قاعدة الشرعية ومبدأ ســـيادة القـــانون مـــتجردة مـــن لدد الخصومة الشخصية التي تهيمن على مـــنازعات القـــانون الخـــاص. ونتيجة لذلك استقر الوضع على أن الدعوى القائمـــة على روابط القانون العام ليست محض حق للخصوم، وإنما يملكها القاضـــي، فهـــو الـــذي يوجههـــا ويكلف الخصوم بما يراه لازماً لاستيفاء تحضيرها وتحقيقها وتهيئتها للفصل فيها[1].

فيكفـــي أن تصـــل الدعـــوى إلى القاضي الإداري حتى يتحمل هو عبء الســـير بهـــا حتى نهايتها : فهو الذي يأمر بالسير في إجراءاتها، ويأمـــر بالتحقيق إذا كان له موضع، ويفحص الوثائق والأوراق المقدمة، ويقرر متى تعتـــبر الدعـــوى صالحة للفصل فيها، ويقدر ما يقدم إليه من وسائل إثبات بحـــرية، ويأمـــر بإدخـــال خصم في الدعوى.. إلخ. حقيقة أن الخصوم في الدعوى يستطيعون أن يقترحوا على القاضي الإداري إتخاذ إجـــراء معيـــن،

---

(١) راجع في ذلك :
- حكـــم المحكمـــة الإدارية العليا الصادر في ١٩٦٣/١/٢٣، مجموعة أبو شادي، ص ١٧٨٧.

ولكـــنه يحتفظ بكامل حريته في إجابة هذا المطلب مع تقيده بطلبات الخصوم في الدعوى، فليس له أن يفصل فيما لم يطلب منه[١].

وقـــد ترتـــب علـــى هذا الطابع الذي اتسمت به الإجراءات الإدارية أن تجـــردت الدعوى الإدارية إلى حد كبير من لدد الخصومة، وأصبحت وسيلة فعالـــة للبحـــث عن الحقيقة[٢]. ويظهر هذا الدور الإيجابي في أمور كثيرة، نذكر منها بصفة خاصة[٣] :

أ- أن صحيفة الدعوى توجه إلى القاضي نفسه وليس إلى الخصم وذلك بإيداعهـــا قلم كتاب المحكمة المختصة، أما إعلان الصحيفة أو تقرير الطعن فلـــيس ركناً من أركان إقامة المنازعة الإدارية أو شرطاً لصحتها وإنما هو إجراء مستقل لا يقوم به أحد طرفي المنازعة وإنما تتولاه المحكمة من تلقاء نفســـها ولـــيس مـــن شأنه أن يؤثر في صحة إنعقاد الخصومة. وذلك على خلاف الحال في المنازعات المدنية إذ ترفع بناء على طلب المدعي بصحيفة تعلن للمدعى عليه[٤]، ما لم يقض القانون بغير ذلك.

ب- أن إجـــراءات الدعـــوى الإدارية لا تعرف نظام الشطب المعمول به أمـــام القضـــاء العـــادي. وبيان ذلك أن النظام الإداري القضائي يتأبى الأخذ بالـــنظام الإجرائي الذي تجري عليه المحاكم المدنية في حالة غياب الخصوم عـــن حضور الجلسات المحددة لنظر دعاويهم، ومن ثم لا يجوز إعمال الأثر الذي رتبه الشارع على عدم حضور الخصوم أمام المحاكم المدنية في مجال الدعوى الإدارية، لأن هذا الأثر - كما يقول فقهاء قانون المرافعات - مقرر

---

(١) راجع :
- دكـــتور/ سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول، قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص ٨١٣.

(٢) راجع :
- حكـــم المحكمة الإدارية الصادر في ١٩٦٨/١١/٣، مجموعة المبادئ، ص ٩٥٨. حيث تؤكـــد المحكمة (أن الإجراءات المتبعة أمام القضاء الإداري تتميز بخصائص ذاتية تغاير المأخوذ بها أمام محاكم القضاء العادي لأن الإجراءات الإدارية (إيجابية يوجهها القاضي على خلاف الإجراءات المدنية والتجارية التي يهيمن الخصوم على تسيير الجانب الأكبر منها..).

(٣) راجع في ذلك :
- دكتور/ محمود عاطف البنا، الوسيط في القضاء الإداري، تنظيم رقابة القضاء الإداري - الدعاوى الإدارية، دار الفكر العربي، بدون سنة طبع، ص ٤١.

(٤) راجع :
- حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ١٩٦٨/٣/٢، س ١٣، ص ٦١٢.

كجزاء على الخصم الذي يهمل في متابعة دعواه، وحضور الجلسة المحددة لنظرها، بيد أن النظام الإداري يعتد في المقام الأول بتحضير الدعوى وتهيئتها للفصل فيها بإجراءات ألزم القانون هيئة مفوضي الدولة القيام بها قبل طرح المنازعة أمام القضاء[1].

ج- الدور الاستيفائي للمفوض والقاضي في تحضير ونظر الدعوى إذ تتولى هيئة مفوضي الدولة تحضير الدعوى وتهيئتها للمرافعة. ولمفوض الدولة الإتصال بالجهات الحكومية ذات الشأن للحصول على ما يكون لازماً لتهيئة الدعوى من بيانات وأوراق. وللمفوض أن يأمر باستدعاء ذوي الشأن لسؤالهم عن الوقائع التي يرى لزوم تحقيقها. أو بدخول شخص ثالث في الدعوى، أو بتكليف ذوي الشأن بتقديم مذكرات أو مستندات تكميلية، وغير ذلك من إجراءات التحقيق في الأجل الذي يحدده وله أن يقترح على الطرفين تسوية النزاع ودياً. وبعد إتمام تهيئة الدعوى يودع المفوض تقريراً يحدد فيه وقائعها والمسائل القانونية التي يثيرها النزاع، ويبدي رأيه مسبباً ثم تقوم الهيئة خلال ثلاثة أيام من تاريخ إيداع التقرير بعرض ملف الأوراق على رئيس المحكمة لتعيين تاريخ الجلسة لنظر الدعوى، ويبلغ قلم كتاب المحكمة تاريخ الجلسة إلى ذوي الشأن[2].

وهكذا يكون لمفوض الدولة دور إيجابي في تحضير الدعوى، وكذلك للقاضي الإداري دور إيجابي في مرحلة نظرها والحكم فيها، حيث يضمن إخطار أصحاب الشأن بالدعوى ويأمرهم بتقديم بعض المستندات وبما يراه

---

(١) راجع في ذلك :

- حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في الطعن رقم ٢٥٠١ لسنة ٦ ق، جلسة ١٩٦٤/٣/٢٢، الموسوعة الإدارية الحديثة، إعداد الدكتور/ نعيم عطية، والأستاذ/ حسن الفكهاني، الجزء الرابع عشر، الدار العربية للموسوعات، ص ١٥، ١٦، وحكمها في الطعن رقم ٧٦٠ لسنة ٢٤ ق، جلسة ١٩٨٠/١١/١٨، نفس المرجع، ص ٢٩ - ٣١.

(٢) انظر :

- دكتور/ محمود عاطف البنا، الوسيط في القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ٤١.

وراجع في ذلك :

- دكتور/ محمد جابر عبدالعليم، مفوض الدولة بين القضاء الإداري المصري والفرنسي، المرجع السابق، ص ١٧ وما بعدها.

مناسـبـاً من وسائل الخبرة[1]، والمعاينة[2]، وشهادة الشهود[3]، دون التزام بمـا يطلـبه الأطـراف في هذا الشأن، وتتم الاستيفاءات والإخطارات التي يباشـرها المفوض والقاضي بالطرق الإدارية، كالمراسلات والمكاتبات التي توجـه إلى هيئة قضايا الدولة (في مصر) أو إلى الجهات الإدارية مباشرة. وجدير بالذكر أن الاستيفاءات التي يباشرها القضاء الفرنسي تتم أحياناً عن طريق الاتصال التليفوني مع إثبات مضمونه في أوراق الملف.

د- ويظهـر أيضـاً أثر الدور الإيجابي للقاضي الإداري في تنظيم عبء الإثـبات، حيث يؤدي التدخل من جانب القاضي في تسيير إجراءات الإثبات وممارسـة سـلطته في طلب البيانات اللازمة من المدعى عليه إلى تخفيف عبء الإثبات الواقع على المدعي، بل يؤدي أحياناً إلى نقل عبء الإثبات إلى الإدارة المدعى عليها، وذلك إن هى تقاعست عن تقديم المستندات المطلوبة أو الملاحظات المنتجة للرد على الإدعاءات المحددة الواضحة، حيث يعد هذا

---

(١) الخبرة وسيلة من وسائل الإثبات التي يلجأ إليها القاضي لإثبات الدعوى سواء في القضاء المصـري أو الفرنسي، وتكون بناء على طلب الأطراف أو أحدهم أو أن تأمر بها المحكمة مـن تلقـاء نفسها قبل الفصل في موضوع الدعوى، وهى عادة تكون في المسائل الفنية سواء كانت طبية أو هندسية أو حسابية ونحو ذلك. وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا (إن الإسـتعانة بـأهل الخبرة كإجراء من إجراءات الإثبات هو أمر متروك تقديره لمحكمة الموضـوع، وإذا ما رأت الاستعانة برأي الخبير فإن لها التقدير الموضوعي لكافة عناصر الدعـوى، وهـى لا تلتزم إلا بما تراه حقاً وعدلاً من رأي لأهل الخبرة، ولها أن تأخذ بما تطمئـن إليه من تقرير الخبير، ولها أن تطرح ما انتهى إليه الخبير كله أو بعضه). راجع حكمهـا في الطعن رقم ١٣٦١ لسنة ٣٢ ق، الدائرة الثامنة، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء ٤١، ص ٧٣ وما بعدها.

(٢) المعايـنة هـى انـتقال المحكمة لمشاهدة محل النزاع أياً كان طبيعته، سواء كان عقاراً أو منقولا.
راجع في ذلك :
- دكتور/ هشام عبدالمنعم عكاشة، دور القاضي الإداري في الإثبات، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٣، ص ٦٨.
ومـن الملاحـظ أن المعاينة كوسيلة للإثبات أمام القضاء، وسيلة إختيارية، بمعنى أن القاضـي الإداري غـير ملزم أثناء نظر الدعوى باللجوء إليها، وإذا لجأ إليها فإنه غير ملـزم بالاعـتماد عليها في الحكم، ومن ثم فله أن يستند إليها في حكمه وله ألا يستند إليها.

(٣) وتـؤدي الشهادة أمام القضاء بعد حلف اليمين، وتدون في محضر يمكن للأطراف الاطلاع علـيه، ومـن حضر جلسة الشهادة من الأطراف في الدعوى لا يلزم دعوته للاطلاع على المحضـر، أما الطرف الذي لم يحضر جلسة الشهادة فيتعين دعوته للإطلاع على المحضر وإلا ترتب عليه البطلان. راجع:
- C.E., 8 mars 1963, Ackermann, Rec., P. 156
- حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ١٩٧٢/٢/٢٧، س ١٧، ص ٢٩١.

المســلك غير المتعاون قرينة على صحة إدعاءات المدعي ويؤدي إلى نقل عبء إثبات عكس هذه الإدعاءات إلى عاتق المدعى عليه[1].

هــذا وقــد رددت قوانين مجلس الدولة المصري هذا المبدأ، فإذا نكلت الإدارة عن تقديم المستندات والأوراق موضوع النزاع، فإن ذلك يقيم قرينة لصالح المدعي تلقي عبء الإثبات على عاتق الإدارة[2].

هــ- عــدم التقيد بأسباب الطعن، فالقاضي الإداري لا يقتصر على تلقي ما يتقدم به الخصوم، ولا يتحدد دوره بجهودهم في الدعوى، وإنما هو ينزل حكــم القــانون الصحيح على الوقائع المعروضة عليه[3]. وقد استقر قضاء المحكمــة الإداري العلــيا علــى أن الطعن أمامها يطرح المنازعة في الحكم المطعون فيه برمتها، ويفتح الباب أمامها لتزن هذا الحكم بميزان القانون ثم تــنزل حكمه في المنازعة على الوجه الصحيح غير مقيدة بأسباب الطعن أو بطلبات الخصوم فيه أو هيئة مفوضي الدولة مادام المراد هو مبدأ الشرعية نزولاً على سيادة القانون في روابط هى من روابط القانون العام تختلف في طبيعتها عن روابط القانون الخاص[4].

ثانياً : إجراءات كتابية :

تقــوم إجراءات التقاضي الإدارية على أساس الصيغة الكتابية إذ تعتمد بصفة رئيسة على المستندات والمذكرات التي تودع بالملــف لكــي يبنــي

---

(١) راجع في ذلك :
- دكــتور/ أحمد كمال الدين موسى، نظرية الإثبات في القانون الإداري، المرجع السابق، ص ١٢١.
- دكــتور/ عــبدالعزيز بديــوي، الوجيز في المبادئ العامة للدعوى الإدارية وإجراءاتها، المرجع السابق، ص ١٧١.
- حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٨١٥ لسنة ٣٣ ق، جلسة ١٩٩٣/٥/١٨، الموســوعة الإداريــة الحديثة، الجزء ٤١، ص ٣٧ وما بعدها، وحكمها في الطعن رقم ٣٦٢٧ لســنة ٣٧ ق، جلسة ١٩٩٧/٣/١، الدائرة الرابعة، الموسوعة الحديثة، الجزء ٤٣، ص ٢٧٠.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢١٧٢ لسنة ٣٧ ق، الدائرة الثالثة، الموسوعة الإدارية الحديثة، سابقة الذكر، جزء ٤٣، ص ٢٦٧.

(٣) راجع في ذلك :
- دكتور/ محمــود عاطف البنا، الوسيــط في القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ٤٢.

(٤) راجع :
- حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٢٧٤ لسنة ٧ ق، جلسة ١٩٦٤/١٢/١٢، وحكمها في الطعن رقم ٢٣١ لسنة ٩ق، جلسة ١٩٦٥/٥/٢٣.

القاضي اقتناعه منهـا، ولا يعني ذلك انعدام الشفاهية أمام محاكم القضـاء الإداري، وإنمـا تكـون محدودة للغاية، لدرجة أن مجلس الدولة الفرنسي، اعتـبر الخصيصة الكتابية للإجراءات الإدارية ذات صيغة آمرة[1]، وملزمة للقاضي بحيث لا يستطيع الخروج عليها، إلا إذا كان هناك نص صريح يبيح الشـفاهية أمامـه، وحـتى في حالة وجود مثل هذا النص، فإنه يعد بمثابة استثناء لا ينبغي التوسع فيه، كي لا تفقد الإجراءات الإدارية طابعها الكتابي.

وتساعد الصيغة الكتابية القاضي الإداري وتمكنه من تقدير مدى صلاحية القضية للفصل فيها، حيث تكون الأدلة جميعها أو على الأقل أغلبها مكتوبة، ويلاحـظ أنـه في المجال المحدود للشفاهية، فإنه لا ينبغي أن تتعلق بدليل جديـد، وإنمـا تستخدم فقط لإيضاح الأدلة المكتوبة، وبغرض إلقاء الضوء عليها[2].

بل إنه عند اعتناق القاضي حلاً فاصلاً للمنازعة، فإن هذا الحل ينبغي أن يستند على دليل يبرره، وهذا الدليل لا يقبل إلا أن يكون مكتوباً وموجوداً في ملـف القضية، وعليه فلا يملك الخصوم طلب تحويل مذكراتهم المكتوبة إلى مـرافعات شفهية، لأن الحكم الصادر في المنازعة الإدارية، ينبغي أن يقوم على وقائع ثابتة بالملف.

ولـذا فقد استقرت إجراءات التقاضي في قوانين مجلس الدولة المصري المتعاقبة على وجوب أن تتضمن عريضة الدعوى بياناً بالمستندات المؤيدة للطلب، وتقديم صورة من القرار المطعون فيه أو ملخص لـه، وللمدعي أن يقـدم مـع العريضة مذكرة شارحة، وعليه أن يودع قلم كتاب المحكمة عدا الأصـول، عـدداً كافياً من صور العريضة، والمذكرة، وحافظة المستندات. وعلى الجهة الإدارية المختصة أن تودع قلم كتاب المحكمة خلال مدة معينة مذكـرة مشفوعة بالمستندات والأوراق والملفات الخاصة بالدعوى، ويجوز للمدعـي أن يـودع مذكرة بالرد مشفوعة بما يكون لديه من المستندات في المهلـة التي يحددها له المفوض إذا رأى وجهاً لذلك، ويكون للجهة الإدارية

---

(١) راجع :
- دكـتور/ أحمد كمال الدين موسى، مقالته بعنوان (نظام مفوضي الدولة في مصر) مجلة مجلس الدولة، السنة الحادية عشرة، ص ١٩٦ وما بعدها.

(٢) راجع :
- دكتور/ فؤاد العطار، القضاء الإداري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٦٨، ص ٦١٣ وما بعدها.

حينـــئذ أن تودع مذكرة بملاحظاتها على هذا الرد مع المستندات، وللمفوض أن يكلـــف ذوي الشأن بتقديم مذكرات أو مستندات تكميلية، ويودع المفوض تقريراً يحدد فيه وقائع الدعوى ورأيه القانوني[1].

وقـــد أشـــارت المحكمة الإدارية العليا إلى أن النظام القضائي في قانون مجلس الدولة يقوم أساساً على مبدأ المرافعات التحريرية في مواعيد محددة منضـــبطة[2]، ولـــيس من حق ذوي الشأن أن يصروا على طلب المرافعات الشفوية، وإن كان للمحكمة أن تطلب إلى الخصوم أو المفوض ما تراه لازماً من إيضاحات[3].

وتحقـــق هـــذه الخصيصة الكتابية تجنب المفاجآت والبعد عن المهاترات بالنســـبة للطرفين حيث تمكنها من دراسة الدعوى بعمق ورؤية، كما تعين القاضي على دراسة القضية في هدوء وموضوعية.

ويمكـــن تلمـــس هذه السمة من المادة العاشرة من قانون إنشاء الدائرة الإداريـــة والتي نصت على أن تودع صحيفة الدعوى إدارة الكتاب (ويكون لكـــل من الخصوم الحق في الرد على ما جاء فيها بمذكرة تودع إدارة كتاب المحكمة، مع المستندات اللازمة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلانه بالطعن وبمجـــرد انتهاء هذه المهلة تقوم إدارة الكتاب بتحديد جلسة لنظر الموضوع خـــلال شـــهرين على الأكثر، وبإبلاغ جميع أطراف النزاع تلك الجلسة قبل موعـــد عقدها بأسبوع على الأقل، وذلك بموجب خطابات موصي عليها بعلم الوصـــول، ويجـــوز تقديـــم مســـتندات أو مذكرات جديدة أثناء المرافعة إذا صرحت المحكمة بذلك وفي خلال المواعيد التي تتولى المحكمة تحديدها).

ثالثاً : استقلال الإجراءات الإدارية عن قواعد قانون المرافعات المدنية :

وهذه هي الخصيصة الذاتية التي يتسم بها القانون الإداري وفقاً للنظرية الفرنسية : فكما أن القواعد الموضوعية فـــي القانـــون الإداري الفرنسي لا

---

(١) دكتور/ محمود عاطف، الوسيط في القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ٤٣.
(٢) راجع :
- حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ١٩٦٤/٣/٢٢، أبوشادي، ص ١٠١٧.
(٣) راجع :
- حكـــم المحكمة العليا الصادر في ١٩٦٨/١١/٣، مجموعة المبادئ، ص ٩٥٨، وحكمها في ١٩٧٢/٤/٢٢، مجموعة س ١٧، ص ١١٢.

تعتبر استثناء من قانون خاص (القانون المدني مثلاً) بل تعتبر قواعد أصلية، فكذلك الشأن بالنسبة لقواعد الإجراءات الإدارية، فهى لا تعتبر استثناء من قواعد المرافعات، بل تعتبر قواعد أصلية، ويترتب على ذلك نتيجة هامة وأساسية، وهى أنه في حالة النقص أو الغموض في قواعد الإجراءات الإدارية، فإن القاضي الإداري ليس ملزماً بالرجوع إلى قواعد الإجراءات المدنية والتجارية[1]، بل عليه أن يستمد القاعدة التي يتبعها من واقع الحياة الإدارية، وضرورات سير المرافق العامة، وطبيعة العلاقات الإدارية المنظورة بطريقة إنشائية تشبه تلك التي اتبعها في خلق قواعد القانون الإداري الموضوعية.

على أنه إذا كان القاضي الإداري ليس ملزماً بأن يطبق قواعد قانون المرافعات، فإن له أن يلجأ إلى تلك القواعد ولكن على سبيل الاستهداء وباعتبارها مجرد تطبيق لقواعد العدالة أو المنطق المجرد.

وكان من نتيجة ذلك، أن أصبحت قواعد الإجراءات الإدارية – في معظم الحالات – قواعد قضائية، صاغها مجلس الدولة الفرنسي، وفرضها على سائر المحاكم الإدارية، ووفق فيها على قدر الإمكان بين الضرورات الإدارية، وحماية حقوق الأفراد. على أن الشارع قد يتدخل وينظم إجراءً معينا بنص، وحينئذ يتعين على القضاء احترام الإجراءات المفروضة، ولكن حتى في هذه الحالة يحتفظ مجلس الدولة الفرنسي بحقه في تكملة ما تتكشف عنه النصوص من نقص أو غموض[2].

ومن الملاحظ أن المشرع المصري حين أخذ بنظام مجلس الدولة سنة ١٩٤٦، لم يترك للقضاء الإداري الناشئ فرصة تكوين قواعد الإجراءات التي يعمل بها أمامه، وإنما وضع له بعض قواعد محددة في قانون إنشاء مجلس الدولة، وإحالة فيما عداها إلى قانون المرافعات المدنية والتجارية، وبعد صدور القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢، تعين على المحاكم الإدارية – بمختلف أنواعها – أن تطبق قواعد الإجراءات الواردة فيه، وأن تطبق فيما عداها القواعد الواردة في قانون المرافعات بشرط ألا تتعارض تلك القواعد

---

(١) راجع :

- C.E., 23 mai 1947, Soudement, Rec., P. 214.

(٢) راجع في ذلك :

– دكتور/ سليمان محمد الطماوي، قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص ٨١٢.

مع طبيعة تشكيل المحاكم الإدارية، أو مع طريقة سير العمل أمامها. وهذا ما سار عليه القضاء الإداري المصري في ظل القوانين المتتالية المنظمة لمجلس الدولة. ومن ذلك على سبيل المثال حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ٢٢ مارس سنة ١٩٦٤ حيث تقول (سبق لهذه المحكمة أن قضت بأن الأصل في المنازعات الإدارية هو وجوب تطبيق الإجراءات المنصوص عليها من قانون مجلس الدولة، أما أحكام قانون المرافعات فلا تطبق إلا استثناءً فيما لم يرد فيه نص في قانون مجلس الدولة. فإذا ما تعارضت هذه الأحكام نصاً وروحاً مع أحكام هذا القانون سواء في الإجراءات أو في أصول النظام القضائي فإنها لا تطبق)[1].

رابعاً : لا يجوز للقاضي الإداري أن يحل محل الإدارة ولا أن يصدر أمراً لها فهي سلطة عامة وإصدار الأوامر لها بالرغم من كونها خصماً في المنازعة يعد تدخلاً سافراً في شئونها فيتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات، وإنما سلطة القاضي الإداري محددة على سبيل الحصر، فليس له سوى الحكم بإلغاء القرار المطعون فيه جزئياً أو كلياً – أو رفض الإلغاء، ولا يتعدى ذلك إلى تعديل القرار مثلاً أو إستبدال غيره به، لأن هذا من صميم اختصاص الإدارة، أما دعاوى الاستحقاق فسلطتة تنحصر في إجابة المدعي لطلباته بالاستحقاق الكلي أو الجزئي أو برفض الدعوى، على عكس القاضي العادي الذي يستطيع إذا ما طلب منه أن يصدر أمراً بالتسليم أو بمنع التعرض أو غير ذلك من الأحكام التي لا نظير لها أمام القضاء الإداري[2].

خامساً : الإجراءات الإدارية ذات طبيعة سرية :

يقصد بالسرية هنا غير الخصوم في الدعوى، إذ القاعدة لهؤلاء أن

---

(١) راجع :
- مجموعة أبو شادي، ص ١٠١٧.
- حكم محكمة القضاء الإداري في ١٩٥٨/٥/٥، س ١٢ و ١٣، ص ١٠٦ (لما كان قانون مجلس الدولة قد سكت عن تنظيم كيفية إدخال الخصوم في الدعوى فإن المرجع في ذلك إلى المادة (١٤٣) من قانون المرافعات).

(٢) راجع في ذلك :
- دكتور/ حسنى درويش عبدالحميد، مقالته (بعض الأفكار العملية في إجراءات الدعوى الإدارية)، المرجع السابق، ص ٥١.
- دكتور/ عبدالعزيز بديوي، الوجيز في المبادئ العامة للدعوى الإدارية وإجراءاتها، المرجع السابق، ص ١٥.

يحـــاطوا علمـــاً بجميع الوثائق والمستندات وأوجه الدفاع في الدعوى. أما بالنســـبة للغير، فالإجراءات سرية[1]. وينبغي ألا يفهم أن السرية تؤدي إلى إتمـــام إجـــراءات التحقيق سراً، وإلا عُد ذلك خرقاً، ونقضاً لمبدأ المواجهة والحضـــورية، وإنمـــا نظـــراً لأنها إجراءات تتعلق بعمل إداري (قانوني أو مادي) فإنها تتم في مواجهة الخصوم وتحاط بشبه سرية بالنسبة للغير[2].

وقد ورد نص المادة (٢٣) من قانون ٤٧ لسنة ١٩٧٢ (على أن يصدر الحكم في جلسة علنية)، وعليه فقد تطلب المشرع المصري ضرورة علانية جلســـة الـــنطق بالحكم، وإن لم ينص صراحة على علانية جلسات التحقيق، هذا وقد أورد المشرع المصري في قانون المرافعات المدنية والتجارية نص المـــادة (١٠١) والتـــي تناولت بالتقنين قاعدة عامة في إجراءات التقاضي وهـــي علنية الجلسات إلا إذا رأت المحكمة خلاف ذلك لأسباب تقدرها، حيث تـــنص على أن (تكون المرافعة علنية، إلا إذا رأت المحكمة من تلقاء نفسها أو بـــناء على طلب أحد الخصوم إجرائها سراً، محافظة على النظام العام أو مراعاة للآداب العامة أو لحرمة الأسرة).

سادساً : الإجراءات الإدارية تتسم بالبساطة والاقتصاد :

إن الإجـــراءات الإداريـــة تتســـم – إذا مـــا قورنت بالإجراءات المدنية والتجارية – بالبساطة والاقتصاد[3]، نظراً لهيمنة القاضي عليها مما يجردها مـــن كل ما يراد به التعطيل أو إرهاق الخصم، كما أن الإعلان يتم بالطريق الإداري وبالـــبريد إذ نصت المادة (٢٥) فقرة ثالثة من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ على أن (تعلن العريضة ومرفقاتها إلى الجهة الإدارية المختصة وإلى ذوي الشأن في ميعاد لا يجاوز سبعة أيام من تاريخ تقديمها، ويتم الإعلان بطريق البريد بخطاب موصي عليه مصحوب بعلم الوصول).

---

(١) راجع :
– دكتور/ سليمان محمد الطماوي، قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص ٨١٥.

(٢) راجع :
– دكتور/ حسن السيد بسيوني، دور القضاء فـــي المنازعـــة الإداريـــة، عالـــم الكتـــب، القاهرة، ١٩٨١، ص ١٩١.

(٣) راجع في ذلك :
– حكـــم المحكمـــة الإداريـــة العليا الصادر في ١٩٦٣/١١/٢٣، مجموعة أبو شادي، ص ١٧٨٧. حيـــث تصـــف المحكمة الإجراءات الإدارية بأن هدفها (التبسيط والسرعة في الإجراءات، ومنع التعقيد والإطالة والبعد بالمنازعة الإدارية عن لدد الخصومة..).

وأمـــا الاقتصاد في النفقات فيتحقق في أن الرسوم القضائية أمام مجلس الدولـــة أقل من الرسوم أمام القضاء العادي، ولا تتطلب المرافعات الإدارية تدخـــل المحامي دائماً، وإن كان توقيعه على عريضتها لازم لصحتها، نظراً للدور الهام الذي تقوم به هيئة مفوضي الدولة في تحضيرها واستيفائها.

سابعاً : تمتاز الدعوى الإدارية أن الإدارة كخصم فيها يجب أن تكون خصماً شريفاً :

فالإدارة تستهدف في نشاطها تحقيق الصالح العام، وخاصة أن المنازعة الإدارية تتمثل أساساً في نوع الخصومة العينية أو الموضوعية ومردها إلى قـــاعدة الشـــرعية متجردة من لدد الخصومة الشخصية، على خلاف روابط القانون الخاص الذي تتمثل في خصومة شخصية بين أفراد عاديين تتصارع مصـــالحهم الذاتـــية، ولـــذا فإن دعوى الإلغاء – كطعن موضوعي – ليست دعـــوى بين خصوم بقدر ما هى اختصام للقرار المعيب، يهدف فيه المدعى إلـــى تحقـــيق مشـــروعية أعمال الإدارة والمساهمة في ضمان اتفاقها مع القانون، وتحكم الدعوى اعتبارات المصلحة العامة[1].

ويعـــزز الاعتـــبارات المتقدمة أن جهة الإدارة شخص اعتباري (أو فرع شخص اعتباري) ليست لـــه أهـــواء أو إرادة ذاتيـــة، يهدف إلى البحث عن الحقيقة وتحقيق العدالة وليس كسب القضية وإطالة أمدها والافتئات بحقوق الأفـــراد، والامتـــناع عن إيداع المستندات التي تكون غالباً تحت يد الإدارة، فالتباطؤ نحو إنهاء الدعوى يؤدي إلى الإضرار بالمصلحة العامة[2].

وفـــي ذلـــك أشارت محكمة القضاء الإداري إلى أنها (لاحظت في الآونة الأخـــيرة موقـــف البعض ومسلكهم تجاه الأحكام الصادرة من مجلس الدولة بغـــية تعطـــيل وعـــرقلة تنفيذها وذلك بولوج طريق "إشكالات التنفيذ" التي يرفعونها أمام القضاء المدني "الأمور المستعجلة" رغم أنه ليس هو القضاء المخـــتص بنظرها وما ينجم عن ذلك من إضاعة للجهد والوقت بغير طائل. ولعل ما يلفت النظر أكثر قيام جهات الإدارة بسلوك هذا المنحى رغم ما لدى

---

(١) راجع :
– دكتـــور/ محمود عاطف البنا، الوسيط فـــي القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ٤٤.
(٢) راجع :
– مقال الدكتور/ حسني درويس عبدالحميد، سالف الذكر، ص ٥٢.

هذه الجهات من أجهزة قانونية متخصصة لعل من أولى وأهم وظائفها ليس فقط الدفاع عن أقضية الإدارة بل تقديم المشورة القانونية الصحيحة في إطار المشـــروعية، بعيداً عن اللدد والعنت في الخصومة، وأنه كان حرياً بالإدارة بوصـــفها الأمينة على حماية حقوق المواطنين والحارسة على تنفيذ القانون أن تعمـــل جادة على احترام الأحكام القضائية وما لها من حجية وأن تسارع إلى تنفيذ مقتضى هذه الأحكام أو الطعن فيها بالطرق القانونية المقررة)[1].

وأخـــيراً فـــإن كثـــيراً ما يشير القضاء الإداري المصري إلى خصائص الإجـــراءات الإدارية في ضوء التشريعات المقررة في هذا الصدد. ومن ذلك حكـــم المحكمـــة الإداريـــة العلـــيا الصادر في ١٩٦٣/١١/٢٣ الذي يصف الإجـــراءات الإداريـــة بـــأن هدفها (التبسيط والسرعة في الإجراءات، ومنع التعقيد والإطالة والبعد بالمنازعة الإدارية عن لدد الخصومة الفردية، وتهيئة الوســـائل لتمحيص القضايا تمحيصاً دقيقاً ولتأصيل الأحكام تاصيلاً يربط بين شـــتاتها ربطـــاً محكمـــاً بعـــيداً عن التناقض والتعارض متجهاً نحو الثبات والاســـتقرار مكتفـــياً مع مقتضى الخصائص المميزة للمنازعات في القانون الإداري... ومـــن حيـــث إنـــه إمعاناً من المشرع في تقدير هذه الخصائص المميزة قد استشعر ضرورة التشريع بما تستلزمه الروابط الإدارية من وضع قانوني متكامل للإجراءات التي تتسق مع تنظيم القضاء الإداري، وهو ما نبه إلـــيه فـــي ختام المادة (٣) (من القانون) فيما تقضي به الإحالة على قواعد المـــرافعات في شأن ما لم يرد فيه نص خاص، وذلك فقط بصفة مؤقتة إلى أن يصدر قانون الإجراءات الخاصة بالقسم القضائي لمجلس الدولة).

واســـتطردت المحكمـــة تعقد مقارنة بين القواعد الموضوعية والقواعد الإجرائـــية فـــي القـــانون الخاص وبين مثيلاتها في القانون الإداري بقولها (ومـــن حيـــث إن القضـــاء الإداري يتمـــيز بأنه ليس مجرد قضاء تطبيقي كالقـــانون المدنـــي، بـــل هو في الأغلب الأعم قضاء إنشائي يبتدع الحلول المناسبة للروابط القانونية التي تنشأ بين الإدارة في تسييرها للمرافق العامة وبين الأفراد، وهى روابط تختلف بطبيعتها عن روابط القانون الخاص، فمن ثـــم تكـــون للقضاء الإداري نظرياته التي يستقل بها في هذا الشأن، فيرسي قواعـــد القانون الإداري بإعتباره نظاماً قانونياً متكاملاً، فلا يأخذ من أحكام القانون الخاص إلا لضرورة وبقدر، وحيث لا يكون في القاعدة المستورة أي افتئـــات على كيـــان القانـــون الإداري أو استقلالـــه. وبالمثل يسير القضاء

---

(١) محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٤٠/٢١٩٨ ق، جلسة ١٩٨٦/٤/١.

الإداري على هذا المنهاج في مجال الإجراءات اللازمة لسير الدعوى والطعن في الأحكام، فيؤكد امتناع القياس بين أحكام المرافعات والإجراءات في القضاء الإداري لوجود الفارق بين إجراءات القضاء الإداري وإجراءات القضاء المدني : إما من النص وإما من اختلاف طبيعة الروابط التي تنشأ فيما بين الإدارة والأفراد في مجالات القانون العام، وتلك التي تنشأ بين الأفراد في مجالات القانون الخاص).

ثم مضت المحكمة تؤصل أسباب هذا الخلاف حيث تقول : (ومن حيث إنه إذا كان أمر الخلاف الذي يرجع سببه إلى نصوص التشريع لا يثير جدلاً، فإن الخلاف الذي مرده إلى اختلاف نشاط المحاكم وإلى تباين روابط القانون العام وروابط القانون الخاص يستأهل معرفة أن عناصر الخلاف مرجعها إلى أن روابط القانون الخاص وإن تمثلت في خصومة شخصية بين أفراد عاديين تتصارع حقوقهم الذاتية، فإن روابط القانون العام إنما تتمثل على خلاف ذلك في نوع الخصومة العينية أو الموضوعية مردها إلى قاعدة الشرعية ومبدأ القانون متجردة من لدد الخصومة الشخصية التي تهيمن على منازعات القانون الخاص. ونتيجة لذلك استقر الوضع على أن الدعوى القائمة على روابط القانون العام يملكها القاضي، فهو الذي يوجهها ويكلف الخصوم فيها بما يراه لازماً لاستيفاء تحضيرها وتحقيقها للفصل فيها، ثم أخيراً إذ تتصل باستقرار حكم القانون في علاقات الأفراد مع الهيئات العامة مما يلزم تأكيداً للصالح العام تيسير أمرها على ذوي الشأن)[1].

ويرى الباحث، أن المنازعة الإدارية هي الوسيلة القانونية التي يكفلها المشرع للأشخاص (سواء أكانت طبيعية أو معنوية) لحماية حقوقهم في مواجهة الإدارة عن طريق القضاء، ونلاحظ أن دور الإدارة فيها، هو دور المدعى عليه غالبا نظراً لما تتمتع به من مظاهر السلطة العامة التي تجعلها في غير حاجة إلى الرجوع للقضاء لتنفيذ أعمالها القانونية أو المادية، في مواجهة الغير. بما تملكه من سلطة التنفيذ المباشر. كما أن المنازعة الإدارية ليست محض حق للخصوم، إنما يملكها القاضي، فهو الذي يسيرها ويوجهها ويطلب ما يراه لازماً لتحضيرها واستيفائها، وتهيئتها للفصل فيها.

---

(١) مجموعة أبو شادي، ص ١٧٨٧.

المطلب الثاني

معيار المنازعة الإدارية

النشأة والتطور:

تتحدد ولاية القضاء الإداري بالفصل في المنازعة الإدارية بأحكام وقواعد الاختصاص الوظيفي لهذا القضاء وفقا لما يقرره المشرع، وذلك في ضوء تفسير القضاء في أحكامه المختلفة للنصوص التشريعية المحددة لهذا الاختصاص، وتحليل الفقهاء لهذه النصوص وتلك الأحكام، سعياً لمعيار تحديد المنازعات الإدارية.

وفي هذا الصدد أفردت المحكمة الإدارية العليا في مصر لمسألة الاختصاص الوظيفي لمجلس الدولة - كونه من النظام العام - العديد من المبادئ القانونية الهامة بحسبان أن توزيع ولاية القضاء بين جهتيه العادي والإداري هى من المسائل الوثيقة الصلة بأسس النظام القضائي والتي سنت قواعده وشرعت مواده ابتغاء تحقيق أغراض ومصالح عامة، ومن هنا كانت القواعد المحددة لولاية جهتي القضاء العادي والإداري من النظام العام بما يوجب على القضاء التصدي لها من تلقاء نفسه[1].

وقد ارتبط البحث في معيار تحديد المنازعة الإدارية بالبحث في أساس القانون الإداري، وكذلك في تحديد نطاق تطبيق هذا القانون حيث إن القانون الإداري نشأ لكي يحكم العلاقات بين طرفين غير متساويين، هما : الإدارة التي تمثل السلطة العامة وتسهر على حسن سير المرافق العامة، وتحقيق المصلحة العامة، والآخر هو الفرد (النشاط الفردي) الذي يسعى إلى تحقيق مصلحته الخاصة فحسب. ومن هنا يجب أن تتمتع الإدارة بقدر من السلطات والإمتيازات التي تمكنها من القيام بتلك المهام الوظيفية الواسعة، وفي نفس الوقت فإن الفرد - هو الآخر - يجب أن يتمتع بقدر من الضمانات لحماية حقوقه وحرياته وفي مواجهة سلطات وإمتيازات الإدارة. ومن هنا كانت القواعد التي يتضمنها القانون الإداري، والتي تحكم تلك العلاقات، قواعد ذات طابع خاص تختلف عن قواعد القانون الخاص.

---

(١) المستشار/ حمدي ياسين عكاشة، المرافعات الإدارية في قضاء مجلس الدولة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٧، ص ١٣.

ويعتبر نطاق تطبيقها هو محور العلاقة الإدارية بين الإدارة العامة والأفراد، كما أنها من اختصاص القضاء الإداري فهو الذي يتولى المنازعات التي تحصل بهذا المعنى الدقيق[1]، لتلك العلاقات التي ينظمها ويحكمها القانون الإداري.

لذا كان من الضروري وضع معيار دقيق لتطبيق قواعد وأحكام القانون الإداري، ولتكون في ذات الوقت أساساً لتحديد اختصاص القضاء الإداري، بعد أن مُنع القضاء العادي الفرنسي من النظر في أعمال الإدارة أو التدخل في نشاطها بإصدار القانون ١٦ – ٢٤ أغسطس ١٧٩٠ الخاص بالتنظيم القضائي. فقد نصت المادة (١٣) من هذا القانون على أن (الوظائف القضائية مستقلة وتبقى منفصلة عن الوظائف الإدارية، وليس للقضاة أن يتعرضوا بأية وسيلة من الوسائل لأعمال الهيئات الإدارية، وإلا كانوا مرتكبين لجريمة الخيانة العظمى).

وتجدر الإشارة إلى أن قرارات مجلس الدولة الفرنسي في هذه المرحلة لم تكن نافذة مباشرة، وإنما كان يتعين – أولاً – تصديق رئيس الدولة عليها حتى تصبح نهائية، لذلك فقد أطلق على المجلس خلال هذه المرحلة اصطلاح (القضاء المقيد) أو (القضاء المحجوز)، وتميزت هذه المرحلة بتمتع مجلس الدولة بثقة الإدارة، حيث نزلت الأخيرة – عدا مرات قليلة – على ما انتهى إليه المجلس من رأي[2].

وبصدور القانون ٢٤ مايو ١٨٧٢ تحررت قرارات مجلس الدولة من قيد ضرورة تصديق رئيس الدولة عليها، فأصبح قضاؤه منذ ذلك التاريخ قضاء مبرماً نهائياً لا يحتاج في تنفيذه إلى تصديق، ولذلك أطلق عليه منذ ذلك الحين اصطلاح (القضاء المفوض) أو (القضاء البات)[3].

---

(١) راجع :

Maurice Hauriou,Precis élementaire de droit,5e édition, Paris, 1943,P.6.

(٢) الدكتور/ محمود سامي جمال الدين، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية، المرجع السابق، ص ١٩.

(٣) انظر في تطور ونشأة القضاء الإداري في فرنسا دكتور/ ماجد راغب الحلو، القانون الإداري الكويتي وقانون الخدمة المدنية الجديد، الكويت، المرجع السابق، ص ٢٥ وما بعدها.

غـــير أن هذا التطور الجذري في نظام مجلس الدولة لا يعني أنه بدأ منذ هـــذا التاريخ فقط في إرساء أسس القانون الإداري وإقامة مبادئه وأحكامه كمـــا يرى ذلك جانب من الفقه[1]، إذ الصحيح أن مجلس الدولة الفرنسي بدأ مـــنذ نشأته في ابتداع وتطوير قواعد قانونية مستقلة تصلح للاستجابة إلى مقتضيات المصلحة العامة.

تحديد معيار المنازعة الإدارية :

أدت حـــرية السلطة الإدارية في اختيار القواعد القانونية التي تلجأ إليها لممارســـة نشـــاطها الإداري، أنـــه عـــند حدوث أية منازعة عند مباشرتها لأنشـــطتها المخـــتلفة، فإنـــه يلـــزم معرفة القواعد القانونية التي تحكم هذه المـــنازعات وخاصـــة أن القانون الإداري لم يعد هو القانون الوحيد الواجب التطبـــيق علـــى نشاط الإدارة، بل إن بعض جوانب نشاطها تخضع للقانون الخـــاص، وخاصـــة بعـــد أن أصبحنا أمام مبدأ تدخل الإدارة في كل مجالات الحياة الاقتصادية والاجتماعية وبغض النظر عن الاتجاه السياسي السائد في البلاد[2].

فمـــا هـــو المعـــيار الذي يمكن الأخذ به لتحديد الاختصاص بين المحاكم القضائية وما هى الموضوعات التي يطبق عليها القانون الإداري، لقد تطور القـــانون الإداري الفرنسي في هذا الصدد، وما يزال في تطورٍ دائم، وتعددت الخلافات بين الفقهاء حول المعيار الذي يؤخذ به.

وأمـــام هذا التباين فقد آثرت أن أتناول في إيجاز لكل من المعايير مبيناً أهـــم الانـــتقادات التي وجهت لكل منها وصولاً إلى المعيار الأمثل من وجهة نظري.

أولاً : المعيار العضوي أو الشكلي :

ساد هذا المعيار خلال النصف الأول من القرن التاسع عشر، ومؤداه أن المـــنازعة تكون إدارية وتخضع لاختصاص القضاء الإداري إذا كانت الإدارة أحد أطرافها، أما تلك المنازعات التي تقوم بين الأفراد فهى منازعات خاصة يختص بها القضاء العادي.

---

(١) دكتور/ محمد فؤاد مهنا، مبادئ وأحكام القانون الإداري في ظل الاتجاهات الحديثة، المرجع السابق، ص ٦٨.

(٢) راجع :
- الدكتور/ طعيمة الجرف، مدى التعارض بين طبيعة المنازعة الإدارية وقواعد المرافعات المدنية، المرجع السابق، ص ٦٥ وما بعدها.

وقـد أدى هـذا المعـيار إلى اتساع اختصاص القضاء الإداري إلى أبعد الحـدود، كمـا أنه لا يتسم بالموضوعية في توزيع الاختصاص إذ كثيراً ما تـتدخل الإدارة أو تمارس نشاطاً مماثلاً تماماً للنشاط الذي يقوم به الأفراد، وحينـئذ لا يتماشـى مع المنطق اخضاع هذه المنازعات للقضاء الإداري أو تطبيق القضاء الإداري عليها، ولذلك عدل الفقه سريعاً عن هذا المعيار وبدأ البحث عن معيار جديد[١].

ثانياً : معيار السلطة العامة : La Puissanse Publique

قام هذا المعيار خلال القرن التاسع عشر على أساس أن الإدارة تضطلع بصفتين[٢] : تظهر في الأولى باعتبارها سلطة عامة تتمتع بالسيادة وامتيازات استثنائية لا يتمتع بها الأفراد، فهى تملك أن تفرض عليهم أوامرها ونواهيها بإرادتهـا المـنفردة الآمـرة، وتجبرهم على تنفيذها بحكم القانون، ونشاط الإدارة هـنا هو الذي تحكمه قواعد القانون الإداري، ولا يطبق عليه القانون الخاص.

وتأسيسـاً علـى ما تقدم تكون أساليب السلطة العامة، بما تتضمنه من امتـيازات خاصـة وقـيود غير مألوفة هى التي تميز النشاط الذي تمارسه السـلطة التنفـيذية بالطـابع الإداري، وتجعله محلاً لتطبيق قواعد القانون الإداري الخارجـة عن أصول الشريعة العامة وقواعد القانون الخاص، ومن ثم يختص القضاء الإداري بنظر المنازعات التي تثيرها هذه الأساليب.

أمـا الصـفة الثانية فهى أعمال الإدارة المالية، وهى تلك الأعمال التي تصدر عن الإدارة العامة بمناسبة إدارتها لأملاكها وأموالها وشئونها المالية متـبعة في ذلك نفس الطرق والإجراءات التي يتبعها الأفراد، وأطلقوا عليها التصـرفات العادية (actes de gestion) حيث تباشر ذات الأساليب التي يلجأ إليها الأفراد، ولهذا تخضع هذه الأعمال لاختصاص المحاكم العادية[٣].

وعلـى ذلك فإن التمييز بين المنازعة الإدارية ومنازعة القانون الخاص فـي هذا المجال يكون من خلال فحص الوسيلة التي لجأت إليها الإدارة، فإذا كانـت هذه الوسيلة شبيهة بتصرفات الأفراد العاديين اختص بالنزاع القضاء المدنـي وإذا كانـت الإدارة تسـتعمل امتيازات السلطة العامة فالاختصاص بالنزاع يكون للقضاء الإداري.

---

(١) راجع :
- دكتور/ ثروت بدوي، القانون الإداري، المرجع السابق، ص ١٥٥.

(٢) E. Laferriére, Traité de Juridiction administrative 2e ed. 1896.

(٣) A. de Laubadére, op. cit. P. 39.

ورغـــم وضـــوح وبســـاطة هذا المعيار إلا أنه وجهت إليه عدة انتقادات أهمها ما يلي :

أ- أن العمـــل بهذا المعيار سيؤدي إلى تضييق نطاق اختصاص القضاء الإداري، ذلك أن كثيراً ما تمارس الإدارة العامة أنشطة لا تستخدم فيها أساليب الســـلطة العامـــة مع أنها تهدف من وراء تلك الأنشطة إلى تحقيق المصلحة العامـــة لا إلى تحقيق أهداف مالية، لذا فإن هذه الممارسات يجب أن تخضع لأحكـــام القـــانون الإداري ولاختصـــاص القضاء الإداري، ومثال ذلك حالات المرافق ذات الطبيعة الخدمية، أي أن هذا المعيار يحصر القانون الإداري في نطاق ضيق يخالف واقع الأمر ومتطلبات الحياة الاقتصادية والاجتماعية.

ب- وعلى العكس هنالك حالات تظهر فيها الإدارة بمظهر السلطة العامة، ولكن دون أن تكون وسيلتها في ذلك توجيه الأوامر والنواهي للأفراد كحالة إبرام العقود الإدارية[1].

هذا وقد أدت هذه الانتقادات لحصر القانون الإداري والقضاء الإداري في نطـــاق ضـــيق ولصعوبة تطبيق هذا المعيار من الناحية العملية، إذ ليس من السهل إجراء التفرقة بين الأعمال التي تتسم بطابع السلطة العامة والأعمال الأخرى[2].

ثالثاً : معيار المرفق العام : Le Service Public

وقـــد نـــادى بـــه كل مـــن ديجي (Duguit) ورميو (Romieu) وتيسيه (Teissier) ويرجع أساس فكرة المرفق العام، إلى أن الدولة ونتيجة للتطور الذي طرأ على المجتمع الفرنسي في أواخر القرن التاسع عشر، بدأت حينئذ

---

(١)

T. c. 29 fév, 1908. Feuty, Rec., 208. concl. Teissier, note Hauriou.
حيـــث ان الســـيد فوتي كلف مدير إقليم L'oise بالحضور أمام المحكمة المدنية ليسمع الحكـــم بمســـئولية الاقلـــيم الذي يمثله عن الحريق الذي أشعله مجنون محجوز بمستشفى الأمراض العقلية، إذ أن الفعل يجعل مرفق المستشفى مسئولا لعدم سلامة الرقابة.
وحيـــث إن هـــذا التكـــيف لا ينسب خطأ شخصياً على أحد موظفي الإدارة منفصلاً عن وظيفـــته، وإنمـــا يتهم تنظيم وتشغيل المرفق ذي نفع عام يتولاه الاقليم وأن تقدير الأخطاء التي يمكن وقوعها في تنفيذ المرفق ليس من اختصاص القضاء العادي، فإن مدير الدار كان على حق في تمسكه بنظر القضاء الإداري.

(٢) انظر :
- دكتور/ ثروت بدوي، المرجع السابق، ص ١٦٦.
- دكتور/ طعيمة الجرف، المرجع السابق، ص ٢٤٧.
- دكـــتور/ مصـــطفى أبوزيـــد فهمي، الوجيز في القانون الإداري، جـــ ١ نظرية المرافق العامة، ط ١، ١٩٥٧، ص ١٨.

فـــي الـــتدخل في كافة الأنشطة والأعمال التي كانت قبل ذلك مقصورة على الأفـــراد وحدهـــم، فكـــان لابد للدولة، من أن تنشأ المرافق العامة المختلفة لتتولى القيام بتلك المهام والأنشطة الجديدة. (كالأنشطة الاقتصادية والثقافية والاجتماعية والتعليمية والفنية وغيرها).

ولهذا لم يعد المطلوب من قواعد القانون الإداري أن تنظم مظاهر السلطة العامة بل أصبحت حاجة الإدارة لقانون مستقل ومتميز عن المبادئ الأساسية التـــي يقـــوم عليها القانون الخاص لا ترجع إلى كون الإدارة صاحبة سلطة وســـيادة، ولكـــن إلى مقتضيات حسن سير المرافق العامة بصورة منتظمة، ولتمكين الإدارة من أن تعدل في نظمها بما يجعلها تستجيب لحاجة المنتفعين منها، وبمساواة هؤلاء المنتفعين أمامها، وضرورة استمرار تطوير المرافق العامة بما يلبي الاحتياجات المتطورة والمتجددة للمتعاملين معها.

وقد استقر الفقه والقضاء الفرنسي على الأخذ بالمعيار الجديد منذ أواخر القرن التاسع عشر، وتبنته أحكام مجلس الدولة ومحكمة التنازع، وذلك منذ الحكـــم فـــي قضية بلانكو(Blanco)[1]. وتم تطويره بحكم مجلس الدولة في قضية (Terrier)[2].

وقد تبنى المشرع في مصر معيار المرفق العام كأساس للقانون الإداري فيما أصدره من تشريعات معينة، ومثال ذلك قانون التزام المرافق العامة رقم ١٢٩ لســـنة ١٩٤٧ والـــذي أشار فيه إلى مجموعة من المبادئ التي تقوم عليها نظرية المرفق العام مثل عدم جواز الحجز على الأدوات اللازمة لسير المرفق، ومبدأ دوام المرافق العامة بانتظام واضطراد[3].

---

(١)
T. c. 8 février. 1873, Blanco, Rec., 1 er suppit. 61, concl. David, D., 1873, 3, 17, concl. David, S., 1873, 3, 153, concl. David.
وهـــى أن الطفلـــة انيسيس بلانكو جرحت بسبب حادث اصطدام بعربة لحمل التبغ فأقام والدها دعوى مطالبا بالتعويض وعرض الموضوع على محكمة للمنازعات (Trbunal des conflits) والذي جاء فيه (حيث أن مسئولية الدولة. عن الأضرار التي تسببها للأفراد بفعل الأشـــخاص الذيـــن تســـتخدمهم في نطاق المرافق العامة لا يمكن أن تحكمها المبادئ التي يقررها التقنين المدني لتنظيم الروابط بين الأفراد).

(٢)
C.E., 6 février 1903, Terrier, Rec., 49, concl. Romieu, S., 1903, 3, 25, concl. Romieu, note Hauriou, D., 1904, 3, 65, concl. Romieu.
إن الســـيد تريـــيه عـــرض على مجلس الدولة المذكرة المحررة في هيئة المشورة في مجلـــس إقلـــيم الســـون واللـــوار بخصوص أداء عدد معين من المكافآت مقررة عن إعدام الحيوانات الضارة.
جاءت المبادئ على أن كل ما يتعلق بتنظيم وتسيير المرافق العامة بمعناها الحقيقي عامة أو محلية، يكون عملية إدارية، هي بطبيعتها من اختصاص القضاء الإداري....

(٣) الدكـــتور/ رمضان محمد بطيخ، الوسيط في القانون الإداري، دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ص ١٠٢.

كما أخذ به القضاء في كثير من أحكامه بهذا المعيار. فالمحاكم المختلطة مثلاً اتجهت نحو تبنيه كأساس للقانون الإداري، وفي ذلك تقول محكمة الإسكندرية المختلطة : (أن القانون الإداري يوجد في كل دولة متحضرة بمجرد أن يوجد بها نظام للمرافق العامة، وما يستوجبه من علاقات يحددها تكوين هذه المرافق وتسييرها وتقدير الطبيعة الخاصة لهذه العلاقات)[١]. كما أخذت محكمة القضاء الإداري بهذا المعيار عند تعريف الموظف العام حيث تقول : (أن الموظف العام هو كل من يعهد إليه بعمل دائم في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو أحد أشخاص القانون العام عن طريق شغله منصباً يدخل في التنظيم الإداري لهذا المرفق)[٢]. كما أخذت بها كذلك في خصوص العقود الإدارية. ففي حكم لها بتاريخ ١٩٥٢/١٢/٢ تقول : (... إنما تتميز العقود الإدارية عن العقود الخاصة بطابع معين مناطه احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد الإداري وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد)[٣]. وفي حكم آخر لها بتاريخ ١٩٥٦/١٢/٩ تقول : (إن العقد الإداري هو أحد عقدين أو يمكن تحديده على أساس معيارين. فهناك عقود المرافق العامة وهى تتحدد على أساس فكرة المرفق العام، وهناك عقود إدارية خارج فكرة المرفق العام، وهى تتحدد على أساس فكرة السلطة العامة والشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص)[٤].

هذا ولا يزال جانب من الفقه المصري يتبنى هذا المعيار ويدافع عنه، ومن هذا الفقه المرحوم الأستاذ الدكتور/ سليمان الطماوي الذي يقول : (إن المرفق العام يظل هو الطابع المميز لنشاط الإدارة. أما فكرة السيادة والسلطان (معيار السلطة العامة) كطابع مميز للقانون الإداري، فهى عندنا وقوف عند الوسيلة دون الوصول إلى الغاية، فمعظم قواعد القانون الإداري تتسم حقيقةً بالسلطان، ولكن سلطان الدولة ليس غاية في ذاته، وما هو إلا وسيلة ناجحة لتحقيق خير الجماعة بشتى الطرق، وأهمها في الوقت الحاضر المرافق العامة. وهكذا نرى أن إرجاع واجبات الإدارة وامتيازاتها إلى هذه الغاية الواضحة خير من الوقوف بها عند صفة الإدارة الآمرة)[٥]. ومن جانبه يقول الأستاذ الدكتور/ محمود حافظ : (إنه مازال "المرفق العام"

---

(١) الحكم الصادر بتاريخ ١٩٢٨/١٢/٢٩، الجازيت ١٩، ص ٥٥، رقم ٥٩.
(٢) الحكم الصادر بتاريخ ١٩٦٥/٥/٢١، المجموعة التي قررتها المحكمة في ١٥ سنة، ١٩٤٧ – ١٩٦١، الجزء الثالث، ص ٢٧٠٨.
(٣) مجموعة المكتب الفني، س ٧، ص ٧٦.
(٤) القضية رقم ٨٧٠ سنة ٥ ق، المجموعة، ص ١١٩.
(٥) الدكتور/ سليمان الطماوي، مبادئ علم الإدارة، ١٩٦٥، ص ٣٠٣ ، ٣٠٤.

محـــتفظاً بكـــل قيمـــته وقوته كأساس للقانون الإداري، وكمعيار لاختصاص القضـــاء الإداري، ومـــن ناحية أخرى فإذا كنا لا ننكر ما لعنصر السلطة من أهمـــية كعنصر من عناصر معيار المرفق العام، إلا أن السلطة مجرد وسيلة للغاية هى المرفق العام)[١].

إلا أن الـــتطورات والتغيرات، وعلى الأخص ما حدث بعد الحرب العالمية الأولـــى والثانية، والتقدم العلمي والصناعي، وتدخل الدولة الواسع بتأسيس مشـــروعات ومـــرافق صـــناعية وتجارية متنوعة لإشباع الحاجات العامة، وتأمـــيم عـــدد مـــن المشروعات الخاصة، وقيام الأفراد وأشخاص القانون الخـــاص بإنشاء مشروعات خاصة ذات نفع عام، كل تلك التطورات أدت إلى حدوث ما أطلق عليه بأزمة المرفق العام (Crise de la notion de service public) أي عجـــز معـــيار المـــرفق العام عن استعياب أوجه النشاط الجديد كأساس للقانون الإداري[٢].

فيؤكد العميد هوريو أنه من الخطأ أن ننظر إلى القانون الإداري على أنه لـــيس ســـوى مجموعة مرافق عامة، وننكر المظهر الأساسي للإدارة العامة وهو مظهر السلطة العامة، وأن المرافق العامة لا يمكن تمييزها عن المرافق الخاصة إلا بما تتمتع به من سلطة عامة[٣]. كما ترتب على ذلك أن أصبـــح معـــيار المـــرفق العـــام معياراً غامضاً مبهماً، بل وأصبح من الصعب تحديد مضمونه كمعيار مميز للقانون الإداري ومحدد لاختصاص القضاء الإداري[٤]، خاصـــة أن مجلـــس الدولـــة الفرنســـي قد أقر اختصاصه ببعض المنازعات وتطبيق قواعد القانون الإداري عليها، دون أن تتعلق هذه المنازعات بنشاط مرفق عام مثل أعمال الصيانة المتعلقة بالكنائس[٥].

---

(١) الدكتور/ محمود محمد حافظ، نظرية المرفق العام، دار النهضة العربية، ١٩٨١ - ١٩٨٢، ص ١٠٤.

(٢)
R.DRAGO, La crise de la nation Juridique de service public en droit Administratif Français. L.G.D.J., 1954.
J. Rivero. Op – cit., P. 276.
G. Vedel, droit adiministatif. Op – cit. P. 75.
A. de laubadére. Op – cit. 45.

(٣)
M. Hauriou, precis élémentaire de droit. 5e. éd Paris. 1943. P. 61.

(٤)
Rivero (J.) Existe-t- il un critére du droit administratif, R.D.P., 1953, P. 279.

(٥) دكتور/ ثروت بدوي، القانون الإداري، المرجع السابق، ص ١٨٩.

ولـــم يســـتطع الفقيه أندرية دي لوبادير أن ينقذ المرفق العام من أزمته رغـــم ما حاول أن يدخله من تعديل على مسار المرفق العام، والذي اعترف بـــأن وجـــود المـــرفق العام وإن كان شرطا ضروريا لتطبيق أحكام القانون الإداري فـــي كـــل الأحـــوال، إذ أصبح من الضروري أن يضاف إليه شرط الأسلوب الذي تستعمله السلطة الإدارية في إدارة المرفق العام، وهو أسلوب القانون العام لتحديد نطاق تطبيق القانون الإداري[1].

رابعاً : معيار المنفعة العامة : La notion d'utilite publique

نادى الفقيه فالين بهذا المعيار بعد أن هاجم نظرية المرفق العام، وطالب بالأخذ بفكرة (المنفعة العامة أو المصلحة العامة) لتكون أساساً جديداً للقانون الإداري[2]، أي أن الهدف النهائي للنشاط ومـــا إذا كان يهـــدف إلى تحقيـــق مـــنفعة عامـــة أم لا، بحيث لا يخضع لأحكام القانـــون الإداري ولاختصاص القضـــاء الإداري سوى تلك الأنشطة التي تقوم بها الإدارة، والتي تهدف بها إلى تحقيق المنفعة العامة دون غيرها[3].

ولكـــن هذه الفكرة الجديدة لم ترق إلى درجة المعيار، لأنها غير محددة، فالنفع العام هو المحرك لنشاط الإدارة، ولكن من المسلم به أن نشاط الإدارة لا يـــتم جميعه في نطاق القانون الإداري، لأنها لا تحتكر تحقيق النفع العام، وإنمـــا يشـــاركها في ذلك الأفراد، إضافة إلى أن فكرة المنفعة العامة تتصف بالعمومية والاتساع لتشمل حتى قواعد القانون الخاص.

---

(١)

De Laubadére, (A), Traité elementair, de droit administratif – op. cit. P. 45 ets. De Laubadére, (A), Actualite juridique de droit administnatif Paris, 1961. P. 651 ets.

(٢) مـــع ملاحظة أن فالين بعد أن هاجم معيار المرفق العام، اقترح من جانبه معياراً آخر أطلق علـــيه معيار المنفعة العامة معتبراً أن هذا المعيار هو خير ما يعتبر أساسا للقانون الإداري علـــى أســـاس أن الإدارة حين تستخدم حقوق السلطة العامة، وحين تقرر إدارة مرفق عام وفقاً لأحكام القانون الإداري إنما تفعل ذلك من أجل تحقيق منفعة عامة. فالمنفعة العامة إذن هـــي مناط تطبيق القانون الإداري لكل نشاط تأتيه الإدارة. بمعنى أن النشاط الإداري إذا كان يهـــدف إلـــى تحقيق منفعة عامة، كان القانون الإداري واجب التطبيق، أما إذا لم يكن هدف النشاط الذي تأتيه الإدارة تحقيق تلك الغاية، فإن القانون الإداري لا ينطبق، ومن ثم يختص القضـــاء العـــادي بنظر المنازعات التي تثور بصدده. فالمرافق العامة مثلا نظرا لأنها نشاط إداري يهدف إلى تحقيق المنفعة العامة، والعقود الإدارية أيضا لأن الإدارة تهدف من ورائها تحقيق المنفعة العامة، فإن القانون الإداري يصبح واجب التطبيق في الحالتين. أما المرافق الصـــناعية والـــتجارية فلأنها لا تستهدف تحقيق ذات الغاية، فإنها لا تخضع لأحكام وقواعد القانون الإداري.

Precis de droit administatif T.I Paris, 1969. P. 35 cts; Vedel (G.) Traite de droit administrarif, Paris, 1964, P. 45 ets.

(٣)

M- Waline,Juris – classeur de droit administratif – 1952. P. 4 ets.

ولهـذا عاد فالين وتراجع إلى فكرة المرفق العام، والتي ترمي إلى تمييز نشاط الإدارة الذي يتـم في ظـروف مماثلة للنشاط الفـردي، ويطلق عليه الإدارة الخاصـة، (La gestion privé) وذلك الذي يتم في نطـاق القانـون العـام، ويطلق عليه الإدارة العامة (La destion publique)، أي أن السلطة العامـة ليسـت مجموعـة امتـيازات تتمتع بها الإدارة فقط، بل هى أيضاً مجموعـة التزامات وواجبات تتحمل بها الإدارة في مواجهة الأفراد ويلزمها القانون باحترامها وتنفيذها، فالمصلحة العامة التي تتيح منح الإدارة سلطات اسـتثنائية فـي مواجهـة الأفراد لكي تتمكن من القيام بمسئوليتها، تفرض الـتزامات اسـتثنائية على الإدارة، ضماناً لحقوق الأفراد، وحماية حرياتهم ومنعاً للإدارة من التعسف في استعمال سلطاتها الاستثنائية[1].

خامساً: معيار القانون الواجب التطبيق[2] :

يقـوم هـذا المعيار على أن الذي يحدد اختصاص القضاء الإداري ليس اتصال النشاط بمرفق عام، بل القانون الواجب التطبيق على النزاع، فإذا كان القانون الواجب التطبيق هو القانون المدني كان الاختصاص للقضاء العادي، أمـا إذا كـان القانون الواجب التطبيق هو القانون الإداري، فإن الاختصاص يـنعقد للقضـاء الإداري، وبالتالي يستند هذا المعيار على أساس موضوعي بحـت أساسه الفصل بين المنازعات المعروضة أمام القضاء وما يبرر منها تطبيق قواعد مستقلة ومتميزة عن قواعد القانون الخاص هو الذي يستدعي اختصاص القضاء الإداري دون القضاء العادي.

وبـناء على هذا الأساس يتم تحديد اختصاص القضاء الإداري باختلاف موضوع النزاع وفقاً لما يلي :

- تخضـع القرارات الإدارية، بصفة عامة، لاختصاص القضاء الإداري، لأن الإدارة وحدهـا هـى التـي تملك إصدار هذه القرارات، كما أن العقود الإداريـة تكـون مـن اختصاص القضاء الإداري نظراً لمساهمتها في تنفيذ مرفق عام وتضمنها شروطاً استثنائية.

---

(١) G.Vedel, Droit administratif. Paris 1952. P. 45.

(٢) راجع في ذلك :
- دكـتور/ أنـور أحمـد رسلان، وسيط القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ٢٦٠ وما بعدها.
- دكـتور/ مجـدي مدحـت الـنهري، مسئولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية، مكتبة العالمية بالمنصورة، ١٩٨٨، ص ١٢٩، وما بعدها.

- وتدخل الأعمال المادية في اختصاص القضاء الإداري إذا كانت متعلقة ومرتبطة بنشاط مرفق عام يدار بأساليب القانون العام، أما إذا كانت متعلقة ومرتبطة بأعمال مرفق يدار بأساليب القانون الخاص فهى تدخل في اختصاص القضاء العادي.

- بينما يتم تحديد جهة الاختصاص بدعاوى التعويض عن الأضرار الناتجة عن فعل الأشياء التي تستخدمها الإدارة بالنظر للنظام القانوني الخاضع له الشيء، فيؤخذ في الاعتبار طبيعة المرفق الذي يستعمل الشيء لحسابه، فإذا كان مرفقاً عاماً كان الاختصاص للقضاء الإداري.

ويلاحظ أن أنصار هذا المعيار وإن كانوا قد انتقدوا معيار المرفق العام ونادوا بالعدول عنه، إلا أن المعيار الذي يدعون للأخذ به ما هو إلا انعكاساً لمعيار السلطة العامة ومعيار المرفق العام معاً، إذ أنه يربط بين قواعد الاختصاص القضائي وبين قواعد تطبيق القانون الإداري، فأساليب القانون العام إنما تستخدم لتنظيم وإدارة المرافق العامة، فلا مجال لاختصاص القضاء الإداري إذن إلا إذا استخدمت أساليب القانون العام.

سادساً: معيار السلطة العامة الحديثة :

يذهب الفقيه العميد فيدل إلى أن هنالك ارتباطاً وثيقاً بين الإدارة والسلطة التنفيذية، وبذلك فإن القانون الإداري يجد أساسه في الدستور والمبادئ الدستورية، وبذلك فالإدارة تباشر وظيفتها إما عن طريق الضبط الإداري أو بواسطة المرفق العام(١).

ويشمل المعيار نشاط السلطة التنفيذية المنصب على تنفيذ القوانين مع استخدام أساليب القانون العام، فهو معيار مزدوج يتضمن عنصرين : يتمثل العنصر الأول منها في نشاط السلطة التنفيذية، ويتجسد العنصر الثاني في استخدام السلطة العامة.

وبذلك فإن فكرة السلطة العامة كمعيار للقانون الإداري تتجلى في ناحيتين هما :

أولاً : الامتيازات والاختصاصات المقررة لمصلحة الإدارة العامة في اتخاذ القرارات الإدارية، وفي مجال السلطة التقديرية، وامتياز التنفيذ المباشر،

---

(١) G.Vedel, Les bases constitutionnelles de droit administratif. E.D.C.E.F., No. 8. P. 21. ets.

ونزع الملكية العقارية للمنفعة العامة، والضبط الإداري وما تتمتع به الإدارة، من سلطات في حماية المال العام، وفي مجال العقود الإدارية، وغير ذلك.

وثانياً: القيود المفروضة على الإدارة، وتظهر في تحديد اختصاصات الإدارة بحيث لا تخرج عنها، وحتى في تقييد نشاط الإدارة باستهداف تحقيق المصلحة العامة، مراعية بذلك القوانين النافذة سلفا، وتقييد إرادتها في إبرام العقود الإدارية، كالأخذ بأسلوب المزايدات أو المناقصات وفي عدم التصرف بالمال العام[١].

فأساس السلطة العامة كمعيار، بما يتضمنه من امتيازات استثنائية وقيود غيرٍ مألوفة، هى التي تطبع نشاط السلطة التنفيذية بالطابع الإداري وتجعله جديراً بتطبيق قواعد القانون الإداري، المغايرة للقانون الخاص، وتكون من اختصاص القضاء الإداري للنظر في المنازعات التي يقرها. ويقوم هذا المعيار على أن السبب في خروج قواعد القانون الإداري وتميزها عن قواعد القانون الخاص، يرجع إلى عدم المساواة بين الإدارة والأفراد، وأن فكرة عدم المساواة ترتد بدورها إلى ما للإدارة من سلطة لا يتمتع بها الأفراد، والمقصود من منح هذه السلطة للإدارة هو تمكينها من أداء وظيفتها والوصول إلى تحقيق الصالح العام، إذ لا سبيل للإدارة لتحقيق المصلحة العامة بغير تمييزها عن الأفراد، وعليه فإنٍ القصد من تقرير هذه السلطة للإدارة ليس منح الجهات الإدارية مركزاً أسمى من الأفراد، واستبدادها اعتماداً على ذلك، وإنما منح الإدارة سلطة تستخدم لصالح الأفراد، فإن هى حادت عن هذا الهدف تعرضت للمسئولية[٢].

وهكذا تتضمن فكرة السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة وتمارسها في تحقيق أغراضها امتيازات لصالح الإدارة وقيود تحد من حريتها، ولابد أن تتضمن السلطة العامة الأمرين معاً، إذ أن مبدأ المشروعية ونظام الدولة القانونية يقضيان بأن يكون في مقابل ما تتمتع به الإدارة من امتيازات – لا يحق للأفراد مباشرتها – قيود والتزامات أشد من القيود والالتزامات التي يتحملها الأفراد[٣].

---

(١) دكتور/ ثروت بدوي، القانون الإداري، المرجع السابق، ص ٢٣٦ ، ٢٣٧.
(٢) دكتور/ سامي جمال الدين، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية، المرجع السابق، ص ٣٩.
(٣) VENEZIA, Puissance Public, Puissance privée, M. Eisenman, P. 363.

وعلـــى أســـاس معيار السلطة العامة في صورته الجديدة، يمكن تفسير القـــانون الإداري وتحديـــد مجـــالات انطـــباقه. فأساليب السلطة العامة، بما تتضـــمنه من امتيازات استثنائية وقيود غير مألوفة، هى التي تطبع النشاط الذي تمارسه السلطة التنفيذية بالطابع الإداري، وتجعله جديراً بتطبيق قواعد القـــانون الإداري الخارجـــة علـــى أصول الشريعة العامة، والمغايرة لقواعد القانون المدني، تختص بنظر المنازعات التي تثيرها المحاكم الإدارية[1].

رأي الباحث حول معيار تحديد المنازعات الإدارية :

لـــيس هناك فرع من فروع القانون وجد من محاولات التأصيل ما وجده القانون الإداري، ولذلك حدث انقسام في الفقه، حيـــث ينحاز كل فريـــق إلى فكـــرة يدافع عنها ويدعمها بالأسانيد لتكون هى الأساس الصحيح في تقديره للقانون الإداري، وقد ترتب على ذلك أن ظهر القانون الإداري، يكتنفه بعض الغمـــوض وساد التفكك قواعده فبدت حلولا جزئية لا رابطة بينها ولا أصـــل يجمعهـــــا، ومن ثم كان لابد من البحث عن معيار يميز القانون الإداري عن غيره من فروع القانون، ويتخذ أساساً يمكن أن ترد إليه قواعـــده المتناثرة، ويكون هادياً للإدارة في تصرفاتها المختلفة، وييسر لمن يريد سبيل التعرف على موضع القانون الإداري بين بقية فروع القانون[2].

وعلـــيه يمكـــن إزالـــة هذا الغموض والحد من الجدل الفقهي حول هذه المسألة، من خلال الضوابط التالية :

أولاً : يجب التنويه إلى أن الحاجة إلى إيجاد معيار مميز للقانون الإداري لا تثور إلا عند عدم تحديد ما يختص القضاء الإداري بنظره من منازعـــات علـــى ســـبيل الحصر وذلك كما هو الحال في فرنسا، أما حيث يتم مثل هذا التحديد، فإن الحاجة إلى مثل هذا المعيار لا تكون ملحة كما هوالحال بالنسبة للقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ بشأن إنشاء الدائرة الإدارية في دولة الكويت وكذلـــك في ظل قوانين مجلس الدولة المصري الصادرة اعتباراً من ١٩٥٩ إلـــى ١٩٦٤، حيث نص المشرع صراحة على اختصاص مجلس الدولة على ســـبيل الحصر، ولكن بصدور الدستور الدائم لعام ١٩٧١ تغير الحال، حيث نـــص في المادة (١٧٢) منه على أن (مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة، ويخـــتص بالفصـــل فـــي المنازعات الإدارية وفي الدعاوي التأديبية، ويحدد القـــانون اختصاصـــاته الأخرى). وقد صدر على هذا الأساس قانون مجلس الدولـــة رقـــم ٤٧ لسنة ١٩٧٢، ومن ثم فإن الحاجة إلى البحث عن معيار مميز للقانون الإداري تبدو في غاية الأهمية.

---

(١) دكتور/ ثروت بدوي، القانون الإداري، المرجع السابق، ص ٢٣٨.
(٢) دكتور/ محمد كامل ليلة، مبادئ القانون الإداري، ١٩٦٩، ص ٥١.

وترتيبا على ذلك فإن مشكلة تحديد اختصاص مجلس الدولة والمحاكم الإدارية بوصفها هيئات من السلطة الإدارية في مواجهة اختصاص السلطة القضائية المكونة من المحاكم القضائية (العادية) وحدها، هى مشكلة توزيع اختصاصات بين سلطات عامة مختلفة في فرنسا، ولكنها ليست كذلك في الدول الأخرى التي أنشأت جهة قضائية مستقلة تختص بالفصل في المنازعات الإدارية، كما هو الحال في مصر، حيث الأمر كله ينحصر في توزيع الاختصاصات القضائية بين عدة جهات قضائية مستقلة فيما بينها[1]، ولكنها جميعا تندرج تحت لواء السلطة القضائية فيها، مما يخفف كثيرا من حدة المشكلة من حيث أبعادها وآثارها.

ثانياً : كما يتعين عدم الخلط بين تطبيق القانون الإداري وتقرير اختصاص القضاء الإداري بمنازعة معينة ذلك أن معيار اختصاص القضاء الإداري يجب أن يتحدد حسب طبيعة المنازعة وليس حسب طبيعة القواعد القانونية التي تحكمها ومن المنطقي أن يبدأ القاضي أولا ببحث اختصاصه بنظر المنازعة، فإذا وجد نفسه مختصاً بالفصل فيها، بحث بعد ذلك عن القانون واجب التطبيق على موضوعها، والغالب الأعم أن يؤدي تحديد طبيعة المنازعة بأنها إدارية إلى تطبيق القانون الإداري عليها.

ثالثاً : إن الخلاف الفقهي وتعدد المعايير في هذه المسألة يتعلق بنوع من التطور، حيث يتميز القانون الإداري بالتطور السريع نظراً لمرونته، كما أن وجود القضاء الإداري وأساسه قد حدث بشأنه إحلال في الأسباب والمبررات من أسباب تاريخية إلى مبررات فنية، مما يؤكد أن تعدد المعايير هو تطور لها في جوهر الأمر، ويتحقق هذا التطور ليس في آراء الفقه فحسب وإنما في أحكام القضاء كذلك، ومن أهم عوامل هذا التطور ما يلحق بوظيفة الإدارة أو الدولة من تطورات متلاحقة، علاوة على نمو الجهاز الإداري وتعدد فروعه وتشعب أوجه نشاطه وتنوع أعماله واختلاف أساليبه ووسائله.

وإذا كان هناك جانب من الفقه يرى إمكانية تعدد المعايير أو الاعتماد على معيار أساسي تكمله أو يصحبه معيار ثانوي، فإن معظم أنصار معيار السلطة العامة لا يرون ضرورة ذلك، والعنصر أو المعيار المكمل لدى فقه المرافق العامة هو عنصر السلطة العامة أو استخدام أساليب القانون العام أو

---

(١) يرى الدكتور/ محمود سامي جمال الدين أن الأخذ بالنظام المزدوج في القضاء لا يعني قصر الجهات القضائية على جهتين فحسب، إذ يوجد في مصر – مثلاً – جهات قضائية مستقلة عديدة مثل القضاء الدستوري والقضاء العسكري وقضاء القيم وغيرها، مما يجوز معه القول أن حقيقة النظام هو (تعدد) القضاء وليس ازدواجه، لمزيد من التفصيل انظر الدكتور/ محمود سامي جمال الدين، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية، المرجع السابق، ص ٤٢ وما بعدها.

الالتجاء إلى أسلوب الإدارة العامة، وكلها اصطلاحات وأفكار تدور حول وسائل ممارسة النشاط الإداري، أي أنها كلها تدور في فلك السلطة العامة[١].

أما المعارضون فإنهم وإن أيدوا معيار المرفق العام إلا أنهم لا يعترفون بـــه كمعيار وحيد وإنما يوجد معه عنصر (الإدارة العامة)، فالمعيار إذن هو المرافق العامة عندما تلجأ الإدارة في إدارتها إلى وسائل القانون العام[٢].

فالمـــرفق العام وإن كان ضرورياً لتحديد اختصاص القضاء الإداري، إلا أنه غير كاف وحده، كما أن السلطة العامة لا تكفي وحدها لتحديد اختصاص القضـــاء الإداري، ومن ثم يجمع البعض بينهما بحيث تتحدد دائرة اختصاص القضـــاء الإداري بالمنازعات المتعلقة بالمرافق العامة ولكن بشرط استخدام أساليب القانون العام.

فيتحدد اختصاص القضاء الإداري في مجال المرافق العامة، وذلك بشرط استخدام أساليب القانون العام[٣].

والبين من أحكام مجلس الدولة الفرنسي أنه يأخذ بطريقة ضمنية بفكرتي المـــرافق العامة والسلطة العامة، إذ يحرص القضاء الإداري الفرنسي على الايجاز والاكتفاء بالفصل في النزاع بتحديد الحل القضائي المطبق عليه دون الربط بنظرية معينة لا يتقيد بها مستقبلاً، وهو الأمر الذي تسير عليه محكمة التنازع.

ولا يخـــتلف الأمـــر كثيراً بالنسبة للقضاء الإداري في مصر، إذ تعددت الأحكام القضائية التي تشير إلى المنازعة الإدارية دون أن تستقر على معيار واحـــد، فقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٨٥ إلى أن المنازعة الإدارية (هى إجراءات الخصومة القضائية بين الفـــرد والإدارة، والتـــي ترفع للمطالبة بحق من الحقوق الناتجة عن تسيير الإدارة للمـــرافق العامة التي تدار وفقاً للقانون العام وأساليبه، ويتبدى فيها واضـــحاً وجـــه الســـلطة العامة ومظهرها، ويكون القانون العام هو الواجب التطبيق على المنازعة)[٤].

---

(١) R. CHAPUS, Responsabilité publique et responsabilite privée, thése, Paris, 1954. L.G.D.J., P. 139.

(٢) DE LAUBADERE, Traité de droit adminstratif, 7e éd., T. I, P. 453.
- دكـــتور/ محمود سامي جمال الدين، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية، المرجع السابق، ص ٤٨ وما بعدها.

(٣) راجع في ذلك :
- دكتور/ أنور أحمد رسلان، وسيط القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ٢٦٢.

(٤) حكـــم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢٠٩٤ لسنة ٣٠ ق، جلسة ١٩٨٥/١١/٢٤، س ٣١، ص ٣٩٤.

والبين أن المحكمة قد جمعت في هذا الحكم بين المعيار العضوي ومعيار المرفق العام ومعيار السلطة العامة ومعيار الرابطة الإدارية، أي العلاقة التي يحكمها القانون الإداري.

وفي أحكام أخرى ربطت المحكمة بين معياري المرفق العام والسلطة العامة، ومنها ما قضت به من أن (المنازعة القائمة بين إحدى الجهات العامة التي تتولى إدارة المرفق المصرفي بوسائل القانون العام وبين أحد موظفيها حول صدور قرار منها بمنعه من السفر إلى الخارج، وهو تصرف تتجلى فيه وجه السلطة العامة، هى بحق منازعة إدارية يختص بنظرها القضاء الإداري)[1].

وإذا كان الحكم قد أبرز في الأساس فكرة السلطة العامة كمعيار للمنازعة الإدارية إلى جانب المرفق العام، فإن المحكمة الإدارية العليا قد اكتفت أحياناً في بعض أحكامها بمعيار السلطة العامة دون ربطه بفكرة المرفق العام أوغيرها، ومن ذلك حكمها في طلب التعويض عند امتناع سكرتارية الحكومة عن اتخاذ إجراءات سفر أحد المواطنين لاستكمال علاجه في الخارج، بأن (دعوى التعويض منشؤها مسلك اتخذته جهة الإدارة في نطاق القانون العام، وتبدي - فيه واضحاً - وجه السلطة العامة ومظهرها، وهى بهذه المثابة عين المنازعة الإدارية التي يختص بالفصل فيها محاكم مجلس الدولة طبقا للمادة (١٧٢) من الدستور والمادة (١٠ بند ١٤) من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة)[2].

كما أكدت المحكمة الإدارية العليا في مصر هذا الاتجاه وذلك بتقرير اختصاص القضاء الإداري بالمنازعة حول قرار إداري صادر من سلطة إدارية في شأن من شئون إدارة مال عام، هو قصر المنتزة بالإسكندرية،

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٤٠٦ لسنة ٢٥ ق، جلسة ١٩٨٢/١/١٦، س ٢٧، ص ٢٤٧.

(٢) حكمها في ١٩٨٢/١١/٢٧، الطعنان رقما ٨٧٨ ، ١٥٢١ لسنة ٢٦ ق، المجموعة، السنة ٢٨، ص ١٤٩، وكذلك حكمها في ١٩٨٤/٤/١٤، الطعنان رقما ١٣٨ ، ١٧٩ لسنة ٢٨ ق، المجموعة، السنة ٢٩، ص ١٠٠٥، وحكمها في ١٩٩٩/٦/٢٧ الطعن رقم ٨٩٦ لسنة ٤٤ ق.
وتعتنق محكمة النقض في مصر معيار السلطة العامة وحده فتعتبر من المنازعات الإدارية كل منازعة تتعلق (بتصرف قانوني تعبر فيه جهة الإدارة عن إرادتها كسلطة عامة بوسيلة من وسائل القانون العام).
حكمها في ١٩٩٤/٣/١٧، طعن رقم ٢٤٥٦ لسنة ٥٨ ق، الدائرة المدنية.

باعتباره من المرافق العامة، رغم أن هذا المرفق يدار بأسلوب الإدارة الخاصة وليس بأسلوب الإدارة العامة، مما يؤكد أن المعيار الأساسي الذي يمكن الاعتماد عليه وحده لدى القضاء لتحديد المنازعات الإدارية هو معيار السلطة العامة[1]، دون حاجة إلى الربط بمرفق عام يدار بأسلوب الإدارة العامة.

وعلى ذلك **يرى الباحث** بأن تحديد معيار المنازعة الإدارية ونطاق تطبيق القانون الإداري يعود إلى الخصائص التي تضفيها الجهة الإدارية على نشاطها وليس الطبيعة الذاتية لهذا النشاط أو الهدف منه[2]، أي أن الأمر يخضع لإرادة الجهة الإدارية عندما تمارس نشاطها فتختار لذلك إما وسائل القانون الإداري، فيعد عملها الناجم عن هذا النشاط عملا إداريا أو تختار وسائل القانون الخاص، ومن ثم لا يُعد العمل الناجم عن النشاط من الأعمال الإدارية التي يحكمها القانون الإداري. أي أن العمل الإداري يتميز من حيث موضوعه بأنه يتصل بمسائل ليس لأشخاص القانون الخاص أن يتولونها، كما يتميز من حيث وسائل تحقيقه بأنها أيضا وسائل مختلفة عن وسائل الأشخاص الخاصة في تحقيق أعمالهم وممارسة أوجه نشاطهم[3].

والخلاصة أن معيار تحديد المنازعة الإدارية وأيضاً نطاق تطبيق القانون الإداري يتحدد بالعمل الإداري، أي العمل الصادر من سلطة إدارية بصدد مباشرة وظيفتها الإدارية، وتعد المنازعة بشأنه من المنازعات الإدارية التي يختص بالفصل فيها القضاء الإداري.

---

(١) راجع في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٩٨٣/٣/١٢، طعن رقم ١٠٠ لسنة ٢٤ ق، المجموعة، السنة ٢٨، ص ٥٦٩، وفيه قضت بأن القصور المملوكة للأسرة الملكية في مصر أصبحت بعد مصادرتها لمصلحة الشعب وأيلولة ملكيتها للدولة من الأموال العامة، التي لا يجوز الانتفاع بها على أي وجه من الوجوه إلا بموجب ترخيص من السلطة الإدارية العامة صاحبة الولاية قانونا في إصدار تراخيص الانتفاع بهذه القصور، ومن هذا المنطلق ذهبت المحكمة إلى تكييف (عقد الإجارة) المبرم مع شركة المنتزة والمقطم، وهي من الأشخاص المعنوية، بهدف إدارة قصر المنتزة وملحقاته، بأنها – أي الإجارة – تتضمن ترخيصا بالانتفاع بجزء من أموال الدولة العامة التي لا ترد الإجارة عليها في الأصل، ومن هنا تكون المنازعة حول أحقية الإدارة في إنهاء الترخيص بالانتفاع من الاختصاص الولائي لمحكمة القضاء الإداري، التي كانت قد قضت في درجة التقاضي الأولى بالإحالة إلى القضاء العادي لعدم الاختصاص الولائي على أساس أن القرار محل الطعن صدر في مسألة من مسائل القانون الخاص، ويستفاد مما تقدم أن القضاء لا يفرق بين مرفق عام يدار بأسلوب الإدارة العامة وآخر يدار بأسلوب الإدارة الخاصة لتحديد طبيعة المنازعة، وإنما الفيصل لديه هو صدور القرار عن (سلطة إدارية عامة)، راجع كذلك حكم نفس المحكمة في ١٩٨٣/١/١٥، طعن رقم ١٠١ لسنة ٢٧ ق، المجموعة، السنة ٢٨، ص ٤٢٨.

(٢) DE LAUBADERE- VENEZIA- GAUDEMENT, Traité de droit admini- stratif T.I. 11éd., 1990, op. cit, P. 40-45.

(٣) دكتور/ محمود سامي جمال الدين، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية، المرجع السابق، ص ٥٠.

الفصـــل الثانـــي

الفصل الثاني

أنواع ولاية القضاء الإداري

سبق أن بينا أن المنازعة الإدارية تفترض وقوع نزاع بين الأفراد وجهة الإدارة بمناسبة مباشرتها للعمل الإداري، باعتبارها سلطة عامة، وأنه عن طريق الدعوى الإدارية يتم حمل هذا النزاع إلى ساحة القضاء الإداري، ليفصل فيها باعتبار أن موضوع النزاع يعد من المنازعات الإدارية التي يختص بنظرها من خلال إجراءات الخصومة القضائية، لتنتهي بإقرار الحقوق أو المصالح المشروعة سواء كان ذلك لصالح الأفراد أم لصالح الإدارة.

وبحسب طبيعة المنازعة الإدارية والطلبات المقدمة في الدعوى الإدارية تختلف سلطات القاضي الإداري ومداها، ومن هنا اتجه الفقه التقليدي إلى تقسيم ولاية القضاء الإداري بصدد هذه المنازعات إلى أربعة أنواع رئيسة، إلا أن الفقه الحديث انتقد هذا التقسيم التقليدي وبدأ في الأخذ بتقسيمات أخرى أكثر منطقية.

وهذه التقسيمات ليست مجرد اجتهادات فقهية نظرية، وإنما هى ذات فائدة عملية هامة، وذلك نظراً لأن قواعد قبول الدعاوى الإدارية ومدى سلطة القضاء في الفصل فيها، تعتمد في الواقع على الطائفة التي تلحق بها الدعوى الإدارية المرفوعة أمام القاضي الإداري.

وعلى ذلك نعرض لهذه التقسيمات الفقهية لولاية القضاء الإداري والدعاوى الإدارية بشيء من التفصيل على النحو الآتي :

المبحث الأول: التقسيم التقليدي لولاية القضاء الإداري.

المبحث الثاني: التقسيمات الحديثة لولاية القضاء الإداري.

المبحث الأول

التقسيم التقليدي لولاية القضاء الإداري

يعتمد هذا التقسيم على سلطة القاضي الإداري التي يمارسها عند الفصل في الدعوى المرفوعة، وعلى هذا الأساس توجد أربعة أقسام رئيسة لمختلف الدعاوى التي يختص بها القاضي الإداري[1].

١ـ قضاء الإلغاء :

وطبقاً لهذا النوع يباشر القضاء الإداري ولايته بناءً على الطعن في عمل إداري معين وطلب إلغائه لعدم مشروعيته بسبب تجاوز الإدارة لسلطتها المشروعة، وعليه يتوجب على القاضي أن يتحقق من مشروعية العمل محل الطعن أو عدم مشروعيته، فإذا انتهى إلى عدم مشروعيته، فإن سلطته تنحصر في الحكم بإلغاء هذا العمل دون أن يتعدى ذلك إلى تعديل العمل المطلوب إلغاؤه أو استبدال غيره به أو القضاء بالآثار الناشئة عن إلغاء القرار الإداري أو الحكم بأية حقوق محددة للطاعن[2]. فدعوى الإلغاء تهدف إلى حماية المشروعية وتقرير سيادة القانون.

---

(١) يرجع الفضل في صياغة هذا التقسيم بدقة وإحكام إلى العلامة – لافيريير – Edouard Laferriére راجع مؤلفه :

Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, 2 Volumes, premiére édition 1887, 2 éme édition 1896.

وراجع في هذا الاتجاه :

APPLETON, Traité élémentaire de contentieux administratif, 1927, P. 33.
BERTHELEMY, Traité élémentaire de droit administratif, 1 éme. éd., 1901, P. 873.
DEBBASCH, Contentieux administratif, 3 éd., 1981, P. 686.
AUBY-DRAGO, Traité de contentieux administratif, 2 éd., 1975, T.II.P. 83.

(٢) تعتبر عبارات (الطعن بالإلغاء) و (الطعن بسبب تجاوز السلطة) و (طلب الإلغاء) و (دعوى الإلغاء)، كلها اصطلاحات مترادفة بمعنى واحد، وثانيها هو المستخدم في فرنسا ولبنان والمغرب تشريعا وفقها وقضاءً، أما في مصر فالغالب استعمال عبارة (دعوى الإلغاء) لدى الفقه والقضاء، للمزيد في ذلك راجع دكتور/ محمود محمد حافظ، القضاء الإداري، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ٥٤١ ومابعدها، دكتور/ محمد كامل ليله، الرقابة على أعمال الإدارة، المرجع السابق، ص ٦، دكتور/ عدنان الخطيب، الإجراءات الإدارية دراسة نظرية وعملية مقارنة (نظرية الدعوى في القضاء الإداري)، من مطبوعات معهد البحوث والدراسات العربية التابع لجامعة الدول العربية، القاهرة، ١٩٦٨، ص ٥٢، دكتور/ طعيمة الجرف، رقابة القضاء لأعمال الإدارة (قضاء الإلغاء)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣ ص ٢٧، موضحا عدم وجود أدنى شك في الوقت الحاضر حول الطبيعة القضائية لطعون الإلغاء، وانظر أيضا دكتورة/ سعاد الشرقاوي، المسئولية الإدارية، دار المعارف بمصر، ط ٢، ١٩٧٢، ص ٤، معرفة الطعن بأنه (كل وسيلة يضعها القانون تحت تصرف الشخص لإصلاح وضع من الأوضاع بمساعدة السلطة العامة، فهو نظام للمطالبة نظمه القانون)، وموضحة تقسيم الطعون إلى إدارية وقضائية، وانظر أيضا :

Georges Vedel, Pierre Delvolve, Droit Administratif, Presses Universitaires de France, 1992, P. 28.

وهكـذا تعتـبر دعـوى الإلغـاء دعوى موضوعية أو عينية تقوم على مخاصمة القرار الإداري غير المشروع ويتولى القاضي فيها بحث مشروعية هذا القرار بصرف النظر عن الحقوق الشخصية للمدعي[٢].

والمثال الرئيسي لهـذا القضاء فـي فرنسا هـو دعوى تجاوز السلطة، والتي يطلق عليها في مصر والكويت دعوى الإلغاء، وهى دعاوى توجه ضد القرارات الإدارية غير المشروعة.

٢ـ قضاء التعويض أو (القضاء الكامل) :

إذا كان القاضـي الإداري لا يملـك سـوى إلغـاء العمـل الإداري غير المشـروع في قضاء الإلغاء، فإنه في القضاء الكامل يسترد القاضي سلطاته كاملة، إذ يملك سلطات أوسع، وتقتضي مباشرة هذا النوع من القضاء – في فرنسـا – أن يلجـأ الطاعـن أولاً إلى الإدارة مطالبا بما يدعيه من حقوق تجاههـا، بحيـث يحصل منها على قرار إداري، فإذا كان القرار بالرفض، صراحةً أو ضمناً، كان من حقه الطعن في هذا القرار أمام القضاء الإداري، وفي هذه الحالة يكون للقاضي الإداري إلغاء قرار الإدارة لعدم مشروعيته أو تعديله أو استبداله في سبيل إعادة الحقوق المترتبة للطاعن، كالتعويض عن الأضـرار التي لحقت به من جراء هذا القرار غير المشروع وإلزام الإدارة بها[٣].

بيد أنه بالرغم من أن سلطات القاضي في ولاية القضاء الكامل تبدو أكثر اتساعا من سلطاته في ولاية الإلغاء، إلا أن هذه الأخيرة هى بدون شك أشد خطـراً وتأثـيراً، وذلك لأن الحكم في دعوى الإلغاء بعدم مشروعية القرار الإداري يؤدي إلى إعدام هذا القرار، ليس بالنسبة لأطراف الدعوى فحسب، وإنمـا بالنسبة لكافة ذوي الشأن الذين يلحقهم هذا القرار بآثاره، بمعنى أن حجية الحكم في دعـوى الإلغاء هى حجيـة مطلقة بالنسبة للكافة. أما فـي

---

(١) وفي هذا المعنى ذهبت المحكمة الإدارية العليا بقولها : (أن دعوى الإلغاء تختلف بداهة عن دعوى التعويض أركاناً وموضوعاً وحجية، وأخص ما في الأمر أنه بينما يكتفي في دعوى الإلغـاء أن يكون رافعها صاحب مصلحة، فانه يشترط في رافع دعوى التضمين أن يكون صـاحب حـق أصـابته جهـة الإدارة بقرارها الخاطئ بضرر يراد رتقه وتعويضه عنه)، مجموعة مجلس الدولة، المحكمة الإدارية العليا في عشر سنوات، ص ٦٥٨.

(٢) والأمثلة على الدعوى التي تثير ولاية القضاء كاملة دعوى المسئولية ودعاوى العقود حيث يدعـي المتقاضـي بوجـود حق لـه قبل الإدارة ويصدر الحكم في الدعوى بإدانة الإدارة وإلزامها بدفع مبلغ من النقود.

القضاء الكامل، فإذا انتهى القاضي إلى عدم مشروعية القرار الإداري، فإنه يقضي بإلغاء القرار بالنسبة للطاعن وحده، وإن كان لـــه بعد ذلك أن يرتب جميع النتائج القانونية المترتبة على إلغاء القرار غير المشروع، وذلك وفقاً للطلبات التي تقدم بها الطاعن، فيقضي له بالحقـــوق الشخصية التي تترتب علـــى عـــدم مشـــروعية القرار الإداري، ومع ذلك فإن كل ما يمكن للقاضي الإداري أن يحكـــم به في هذه الحالة هو الحكم بالتعويضات المالية دون أن يوجه أي أمر للإدارة[1].

ويـرى الباحـث أن المشرع في مصر والكويت قد أجاز هذا الأسلوب، إذ أقر إمكانية الجمع بين دعوى الإلغاء ودعوى التعويض في عريضة دعوى واحـــدة هى عريضة دعوى الإلغاء، بحيث يكون طلب إلغاء القرار الإداري غير المشروع هـــو الطلب الأصلي ويكون طلب التعويض عن الأضرار الناجمة عنه بمثابة طلب تابع لطلب الإلغاء[2].

أما في فرنسا فـــإن الأصـــل هو استقلال كل من هاتين الدعويين، بيد أن مجلـــس الدولة الفرنسي أجاز الجمع بين الدعويين ولكن بشرط احتفاظ كل منهما باستقلالها وإجراءاتها[3]، بمعنى أنه لا يجوز الجمع بين طلب الإلغاء

---

(١)

C.E., 27 Jan. 1933, Le Loir. S. 1933. III

(٢) دكتور/ عثمان عبدالملك الصالح، التنظيم الدستوري للرقابة على أعمال الإدارة في الكويت، المرجع السابق، ص ٩٣.

وقـــد ورد نص البند العاشر من المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة المصري رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ على اختصاص مجلس الدولة بالفصل في طلبات التعويض عن القرارات الإدارية سواء رفعت بصفة أصلية أو تبعية.

كمـــا أن قانون إنشاء الدائرة الإدارية يسمح بالجمع بين طلبي الالغاء والقضاء الكامل في ذات العريضة أو بدعوى مستقلة، هنا تطلق يد المحكمة مخولة الولاية الكاملة بالمعنى الفنـــي الدقـــيق، فيمكنها إلغاء القرار غير المشروع وترتيب حجية عينية والحكم بالحقوق الشخصـــية للطاعـــن اســـتنادا إلى المادة الخامسة من القانون التي نصت على أن (يكون للدائرة الإدارية وحدها ولاية الحكم بالغاء القرارات الإدارية المشار إليها في البنود : ثانيا وثالـــثا ورابعـــا وخامســـا من المادة الأولى، كما يكون لها وحدها ولاية الحكم في طلبات الـــتعويض عـــن الأضرار الناشئة عن تلك القرارات، سواء رفعت إليها بطريقة أصلية أو تبعية).

(٣) والاستثناء الوحيد على هذه القاعدة، تمثل في إباحة المجلس الجمع بين طلب الإلغاء وطلب الـــتعويض فـــي عريضة القضاء الكامل التي صدرت بشأنها أحكام المجلس في ٣١ مارس ١٩١١ في ثلاث قضايا هى :

Blanc, Argaing, Bézie, S. 1911. 3. 129. N. Hauriou.

أشار إليها الدكتور/ ماجد الحلو، القضاء الإداري، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٠ المـــرجع الســـابق، ص ٢٦٧، غـــير أنه لا يمكن القول بأن هذه الأحكام أدت إلى استقرار القضـــاء الإداري الفرنسي على إجازة الجمع بين طلب التعويض وطلب الإلغاء في عريضة واحدة، إذ لم تتكرر مثل هذه الأحكام التي أصبحت أحكام تاريخية وحيدة.

وطلب التعويض في عريضة واحدة، وإنما كل ما أجازه هو الجمع بين عريضتي الدعويين لنظرهما من جانب القضاء في وقت واحد تفادياً لطول الانتظار، فإذا ما اشتملت عريضة دعوى الإلغاء على طلب التعويض، فإن مجلس الدولة الفرنسي يرفض نظر طلب التعويض ويباشر فقط ولايته بصدد دعوى الإلغاء والحكم فيها.

٣ـ قضاء التفسير وفحص المشروعية :

تنحصر سلطة القاضي عند ممارسة ولاية التفسير أو فحص المشروعية في التحقق من معنى ومدلول العمل الإداري أو صلاحيته ومشروعيته، دون أن يكون له إلغاؤه أو التعويض عنه، كما أن القاضي لا يباشر هذه الولاية بناءً على دعوى ترفع أمامه مباشرة، وإنما تتم مباشرتها بناءً على إحالة من محكمة عادية يثار أمامها بمناسبة دعوى مطروحة عليها دفع في مسألة مبدئية لا تختص بها، ويقتضي منها تفسير قرار إداري أو فحص مدى مشروعيته، فتوقف المحكمة الفصل في الدعوى لحين البت في هذا الدفع من جانب القضاء الإداري المختص بالفصل في هذه المسألة المبدئية، وتعرض مسألة التفسير أو تقدير المشروعية بدعوى مستقلة وهنا تنحصر سلطة القاضي الإداري في تقديم تفسير القرار الإداري وتحديد معناه الصحيح أو بإعلان مشروعيته أو عدم مشروعيته، دون أن يكون له الحكم بإلغاء القرار محل الدفع أو ترتيب نتائج أو حقوق قانونية لمن أثار الدفع أو لغيره، وإلا كان متجاوزاً لاختصاصه، بمعنى أنه ليس للقاضي عند مباشرة ولاية التفسير أو فحص المشروعية أن يصدر (أحكاماً) بالمعنى الفني الدقيق، وإنما كل ما يملكه أن يصدر (إعلاناً)[١] بصدد معنى القرار أو مشروعيته، وفي الحالتين يستخلص القاضي المدني من حكم القاضي الإداري النتائج اللازمة لحسم النزاع المثار أمامه.

ويعد هذا القضاء في فرنسا نوعا مستقلا من أنواع ولاية القضاء الإداري هناك، أما في مصر فمن المتفق عليه منذ إنشاء مجلس الدولة عام ١٩٤٦، أنه في مجال العلاقة بين القضاء العادي والقضاء الإداري يسود مبدأ أن قاضي الدعوى هو قاضي الدفع[٢]، ومن ثم فإن أي دفع يثار أمام

---

(١) CHAPUS, Contentieux administratif, 1979, P. 75.

(٢) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٩٧٠/٥/٣٠، الطعن رقم ١١٧٤ لسنة ١٢ ق، وفي ١٩٧١/١٢/٢٦، الطعن رقم ٨٧ لسنة ١٦ ق.

أيــة محكمــة عاديــة بخصــوص مسألة تدخل أصلاً في مدلول المنازعات الإداريــة، فــإن المحكمة العادية تختص بالفصل في هذا الدفع باعتباره من المســائل الأولــية التــي تخضــع لاختصاصها وليس من المسائل المبدئية الخارجــة عــن اختصاصها[1]، وهكذا فإن مجلس الدولة المصري لا يتولى تفســير العمل الإداري إلا إذا كانت لــه ولاية الفصل في المنازعات المتعلقة به وبمناسبة نظر هذه المنازعة[2].

بيد أن الأمر يختلف في ظل تمتع محاكم مجلس الدولة المصري بالولاية العامــة فــي المنازعة الإدارية، إذ أن مقتضى هذه الولاية أن يكون لمحاكم القضاء الإداري دون غيرها سلطة الفصل في المنازعات الإدارية ما لم يوجد نــص خاص بخلاف ذلك استثناء من هذه الولاية العامة، وعليه فإذا طرحت دعوى أمام القضاء العادي، وكان الفصل في هذه الدعوى يستلزم أولاً البت فــي مســألة تدخــل بطبيعتها في طائفة المنازعات الإدارية فانه يتعين على القاضي – ما لم يكن هناك نص خاص يقضي باختصاصه في هذه المسألة – أن يوقــف نظــر الدعوى وإحالة هذه المسألة للقضاء الإداري ليفصل فيها بوصفها من المسائل المبدئية[3].

ومن الملاحظ أنه في ظل القوانين السابقة لمجلس الدولة المصري حيث كــان اختصاص القضاء الإداري محدوداً على سبيل الحصر، فقد كان لمحاكم مجلــس الدولــة بإجمــاع الفقــه والقضاء الاختصاص بالفصل في المسائل المتصــلة بموضــوع الجنســية، ولو أُثيرت عن طريق الدفع أمام المحاكم العاديــة، بوصــفها مــن المسائل المبدئية التي تدخل في اختصاص القضاء الإداري بما له من ولاية عامة في مسائل الجنسية.

---

(١) يطلــق علــى المسائل المبدئية في فرنسا اصطلاح Questions Prégudicielles وهى مســائل لا يخــتص بها قاضي الدعوى باعتباره قاضي الدفع أيضا، وإنما يلزم إحالتها إلى القاضــي المختص للفصل فيها، أما المسائل التي يختص بنظرها قاضي الدعوى باعتباره قاضي الأصل والدفع فيطلق عليها اصطلاح المسائل الأول Questions Préalables ومن ثــم يجــب عــدم الخلــط بين المسائل المبدئية والمسائل الأولية، خاصة وأنه توجد بعض التطبــيقات فــي مصر لفكرة المسائل المبدئية، ولعل أهمها وأخطرها عدم اختصاص سائر محــاكم جهتــي القضــاء العادي والإداري في مصر بالفصل في مسألة دستورية القوانين واللوائح، وهذه الأخيرة من القرارات الإدارية التي تخضع لرقابة القضاء الإداري، إذ يتعين إحالــة الدفــوع المثارة بشأن دستورية القوانين واللوائح إلى المحكمة الدستورية العليا، بصفتها المحكمة المختصة ولائيا بالفصل في هذه المسألة المبدئية.

(٢) راجع في ذلك :
- دكتور/ أنور أحمد رسلان، وسيط القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ٣٧٢.
- دكتور/ ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ٢٦٦.

(٣) راجع في ذلك :
- دكــتور/ محمود سامي جمال الدين، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية، المرجع السابق، ص ٥٧.

وعليه يمكن القول بأن قضاء التفسير وفحص المشروعية، له وجود في النظام القانوني في مصر، سواء قبل تقرير الولاية العامة للقضاء الإداري على المنازعات الإدارية (وإن اقتصر على مسائل الجنسية)، أم بعد ذلك وفقاً للقوانين الحالية[1].

٤ـ قضاء الزجر أو العقاب[2] :

قد يقرر المشرع للقاضي الإداري ولاية العقاب، أي أن تكون له سلطة توقيع العقوبات على الأشخاص الذين يخالفون أحكام القوانين أو اللوائح، وهى الولاية المقررة في الأصل للقاضي الجنائي، ولذلك تعد ولاية العقاب، إذا تقررت للقضاء الإداري، ولاية استثنائية.

وقد تقررت للقضاء الإداري في فرنسا استثناءً ولاية توقيع العقوبات منذ إنشاء مجلس الدولة، فيدخل في اختصاص محاكم القضاء الإداري توقيع الجزاءات الجنائية على مرتكبي المخالفات التي يرتكبها الأفراد خروجاً على القوانين واللوائح التي تحمي المال العام وذلك في حالة مخالفة القواعد القانونية المتصلة بالطرق العامة الكبرى (المادة ١/١٢ وما بعدها من قانون المحاكم الإدارية C.T.A الحالي)[3].

ولذلك يذهب جانب كبير من الفقه المصري إلى أن قضاء الزجر أو العقاب – بهذا المعنى – لا وجود له في مصر[4]، في حين يذهب الفقه

---

(١) راجع :
- دكتور/ محمود سامي جمال الدين، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية، المرجع السابق، ص ٥٩.

(٢) انظر :
- دكتور/ أنو أحمد رسلان، وسيط القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ٣٦٧.
- دكتور/ محمود عاطف البنا، الوسيط في القضاء الإداري، دار الفكر العربي، ١٩٩٠، ص ١٢٠.

(٣) تقررت هذه الولاية في البداية بقانون 28 pluvoise VIII المكمل بقانون 29 floréal an X راجع في ذلك :
AUBY-BEAGO, Op. Cit., T. 2, P. 455.

(٤) يراجع في ذلك :
- دكتور/ سعد عصفور، القضاء الإداري (بالاشتراك مع الدكتور/ محسن خليل)، منشأة المعارف بالاسكندرية، ص ٣٥٧، الدكتور/ رمزي الشاعر، القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة، ١٩٨٢، ص ٨.
- دكتور/ محمد كامل ليله، الرقابة على أعمال الإدارة، ١٩٧٠، ص ٨٤٥.
- دكتور/ مصطفى أبوزيد، القضاء الإداري ومجلس الدولة، الطبعة الرابعة، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٩، المرجع السابق، ص ٢١٨.

الحديث في مصر، إلى القول بعكس ذلك على أساس أن المدلول الحديث لقضاء الزجر أو العقاب يعني سلطة القاضي الإداري في توقيع أية عقوبة، جنائية كانت أو إدارية، وبشأن أية مخالفة، دون تحديدها بنوع معين من المخالفات.

وتأسيساً على ذلك يقرر الفقه الحديث أن سلطة القضاء الإداري في توقيع بعض الجزاءات التأديبية على الموظفين الذين يرتكبون بعض المخالفات الإدارية أو المالية، إنما تندرج تحت مدلول قضاء الزجر أو العقاب[1].

ولما كانت المحاكم التأديبية في مصر، وهى أحد أقسام محاكم مجلس الدولة، تختص وفقاً للمادة العاشرة من قانون مجلس الدولة الحالي بالفصل - دون غيرها - في الدعاوى التأديبية، ومن ثم توقيع العقوبات التأديبية على مرتكبي بعض المخالفات الإدارية أو المالية، فإنه يمكن القول بأن للقضاء الإداري في مصر ولاية الزجر أو العقاب متمثلة في ولاية التأديب التي يختص بها في حدود الاختصاصات المقررة له قانوناً[2].

ويدعو الباحث المشرع إلى الأخذ بهذا القضاء خاصة بالنسبة للمخالفات الجسيمة التي ترتكب من قبل فئة معينة من الموظفين، حتى لا تكون الإدارة خصماً وحكماً وهى بصدد مساءلة موظفيها.

---

(١) يراجع في ذلك :
- دكتور/ عبدالغني بسيوني، ولاية القضاء الإداري على أعمال الإدارة، ١٩٨٣، ص ١١ ، ١٢.

VEDEL, Droit administratif, 1977, P. 464.
AUBY-DRAGO, Op. Cit., T.II.P.451.
DEBBASCH, Op. Cit., P. 689.
C.E. 2 Oct. 1970, Dame Saig M. Gambillard, L. 1180.

(٢) دكتور/ محمود سامي جمال الدين، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية، المرجع السابق، ص ٦٠.

المبحث الثاني

التقسيمات الحديثة لولاية القضاء الإداري[1]

ينـــتقد الفقه الحديث الأساس الذي قام عليه التقسيم التقليدي، أي طبيعة ومدى سلطات القاضي بصدد الدعوى الإدارية، وهو أساس شكلي، باعتباره معـــياراً غير صحيح، إذ يقضي المنطق القانوني بالرجوع في تحديد أساس التقسيم أو معياره إلى طبيعة النزاع في ذاته، لأن سلطة القاضي في الدعوى تـــتوقف على طبيعة النزاع وليس العكس، أي أن اختلاف سلطة القاضي من دعوى لأخرى ينتج عن اختلاف طبيعة المسائل التي تعرض عليه من دعوى لأخرى، والعكس غير صحيح[2].

يـــرى الفقه الحديث أن تحديد سلطات القاضي بصدد الدعوى المطروحة علـــيه، هـــو أمـــر يخضـــع في الأصل لإرادة المشرع الذي يتمتع بالسلطة التقديرية في تحديد هذه السلطات وآثارها حسب طبيعة النزاع محل الدعوى المطروحة على القاضي.

ولذلك بدأت المحاولات الفقهية الحديثة في البحث عن معيار جديد لتقسيم الدعـــاوى الإداريـــة فظهـــرت معايير متعـــددة، لـــم يكتب النجاح إلا لقليل منها[3]. ولعل أشهر التقسيمات الحديثـــة التي لقيت تأييداً فقهياً واسعاً هـــو

---

(١) راجع في التقسيمات :
- دكتور/ سليمان الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول (قضاء الإلغاء)، ص ٢٧٥.
- دكتور/ محمود عاطف البنا، الوسيط في القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ١٢٠.

(٢) في تفاصيل ذلك : انظر الدكتور/ سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٢٧٤.

(٣) مـــن هذه المحاولات تقسيم ولاية القضاء الإداري إلى قضاء الطعون وقضاء الملاحقة وهو الذي يقابل قضاء العقاب، أما قضاء الطعون فهو يتفرع داخلياً إلى قضاء الإلغاء والقضاء الكـــامل - راجـــع في ذلك CHAPUS, op. cit. p. 76 ويقسم البعض هذه الولاية على أســـاس موضوع الطعون إلى دعاوى الوظيفة العامة، ودعاوى المدن، ودعاوى المباني الخطرة ودعاوى الانتخابات، راجع في ذلك :

DEBBACH, op. cit., p. 689.

وفـــي مصـــر يـــرى البعض تقسيم الدعاوى الإدارية إلى (دعاوى الموضوع) دعاوى الإلغـــاء والتســـوية والتعويض والعقود الإدارية و (الدعاوى المستعجلة) وتضم دعاوى وقـــف تنفـــيذ القـــرارات الإدارية والدعاوى الوقتية بصرف المرتب ودعوى تهيئة الدليل وإثـــبات الحالـــة بالنسبة للوقائع المتغيرة، الدكتور/ عبدالعزيز خليل بديوي، الوجيز في المبادئ العامة للدعوى الإدارية وإجراءاتها، المرجع السابق، ٣٧.

التقسـيم الذي ظهر في أوائل القرن العشرين في كتابات عديد من الفقهاء، وخاصة الفقيهين (ديجي) و (جيز)[1]، وهو تقسيم ولاية القضاء الإداري إلى قضاء موضوعي وقضاء شخصي[2].

التمييز بين القضاء الموضوعي والقضاء الشخصي :

يقـوم هذا التمييز على أساس اختلاف طبيعة المسائل التي تعرض على القاضـي في الدعوى، فإذا تعلقت المنازعة بحق شخصي يتمثل في تصحيح المركز الشخص للمدعى، وتمسكه بحقوقه الشخصية فإنها تدخل في القضاء الشخصي، أما إذا تعلقت المنازعة بمركز موضوعي والذي يتمثل في حماية المشـروعية وتصـحيح وضـع عـام موضوعي حيث تكون الإدارة خالفت القانون فإنها تدخل في القضاء الموضوعي.

وهكـذا فـإذا تعلـق الأمـر بمركـز قانوني موضوعي كانت الدعوى موضـوعية، وكان القضاء في ذلك قضاءً موضوعياً، وأما إذا تعلق بمركز قانونـي شخصـي أو ذاتي فإن الدعوى التي تحميه دعوى شخصية ويكون القضاء فيها قضاءً شخصياً.

ـ فأما المركـز القـانوني الموضـوعي : فهو يتأتى مباشرة من القاعدة القانونية التـي يضـعها المشـرع فـي القـانون، والقاعدة القانونية بطبيعتها عامة ومجردة، فمضمون هذا المركز عام بالنسبة للجميع، لا يختلف من حالة إلى أخرى بالنسبة للمجموعة المتماثلة في الظروف القانونية.

ـ وأما المركـز القانوني الذاتي أو الشخصي : فهو علـى خلاف المركز القانوني الموضوعي، خاص وذاتي، فهو لا يقـوم إلا لصالح فـرد أو أفـراد معينين بذواتهـم قبل فرد أو أفراد معينين هم أيضاً بذواتهم، والمركـز القانونـي

---

(١)

DUGUIT, Traité de droit constitutionnel, 3éd. 1928. T. 2, P. 418. et P. 435.
JEZE, Exposé critiqué d'une théorie en faveur au C.E. Sur la Classification des recours en annulation et des recours de plein juridiction. R.D.P., 1909. 667.

(٢) انظر في بيان أوجه لنقد الموجه للتقسيم التقليدي وموقف الفقه الحديث منها.
WALINE, Vers un reclassement des recours du contentieux adminis-tratif, R.D.P. 1935. 205.

الذاتـــي لا يستمد مباشرة من القانون وإنما ينتج من عمل قانوني تعاقدي أو مـــنفرد، وهذا المركز الذاتي إما أن يكون حقاً على شيء أي حقاً عينياً، أو حقاً يسري في مواجهة شخص آخر أي حقاً شخصياً (أو التزام)[١].

ومـــن ناحية أخرى يترتب على اختلاف الهدف بين القضاء الموضوعي والقضـــاء الشخصـــي أن تكـــون حجية الأحكام الصادرة في دعاوى القضاء الموضوعي، حجية مطلقة في مواجهة الكافة، في حين تظل للأحكام الصادرة فـــي دعاوى القضاء الشخصي حجية نسبية مقصورة على أطراف الدعوى، وتـــبعاً لذلـــك، لا يجوز استخدام دعاوى القضاء الموضوعي لحماية المراكز الشخصـــية للأفـــراد، كحماية الحقوق والالتزامات التعاقدية، إذ لا سبيل إلى حمايـــة هذه المراكز إلا عن طريق دعاوى القضاء الشخصي، وهذا ما تمليه طبيعة التفرقة بين نوعي القضاء.

هـــذا وتقســـم الدعاوى التي تدخل في نطاق كل من القضاء الموضوعي والقضاء الشخصي على النحو التالي[٢] :

أ- الدعاوى التي تدخل في نطاق القضاء الموضوعي :

يشمل القضاء الموضوعي الدعاوى الإدارية التالية :

١- دعاوى إلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة أو المنعدمة[٣]، وخاصة دعوى تجاوز السلطة، وهى نموذج للقضاء الموضوعي[٤].

---

(١) راجع في ذلك :
- دكـــتـــور/ مصـــطفى أبـــوزيـــد، القضاء الإداري ومجلس الدولة، المرجع السابق، ص ٤٧٣ وما بعدها.

(٢) راجع :
CHAPUS, Op. Cit., P. 77. 94.
وفـــي مصر يتجه بعض الفقه إلى محاولة حل مشكلة الدعاوى التي تجمع بين عناصر مـــن القضاء الشخصي وعناصر من القضاء الموضوعي، وذلك بإضافة نوع ثالث للقضاء الموضـــوعي والقضاء الشخصي يجمع بينهما ويطلق عليه (الدعاوى الموضوعية الذاتية) وهـــي الدعـــاوى الموضوعية التي تستهدف المطالبة بحقوق ذاتية أو شخصية، راجع في ذلـــك الدكتور/ مصطفى كمال وصفي، أصـــول إجـــراءات القضاء الإداري، الكتاب الأول، ص ١٣٦.

(٣) يطلـــق الفقه أحياناً على دعاوى إلغاء القرارات المنعدمة إصطلاح (دعاوى تقرير الانعدام) الدكتور/ رمزي الشاعر، المرجع السابق، ص ٨.
AUBY-DRAGO, Op. Cit., II. P. 432.
CHAPUS, Op. Cit., P. 77.

(٤) يعتـــبر مـــا أثاره الفقيه (بونار) بشأن قضاء الإلغاء، من أكثر الخلافات الفقهية خطورة في هذا الصدد، فهذا الفقيه يعتبر أن دعوى الإلغاء أو تجاوز السلطة إنما تدخل في نطاق =

٢- دعاوى التفسير وفحص المشروعية.
٣- قضاء الزجر أو العقاب.
٤- دعـاوى الطعـن بالنقض ما لم تكن ذات طبيعة شخصية، وذلك عندما يكون مرجع الطعن في الحكم هو مخالفته لمركز قانوني شخصي، ففي هذه الحالة تعتبر من دعاوى القضاء الشخصي[١].
٥- الدعاوى الانتخابية المتصلة بصحة الانتخاب ومشروعيته، فإذا ما تعلقت الدعـوى بطلـب تصـحيح نتـيجة الانتخاب ذاتها فإنه يتصل بالقضاء الشخصي.
٦- دعـاوى التفسـير إذا كان العمل المطلوب تفسيره له طبيعة عامة أو يـتعلق بمراكـز عامـة مـثل التشريع أو اللائحة، فإذا تعلق التفسير بتصـرف له طبيعـة خاصـة أو يتعلق بحق شخصي مثل العقود، فإنه يندرج في القضاء الشخصي.
٧- الطعـون الضـريبية وذلك إذا كانت المنازعة تتعلق بمشروعية قرارات ربـط الضـريبة وفقاً للقوانين، فإذا اتصلت الدعوى بتحديد الالتزامات المالية المفروضة على الممول فإنها تدخل في دائرة القضاء الشخصي[٢].

القضـاء الشخصي، على أساس أن هذا القضاء يضم كل دعوى يدافع فيها الفرد عن حق شخصـي، وإن دعـوى الإلغـاء تعنـي أن للأفراد إمكانية الالتجاء للقضاء بطلب حماية المشروعية، وهذه الإمكانية تنشئ لهم حقاً شخصياً بالتزام الإدارة باحترام القانون في هذه الحالـة، وبالتالي تدخل دعوى تجاوز السلطة في نطاق دعاوى القضاء الشخصي بحيث لا يبقى في دائرة القضاء الموضوعي سوى قضاء الزجر أو العقاب، راجع في ذلك :
BONNARD, Le contrôle juridictionnel de l'administration, 1934, P. 34.
وقريـب مـن هذا الاتجاه الدكتور/ سليمان الطماوي، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء، المـرجع السـابق، ص ٢٧٨، إذ يعتـبر أن القضـاء الموضوعي، ويطلق عليه إصطلاح القضـاء العينـي، هو باستمرار جزء من القضاء الشخصي في فرنسا، نظراً لتطبيق فكرة القـرار الإداري السابق في نطاق قضاء التعويض أو القضاء الكامل، لأن قاضي التعويض فـي فرنسـا يبدأ أولاً وباستمرار بإلغاء هذا القرار السابق، ثم يستعيض عنه بالحكم الذي يصدره. كما أن المراكز الشخصية إنما تحميها قواعد القانون، والاعتداء عليها سوف يثير فحص مشروعية التصرفات الإدارية في ذاتها، وهذا الوضع أكثر ظهوراً في مصر، منه في فرنسا، نظراً لإمكان الجمع بين دعوى التعويض ودعوى الإلغاء.
غـير أن هـذه الآراء مازالت تعد آراءً فردية، وما زال معظم الفقه في مصر وفرنسا يأخذ بالتفرقة بين القضائين لما بينهما من فروق جوهرية وطبيعة خاصة.

(١)
PEISER, Le recour en cassation en droit adminstratif français, 1958, P. 455.

(٢)
TROTABAS, Le nature juridique du contentieux fiscal en France M. HAURIOU, 1929. P. 711.

ب – الدعاوى التي تدخل في نطاق القضاء الشخصي :

يشـــمل القضـــاء الشخصي، علاوة على ما سبق الإشارة إليه، الدعاوى الإدارية التالية :

١ – المنازعات المتصلة بالعقود الإدارية وما في حكمها (قضاء العقود).

٢ – دعـــاوى التعويض عن الأضرار الناجمة عن أعمال الإدارة (قضاء المسئولية).

٣ – قضـــاء التفسير إذا كان العمل المطلوب تفسيره يتعلق بحق شخصي مثل طلب تفسير عقد إداري.

هـــذا ويجب ملاحظة أن نشير إلى أن هذا التقسيم الحديث لولاية القضاء الإداري إلـــى قضـــاء موضوعي أو (قضاء المشروعية) وقضاء شخصي أو (قضـــاء الحقوق)، لم يؤد إلى القضاء على التقسيم الرباعي التقليدي سالف الذكـــر. فمـــا زال لهـــذا التقسيم الأخير آثاره في عبارات القوانين والأحكام القضائية، خاصة وأن المزايا التي يتمتع بها هذا التقسيم التقليدي هو أمر لا يخلو من فوائد عملية، سيما فيما يتصل بتوضيح الكثير من الفوارق الدقيقة بيـــن أنـــواع ولايـــة القضـــاء الإداري الأربعـــة، وخاصـــة قضائي الإلغاء والتعويض[١].

هـــذا وقـــد أخذت المحكمة الإدارية العليا في مصر بهذا التقسيم الثنائي اعـــتماداً على اختلاف اختصاصات القاضي الإداري بخصوص الدعاوى التي ترفع إليه وفي ذلك تقول : (أن اختصاص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بنظر المنازعات الإدارية المنصوص عليها فـــي المادة العاشرة مـــن قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ ينطوي على نوعيـــن

---

(١) ظهرت محاولات تقلل من أهمية هذا الموضوع، بإعتباره قليل الجدوى من الناحية العملية، خاصـــة وأن معظم الفقه متفق على حدود سلطة القاضي ودوره بصدد الدعاوى الإدارية، ومـــن ثـــم فلـــيس لهذه التقسيمات من فوائد سوى تسهيل دراستها في المؤلفات الفقهية والإحاطة بنظامها، راجع :

DUEZ-DEBEYER, Traite de droit administratif, 1952. P. 334

ومـــع ذلـــك لـــم يكتب النجاح لهذه المحاولات السابقة، وما زال القضاء مستقرا على التميـــيز بيـــن دعـــوى الإلغـــاء ودعوى القضاء الكامل على الأخص، وعلى أن لكل منها طبيعتها الخاصة وأن مجال كل منهما والتمييز بينهما يسير.

من الولاية القضائية، الأول هو ولاية الإلغاء ومحلها دعاوى الإلغاء المتعلقة بإلغاء القرارات النهائية للسلطات الإدارية، سواء أكانت صادرة في شئون الموظفين العموميين أم في شئون الأفراد أو الهيئات، بسبب مخالفة القانون بالمعنى العام فموضوعها هو شرعية القرار الإداري، وهذه الدعاوى يقتصر فيها دور القضاء الإداري على رقابة مشروعية القرارات الإدارية النهائية محل تلك الدعاوى، فلا يحل نفسه محل جهة الإدارة المختصة في إصدار القرار الصحيح قانوناً، وإنما يكتفي الحكم بإلغاء ما يستبين له عدم مشروعيته من تلك القرارات، تاركاً لجهة الإدارة المختصة إصدار القرار الصحيح قانوناً على هدي من قضائه بإلغاء القرار المطعون فيه، والنوع الثاني من الولاية القضائية هو ما يعرف بولاية القضاء الكامل ومحلها دعاوى القضاء الكامل، وهى تشمل جميع المنازعات الإدارية التي تختص محاكم مجلس الدولة بنظرها طبقا لنص المادة العاشرة من القانون المشار إليه عدا دعاوى إلغاء القرارات الإدارية النهائية محل ولاية الإلغاء، كدعاوى التعويض عن هذه القرارات ودعاوى التسويات والمنازعات المتعلقة بالمرتبات والمعاشات والمكافآت ودعاوى الجنسية والمنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية عدا دعاوى إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة في منازعات هذه العقود والتي تندرج لهذا السبب في دعاوى الإلغاء، وموضوع دعاوى القضاء الكامل مركز قانوني فردي حيث يدعي رافعها أنه صاحب مركز قانوني معين ينشئ له حقاً قبل الإدارة وأنها تنازعه في أصل هذا الحق أو في مداه، فهى دعوى يرفعها صاحب الشأن ضد الإدارة بادعاء اعتدائها على مركزه القانوني الشخصي بإنكارها ما يدعيه قبلها من حق أو منازعتها إياه في مداه، مطالباً القضاء بأن يحكم له على الإدارة بفعل شيء أو بالامتناع عن فعل شيء، وفي غالب الحالات بدفع مبلغ من النقود، وسلطة القضاء الإداري في هذه الحالة أوسع مدى حيث يحسم الحقوق المتنازع عليها حسما نهائياً فيقضي بأحقية المدعي أو بعدم أحقيته فيما يطلب الحكم به على الإدارة، أو يقضي بإلزامها أن تفعل شيئاً أو بأن تمتنع عن فعل شيء أو بأن تدفع للمدعي مبلغاً محدداً من النقود، ويترتب على التفرقة بين نوعي الولاية نتيجة هامة ألا وهى أن دعاوى الإلغاء وحدها هى التي يجب أن يراعى في رفعها الميعاد المنصوص عليها في المادة (٢٤) من قانون مجلس الدولة وإلا كانت غير مقبولة شكلاً، أما دعاوى القضاء الكامل فلا تتقيد مطلقاً في رفعها بهذا الميعاد وإنما تتقيد بالميعاد الذي نص عليه القانون، والقاعدة العامة فيه أنه خمسة عشر عاماً ما لم ينص القانون على ميعاد تقادم آخر لرفع الدعوى، كذلك فإن الأحكام التي تصدر بالإلغاء تكون حجة على الكافة

بينما غيرها من الأحكام تكون لها حجية نسبية لا تمتد إلى غير الخصوم فيها)[1].

وينتقد جانب من الفقه هذا التقسيم، ذلك (أن التفرقة بين ولاية قاضي الإلغاء وولايته في غير دعاوى الإلغاء هى تفرقة غير مبرره وليس لها محل الآن في ظل النص الدستوري الذي جعل مجلس الدولة هو قاضي القانون العام فالدعاوى التي تطرح على مجلس الدولة إما أنها متعلقة بقرار إداري يراد إلغاؤه فيجب أن تنطبق مواعيد وإجراءات دعوى الإلغاء المقررة بالقانون وبمبادئ مجلس الدولة وإما أن محل الطعن ليس قراراً إدارياً في مفهوم قضاء مجلس الدولة سالف البيان عن القرارات الإدارية حينئذ لا يكون هناك محل لانطباق مواعيد وإجراءات دعوى الإلغاء وليس هناك ثمة اختلاف في ولاية القاضي الإداري على دعاوى الإلغاء أو دعاوى القضاء الكامل ففي حالة قضاء الإلغاء يقوم بتطبيق قواعد وإجراءات دعوى الإلغاء متقيداً بطلبات الخصوم في هذا الخصوص فإذا كان المطلوب أمامه إلغاء القرار الإداري قام بإلغائه كلياً أو جزئياً وإلغاء القرار له آثاره الواقعية والقانونية التي من شأنها اعتباره كأن لم يكن فليس القاضي الإداري في حاجة إلى أن يقرر في منطوق حكمه ما يترتب على هذا الإلغاء من آثار بصورة تفصيلية فقد يشير إلى ذلك في أسبابه وقد لا يشير اعتماداً على بساطة فهم الآثار الناجمة عن إلغاء قرار. ولا يختلف الأمر في دعاوى القضاء الكامل فلا يمكن للقاضي أن يحكم بما لم يطلبه الخصوم أو يتجاوز في حكمه ما طلبوه فعلاً وإلا كان حكمه معيباً وكل ما في الأمر أنه غير مقيد بإجراءات ومواعيد دعوى الإلغاء وباختصار شديد ليس هناك قضاء كامل وقضاء ناقص فقضاء الإلغاء هو قضاء كامل في حدود دعوى الإلغاء ومبادئها وإجراءاتها والقاضي يقوم فيها بذات دوره في الدعاوى التي استقر الفقه على أنها من دعاوى القضاء الكامل وقاضي الإلغاء يملك في حدود الدعوى المطروحة عليه سائر المكنات التي يباشرها في غير هذا النوع من الدعاوى فهو يملك الأمر بتنفيذ الحكم بمسودته ويفصل في منازعات التنفيذ الخاصة بهذه الدعاوى ويملك إصدار الأوامر على عرائض الخاصة بها أما الإيحاء بأن قاضي الإلغاء لا يملك نفس مكنات القاضي الذي يفصل في غير دعاوى الإلغاء لسبب يرجع إلى طبيعة سلطته فهو أمر لا تسانده أية قرائن

---

(١) حكمها في ١٩٩١/٧/٢٧ الطعن ٣١٤٢ لسنة ٣٥ ق، الوسيط في شرح اختصاصات مجلس الدولة، للدكتور/ محمد ماهر أبوالعينين، الجزء الأول، ٢٠٠٠، ص ١٧٢ وما بعدها.

أو تطبـيقات، وقد يكون القضاء في حاجة إليه عندما كان اختصاصه محدداً على سبيل الحصر حتى يستعمل الحيل القانونية في تكييف الدعاوى المقامة أمامـه ومحاولـة إدخالهـا في نطاق اختصاصه أما بعد أن أصبح القاضي الإداري صـاحب الاختصـاص العام فلا يوجد تبرير لهذه التفرقة بين نوعي الولاية فالقاضي في دعوى التسوية مثلاً يقوم بإجراء التسوية الصحيحة لأن طلـب المدعـي كـان إجراء هذه التسوية الصحيحة لـه بدلاً من التسوية الخاطـئة التي قامت بها جهة الإدارة فوجب عليه أن يبين أية تسوية يمكن اعـتمادها فـي حالـته وكذلك الحال حينما يقضي ذات القاضي بإلغاء قرار تخطي موظف في ترقية فهو يبرز خطأ جهة الإدارة في تخطي هذا الموظف ويحدد أسباب أحقيته في الترقية غير أنه في الحالة الأخيرة يجب أن يفحص دعـوى الموظـف وفقـاً لقواعد وإجراءات معينة ودعاوى الجنسية بعد أن أصـبح القضاء الإداري صاحب الولاية العامة فيها أصبح واجباً عليه التثبت مـن أحقية صاحب الشأن في التمتع بجنسية جمهورية مصر العربية سواء أقـام صـاحب الشـأن دعوى فرعية أو أصلية بذلك وكذلك الأمر في نطاق العقـود الإدارية فعمل القاضي الإداري في خصوص هذه الدعاوى لا يختلف من عمله في خصوص دعوى الإلغاء فله الاستعانة بالخبراء في الحالتين إذا رأى وجهاً لذلك وله اتخاذ الإجراءات التحفظية اللازمة حتى لا يضار صاحب الشـأن في الحالتين غير أن إجراءاته التحفظية في خصوص دعوى الإلغاء تـأخذ شكل وقف تنفيذ القرار المطعون فيه ومن هنا ننتهي إلى أنه لا يجوز اتخـاذ هـذه التفرقة سنداً للتقليل من مكنات وسلطات القاضي الإداري في دعاوى الإلغاء وانه لا يجوز تقسيم ولايته على هذا النحو وإنما يمكن تقسيم الدعاوى التي تقام أمامه بين دعاوى الإلغاء وسائر المنازعات الأخرى)[1].

وبالـرغم من وجاهة هذا النقد، لازال عديد من الفقهاء يلجأون إلى هذا التقسـيم التقلـيدي لولايـة القضاء الإداري كتقسيم داخلي لفرعي التقسيم الحديث على الأقل[2].

---

(١) راجع :
- دكـتور/ محمـد ماهر أبوالعينين، الوسيط في شرح اختصاصات مجلس الدولة، الجزء الأول، ٢٠٠٠، ص ١٧٤ ، ١٧٥.

(٢) يقسـم الفقـيهان AUBY-DRAGO دعـاوى قضاء المشروعية حسب سلطات القاضي وطبـيعة حكمه أو قراره، فإذا كان القرار مجرد إعلان لمعنى أو مشروعية العمل الإداري، فإنـه يطلـق على هذا القضاء اصطلاح (قضاء الإعلان) أما إذا تضمن الحكم إلغاء العمل الإداري لعدم مشروعيته أو تقرير انعدامه، فإنه يدخل في (قضاء الإلغاء) فإذا كانت سلطات القاضـي أبعـد مـن ذلك فإن الدعوى تدخل في نطاق قضاء المشروعية المتضمن بعض عناصـر القضـاء الكـامل مثل الدعاوى المتعلقة بالمنشآت الخطرة أو المقلقة للراحة أو الضارة بالصحة، وأخيـراً يدخل في نطاق قضاء المشروعية، دعاوى الزجر أو العقاب. =

وعليه يمكن تقسيم ولاية القضاء الإداري على النحو التالي :

١ـ **قضاء المشروعية**، وهو الذي يستهدف أساساً حماية المشروعية من الاعتداء عليها.

٢ـ **قضاء الحقوق**، وهو الذي يستهدف أساساً تقرير الحقوق الشخصية المعتدى عليها.

٣ـ **قضاء الزجر أو العقاب**، وهو الذي يستهدف توقيع العقوبة على مخالفي القانون، وليس لهذا النوع من القضاء أي تطبيق في الكويت.

والواقع أن النظام القضائي في كل من مصر والكويت يعتمد بصفة أساسية تقسيماً ثنائياً للدعاوى التي يختص بها القضاء الإداري، ومن ثم نتناول بالدراسة قضاء الإلغاء وقضاء التعويض وفقاً للتقسيم التالي :

المطلب الأول : قضاء الإلغاء.

المطلب الثاني : قضاء التعويض.

أما قضاء الحقوق فهو ينقسم بدوره إلى قضاء الإعلان كما في حالة طلب تفسير عقد إداري، وقضاء كامل إذا كانت سلطات القاضي تتضمن الإلغاء والحكم بالحقوق، لمزيد من التفصيل راجع الدكتور/ محمود سامي جمال الدين، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية، المرجع السابق، ص ٥٢ وما بعدها، والدكتور/ طارق فتح الله خضر، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ١٦٢ وما بعدها.

المطلب الأول

قضـــاء الإلغـــاء

أولاً : ماهية قضاء الإلغاء :

مـــا هـــو المقصـــود بقضاء الإلغاء؟ أو بتعبير آخر ما هو معنى قضاء الإلغاء؟ وبإيجاز بالغ يمكن الإجابة على هذا السؤال بالقول بأن قضاء الإلغاء يعنـــي وجود الحماية القانونية المنظمة لمبدأ المشروعيـــة، وفرض الجزاء القانوني المعزز لتأكيد احتـــرام هـــذا المبدأ، صحيح أن مبدأ المشروعية قد دخـــل الضـــمير العالمـــي الحديـــث، وصحيح أن خروج أي بلد عليه باتخاذ قـــرارات إداريـــة فـــردية خارج حدود القانون (القانون بمعناه الموضوعي والشـــكلي) يؤدي إلى ردود فعل قوية، ولكن هذا وحده لا يكفي، فالاعتراف الـــنظري بمـــبدأ المشـــروعية قلـــيل الجدوى إن لم يكن عديمها، والحماية القانونـــية المـــنظمة لاحـــترام المبدأ هى الحل الوحيد، وتوجد هذه الحماية القانونـــية المنظمة بوجود محاكم إدارية فيها الضمانات الكافية من استقلال، وحيدة، وعدم تحيز، واختصاص، بحيث يكون بمقدور الأفراد أن يطعنوا أمام هـــذه المحاكم بإلغاء أي قرار إداري (عام أو فردي) يصدر مخالفاً للقانون، وتكـــون هذه المحاكم، محاكم مختصة بإلغاء هذه القرارات الإدارية المخالفة للقـــانون بأحكام لها حجية مطلقة. هذه المحاكم الإدارية وما يصدر عنها من أحكـــام بالإلغاء هى التي تجسد المعنى المقصود من قضاء الإلغاء[1]. وقـــد وجد هذا القضاء في فرنسا منذ أن حصل مجلس الدولة الفرنسي على ولاية القضاء المفوض عام ١٨٧٢. وفي مصر منذ إنشاء مجلس الدولة بمقتضى القـــانون رقـــم ١١٢ لسنة ١٩٤٦. أما في الكويـــت فقـــد استحدث قضاء الإلغاء ولأول مرة في تاريخها بصدور القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ بإنشاء الدائرة الإدارية[2].

---

(١) الأصـــل التاريخي لكل من قضاء الإلغاء والتعويض يرجع في الأساس إلى (ولاية المظالم) التـــي كان يمارسها ديوان المظالم في الدولة الإسلامية فللنظام الإسلامي فضل السبق في إيجـــاد الخطوط العريضة والمبادئ الكلية للقضاء الإداري الحديث بإصطلاحاته المختلفة – (إلغاء وتعويضا... وغيره) – أما في الدولة الحديثة، فلم يتجاوز عمره حتى الآن أكثر من ١٧٠ عامـــا، للمزيد راجع الدكتور/ أنور أحمد رسلان، القضاء الإداري قضاء الإلغاء، دار النهضـــة العربية، القاهرة، ١٩٩٢، ص ١٠ ، ١١، موضحاً أنه كان يطلق عليه سابقاً بـــ (شو أرى دولة) في ظل الدولة العثمانية و (مجلس الشورى العربي).

(٢) راجع :

– دكـــتور/ عثمان عبدالملك الصالح، النظام الدستوري والمؤسسات السياسية في الكويت، المرجع السابق، ص ٦٣٧ وما بعدها.

ثانياً: الخصائص العامة لقضاء الإلغاء :

١ـ من حيث موضوع النزاع :

يتميز قضاء الإلغاء بأنه قضاء موضوعي، فموضوع النزاع فيه، أي القضية التي ترفع أمام قاضي الإلغاء هي دائماً قضية قانونية أي مشروعية قرار إداري، فالطاعن يدعى بأن قراراً إدارياً قد انتهك المشروعية، ولذلك فهو يطلب من القاضي الإداري إلغاءه[١].

وهكذا يتميز قضاء الإلغاء بأن وسيلته ليست كالدعاوى العادية تقوم إجراءاتها بين أطراف أو خصوم، وإنما هى دعوى ضد قرار مخالف للقانون[٢].

٢ـ من حيث دور القاضي :

ينحصر دور القاضي في دعوى الإلغاء بتقرير ما إذا كان القرار الإداري المطعون فيه مخالفاً للقانون أم لا، فإذا كان مخالفاً للقانون أصدر حكمه بإلغائه، وإن لم يكن مخالفاً للقانون رد الدعوى.

---

(١) يتركز جوهر الخلاف بين القضاء الموضوعي أو العيني، والقضاء الشخصي أو الذاتي في أن القاضي في النوع الأول يبحث عما إذا كان تصرف قانوني معين قد خالف قاعدة قانونية معينة أو مركز قانوني عام أو موضوعي، ولا تثار أمام القضاء الموضوعي مسألة الحقوق الشخصية أو المراكز الشخصية، في حين يتولى القاضي في القضاء الشخصي بحث مخالفة تصرف قانوني لمركز قانوني شخصي او ذاتي، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن الحكم الصادر في القضاء الموضوعي يكون حجة على الكافة، أما الحكم الصادر في القضاء الشخصي فهو ذو حجية نسبية تقتصر عادة على أطراف النزاع للمزيد من التفصيل راجع الدكتور/ رأفت فوده، القضاء الإداري، دعوى الإلغاء، دعوى التعويض، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧، ص ١١٥ وما بعدها.

(٢) ولقد تعرضت فكرة الخصوم في دعوى الإلغاء – عدم وجود مدعى عليه في تلك الدعوى خلافاً للقضاء الكامل الذي تقوم الخصومة فيه بين أشخاص (مدع ومدعى عليه) – للانتقاد، وذلك تحت تأثير التطورات التي عرفتها دعوى الإلغاء، وقد ذهب البعض إلى أن ما يلي لا يتفق واعتبار دعوى الإلغاء خصومة ضد قرار وليس ضد خصم محدد :
- إجبار الإدارة على تحمل مصروفات الدعوى.
- معارضة الشخص الثالث.
- تقرير الاستئناف أو التقاضي على درجتين بالنسبة لدعوى الإلغاء، وكلها جميعاً تقتضي أن تكون الإدارة طرفاً مباشراً في دعوى الإلغاء.
راجع في ذلك :
Vedel (G), Droit administranf, op. cit., P 744.
- دكتور/ محمد كامل ليله، الرقابة على أعمال الإدارة، المرجع السابق، ص ٧٧٨، ٧٧٩.

٣ـ من حيث طبيعة الحكم :

يـتحدد حكـم المحكمة الإدارية في قضاء الإلغاء، بإلغاء القرار الإداري المخـالف للقانون فقط، فصفته وطبيعته تتحدد بالإلغاء، (مجرد إلغاء للقرار المخالف للمشروعية)[١]، والحكم الصادر بالإلغاء هو حكم في شرعية القرار المطعـون فـيه، ويسـري هذا الحكم في مواجهة الكافة، حيث يتعدى أثره أطـراف الخصـومة[٢]، وتكـون حجيته بناءً على ذلك مطلقة، ويسري في مواجهة الكافة[٣].

ثالثاً : دعوى الإلغاء[٤] :

نتناول بالدراسة هنا :

أ ـ شروط قبول دعوى الإلغاء.

ب ـ حالات الإلغاء أو وسائل الإلغاء أو وجوه الإلغاء.

---

(١) انظـر فـي تفصـيل اجتهادات مجلس الدولة المصري بحث الدكتور/ سامي جمال الدين، دعـاوى التسوية وولاية القضاء الإداري على الطعون المتصلة بشئون الموظفين، منشأة معـارف الاسـكندرية، ١٩٨٦، وانظر انتقادات ما استقرت عليه اجتهادات مجلس الدولة المصري الدكتور/ مصطفى أبوزيد، مجلس الدولة والقضاء الإداري، ١٩٦٦، ص ١٩٩ – ٣٠٦، وانظـر أيضـا دكـتورة/ سعاد الشرقاوي، فيما يخص التفرقة بين دعوى التسوية ودعوى الإلغاء والتطبيقات القضائية لذلك، حيث إن المدعـي إذا كان يطلـب الإعتراف له بحـق مقرر في قانون أو لائحة، ولم تتخذ الإدارة الإجراءات التنفيذية الصحيحة بصدد هذا الحـق، فإنـه يتعين على القاضي آنئذ إصلاح الوضع على أساس إحقاق الحق، مما يعني بطبـيعة الحـال أن سلطة القاضي كاملة، أما إذا كان طلب صاحب الشأن هو إلغاء قرار، فتقتصر سلطة القاضي حينئذ على إلغاء ذلك القرار، وقد تتجاوز ذلك، القضاء الإداري، دار النهضة، ١٩٨٤، ص ٢٥٨ – ٢٦٣.

(٢) ويطلـق عليه الدكتور/ مصطفى كمال وصفي، الأثر المتعدي حيث أن الحكم لا يقتصر على طـريق الخصـومة وإنمـا يتعداه للغير. راجع مرجعه : أصول إجراءات القضاء الإداري، الكتاب الثاني، مكتبة الانجلو المصرية، ١٩٦٤، ص ١٩٣.

(٣) راجع في ذلك :
– حكم المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في ١٩٦٠/١١/٢٦، س ٦، ص ٢٠١. حيـث قررت أنه (.. فإذا صدر الحكم بالإلغاء كلياً أو جزئياً فإنه يكون حجة على الكافة وعلـة ذلـك أن الخصومة الحقيقية في الطعن بالإلغاء تنصب على القرار الإداري ذاته وتسـتند علـى أوجـه عامـة حددها القانون، وهى عدم الاختصاص ولعيب في الشكل ومخالفـة القوانيـن واللوائح أو الخطأ في تطبيقها وتأويلها أو إساءة استعمال السلطة، وكـل وجـه مـنها لـه من العموم في حالة قبول الطعن ما يجعل القرار المطعون فيه باطلاً، لا بالنسبة للطاعن وحده، بل بالنسبة للكافة، فهو بطلان مطلق).

(٤) تعتـبر عـبارات (الطعن بالإلغاء) و(الطعن بسبب تجاوز السلطة) و(طلب الإلغاء) و(دعوى الإلغـاء) كلهـا إصـطلاحات مـترادفة بمعنى واحد، راجع الدكتور/ محمود محمد حافظ، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ٥٤١ وما بعدها، دكتور/ عدنان الخطيب، =

أ ـ شروط قبول دعوى الإلغاء :

- إن عبارة (تجاوز السلطة) ترادف عدم المشروعية، كما أن عبارة (الطعن بتجاوز السلطة) تعني وترادف (دعوى الإلغاء)، وهكذا فيراد من عبارة أو مصطلح (الطعن بتجاوز السلطة) تلك الدعوى القضائية (المعروفة باسم دعوى الإلغاء) والهادفة إلى إلغاء قرار إداري مخالف للقانون عن طريق محكمة إدارية وقاض إداري. ولقد كان مجلس الدولة الفرنسي قبل الإصلاح الإداري لسنة ١٩٥٣ هو المختص بالفصل في دعاوى الإلغاء، ولكن مرسوم ٣٠ ايلول سنة ١٩٥٣ جعل من المحاكم الإدارية الإقليمية محاكم للقانون العام الإداري، فأصبحت هذه الدعاوى أو الطعون بموجبه تعود بالدرجة الأولى إلى المحاكم الإدارية مع إمكانية استئنافها أمام مجلس الدولة، عدا تلك التي احتفظ بها القانون لمجلس الدولة فظل هو المختص بها بدرجة أولى وأخيرة، ومن أمثلتها دعوى الإلغاء (أو الطعن بتجاوز السلطة) ضد المراسيم.

- إن دعوى الإلغاء هى من صنع القضاء الإداري، فقد ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي، واستند في ذلك في بداية الأمر إلى نص ورد في قانون ٢٤ مارس سنة ١٨٧٢، ولكنه (أي مجلس الدولة) أشاد على أساس هذا النص بناء نظرية قضائية رائعة انتهت إلى اعتبار هذه الدعوى مفتوحة ضد أي قرار إداري وحتى من دون حاجة إلى نص عليها، بل إنها تبقى مفتوحة حتى ولو جاء القانون فصرح بعدم جواز الطعن بالقرار الإداري، فلقد فسر مجلس الدولة الفرنسي ذلك، بأن المنع في هذه الحالة ينصرف إلى جميع الطعون عدا الطعن بتجاوز السلطة بالنظر لصفته العامة وباعتباره من القانون العام.

الإجراءات الإدارية دراسة نظرية وعملية مقارنة (نظرية الدعوى في القضاء الإداري)، المرجع السابق، ص ٥٢، دكتور/ طعيمة الجرف، رقابة القضاء لأعمال الإدارة (قضاء الإلغاء)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣، ص ٢٧، موضحاً عدم وجود أدنى شك في الوقت الحاضر حول الطبيعة القضائية لطعون الإلغاء، وانظر أيضاً دكتورة/ سعاد الشرقاوي، المسئولية الإدارية، المرجع السابق، ص ٦ معرفة الطعن بأنه (كل وسيلة يضعها القانون تحت تصرف الشخص لإصلاح وضع من الأوضاع بمساعدة السلطة العامة، فهو نظام للمطالبة نظمه القانون)، وموضحة تقسيم الطعون إلى إدارية وقضائية.

إن دعـــوى الإلغـــاء إنما هى دعوى قضائية، وترتبط بالقضاء الإداري الموضـــوعي، ولقـــد ثبتت لها هذه الصفة بعد تطور طويل إذ كانت تعد في الأصـــل فـــي فرنسا، ذلك أن دعوى الإلغاء حتى سنة ١٨٧٢ لم تكن دعوى قضائية، بل كانت تظلماً إدارياً رئاسياً[١].

كما تتميز دعوى الإلغاء بإجراءاتها المبسطة وبإعفائها من الرسوم ومن شرط توكيل محام، وذلك لأنها الأداة الفعالة في الرقابة القضائية على أعمال الإدارة لتأكيد شرعيته وقانونية أعمالها[٢].

أمـــا شـــروط قبول دعوى الإلغاء فهى الشروط التي يجب توافرها حتى يمكـــن رفـــع دعوى الإلغاء أمام القاضي الإداري للبت فيها، فإذا تخلف أحد هـــذه الشـــروط فإن القاضي يرد الدعوى ولا يقبلها من دون حاجة لفحصها والنظر فيما إذا كان القرار الإداري المطعون فيه مخالفاً للقانون أم لا[٣].

وقـــد أوضـــحت المحكمـــة الإدارية العليا هذه القاعدة حيث أعلنت (أن لدعـــوى الإلغـــاء – طبقاً لما جرى عليه القضاء الإداري – شروطاً لابد من توافـــرها حتى تكون هذه الدعوى مقبولة أمام القضاء، عليه أن يتصدى لها بـــالفحص قـــبل أن يتصـــدى لموضوع المخالفة المدعاة، إذ لا يمكنه بحث الموضوع إلا بعد أن يتأكد لـــه توافر هذه الشروط، إذا لم تتوافر، تحتم عليه الحكم بعدم قبولها دون التغلغل في الموضوع)[٤].

---

(١) De Laubadère (A), Traité de droit administranf, L.G.D.J., 10 éd., T 1, 1984, P 394.
– دكتور سليمان الطماوي، قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص ٢٨٢.

(٢) Vedel (G), Droit,administranf, op. cit., P 742.

(٣) عـــرف مجلس الدولة المصري تقليد تحصين القرارات الإدارية تشريعيا ضد الطعن بالإلغاء ممـــا أثـــار جـــدلا حول دستورية هذه القوانين، فقد ذهب مجلس الدولة المصري (محكمة القضـــاء الإداري) فـــي مـــرحلة أولي إلى التسليم بدستورية القانون إذا أغلق باب الطعن بالإلغاء وفتح باب الطعن بالتعويض... أما إذا حظر استعمال الطعنين (الإلغاء ، التعويض) فـــان التشـــريع يكون غير دستوري باعتباره مصادرة لحق التقاضي... وفي مرحلة لاحقه (المحكمـــة الإداريـــة العلـــيا) إعتـــبر التشريع الذي يمنع استخدام دعوى الإلغاء ودعوى الـــتعويض دســـتوريا بحجة أن إلغاء الوسيلة القضائية ليس معناه إلغاء أصل الحق. وقد انتهى هذا الوضع المنتقد بصدور دستور ١٩٧١.
راجع كلا من :
– دكـــتور/ سليمان الطماوي، القضاء الإداري (قضاء الإلغاء)، المرجع السابق، ص ٣٦٤ وما بعدها.
– دكتور/ ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ٢٧٦ ، ٢٧٩.

(٤) راجع :
– حكم المحكمة الإدارية العليا في ٢٥ مارس ١٩٦٢، مجموعة أبوشادي، ص ١٠١٢.

وقبل أن نبين هذه الشروط لابد أن نشير إلى موقف مجلس الدولة الفرنسي إزاءها، فلقد كانت سياسته ترمى دائماً إلى توسيع طرق الطعن، وجعلها ميسورة وفي متناول يد الأفراد[1].

وهذه الشروط هى :

الشرط الأول : يرتبط بطبيعة القرار المطعون فيه.

الشرط الثاني : يرتبط بصفة الطاعن (صاحب الدعوى).

الشرط الثالث : يرتبط بمدة الطعن وإجراءاته.

الشرط الرابع : يرتبط بوجوب عدم وجود طعن مقابل.

الشرط الأول : طبيعة القرار المطعون فيه :

يجب بمقتضى هذا الشرط لجواز الطعن، أن يكون القرار إدارياً[2]، وأن يكون نهائياً[3]، وسواء في ذلك أكان إيجابياً أم سلبياً[4]، وأن يكون من شأنه

---

(١) دكتور/ مصطفى كمال وصفي الرفاعي، أصول إجراءات القضاء الإداري، دراسة نظرية تطبيقية في مصر وسوريا، الكتاب الأول القاهرة، ١٩٦١، ص ٢٠ وما بعدها، دكتور/ عدنان الخطيب، الإجراءات الإدارية، المرجع السابق، ص ٢٦ وما بعدها، دكتور/ سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص ٨١٣ وما بعدها، مؤكدا أن القضاء الإداري المصري كثيراً ما يشير إلى خصائص الإجراءات الإدارية في أحكامه، كحكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ١٩٦٣/١١/٢٣، وحكمها الصادر في ١٩٦٤/٣/٢٢، وحكمها الصادر في ١٩٦٨/١١/٣، حيث أكدت في الحكم الأخير أن الإجراءات المتبعة أمام القضاء الإداري تتميز بخصائص ذاتية تغاير المأخوذ بها أمام محاكم القضاء العادي، لأن الإجراءات الإدارية (إيجابية يوجهها القاضي على خلاف الإجراءات المدنية والتجارية التي يسيطر الخصوم على تسيير الجانب الأكبر منها...)، وانظر أيضاً دكتور/ محمود عاطف البنا، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء وقضاء التعويض، دار الثقافة العربية، القاهرة، ١٩٨٩، ص ١١ وما بعدها.

(٢) من الأحكام الحديثة عرفت المحكمة الإدارية العليا القرار الإداري بأنه: (إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة للأفراد بناء على سلطاتها العامة بمقتضى القوانين واللوائح حين تتجه إرادة الإدارة لإنشاء مركز قانوني يكون جائزاً أو ممكناً قانوناً وبباعث من المصلحة العامة التي يبتغيها القانون)، حكم المحكمة الإدارية العليا (دائرة منازعات الأفراد والهيئات والتعويضات)، صادر بتاريخ ١٩٩٤/١/١٦ في الطعن رقم ١٤٦٧ لسنة ٣٤ قضائية، حكم غير منشور.

(٣) وهذا يعني عدم جواز الطعن بالأعمال التحضيرية للقرار، ولا بالإجراءات اللاحقة للقرار كإجراءات التنفيذ لأنها لا تضيف جديداً وإنما تتحدد بتسهيل التطبيق وذلك كالتبليغ مثلا.

(٤) يتحقق القرار السلبي عندما ترفض الجهة الإدارية أو تمتنع عن اتخاذ إجراء كان من الواجب عليها اتخاذه بحكم القانون، ويتعين لقيام القرار السلبي أن يكون ثمة إلزام على الجهة الإدارية بإتخاذ قرار معين فإذا لم يكن إصدار مثل هذا القرار واجباً عليها، فإن امتناعها عن اصداره لا يشكل قراراً سلبياً مما يقبل الطعن عليه بالإلغاء وتكون الدعوى جديرة بعدم القبول لانتفاء القرار الإداري. راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٩٨٥/٥/٤، س ٣٠، ص ١٠١٧.

إحداث أثر قانوني بمركز الطاعن، ولتوضيح ذلك فإن صفة القرار الإداري قد ثبتت من خلال أحكام وأقضية مجلس الدولة الفرنسي لجميع القرارات الصادرة من الهيئات والسلطات الإدارية الوطنية، حتى تلك التي تحتل مكان القمة في السلم الإداري الرئاسي كالسلطات الحكومية، بل ورئيس الدولة نفسه فيجوز الطعن بتجاوز السلطة بهذه القرارات الصادرة عن مختلف السلطات الإدارية مهما علت درجتها ومرتبتها.

كما يجوز الطعن أيضاً بالقرارات الصادرة من الهيئات الخاصة والمكلفة بتنفيذ مرفق عام متى ما اشتملت على استعمال امتيازات القانون العام (لأنها تعتبر من القرارات الإدارية).

وبما أن القرار الإداري قد يكون عاماً، وقد يكون فردياً، فإن الطعن بتجاوز السلطة يبقى ممكناً في الحالتين متى ما كان القرار الإداري مخالفاً للقانون. وعلى هذا فيجوز الطعن بالإلغاء ضد المراسيم بقوانين ما دام لم يصدق عليها بعد من البرلمان، وضد المراسيم واللوائح الأخرى، (قرارات إدارية عامة)، كما يجوز الطعن ضد القرارات الإدارية الفردية والقرارات الإدارية الضمنية بالرفض والناجمة عن سكوت الإدارة أربعة أشهر متوالية على طلب مقدم إليها، إذ يعتبر هذا السكوت بمثابة قرار إداري بالرفض قابل للطعن به عن طريق دعوى الإلغاء. بل وقد أدى الاتجاه التوسعي في قضاء مجلس الدولة الفرنسي أخيراً إلى قبول الطعن في القرارات المعدومة بالرغم من فقدانها الصفة الإدارية، وكذلك إلى قبول الطعون بالإلغاء ضد القرارات الإدارية الشفوية.

هذا ويشترط في القرار المطعون فيه بالإلغاء أربعة شروط أساسية، تتمثل في كون القرار المطعون فيه إدارياً، وفي صدوره من سلطة إدارية وطنية، وأن يكون قراراً إدارياً نهائياً، وأخيراً أن يحدث أثراً قانونياً معيناً.

ما لا يجوز الطعن فيه بدعوى الإلغاء :

يخرج عن نطاق رقابة الإلغاء ما يأتي :

١ـ أعمال السلطة التشريعية[١] :

المعيار الوحيد لأعمال السلطة التشريعية هو المعيار الشكلي، وعلى هذا فلا يُقبل الطعن بالإلغاء ضد جميع التشريعات الصادرة من الهيئة التشريعية، ولا فرق في ذلك بين تلك التي تضع إجراءات خاصة، أو تلك التي تضع قواعد عامة، وعدم القبول هذا يمتد إلى جميع الإجراءات المتخذة من المجالس التشريعية وهيئاتها المختلفة، فهو يغطي ليس فقط التشريعات بالمعنى الصحيح، وإنما جميع الأعمال البرلمانية، بل وقرارات الهيئات الإدارية في هذه المجالس، هذا في فرنسا، أما في مصر فإن قرارات مكتب البرلمان بالنسبة لموظفيه (اعتبرها القضاء الإداري المصري) من القرارات الإدارية وبالتالي أجاز الطعن فيها بالإلغاء[٢].

٢ـ أعمال السلطة القضائية :

وتخرج كذلك عن نطاق رقابة الإلغاء، أعمال السلطة القضائية، وأهما الأحكام القضائية. والحكم القضائي وفقاً للمعيار الشكلي هو ذلك القرار الصادر من جهة منحها القانون ولاية القضاء، أما بالنسبة للمعيار الموضوعي فهو ذلك القرار الذي يصدر في خصومة لبيان حكم القانون فيها. وقد أخذ القضاء الإداري في فرنسا ومصر بالمعيارين معاً، ومعنى ذلك أن يكون القرار صادراً من جهة منحها القانون ولاية القضاء، وأن يكون حاسماً لخصومة بين طرفين.

ويخرج عن نطاق رقابة الإلغاء : الأعمال التمهيدية السابقة على صدور الأحكام، وقرارات النيابة العامة، وقرارات الضبط القضائي، وكذلك الأعمال التنفيذية اللاحقة للقرار، وقرارات التصديق على الأحكام المدنية والجنائية وقرارات العفو، وكل ما يتصل بمرفق القضاء

---

(١) تنص المادة (١٧٣) من دستور دولة الكويت على ما يلي: يعين القانون الجهة القضائية التي تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين واللوائح ويبين صلاحياتها والإجراءات التي تتبعها...
وتنص المادة (١٧٥) من دستور جمهورية مصر العربية سنة ١٩٧١ على: تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح وتتولى تفسير النصوص التشريعية، وذلك كله على الوجه المبين في القانون ويعين القانون الاختصاصات الأخرى للمحكمة وينظم الإجراءات التي تتبع أمامها.

(٢) راجع في ذلك :
- دكتور/ يحيى الجمل، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦، ص ٣٥١ وما بعدها.

من حيث الإنشاء والإلغاء. ومن الأمور التي قد تثير بعض الخلافات الفقهية القـرارات التي تصدر من مجالس التأديب وهل تعد قرارات إدارية أم أحكاماً قضائية[1].

٣ـ أعمال السيادة :

إن نظـرية أعمال السيادة هى من ابتداع القضاء الإداري الفرنسي وقد ابـتدعها تحت ظروف واعتبارات تاريخية عديدة، وبمقتضاها تخرج أعمال السـيادة عن نطاق رقابة الإلغاء، مع كونها في الحقيقة والواقع من الأعمال الإداريـة، بـل ومـن أخطرها وأعظمها أثراً على حريات الأفراد وحقوقهم، ولهـذا فيعد وجودها بحق ثغرة كبرى في مبدأ المشروعية، ولقد مرت هذه الـنظرية بـتطورات كثيرة، وعرفت معايير عديدة في قضاء مجلس الدولة الفرنسـي، وكـان هـذا التطور والتغير في قضاء مجلس الدولة الفرنسـي مواكباً للمراحل التاريخية التي مر بها المجلس نفسه، فلقد اتبع في فترة ما، وفي عدد من أقضيته وأحكامه معيار الباعث السياسي[2]، كما اتبع في فترة أخـرى معـياراً آخـر يقـوم على أساس طبيعة العمل الصادر من الإدارة والـتفرقة بيـن مـا يعتبر من أعمال الإدارة، وما يعتبر من أعمال الحكم، وانتهى أخيراً تحت تأثير الفقه وكتابات الفقهاء إلى حصر أعمال السيادة في نطـاق ضـيق، ولدرجـة أمكن معها من خلال دراسة أحكام مجلس الدولة الفرنسي ومحكمة التنازع حصـر هذه الأعمال بقائمة صغيرة، ومـن أبـرز

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بجلسة ١٩٨٣/١٢/٢٧ في الطعن رقم ٢٤٩ لسنة ٢٢ ق، المجموعـة، ص ٢٩٧، وتلزم الإشارة إلى أن بعض الأحكام الحديثة أوضحت تكييف قـرارات مجـالس التأديب التي لا تخضع للتصديق من جهات إدارية حيث تقول (تختص المحكمـة الإداريـة العلـيا بـنظر الطعـون في قرارات مجالس التأديب التي لا تخضع للتصديـق مـن جهات إدارية إلا أن ذلك لا شأن له بطبيعة قرارات هذه المجالس التي لا تعتـبر أحكامـا قضائية من كافة الوجوه لعدم صدورها من محكمة ضمن محاكم مجلس الدولـة التي تشكل من قضاة يتمتعون بالاستقلال ولا ينفي ذلك أن تلك المجالس التأديبية تفصـل بحسـب طبيعة موضوع ما تختص به في منازعات وخصومات تأديبية بمراعاة الإجـراءات التـي تتبع في المحاكمات التأديبية بما يحقق ضمانات العدالة وتحقيق دفاع المتهمين الواجبة الاتباع في المحاكمات التأديبية بما يحقق ضمانات العدالة وتحقيق دفاع المتهميـن الواجبة الاتباع كنظام عام للعقاب والجزاء أيا كان نوعه والذي قررته أساسا الأحكام الواردة في الدستور (المواد ٦٦ ، ٦٧ ، ٦٩). راجع من الأحكام الحديثة في هذا الشـأن، حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ١٩٩٠/٣/٢٤ في الطعن رقم ٧٤ لسنة ٣٥ ق، المجموعة، ص ١٤٥٤.

(٢)

- C.E., 1er Mai 1822, Lafitte.
- C.E., 9 mai 1867, Duc D'aumale.
- C.E., 19 Fév. 1875, Prince Napoleon (Les grands arrêts, P. 19).

الأمـــثلة علـــى أعمال السيادة : الأعمال المتعلقة بعلاقة الحكومة بالبرلمان، وكذلـــك الأعمـــال الدبلوماســـية والحربية، والأعمال المتعلقة بسلامة وكيان الجماعة داخلاً وخارجاً.

٤ـ عقود الإدارة :

لا يقبل الطعن بالإلغاء ضد أعمال الإدارة ذات الطبيعة العقدية، لأن إلغاء عقـــد إداري لا يكون إلا أمام قاضي العقود، وبطريق دعوى القضاء الكامل (قضاء التعويض) حتى ولو كان قاضي العقد هو مجلس الدولة نفسه.

ومـــع هـــذا فقـــد ابتدع قضاء مجلس الدولة الفرنسي (نظرية الأعمال المنفصلة) (actes détachables) وبمقتضاها يمكن الطعـــن بتجاوز السلطة في القرارات الإدارية الفردية التي يمكن فصلها عن العملية المركبة، فيجوز الطعـــن مثلاً بتجاوز السلطة بقرار محلي في إمضاء عقد من العقود، أو في القرار الإداري بتصديق العقد، أو بتوقيعه[١].

٥ـ الإجراءات الداخلية :

كالمنشـــورات Circulaires والتعليمات Instructions فإنها تخرج عن نطاق رقابة الإلغاء، إلا إذا كانت تغطي تحت هذا العنوان لائحة قانونية ذات أثر قانـــوني[٢]. وهـــى ما يطلـــق عليهـــا المنشورات القاعدية، ومثال ذلك

---

(١) على سبيل المثال راجع :
- حكـــم المحكمـــة الإداريـــة العليا الصادر بجلسة ١٩٩٠/١١/٢٤ في الطعن رقم ٣١٢٥ لسنة ٣٤ ق، مجموعة الأحكام من أول أكتوبر ١٩٩٠ – آخر فبراير ١٩٩١، ص١٥٤.
- حكـــم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٥٦/١/١٨، مجموعة الخمس عشر سنة، الجزء الثالث، ص ٢٢٨٠ ، ٢٢٨١.
- حكـــم محمـــة القضاء القضاء الإداري الصادر في ١٩٦٣/٤/٢١ في القضية رقم ٣٢٩ لسنة ١٤ ق، المجموعة، ص ١٨٨.

وأضـــافت المحكمـــة أن (التعاقد بطريق مباشر يعد قراراً إدارياً من حيث كونه إذناً بالتعاقد كالقـــرار الصـــادر بإبـــرام العقـــد وبإرساء المناقصة أو المزايدة من حيث انفصاله عن العملية العقدية ذاتها، ومن ثم يمكن الطعن فيه بالإلغاء).

وانظر :

Debeyer, Le recours pour exces de pouvoir et le contrat, R.D.P., 1938. P. 215.

(٢) راجع في ذلك :
- دكـــتور/ سعد أنور سعد قنديل، إجراءات التنظيم الداخلي للإدارة ورقابة القضاء، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق – جامعة المنصورة، ١٩٩١، ص ٧٤ وما بعدها.

القـــرارات التي أصدرها أحد رؤساء المحاكم الابتدائية – في القضاء العادي فـــي مصـــر – بفرض الخدمة الميكروفيلمية على سائر المتقاضين في سائر دعـــاواهم، حيث أكدت المحكمة الإدارية العليا على أن هذا الالتزام يكون في حقيقـــته إنشاء قيد جديد على رفع الدعوى لم يرد به نص في القانون، ذلك أن المـــادة (٦٣) مـــن قانون المرافعات قد قضت بأن ترفع الدعوى بمجرد إيداع صحيفتها قلم كتاب المحكمة بعد أداء الرسم المقرر قانوناً، ومن ثم فلا يجـــوز لقلـــم الكتاب سواء من تلقاء نفسه أو بقرار أو بتعليمات من رئيس المحكمـــة ســـواء تنظيمية عامة أو بصفة فردية التقاعس عن قيد الصحيفة مادامـــت قد استوفت شرائطها المقررة قانوناً، وإفصاح رئيس المحكمة عن إرادتـــه الملزمة سواء صاغها في شكل منشور أو تعليمات أو أوامر إدارية فـــي حقيقته قرار إداري تنظيمي مما يخضع لرقابة المشروعية أمام محاكم مجلس الدولة، وهذا القرار الإداري المطعون فيه قد تضمن إضافة قيد على رفـــع الدعـــوى لم يرد بالقانون ويعد بذلك قراراً إدرايا معيباً، مشوباً بعيب غصب سلطة المشرع فينحدر به إلى درجة الانعدام، فهو ينطوي على إخلال جســـيم بحـــق الدفاع فضلاً عن فرض قيد هو أداء رسم بغير الطريق الذي رسمه القانون[1].

وفـــي الواقـــع، فإن الإجراءات الداخلية الصادرة من الرؤساء، وخاصة الـــوزراء لهـــا نتائج ربما تكون أكثر خطورة من القرارات الإدارية بمعناها الفني الدقيق.

كمـــا لا يقبل الطعن بالإلغاء ضد تقارير الكفاية أو مجرد رأي أو مشورة أو تذكـــير بتنظـــيم ســـابق، اللهم إلا إذا كانت هذه العناوين تغطية لقرارات إدارية ذات أثر قانوني[2].

---

(١) انظر :
- حكـــم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ١٩٩١/١/١٩، س ٣٦، ص ٤٩٥، بند ٥٤.

(٢) لمزيد من التفاصيل راجع :
- حكـــم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٥٤/٣/١ في الدعوى رقم ١١٠٦ لسنة ٧ ق، مجموعة الأحكام، المجموعة، ص ١٥٦.
- حكـــم المحكمة الإدارية العليا الصادر بجلسة ١٩٨٠/٥/٣١ في الطعن رقم ٨١٨ لسنة ٢٣ ق، المجموعة، ص ٨٣.
- حكـــم محكمة القضاء الإداري بجلسة ١٩٥٤/١٢/٢٠ في القضية رقم ٤٠٨١ لسنة ٧ ق، المجموعة، السنة ٩، ص ١٥٣.
- ومن الأحكام الحديثة التي تؤكد مسلك القضاء الإداري المصري في قبول الطعن بالإلغاء بالنسبة لتقارير الكفاية حكـــم المحكمة الإداريـــة العليا (الدائرة الثانية)، الصادر بجلسة ١٩٩٢/٧/٤في الطعن رقم ٤ لسنة ٣٧ ق، غير منشور.

ولقـد تطـور قضاء مجلس الدولة الفرنسي والمصري في هذا الصدد، حيـث اعتبر تقارير الكفاية من قبيل القرارات الإدارية، وتواترت أحكامه في الآونة الأخيرة على قبول الطعن فيها[1].

٦ـ العمل الإداري الصادر من سلطة دولية :

كأن يكون الموظف تابعاً أو ممثلاً لإحدى الهيئات الدولية[2].

---

(١) دكـتور/ أنـور أحمـد رسـلان، تقارير الكفاية، دراسة لتقويم الأداء الوظيفي في القانون المقارن وفي قوانين دول مجلس التعاون الخليجي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص ٤٥ وما بعدها.
وراجع من أحكام القضاء الإداري :
- حكـم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ ١٩٦٧/٢/٢٤، في قضية Meyronnie، المجموعة، ص ٩٥.
- حكـم المحكمة الإدارية العليا الصادر بتاريخ ١٩٦٧/٤/٢٦، مجموعة المبادئ في ثلاث سـنوات، ص ١٣١ (أن التقرير السنوي المقدم عن الموظف بعد - استيفاء مراحله - هو بمثابة قرار إداري نهائي يؤثر مآلا في الترقية أو منح العلاوة أو خفض الدرجة أو المرتب أو في الفصل من الوظيفة...).
- حكم محكمة التمييز في الطعن رقـم ٢١٠ لسنة ١٩٩٠ (إداري)، جلسة ١٩٩٢/٦/٢٢ موسـوعة مبادئ القضاء الإداري، الكتاب الثاني - الجزء السادس، ص ٤٤١. (.. إلا أنـه لمـا كانت تقارير الكفاية بعد استيفاء مراحلها القانونية هى قرارات إدارية نهائية تؤثر مآلاً في الترقية...).

(٢) وفـي هـذا الشـأن فقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه (من المقرر في الفقه والقضاء الإداريين أن مناط اختصاص القضاء الإداري بالفصل في طلبات إلغاء القرارات الإدارية هو أن يكون القرار الإداري صادراً من جهة إدارية وطنية تطبق قوانين البلاد وتستمد سلطتها مـنها بحيث يكون معبراً عن الإرادة الذاتية لهذه الجهة بوصفها سلطة عامة وطنية، وأن العبرة في تحديد جنسية الهيئة الإدارية مصدرة القرار ليس بجنسية أعضائها وإنما بمصدر السـلطة التـي تستمد منها ولاية إصدار القرار والقوانين التي تعمل تطبيقاً لها، فإذا كانت تعمـل بسـلطة مستمدة من الحكومة المصرية وحدها كانت جهة إدارية مصرية ولو كان بعـض أعضـائها أجانـب أما إذا كانت تعمل بمقتضى سلطة مستمدة من حكومة أو هيئة أجنبية أو دولية فإن قراراتها لا تعد صادرة من جهة وطنية ولو كان كل أعضائها وطنيين فالعـبرة إذن ليسـت فقـط بكـون القرار صادراً من جهة إدارية مصرية أو من موظفين مصريين وإنما أيضا لصدور القرار معبراً عن الإرادة الذاتية لجهة الإدارة المصرية تطبيقاً لقوانين البلاد واستنادا إلى السلطة المصرية. وتطبيقاً لذلك فإن قرارات جامعة الاسكندرية بالإنابـة عن جامعة بيروت العربية بسبب ظروف الحرب الأهلية في لبنان تمتد آثارها إلى جامعـة بيروت العربية ولا تعد هذه القرارات إدارية مصرية)، حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بجلسة ١٩٧٧/٥/٢٨ في القضية رقم ٢٢٧ لسنة ٢٢ ق، المجموعة، السنة ٢٢، ص ٧٦.
- وأشار الدكتور/ محمود سامي جمال الدين، في مؤلفه الدعاوى الإدارية والإجراءات أمام القضاء الإداري لهذا الحكم، المرجع السابق، ص ٥٧.

٧ـ الأعمال المادية :

وهـذه بداهة ليست بقرارات إدارية إلا إذا صدر أو أُستصدر قرار إداري بشأنها.

فهى تلك التصرفات والأعمال الصادرة من جانب الإدارة سواء عن قصد أو بطـريق الخطأ، وهى لا تعتبر من قبيل الأعمال القانونية الإدارية لأنها لا ترتب آثاراً قانونية مباشرة[١].

وتخـرج هذه الأعمال والتصرفات عن نطاق الطعن بالإلغاء أمام القضاء الإداري لأنهـا – مـن جهـة – لا تحوز صفة القرارات الإدارية التي يجوز الطعـن فـيها بالإلغاء، لأنها ليست أعمالاً قانونية ولا يشترط صدورها عن قصـد مـن الإدارة، كمـا أنهـا لا تؤثر تأثيراً مباشراً في المراكز القانونية القائمة[٢].

ومـن جهة أخرى، فان عدم قبول الطعن بالإلغاء قد يرجع إلى أن إزالة آثـار الأعمـال المادية يحتاج إلى صدور أمر من الإدارة، وهذا ما لا يملكه القضـاء، كما في حالة إضافة بيان شهادة إدارية لا يغير وجوده في المركز القانوني لطلب الشهادة[٣].

الشرط الثاني : الصفة والمصلحة[٤]

لقبول الطعـن بالإلغاء ضـد قـرار إداري لابـد أن تكون للطاعن صفة

---

(١) راجع :
- دكـتور/ عبدالغنـي بسيوني عبدالله، ولاية القضاء الإداري على أعمال الإدارة، قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص ٤٧.

(٢) انظـر بصـدد التفرقة بين القرار الإداري والعمل المادي، الدكتور/ مصطفى أبوزيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، المرجع السابق، ص ٥٠٧.

(٣) راجع :
- حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ١٦١٤ لسنة ٦ ق، جلسة ١٩٥٦/٢/١٩، س ١٠، ص ٢١٥. وكانـت المدعية قد طلبت في دعواها إضافة لقب البكوية التي كان يحملهـا والدهـا المتوفي إلى شهادة الليسانس الخاصة بها، نظراً لرفض الإدارة إضافة هذا البيان إلى تلك الشهادة.

(٤) انظر :
- دكتور/ محمود عاطف البنا، الوسيط في القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ١٨٨.
وانظر أيضاً :
- دكـتور/ محمـد عبدالسلام مخلص، نظرية المصلحة في دعوى الإلغاء، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة عين شمس، عام ١٩٨١، ص ١٣٤ وما بعدها، موضحا =

للتحرك في دعواه أو في طعنه، فيجب أن يكون أولاً أهلاً للتقاضي، كما يجب أن تكـون لـــه مصلحة في إلغاء القرار الإداري المطعون فيه، ولقد توسع قضـاء مجلس الدولة الفرنسي في مفهوم المصلحة، ولكنه لم يصل إلى حد الأخـذ بالتصـور المتضـمن أن لكل مواطن مصلحة في الدفاع عن مخالفة القـانون، وبالتالي يكون لكل منهم الحق في الطعن بتجاوز السلطة ضد أي قـرار إداري مخالف للقانون، وتكون الدعوى في هذه الحالة وكأنها دعوى شعبية، والمواطن وكأنه مدعي عام، كما أنه لم يأخذ بالتصور المتضمن بأن المصلحة تعني وجود حق ذاتي للطاعن وقد لحق بهذا الحق ضرر من جراء قـرار إداري غـير قانونـي، وإنما وقف مجلس الدولة الفرنسي في قضائه موقفاً وسطاً، وتبنى مفهوماً جديداً للمصلحة، تظهر فيه كفكرة مختلفة تماماً عـن فكرة الحق، فالمصلحة تعني أن يكون الطاعن في حالة قانونية خاصة إزاء القـرار الإداري المطعـون فـيه، مـن شأنها أن تجعل القرار الإداري بالنسـبة لـه مؤثراً تأثيراً مباشراً، ومعنى ذلك أن تكون المصلحة شخصية ومباشرة، وحتى تكون المصلحة شخصية فلابد أن تتصف بشيء من الفردية (وليس لهذه الفردية معيار عام)، ويستوي بعد ذلك أن تكون المصلحة مادية أو معـنوية (أدبية)، أو مصلحة جماعية، كما يجب أن تكون هذه المصلحة (مصلحة الطاعن) مرتبطة بالمصلحة التي يحميها القانون[1].

ولقـد قضى مجلس الدولة الفرنسي بتوافر شرط المصلحة بالنسبة لدافع الضريبة في القرية أن يطعن في القرار الإداري القاضي بتسجيل مصروفات

=

أن مجلس الدولة الفرنسي لم يفرق بين الصفة والمصلحة، حيث أخذ يستعمل في أحكامه عبارة الصفة أحياناً والمصلحة أحياناً أخرى، بل وجمع بين الاثنين في أحكام كثيرة، مما انعكـس ذلك في آراء الفقه حول كنة العلاقة بين العبارتين، وانظر أيضا دكتور/ يسري محمـد العصـار، شـرط المصلحة في دعوى الإلغاء وفي الدعوى الدستورية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤، ص ٧٧ وما بعدها، مشيراً في ذلك لـ :
Debbasch (ch.) : procédure administrative contentieuse et procédure civile, L.G.D.J., 1962, P. 2570.

(١) لمزيد من التفاصيل حول اتجاهات القضاء الإداري المصري راجع :
- حكـم منشـور بالموسوعة الإدارية الحديثة في الطعن رقم ٧٤٧ لسنة ٣١ ق، جلسة ١٩٨٠/١٢/٩، مجموعـة مـبادئ المحكمة الإدارية العليا من عام ١٩٤٦ - ١٩٥٨، الجزء الرابع عشر، قاعدة رقم ٥١، ص ٨٣.
- وأيضـا حكمهـا الصـادر بجلسة ١٩٩١/٢/٩ (حكم غير منشور) وحيث قضت بقبول الدعوى من محافظ القاهرة دون مستشار المحافظ للشئون الهندسية لانعدام صفته أيضاً، في الطعن رقم ٣٥٣١ قضائية، لسنة ٣٣ ق.
- وأيضـا حكمهـا الصادر بجلسة ١٩٩١/٣/٩ في الطعن رقم ١٤٤٧ لسنة ٣٣ قضائية علـيا المقـام من محافظ الشرقية ومدير الزراعة بها حيث قبلتها من الأول دون الثاني لانتفاء صفته.

في ميزانية القرية، (قضية كازنوفا سنة١٩٠١)[١]، وامتد هذا الحل إلى دافع الضـــريبة في المحافظة (قضية ريشموند سنة ١٩١١)[٢] إلى دافع الضريبة فـــي المســـتعمرة (قضية كلاندو ديوف سنة١٩٣٢)[٣]، ولكن مجلس الدولة الفرنســـي لـــم يقـــبل صـــفة دافع ضريبة للدولة للطعن بتجاوز السلطة ضد القرارات الإدارية المالية المتخذة من قبل السلطة المركزية، لأن الدعوى في هذه الحالة تصبح دعوى شعبية.

وقـــبل مجلـــس الدولـــة الفرنســـي دعوى أعضاء المجالس اللامركزية (المجالس البلدية أو الإقليمية) حين يتقدمـــون بطعونهم بشكل انفرادي ضد قـــرارات هـــذه المجالس التي ينتمون إليها لمخالفتها للقانون، وضد قرارات السلطة المركزية الوصائية (قضية مارتن سنة ١٩٠٥)[٤]. كما قضى بقبول دعوى ناخب ضد قرار تقسيم الدوائر الانتخابية (قضية شابو سنة١٩٠٣)[٥]، ودعوى رئيس بلدية ضد قرار محافظ اعتدى على اختصاصاته (قضية عمدة نيرس لبان سنة ١٩٠٢)[٦]، ودعوى حامل دبلوم ضد تعيين شخص آخر في وظـــيفة خاصـــة بحملة هذا الدبلوم، ودعوى مالك ضد قرار يجيز مد أسلاك الترام في الشارع المحاذي لسكنه، (قضية ستورج سنة ١٩٠٥)[٧]، ودعوى منـــتفع مـــن مرفق عام ضد القرار الإداري الرافض لإنذار صاحب الامتياز بتطبيق شروطه[٨].

وقـــد تكـــون المصلحة معنوية أو أدبية، ومن ذلك ما قضى به مجلس الدولة من توافر شرط المصلحة في الراهب الطاعن بقـــرار غلـــق كنيســـة

---

(١)
- C.E., 29 mars 1901, Casanove, Res., 333 (Les grands arrête : P. 25).

(٢)
- C.E., 27 Janv. 1911, Richemond, Res., 109 (Les grands arrête : P. 27).

(٣)
- C.E., 24 Juin, 1932, Calandou Diouf, Res., 626.

(٤)
- C. E., 4 aôut, 1905, Martin, Res., 749 (Les grands arrêts : P. 50).

(٥)
- C. E., 7 aôut, 1903, Chabot, Res., 619 (G. arrêts : P. 26).

(٦)
- C. E., 7 Juin. 1902, Maire de Néris – les bains.

(٧)
- C. E., 3 Fev, 1905, Storch, Res., 116.

(٨)
- C. E., 8 Fev. 1908, Abbé Déliard, Res., 127 (C. arrêts : P. 303).

لمساســه بالمصالح الروحية (قضية الأب دليارد سنة ١٩٠٨)[١]، وما قضى بــه مــن قــبول الطعن من جمعية أصدقاء مدرسة هندسة شهيرة ضد قرار تعييــنات مخالفــة للقانون فيها مما يؤثر على سمعة هذه المدرسة (أصدقاء مدرسة البوليتكنيك سنة ١٩٤٨).

وأخــيراً قــد تكون المصلحة جماعية، فكما يجوز للأفراد الطعن بتجاوز الســلطة، فإنه يجوز للجماعات مــن أشخاص معنويــة ونقابات وجمعيات، الطعــن بالقرارات الإدارية التي تمس مصالحهم جميعاً أو مصالح فئة منهم، الماديــة أو المعــنوية، ويســتوي في ذلك القرار الإداري التنظيمي الضار بمصلحتهم، أو القرار الإداري الفردي، إذا كان يمس المصلحة الجماعية، أما إذا كــان القــرار يتعلق بأحد أعضاء الجمعية دون أن يكون لــه تأثير على مصالح الجمعية، فإن هذه الأخيرة لا صفة لها في الطعن بهذا القرار.

ومــن الأمــثلة علــى قضاء مجلس الدولة الفرنسي والمتعلق بمصالح جماعــية مــا قضى به من قبول الطعن بتجاوز السلطة من الاتحاد الوطني لمكافحــة الخمــور ضــد قرار وزاري يشجع على انتشارها[٢]، وكذلك قبول الطعــن بتجــاوز السلطــة مــن اتحاد أولياء الطلبة ضد قرار يمس بحرية التعليم[٣]، ومن جمعية أصدقاء مدرسة ضد قرار يمس السمعة العلمية لهذه المدرســة[٤]، ومن جمعية الصداقة لموظفي وزارة الزراعة ضد نظام يمس مصالحهم[٥].

---

(١) انظر :
- دكــتور/ عبدالمــنعم أحمــد الشرقاوي، نظرية المصلحة في الدعوى، رسالة دكتوراه، ١٩٤٧، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ص ٤١٠.

(٢)
-C.E., 27 Avril 1934, Ligue national contre l'alcoolisme, Res., 473, (grands arrêts : P. 57).

(٣)
-C.E., 22 Mars 1941, Union nationale des parents d'élèves de l'enseignement libre, Res., 49, (grands arrêts : P. 57).

(٤)
-C.E., 13 Juillet, société des amis de l'école polytechnique, Res., 330, (grands arrêts : P. 57).

(٥)
-C.E., 10 Fév. 1933, association amicale du personnel de l'administration centrale du minnistère de l'agriculture, Res., 193, (grands arrêts : P. 57).

هــذا وقد عرفت محكمة التمييز الكويتية المصلحة كشرط لقبول الدعوى فقالت : (المصلحة مناط الدعوى ويقصد بالمصلحة الفائدة العملية التي تعود علـــى رافع الدعوى من الحكم لـــه بطلباته ومن ثم فلا تقبل الدعوى إذا لم يكـــن الحق أو المركز القانوني المطلوب حمايته بها قد وقع عليه اعتداء أو حصلت منازعة بشأنه تبرر الالتجاء إلى القضاء)[1].

هــذا ويشـــترط كما قلنا أن تمس هذه اللوائح (قرارات إدارية عامة) أو القرارات الإدارية الفردية المصلحة الجماعية للنقابة أو الجمعية، أما إذا كان القـــرار الإداري خاصـــاً بفـــرد أو أفراد معينين بالذات فلا تتوفر المصلحة للجماعـــة لرفع الدعوى، اللهم إلا إذا كان يخشى تقرير سابقة تمس مصالح الأعضـــاء الآخريـــن، فهنا تستطيع الجماعة ذات الشخصية المعنوية التدخل بالدعوى بصورة تبعية للفرد الذي يمسه الأمر مباشرة، كما أنها تستطيع أن تفعل ذلك بتوكيل منه.

وكمـــا يقبل الطعن بالإلغاء من الجمعيات والنقابات، فإنه يقبل أيضاً من الاتحـــادات التـــي تضـــم عدة جمعيات ونقابات، وبشرط أن تكون القرارات الإدارية المطعون بها تمس مصلحة هذه الجماعات المنضمة للاتحاد بأجمعها ولا تخـــتص بواحـــدة منها، فإذا كان القرار الإداري يخص إحداها فقط، فلا صفة للاتحاد بالطعن فيه بالإلغاء.

هذا ومما يجـــدر الانتباه لـــه أن مصلحة الطاعن يجـــب أن تكون متفقة ومرتـــبطة بالمصـــلحة التي يحميها القانون، وبتعبير آخر أن القانون والذي يدعي الطاعن بأنه قد أُنتهك بالقرار الإداري المطعون به، يجب أن يكون قد شرع لمصلحته لا لمصلحة الإدارة فقط، ويتجلى هذا المعنى بوضوح بالنسبة لطعون الموظفين في القرارات الإدارية المخالفة لقوانين الخدمة مثلاً.

توقيت توافر المصلحة في دعوى الإلغاء :

لا يوجـــد خلاف على ضرورة توافر المصلحة عند رفع الدعوى، إذ أن تواجد المصلحة وثبوتها عند رفع الدعوى شـــرط أساسي لقبولها، ويحكـــم

---

(١) انظـــر الطعـــن رقم ٩ لسنة ١٩٩٢ مدني جلسة ١٠/٥/١٩٩٣، موسوعة مبادئ القضاء الإداري التـــي أقـــرتها محكمة التمييز الكويتية في سبعة عشر عاما، الكتاب الأول، الجزء الثاني، ص ٢٨٥.

بعدم قبولها لو رفعت الدعوى قبل توافر هذه المصلحة، حتى ولو تحقق هذا الشرط عند نظر الدعوى.

ولكـــن الخلاف يقع بعد ذلك حول اشتراط استمرار وجود المصلحة حتى يفصـــل في الدعوى من عدمه. فالقاعدة في المرافعات المدنية والتجارية في مصـــر أن المصـــلحة يجب أن تظل قائمة من وقت رفع الدعوى حتى يصدر الحكم فيها.

ولقد تباينت الآراء الفقهية والأحكام القضائية حول استمرارية المصلحة في الدعوى لحين الفصل فيها.

١ـ موقف الفقه :

يرى جانب من الفقه أنه يجب توافر المصلحة عند رفع الدعوى، ولا يهم ما إذا كانت ستبقى بعد ذلك أم تتخلف، فهذا الأمر إذا كان من شأنه أن يؤثر فـــي الموضـــوع إلا أنـــه لا يجوز مطلقاً أن يؤثر على قبول الدعوى ذاتها، والقـــول بغـــير ذلك معناه أن يغلق المجلس عينيه عن قرارات إدارية باطلة لاشك في بطلانها[١].

ويضيف أصحاب هذا الرأي أن اشتراط استمرار المصلحة حتى الحكم في الدعـــوى لا يتفق مع الطبيعة الخاصة لدعوى الإلغاء ولا يتسق مع الأهداف التي تستهدف تحقيقها[٢].

بيـــنما يـــرى فريق آخر من الفقه ضرورة أن تظل المصلحة قائمة حتى الفصل في الدعوى، وذلك على أساس أن دعوى الإلغاء لا تخرج عن كونها خصومة قضائية مناطها توافر شـــرط المصلحة فـــي رافعها وقـــت رفعهـــا

---

(١) راجع :
- دكـــتور/ مصطفى أبوزيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، المرجع السابق، ص ٥٥٤ وما بعدها.

(٢) راجع :
- دكتور/ أنور أحمد رسلان، وسيط القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ٤٧٤.
- دكتور/ ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ٣٠٠.
- دكـــتوره/ نبـــيلة عبدالحليم كامل، الدعاوى الإدارية والدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص ١٢٢.

واســـتمرار هـــذا الشرط باستمرار الخصومة إلى أن يفصل فيها، وإلا وجب الحكم بعدم قبول الدعوى لعدم قيام سبب لها[1].

٢ـ موقف القضاء :

– اســـتقر قضـــاء المحكمة الإدارية العليا في مصر على وجوب توافر شـــرط المصلحة عند رفع الدعوى وضرورة استمرارها إلى أن يفصل فيها نهائـــياً، حيـــث تقول أن (.. المادة (١٢) من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢.. من المقرر قضاءً أن شرط المصلحة يتعين توافره ابتداءً عند إقامة الدعوى كما يتعين استمراره حتى يقضي فيها نهائياً، إن مرحلة الطعن هـــى استمرار لإجراءات الخصومة في الدعوى من شأنها أن تطرح النزاع برمـــته شكلاً وموضوعاً أمام المحكمة الإدارية العليا لتنزل فيه حكم القانون ومـــن ثم تعين استمرار هذه المصلحة حتى يفصل فيها نهائياً، وإذا كان ذلك وكانـــت دعـــوى الإلغاء تستهدف إعادة الأوضاع إلى ما قبل صدور القرار المطلوب إلغاؤه فإذا ما حال دون ذلك مانع قانوني أو طرأت أمور أثناء نظر الدعوى أو أثناء نظر الطعن تجعل إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل صدور الحكم غير ذات جدوى فان مصلحة الطاعن في الاستمرار في الطعن تضحى منتفية ولا يكون هناك وجه للاستمرار فيه ويتعين الحكم بعدم قبوله)[2].

– ولقـــد ســـاير القضـــاء الإداري فـــي الكويت نظيره المصري في هذا الاتجاه، وتطبيقاً لذلك قضت إحدى الدوائر الإدارية بأنه (.. لما كان غاية ما يهـــدف إليه المدعي من دعواه هذه هو إلغاء قرار منع نشر المقال المذكور تمهـــيداً لنشـــره وكان الطريق إلى هذه الغاية ممهداً، بعد أن ألغت الوزارة المدعى عليها في تاريخ لاحق قرار الرقابة المسبقة على النشر، الذي صدر القرار المطعون فيه بناء عليه وترتب عليه إعدامهما معاً منذ صدورهما مما

---

(١) الدكتور/ فؤاد العطار، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ٥٤١.
وقرب من ذلك :
– دكتور/ سليمان الطماوي، قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص ٤٤٢. حيث ذهب إلى أنه (لاعتبارات عملية نفضل المسلك الذي يشترط استمرار المصلحة حتى صدور الحكم في الدعـــوى، لأنـــه يخفـــف العبء من ناحية، ويقلل من احتمالات التصادم مع الإدارة من ناحية أخرى).

(٢) حكـــم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢٨٠٨ لسنة ٤٠ ق، جلسة ٢٠٠١/١٢/٢٥، منشور بمجلة المحاماة، العدد الثالث، ٢٠٠٣، ص ٣٣٠.
وفي ذات الموضوع :
– حكمهـــا فـــي الطعن رقم ٦٧٥٦ لسنة ٤٣ ق، جلسة ٢٠٠١/١٢/٨، مجلة المحاماة – العدد الثالث، ٢٠٠٣، ص ٣١٤.

يفرغ هذه الدعوى من مضمونها وتصبح لا مصلحة للمدعي في السير فيها ويكون طلبه فيها غير ذي موضوع، فان الخصومة نتيجة لذلك تصبح غير ذات موضوع، ويتعين من ثم الحكم باعتبار الخصومة منتهية في الدعوى)[1].

ولا شك في أن اختفاء المصلحة أثناء نظر الدعوى، كأن تثوب جهة الإدارة إلى رشدها وتسحب القرار المطعون فيه وتمحو كل ما كان قد ترتب عليه من آثار، قضى باعتبار الخصومة منتهية لانعدام مصلحة المدعي في الإستمرار في الدعوى إذ أنها تصبح عندئذ غير ذات موضوع[2].

وقد استقر قضاء المحكمة الإدارية العليا على أن الدفع بعدم قبول الدعوى لانعدام المصلحة يجوز إبداؤه في أي حالة تكون عليها الدعوى ولو أمام المحكمة الإدارية العليا لأول مرة، والمحكمة ولو لم يدفع أمامها وهى تنزل حكم القانون على النزاع، تملك بحكم رقابتها القانونية للحكم المطعون فيه القضاء من تلقاء نفسها في هذه المرحلة لعدم قبول الدعوى لانتفاء مصلحة المدعي في طلب إلغاء القرار الإداري[3].

الشرط الثالث : مدة دعوى الإلغاء وأهم إجراءاتها :

تتميز دعوى الإلغاء ببساطة إجراءاتها إذ يكفي أن يرفق بعريضة دعوى الإلغاء أصل القرار الإداري المطعون فيه أو صورة منه مع تبيان الأسباب، القانونية التي يستند إليها الطاعن (المدعي) في طلبه لإلغاء القرار الإداري، وتوجه العريضة مع مرفقاتها إلى رئيس القسم القضائي أو إلى سكرتارية المحكمة. ودعوى الإلغاء معفاة من الرسوم، ومن شرط توكيل محامٍ، كما أن إجراءاتها كلها كتابية[4].

---

(١) حكم الدائرة الإدارية في القضية رقم ٩١/١٣، جلسة ١٩٩٢/٤/٢٠، حكم غير منشور.
(٢) دكتور/ عبدالفتاح حسن، قضاء الإلغاء، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، ١٩٨٢، ص ١٧٥.
(٣) انظر :
- حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ١٩٨١/١٢/٥، س ٢٧، ص ٦١، وحكمها في ١٩٨٣/١٢/٢٧، س ٢٩، ص ٣٢٧، وحكمها في ١٩٧٩/١٢/١٥، مجموعة الإدارية العليا في خمسة عشر عاماً، ص ٩٧٢.
(٤) تنص المادة (١٥) من القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ بشأن إنشاء الدائرة الإدارية على أن (تطبق الأحكام والقواعد والإجراءات المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية فيما لم يرد فيه نص في هذا القانون)، وتنص المادة (٢١) من القانون =

هذا ولابد لدعوى الإلغاء أن ترفع خلال المدة القانونية المحددة لها، فإذا فاتت ولم يطعن بالقرار الإداري، أغلق باب الطعن بوجه الطاعن[1].

على أنه من الممكن تمديد المدة عن طريق التظلم الإداري، إذا تقدم الطاعن خلال المدة القانونية المحددة لرفع دعوى الإلغاء، بطلب إلى السلطة التي أصدرت القرار الإداري (وهذا ما يسمى بالطعن الاسترحامي) أو إلى الجهة الرئاسية لها (وهذا ما يسمى بالطعن الرئاسي) لسحب القرار الإداري المخالف للقانون أو لإلغائه، ففي هذه الحالة تبدأ المدة من جديد من تاريخ رفض الإدارة لطلبه. وتتمدد أيضاً إذا تقدم الطاعن بطعنه (خلال المدة القانونية المحددة) إلى محكمة غير المحكمة المختصة، أو استعمل إجراءات غير صحيحة (كإجراءات دعوى التعويض بدلاً من دعوى الإلغاء)، فتبدأ المدة من جديد من تاريخ تبلغيه بعدم الاختصاص. والمهم أن يكون اللجوء إلى التظلم أو إلى محكمة غير مختصة ضمن مدة الشهرين المحددة لدعوى الإلغاء، علماً بأن إمكانية التمديد هذه لا تكون إلا مرة واحدة[2].

رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ بشأن إنشاء مجلس الدولة المصري على أنه (فيما عدا ما هو منصوص عليه في المواد التالية تسري في شأن الإجراءات التي تتبع أمام محكمة القضاء الإداري القواعد المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية)، نقل نفس النص إلى المادة (١١) من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩، أما القانون الثالث رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ فقد نصت المادة (٧٤) منه على أن (تطبق الإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون وتطبق أحكام قانون المرافعات فيما لم يرد فيه نص وذلك إلى أن يصدر قانون بالإجراءات الخاصة بالقسم القضائي) ثم صدر القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ وتضمنت المادة الثالثة منه نفس المبدأ، وأخيراً صدر القانون الحالي رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ حيث تضمن نفس الحكم في المادة الثالثة منه.

(١) اختار القانون الإداري مدة معقولة للطعن بالإلغاء هي ستون يوماً يقفل بعدها في وجه الكافة، والحكمة من قصر ميعاد الطعن إنما ترجع إلى الرغبة في استقرار الأوضاع التي يضر بها الحكم الصادر بالإلغاء وما يترتب عليه من تعديل في مراكز الأفراد والموظفين بوجه خاص، وهذه الحكمة لا تتوافر بالنسبة لدعاوى التسوية التي يرفعها الموظفون متعلقة بالمزايا المادية من مرتبات وعلاوات ومكافآت ومعاشات، ولا تتوافر أيضا بالنسبة لدعاوى القضاء الكامل بصفة عامة.

(٢) راجع :
- حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ١٠٠ لسنة ٩٢ (تجاري)، جلسة ١٩٩٣/٤/١٩، موسوعة مبادئ القضاء الإداري، الكتاب الأول - الجزء الثاني، الطبعة الأولى، ١٩٩٦، ص ١٣، قاعدة ١١٦، بقولها (مفاد نص المادتين السابعة والثامنة من المرسوم بقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ بإنشاء الدائرة الإدارية وعلى ما جرى به قضاء التمييز أن ميعاد رفع دعوى إلغاء القرارات الإدارية قد حدده المشرع بستين يوما، إلا أن هذا الميعاد ينقطع سريانه بالتظلم الإداري الذي استلزم القانون حصوله قبل رفع دعوى الإلغاء والتربص بفوات الميعاد المقرر للبت فيه، فإذا مضت تلك المدة دون رد، فإن الأصل أن ترفع دعوى الإلغاء خلال الستين يوما التالية لإنقضاء الفترة التي يعتبر فواتها دون إجابة السلطة المختصة عن التظلم بمثابة رفضه أي أن القانون افترض في الإدارة أنها رفضت التظلم ضمنا باستفادة هذا الرفض الحكمي من قرينة فوات هذا الفاصل الزمني دون أن تجيب الإدارة عليه حتى ولو أعلن صاحب الشأن بعد ذلك بقرار صريح بالرفض مادام أن الميعاد سبق جرياته قانونا بأمر محقق هو القرار الحكمي بالرفض).

وهكـذا فإنه رغم أن ميعاد الطعن من النظام العام إلا أنه يمكن أن يمتد فـي حالات ثلاث : حالة التظلم الإداري[1]، وحالة الطعن القضائي إلى جهة غير مختصة[2]، وحالة طلب الإعفاء من الرسوم القضائية[3].

آثار انتهاء المدة :

الأثر الأول: عدم قبول دعوى الإلغاء بعد انتهاء المدة القانونية المحددة له[4].

الأثر الثاني: عدم قبول طلبات أو أدلة، أو وثائق جديدة، وذلك في حالة رفع دعوى الإلغاء ضمن المدة القانونية، ولكن المدة تنتهي أثناء نظرها، هذا في فرنسا، أما في مصر فقد جرى القضاء الإداري فيها على خلاف ذلك.

وأخـيراً فمـن الجدير بالذكر أن إقامة دعوى الإلغاء لا تؤدي من حيث المـبدأ إلـى إيقاف تنفيذ القرار الإداري محل الطعن، غير أن مجلس الدولة الفرنسي اعتبر أن من حقه أن يحكم بإيقاف تنفيذ القرارات الإدارية المطعون بها أمامه، إذا كان تنفيذها يؤدي إلى نتائج يتعذر إصلاحها، أو كان ينجم عن تنفيذها ضرر كبير، وقد نظم مرسوم ٣١ يوليو لسنة ١٩٤٥ موضوع إيقاف تنفـيذ القرارات الإدارية، كما أصبح للمحاكم الإدارية الإقليمية منذ الإصلاح الإداري لسـنة ١٩٥٣ في فرنسا هذا الحق (ولم يكن لها ذلك سابقا)، على أنه وفي كل الأحوال لا يمكن إيقاف تنفيذ القرارات الإدارية المتعلقة بالنظام العام[5].

---

(١) حكـم المحكمـة الإداريـة العليا في الطعن رقم ٨٧٩ لسنة ٣٦ ق، جلسة ١٩٩٣/٧/٢٠، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء ٣٣، ص ٧٧٤.

(٢) حكـم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢٦٥٥ لسنة ٣٠ ق، جلسة ١٩٨٧/١٢/١٢، الموسـوعة الإدارية الحديثة، الجزء ٣٣، ص ٨٦٧، وحكمها في الطعن رقم ٢٨٣ لسنة ٣٧ ق، جلسة ١٩٩٥/١١/١٢، نفس المرجع، الجزء ٤٦، ص ٨٢٦.
وراجع في النظام الكويتي :
- المستشـار/ عـادل مـاجد بورسـلي، إجراءات المنازعة الإدارية وفقاً للنظام القانوني الكويتي، ١٩٩٩ - ٢٠٠٠، ص ١٠٨.

(٣) حكـم المحكمـة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢١٨٢ لسنة ٣٠ ق، جلسة ١٩٨٦/٥/٢٥، الموسـوعة الإدارية الحديثة، الجزء ٣٣، ص ٨٦٣، وحكمها في الطعن رقم ٦٥٥ لسنة ٣٠ ق، جلسـة ١٩٩٠/١/٢١، الجـزء ٣٣، ص ٨٦٤، وحكمها في الطعن رقم ٢٦٢٣ لسنة ٣٦ ق، جلسة ١٩٩٤/١٢/٢٤، الجزء ٤٦، ص ٨٢٣.

(٤) راجع :
- حكـم المحكمـة الإدارية العليا الطعن رقم ٢٢١ لسنة ٣١ ق، جلسة ١٩٨٦/١٢/١٦، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء ٣٣، ص ٨١٢.

(٥) وقـد ثـار خلاف فقهي بخصوص مدى قبول طلب وقف التنفيذ مستقلا عن طلب الإلغاء.. راجـع في هذا الخلاف : دكتور/ محمود سامي جمال الدين، الدعاوى الإدارية والإجراءات أمام القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ٣٨٩.

الشرط الرابع : عدم وجود طعن مقابل :

ويعني هذا الشرط في القضاء الإداري الفرنسي عدم قبول دعوى الإلغاء أمـــام مجلـــس الدولة إذا كان القانون قد نص على وجود دعوى مقابلة في الموضوع ذاته وتؤدي لنفس النتيجة، لأن لدعوى الإلغاء صفة احتياطية من جهة، ولأن الالتزام بقواعد الاختصاص واجب قانوني من جهة أخرى. إلا أن هـــذا الشرط قد فقد أهميته كثيراً في الوقت الحاضر بالقياس للماضي، إذ لم تعـــد الصفة الاحتياطية لدعوى الإلغاء صحيحة ومسلم بها، كما لم يبق أثر للخـــوف مـــن انتهاك قواعد الاختصاص، لاسيما بعد الإصلاح الإداري لسنة ١٩٥٣، حيـــث أن أكـــثر الدعـــاوى المقابلة أصبحت من اختصاص المحاكم الإداريـــة نفســـها، ولكـــن تطبيق هذا المبدأ يظهر بوضوح في حالة وجود دعـــوى مقابلـــة من اختصاص محكمة قضائية، وذلك وفقاً لقاعدة أصولية مفادهـــا أن الخاص يقيد العام، باعتبار أن قضاء الإلغاء إنما هو قضاء عام يلجـــأ إليه دائماً وبصفة عامة، أما الطريق المقابل باختصاص جهة قضائية أخـــرى تختص بالفصل في الطعن فانه يعد طريقاً خاصاً للفصل في النزاع، فالمســـألة إذن هي مسألة اختصاص لا مسألة قبول، وفقاً للرأي الراجح[١]، ففـــي هـــذه الحالة يقضى بعدم قبول دعوى الإلغاء بسبب وجود هذا الطعن المقـــابل لأن من الواجب احترام القواعد القانونية في توزيع الاختصاصات، ومع ذلك فإن مجلس الدولة الفرنسي يشترط في هذا الطعن المقابل أن يكون محققاً لنفس المزايا التي يحققها قضاء الإلغاء، فإن لم يكـــن كذلك فإنه يقبل دعوى الإلغاء[٢].

ولقـــد أخـــذ القضاء الإداري المصري بهذا الاتجاه، فقد انتهت المحكمة الإداريـــة العلـــيا فـــي أحد أحكامها إلى أن (الاختصاص الذي خوله القانون لقاضي الأمور الوقتية في المادة (٣٥) من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخـــاص بالشهر العقاري، وهو يجيز لصاحب الشأن الالتجاء إليه بصدده لا يمـــنع مـــن عرض النزاع على طلب إلغاء قرار إداري ذلك أن الطريق الذي رسمته المادة (٣٥) ليس طريقاً مقابلاً للطعن بالإلغاء حتـــى يختـــص بـــه

---

(١) دكتور/ مصطفى أبوزيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، المرجع السابق، ص٦٣٨.

(٢) انظر :

- دكتور/ محمد علي آل ياسين، القانون الإداري، المرجع السابق، ص ٢١٠.

قاضـــي الأمور الوقتية اختصاصاً مانعاً من ولاية محكمة القضاء الإداري، إذ الأصـــل فـــي قبول الطعن بالإلغاء أمام هذا القضاء ألا يكون ثمة طعن مقابل ومباشـــر أمام جهة قضائية أخرى تتوافر للطاعن أمامها مزايا قضاء الإلغاء وضـــماناته وبشـــرط ألا يكون قضاء هذه الجهة قضاء ولائياً لا يجد صاحب الشـــأن فـــيه موئلاً حصيناً تمحص لديه أوجه دفاعه وهو ما لم يتوافر في طـــريق الطعـــن الـــذي رسمته المادة (٣٥) المشار إليها أمام قاضي الأمور الوقتية..)[١].

فقاضـــي الأمـــور الوقتـــية (قضاء ولائي) لا يجرى قضاؤه في مواجهة الخصـــوم ولا تمحص فيه وسائل دفاعهم بل يصدر قراره على وجه السرعة وفـــي غير حضورهم ويكون قراره غير قابل للطعن، ومن هنا فان الالتجاء إلـــيه لا يعـــد طريقاً مقابلاً للطعن بالإلغاء – بدعوى قضائية – لدى مجلس الدولة.

ولكـــن إذا مـــا كان الطريق الآخر – المقابل – هو الالتجاء إلى محكمة القـــيم، فإنه يعد طريقاً مقابلاً يمنع من الالتجاء إلى مجلس الدولة. ومن هنا فقد قضت المحكمة الإدارية العليا بعدم اختصاص محاكم مجلس الدولة بنظر هذه الطعون وإحالتها إلى محكمة القيم[٢].

ب- حالات الإلغاء (أوجه الإلغاء) :

يقصد بحالات الإلغاء الصور المختلفة للمخالفات التي يمكن أن يقع فـــيها القـــرار الإداري فتعيبه وتؤدي إلى إلغائه. وقد جرى العمل على تصنيف هذه العيوب إلى أربعة، وهى :

١- عدم الاختصاص.
٢- عيب الشكل.

---

(١) انظر :
- حكـــم محكمـــة الإداريـــة العليا فـــي ١٩٦٨/٢/٢٤، س ١٣، ص ٥٦٤، وحكمها في ١٩٦٨/١/١١، س ١٤، ص ٢٤٩.

(٢) راجع في ذلك :
- حكـــم المحكمـــة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣٧٠ لسنة ٣٤ ق، جلسة ١٩٩٣/٦/٦، وحكمهـــا في الطعن رقم ٢٥٥٨ لسنة ٢٩ ق، جلسة ١٩٩٣/٦/٣، وحكمها في الطعن رقـــم ٦٤٩ لسنة ٢٨ ق، جلسة ١٩٩٣/٦/٢٧، منشورة بالموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء ٣٨، ص ٣٧٧ وما بعدها.

٣- مخالفة القانون.
٤- الانحراف بالسلطة.
كما أدى التطور الأخير إلى ذكر السبب كوسيلة مستقلة.

وهـذه الأسـباب الأربعـة ليست في واقعها إلا أوجهاً مختلفة لمخالفة القـانون، فعيـب عـدم الاختصـاص معناه مخالفة القرار الإداري للقواعد المـتعلقة بالاختصـاص، وعيـب الشـكل معـناه مخالفة القواعد المتعلقة بالإجراءات والشكل، والانحراف بالسلطة ما هو إلا مخالفة القواعد المتعلقة بالهدف أو الغرض، ومخالفة القانون ما هى إلا مخالفة قاعدة قانونية، وعدم المشـروعية هـذه بأوجههـا الأربعـة هى مصدر للإلغاء، كما هى مصدر للمسئولية في حالة إحداثها لضرر جسيم.

التطور التاريخي لحالات الإلغاء :

عرفـت حالات الإلغاء، أو وسائله (أوجهه) تطوراً تاريخياً طويلاً واكب تـاريخ دعـوى الإلغاء أمام مجلس الدولة الفرنسي، فلم تكن هذه الوسائل الأربعة موجودة في آن واحد، وإنما ظهرت بالتتابع، وكان أولها في الظهور هـو عيـب عـدم الاختصاص، وكانت دعوى الإلغاء (ويكفي فيهـا توافر المصلحة) ترفع بالاستناد إلى هذا العيب فقط، ثم ظهر بعد ذلك عيب الشكل، وتـلاه ظهـور عيب الانحراف بالسلطة، واقتصرت دعوى الإلغاء في بادئ الأمـر علـى هذه الوسائل الثلاثة، ولكن وفي الوقت ذاته كان يوجـد أمام مجلس الدولة الفرنسي دعوى أخرى، وهى دعوى قضائية بالمعنى الضيق، وكان يشترط لإقامتها الاعتداء على حق ذاتي مستمد من قانون أو عقد، ولم تكـن ذاتية كل من الدعويين (دعوى الإلغاء والدعوى القضائية) متميزة قبل سـنة ١٨٦٤، وإنمـا تميزت بهذا التاريخ بمرسوم ٢ نوفمبر سنة ١٨٦٤ الـذي أدخل الإجراءات المبسطة لدعوى الإلغاء، وأعفاها من توكيل محام، وأضاف أيضاً حالة رابعة لدعوى الإلغاء وهى حالة مخالفة القانون ليستفاد منها كطريق رابع لدعوى الإلغاء.

١ـ عدم الاختصاص[١] :

تعريفه وتحديده :

الاختصاص هو الصلاحية القانونية لموظف معين أو جهة إدارية محددة في اتخاذ قرار إداري ما تعبيراً عن إرادة الإدارة[٢]، وهكذا فان عدم الاختصاص يعني مخالفة القرار الإداري للقواعد القانونية المتعلقة بتحديد الاختصاص، كأن يصدر قرار إداري من سلطة لا يدخل في اختصاصها قانوناً إصدار مثل هذا القرار. أي أن عدم الاختصاص هو (صدور القرار خلافاً لما يقرره القانون من قواعد الاختصاص)[٣]، أو بمعنى آخر هو (عدم القدرة القانونية لسلطة من السلطات الإدارية على إصدار قرار إداري ما لأنه لا يدخل في نطاق ما تملكه من صلاحيات مقررة لها قانوناً)[٤]، أو كما يرى البعض هو (عدم القدرة قانوناً على اتخاذ تصرف معين)[٥]. وتحدد اختصاصات الهيئات والأجهزة والسلطات الإدارية المختلفة إما بقواعد دستورية، أو بتشريعات، أو بلوائح، أو بقواعد مستنبطة من قبل القضاء بالاستناد للمبادئ القانونية العامة (كقاعدة التوازي مثلاً).

هذا وقد شبه البعض قواعد الاختصاص في القانون العام بقواعد الأهلية في القانون الخاص، مع ما بينهما من فارق كبير، فقواعد الاختصاص تهدف حماية المصلحة العامة عن طريق إعمال التخصص وتقسيم العمل، ويترتب

---

(١) ارتبطت دعوى الإلغاء أول ما ظهرت في فرنسا بعيب عدم الاختصاص، حيث بدأ مجلس الدولة بعيب الاختصاص حماية له من شدة مواجهة الإدارة هناك، وكان يطلق عليها في اول الأمر (دعوى عدم الاختصاص)، لمزيد من التفصيل راجع الدكتور/ سليمان محمد الطماوي، قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص ٦٩٢، الدكتور/ رمضان محمد بطيخ، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ٤٦٨، ويوضح الدكتور/ عبدالفتاح عبدالحليم عبدالبر، في مؤلفه النظريات القضائية وأوجه الطعن في القرار الإداري، الغلو في تقدير الجزاء والانحراف في استعمال السلطة، الجزاء التأديبي المقنع، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تحديد تاريخ للنشر، في ص ٤، أن عيب عدم الاختصاص كان العيب أو الوجه الوحيد في البداية، ويستغرب الدكتور/ سليمان الطماوي من ظهور عيب الانحراف على أنه وجه من أوجه عدم الاختصاص، وكان يعتبر عيبا شكليا في القرار الإداري في أول الأمر، مع أنه في الحقيقة عيب موضوعي، مؤكداً أن عيب مخالفة القانون كان يهدف في البداية إلى الحكم بالتعويض وبإجراءات تختلف عن إجراءات دعوى الإلغاء وظل كذلك حتى صدور مرسوم ٢ نوفمبر عام ١٨٦٤ فاستغل الفرصة وأضافه للعيوب السابقة.

(٢) دكتور/ محمود سامي جمال الدين، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية، المرجع السابق، ص ٣٩٧.

(٣) دكتور/ أنور أحمد رسلان، وسيط القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ٥١٥.

(٤) دكتور/ محمد رفعت عبدالوهاب، القضاء الإداري، الطبعة الأولى، ١٩٨١، ص ١١٧.

(٥) دكتور/ مصطفى أبوزيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، المرجع السابق، ص٦٤٩.

علـــى مخالفـــتها البطلان المطلق، بينما هدف قواعد الأهلية حماية المصالح الخاصة، فقواعد الاختصاص من النظام العام، ومخالفتها تعني مخالفة النظام العام، ويترتب علـــى ذلك أن للقاضي إثارة المخالفة من تلقاء نفسه ولو لم يدفـــع بـــه الطاعـــن، كما يترتب على ذلك أيضاً عدم جواز الاتفاق أو تنازل الهيـــئات الإدارية المختصة عن اختصاصاتها أو تفويضها لجهات أخرى، ما لم يجز القانون ذلك صراحة[1].

هذا والأصل من حيث المبدأ أن التصديق اللاحق من الجهة المختصة لا يغطي عيب عدم الاختصاص[2].

ولكـــن يبدو أن القضاء الإداري لاعتبارات عملية يجيز امكانية تصحيح عيـــب الاختصـــاص بإجـــراء لاحق، فقضى بأنه لا محل للحكم بإلغاء القرار المشوب بعيب عدم الاختصاص إذا صار من أصدره مختصاً باصداره أو أقره بعد صدوره من غير مختص باصداره[3].

---

(١) وهذه الفوارق تتمثل فيما يلي :
- الأهلـــية القانونية يعترف بها القانون لشخص ما من أجل صالح هذا الشخص، بينما في الاختصـــاص يقـــرر القـــانون لممثل الإدارة اختصاصا معينا حتى يباشر أعمالا قانونية باســـمه ولصـــالح أحـــد أشخاص القانون العام، وعلى ذلك فلا يمنح لممثل الإدارة ذلك الاختصاص من أجل تحقيق صالح خاص.
- القـــاعدة فـــي القـــانون الخـــاص أن الأهلية الكاملة هي الأصل، وعدمها أو نقصها هو الاســـتثناء، أمـــا الاختصاص فإنه يكون دائما محددا في مجاله، ونطاقه، إلى جانب أنه مؤقت بطبيعته، حيث لا توجد رئاسة إدارية تكون مختصة باتخاذ كل أنواع القرارات.
- أهلـــية أحد الأفراد بأن يأتي تصرفا قانونيا لا تمنع غيره من الأفراد من أن يأتي تصرفاً مماثلا، بينما القـــاعدة العامة في الاختصاص تقضي بأن اختصاص عامل من عمال السلطة العامة يمنع اختصاص غيره – في معظم الأحوال – بنفس الأمر.
وعلـــى مـــا تقـــدم يظهر أن الاختصاص يختلف عن الأهلية القانونية ولا وجه للشبه بيـــنهما، ويـــبدو إلـــى جانب ذلك أن الاختصاص يسيطر عليه فكرتان تميزانه عن الأهلية وهما:
أ- الاختصـــاص لا يمنح لعامل من عمال السلطة العامة لتحقيق صالحه الخاص ولكن من أجل أن يقوم بمهام وظيفية محددة ويتحمل المسئولية.
ب- إن الاختصـــاص بالقـــيام بمخـــتلف الأعمال القانونية لشخص إداري معين، يكون في الأغلب الأعم موزعا بين عمال ذلك الشخص الإداري حسب قواعد محددة.
راجع في ذلك :
- دكـــتور/ أحمد السيد عوضين، الرقابة الرئاسية في مجال الرقابة الذاتية للإدارة العامة على أعمالها، بحث منشور بمجلة العلوم الإدارية، ديسمبر ١٩٩٠، ص ١٣٥ ، ١٣٦.

(٢) راجع :
- حكـــم محكمـــة القضـــاء الإداري الصادر في القضية رقم ١٤٢٢ لسنة ٥ ق، جلسة ١٩٥٣/١٢/٢١، س ٨، ص ٢٩٣، وحكمهـــا في القضية رقم ٦٤٤ لسنة ٦ ق، جلسة ١٩٥٣/٦/١٥، س ٧، ص ١٥٣٦.
وراجع أيضا :
- دكـــتور/ محمود سامي جمال الدين، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية، المرجع السابق، ص ٤٠٠.

(٣) دكتور/ يحيى الجمل، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ٤٠٦.

حالات وصور عدم الاختصاص :

١ـ عدم الاختصاص قد يكون إيجابياً وقد يكون سلبياً :

فعـدم الاختصاص الإيجابي يظهر عندما تقوم سلطة إدارية بإصدار قرار هو من اختصاص سلطة إدارية أخرى.

أما عدم الاختصاص السلبي فهو أن ترفض سلطة إدارية مختصة إصدار قـرار معين ظناً منها أن ذلك لا يدخل في اختصاصها، وفي هذه الحالة فان القـرار يكون مشوباً بعيب عدم الاختصاص السلبي، وهو كعدم الاختصاص الايجابي بعيب القرار ويجعله عرضة للإلغاء.

٢ـ كما أن عيب عدم الاختصاص يختلف من حيث الدرجة والجسامة :

فالعيـب الناشئ عن صدور قرار من هيئة إدارية معينة، بينما كان يجب صـدوره من هيئة إدارية أخرى تطبيقاً لقواعد الاختصاص، لا ريب أنه أقل خطورة وجسامة وأدنى درجة من العيب الناشئ عـن اعتـداء سلطة إدارية علـى اختصاصات تعود للسلطة التشريعية أو القضائية ومن هنا فعيب عدم الاختصـاص قـد يصيب القرار الإداري مع الإبقاء عليه وعلى صفته كقرار إداري، وقـد يبلغ من الجسامة حداً يزيل عن القرار الإداري صفته الإدارية، ويسـمى فـي هـذه الحالـة بالقرار المعدوم ويكون ذلك في حالة اغتصاب السلطة[1].

وقـد جـرى القضـاء الإداري الفرنسي على عدم إلغاء القرار الإداري المعيب بعيب عدم الاختصاص إذا كان من الواجب قانوناً إصدار القرار نفسه ومـن دون أي تغيـير فـيه ولكن من سلطة إدارية أخرى، فالعيب في هذه الحالة لا يؤدي إلى إلغاء القرار الإداري.

---

(١) وإنعـدام القرار الإداري لا يتحقق إلا حيث يكون العيب اللاحق به صارخاً ينحدر إلى درجة غصب السلطة أو يتدنى إلى شائبة إنعدام النية، أو يتدنى المحل، والقرار الإداري المعدوم كالأحكـام لـيس من شأنه أن يرتب أي أثر قانوني قبل الأفراد فلا تلحقه حصانة ولا يزيل عيبه فوات ميعاد الطعن فيه ولا يعدو أن يكون مجرد عقبة مادية في سبيل استعمال ذوي الشأن لمراكزهم القانونية المشروعة.
- راجـع فـي ذلك : حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ١٠٠ لسنة ٩٢ (تجاري)، جلسة ١٩٩٣/٤/١٩، موسـوعـة مبـادئ القضـاء الإداري، الكتاب الأول – الجزء الثالث، ص ١٤٣.

أمـــا القرار المعدوم فكان مجلس الدولة الفرنسي لا يقبل دعوى الإلغاء ضـــده لانـــتفاء الصفة الإدارية عنه، ولكنه عاد فاتجه بقضائه بعد ذلك إلى قـــبول دعوى الإلغاء بالنسبة للقرارات المعدومة، ويكون القرار معدوماً في حالة اغتصاب السلطة والتي تتحقق على أرجح الآراء في حالتين :

الحالة الأولى : حالة صدور قرار من فرد لم يمنحه القانون سلطة إصدار أي قـــرار كـــان. (ويخـــرج مـــن هـــذه الحالة ما يعتبر من تطبيقات نظرية الموظفين الفعليين).

الحالة الثانية : حالـــة صدور قرار لا يدخل أصلاً في الوظيفة الإدارية، وإنما يعود للسلطة التشريعية أو القضائية.

٣ـ عدم الاختصاص قد يتعلق بالموضوع أو المكان أو الزمان :

أـ عـدم الاختصاص مـن حيث الموضـوع (عـدم الاختصاص الموضوعـي) :

ومعناه الخروج على قواعد الاختصاص التي تحدد الموضوعات الداخلة فـــي اختصـــاص مخـــتلف الهيئات والسلطات والأشخاص الإدارية الإقليمية والمرفقـــية، والموظفين... إلخ، كما تفصله القواعد القانونية الخاصة بذلك وسواء أكان الترتيب عمودياً أو أفقياً فهو يشمل الحالات الآتية :

١ – حالة اعتداء السلطة الأعلى درجة على اختصاصات السلطة الأدنى : هل من المتصور وجود اعتداء من جانب السلطة الأعلى رغم أنها تملك حق الإشـــراف والرقابة وتملك السلطة الرئاسية؟ الواقع أنه لا غرابة في الأمر، لأن القـــانون عـــندما ينـــيط اختصاصاً بالسلطة الأدنى فإنما يعني أن يوفر للمحكوميـــن ضـــمانة الفحص المزدوج، فيتم فحص نفس المسألة بواسطة الســـلطة الأدنـــى ثم بواسطة السلطة الأعلى بعد ذلك، فإذا تصرفت السلطة الأعلـــى بـــداءة فإنهـــا بذلـــك تعـــتدى على اختصاص السلطة الأدنى وتخل بالضمانة السابقة، إذ تحرم أصحاب الشأن من إحدى درجات الفحص فيكون قراراها مشوباً بعيب عدم الاختصاص، ومن ثم فلا يجوز للسلطة الأعلى أن تحل محل السلطة الأدنى في مباشرة اختصاصها، ولكن يجوز لها أن تنبهها إلى ذلك مستعينة بالسلطة التأديبية التي تملكها إلى جانب سلطتها الرئاسية.

٢ – حالة اعتداء السلطة الأدنى على اختصاصات السلطة الأعلى.

٣ – حالة اعتداء سلطة إدارية على اختصاصات سلطة إدارية أخرى. كأن يصدر أحد الوزراء قراراً في مسألة هى من اختصاص وزير آخر.

٤- حالة اعتداء السلطة المركزية على اختصاصات السلطة اللامركزية. وكذلك العكس.

وبذلك فإن عدم الاختصاص الموضوعي يفترض أن محل القرار أو موضوعه أو آثاره مشروع ومن الممكن إحداثه قانوناً، ولكن بقرار إداري يصدر من جهة إدارية خلاف مصدرة القرار، أما إذا كان محل القرار مما لا يجوز قانوناً بأية أداة ومن أية جهة كانت، فإن القرار لا يكون مشوباً بعيب عدم الاختصاص الموضوعي، وإنما يكون مشوباً بعيب المحل[١].

ب- عدم الاختصاص من حيث المكان (عدم الاختصاص المكاني) :

كأن يصدر قرار إداري في غير النطاق الإقليمي المحدد له، والواقع أن هذه الصورة من صور عدم الاختصاص نادرة الحدوث في الحياة العملية لأن كل عضو من أعضاء السلطة الإدارية يعرف جيداً النطاق الإقليمي لوظيفته ولا يعمد إلى تجاوزه، ومع ذلك فإن هذه الصورة ليست مستحيلة الوقوع.

جـ- عدم الاختصاص الزمني :

ومثاله صدور القرار الإداري بعد انتهاء أمد التفويض بالاختصاص، أي بعد انتهاء الوظيفة مثلاً، أو انتهاء المدة القانونية للمجلس أو للهيئة الإدارية، أو أن يصدر القرار الإداري بعد فوات الميعاد الذي أوجب القانون صدوره فيه. (مثلاً : قرار اعتراض السلطة المركزية على السلطة اللامركزية والذي يجب أن يتم خلال أمد معين)[٢].

وأخيراً فمن الجدير بالذكر أن عيب عدم الاختصاص قد يغطى في الظروف غير الاعتيادية تطبيقاً لقواعد نظرية الظروف الاستثنائية.

وقد أقرت المحكمة الإدارية العليا في العديد من أحكامها نظرية الظروف الاستثنائية، واستقر قضاؤها على أن النصوص التشريعية إنما وضعت لتحكم الظروف العادية، فإذ ما طرأت ظروف استثنائية ثم أجبرنا الإدارة على تطبيق النصوص العادية فإن ذلك يؤدي حتماً إلى نتائج غير مستساغة

---

(١) دكتور/ محمود سامي جمال الدين، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية، المرجع السابق، ص ٤٢٨، ٤٢٩.

(٢) لمزيد من التفصيل في موضوع التفويض :
- راجع الدكتور/ بشار جميل يوسف، التفويض في الاختصاصات، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، ١٩٧٩.

تتعارض ونية واضعي تلك النصوص العادية، وإذا أردنا أن نحافظ على مبدأ المشـــروعية في هذه الظروف فإن ذلك يتطلب أن تمنح الإدارة من السلطات مـــا يســـمح لها باتخاذ الإجراءات التي يتطلبها الوقوف ولو خالفت في ذلك القانون في مدلوله اللفظي مادامت تبغي الصالح العام وسلطة الإدارة في هذا المجال تخضع لأصول وضوابط. **أولها** أن تقوم حالة واقعية أو قانونية تدعو إلـــى الـــتدخل، **وثانيها** أن يكـــون تصرف الإدارة لازماً لمواجهة هذه الحالة بوصفه الوسيلة الوحيدة لمواجهة الموقف، **وثالثها** أن يكون رائد الإدارة في هـــذا التصـــرف ابتغاء مصلحة عامة، فرقابة القضاء الإداري في مثل هذه الظـــروف لا تنصـــب على مطابقة القرار الإداري للقانون وإنما تنصب على مـــدى توافر هذه الضوابط الثلاث وأهمها الثاني الذي يحتم أن يكون تصرف الإدارة لـــيس فقـــط ملائماً بل لازماً ويمثـــل الوسيلة الوحيـــدة لمواجهـــة الموقف[1].

٢ـ عيب الشكل :

تحديده :

يشـــترط القـــانون لإصـــدار القرارات الإدارية اتباع شكليات وإجراءات معينة، وتعد هذه الشكليات والإجراءات من الضمانات المهمة للأفراد، وعيب الشكل معناه إهمال أو نسيان هذه الشكليات والإجراءات التي يجب أن يخضع لها القرار الإداري قانوناً لإكماله وإتمامه[2].

---

(١) راجع :
- حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٩٦٢/٤/١٤، س ٧، ص ٦٠١.
ولمزيد من التفاصيل راجع :
- دكتور/ أحمد مدحت علي، نظرية الظروف الاستثنائية، رسالة دكتوراه – كلية الحقوق – جامعة القاهرة، ١٩٧٧.
- دكـــتور/ أنـــور أحمـــد رسلان، وسيط القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ١٨١ وما بعدها.
- دكتور/ محمد شريف إسماعيل، سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٧٩.
- دكـــتور/ محمـــد مرغني خيري، القضاء الإداري ومجلس الدولة، ١٩٩٩، ص ٥٧ وما بعدها.

(٢) وفـــي ذلـــك تقول المحكمة الإدارية العليا (قواعد الشكل في إصدار القرار الإداري ليست كأصـــل عـــام هدفـــاً في ذاتها أو طقوسها، وإنما هى إجراءات ترقى إلى تحقيق المصلحة العامة ومصلحة الأفراد على السواء).
- راجـــع حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٩٨٨/٥/٢٨ في الطعن رقم ١٣٨٠ لسنة ٣٠ قضائية، المجموعة، ص ١٥٦٣.

وقد تجد الإجراءات والأشكال معينها في نصوص القانون بمعناه الواسع (دستور – قانون – لائحة) أو الأعراف الإدارية. علاوة على ذلك يفرض القضاء على الإدارة مراعاة بعض الأشكال التي يستنبطها من روح التشريع والمبادئ القانونية العامة[1].

والشكليات والإجراءات هذه قد تكون أساسية أو جوهرية، وقد تكون ثانوية : وهى جوهرية وأساسية إذا أعطاها القانون هذا الوصف، أو إذا رتب البطلان على مخالفتها، أما إذا سكت القانون فيعد الشكل أو الإجراء جوهرياً إذا كان من شأنه لو أُتبع أن يغير القرار الإداري الذي أُتخذ، أي أن يكون له أثر حاسم على مسلك الإدارة وهى تحدد مضمون القرار، فإذا لم يكن للشكل أو الإجراء هذا التأثير عُد ثانوياً، والقاضي هو الذي يحدد ذلك ويميز بين الشكل الجوهري وغير الجوهري فالأول عدم مراعاته يؤدي إلى الإلغاء، أم الثاني فلا[2].

ومن المبادئ المقررة أن إهمال الشكل والإجراء المقرر قانوناً لصالح الإدارة لا يؤدي إلى إلغاء القرار الإداري[3]، كما أن عيب الشكل في

---

(١) لمزيد من التفاصيل راجع :
– دكتور/ الديدامونى مصطفى أحمد، الإجراءات والأشكال في القرار الإداري، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، ١٩٨٧، ص ٧ ومابعدها.

(٢) كان عيب الشكل حتى منتصف القرن التاسع عشر مندمجاً في عيب عدم الاختصاص وكان يعني عدم احترام الإجراءات الجوهرية، وفي النصف الثاني من ذلك القرن أصبح ينظر إلى عيب الشكل باعتباره عيباً مستقلا عن عيب عدم الاختصاص ثم ظهر أن الشكليات ليست مجرد قواعد إجرائية غير ذات قيمة وإنما تحوي ضمانات للأفراد وللإدارة على حد سواء.
– راجع دكتورة/ سعاد الشرقاوي، قضاء الإلغاء وقضاء التعويض، المرجع السابق، ص ٧١ ، ٧٢.

(٣) راجع :
C.E., 21 février 1919, Faure, Rec., P. 168.
(أن المستطوع لا يحق له أن يطالب بإلغاء تطوعه لهذين الإجراءين، لأن هذين الإجراءين تقررا لمصلحة الإدارة وحدها).
– حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ١٣٢٩ لسنة ٥ ق، جلسة ١٩٥٢/١٢/٣، س ٧، ص ٩٤.
حيث قضت المحكمة بأن (المادة ٤٣ من لائحة النظام الدراسي والتأديبي لطلاب الجامعات تنص على أن كل طالب يرتكب جريمة الغش في الامتحان والشروع فيه ويضبط في حالة تلبس يخرجه العميد فورا ويحرمه من دخول الامتحان في باقي المواد ويعتبر امتحانه باطلا قانونا ويحرر مراقب الامتحان محضرا بذلك يقدمه للعميد. ويؤخذ من هذا النص أن القانون خول العميد إتخاذ هذه الإجراءات الاحتياطية ضد الطالب الذي يضبط في حالة تلبس بجريمة الغش في الامتحان، فإذا أغلفت وترك الطالب يؤدي الامتحان في باقي المواد رعاية لصالحه حتي يتم التحقيق في أمره، فلا يترتب على ذلك بطلان في الإجراءات لأنها لم تشرع كضمانة له من ضمانات التحقيق. فهي في نظر المحكمة من الإجراءات المقررة لمصلحة الإدارة، وإهمالها لا يؤدي إلى إبطال القرار).

حـــالات الاختصـــاص المقيد لا يؤدي إلى إلغاء القرار الإداري، والإجراءات والشكليات لا تتم إلا بصدور القرار الإداري، فلو شرعت قواعد جديدة للشكل أو الإجـــراءات ولـــم يكـــن القـــرار الإداري قد صدر بعد فلابد من استكمال الإجراءات لتكون مطابقة للقواعد الجديدة، مع ملاحظة أن ماتم من إجراءات لا يعاد وإنما يكمل فقط.

والقـــرار الإداري مـــن حيـــث الشكل يمكن أن يكون كتابياً، كما يمكن أن يكـــون شفوياً، ولا يؤثر هذا على إمكانية رفع دعوى الإلغاء ضده، والشكل الكتابي غير ملزم إلا إذا تطلبه القانون، كما أنه من الممكن أن يكون القرار الإداري ضمنياً[1].

والقضـــاء مستقر على (أن القرار الإداري ليست له صيغ معينة لابد من انصـــبابه فـــي إحداها بصورة إيجابية، وإنما يكون كل ما يحمل معنى اتجاه إرادة جهـــة الإدارة في نطاق سلطتها الملزمة إلى إحداث أثر قانوني منطوياً على قرار إداري، كذلك فان الكتابة ليست شرط صحة في القرار الإداري، ما لـــم يـــنص المشـــرع على خلاف ذلك، وإن كانت تفترض ضمناً كلما تطلب القانون نشر القرار، وفي هذه الحالة يتعين أن يحمل القرار المكتوب توقيع مصدره)[2].

أما التسبيب للقرارات الإدارية – باعتباره من الإجراءات – فالأصل فيه، هـــو أن الإدارة غير ملزمة بالتسبيب إلا إذا نص القانون على ذلك وفي هذه الحالـــة يجـــب أن يكـــون السبب واضحاً، ومع هذا فلابد أن يكون لكل قرار إداري مـــن ســـبب يـــبرره، ولقد استقر القضاء الإداري في فرنسا على أن التســـبيب حتى ولو لم ينص عليه القانون يعد من الواجبات التي يجب على الإدارة أن تلـــتزم بها وذلك في كل مرة تظهر فيها ضرورة التسبيب كوسيلة لتمكيـــن القاضـــي مـــن معرفة ما إذا كانت الإدارة قد احترمت فعلاً وحقيقة الشروط القانونية لممارسة الاختصاص.

---

(١) وفـــي ذلـــك قررت المحكمة الإدارية العليا (بأنه لا يبطل القرار الإداري لعيب شكلي إلا إذا نص القانون على البطلان لدى إغفال الإجراء أو كان الإجراء جوهريا في ذاته يترتب على إغفالـــه تفويـــت المصـــلحة التي عنى القانون بتأمينها، وذلك لأن قواعد الشكل في إصدار القرار الإداري هي إجراءات هدفها المصلحة العامة ومصلحة الأفراد على السواء، ومن ثم يجب التفرقة بين الشكليات الجوهرية التي تنال من تلك المصلحة والشكليات الثانوية).
– راجـــع حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بتاريخ ١٩٧٩/٥/١٢ في القضية رقم ٥٧١ لسنة ١٨ قضائية، منشور بمجلة العلوم الإدارية، ديسمبر ١٩٨٠، ص ٢٠١.

(٢) راجع :
– حكـــم المحكمة الإدارية العليا في القضية رقم ٣٢١ لسنة ٩ ق، جلسة ١٩٧٠/٣/٢٢، س ١٥، ص ٢٤٤.

وتسبيب القرارات الإدارية كإجراء شكلي يمثل ضمانة في غاية الأهمية للأفراد، لأنها تسمح لهم وللقضاء في نفس الوقت بمراقبة مشروعية القرار من حيث السبب، وفي ذلك تقول محكمة القضاء الإداري (إن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أنه وإن كانت الإدارة غير ملزمة ببيان أسباب قرارها إلا حيث يوجب القانون ذلك عليها، إلا أنها إذا ما ذكرت أسباباً فإن هذه الأسباب، ولو في غير الحالات التي يوجب القانون ذكر الأسباب فيها، تكون خاضعة لرقابة القضاء الإداري)[1].

وفي هذا المعنى ذهبت محكمة التمييز إلى أنه (ولئن كانت الإدارة غير ملزمة بتسبيب قراراتها إلا حيث يقضي القانون بذلك، ويفترض في القرار غير المسبب أنه قام على سببه الصحيح وعلى من يدعي العكس أن يقيم الدليل على ذلك، إلا أنها إذا ذكرت أسباباً لها فإنها تخضع لرقابة القضاء الإداري للتحقق من مطابقتها أو عدم مطابقتها للقانون وأثر ذلك في النتيجة التي انتهى إليها القرار)[2].

ثم إن نشر القرار الإداري يعد من الشكليات أو الإجراءات اللازمة للقرار، ولكن عدم نشره لا يؤثر على صحته ولا يؤدي إلى بطلانه، وإنما على عدم إمكانية الاحتجاج به على الغير، إذ لا يكون ذلك إلا من تاريخ نشره، فبنشر القرار تسري بالنسبة لهم مواعيد الطعن بالإلغاء، وبنشره كذلك يتحملون بالواجبات التي فرضها القرار.

تغطية عيب الشكل :

الأصل هو أن الإتمام اللاحق للشكل لا يغطي عيب الشكل من حيث المبدأ، ولكن هناك حالات يغطى فيها عيب الشكل، ومنها[3] :

---

(١) حكمها في ١٩٤٨/٥/١٥، مجموعة عاصم، الجزء الثاني، ص ١٨٦.

(٢) راجع :
- حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٣٠١ لسنة ١٩٩١ (تجاري)، جلسة ١٩٩٢/١/١٩، موسوعة مبادئ القضاء الإداري، الكتاب الأول، الجزء الثالث، ص ١٧٦.

(٣) وقد أيدت محكمة القضاء الإداري إمكانية تصحيح القرار بإجراء لاحق حيث تقول (إنه لا وجه للتحدي في هذا الصدد بأن التصديق بقرار لاحق على قرار سابق معيب شكلا لا يصححه، بمقولة أن الإجراء المعيب شكلا يولد باطلا ويتصل بطلانه بالنظام العام فلا يصححه إجراء لاحق، لا وجه لذلك ما دام قصد المشرع يتحقق باستيفاء الشكليات المطلوبة، فإذا كانت جهة الإدارة لم تستوف هذه الشكليات إلا بعد إصدار قرارها فإنها لن تتردد في تعديل القرار إذا تبين لها أن المعلومات التي تبرر هذا الاستيفاء تدعو إلى التعديل).
- راجع حكم محكمة القضاء الإداري الصادر بتاريخ ١٩٥٥/١٢/٧، مجموعة المجلس، السنة العاشرة، ص ٧٧.
- وراجع أيضاً حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بتاريخ ١٩٦٠/٤/٢٦ في القضية رقم ٤٠٣ مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة الخامسة، ص ٦٩٠.

- حالات الإهمال أو الخطأ المادي (كتوقيع محضر بعد تصديقه)[1].

- حالـــة عدم إمكان إكمال الشكليات لظرف واقع. (كفصل موظف بدون إنذار لعدم تركه أي عنوان)، وكان من المستحيل الاستدلال على ذلك العنوان[2].

- في حالة الظروف الاستثنائية.

٣- عيب مخالفة القانون :

الواقـع، أن عيب مخالفة القانون يضم كل عيوب القرار الإداري الأخرى، ولكن المقصـــود بـــه هنـــا هـــو العيب المتصل بموضوع القـــرار الإداري، وموضـــوع القـــرار الإداري هـــو الأثـــر الذي يحدثه هذا القرار في الحالة القانونية القائمة أي بإنشاء مركز قانوني جديد، أو تعديل مركز قانوني قديم أو إلغائه، وهذا الأثر القانوني إنما يستفاد من منطوق القرار الإداري، ومن هـــنا فرقابة مجلس الدولة على موضوع القرار الإداري معناها رقابته على منطوقه.

وموضـــوع القرار الإداري (وهو عمل قانوني) يجب فيه ما يجب في كل التصـــرفات القانونـــية الأخرى، أي يجب أن يكون ممكنا وجائزاً قانوناً،فإذا أصدرت الإدارة قراراً يستحيل تنفيذه فهو باطل إعمالاً للقاعدة الأصولية التي مفادهـــا أن الإنسان لا يكلف بالمستحيل، وكذلك إذا كان موضوع القرار غير جائز قانوناً كأن ينص القانون على تحريم تسليم اللاجئين السياسيين، فيأتي القـــرار الإداري متضـــمناً تسـليم لاجئ سياسي، فمثل هذا القرار باطل لأن موضـــوعه غـــير جائز قانوناً، ومثل ذلك أن يأتي القـــرار الإداري متضمناً لأوامر تخالف النظام العام، فهو الآخر باطل لأن موضوعه غير جائز قانوناً. والخلاصة أن القرار الإداري هنا باطل بذاته لمخالفة موضوعه للقانون.

وفي بيان المقصود بعبارة مخالفة القانون أعلنت محكمة القضاء الإداري (أن مدلول مخالفة القوانين واللوائح، يشمل كل مخالفة للقاعـــدة القانونيـــة

---

(١) راجع :

C.E., 13 février 1903, Baudart, Rec., P. 121.

(٢) راجع :

C.E., 22 novembre 1918, Samuel, Rec., P. 2037.

بمعـناه الواسع، فيدخل في ذلك **أولاً** – مخالفة القوانين واللوائح، **وثانياً** – الخطأ في تفسير القوانين واللوائح أو في تطبيق القوانين واللوائح التي بنى عليها القرار الإداري وهو ما يعبر عنه بالخطأ في تقدير الوقائع)[1].

ومخالفـة القـرار الإداري للقانون لا تظهر في حالة مخالفة موضوعه لـنص مـن نصوص القانون الشكلي فقط، بل يكون القرار الإداري مخالفاً للقانون عندما يخالف موضوعه عنصراً من عناصر المشروعية بوجه عام، بهـذا المعـنى يجـب أن نفهم مخالفة القانون، أي بالمعنى الواسع الشامل لمخالفة جميع القواعد القانونية المكونة للمشروعية على ما بينها من تدرج معروف فهى تعني مخالفة الدستور، ومخالفة القوانين والتشريعات، ومخالفة المـبادئ العامـة للقانون العام، وكذلك مخالفة العرف واللوائح والتعليمات والمنشـورات والقـرارات الإداريـة السابقة.. إلخ، أي مخالفة كل القواعد القانونـية السـليمة والتي يجب على الهيئات والسلطات الإدارية المصدرة للقـرارات الإداريـة أن تراعيها وتلتزم بهـا ولا تخرج عنها في قراراتها، فانـتهاكها يؤدي إلى إلغاء قراراتها بدعوى الإلغاء، هذه الدعوى المفتوحة الأبواب على أوسع نطاق فهى مفتوحة بفضل قضاء مجلس الدولة حتى ولو وجـد نص يحرم الطعن بالقرار الإداري، لأن مبدأ المشروعية يقضي بذلك. نعـم، هـناك اسـتثناء وحـيد، ويتمـثل هـذا الاستثناء في حالة الظروف الاسـتثنائية، ويجـب أن تقدر بقدرها فلا تتجاوز المقدار الضروري اللازم لمواجهة حالة الضرورة، (قضية كويتياس سنة ١٩٢٣)[2].

٤- عيب الانحراف بالسلطة :

يظهـر الانحـراف بالسلطة فـي حالة إصدار سلطة إدارية لقرار إداري

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري في ١٩٤٨/٤/١٤، س ٢، ص ٥٢٦.

(٢) لمزيد من التفصيل راجع :
- دكتورة/ سعاد الشرقاوي، قضاء الإلغاء وقضاء التعويض، المرجع السابق، ص ٨٨.
- دكـتـور/ طعيمـة الجرف، رقابة القضاء على أعمال الإدارة العامة، المرجع السابق، ص ٢٥١.
- دكـتور/ فتحـي فكري، وجيز دعوى الإلغاء طبقاً لأحكام القضاء، شركة ناس للطباعة، ٢٠٠٣/٢٠٠٤، ص ٢٥٢ ومابعدها.
- دكتور/ محمود سامي جمال الدين، الدعاوى الإداري والإجراءات أمام القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ٢٩٧.

وانظر :
- C. E., 30 Nov, 1923, Couiteas, res. 789 (Les grands arrêts : P. 157).

يدخل في اختصاصها ولكنها تصدره لهدفٍ آخر غير الهدف الذي قصده القانون[1].

ويبرز هذا العيب في حالتين :

الحالة الأولى : أن يقصد الموظف بالقرار الإداري الذي أصدره إساءة استعمال سلطته القانونية باتباع هدف مغاير للمصلحة العامة، والتي هى هدف جميع القرارات الإدارية، كأن يقصد تحقيق منفعة شخصية، أو محاباة صديق أو زميل أو قريب، أو الانتقام بدافع سياسي، أو لشفاء غلة في نفسه، أو الغش، أو التجاوز على حكم حاز قوة الشيء المقضي به...إلخ[2].

الحالة الثانية : ألا يقصد الموظف الخروج عن مراعاة المصلحة العامة، ولكنه بقراره يحقق هدفاً غير الهدف الذي أراده القانون، إذ من المعلوم أن لكل نوع من الاختصاصات هدف خاص يجب أن تتقيد به القرارات الإدارية إلى جانب الهدف العام وهو المصلحة العامة، وهذا ما تقضي به قاعدة تخصيص الأهداف، وهذه الأهداف قد ينص عليها القانون وقد يسكت عنها، وقد أعطى مجلس الدولة الفرنسي لنفسه الحق في استنباط أهداف المشروعية التي يقصدها القانون، وعن طريق هذا الاستنباط يصل إلى اكتشاف انحراف السلطة، غير أن رقابته لقانونية ومشروعية القرار الإداري في مثل هذه الأحوال تجره للبحث عن الباعث الحقيقي للقرار، ودراسة الباعث الحقيقي للقرار ترتبط بالحالة النفسية لمصدر القرار، الأمر الذي حدا ببعض الفقهاء ومنهم (هوريو) إلى القول بأن رقابة القضاء الإداري للانحراف بالسلطة، ليست رقابة قانونية محضه، وإنما هى رقابة تدخل في نطاق أخلاقية الإدارة، وأن مجلس الدولة يظهر فيها وكأنه ضمير الإدارة غير أن هذه النظرة لا يمكن الأخذ

---

(١) لمزيد من الأمثلة راجع :
- دكتور/ أحمد حافظ نجم، السلطة التقديرية للإدارة ودعاوى الانحراف بالسلطة، بحث منشور بمجلة العلوم الإدارية، عدد ديسمبر ١٩٨٢، ص ٦٥.

(٢) من الأحكام الحديثة نسبيا التي أكدت أن الغاية من القرار الإداري تحقيق الصالح العام، راجع حكم محكمة القضاء الإداري، دائرة الجزاءات والترقيات، صادر بتاريخ ١٩٨٨/٤/٧ في الدعوى رقم ٤٩٣٦ لسنة ٤٠ قضائية، حيث تقول (إن رئيس الجمهورية لم يتبع في اختياره غير وجه المصلحة العامة وهو ما يجعل القرار مشروعا لا تثريب عليه).
وقد كان هذا الحكم بخصوص القرار الصادر من رئيس الجمهورية باختيار رئيس النيابة الإدارية، حيث رفع أقدم النواب بالنيابة الإدارية دعوى أساسها أنه قد تخطي في التعيين باعتباره أقدم النواب، إلا أن محكمة القضاء الإداري حسمت الموضوع ورفضت الدعوى المقدمة حيث إن القرار لم يكن مشوبا بعيب إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها.

بهـا، لأنهـا تخلـط بيـن الأخلاق والقانون، ولأنها تصور عيب الانحراف بالسلطة وكأنه القرين الدائم لسوء النية، علماً بأن هذا ليس بصحيح دائماً، فقد يوجد الانحراف بالسلطة، ولا توجد معه سوء نية[1].

أما إثبات الانحراف بالسلطة فيعتمد من جهة على التحقيق الذي تقوم به المحكمـة الإدارية والذي ينصب في حالة الطعن بالقرار الإداري بالانحراف بالسـلطة على ملف القضية، ومن جهة أخرى يثبت الانحراف بالسلطة إما عن طريق اعتراف الإدارة حينما تتصور أنها لم تخطئ فتكشـف بذلك عـن هدفهـا الحقيقي، والذي هو غير الهدف الذي أراده القانون، وهناك إمارات وقرائـن كثيرة وغير مباشرة تساعد القضاء للوصول إلى اكتشافه، كاللهفة والعجلـة لإصـدار القـرار الإداري بمجرد التعيين، وكانعدام السبب وعدم الملاءمة بين الجرم والجزاء وكذلك وجود قرابة أو علاقة معينة... إلخ.

وأمـا مـا يترتـب على الانحـراف بالسلطة : فهـو إلغاء القرار الإداري على أن هـذا العيـب لا يمكـن تصوره في حالات الاختصاص المقيد، لأن على الموظف في هذه الحالة أن يتخذ القرار متى ما توافرت شروطه، كما أنه من الجديـر بالذكـر، أن نظـرية الظروف الاستثنائية لا تغطي عيب الانحراف بالسلطة[2].

---

(١) من الأحكام الحديثة التي أوضحت أن الانحراف بالسلطة عيب قصدي ما أوضحته المحكمة الإداريـة العليا حيث تقول (عيب إساءة استعمال السلطة من العيوب القصدية في السلوك الإداري قوامها أن يكون لدى الإدارة قصد إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها).
- راجع : حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بتاريخ ١٩٩٠/٥/٢٦ في الطعن رقم ٧٩٧ لسنة ٣١ قضائية، المجموعة، ص ١٧٨٨، وأيضاً حكمها الصادر فـي ١٩٩٠/١٢/٩ في الطعن رقم ٥٧٦ لسنة ٣٤ قضائية، المجموعة، ص ٢٨٧.
وعلـى الـرغم مـن ذلك فإن جانبا من الفقه يرى أنه لا يشترط أن يكون عيب الغاية قصـدياً، بمعـنى أنه لا يلزم لقيام العيب أن تنعقد إرادة الإدارة على الانحراف بالسلطة أو إسـاءة استعمالها، إذ قد يكون ذلك عن غير قصد، ومن ثم فإن عيب الغاية لا يرتبط حتما بالتعمد المقصود ولا يرتبط إطلاقا بسوء النية.
- راجـع الدكتور/ طعيمة الجرف، رقابة القضاء على أعمال الإدارة العامة، مرجع سابق، ص ٢٦٨.

(٢) يـرى بعض الفقهاء أن عيب الانحراف يمكن أن يتحقق في حالة اختصاص الإدارة المقيد، ذلـك أنه يمكن لرجل الإدارة أن يؤخر إصدار القرار بمن تعلقت مصلحته بالقرار أو ليفوت عليه مراده.
- راجع الدكتور/ ماجد راغب الحلو، الوسيط في القضاء الإداري، مرجع سابق، ص٤٠٧.

٥- عيب السبب :

يرتبط عيب السبب بعيب مخالفة القانون برباط وثيق ذلك أن القانون يشترط في جميع القرارات الإدارية، وعلى اختلاف أنواعها أن يكون لها سبب صحيح، فوجود السبب عنصر من عناصر القانونية والمشروعية، ولا فرق في ذلك بين قرار إداري وآخر، فكلها تشترك في وجود السبب الصحيح[١].

فما هو السبب ؟ يراد بالسبب الوقائع السابقة والخارجة عن القرار الإداري، أي الحالة الواقعية التي تسبق القرار والتي يوجب القانون وجودها لإصدار القرار الإداري[٢]، وبتعبير آخر، الوقائع التي بسببها يصدر القرار الإداري، وتظهر مخالفة القانون من حيث السبب في قرارات الإدارة إذا ما وقعت الإدارة في خطأ في تقديرها للوقائع، وقد يرتبط هذا الخطأ في مادية الوقائع، من حيث وجود هذه الوقائع أو عدم وجودها، وهو ما يسمى بالخطأ في الوقائع وقد يرتبط الخطأ في قرارات الإدارة بالوصف القانوني للوقائع، وهو ما يسمى بالخطأ في القانون وسواء أكان الخطأ في مادية الوقائع، أو في وصفها القانوني فكلاهما يعيبان السبب ويؤديان لإلغاء القرار الإداري. وهكذا نرى بوضوح أن السبب يعني الوقائع الموضوعية التي تسبق القرار، وأن رقابة قاضي الإلغاء لمشروعية وقانونية القرار الإداري تقوده إلى فحص هذه الوقائع، ومن هنا فإن قاضي الإلغاء في القضاء الإداري هو قاضي وقائع، ورقابته هذه للوقائع لا تخرجه عن نطاق الرقابة القانونية أو المشروعية، لأن هذه الوقائع إنما هي الشرط القانوني لمشروعية وقانونية القرار الإداري، ومن هنا فقد استعمل بعض الفقهاء بالنسبة لها مصطلح (الشرط القانوني)

---

(١) راجع :
- حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ١٩٩٠/١٥ (تجاري)، جلسة ١٩٩٠/٥/٢٠، موسوعة مبادئ القضاء الإداري، الكتاب الأول - الجزء الثالث، ص ٢٣٦.

(٢) راجع :
- حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٢١١ لسنة ١٩٩٥ (تجاري)، جلسة ١٩٩٦/٥/٥، موسوعة مبادئ القضاء الإداري، الكتاب الأول - الجزء الثالث، ص ٢٤٧. (أن القرار الإداري يجب أن يقوم على سبب يبرره في الواقع وفي القانون وذلك كركن من أركان انعقاده، وكان السبب في القرار هو الحالة الواقعية أو القانونية التي تحمل الإدارة على التدخل بقصد إحداث أثر قانوني هو محل القرار ابتغاء الصالح العام الذي هو غاية القرار).

أو الحالـــة القانونية، غير أن هذه الوقائع أو الحالة القانونية أي (السبب) لا يـــبرز للعـــيان بوضـــوح إلا في حالة السلطة المقيدة، حيث يحددها القانون ويـــنص علـــيها، ومـــن هنا يتعين التمييز في سلطات الإدارة بين سلطاتها المقيدة، وسلطاتها التقديرية[1].

ومـــن المقـــرر أن ســـبب القـــرار التأديبي هو إخلال الموظف بواجبات وظيفـــته إيجابـــاً أو ســـلباً، أو إتيانه عملاً من الأعمال المحرمة عليه، فكل موظـــف يخـــالف الواجـــبات المنصوص عليها قانوناً أو يسلك سلوكاً معيباً يـــنطوي علـــى الخـــروج على مقتضيات الوظيفة أو الإخلال بكرامتها أو لا يســـتقيم مع ما تفرضه عليه الوظيفة من استقامة وبعد عن مواطن الريب، إنمـــا يرتكـــب ذنـــباً إدارياً يستوجب تأديبيه بجزاء يصدر بحسب الأوضاع المقـــررة قانونـــاً، وفـــي حدود النصاب المقرر، والقرار التأديبي كأي قرار إداري يجب أن يقوم على سبب يبرره فلا تتدخل الإدارة لتوقيع الجزاء إلا إذا قامـــت حالـــة واقعية أو قانونية تسوغ تدخلها، وللقضاء الإداري أن يباشر رقابته على سبب القرار التأديبي في شقيه الواقعي والقانوني، فيراقب صحة قيام هذه الوقائع وصحة تكييفها القانوني، ولمحكمة الموضوع السلطة التامة في تحصيل فهم الواقع في الدعوى والوقوف على حقيقتها من الوقائع وكافة الأدلة والشواهد المعروضة عليها متى أقامت قضائها على أسباب سائغة من الأوراق تؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها[1].

ومـــن ناحـــية أخرى فقد توسع القضاء الإداري في فرنسا في مفهومه للرقابة على سلطات الإدارة، فهو يلزم الإدارة في حالة السلطة التقديرية أن تتأكد من الوقائع والظروف الخاصة بكل حالة قبل إصدار القرار بشأنها، فكل قرار يجب أن يستند إلى سبب يتصل بمنفعة المرفق العام. والقاضي الإداري يستطيع أن يطلب من الإدارة أن تفصح وأن تكشف عن أسباب قرارها حتى فـــي الحالات التي لا يلزمها القانون بذكرها، ويظهر توسع القضاء الإدارى في فرنسا في ميدان الرقابة – وعلى وجه خاص – بالنسبة لقرارات الإدارة المتعلقة بالحريات الفردية (قرارات الضبط الإداري).

---

(١) ومن أحكام المحكمة الإدارية العليا في هذا الشأن ما قضت به (بأنه لما كان طلب الاستقالة هـــو ركـــن الســـبب في القرار الإداري الصادر بقبولها، فيلزم لصحة هذا القرار أن يكون الطلب قائما لحين صدور القرار مستوفيا شروط صحته شكلا وموضوعا).
– راجـــع : حكـــم المحكمـــة الإدارية العليا الصادر بتاريخ ١٩٦٦/١١/٢٢ في الطعن رقم ٥٨٠ لسنة ١٠قضائية، حكمها الصادر بتاريخ ١٩٥٥/١١/٥ في الطعن رقم ١٥٨ لسنة ١ ق، س ١، ص ٣٣.

(٢) حكـــم محكمـــة التمييز في الطعن رقم ٧٦ لسنة ١٩٨٦ (تجاري)، جلسة ١٩٨٦/١٢/٣١، موسوعة مبادئ القضاء الإداري، الكتاب الأول – الجزء الثالث، ص ٣٠٨.

وأخيراً فهناك الأسباب المحددة والأسباب غير المحددة أو الزائدة : وتبدو أهمية الموضوع حين تتعدد الأسباب، فإذا كان السبب المحدد لإصدار القرار الإداري هو المعيب، فالقرار باطل، أما إذا كان السبب المحدد لإصدار القرار لا عيب فيه، وكانت الأسباب الأخرى غير المحددة، أو الزائدة هى المعيبة (أي هى التي يشوبها عيب قانوني) فإن ذلك لا يؤدي إلى إلغاء القرار الإداري، لأن القرار كان سيصدر بصرف النظر عنها[1].

---

(١) يرى الدكتور/ محمد حسنين عبدالعال، أن أسباب القرار يوجب التمييز بين ما يعد رئيسيا أو دافعا فيكون له أثره على مشروعية القرار، وما يعد ثانويا أو زائدا، فلا يؤثر عدم صحته في مشروعية القرار، راجع رسالته فكرة السبب في القرار الإداري ودعوى الإلغاء، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق – جامعة القاهرة، ١٩٧١، ص ١٨٩.
ومن أحكام محكمة القضاء الإداري في هذا الشأن راجع :
– حكمها الصادر في ١٩٦٣/١٢/٢٨ في القضية رقم ١٤٩١ لسنة ٧ قضائية، المجموعة، السنة التاسعة، ص ٢٨٧، حيث قضت بأنه (إذا قام القرار الإداري على عدة أسباب، فإن استبعاد أي سبب من هذه الأسباب لا يبطل القرار ولا يجعله غير قائم على سببه طالما أن الأسباب الأخرى تؤدي إلى نفس النتيجة).
وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا هذا المسلك في العديد من أحكامها وعلى سبيل المثال – راجع، حكمها الصادر في ١٩٦٩/٥/٢٤ في القضية رقم ٢١ لسنة ١٠ قضائية، المجموعة، السنة ١٤، ص ٧٢٤، وحكمها الصادر في ١٩٧٠/١/٣ في القضية رقم ١١٤٩، لسنة ١٢ قضائية، المجموعة، السنة ١٥، ص ٧٧٥.

المطلب الثاني

قضاء التعويض أو القضاء الكامل[1]

رأينا أن أهم الدعاوى أو (الطعون) التي يمكن رفعها أمام المحاكم الإدارية هي : دعوى الإلغاء، ودعوى التعويض، وسنتناول بهذا المطلب دراسة قضاء التعويض، فنبين :

أولاً : خصائصه، من حيث :
أ – موضوع النزاع.
ب – دور القاضي.
ج – صفة القرار.

ثانياً : ما يتعلق بدعوى التعويض من حيث :
أ – طبيعة دعوى التعويض.
ب – شروط قبولها وخضوعها لقاعدة القرار السابق.
ج – مدتها.

ثالثاً : الحكم في دعوى التعويض وحجيته.

ومن الملاحظ أن عوامل كثيرة ساهمت في دفع مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الشهير "بلانكو" Blanco[2] لتقرير مسئولية الدولة عن أعمالها الضارة. ويعد هذا الحكم من أحكام المبادئ الشهيرة والذي أنهى حقبة طويلة من الزمن كانت الدولة فيها تسود ولا تتحمل تبعة أعمالها، فأعاد لكفتي الميزان توازنهما وقرر للأفراد ضمانات ضد تعسف الإدارة. وأصبح

---

(١) نشير ونحن بهذا الصدد أن ولاية الدائرة الإدارية في التعويض بموجب القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ تشمل جميع القرارات المنصوص عليها في المادة الأولى من قانون إنشاء الدائرة الإدارية وقد أكدت الدائرة الإدارية اختصاصها وحدها بالفصل في طلبات التعويض عن القرارات الإدارية حيث تقول : (مقتضى نص المادة الخامسة من القانون رقم ١٩٨١/٢٠ بإنشاء الدائرة الإدارية المعدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٢، أن للدائرة الإدارية وحدها ولاية الحكم في طلبات التعويض عن الأضرار الناشئة عن القرارات الإدارية المنصوص عليها في المادة الأولى متى كانت معيبة سواء رفعت إليها بطريقة أصلية أو تبعية). راجع حكم التمييز في الطعن رقم ١٠ لسنة ١٩٨٩ (إداري) جلسة ١٩٨٩/٧/٣، موسوعة مبادئ القضاء الإداري التي أقرتها محكمة التمييز الكويتية في سبعة عشر عاما، الكتاب الأول – الجزء الخامس، ص ١٣.

(٢) راجع :

T.C., 8 février 1873. S., 1873, 3, 153.

المبدأ السائد منذ ١٨٧٣، تاريخ صدور هذا الحكم، هو مسئولية الدولة عن أعمال الإدارة[١].

وفـــي مصر جاءت العديد من أحكام مجلس الدولة والمحكمة الدستورية العلـــيا لتؤكد وتبين أن القضاء الإداري أصبح هو صاحب الولاية العامة في المنازعات الإدارية، بعد صدور قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢. ونذكر منها حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ٤ مارس ١٩٧٨ والذي تقـــرر فـــيه (اســـتقر قضاء المحكمة العليا في شأن نص المادة (١٧٢) من الدستور... على أن هذا النص إنما يفيد تخويل مجلس الدولة الولاية العامة للفصل في المنازعات الإدارية والدعاوى التأديبية بحيث يكون قاضي القانون العـــام بالنســـبة إلـــى هـــذه الدعاوى والمنازعات. فلم يعد اختصاصه مقيداً بمسائل محددة على سبيل الحصر كما كان منذ إنشائه، وهذا لا يعني غل يد المشـــرع عن إسناد الفصل في بعض المنازعات الإدارية والدعاوى التأديبية إلى جهات قضائية أخرى على أن يكون ذلك على سبيل الاستثناء من الأصل العام المقرر بالمادة (١٧٣) من الدستور وبالقدر وفي الحدود التي يقتضيها الصالح العام. وعلى هذا النحو يعمل المشرع التفويض المخول لـــه بالمادة (١٦٧) من الدستور في شأن تحديد الهيئات القضائية واختصاصاتها وتنظيم طرق تشكيلها)[٢].

أولاً : خصائص قضاء التعويض :

أ ـ من حيث موضوع النزاع :

موضـــــوع الـــنزاع فـــي قضاء التعويض يتعلق بوجود مركز قانونـــي شخصـــي أو ذاتـــي، يطالب صاحبه أي الطاعن بالإستناد إليه للحصول على حقـــه مـــن الإدارة العامـــة، فالعلاقة تبـــدو تماماً وكأنها بين دائن ومدين،

---

(١) راجع :
- دكتور/ رأفت فوده، دروس في قضاء المسئولية الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤، ص ٣٨.

(٢) حكمها في الدعوى رقم ٣١ لسنة ٦ ق، عليا دستورية.

والدعوى تظهر وكأنها دعوى عادية بين أطراف، الإدارة من جهة، والطاعن (صاحب الدعوى) من جهة أخرى[1].

ودعاوى قضاء التعويض تبرز في مجالين مهمين :

المجال الأول : دعاوى العقود : وفيها يدعى الطاعن بالاستناد للعقد بأنه يملك مركزاً قانونياً فردياً (كدين نقود مثلاً) وأن الإدارة تجحده أو تجحد مقداره.

وتختص الدائرة الإدارية في الكويت وحدها بنظر المنازعات التي تنشأ بين الجهات الإدارية والمتعاقد الآخر في العقد، وتكون لها – بحسب المادة الثانية من قانون إنشاء الدائرة الإدارية – ولاية القضاء الكامل، التي تشمل الحكم في طلبات التعويض وفقاً لقواعد المسئولية العقدية للإدارة، وأن تقدير إخلال المتعاقد بالتزامه الموجب لمسئوليته التعاقدية من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع[2].

المجال الثاني : دعاوى المسئولية : ويدعى فيها الطاعن بأنه ضحية ضرر يسند مسئوليته على الإدارة، ويطلب منها تعويضه عن هذا الضرر الذي لحق به.

وتقوم مسئولية الإدارة على أساس الخطأ بأن يكون القرار الإداري معيباً بعيب عدم الاختصاص أو وجود عيب في الشكل أو مخالفة القوانين أو اللوائح أو إساءة استعمال السلطة[3].

---

(١) دكتور/ أنور أحمد رسلان، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص ٣٦٦ ، ٣٧٦، مشيراً لحكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٤٩٨ الصادر بتاريخ ١٩٦٣/٦/٢٩ مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في عشر سنوات ١٩٥٥ – ١٩٦٥ ، ١٩٦٦، ص ٦٥٨، منتقداً اصطلاح أو تسمية (القضاء الكامل) لقضاء التعويض، ومؤكداً القول بأن الأخذ به قد يوحي بأن المنازعات الإدارية الأخرى لا تعتبر قضاءً كاملاً، والحقيقة أن كل نوع من الدعاوى الإدارية يعتبر قضاءً كاملاً، في النطاق المحدد له.
وراجع أيضا :
– دكتور/ محمد علي آل ياسين، القانون الإداري – المرجع السابق، ص ٣١٦.

(٢) راجع :
– حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ١٩٩٧/١١٤ (تجاري)، جلسة ١٩٩٩/٥/٣٠، موسوعة مبادئ القضاء الإداري، الكتاب الأول – الجزء الخامس، ص ٥٩.

(٣) مؤدى ذلك أنه لا يمكن ترتيب المسئولية على أساس آخر، فإذا كان القرار مشروعاً ومطابقاً للقانون ولم يشبه أي من العيوب المشار إليها بعاليه فلا تسأل الإدارة عن نتيجته مهما بلغ الضرر الذي يترتب عليه لانتفاء ركن الخطأ.
راجع :
– حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ١٤٤ لسنة ١٩٨٥ (تجاري)، بجلسة ١٩٨٦/٣/٥ مجموعة مبادئ القضاء الإداري، الكتاب الأول – الجزء الخامس، ص ١٠٩.

ب ـ من حيث دور القاضي :

يتميز دور قاضي التعويض بأنه أكثر تعقيداً من دور قاضي الإلغاء، إذ يتعين عليه أن يفحص ويتأكد من الوضع القانوني الذاتي للطاعن، وبتعبير آخر ما الحق الذي يدعي به، ومداه الحقيقي، فقرار القاضي في دعوى التعويض له أهميته الخاصة[1]، لأنه يتضمن ليس فقط تحديد حقوق الطاعن، بل إدانة الإدارة بإعادة هذه الحقوق إليه، وقد تتضمن هذه الإدانة إلغاء قرار الإدارة الذي ينكر على الطاعن حقه، أو تعديله، أو إبداله، وذلك تبعاً لما يتوصل إليه قاضي التعويض في تحديد حقوق الطاعن ومداها. وهذه السمة في سلطات قاضي التعويض هى التي أدت إلى تسمية هذا النوع من القضاء بالقضاء الكامل. والتعويض المحكوم به لا يجاوز ما طلبه المضرور، ومقابل الضرر الذي تسببت فيه الإدارة، فإذا كان الضرر قد وقع نتيجة خطأ مشترك من الإدارة والمضرور، فالقاضي لا يحكم إلا بتعويض جزئي مقابل الضرر الناتج عن خطأ الإدارة فقط، وأن تحديد التعويض الجابر للضرر من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع إلا أنه لابد وأن يتناسب التعويض مع الضرر لأن الغاية من التعويض هو جبر الضرر جبراً متكافئاً وغير زائد عليه إذ أن كل زيادة تعتبر إثراء على حساب الغير دون سبب[2].

ج ـ من حيث صفة الحكم :

صفة الحكم في قضاء التعويض أنه يرتبط بالقضاء الشخصي، وهو يوجد حينما يطالب الطاعن بحقوق تعود له، وتكون جزءاً من مصلحته، أو تكون جزءاً من وضعه القانوني الفردي الذاتي، وذلك على خلاف ما سبق أن رأيناه في حكم الإلغاء والذي يرتبط بالقضاء الموضوعي.

---

(١) وإذا كانت رقابة الإلغاء هى أهم وسائل الرقابة القضائية وأكثرها تحقيقاً للغاية منها، إلا أنها لا تكفي لحماية الأفراد حماية كاملة، ومن ثم كان التعويض مكملاً له لتعويض الأفراد عما أصابهم من جراء قيام الإدارة بتنفيذ قرارها غير المشروع.
راجع :
- دكتور/ رمزي طه الشاعر، قضاء التعويض، دار النهضة العربية، ١٩٩٠، ص ١١.
- دكتور/ مجدي مدحت النهري، مسئولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية، مكتبة العالمية بالمنصورة، ١٩٨٨، ص ١٧.

(٢) راجع :
- حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٩٨/٢٤ (تجاري - إداري)، جلسة ١٩٩٩/٣/١ موسوعة مبادئ القضاء الإداري، الكتاب الأول - الجزء الخامس، ص ٢٧٠.

ثانياً : دعـــوى التعويـــض

أ ـ طبيعة دعوى التعويض :

دعــوى التعويض أمام المحاكم الإدارية لا تختلف من حيث طبيعتها عن دعــاوى الأفــراد فــي قضاء المحاكم العادية، فهى مثلها تماماً دعوى بين أطراف غاية ما فــي الأمر أن أحد الأطراف هو الإدارة، ولهذا فقد إعتبرها الــبعض كأنها دعوى قضائية عادية إدارية، ونجم عن هذا الاعتبار أو هذه الصــفــة، أنها توجد وبقوة القانون في كل مرة يثور فيها نزاع أو خصومة إداريــة فــيكون الفصــل فــيها بطبــيعة الحال للمحاكم الإدارية وفي حدود اختصاص كل واحدة منها، ومن دون حاجة لوجود نص خاص بذلك[1].

كما نجم عن الطبيعة العادية لهذه الدعوى أنها تخضع للقواعد العامة في الإجــراءات القضــائية الإدارية، من حيث وجوب دفع رسوم معينة، وتوكيل محامٍ... إلخ.

ودعــاوى التعويــض ترتبــط بالقضــاء الشخصي، باستثناء دعــاوى الانــتخابات الإدارية، فهى وإن صنفت في القضاء الكامل (قضاء التعويض) ولكنها في جوهرها ترتبط بالقضاء الموضوعي.

ب ـ شروط قبول دعوى التعويض وخضوعها لقاعدة القرار السابق :

بالــنظر لطبيعة دعوى التعويض فلابد لقبولها من تبرير الطاعن لدعواه بوجود حق لــه لحق بــه ضرر من جراء عمل الإدارة العامة، ومعنى ذلك أنه لا يكفي لإقامتها توفر مجرد مصلحة ما، كما هى الحالة بالنسبة لدعوى الإلغــاء، وبتعبــير آخر أن الذي يقيم دعوى التعويض يجب أن يبرر دعواه بوجــود وضع قانوني فردي أو ذاتي لــه إزاء الإدارة. وهذه الصفة جعلت دعــاوى التعويض قريبة أو شبيهة بدعاوى القانون الخاص مع هذا الفارق وهو أن دعاوى التعويض أمام القضاء الإداري تخضع لقاعدة القرار السابق مما لا نظير له في القانون الخاص.

---

(١) راجع :
- دكتور/ محمد علي آل ياسين، القانون الإداري، المرجع السابق، ص ٣١٧.

قاعدة القرار السابق :

يعلق القانون الفرنسي قبول الدعاوى القضائية أمام مجلس الدولة ومحاكمه على شرط أساسي هو أن تكون هذه الدعاوى موجهة ضد قرار إداري وفي جميع الأحوال، ومعنى هذه القاعدة أن الفرد لا يستطيع إقامة دعوى التعويض أمام مجلس الدولة الفرنسي مباشرة، وإنما يجب عليه قبل إقامة دعواه أن يتوجه إلى الإدارة عارضاً مظالمه ومطالبتها بجبر ما أصابه من ضرر، والأمر هنا قد يأخذ أحد موقفين من جانب الإدارة : فإما أن تجيبه إلى ما ادعى به، وهنا ينتهي النزاع القائم ولا يستدعي الأمر رفع دعوى مسئولية أمام القضاء، وإما أن ترفض ادعائه ويعد ذلك قراراً إدارياً يطعن فيه المدعي أمام القضاء الإداري، الذي يتولى منذ هذه اللحظة النظر في الدعوى على أنها دعوى قضاء كامل يتمتع فيها بكامل سلطاته، حيث يقوم – إن كان هناك وجه – بإلغاء هذا القرار والنظر في موضوع الدعوى للحكم أو عدم الحكم بالتعويض اللازم للمضرور.

هذه القاعدة لا توجد في الواقع – كمبدأ – إلا أمام مجلس الدولة الفرنسي، أما المحاكم الإدارية الأخرى فلا تنطبق القاعدة عليها إلا إذا وجد نص على ذلك بقانون، أما عملاً فقد وجدت هذه النصوص، وطبقت هذه القاعدة في مختلف المحاكم الإدارية وذلك اعتباراً من صدور مرسوم ٣٠ سبتمبر ١٩٥٣ حيث امتد تطبيق هذه القاعدة إلى الدعاوى التي ترفع أمام المحاكم الإدارية[١]، ولقد فسرها البعض بأنها من آثار الماضي، ومن مخلفات نظرية الوزير القاضي، ورأى آخرون أن فكرة مجلس الدولة إنما تقوم على محاكمة القرارات الإدارية فلابد إذن من وجود قرار إداري.

لم يعرف القانون المصري قاعدة القرار السابق رغم تردد بعض الآراء الفقهية التي تطالب مجلس الدولة بتبنيها، لا لشيء إلا أن القانون الفرنسي يتطلبه، فبعد أن أنكر وصف مثل هذا القرار السابق بالقرار الإداري، يقول

---

(١) راجع :

Charles Debbasch, Droit administrative, 1968, P. 438.

الأستاذ الدكتور/ سليمان الطماوي (على أن تسليمنا بهذه الحقيقة – التي يستلزمها التطبيق السليم لقواعد القانون الحاضرة – ليس معناه أننا ضد فكرة (القرار السابق) كما هى مطبقة في فرنسا بل على العكس من ذلك نرى أن يفرضها المشرع على أوسع نطاق يمكن، لأنها ستؤدي إلى آثار محموده بتصفية كثير من المنازعات التي يكون وجه الحق فيها ظاهرا بدون تكاليف وبدون حزازات)[1].

وعلى العكس من ذلك يؤكد الأستاذ الدكتور/ محمود عاطف البنا على أنه لا محل لإعمال قاعدة القرار السابق في مصر لأنها لا تتفق مع النصوص التي تحدد اختصاص مجلس الدولة فيما يتعلق بالمسئولية. فهذا الاختصاص كان محدداً على سبيل الحصر، ومن ثم وجب الاقتصار على ما ورد في النصوص. والنصوص كانت تقصر اختصاصه في هذا المجال على التعويض عن الأضرار المترتبة على قرار إداري، والقرار الذي يستصدره المضرور قبل مقاضاة الإدارة لا يعد في حقيقته قراراً إدارياً، وحتى مع التسليم بأنه قرار إداري، فانه منبت الصلة بالضرر، لأن هذا الضرر يقع نتيجة للعمل المادي الذي يسبق ذلك القرار في نشأته. كما أنه منذ تقرير الولاية العامة لمجلس الدولة امتد اختصاصه إلى دعاوى المسئولية عن أعمال الإدارة المادية على أساس معيار عام للاختصاص، فإذا ترتب على تطبيق المعيار العام خروج بعض هذه الدعاوى عن اختصاص القضاء الإداري، فإنه لا يجوز التحايل لإدخالها في هذا الاختصاص عن طريق إعمال فكرة القرار الإداري السابق[2].

ج - مدة دعوى التعويض :

دعوى التعويض لا تسقط إلا بالتقادم الطويل[3]، ونظراً لتوحيد مدد الطعون أمام القضاء الإداري في فرنسا، إلغاءً وتعويضاً، فإن مدة الشهرين المحددة قانوناً للدعوى إنما تسري من تاريخ التبليغ أو الحصول على القرار السابق من الإدارة.

---

(١) راجع :
- دكتور/ سليمان الطماوي، الكتاب الثاني، قضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام، دراسة مقارنة، ١٩٨٦، ص ١١٠.

(٢) راجع :
- دكتور/ محمود عاطف البنا، الوسيط في القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ٣٥٨، ٣٥٩.

(٣) راجع في ذلك :
- حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٨٧ لسنة ١٩٩٤ (تجاري)، جلسة ١٩٩٥/١/٣٠، موسوعة مبادئ القضاء الإداري، الكتاب الأول – الجزء الخامس، ص ٥٤، بقولها (.. ومن ثم فلا تسقط دعوى التعويض عن القرارات الإدارية المخالفة للقانون إلا بمضي ١٥ سنة..)
- حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١١٠٩ لسنة ٨ ق، جلسة ١٩٦٣/١٢/٢٨، س ٩، ص ٣٢٤.

ثالثاً : حكم القاضي في قضاء التعويض وحجيته :

يتميز حكم قاضي التعويض بشموله وسعته، فهو إن قرر قبول دعوى التعويض استهل عمله بإلغاء القرار الإداري السابق الذي حصل عليه الطاعن من الإدارة برفض طلبه، وهنا يقترب قاضي التعويض من قاضي الإلغاء. وإذا كان قاضي التعويض لا يملك العناصر الكافية واللازمة له لتحديد مبلغ الحقوق النقدية التي يستحقها الطاعن فإنه يتحدد في هذه الحالة في حكمه بإلغاء القرار السابق، وبإحالة الأطراف إلى السلطة الإدارية المختصة لتقوم بتحديد هذا التعويض طبقاً للمبدأ المعلن في قرار الحكم.

ومما يلحظ أنه ليس لهذه الإحالة أي تأثير على طبيعة حكم قاضي التعويض وصفته الخاصة في القضاء الكامل لأنه (أي القاضي) يبقى مالكاً لسلطة الحكم وإدانة الإدارة بنفسه، أي بقيامه هو بالتعديل أو التحديد إذا توافرت لديه الوسائل اللازمة لذلك.

حجية الحكم في قضاء التعويض :

حجية الحكم في قضاء التعويض نسبية، أي أنها لا تتجاوز بأثرها أطراف القضية في الدعوى، وهذه الحجية النسبية هى نتيجة للطبيعة الشخصية لدعوى التعويض أو القضاء الكامل[1]. ويتفرع عن هذا أنه حين يكون لدعوى القضاء الكامل طبيعة موضوعية (وهذا ما يحصل في دعاوى الانتخابات الإدارية) فإن حجية الحكم في هذه الحالة تكون مطلقة، فالحكم بإلغاء انتخاب أو تعديل نتيجة انتخاب يسري بالنسبة للكافة[2].

---

(١) تكون الأحكام الصادرة بالتعويض ذات حجية نسبية حيث تقتصر على أطراف الخصومة ولا تتعداهم إلى الغير، وتتشابه إلى حد كبير من حيث الأثر مع الأحكام الصادرة في المواد المدنية والتجارية.
راجع في التفرقة بين دعاوى الإلغاء ودعاوى التسوية :
- حكم المحكمة الإدارية العليا في القضية رقم ٨٠٩ لسنة ١٤ ق، جلسة ١٩٧٤/٥/٢٦، س ١٩، ص ٣٨٤.

(٢) راجع :
- دكتور/ محمد علي آل ياسين، القانون الإداري، المرجع السابق، ص ٣١٩.

الباب الثاني

ولاية القضاء الإداري في دولة الكويت

الباب الثاني

ولاية القضاء الإداري في دولة الكويت

لقد حرص المشرع الدستوري في الكويت على صياغة القواعد الدستورية التي يتحقق من خلالها أبعاد المشروعية وسيادة القانون المختلفة، وأدرج من بينها نص المادة (١٦٦) التي كفل بها حق التقاضي للناس كافة، مؤكداً بذلك خضوع الدولة، بشعبها وسلطاتها العامة، حكامها ومحكوميها، للقانون وفقاً لمقتضيات مبدأ المشروعية. فالتقاضي حق دستوري أصيل، وهو دعامة الحريات الأساسية التي تحتمها طبيعة الدولة القانونية.

وترمي الرقابة القضائية إلى تحقيق هدفين : **الأول**، ويتمثل في حماية حقوق الأفراد وحرياتهم، ويتحقق هذا الهدف عن طريق إلغاء القرارات الإدارية أو التعويض عنها إذا مست حقاً للفرد أو نالت من حريته. أما **الثانية**، فتبدو في تقويم الإدارة وإجبارها على احترام القانون والخضوع لسلطانه، ويكون ذلك عن طريق إلغاء القرارات التي تصدرها وتكون منطوية على مخالفة القانون. قد يضيق الفرق بين هذين النوعين من الرقابة لما بينهما من تشابه مرده إلى وحدة الأساس الذي بنى عليه كل منهما، ويتمثل في الرغبة في رقابة أعمال الجهات الإدارية بقصد حماية حقوق الأفراد وحرياتهم من ناحية، وتقويم الإدارة عن طريق إلزامها باحترام القوانين من ناحية أخرى[١].

وقد رأى المشرع في الكويت أن سنّة التدرج تقتضي في بداية عهدها بالقضاء الإداري، الاكتفاء بإنشاء دائرة إدارية متخصصة في محاكمها الكلية والاستئناف ثم التمييز، للفصل في بعض المنازعات الإدارية، ويكون لها ولاية الإلغاء والتعويض، فإذا ما أسفرت التجربة عن نجاح هذا القضاء أمكن إعادة النظر في الموضوع واختيار الحل الملائم في ضوء ما يستجد من ظروف، في إشارة إلى إنشاء مجلس للدولة يختص بوظائف القضاء الإداري والإفتاء والصياغة وفقاً للمادة (١٧١) من الدستور.

---

(١) دكتور/ فؤاد العطار، رقابة القضاء لأعمال الإدارة، المرجع السابق، ص ٨٣ ، ٨٤.

ولا مراء في أن التجربة قد أسفرت عن نجاح القضاء الإداري في دولة الكويت، بفضل قضاء الدائرة الواعي الصلب، وما أرسته من دعائم للمشروعية، فلا أقل من أن ينزل المشرع على حكم المادة (١٧١) من الدستور بإنشاء مجلس للدولة يستقل وحده بالفصل في المنازعات الإدارية.

ونتناول بالدراسة ولاية القضاء الإداري في دولة الكويت وفقاً للتقسيم التالي :

الفصل الأول : التنظيم الدستوري للرقابة على أعمال الإدارة.

الفصل الثاني : التنظيم التشريعي للرقابة على أعمال الإدارة.

الفصـــل الأول

الفصل الأول

التنظيم الدستوري للرقابة على أعمال الإدارة

تمهيد:

ســـاد الحكم في الكويت منذ نشأتها نظام شورى يحرص فيه الحاكم على استطلاع رأي المحكومين في شئونهم العامة. وتكاد هذه النزعة تظهر طيلة تاريخ الكويت فيما عدا فترة حكم الشيخ مبارك الصبـــاح (١٨٩٦-١٩١٥) الـــذي كان ميالاً إلى الحكم المطلق، وفى العقد الثاني من القرن الماضي كان الوعـــي السياسي قد نما بحيث سمح بالتفكير فى تشكيل مجالس استشارية تقوم بجانب الحاكم، وإن اختلفت هذه المجالس في كيفية تشكيلها وفى مدى اختصاصاتها[١].

وبعـــد أن نالـــت الكويت استقلالها بمقتضى المعاهدة الكويتية البريطانية الصادرة فى ١٩٦١/٦/١٩، وصارت دولة ذات سيادة، بدأ التفكير جدياً فى إقامة نظام دستوري ديمقراطي، وتحقيقاً لهذه الغاية صدر المرسوم الأميري رقـــم ١٢ بـــتاريخ ١٩٦١/٨/٢٦، بالدعوة لإجراء انتخابات عامة لانتخاب أعضـــاء مجلـــس سمى "المجلس التأسيسي" يتولى عند تأليفه إعداد دستور الكويت[٢].

ثم صدر القانون رقم ١ لسنة ١٩٦٢، متضمناً النظام الأساسى للحكم فى فـــترة الانـــتقال، التى تبدأ من يوم العمل به فى ١٩٦٢/١/١٧ وحتى تاريخ العمل بالدستور الجديد، ولقد تضمنت المادة الأولى من هذا القانون الأساسى

---

(١) دكتور/ عبدالفتاح حسن، مبادئ النظام الدستوري فى الكويت، المرجع السابق، ص ١٠٥.

(٢) نص المرسوم الأميري رقم ١٢ بتاريخ ١٩٦١/٨/٢٦ على أن "رغبة منا في إقامة الحكم علـــى أســـس واضـــحة متينة، وتمهيدا لإصدار دستور للبلاد يستمد أحكامه من ظروفها ويستند إلى المبادئ الديمقراطية ويستهدف رفاهية الشعب وخيره، رسمنا بالآتي :
المادة الاولي : تؤلف هيئة التنظيم من الآتية أسماؤهم.....
المادة الثانية : يتكون من أعضاء المجلس الأعلى وأعضاء هيئة التنظيم السالف ذكرهم مجلـــس مشـــترك يـــتولى - إلى جانب الأعمال التى يقوم بها فى الوقت الحاضر - وضع مشـــروع قـــانون لانتخاب أعضاء المجلس التأسيسي الذى يتولى عند تأليفه إعداد دستور البلاد.
المادة الثالثة : تجرى الانتخابات العامة للمجلس التأسيسي يوم أول نوفمبر ١٩٦١.
وجـــديـــر بالإشـــارة أنـــه قـــد تعـــدل هذا الميعاد حيث أجريت الانتخابات فى ١٩٦١/١١/٣٠.

النص على أن "يقوم المجلس التأسيسي بإعداد دستور يبين نظام الحكم على أساس المبادئ الديمقراطية المستوحاة من واقع الكويت وأهدافها، ويجب أن ينتهي المجلس من هذه المهمة خلال سنة من يوم أول انعقاد لـــه، ويعرض الدستور الذى يوافق عليه المجلس على الأمير للتصديق عليه وإصداره"[1].

ولقد أتم المجلس التأسيسي نظر مشروع الدستور خـــلال سبع جلسات اســـتغرقت شـــهرين تقريـــباً، كمـــا خصـــص جلستيـــن لمناقشة المذكرة التفســـيرية، ورُفـــع المشروع إلى الأمير، فصدق عليه فى ١٩٦٢/١١/١١ بالصورة التى أقرها المجلس دون أى تعديل.

وطبقاً لنـــص المادة ١٨٢ من الدستور " ينشر هذا الدستور فى الجريدة الرســـمية ويعمل به اعتباراً من تاريخ اجتماع مجلس الأمه، على ألا يتأخر هذا الاجتماع عن شهر يناير سنة ١٩٦٣ "، كما نصت المادة ١٨٣ منه على أن " يســـتمر العمـــل بالقانون رقم ١ لسنة ١٩٦٢ الخاص بالنظام الأساسي للحكـــم فـــى فترة الانتقال... إلى تاريخ اجتماع مجلس الأمه". وبذلك استمر العمـــل بالـــنظام الأساسى للحكم فى فترة الانتقال حتى ١٩٦٣/١/٢٩، وهو تـــاريخ انعقاد مجلس الأمه وبدء نفاذ الدستور الجديد وبدأت معه أهم مراحل تطور نظام الحكم فى الكويت.

---

(١) يعتـــبر هـــذا القانون والقوانين المكملة لـــه هو الدستور المؤقـــت للكويـــت، ومن خصائصـــه أنه دستور مكتوب يجد أساسه فى نصوص القانون رقم ١ لسنة ١٩٦٢ والقوانين المكملة له، وموجز ومؤقت فهو لايضم سوى ٣٨ مادة وذلك لكونه مؤقتاً حـــتى يتم وضع الدستور الدائم، ووضع بأسلوب المنحة، فالشعب الكويتي لم يشارك فى وضعه بصورة مباشرة أو غير مباشرة، بل إن أمير البلاد أراد أن يقيد سلطاته، فمـــنح شـــعبه دســـتورا مؤقـــتا ينظم السلطات العامة للدولة، ويكفل حقوق الأفراد وحـــرياتهم الأساسية خلال فترة محدودة، وقد أخذ الدستور المؤقت بالنظام النيابي الخـــالص، فهـــو لايعـــرف أى مظهـــر مـــن مظاهر الديمقراطية المباشرة أو شبه المباشرة، بالإضافة إلى أنه يقيم نظاما مزيجا من النظام البرلمانى والنظام الرئاسي.
راجع في ذلك :
- دكـــتور/عبدالفـــتاح حسن، مبادئ النظام الدستورى فى الكويت، المرجع السابق، ص ١١٥ ومابعدها.
- دكتور/ يحيى الجمل، النظام الدستورى فى الكويت، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٠ - ١٩٧١، ص ١٣٤ ومابعدها.
وراجع أيضاً :
- دكتور/ عادل الطبطبائي، النظام الدستورى فى الكويت، دراسة مقارنة، الطبعة ١٩٨٥، ص ١١٨ ومابعدها.
- دكتور/ عثمان عبدالملك الصالح، النظام الدستوري والمؤسسات السياسية الجزء الأول، المرجع السابق، ص ١٥٧ ومابعدها.

ومـــن مـــتابعة الإجراءات التى أُتبعت عند وضع الدستور، ومن مطالعة مخـــتلف نصوصـــه، يمكـــن أن نستخلص بعض سماته العامة، وأهمها أنه دســـتور مكـــتوب ودائـــم، جامد، ويأخذ بالنظام النيابى، ويظهر فيه الطابع العربـــي الإســـلامي، وحـــرص علـــى تنظيم الرقابة على دستورية القوانين واللوائح.

وقـــد اخـــتلف الفقه فى تناول الأسلوب الذى وضع به الدستور الكويتي، فالـــرأى الغالـــب يـــرى أنه وضع بطريق التعاقد، بينما يرى البعض أنه من وضع جمعية تأسيسية.

فـــيرى جانـــب مـــن الفقه – وهو الغالب – أن الدستور الكويتي وضع بطـــريق الـــتعاقد نتـــيجة الـــتقاء إرادة الشعب ممثلاً فى مجلسه التأسيسي المنتخب وإرادة أمير البلاد، ويستند أصحاب هذا الاتجاه فى تأييد هذا الرأى إلى مايلى[1] :

١- أن حـــياة الكويـــت كانت فى أغلب مراحلها التاريخية حياة شورى وتـــبادل رأى انتهى المطاف بها إلى مشاركة الطرفين (الأمير والشعب ممثلاً فـــى المجلس التأسيسي) فى إدارة كفة الحكم، فقد ورد نص المادة ١٤ من القانون رقم ١ لسنة ١٩٦٢ بالنظام الأساسى للحكم فى فترة الانتقال علـــى

---

(١) راجع فى هذا الاتجاه :
- دكـــتور/ عـــثمان خلـــيل " دســـتور الكويت " دروس لطلبة السنة الأولى بكلية الحقوق والشريعة، مذكرات مطبوعة على الآلة الكاتبة، يناير ١٩٧١ ص ٣٧ ومابعدها.
- دكـــتور/ يحـــيى الجمـــل، الـــنظام الدســـتورى فى الكويت، المرجع السابق، ص ١٤١ ومابعدها.

و جع أيضا :
- دكـــتور/ ثـــروت بـــدوي، القانون الدستورى وتطور الأنظمة الدستورية فى مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧١، ص ٥٣.
- دكـــتور/ رمـــزي طه الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستورى، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٠، ص ١٩٨ ومابعدها.
- دكتور/ عادل الطبطبائي، النظام الدستوري في الكويـــت، المرجـــع الســـابـــق، ص ٤١٢ ومابعدها. =
- دكـــتور/عـــثمان عـــبدالملك الصالح، النظام الدستورى والمؤسسات السياسية، المرجع السابق ص ٢٠٤ ومابعدها.
- دكـــتور/ علـــى حمـــيدان مقال بعنوان " كيف نضع دستورنا " منشور فى مجلة صدى الأسبوع الصادرة فى البحرين بتاريخ ١٩٧١/١/٥ ص ١٠ و ١١.

و جع أيضا رسالته بعنوان :

L`avenir politique des principtiés du golfe persique, thése en Science politiques, Paris, 1967 , P 197 principtie`s pétroler.

أن " يـتولى السلطة التشريعية الأمير والمجلس التأسيسي، ولايصدر قانون إلا إذا أقـره المجلـس التأسيسى وصدق عليه الأمير"، فالتشريع وهو أهم مظهـر مـن مظاهـر السيـادة الداخليـة كان يشترك فـى إصداره الأمير والمجلس[1].

٢- وقـد سـجلت المـادة الأولى من القانون رقم ١ لسنة ١٩٦٢ ذلك المعـنى صراحة، فقررت أن " يقوم المجلس التأسيسي بإعداد دستور يبين نظـام الحكـم... ويُعـرض الدستور الذى يوافق عليه المجلس على الأمير للتصـديق عليـه وإصداره ". وهذا هو المعنى الذى أكده الدستور أيضاً فى ديباجـته، حيـن أشـارت إلـى أن الدسـتور هو نتيجة التقاء إرادة الأمير بالتصديق عليه وإرادة المجلس التأسيسى الذى أقر مشروعه[2].

٣- وتظهـر الصفة التعاقدية أيضاً فى كون تعديل أى نص من نصوص الدسـتور خاضعاً لالتقاء إرادة الأمير وإرادة الشعب ممثلاً فى مجلس الأمة وفقـاً لمـا نصـت عليه المادة ١٧٤ من الدستور، وتعليقاً عليها ورد البند الثامن من القسم الأول من المذكرة التفسيرية للدستور من أنه "لايكون تعديل مـا للدسـتور إلا برضـا الجهتين اللتين تعاونتا من قبل فى وضعه، الأمير والأمة، وعبرت عن هذا التراضى ديباجة الدستور عندما نصت على صدور الإرادة الأمـيرية بالتصـديق علـيه وإصـداره بناءً على ماقرره المجلس التأسيسـى " وتصـديق الأمير هنا هو تصديق مطلق وليس مجرد اعتراض توقـيفى، وبالـتالى لايمكن التغلب عليه بأية وسيلة دستورية، وعدم تحققه يؤدي إلى استحالة صدور الدستور.

---

(١) راجع فى ذلك :
- دكتور/ عثمان عبدالملك، النظام الدستورى، المرجع السابق، ص ٢٠٤.
وفـى ذلـك يقول أستاذنا الدكتور / عثمان خليل " فهذه البيئة بيئة تعاقد وليست بيئة أمر ينفرد بفرضه أحد الطرفين على الآخر " ويضيف أن "أمير البلاد هو الذى أبرم معاهدة الاسـتقلال سنة ١٩٦١ بسلطته المطلقة حينذاك، وآثر فور ذلك الاستقلال أن يتجه بخطى سريعة نحو إيجاد مجلس تأسيسي منتخب لوضع دستور البلاد (مع ممارسة المشاركة فى الحكـم كمجلـس نيابى أيضاً خلال فترة انتقال محكمة التحديد بعام واحد). وبذلك تم وضع الدستور في ظل هذه المشاركة وعلى أساس تلك الرغبة السامية التى عبرت عنها ديباجة المرسوم الأميرى رقم ١٢ المؤرخ فى ١٩٦١/٨/٢٦".
انظر مرجعه السابق، دستور الكويت، يناير ١٩٧١، ص٣٧.

(٢) ورد فى ديباجة الدستور " نحن عبدالله السالم الصباح أمير دولة الكويت، رغبة فى استكمال أسباب الحكم الديمقراطى لوطننا العزيز... وبعد الاطلاع على القانون رقم ١ لسنة ١٩٦٢ الخـاص بالـنظام الأساسـى للحكم في فترة الانتقال، وبناءً على ماقرره المجلس التأسيسي، صدقنا على هذا الدستور وأصدرناه ".

وإذا كـــان الـــرأى الغالب فى الفقه قد ذهب إلى أن الدستور الكويتى قد وضـــع عن طريق التعاقد بين الشعب الكويتى وأمير البلاد، فإن رأياً آخر قد ذهـــب إلـــى أن هذا الدستور كان عملاً من وضع جمعية تأسيسية تمثلت فى المجلس التأسيسى المنتخب بواسطة الشعب الكويتى[١].

وقد قال بهذا الرأى الأستاذ الدكتور/ عبدالفتاح حسن، فبعد أن تبنى فكرة أن الدستور الكويتى قد وضع بطريقة العقد وذكر الأدلة على ذلك، عاد فأورد تحفظـــه فـــى قولـــه "غير أنه لايخفى أن المجلس التأسيسى هو الذى باشر عملية وضع الدستور كلها، نظراً لأن الأمير وافق على مشروع الدستور كما أعـــده المجلس دون تعديل، فكأن الدستور وضع من الناحية النظرية بطريقة العقد، أما من الناحية العملية فقد وضع بطريقة الجمعية التأسيسية "[٢].

ورغـــم وجاهة هذا القول، إلا أن **الباحث يرى** أن الدستور الكويتى وضع عن طريق تعاقد بين أمير البلاد والشعب ممثلاً فى المجلس التأسيسى سواء كـــان ذلـــك من الناحية النظرية أو من الناحية العملية، ذلك أن توقيع الأمير على مشروع الدستور كما أعده المجلس التأسيسي دون أى تعديل لايغير من صـــفة الدستور التعاقدية مادام أنه كان للأمير إمكانيات الامتناع عن توقيع مشروع الدستور، وأن تصديق الأمير عليه كان تصديقاً مطلقاً وكاملاً وليس توقيفـــياً، كمـــا أن وضع الدستور عن طريق جمعية تأسيسية يستوجب أن يصـــبح مشروع الدستور المعد من قبل الجمعية المنتخبة لهذا الغرض، نافذاً بمجرد الانتهاء من إعداده، ولايتطلب إقراره من أي جهة أخرى[٣].

---

(١) راجع فى ذلك :
- دكـــتـــور/ عبـــدالفتـــاح حســـن، مبادئ النظام الدستورى فى الكويت، المرجع السابق، ص ١٣٩، ١٤٠.
وفى نفس الاتجاه راجع :
- دكـــتور/ إســـماعيل ميرزة، القانون الدستورى (دراسة مقارنة للدستور الليبى ودساتير الدول العربية الأخرى)، مطبوعات الجامعة الليبية، ١٩٦٩، ص١٢٩.

(٢) انظر :
- دكتور/ عبدالفتاح حسن، المرجع السابق، ص ١٣٩، ١٤٠.

(٣) راجع :
- دكتور/ عبدالفتاح حسن، مبادئ النظام الدستورى فى الكويت، المرجع السابق ص ٦٠، حيـــث أورد بشأن وضع الدستور بطريق الجمعية التأسيسية قولـــه (فى هذا الأسلوب ينفرد الشعب تماماً بالسلطة التأسيسية، وبوضع الدستور دون شريك، فالشعب هو الذى يعد دستوره ولكنه يعده بطريق غير مباشر، فهو ينتخب مجلساً يختص بإعداد الدستور، ومـــتى انتهى هذا المجلس المنتخب من وضع الدستور، صار الدستور نافذاً لتوه ودون حاجـــة لعرضه على الحاكم ليوافق عليه، ودون حاجة أيضاً لعرضه على الشعب ليوافق عليه فى استفتاء عام) .

ولقـد كان لتنظيم الرقابة القضائية نصيباً من النصوص الدستورية لمـا تمثله هذه الرقابة من ضمان لإقرار مبدأ المشروعية ولصيانة حقوق الأفراد وحـرياتهم ضد عنت الإدارة وتعسفها، فالقضاء إذن هو ميزان المشروعية فـي الحـياة الاجتماعية، ومن ثم بات ضرورياً - فى ظل تطور نظام الحكم الدستورى فى الكويت - أن يتقرر حق التقاضى بنص صريح فـي الدستور، حتى لا تكون الحقوق العامة والحريات الأساسية مجردة من وسيلة حمايتها، بل معززة بها لضمان مباشرتها بفعالية كاملة.

ومـن هـنا حرص المشرع الدستورى فى الكويت على صياغة القواعد الدسـتورية الـتى يـتحقق مـن خلالها أبعاد المشروعية وسيادة القانون المخـتلفة، وأدرج مـن بينها نص المادة ١٦٦ التى كفل بها حق التقاضى للـناس كافة، مؤكداً بذلك خضوع الدولة، بشعبها وسلطاتها العامة، حكامها ومحكومـيها، للقانون وفقاً لمقتضيات مبدأ المشروعية، كما تضمن نصوصاً صريحة جلية تنظم الرقابة القضائية على أعمال الإدارة.

هذا ونتناول بالدراسة التنظيم الدستورى للرقابة على أعمال الإدارة وفقاً للتقسيم التالى :

المبحث الأول : موقف المشرع الدستوري.

المبحث الثاني : موقف القضاء الدستوري.

المبحث الثالث : موقف الفقه.

=

وقـد أعتـبر دستور فرنسا سنة ١٨٣٠ دستوراً تعاقدياً، فقد حضر لويس فيليب دوق أورليان إلى قاعة الاجتماعات ولم يأخذ مكانه على العرش مباشرة، وإنما جلس على مقعد بجـواره واقتصـر دوره على الاستماع لمشروع الدستور الذى وضعته الجمعية الوطنية. وتلـى عليه فوافق دون أي تعديل فيه، وأقسم على احترامه ثم اعتلى العرش بعد ذلك ملكاً لفرنسا فى نفس الاجتماع. ولم ينكر أحد عليه صفة التعاقد.
وراجع أيضاً :
- دكـتور/ سـليمان الطماوى، النظم السياسية والقانون الدستورى (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربى، ١٩٨٨، ص ١١١.
- دكتور/ يحيى الجمل، النظام الدستورى فى الكويت، المرجع السابق، ص ٥٥ ومابعدها.

المبحث الأول

موقف المشرع الدستوري

قد تتولى الرقابة على أعمال الإدارة المحاكم العادية فتختص بالفصل فى كافـــة أنواع المنازعات التى تثور بين الأفراد أو بينهم وبين الإدارة الإدارية مـــنها وغير الإدارية وهذا مايعرف بنظام القضاء الموحد، وقد يعهد بالرقابة علـــى أعمـــال الإدارة إلـــى قضـــاء متخصص يقوم بالفصل فى المنازعات الإدارية، إلى جانب القضاء العادى الذى يتولى الحكم فى المنازعات الجنائية والمدنـــية والـــتجارية ومـــنازعات الأحوال الشخصية، وهذا مايعرف بنظام القضاء المزدوج كما سبق القول.

ويـــبدو من مطالعة المواد ١٦٩ إلى ١٧٣ من الدستور الكويتى وتعليق المذكـــرة التفسيرية عليها، أن الدستور نظم الرقابة على أعمال الإدارة على الوجه الآتى :

١- يوجـــب الدســـتـــور إنشاء غرفة أو محكمة خاصة تكون لها الولاية الكاملة فى الفصل فى المنازعات الإدارية.
٢- يجـــيز الدســـتور خلـــق قضاء إدارى وذلك بإنشاء مجلس دولة مستقل ومتكامل.
٣- الرقابة على دستورية اللوائح من اختصاص المحكمة الدستورية.

وعلـــى ذلك فإننا سوف نعرض لهذه الأمور فى مطالب ثلاثة على النحو التالى :

المطلب الأول : المشرع الدستوري والولاية العامة في المنازعات الإدارية.

المطلب الثانى : المشرع الدستوري وإنشاء مجلس الدولة.

المطلب الثالث : الرقابة على دستورية اللوائح.

المطلب الأول

المشرع الدستوري والولاية العامة في المنازعات الإدارية

أخذت بعض الدول العربية بنظام للرقابة على أعمال الإدارة تختص بمقتضاه إحدى المحاكم العادية، أو دائرة من دوائر المحكمة، بالنظر فى المنازعات الإدارية، ومن هذه الدول :

- **لبنان** : مابين عامى ١٩٢٨-١٩٤١ حيث أُلغى مجلس شورى الدولة بالقانون الصادر فى ٢٤ مارس ١٩٢٨، وعُهد بصلاحياته إلى الغرفة الإدارية بمحكمة التمييز، ولم يعاد العمل بنظام المجلس من جديد إلا بالقرار رقم ٨٩ الصادر فى ٢٣ ابريل ١٩٤١[١].

- **سوريا** : مابين عامي ١٩٣٨ - ١٩٤١ حيث أُلغى مجلس الشورى بالقانون رقم ٢٦ الصادر بتاريخ ١٩٣٨/٤/١٢، ونقلت اختصاصاته القضائية إلى الغرفة الإدارية لدى محكمة التمييز، ولم ترد لمجلس الشورى اختصاصاته إلا فى عام ١٩٤١[٢].

- **المملكة الأردنية الهاشمية** : يوجد بها قضاء موحد على رأسه محكمة تمييز لها صفتان، فهى تنعقد وفقاً لنص المادة التاسعة من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٢ كمحكمة تمييز حقوق وجزائية أي محكمة نقض مدنية وجنائية، كما تنعقد كمحكمة عدل عليا أى كمحكمة قضاء إدارى تختص بنظر المنازعات الإدارية، وتملك هذه المحكمة إنشاء وتطبيق مبادئ القانون الإدارى، إذ لم يقيدها المشرع بوجوب تطبيق أحكام القانون الخاص أو يمنعها من التعرض للقرارات الإدارية بالإلغاء أو التأويل أو وقف التنفيذ[٣].

---

(١) انظر فى ذلك :
- دكتور/ جان باز، الوسيط فى القانون الإدارى اللبنانى، مطبعة فؤاد جهان وشركاه، لبنان ١٩٧١، ص ٦، ٧.

(٢) انظر :
- دكتور/عبدالله طلبه، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، دمشق ١٩٧٥-١٩٧٦ ص ١١٧.

(٣) راجع :
- دكتور/ ماجد راغب الحلو، القانون الإدارى الكويتى وقانون الخدمة المدنية الجديد، المرجع السابق، ص ٣١.
- دكتور/ محمد فؤاد مهنا، مبادئ وأحكام القانون الإدارى، المرجع السابق، ص ٢٥٣.

- **ليبيا** : حيث يوجد بكل محكمة استئناف دائرة أو أكثر للقضاء الإدارى منذ عام ١٩٧١. وتختص هذه الدوائر بنظر جانب كبير من المنازعات الإدارية تشمل إلغاء القرارات الإدارية والتعويض عنها، وذلك رغم أن القضاء فى ليبيا ممنوع بصفة عامة من التعرض للقرارات الإدارية بالإلغاء أو التأويل أو وقف التنفيذ. ولهذه الدوائر إيجاد قواعد القانون الإدارى التى تطبقها حيث أن القانون لم يلزمها بتطبيق قواعد القانون الخاص أو يضع لها القواعد الإدارية واجبة التطبيق. وقد حلت هذه الدوائر محل المحكمة الاتحادية العليا التى كانت قائمة منذ عام ١٩٥٣ بوصفها محكمة قضاء إدارى[١].

ويبدو أن الدستور الكويتى قد اعتنق ذات الاتجاه، حيث نص فى المادة ١٦٩ من الدستور على أن "ينظم القانون الفصل فى الخصومات الإدارية بواسطة غرفة أو محكمة خاصة يبين القانون نظامها وكيفية ممارستها للقضاء الإدارى شاملاً ولاية الإلغاء بالنسبة إلى القرارات الإدارية المخالفة للقانون"[٢].

والبين من نص المادة ١٦٩ من الدستور الكويتى أن تنظيم الفصل فى المنازعات الإدارية بواسطة غرفة أو محكمة خاصة يعتبر أمراً وجوبياً بحكم الدستور، وأنه يتعين على المشرع العادى النزول عند إرادة المشرع الدستورى، وأن يضع هذا الحكم موضع التنفيذ بانشاء تلك الغرفة أو المحكمة الخاصة وألا يتضمن قانون إنشائها أى نقص من ولايتها الكاملة فى نظر المنازعات الإدارية إلغاءً وتعويضاً[٣]، وذلك إعمالا للقاعدة الأصولية التى تقضى بأن العام يؤخذ على عمومه مالم يوجد مايقيده نصاً أو دلالة[٤].

---

(١) انظر :
- دكتور/ صبيح بشير مسكوتى، القضاء الإدارى فى الجمهورية العربية الليبية، منشورات جامعة بنغازى - كلية الحقوق، ١٩٧٤ ص ١٦٦ ومابعدها.
- دكتور/ ماجد الحلو، المرجع السابق، ص ٣١.

(٢) ورد بالمذكرة التفسيرية لهذه المادة أن عبارة (بواسطة غرفة أو محكمة خاصة)، والمقصود بالغرفة دائرة من دوائر المحكمة الكلية.

(٣) أثار الخبير القانوني للحكومة مناقشات واسعة حول المادة (١٦٩) في لجنة الدستور، مبدياً الخشية من قضاء الإلغاء وعارضه في ذلك وزير العدل الذي طالب حماية القانون بهذا النظام مقرراً أنه لا تكون قيمة للدستور أو النصوص إذا لم يكن بإمكان المحكمة إلغاء القرار المخالف للقانون أو الدستور، كما أوضح الخبير الدستوري أن الإلغاء يشمل كل القرارات الإدارية سواء كانت مراسيم أو قرارات من مجلس الوزراء أو من الوزراء، وأنه لا خوف على القرارات الصحيحة لأن مجرد رفع الدعوى لا يوقف تنفيذ القرار (الجلسة ١٢ ص ٢٠ - ٢٢).
وقد أعادت اللجنة مناقشة هذه المادة مرة أخرى بجلسة ١٩٨٢/٦/٣٠ لما أثاره أحد الوزراء من صعوبة تطبيق قضاء الإلغاء الآن في الكويت، وأن أمام المواطن الذي يمسه القرار أن يطالب بالتعويض حتى لا يصبح كل قرار معرضا للإلغاء فتتعطل مصالح الدولة، وعارضه باقي الأعضاء والوزراء في اللجنة حيث قرر النائب/ يعقوب الحميضي أننا يجب أن نرفع الظلم عن أي شخص ولا يمكن أن نقول أنه ليس الآن وقته ونتساءل هل الحق والظلم له وقت؟ هذا لا يجوز، كما قرر وزير العدل أنه بدون هذا النص لا يمكن تطبيق الدستور وجميع القوانين، وأضاف الخبير الدستوري أنه بدون هذا النص لا قيمة كاملة لهذا الدستور والقوانين، وفي مصر لم نأخذ حقوقنا كاملة أمام القضاء إلا بعد صدور قانون مجلس الدولة سنة ١٩٤٦ (الجلسة ١٥ ص ٢٣ - ٢٤).

(٤) انظر :
- دكتور/ عثمان عبدالملك الصالح، التنظيم الدستورى للرقابة القضائية على أعمال الإدارة فى الكويت، ومحاولة وضعه موضع التنفيذ، المرجع السابق، ص ١٨.

المطلب الثاني

المشرع الدستوري وإنشاء مجلس الدولة

يقوم النظام القانوني الفرنسى على أساس وجود جهتين قضائيتين، جهة القضـــاء العادى التى تختص بنظر المنازعات التى تنشأ بين الأفراد، وجهة القضاء الإدارى وتفصل فى المنازعات الإدارية، وتتكون هذه الجهة من عدد من المحاكم الإدارية يعتليها مجلس الدولة.

وتعتبر فرنسا نبراساً ودليلاً للدول التى اعتنقت فكرة الازدواج القضائى حيـــث أفـــردت للإدارة محاكم أنشئت خصيصاً للنظر فى منازعتها وميزتها بقواعد خاصة تخضع لها فى ممارسة نشاطها.

وإذا كـــان إنشاء القضاء الإدارى فى فرنسا قد أُنشىء فى الأصل لحماية الإدارة ضـــد تعســـف المحاكم العادية وإسرافها فى التدخل فى شئون الإدارة فـــإن دور هـــذا القضاء مالبث أن تحول من حماية الإدارة إلى حماية حقوق وحريات الأفراد من تعسف تلك الإدارة، وأصبحت المحاكم الإدارية كالمحاكم العاديـــة حصناً منيعاً لحقوق الأفراد وحرياتهم ضد اعتداء الإدارة وتعسفها، بـــل أشـــد جـــرأة من المحاكم العادية فى رد هذا الاعتداء والتعسف، وحقق القضـــاء الإدارى نجاحاً ملحوظاً فى نمو العلم القانونى بوجه عام، والإدارى بوجه خاص، وفى خلق قانون إدارى يختلف بقواعده ونظرياته ومبادئه عن القانون المدنى.

ويعتبر هذا الازدواج أمراً طبيعياً، لأن النشاط الإدارى يهدف إلى تحقيق الصـــالح العام ولاينبغى أن يخضع للقواعد التى تحكم النشاط الخاص، فمن الطبـــيعى أن تتسلح الإدارة بسلطة تجعلها فى مركز أسمى من مركز الأفراد وتفرض إرادتها عليهم ولاتقف بالتالى معهم على قدم المساواة، ولذلك يجب التوفيق بين امتيازات الإدارة ومبدأ المشروعية، الذى يكفل حماية الأفراد فى مواجهتها[1].

---

(١) راجع :
- دكـــتـــور/ بكـــر القبانى، القانون الإدارى الكويتى، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٥ ص ٥٠.

وحتى يحقق القضاء الإدارى الغاية المرجوة منه يجب أن يعهد بنظر المنازعات الإدارية إلى قضاة متخصصين، وغير مقيدين بنصوص القانون المدنى، فيستطيعون بذلك وضع الحلول المناسبة لما يعرض عليهم من منازعات، ويطبقون عليها القواعد والمبادئ التى تحقق التوفيق بين حاجات الإدارة ومقتضيات الصالح العام من جهة، وحقوق الأفراد وحرياتهم من جهة أخرى، ولقد تكون القانون الإدارى من مجموع هذه القواعد والمبادئ التى اتبعها القضاء الإدارى الفرنسى.

ولكى نفهم العلة من ضرورة وجود محاكم إدارية متخصصة تطبق على المنازعات الإدارية قواعد وأحكاماً خاصة تختلف عن قواعد وأحكام القانون المدنى، ذلك أن العلاقات التى تنشأ بين الإدارة والأفراد تختلف فى طبيعتها عن طبيعة العلاقات الفردية، إذ يسود الأخيرة مبدأ المساواة المطلقة لأن المصالح المتعارضة كلها مصالح خاصة ومتساوية فى أهميتها، بينما لايسود هذا المبدأ علاقات الإدارة بالأفراد، بل ترجح كفة الإدارة على كفة الأفراد، وذلك لأن الإدارة تمثل الصالح العام، بينما الأفراد يدافعون عن مصالحهم الخاصة ويستهدفون بتصرفاتهم دائماً تحقيق هذه المصالح، وإذا تعارضت المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، وجب تفضيل المصلحة العامة، ولهذا تتمتع الإدارة باسم المصلحة العامة بحقوق وامتيازات وسلطات لايتمتع بها الأفراد كحق إصدار اللوائح وحق مباشرة سلطات البوليس المختلفة التى تتضمن تقييد للحريات الفردية، وتتجسد فى صورة أوامر ونواهٍ يلتزم الأفراد باحترامها والخضوع لها[1].

ولما كانت مهمة القاضى عند نظره للمنازعات الإدارية هى محاولة التوفيق بين هذه المصالح المتعارضة وغير المتكافئة، فإن قواعد القانون المدنى القائمة على مبدأ المساواة لاتسعفه فى هذا السبيل، ومن ثم نفهم العلة فى ضرورة وجود قواعد مختلفة عن قواعد القانون المدنى، وبالتالى ضرورة إنشاء محاكم متخصصة لنظر المنازعات الإدارية[2].

وهذه الاعتبارات هى مادعت كثير من الدول إلى الأخذ بالنظام الفرنسى وأن تحذو حذوه ومثال ذلك مصر، وسوريا، ولبنان.

والنظام الفرنسى بايجاده محاكم متخصصة وغير مقيدة بنصوص القانون المدنى، أتاح الفرصة لابتداع هذه القواعد والنظريات التى تكون فى

---

(١) انظر :
- دكتور/ محمود محمد حافظ، القضاء الإدارى، المرجع السابق، ص ١٤٧.

(٢) انظر :
- دكتور/ محمود محمد حافظ، القضاء الإدارى، المرجع السابق، ص ١٤٨.

مجموعهـا القـانون الإدارى، ووجـود القانون الإدارى أصبح هو الأساس الجديد الذى حل محل الأساس التاريخى القديم لنشأة القضاء الإدارى، وصار هـو المـبرر لـبقاء هـذا الـنظام، فالمنازعات الإدارية تحتاج إلى قضاة متخصصـين تتوافر لديهم القدرة الفنية، والكفاية الخاصة لتطبيق قواعد هذا القانون ومبادئه.

ويتبين لنا مدى الاختلاف بين المنازعات الإدارية والمنازعات التى تنشأ بين الأفراد وحدهم، فتمثيل الإدارة للصالح العام وتصرفها باسمه يقتضى ألا تـتعامل علـى قدم المساواة مع الأفراد، وهذا يستلزم بدوره استبعاد أحكام القانون المدنى القائمة على المساواة التامة وصياغة نظريات وقواعد جديدة تتفق مع طبيعة المنازعات الإدارية، وتذلل للقاضى المهمة العسيرة الشاقة، مهمة التوفيق بين الصالح العام وحماية حقوق الأفراد.

ولقد تنبه المشرع الدستورى فى الكويت إلى هذه الحقيقة فلم يغلق الباب بـنص دسـتورى صريح يتعذر تعديله إذا اقتضت الضرورات فى المستقبل وجـود قضاء إدارى مستقل ومتميز عن القضاء العادى، بل إنه على عكس ذلـك قد فتح الباب واسعاً أمام إقامة قضاء إدارى فى البلاد، بالنص صراحة فى صلب الدستور على إمكانية ذلك[1].

فـبعد أن أفصح عن ميله إلى الأخذ بفكرة وحدة القضاء، أشار بمناسبة الحديـث عن السلطة القضائية إلى أن " ينظم القانون الفصل فى الخصومات الإداريـة بواسطة غرفة أو محكمة خاصة...." (المادة ١٦٩ من الدستور). ونـص فـى المادة (١٧٠) من الدستورعلى أن "يرتب القانون الهيئة التى تـتولى إبـداء الـرأى القانونى للوزارات والمصالح العامة، وتقوم بصياغة مشـروعات القوانيـن واللوائـح، كما يرتب تمثيـل الدولة وسائر الهيئات العامة، أمام جهات القضاء"، عاد المشرع الدستورى ــ قطعاً لدابر كل خلاف قد يثور حول مدى جواز إقامة قضاء إدارى ــ فأوضح فى المادة ١٧١ من الدسـتور أنـه "يجـوز بقانون إنشاء مجلس دولة يختص بوظائف القضاء الإدارى والافـتاء والصياغة المنصوص عليها فى المادتين السابقتين"، كما نـص فى المادة (١٧٢) من الدستور على أن "ينظم القانون طريقة البت فى الخلاف على الاختصاص بين جهات القضاء، وفى تنازع الأحكام".

---

(١) راجع :
- دكـتور/ عـثمان عبدالملك الصالح، السلطة اللائحية للادارة فى الكويت والفقه المقارن وأحكام القضاء، المرجع السابق، ص ٩٨ و ٩٩.

ويرى الباحث أنه يستفاد من هذه النصوص أن المشرع الدستورى فى الكويت قد قطع دابر كل خلاف قد يثور حول دستورية إنشاء قضاء إدارى مستقل ومتميز عن القضاء المدنى فى الكويت أو عدم دستوريته، وهو خلاف قد ثار فعلاً فى مصر عند التفكير فى إنشاء مجلس دولة بها فى ظل دستورها الصادر عام ١٩٢٣ الذى سكت ولم يتناول موضوع القضاء الإدارى، وكانت الحجة أن نظام القضاء المزدوج يتضمن مخالفة لمبدأ الفصل بين السلطات الذى نص عليه الدستور. كما يتعارض مع نص المادة ٣٠ منه والتى كانت فى رأى البعض أنها تعطى سلطة الفصل فى القضايا للمحاكم العادية، فلا يجوز لغيرها أن تشاركها فيها[١].

كما يستفاد من تلك النصوص أيضاً أن المشرع الدستورى قد فوض الأمر للمشرع العادى وجعل له الخيار بين الأخذ بنظام القضاء الموحد، وذلك بإعمال نص المادة ١٦٩ من الدستور أو الأخذ بنظام القضاء المزدوج وذلك بوضع المادة ١٧١ من الدستور موضع التنفيذ، دون أن يأمره فى هذه الشأن أو ينهاه، وغاية مافى الأمر أنه ألزمه بوجوب تنظيم غرفة أو محكمة خاصة، يكون لها الولاية الكاملة فى ممارسة القضاء الإدارى شاملاً ولاية الإلغاء وولاية التعويض بالنسبة للقرارات الإدارية المخالفة للقانون، وذلك فى حالة استعماله للرخصة الواردة فى المادة ١٧١ والتى تعطى إمكانية إقامة قضاء إدارى ومستقل ومتكامل كما سبق القول.

---

(١) راجع :
- دكتور/ عثمان خليل عثمان، مجلس الدولة ورقابة القضاء لأعمال الإدارة، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ٤٦ .
- دكتور/ محمد كامل ليله، الرقابة على أعمال الإدارة، دراسة مقارنة، الكتاب الثانى، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت ١٩٧١، ص ٢٧٦.

المطلب الثالث

الرقابة على دستورية اللوائح

تعرض دستور الكويت لموضوع الرقابة على دستورية القوانين واللوائح فى المادة ١٧٣ التى نص فيها على أن :

"يعين القانون الجهة القضائية التى تختص بالفصل فى المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين واللوائح، ويبين صلاحياتها والاجراءات التى تتبعها.

ويكفل القانون حق كل من الحكومة وذوى الشأن فى الطعن لدى تلك الجهة فى دستورية القوانين واللوائح.

وفى حالة تقرير الجهة المذكورة عدم دستورية قانون أولائحة يعتبر كأن لم يكن"[1].

وجاء فى المذكرة التفسيرية للدستور تعليقاً على هذا النص أن الدستور قد آثر "أن يعهد بمراقبة دستورية القوانين (واللوائح) إلى محكمة خاصة يراعى فى تشكيلها وإجراءاتها طبيعية هذه المهمة الكبيرة، بدلاً من أن يترك ذلك لاجتهاد كل محكمة على حده، مما قد تتعارض معه الآراء فى تفسير

---

(١) وجه أحد النواب سؤالاً للخبير الدستوري (رحمه الله أستاذنا الدكتور/ عثمان خليل عثمان) حول موضوع المادة (١٧٣) لأهميتها؟ فأجاب موضوع هذه المادة النصوص الدستورية التي يتضمنها هذا الدستور لابد وأن تحترم وإنما إذا كانت مجرد نصوص على ورق يسمح بمخالفتها دون رد المخالفة فلا يصبح هناك قيمة للنصوص الدستورية، فضمان احترامها إنما يكون بوجود القضاء الذي يستطيع أن يرد المخالفة ويقول أن هذا القانون مخالف للدستور وأن هذه اللائحة مخالفة للدستور، وفي معظم البلاد التي ليس فيها مثل هذا النص احتفظت لنفسها بحق أن تقضي بعدم دستورية القانون أو عدم دستورية اللائحة، إنما هذا الوضع معيب من ناحية أنه يمكن لأي قاض أن يعطل أي قانون أو أية لائحة، لذلك كان الاتجاه الحديث نحو إيجاد محكمة خاصة تختص دون غيرها بأن تقرر ما إذا كان القانون دستوريا أو غير دستوري وما إذا كانت اللائحة موافقة للدستور أو مخالفة له، هذه المحكمة التي من مستوى عال يراعى في تشكيلها اعتبارات كأن تكون ممثلة لأعضاء مجلس الأمة ممثلة مثلا لعضوية أو رئاسة وزير العدل ووجود أغلبية من رجال القضاء بهذا التشكيل الخاص تصبح مراقبة دستورية القوانين ليست في يد القاضي العادي إنما في يد محكمة عليا. (مضبطة المجلس التأسيسي، الجلسة ٢٢، ص ٢٣ – ٢٤).

النصـــوص الدســـتورية أو يعرض القوانين (واللوائح) للشجب دون دراسة لمختلف وجهات النظر والاعتبارات. فوفقاً لهذه المادة يترك للقانون الخاص بـــتلك المحكمـــة الدســـتورية مجـــال إشراك مجلس الأمة بل والحكومة فى تشـــكيلها إلـــى جانب رجال القضاء العالى فى الدولة، وهم الأصل فى القيام علـــى وضـــع التفســـير القضـــائى الصحيح لأحكام القوانين، وفى مقدمتها الدستور، قانون القوانين".

ويســـتفاد من نص المادة ١٧٣ من الدستور وتعليق المذكرة التفسيرية عليها مايلى :

١- أن الدستور قد نظم بنفسه الرقابة على دستورية القوانين واللوائح ولـــم يـــترك ذلك لاجتهاد الفقه والقضاء، إلا أنه لم ينظمها تنظيماً كاملاً بل اكتفى بوضع الخطوط العامة والعريضة لتلك الرقابة، وترك أمر تفصيل ذلك لقانون يصدر بهذا الخصوص ويلتزم بالمبادئ الأساسية والخطوط العريضة الـــتى أشار إليه الدستور، وعلى خلاف ذلك نجد أن الدستور المصرى لسنة ١٩٧١ قـــد عقد فصلاً كاملاً للمحكمة الدستورية العليا، هو الفصل الخامس مـــن الـــباب الخامس منه، وهو مايدل على مدى إدراك المشرع الدستورى لخطـــورة الوظـــيفة المســـندة لتلك المحكمة، كما يدل على أنه ينزلها منزلة خاصة[1].

٢- أخـــذ الدســـتور الكويـــتى بمركزية الرقابة على دستورية القوانين واللوائح فالهيئة القضائية التى أشار إليها سوف تكون مختصة دون غيرها بالقيام بتلك الرقابة، ذلك أن نص الدستـــور علـــى إنشائها يعنى امتناع كل طرق الرقابة الأخرى بعد تمام ذلك الإنشاء.

ويترتب على ذلك أن المحاكم العادية (المنظمة بقانون تنظيم القضاء رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩، لاتملك رقابة دستورية القوانين واللوائح ولاتملك بالتالى

---

(١) يتشابه الدستور المصرى فى ذلك مع الدستور الايطالى والدستور اليوغسلافى.
راجع :
- دكتور/ عثمان عبدالملك، الرقابة القضائية أمام المحكمة الدستورية فى الكويت (دراسة تحليلية نقدية مقارنة)، المرجع السابق، ص ١٢.
- دكـــتور / على الباز، الرقابة على دستورية القوانين فى مصر، رسالة دكتوراه، مقدمة لكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية، ١٩٧٨، ص٦٥٠.

الامتناع عن تطبيقها بحجة عدم مطابقتها للدستور. فالدستور قد ساوى إذن بين القانون واللائحة فى مجال الرقابة على الدستورية أى مخالفة كل منهما لنص دستورى قائم أو الخروج على روحه ومقتضاه، مع أن القانون من صنع السلطة التشريعية واللائحة من صنع السلطة التنفيذية. ومن ناحية أخرى فرق الدستور بين اللائحة والقرار الإدارى الفردى مع أن كليهما من صنع السلطة التنفيذية، فوكل رقابة دستورية اللائحة إلى المحكمة الخاصة المشار إليها فى المادة ١٧٣، أما رقابة دستورية الأمر الإدارى الفردى فوكله إلى غرفة أو محكمة خاصة أخرى أو مجلس الدولة المشار اليها فى المادتين ١٦٩، ١٧١ من الدستور.

٣- ويستفاد من نص المادة ١٧٣ أن الرقابة على دستورية اللائحة تنحصر فى مدى مطابقتها للدستور أما رقابة مشروعيتها، أى مدى مطابقتها للقانون أو لقاعدة تنظيمية صدرت بأداة أعلى منها، فلا تمارسها سوى الغرفة أو المحكمة الخاصة أو مجلس الدولة المشار اليها فى المادتين ١٦٩، ١٧١ من الدستور[1].

وأن الرقابة على دستورية الأوامر الإدارية الفردية، وكذلك مشروعيته، مخولة إلى الغرفة أو المحكمة الخاصة أو مجلس الدولة المشار اليها.

٤- ورد نص المادة ١٧٣ من الدستور على أن " يعين القانون الجهة القضائية..." غير أن هذه الهيئة لاتضم حتماً عناصر قضائية خالصة، بل يجوز أن يشترك فى أعمالها عناصر من مجلس الأمة ومن الحكومة، أىمن السلطتين التشريعية والتنفيذية، وهذا مايستفاد من نص المذكرة التفسيرية للدستور حيث تقول : "آثر الدستور أن يعهد بمراقبة دستورية القوانين واللوائح إلى محكمة خاصة يراعى فى تشكيلها وإجراءاتها طبيعة هذه المهمة الكبيرة... ووفقاً لهذه المادة يترك للقانون الخاص بتلك المحكمة الدستورية مجال إشراك مجلس الأمة والحكومة فى تشكيلها إلى جانب رجال

---

(١) راجع في ذلك :
- دكتور/ عثمان عبدالملك، النظام الدستوري والمؤسسات السياسية في الكويت، المرجع السابق، ص ٦٥٣.

القضاء". ولو أنه يتعين أن يظل العنصر القضائى هو الغالب[1]، وإلا تحولت إلى هيئة سياسية على خلاف النص الصريح للدستور[2].

ولم تنص المادة ١٧٣ من الدستور على تحديد عدد أعضاء الجهة القضائية التى تختص بالرقابة على دستورية القوانين واللوائح، ونود لو كان المشرع الدستورى أكثر وضوحاً وتحديداً فى هذا الخصوص، كما هو الحال فى كثير من الدول[3].

٥- الرقابة التى تمارسها المحكمة الخاصة هى رقابة إلغاء، فالفقرة الثانية من المادة ١٧٣ تنص على أن "يكفل القانون حق كل من الحكومة وذوى الشأن فى الطعن لدى تلك الجهة فى دستورية القوانين واللوائح". فهى رقابة تمارس إذن بدعوى إلغاء أصلية ترفع أمام المحكمة الخاصة وهى كذلك رقابة لاحقة تفترض صدور القانون أو اللائحة فعلاً.

ويرفع الطعن بإلغاء القانون أو اللائحة من الحكومة، أو من ذوى الشأن من الأفراد، غير أنه حتى يجوز للفرد رفع الدعوى يجب أن يكون "من ذوى الشأن" أى أن تكون له مصلحة فى رفع الدعوى. فهى ليست إذن (دعوى حسبة) يجوز لأى فرد رفعها ولو لم تكن له مصلحة فى ذلك، ولايجوز للقانون الذى يصدر بانشاء تلك الجهة القضائية أن يحرم الأفراد من حقهم الذى قرره لهم الدستور فى اللجوء اليها، وإن كان له أن ينظمه دون أن ينتقص منه.

---

(١) لمزيد من التفصيل يراجع :
- دكتور/ رمزى الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستورى، المرجع السابق ص ٥٦٣.
- دكتور/ عبدالفتاح حسن، مبادئ النظام الدستورى فى الكويت، المرجع السابق، ص ١٥١.
- دكتور/ عثمان عبدالملك، التنظيم الدستورى للرقابة على أعمال الإدارة فى الكويت، المرجع السابق، ص ٢٦.
- دكتور/ يحيى الجمل، النظام الدستورى فى الكويت، المرجع السابق، ص ١٤٨.

(٢) دكتور/ عبدالفتاح حسن المرجع السابق، ص ١٥١.

(٣) نص الدستور العراقي الصادر في ١٩٢٥ فى المواد من ١٣٤ إلى ١٣٧ على إنشاء محكمة دستورية، تتكون من خمسة عشر قاضيا يختارون من بين القضاة وأساتذة القانون والمحامين الذين مارسوا المهنة لمدة عشرين سنة، على أن يعين رئيس الجمهورية خمسة منهم، ويعين البرلمان خمسة آخرين في جلسة مشتركة، كما يعين الخمسة الباقون عن طريق المجلس الأعلى، وهم جميعا يعينون لمدة ١٢ سنة، ولا يتقاعدون جميعا فى نفس الوقت بل بطريقة دورية....
وفى الدستور السورى لسنة ١٩٧٣ ورد نص المادة ١٢٩ على أن (تؤلف المحكمة الدستورية العليا من خمسة أعضاء يكون أحدهم رئيساً يسميهم رئيس الجمهورية بمرسوم).

٦- يكـــون حكـــم تلك الجهة بإلغاء القانون أو اللائحة ذا حجية عامة، ويلغى بأثر رجعى، أى من تاريخ صدوره وليس من تاريخ إقامة الدعوى بإلغائه ويعتبر كأن لم يكن.

وعلـــى ذلك لا يتصور إعادة عرض اللائحة التى قضى بعدم دستوريتها أمـــام المحكمة الدستورية، فحكمها يؤدى إلى تصفية النزاع حول الدستورية مرة واحدة وبصفة نهائية، لأنه ذو حجية عامة فى مواجهة مختلف السلطات والهيئات والأفراد وتلتزم به مستقبلاً سائر المحاكم[١].

(١) راجع :
- دكتور/ عثمان عبدالملك الصالح، الرقابة القضائية أمام المحكمة الدستورية في الكويت، المرجع السابق، ص ٣٤ ، ٣٥.

المبحث الثاني

موقف القضاء الدستوري

حـــق التقاضـــى من الحقوق الدستورية التى لا غنى عنها فى أية دولة قانونـــية، وهو يفترض تمكين كل متقاض من النفاذ إلى القضاء نفاذاً ميسراً لاتـــثقله أعباء مالية ولاتحول دونه موانع تشريعية أو عوائق إجرائية، ومن هنا حرص المشرع الدستورى فى الكويت فى المادة ١٦٢ من الدستور على أن يؤكـــد على أن القضاء "ضمان للحقوق والحريات"، وبحسب المادة ١٦٦ من الدستور فإن "حق التقاضى مكفول للناس" وعلى القانون فقط أن "يبين الاجـــراءات والأوضاع اللازمة لممارسة هذا الحق". بمعنى أنه ليس للقانون إلا كفالـــة ممارسة الحق، فـــلا يكـــون لـــه - بالتالى - أن يحـــدد حالات محـــددة لهـــذه الممارســـة، وأخـــرى لايجوز فيها - مثلاً - ممارسة حق التقاضى[1].

ونتناول بالدراسة موقف القضاء من رقابة دستورية القوانين قبل إنشاء المحكمة الدستورية وبعد إنشائها :

المطلب الأول: موقف القضاء من رقابة دستورية القوانين واللوائح قبل إنشاء المحكمة الدستورية.

المطلب الثاني: موقف القضاء الدستوري بعد إنشاء المحكمة الدستورية.

---

(١) دكـــتـــور/ محمـــود سامى جمال الدين، القضاء الإدارى فى دولة الكويت، المرجع السابق، ص ٢٦.

المطلب الأول

موقف القضاء من رقابة دستورية القوانين واللوائح قبل إنشاء المحكمة الدستورية

قبل صدور دستور الكويت، لم يكن مبدأ خضوع سلطات الدولة للرقابة على أعمالها قد استقر فى النظام القانونى للدولة، ومع ذلك فقد حرص المشرع فى المرسوم الأميري رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ على الأخذ بحق التقاضى، فنص فى المادة الأولى من القانون على أن "تختص المحاكم بالفصل فى جميع المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية وبالمسائل المدنية والتجارية وبالنظر فى جميع الجرائم إلا ما استثنى بنص خاص"، ثم أعقب ذلك بالنص فى المادة الثانية على أنه "ليس للمحاكم أن تنظر فى أعمال السيادة، ولها دون أن تلغى الأمر الإدارى أو توقف تنفيذه أو تؤوله أن تفصل فى المنازعات المدنية والتجارية التى تقع بين الأفراد والحكومة عدا الحالات التى ينص فيها القانون على غير ذلك".

ولقد تعرض دستور الكويت للرقابة على دستورية القوانين واللوائح في المادة (١٧٣) التي نص فيها على أن (يعين القانون الجهة القضائية التي تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين واللوائح ويبين صلاحياتها والإجراءات التي تتبعها – ويكفل القانون حق كل من الحكومة وذوي الشأن في الطعن لدى تلك الجهة في دستورية القوانين واللوائح – وفي حالة تقرير الجهة المذكورة عدم دستورية قانون أو لائحة يعتبر كأن لم يكن).

ولقد ترتب على تراخى المشرع فى إصدار قانون يتولى تنظيم الجهة القضائية المختصة بهذه الرقابة ويبين صلاحياتها وإجراءات العمل التى تتبعها، أن ثارت مسألة معرفة ما إذا كان للمحاكم العادية فى الكويت، أثناء تلك الفترة أن تراقب دستورية القوانين واللوائح وهى بصدد نظرها لقضية معينه وانتهت قناعتها إلى أن التشريع مخالفاً للدستور.

ووفقاً لمبدأ المشروعية لايقتضى أن تخضع سلطات الدولة للقانون بمعناه الواسع فحسب، بل إن مقتضياته أيضاً، أن تخضع كل قاعدة قانونية

لمـــا يعلوهـــا من قواعد، ومن هذا المنطلق، فإن كل تصرف يصدر من أية ســـلطة فى الدولة (تشريع - لائحة - قرار فردى) وخالف نصاً دستورياً أو قـــاعدة أعلى منها فى التدرج يُعد غير مشروع ويحق للقضاء الامتناع عن تطبيقه دون حاجة إلى نص صريح.

وأمـــام غيـــبة التنظـــيم الـــذى نص عليه الدستور فإن رقابة دستورية القوانيـــن واللوائـــح - وفقـــاً للـــرأى الراجح فى الفقه - يمكن أن تمارس بواسطة المحاكم المختلفة، لأنه لايمكن القول بوجود رقابة منظمة لدستورية القوانيـــن فى هذه الحالة، وفى هذا مايجيز للقاضى أن يمارس هذه الرقابة بواســـطة الامتـــناع عـــن تطبيق القوانين أو اللوائح التى يرى أنها مخالفة للدستور، باعتبار أن ذلك من صميم وظيفته الأساسية، وهى تطبيق القانون، وإذا مـــا تعارض أمامه قانونان أصبح ملزماً بتطبيق القانون الأسمى وإهدار القانون الأقل قيمة[1].

---

(١) راجع فى ذلك :

- دكـــتور/ عادل الطبطبائي، المبادئ الدستورية العامة، مطابع اليقظة، الكويت، ١٩٨٠، ص ١٤٨ ، ١٤٩.
- دكـــتور/ عـــثمان عبدالملك الصالح، ميكانيكية العلاقة بين السلطات في النظام السياسي الكويتـــي، مذكرات لطلبة كلية الحقوق، جامعة الكويت، ١٩٧٣ - ١٩٧٤، ص ٤٧ وما بعدها
- دكتور/ يحيى الجمل، النظام الدستورى فى الكويت، المرجع السابق، ص ٤١١.

وراجع عكس هذا الاتجاه :

- دكـــتور/ عبدالفـــتاح حسن، مبادئ النظام الدستورى في الكويت، المرجع السابق، ص ١٤٩ بقولـــه : (فبالنســـبة للقانون، لا تثور إلا مشكلة الدستورية، أي مدى مطابقته للدســـتور. ولمـــا كانت هذه المحكمة لم تنشأ بعد، فيمكن القول أنه لا توجد الآن رقابة علـــى دســـتورية القوانيـــن، لا من قبل محكمة خاصة لأنها لم تنشأ بعد، ولا من جانب القضـــاء العـــادي، لأن المشرع الدستوري وقد أشار إلى إنشاء محكمة خاصة يكون قد استبعد كل رقابة من القضاء العادي سواء في ذلك رقابة الإلغاء أو رقابة الإمتناع.

أمـــا بالنســـبة للائحة فرقابة دستوريتها، أي مدى مطابقتها للدستور، تأخذ حكم رقابة دستوريتها. أما رقابة شرعيتها في مواجهة نصوص أخرى غير النصوص الدستورية، مثل مـــدى مطابقـــتها للقانون، أو للوائح الأعلى منها درجة، فهذه لها شأن آخر. فهذه الرقابة ســـوف لا تمارســـها المحكمـــة الخاصـــة المشار إليها في المادة (١٧٣) لخروجها على اختصاصـــها. ولا تمارســـها الآن (قـــبل إنشـــاء الدائـــرة الإدارية) المحاكم العادية، وهى الممـــنوعة مـــن التعرض للأمر الإداري وفقاً لنص المادة الثانية من قانون تنظيم القضاء، سواء بإلغائه أو وقف تنفيذه أو تأويله، فيمتنع عليها التعرض للائحة من باب أولى..).

وقد أشار سيادته في هامش (١) ص ١٥٣ إلى أنه وإن كان الرأي الذي يجيز للقاضي أن يمارس رقابة الدستورية عن طريق الامتناع عن تطبيق القوانين التي يرى أنها مخالفة للدســـتور، أضـــعف مـــن الناحية القانونية، ولكنه مفيد عملياً، لأنه يسد الثغرة القائمة في التشـــريع والتـــي ســـوف تظل قائمة إلى أن يصدر قانون بإنشاء الجهة المنوط بها رقابة دستورية القوانين واللوائح.

ولقد رفض القضاء الكويتى الاعتراف لنفسه، أثناء تلك الفترة، بهذا الحق، انتظاراً لحين صدور القانون الذى أشار اليه الدستور، والذى ستنشأ بمقتضاه المحكمة الدستورية التى ستتولى القيام بمهمة الرقابة. حيث طعن أمام الدائرة التجارية لمحكمة الاستئناف العليا فى ١٦ مارس ١٩٧١ مقرراً أنه "ليس ثمة رقابة الآن على دستورية التشريع - قوانين كانت أم لوائح - لا من قبل الجهة القضائية الخاصة التى نص عليها الدستور، ولا من جانب القضاء العادى، لأن المشرع الدستورى وقد وكل الأمر إلى جهة خاصة، قد استبعد كل رقابة أخرى من القضاء العادى، سواء أكانت رقابة إلغاء أصلية أو رقابة امتناع، ومن ثم فليس للمحاكم إذعاناً لنص الدستور ممارسة أى ضرب من مراقبة دستورية التشريع، ولا سبيل لممارسة تلك الرقابة إلا بالطريق الذى رسمه الدستور دون سواه، وترتيباً على ذلك فلا مناص للمحاكم من تطبيق التشريع"(١).

وأمام هذا الاتجاه الذى سارت عليه المحكمة القضائية العليا فى الكويت، فإن بقية المحاكم القضائية لم تلجأ إلى ممارسة حقها فى الرقابة على دستورية القوانين واللوائح، وليس مرجع ذلك وجود إلزام قانونى لأحكام محكمة الاستئناف بالنسبة للمحاكم الأدنى درجة، إذ أن النظام القضائى الكويتى لايأخذ بنظام السوابق القضائية(٢).

ولقد تعرض هذا الاتجاه الذى سارت فيه محكمة الاستئناف العليا للنقد من جانب الفقه، ذلك أن من شأنه أن يتباطأ المشرع فى سن القانون الخاص بإنشاء المحكمة الدستورية، وبالتالى يضفى حصانة على تشريعات تخالف الدستورفى حين أن الدستور نفسه رأى ألا يضفى عليها تلك الحصانة، وحرمان المتقاضين من القاضى الذى يفصل فى منازعاتهم حول دستورية القوانين واللوائح بالمخالفة لحقهم فى التقاضى المقرر بصريح نص المادة ١٦٦ من الدستور، وهو حق لم يفوض المشرع العادى فى تقييده أو

---

(١) صدر هذه الحكم من الدائرة التجارية الأولى فى القضية رقم ١٦٢ لسنة ١٩٧٠ تجارى.

(٢) إلا انه بالرغم من أن قضاء المحكمة العليا فى السلم القضائى (محكمة استئناف) ليس ملزماً لأية محكمة أدنى إلزاماً قانونياً، فان المحاكم - مع ذلك - تحرص على تحرى إتجاهات هذه المحكمة العليا فى كل مسألة تعرض عليها، لأنها تعلم أنها إذا خالفت قضاء محكمة الاستئناف فإن الحكم الذى تصدره سيكون مصيره فى النهاية إلى أن يعرض على هذه المحكمة فتلغيه.

تحديـده، وإنمـا عهـد إلـيه فقـط فى شأن الإجراءات والأوضاع اللازمة لممارسته، لدرجة اعتبره البعض بمثابة مخالفة موضوعية للدستور[1].

وهكـذا يتضـح أن مبدأ المشروعية الذى كرسه الدستور قد تعطلت أهم ضـماناته، لمدة تربو على عشر سنوات وذلك بامتناع المشرع العادى عن إصدار الأحكام الضرورية لوضع المادة ١٧٣ المقررة للرقابة على دستورية القوانيـن واللوائح بوضعه موضع التنفيذ من ناحية، وعدم اعتراف القضاء لنفسه بحق ممارسة تلك الرقابة عن طريق الامتناع من ناحية أخرى، على الرغم من الفائدة العظيمة التى تتحقق بذلك الاعتراف والحجج القانونية التى تسنده[2].

---

(١) راجع :
- دكتور/ رمزى الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستورى، المرجع السابق، ص ٣٢٢، ٣٢٣.
- دكتور/ يحيى الجمل، النظام الدستورى فى الكويت، المرجع السابق، ص ٤١١ .

(٢) راجع :
- دكـتور/ عـثمان عـبدالملك الصالح، التنظيم الدستورى للرقابة على أعمال الإدارة فى الكويت ومحاولات وضعه موضع التنفيذ، المرجع السابق، ص ٣٠ ومابعدها.
- ومن الحجج التي ساقها الفقهاء في هذا الصدد :

١- أن الـرأي المؤيـد للـرقابة هو الأقرب إلى التفسير القانوني من ناحية وإلى روح الدستور من ناحية أخرى، ذلك أن الدستور الكويتي عندما نص على طريقة معينة للـرقابة (م ١٧٣) لا يعنـي أنـه قـد حال دون صور الرقابة الأخرى وحتى على افتراض أن نص المادة (١٧٣) من الدستور تعني حظر صور الرقابة الأخرى، فإن مـناط ذلك هو صدور القانون الذي دعا إليه الدستور لإنشاء المحكمة الدستورية، ومـن ثـم يرتبط الحظر بمعلوله وهو وجود المحكمة الدستورية الخليقة بالإنفراد بالرقابة.

٢- إن الأخـذ بالرأي المخالف يعني أن المشرع العادي يستطيع تعطيل روح الدستور بل ونصه في هذا الصدد بارتكابه مخالفة مستمرة.

٣- إن الجـو الذي وضع فيه نص المادة (١٧٣) من الدستور كان جو التسليم العام بحق القضاء في الإمتناع عن تطبيق القانون غير الدستوري، ومن باب أولى اللائحة غير الدسـتورية، ولذلك كان التسليم برقابة الامتناع (بطريق الدفع الفرعي) خلفية مؤكدة لنص المادة (١٧٣) المذكورة ومذكرتها التفسرية.

٤- إن منطق دستور يوضع فور الاستقلال وهو دون شك منطق الانتقال إلى وضع أفضل وإلـى مزيد من ضمانات الحرية ومبدأ المشروعية وسيادة القانون، ولذلك لا يتصور أن يقصـد المشـرع الدسـتوري أن تـبدأ الحياة الدستورية، بفراغ تام في الرقابة القضائية لدستورية القوانين إلى حين إنشاء المحكمة الدستورية.

٥- إن حـرمان القضاء من رقابة دستورية القوانين واللوائح في تلك الفترة يخالف ولاية القاضي الطبيعية المقررة دستوريا، حيث أن رقابة الامتناع من طبيعة عمل القاضي، ومـن ثـم تكـون الأصـل ويكون منعها استثناء لا يتحقق إلا بالأسلوب الدستوري والقانوني الواجب، ولا يكون ذلك باجتهاد يوسع نطاقه.

٦- إن حرمان المتقاضين من التقاضي الذي يفصل في منازعاتهم حول دستورية القوانين واللوائح مخالف لحقهم في التقاضي وهو حق دستوري مقرر في الكويت بصريح =

ومايسترعى الانتباه أن عدم إنشاء الجهة القضائية التى نص عليها دستور الكويت يجعلنا فى وضع قريب من الوضع الذى كان قائماً فى ظل دستور ١٩٢٣ في مصر والذى قرر القضاء لنفسه فى ظله حق رقابة دستورية القوانين[١].

كما أنه رغم أن دستور الولايات المتحدة الأمريكية لم يتضمن النص على تقرير سلطة القضاء في رقابة دستورية القوانين، ولكن مورست هذه السلطة نتيجة لموقف القضاء من ناحية، والفقه من ناحية ثانية. وعند نشأة هذا النوع من الرقابة القضائية، مارست المحاكم الأمريكية رقابتها على دستورية القوانين. وكانت هذه الممارسة – وككل جديد – بجرأة حيناً، وعلى استحياء أحياناً كثيرة، إلى أن تصدت المحكمة الإتحادية العليا بالفصل في

=

نص المادة (١٦٦) من الدستور. وهو لم يفرض المشرع العادي في تقييده أو تحديده، وإنما عهد إليه فقط في شأن الإجراءات والأوضاع اللازمة لممارسته.
راجع في عرض هذه الحجج وتفاصيلها :
- دكتور/ عثمان خليل عثمان، دستورية القوانين، ١٩٧٣ – ١٩٧٤، محاضرات نطلبة دبلوم القانون العام بكلية الحقوق – جامعة الكويت، على الآلة الكاتبة، ص ١٤٣ وما بعدها.
- دكتور/ عثمان عبدالملك الصالح، التنظيم الدستوري للرقابة القضائية على أعمال الإدارة في الكويت ومحاولات وضعه موضع التنفيذ، مجلة الحقوق، كلية الحقوق – جامعة الكويت، السنة العاشرة، العدد الثاني، يونية ١٩٨٦، هامش ٢٨، ص ٣٢ وما بعدها.

(١) راجع :
- حكم محكمة القضاء الإدارى بتاريخ ١٩٤٨/٢/١٠ فى القضية رقم ٥٥ للسنة الأولى القضائية س ٢، ص ٣١٥، حيث قررت المحكمة حق القاضى فى رقابة دستورية القوانين والامتناع عن تطبيق القوانين التى تصدر مخالفة للدستور.
- حكم محكمة القضاء الإدارى بتاريخ ١٩٥٠/٦/٢٦ حيث قررت المحكمة أن السلطة التنفيذية لاتستطيع أن تفرض من عندياتها ودون نص تشريعي قيوداً على الصحافة على اعتبار أن حرية الصحافة لاتحتمل سوى التنظيم القانونى أى الذى يصدر بقانون وليس بأداة أقل منه.
- حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر سنة ١٩٥٠ الذى قضى بحق السلطة التنفيذية فى أن تضع بعض الاجراءات التى تنظم استعمال حق الاضراب الذى اعترف به الدستور وأحال تنظيمه إلى قانون يصدر من السلطة التشريعية، وذلك فى انتظار صدور مثل هذا القانون.

مشار إليها بمرجع الأستاذ الدكتور/ عبدالفتاح حسن، مبادئ القانون الدستورى فى الكويت المرجع السابق، ص ٥٤.

قضيـــة (ماربوري ضد ماديسون Marbury V. Madison في سنة ١٨٠٣). حيـــث حســـمت الموقف لصالح تقرير سلطة القضاة في عدم تطبيق القانون المخالف للدستور[١].

---

(١) ولـــم يقتصـــر الأمر – كما أوضح أستاذنا الدكتور/ أحمد كمال أبوالمجد في رسالته – على ســـلطة المحكمة الاتحادية العليا، بل امتدت هذه السلطة في رقابة الدستورية إلى سائر المحاكم الأمريكـــية، وهو ما أكده (مارشال) رئيس المحكمة العليا عندما أوضح أن وظيفة القاضي هى تطبـــيق القوانيـــن وتقرير أنها أوجب بالتطبيق عند قيام التعارض بينها. وأنه لا جدال في عدم جـــواز تطبـــيق القـــانون العادي إذا ما تعارض مع أحكام الدستور، باعتبار أن هذا الأخير هو التشريع الأعلى الذي تنضبط في إطاره حدود ممارسة السلطة المختلفة على النحو الذي رسمته إرادة الأمة وارتفعت به إلى حيث يكون مستعصياً على التعديل بالوسائل التشريعية الأدنى منه. فـــإن تجـــاوزت الســـلطة التشـــريعية هذا الإطار كان جزاء تجاوزها البطلان، وليس في رفض الســـلطة القضائية تطبيق قانون مخالف للدستور تجاوزاً أو اعتداء على السلطة الشتريعية، بل هـــى، إذ تفعـــل ذلـــك، إنمـــا تمارس وظيفتها في حل المشكلات القانونية الناجمة عن تعارض القوانين المتعلقة بالنزاع المطروح مع ما يعلوها من القواعد الدستورية.

– راجـــع فـــي حجج مارشال لتبرير سلطة القضاء الأمريكي في رقابة دستورية القوانين، ونقد هذه الحجج والرد عليها :

– دكتور/ أحمد كمال أبوالمجد، الرقابة على دستورية القوانين، المرجع السابق، ص ٢٨ ، ٢٩ ، ٣٩ وما بعدها.

المطلب الثاني

موقف القضاء الدستوري بعد إنشاء المحكمة الدستورية

إن الـــدول المعاصرة، وأيا كانت الفلسفة السياسية أو المذهب السياسي السائد فيها، قد سارت في الوقت الحاضر على الأخذ بفلسفة التدخل في شتى مناحـــي النشـــاط الفـــردي، الأمـــر الذي معه وجد الفرد نفسه – في علاقة بالســـلطة التشريعية – أمام طوفان من التشريعات والقوانين المتلاحقة، مما يخشى معه، وذلك أمر وارد لا محالة، تعارضها مع أحكام الدستور القائم.

والأخـــذ بالرقابة على دستورية القوانين لـــه أهميـــة كبيرة لمجابهة ما يعترى بعض هذه القوانين من شوائب، ذلك أن وجود محكمة دستورية يناط بها السهر على سلامة تطبيق أحكام الدستور، يمثل ضمانة فعالة ضد إساءة تطبيق الدستور نصاً وروحاً[1]، وأن الأخذ برقابة دستورية القوانين واللوائح لا يجسد الضمانة الفعالة لنفاذ الدستور فحسب، وإنما أيضاً، يمثل، من ناحية أولـــى، الجـــزاء الملائم على مخالفة التشريع العادي واللوائح للدستور، كما يمـــثل، مـــن ناحـــية ثانـــية الضمانة الأساسية الأكثر فعالية والأكثر أهمية للحريات العامة[2].

ولما كانت الرقابة على دستورية القوانين تمثل الضمانة الحيوية والفعالة لـــنفاذ أحكام الدستور، ومن ثم الضمانة الأكثر حيوية والأكثر فعالية لحماية ممارسة الحريات العامة التي تقررت في الدستور، كما تمثل الجزاء الطبيعي والمنطقـــي علـــى مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية.

فقـــد دفعـــت رغبة بعض أعضاء مجلس الأمة الكويتي في إنشاء جهة قضـــائية تخـــتص بالرقابة على دستورية القوانين إلى تقديم اقتراح بقانون إنشاء محكمة دستورية وذلك بتاريخ ٢٩ مايو سنة ١٩٧١، وعندئذ أعـــدت

---

(١) انظر :
– دكـــتور/ رمزي طه الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، الطبعة الثانية، مطبعة جامعة عين شمس، ١٩٨٠، ص ٤٥٤.

(٢) انظر :
– دكـــتور/ عبدالمنعم محفوظ، علاقة الفرد بالسلطة، الحريات العامة وضمانات ممارستها، دراســـة مقارنة، المجلد الأول والثاني، دار الهنا للطباعة، الطبعة الأولى، القاهرة، بدون سنة للطبع، ص ٣٢٩.

الحكومة مشروعاً مضاداً تقدمت به إلى مجلس الأمة بتاريخ ١٦ أبريل سنة ١٩٧٢. وبعد ذلك صدر قانون إنشاء المحكمة الدستورية رقم ١٤ لسنة ١٩٧٣، ونشر بالجريدة الرسمية في ١٩٧٣/٦/٢٤، وعمل به في ١٩٧٣/١٠/٢٤، وهو القانون الذي أنشأ لأول مرة في تاريخ الكويت (محكمة دستورية) يناط بها دون غيرها الرقابة على دستورية القوانين واللوائح. وهذا القانون الذي جاء استجابة لحكم المادة (١٧٣) من الدستور، وقد تبنى معظم الأحكام التي وردت بمشروع الحكومة.

وباستعراض نصوص القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٧٣ بإنشاء المحكمة الدستورية، والمرسوم رقم (١) الصادر بتاريخ ٦ مايو سنة ١٩٧٤ بشأن لائحة المحكمة الدستورية[١]، يتضح لنا أن المشرع قد بين كيفية تشكيلها، وطرق انعقادها، وحدد اختصاصاتها، وطرق الطعن بعدم الدستورية وأصحاب الحق في إثارته أمام المحكمة، ونص على القواعد الخاصة بإجراءات التقاضي أمامها ونظام سير العمل فيها، ثم أوضح أثر الحكم الصادر منها على القانون أو اللائحة.

ونعرض لبعض هذه القواعد وفق ما يستلزمه البحث وفقاً لما يلي :

أولاً : اختصاصات المحكمة الدستورية :

يتضح من مراجعة أحكام القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٧٣ بإنشاء المحكمة الدستورية، أن هذه المحكمة تتعدد وتتنوع اختصاصاتها على النحو التالي :

١ـ تفسير النصوص الدستورية :

وهذا الاختصاص وإن لم تنص عليه المادة (١٧٣) من الدستور صراحة فهو مستفاد من مضمون هذه المادة وتعليق المذكرة التفسيرية عليها، وفضلاً عن ذلك فإنه اختصاص مقرر لها بطبيعة الحال باعتباره نتيجة طبيعية لاختصاصها دون غيرها بنظر دعوى الدستورية.

---

(١) نشر هذا المرسوم في مجلة القضاء والقانون التي تصدر عن وزارة العدل الكويتية، السنة السادسة (العددان الأول والثاني)، سنة ١٩٧٥، ص ١٥٥ وما بعدها.

لذلك نصت المادة الأولى من قانون إنشاء المحكمة الدستورية صراحة على هذا الاختصاص بقولها، (تنشأ محكمة دستورية تختص دون غيرها بتفسير النصوص الدستورية..). والمحكمة الدستورية وهي تقوم بهذا التفسير تكون مقيدة بالتفسير الوارد في المذكرة التفسيرية للدستور في شأن بعض مواده، ذلك أن هذه المذكرة تختلف عن باقي المذكرات التفسيرية التي ترافق مشروعات القوانين، بأن لها قيمتها كتفسير رسمي ملزم لجميع السلطات والهيئات في الدولة ومن بينها المحكمة الدستورية[1].

٢ـ مراقبة السلطة التشريعية عن طريق الرقابة على دستورية القوانين :

بالنسبة للقوانين لا تثور إلا مشكلة دستوريتها أي مدى مطابقتها للدستور. وحسب نص المادة (١٧٣) من الدستور لا يباشر الرقابة على دستورية القوانين سوى الجهة القضائية الخاصة المنوه عنها في طلب تلك المادة.

وقد سار قانون إنشاء المحكمة الدستورية في هذا الاتجاه فقرر في مادته الأولى أن هذه المحكمة تختص دون غيرها بالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين.

٣ـ الرقابة على أعمال الإدارة عن طريق رقابة دستورية اللوائح ومشروعيتها :

ما يسترعى الانتباه أنه وفقاً لنص المادة (١٧٣) من الدستور تأخذ الرقابة على دستورية اللائحة أي مخالفة اللائحة لنص دستوري قائم أو الخروج على روحه ومقتضاه حكم الرقابة على دستورية القوانين فتكون من اختصاص المحكمة الدستورية دون سواها. أما رقابة مشروعيتها، أي مدى مطابقتها لقانون قائم، أو لقاعدة تنظيمية صدرت بأداة أعلى منها، فتخرج من اختصاص المحكمة الدستورية، وتكون من اختصاص إحدى الهيئات القضائية المشار إليها في المادتين (١٦٩ ، ١٧١) من الدستور (الغرفة أو المحكمة الخاصة مادة (١٦٩)، أو مجلس الدولة المادة (١٧١) من الدستور).

---

(١) راجع :
- دكتور/ عثمان عبدالملك الصالح، الرقابة القضائية أمام المحكمة الدستورية في الكويت دراسة تحليلية نقدية مقارنة، الطبعة الأولى، إصدار مجلة الحقوق، الكويت، ١٩٨٦، ص ٤١.

ولقـد سار قانون إنشاء المحكمة الدستورية في هذا الاتجاه عندما قصر اختصـاص هـذه المحكمـة علـى مراقبة دستورية اللوائح دون شرعيتها (مادة ١)، غير أن المشرع قد عاد ونص في المادة (٦) من القانون المذكور علـى اختصاص المحكمة الدستورية بالرقابة على مشروعية اللائحة أيضاً. حيـث قضـت هذه المادة بأنه (إذا قررت المحكمة الدستورية عدم دستورية قانون أو مرسوم بقانون أو لائحة أو عدم شرعية لائحة من اللوائح الإدارية لمخالفـتها لقـانون نافذ وجب على السلطة المختصة أن تبادر إلى اتخاذ ما يلـزم من تدابير لتصحيح هذه المخالفات، وتسوية آثارها بالنسبة للماضى). **وواضح ما بين هذين النصين من تناقض.**

٤ـ اختصاص المحكمة الدستورية بالفصل في الطعون الانتخابية الخاصة بمجلس الأمة والمجلس البلدي :

ورد نـص المـادة الأولى من قانون إنشاء المحكمة الدستورية على أن هـذه المحكمـة (تخـتص دون غيرها في النظر بالطعون الخاصة بانتخاب أعضـاء مجلس الأمة أو بصحة عضويتهم). وأشار في المادة الخامسة من القـانون المذكور إلى أن تقدم تلك الطعون إلى المحكمة مباشرة أو بطريق مجلس الأمة وفقاً للإجراءات المقررة لديه في هذا الشأن.

ومـن الملاحظ أن هذا الاختصاص جاء استجابة لما قررته المادة (٩٥) من الدستور التي تقول (يجوز بقانون أن يعهد بهذا الاختصاص "أي الفصل في صحة انتخاب أعضاء مجلس الأمة" إلى جهة قضائية).

كمـا صدر القانون رقم ٥ لسنة ٢٠٠٥ في شأن بلدية الكويت متضمناً اختصاص المحكمة الدستورية بالنظر في الطعون الانتخابية المقدمة في شأن انـتخابات المجلس البلدي، ولكل ناخب أن يطلب إبطال الانتخاب الذي تم في دائـرته الانتخابية، ولكل مرشح طلب ذلك في الدائرة التي كان مرشحاً فيها، ويقـدم الطلـب إلى المحكمة الدستورية، خلال خمسة عشر يوماً من إعلان نتيجة الانتخاب وإلا كان غير مقبول (المادة ٢٢)[١].

ثانياً : طرق الطعن بعدم الدستورية وأصحاب الحق في إثارته أمام المحكمة :

تـنص المـادة الرابعة من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٧٣ على ما يلي: (ترفع المنازعات إلى المحكمة الدستورية بإحدى الطريقتين الآتيتين :

(١) منشور بالجريدة الرسمية – الكويت اليوم – العدد ٧١٠، السنة الحادية والخمسون، بتاريخ ٢٠٠٥/٤/٣.

أ - بطلب من مجلس الأمة أو من مجلس الوزراء.
ب- إذا رأت إحدى المحاكم أثناء نظر قضية من القضايا سواء من تلقاء نفسها أو بناء على دفع جدي تقدم به أحد أطراف النزاع، أن الفصل في الدعوى يتوقف على الفصل في دستورية قانون أو مرسوم بقانون أو لائحة، توقف نظر القضية وتحيل الأمر إلى المحكمة الدستورية للفصل فيه.

ويجوز لذوي الشأن الطعن في الحكم الصادر بعدم جدية الدفع، وذلك لدى لجنة فحص الطعون بالمحكمة الدستورية في خلال شهر من صدور الحكم المذكور، وتفصل اللجنة المذكورة في هذا الطعن على وجه الاستعجال).

ويستفاد من ذلك عدة أمور :

أولاً : مؤدى النص في فقرته الأخيرة على حق ذوي الشأن في الطعن لدى لجنة فحص الطعون بالمحكمة الدستورية في الحكم الصادر من محكمة الموضوع بعدم جدية الدفع المقدم أمامها بعدم دستورية القانون أو اللائحة، هو ضرورة إنشاء لجنة لفحص الطعون بالمحكمة الدستورية، وقد تم ذلك بإصدار لائحة المحكمة المذكورة التي نصت في مادتها الثامنة على أن (تشكل لجنة فحص الطعون برئاسة رئيس المحكمة وعضوية أقدم مستشارين بالمحكمة ويتبع أمامها الإجراءات المقررة أمام المحكمة الدستورية).

ثانياً : أن الطعن بعدم الدستورية أمام المحكمة يكون بإحدى الطرق التالية :

أ- طريق الدعوى الأصلية المبتدأه :

ترفع منازعات الفصل في دستورية القوانين والمراسيم بقوانين واللوائح المقدمة من مجلس الأمة أو من مجلس الوزراء بطلب يودع قلم كتاب المحكمة يتضمن بيان موضوعه وأسانيده، والنص محل الطلب وأوجه مخالفته للدستور، وذلك دون أن تكون مسبوقة بدفع في دعوى منظورة أمام إحدى المحاكم.

ومن المبادئ التي قررتها المحكمة الدستورية في حكمها الصادر في ١١ يوليو سنة ١٩٨١ قولها (وحيث أنه عن الدفع المبدي من الحكومة بعدم قبول الدعوى فهو مردود بأنه وإن كان لمجلس الأمة طبقاً لحكم المادة الأولى من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٧٣ والمادة الأولى من المرسوم بإصدار لائحة المحكمة أن يطلب من المحكمة الدستورية تفسير نص دستوري معين، إلا أن له كذلك وفق أحكام المادة الرابعة من قانون إنشاء

المحكمة، والمادة الثالثة من لائحتها أن يلجأ إلى المحكمة للفصل في منازعة دستورية والتي يكفي لتوافرها وجود خلاف في دستورية تشريع يدور حوله رأيان في المجلس، ولا حاجة أن يتبنى المجلس رأياً محدداً بصدد دستوريته لكي تأخذ المنازعة الدستورية طريقها إلى المحكمة، إذ في ذلك قيد لم يتضمنه نص المادة الرابعة سالفة الذكر، ولا مساغ كذلك لقياس المنازعة الدستورية على الخصومة المعروفة في فقه المرافعات توصلاً إلى القول أنه مادام لم ينسب للحكومة موقفاً محدداً فيما أثير من نقاش حول دستورية النص المطعون فيه فإن الأمر لا يشكل منازعة أو خصومة بالمعنى المتعارف عليه. وذلك لأن هذا القياس هو قياس مع الفارق لاختلاف كل من المنازعتين طبيعة وحكماً، فضلاً عن ذلك فإن المحكمة الدستورية بما لها من سلطة التقدير في تكييف الطلب أن تقدر من جانبها ما إذا كان الطلب المطروح هو في حقيقته طلب تفسير أو يتضمن منازعة دستورية... ومما سلف يتضح أن الطلب يتضمن منازعة في دستورية المادة (١١٤) سالفة البيان وليس طلب تفسير حسبما ذهبت إليه مذكرة الحكومة، وأنه وقد اختار المجلس هذا المسلك – وهو من إطلاقاته – فإنما يكون قد اتخذ السبيل المقرر له قانوناً مما يغدو معه الدفع بعدم القبول فاقد الأساس متعين الرفض[1].

ب ـ طريق الدفع الفرعي بعدم الدستورية :

وصورتها أن يطعن أحد الأفراد أمام محكمة الموضوع بعدم دستورية القانون أو اللائحة المراد تطبيقها في قضية هو طرف فيها، فإن اقتنعت المحكمة بجدية الدفع أوقف النظر في القضية المنظورة أمامها وباشرت هى اختصاصها في تحريك الرقابة الدستورية، وذلك بإحالة الطعن بعدم الدستورية للفصل فيه، وإذا لم تقتنع محكمة الموضوع بجدية الدفع وقررت رفضه، فان رفضها لا يكون نهائياً وإنما يحق لمقدم الطعن أن يطعن على حكمها أمام لجنة فحص الطعون في المحكمة الدستورية. وهذه اللجنة إما أن

---

(١) حكم المحكمة الدستورية في الطعن رقم ٢ لسنة ١٩٨١ (دستوري) جلسة ١٩٨١/٧/١١.
حيث انتهت إلى أن (اشتراط المادة (١١٤) من اللائحة الداخلية أغلبية خاصة لرفض إقرار المراسيم بقوانين.. لا مخالفة فيه للمادة (٩٧) من الدستور... اشتراط الأغلبية الخاصة في هذه الحالة أساسه أنها صدرت ونشرت ودخلت حيز التنفيذ مرتبة لآثار ومراكز قانونية مما ينبغي معه لزوال أثرها أن يتقرر ذلك بأغلبية تفوق الأغلبية اللازمة لإقرار مشاريع القوانين).

تؤيد حكم محكمة الموضوع بعدم جدية الدفع وقرارها يكون نهائياً، وإما أن تقضي بإلغاء حكم محكمة الموضوع بعدم جدية الدفع وتحيل القضية إلى المحكمة الدستورية[1].

ولا تملك لجنة فحص الطعون في المحكمة الدستورية الفصل في الدعوى الدستورية، بل يقتصر اختصاصها على النظر في جدية الدفع بانتفاء شبهة اللدد في الخصومة وتأخير الفصل في الدعوى.

ويشترط لقيام الحق في رقابة الدستورية، على هذا النحو، أن تكون هناك خصومة جادة وموضوعية أمام محكمة الموضوع، وأن يكون تطبيق القانون أو اللائحة المطعون في عدم دستوريتها أمراً لازماً للفصل في الدعوى المطروحة، وأن يكون الشك في عدم دستوريته منطقياً ومعقولاً.

وحيث أنه بالنظر لخطورة المنازعة الدستورية ولنوعيتها الخاصة فقد أناط المشرع بقاضي الدعوى الأصلية تقدير جدية الدفع المبدي أمامه بعدم الدستورية، وأنه تحقيقاً لهذا الغرض فلا معدى له من استقراء ظواهر النصوص موضوع النزاع واستبانة أوجه مطابقتها أو مخالفتها لأحكام الدستور على نحو يبين منه احتمال قبول الدفع فيما لو عرض على المحكمة الدستورية، ثم تأتي لجنة فحص الطعون في المحكمة الدستورية لتبسط رقابتها على الحكم الصادر برفض الدفع مقدرة وفاحصة الأسس والأسانيد التي انبنت عليها المنازعة الدستورية لتحقيق الجدية فيها فتكون لها الكلمة النهائية بهذا الشأن[2].

ج - طريق الإحالة من إحدى المحاكم لموضوع فحص الدستورية من تلقاء نفسها :

بالإضافة إلى حق الأفراد في الدفع بعدم دستورية قانون معين أو لائحة. أعطى المشرع للقاضي العادي أو الإداري الذي ينظر الدعوى الأصلية الحق في إحالة موضوع فحص الدستورية إلى المحكمة الدستورية من تلقاء نفسه لمعرفة الحكم بالنسبة للقانون أو اللائحة التي ستطبق على النزاع.

---

(١) يفهم من عموم نص المادة الرابعة أن دفع الأفراد بعدم دستورية من الدفوع التي يجوز إبداؤها في أية حالة تكون عليها الدعوى.

(٢) راجع :
- حكم المحكمة الدستورية في الطعن رقم ٢ لسنة ١٩٨٢ (دستوري)، جلسة ١٩٨٢/٦/٢٨.

وظاهـــر وجه الشبه الكبير بين هذه الطريقة وطريقة الدعوى الأصلية، غـير أنهما يختلفان من حيث أن طريق الإحالة يستلزم وجود نزاع منظور أمام محكمة الموضوع، فهذه الطريقة تشبه الدعوى الأصلية من حيث أنها لا تجعـل إثارة موضوع الدستورية متوقف على دفع بعدم الدستورية يتقدم به أحـد الأفـراد أمام محكمة الموضوع، وتبتعد عنها لتقترب من طريق الدفع الفرعـي من حيث أنها تستلزم وجود قضية منظورة أمام محكمة الموضوع كشرط لاتخاذ قرار الإحالة[1].

ثالثاً : الاختصاص بالرقابة على مشروعية اللوائح :

نصـت المـادة الأولى من قانون إنشاء المحكمة الدستورية على أنه : (تنشـأ محكمـة دستورية تختص دون غيرها بتفسير النصوص الدستورية وبالفصـل فـي المـنازعات المتعلقة بدستورية القوانين والمراسيم بقوانين واللوائـح وفـي الطعـون الخاصة بانتخاب أعضاء مجلس الأمة أو بصحة عضويتهم، ويكون حكم المحكمة الدستورية ملزماً للكافة ولسائر المحاكم).

كمـا جاء في المادة السادسة من هذا القانون أنه : (إذا قررت المحكمة الدستورية عدم دستورية قانون أو مرسوم بقانون أو لائحة أو عدم شرعية لائحـة مـن اللوائـح الإداريـة لمخالفتها لقانون نافذ، وجب على السلطة المختصـة أن تـبادر إلى اتخاذ ما يلزم من تدابير لتصحيح هذه المخالفات، وتسوية آثارها بالنسبة للماضي).

ومـن سـياق هذيـن النصـين يتضـح أن رقابة واختصاص المحكمة الدسـتورية يقتصـر علـى فحص دستورية القوانين واللوائح، ولما كانت اللوائـح باعتـبارها قـرارات إدارية بطبيعتها، وتتمتع في الظروف العادية بمرتـبة إلزامية أدنى من القوانين، فمن المحتمل إذن أن يشوبها عيب من عـدم المشروعية أي صدورها بالمخالفة لأحكام القوانين التي تعلوها وليس لأحكـام الدسـتور ذاتـه، فقـد ثار التساؤل حول مدى اختصاص المحكمة الدسـتورية بفحـص مشـروعية اللائحـة وليس دستوريتها أي بالمطابقة للقوانين وليس للدستور.

---

(١) راجع :
- دكتور/ عثمان عبدالملك الصالح، الرقابة القضائية أمام المحكمة الدستورية في الكويت، المرجع السابق، ص ٤٦.

١ـ موقف الفقه :

ذهب معظم الفقه قبل إنشاء الدائرة الإدارية إلى تأييد اختصاص المحكمة الدستورية فحص شرعية اللوائح كاختصاص أصيل لها، تباشره من خلال اختصاصاتها المقررة في المادة الأولى، أو استناداً إلى المادة السادسة مباشرة، لسد الثغرة التي خلقها المشرع العادي بعدم إنشاء القضاء الإداري، وبالتالي يُعد هذا الحكم مؤقتاً إلى حين قيام القضاء الإداري أو الدائرة الإدارية التي نص عليها القانون[١].

أما بعد إنشاء الدائرة الإدارية عام ١٩٨١ ذهب جانب من الفقه إلى أن المحكمة الدستورية لم تعد صاحبة اختصاص بنظر شرعية اللوائح، وبموجب قانون إنشاء الدائرة الإدارية تكون المادة السادسة من قانون المحكمة الدستورية قد عدلت مما يلغى هذا الاختصاص، وينعقد الاختصاص بنظر مشروعية اللائحة للدائرة الإدارية. فالدائرة الإدارية وهي الجهة التي حددها المشرع الدستوري للنظر في مشروعية اللوائح تحديداً تمنع غيرها من التصدي لهذا الموضوع. فالدستور لم يمنح المشرع العادي رخصة وضع نصوص تحد أو تنقص شيئاً من الولاية القضائية الكاملة للدائرة الإدارية بالنظر في المنازعات الإدارية على إطلاقها دون تقييد أو استثناء، ومنها النظر في مشروعية اللائحة، وأن نص المادة (٦) من قانون إنشاء المحكمة الدستورية يصبح مخالفاً للدستور وغير نافذ بالنسبة إلى هذه الدائرة مادامت تتعارض في تقييدها لاختصاص الدائرة الإدارية مع المادة (١٦٩) من الدستور[٢]، كما أن نص المادة السادسة من قانون المحكمة الدستورية يعد لاغياً فيما يخص مراقبتها لمشروعية اللوائح، لسبب بسيط وهو أن التشريع اللاحق يعدل التشريع السابق فيما بينهما من تعارض[٣].

---

(١) راجع :
- دكتور/ عثمان عبدالملك، الرقابة القضائية أمام المحكمة الدستورية في الكويت، المرجع السابق، ص ٦٨.

وراجع أيضاً :
- دكتور/ عادل الطبطبائي، النظام الدستوري في الكويت، المرجع السابق، ص ٩٠٣.

(٢) راجع :
- دكتور/ عثمان عبدالملك، الرقابة القضائية أمام المحكمة الدستورية في الكويت، المرجع السابق، ص ٦٩ وما بعدها.

(٣) راجع :
- دكتور/ محمد العتيبي، القانون الإداري، الجزء الثاني، أساليب تنظيم الرقابة القضائية (دعوى الإلغاء)، مذكرات على الآلة الكاتبة لطلبة كلية الحقوق – جامعة الكويت، بدون تاريخ للنشر، ص ٦٨.

ويـــرى جانـــب آخـــر مـــن الفقه أن الاختصاص المشار إليه في المادة السادسة من قانون إنشاء المحكمة الدستورية لم يلغ تماماً، وأن مفهوم هذا الاختصـــاص كـــان ولازال يعني إمكانية تصدي المحكمة الدستورية لشرعية اللائحـــة بمناسبة الدفع بعدم دستوريتها وفقاً لمقتضى اختصاصات المحكمة الدستورية في المادة الأولى من قانون تنظيمها[1].

ويؤكد البعض على عدم اختصاص المحكمة الدستورية بنظر مشروعية اللوائح، ومع ذلك توجد حالة واحدة تبقى المحكمة الدستورية مختصة بنظر مشـــروعية اللوائـــح فيها، ويتحقق ذلك عندما يطعن أحد الأفراد بدستورية لائحـــة مـــن اللوائح وتنظرها المحكمة الدستورية، ولكن يتبين لها أن هذه اللائحـــة مخالفـــة للقانون كذلك، فعندها يكفي المحكمة الدستورية أن تحكم بإلغـــاء اللائحة لعدم مشروعيتها دون الحاجة إلى البحث في عدم مطابقتها مع أحكام الدستور، ففي هذه الحالة يعتبر الاختصاص بنظر مشروعية اللوائح من قبيل الاختصاص المشترك بين المحكمة الدستورية والدائرة الإدارية[2].

٢ـ موقف القضاء :

ذهبت المحكمة الدستورية في حكمها الصادر في ١٩٧٩/٥/١٢، أي في وقـــت لم تكن فيه الدائرة الإدارية قد صدر قانون إنشائها، وبالتالي لم يكتب لولاية الإلغاء التي نص عليها الدستور التطبيق بعد، إلى أن (المادة السادسة

---

(١) راجع :
- دكـــتور/ محمود سامي جمال الدين، القضاء الإداري في دولة الكويت، المرجع السابق، ص ١١٩.

(٢) راجع :
- دكـــتور/ عـــادل الطبطبائي، النظـــام الدستـــوري فـــي الكويـــت، المرجـــع السابق، ص ٩٠٥ ، ٩٠٦.
ويضيف سيادته (وقد يقال أن المحكمة الدستورية عليها أن تحيل القضية عندما يتبين لها مخالفة اللائحة للقانون إلى الدائرة الإدارية للفصل فيها. ويمكن الرد على ذلك بالقول، أن قانون المحكمة الدستورية لا يسمح لها بهذه الإحالة إلى محكمة أخرى، إضافة إلى أن المحكمة الدستورية تعتبر محكمة مستقلة عن الجهاز القضائي).
- دكـــتور/ محمـــد عبدالمحســـن المقاطع والدكتور/ أحمد حمد الفارسي، القانون الإداري الكويتـــي، المـــرجع الســـابق، ص ٤٥، (أن إمكانية المحكمة الدستورية في النظر في اللوائـــح قـــبل إنشـــاء المحكمة الإدارية كان أمراً لا يمكن فيه الاختلاف لوضوح النص والملاءمـــة بســـبب عدم وجود قضاء إداري، أما بعد إنشاء القضاء الإداري فإنه يمكن للمحكمـــة الدستورية النظر فقط في شرعية اللوائح إذا كان ذلك النظر مؤدياً إلى الحكم بإلغائها وبالتالي تجنب عناء البحث في دستورية اللائحة).

من قانون إنشاء المحكمة الدستورية سالفة الذكر نصت بوضوح على سلطة المحكمة في الحكم بعدم شرعية اللوائح لمخالفتها لقانون نافذ بجانب ما نصت عليه من اختصاصها في الحكم بعدم دستورية القوانين أو المراسيم بقوانين أو اللوائح، وورود النص على هذا النحو الواضح والمتوازن يقطع بما لا يقبل الشك في اختصاص هذه المحكمة في النظر على استقلال في شرعية اللوائح ومدى مخالفتها لقانون نافذ – أي غير معيب – واختصاصها في ذلك اختصاص أصيل لا تبعي، والقول بغير هذا يجافي صراحة النص ويخرج عن مفهومه ومقتضاه، ولا يمكن المحاجة بالمادة (١٦٩) من الدستور بمقولة أنها احتجزت للقضاء الإداري سلطة الفصل في الخصومات الإدارية شاملة ولاية الإلغاء، ذلك أن المقرر دستورياً أن القانون هو الذي يرتب جهات القضاء ويحدد نطاق ولايتها ويوزع الاختصاص بينها، كما أنه هو الذي يقرر الحقوق ويحدد وسائل المطالبة بها، فإذا أنشأ القانون محكمة معينة وأسند إليها دون غيرها اختصاصاً محدداً بالفصل في بعض الخصومات أصبحت هى الجهة القضائية المختصة بحسم هذه الخصومات دون أن يؤثر في اختصاصها أو ينال من ولايتها أن هذا الاختصاص كان داخلاً من قبل في ولاية جهة قضائية أخرى مادام القانون هو الأداة الدستورية التي تملك ترتيب ذلك، فضلاً عن أن اللائحة – كما سلف القول – وإن كانت قراراً إدارياً من ناحية المصدر إلا أنها قانون من ناحية الموضوع مما يسوغ حكم المادة السادسة من قانون إنشاء المحكمة الدستورية ويوجب إعمالها في المنازعة القائمة وليس في الأمر خروج على أحكام المادة (١٦٩) من الدستور على أي وجه من الوجوه وعلى ضوء ما تقدم يكون الدفع بعدم اختصاص هذه المحكمة في النظر في هذا الطعن في غير محله ويتعين رفضه)[1].

ولا ريب في أن مؤدى هذا الحكم، وهو من الأحكام الملزمة للكافة، وهو أول الأحكام المتعلقة بمنازعة دستورية في القوانين واللوائح، أن يخرج الاختصاص بفحص مشروعية اللوائح عموماً من اختصاص القضاء الإداري ليكون من اختصاص المحكمة الدستورية وحدها، وبالتالي يقتصر اختصاص القضاء الإداري والعادي – غير الدستوري – على فحص مشروعية القرارات الإدارية والفردية.

---

(١) انظر :
– حكم المحكمة الدستورية في الدعوى رقم ٧٩/١ (دستوري)، جلسة ١٩٧٩/٥/١٢، منشور في الكويت اليوم، العدد ١٢٤٧ السنة الخامسة والعشرون، ص ١٧ – ٢٤.

وبعد إنشاء الدائرة الإدارية بدأ الاعتراف لها بنظر الطعن في مشروعية اللوائـــح، بـــيد أن المحكمة الدستورية أقرت لنفسها بالحق بنظر مشروعية اللوائح من خلال الطعن بعدم دستوريتها حين يتبين لها أن اللائحة المطعون عليها مخالفة للقانون، أن تحكم بعدم مشروعيتها، دون حاجة إلى بحث مدى اتفاقهـــا مع أحكام الدستور، حيث قضت بأنه : (وحيث أنه بالنسبة للمنازعة بعـــدم مشروعية القرار المطعون فيه لمخالفتـــه للقانـــون المدني، فإنه لما كـــان القـــانون رقـــم ١٩٨١/٢٠ بإنشـــاء الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية والمعـــدل بالقانون رقم ١٩٨٢/٦١ قد عقد الاختصاص لتلك الدائرة في نظر المنازعات المتعلقة بالقرارات الإدارية، فردية كانت أم لائحية، بما غدا معه اختصاص المحكمة الدستورية منحصراً في دستورية القوانين واللوائح، أي متى كان أساس الطعن هو مخالفة التشريع لنص دستوري، فلا يمتد لحالات الـــتعارض بين اللوائح والقوانين، إلا في حالة واحدة حيث تختص المحكمة الدستورية بنظر شرعية اللوائح من خلال الطعن بعدم دستوريتها حين يتبين لهـــا أن اللائحـــة المطعون عليها مخالفة للقانون فيكون لها حينئذ أن تحكم بعدم مشروعيتها، دون حاجة إلى البحث في مدى اتفاقها مع أحكام الدستور، لمـــا كـــان ذلك وكانت المحكمة قد خلصت إلى عدم قبول الدعوى في شقها الدستوري بما لا مجال معه للبحث في أمر دستورية اللائحة المطعون عليها وتبعاً لذلك لا يجوز للمحكمة التعرض لبحث أمر مشروعيتها، بما تغدو معه المنازعة المطروحة غير مقبولة سواء في شقها الدستوري، أو ذلك المتعلق بعدم المشروعية وهو ما يتعين القضاء به)[1].

كمـــا أخـــذت محكمة التمييز بهذا الإتجاه بقولها : (وحيث أنه عن الدفع بعـــدم الدســـتورية فهـــو في حقيقته دفع بعدم المشروعية ذلك أنه لما كان القـــانون رقـــم ٢٠ لســـنة ١٩٨١ بإنشاء الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية المعـــدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٢ قد نص على اختصاص تلك الدائرة دون غـــيرها بـــنظر المـــنازعات المتعلقة بالقرارات الإدارية فردية كانت أم لائحـــية متى كان مبنى الطعن هو عدم الاختصاص أو وجود عيب في الشكل أو مخالفـــة القوانيـــن واللوائـــح أو الخطـــأ في تطبيقها أو إساءة استعمال السلطة، فإن مفاد ذلك أن اختصاص المحكمة الدستورية يقتصر على الفصل في دستورية القوانين واللوائح أي متى كان أساس الطعن مخالفة التشريـــع

---

(١) انظر :
- حكـــم المحكمـــة الدســـتورية رقم ١٩٨٩/٣، الصادر في ١٩٨٩/٦/٢٠، المنشور في الكويت اليوم، العدد ١٨٢٨، ص ٢٠ وما بعدها.

لنص دستوري قائم أو خروجه على روح النص ومقتضاه، وبذلك لا يمتد اختصاصها إلى حالات عدم المشروعية ولا يعقد لها الاختصاص بالنسبة لحالات التعرض بين اللوائح والقوانين إلا من خلال الطعن بعدم دستورية تلك اللوائح)[1].

ولما كانت المادة الأولى من قانون المحكمة الدستورية تقضي بأن حكم المحكمة الدستورية يكون ملزماً للكافة، **فإننا نعتقد** مع جانب من الفقه أن يكون الاختصاص بنظر الطعن في مشروعية اللوائح مشتركاً بين جهتي القضاء الدستوري والإداري، لما في ذلك من ميزة عملية لا تنكر تتلخص في أنه لمواجهة تحصن اللائحة من حكم القضاء الإداري بإلغائها لعدم المشروعية، بعد مضي ٦٠ يوماً من نفاذها، فإن باب الطعن المباشر فيها يبقى مفتوحاً أمام المحكمة الدستورية، بحيث إذا حكمت بعدم شرعيتها، تعين على السلطة المختصة – وفقاً لنص المادة السادسة – أن تبادر إلى اتخاذ ما يلزم من تدابير لتصحيح هذه المخالفة، وتسوية آثارها بالنسبة للماضي، وهو الأمر الذي يماثل تقريباً آثار الحكم بإلغاء اللائحة لعدم المشروعية[2].

رابعاً : حكم المحكمة الدستورية وآثاره :

الأصل أن تنظر المحكمة الدستورية المنازعات والطعون في جلسة علنية، والاستثناء هو أن تكون الجلسة سرية إذا كان ذلك ضرورياً ومراعاة للمصلحة العامة أو النظام والآداب العامة[3].

وتحكم المحكمة في المنازعة أو الطعن بغير مرافعة شفوية إلا إذا رأت المحكمة ضرورة تلك المرافعة، فلها عند ذلك سماع أطراف النزاع وذوي الشأن ومحاميهم، ولها أن تطلب مذكرات في الميعاد الذي تحدد لأطراف النزاع[4].

---

(١) راجع :
– حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٨٨/١٤٠ (تجاري)، الصادر بجلسة ١٩٩٠/٥/٢٨، مجلة القضاء والقانون، السنة التاسعة عشرة – يوليو ١٩٩٦، ص ٢٨.

(٢) راجع في ذلك :
– دكتور/ محمود سامي جمال الدين، القضاء الإداري في دولة الكويت، المرجع السابق، هامش (١)، ص ١١٩.

(٣) الفقرة الأولى من المادة (١١) من لائحة المحكمة الدستورية.

(٤) الفقرة الأخيرة من المادة (١١) من لائحة المحكمة الدستورية.

ونظراً لقيام إجراءات التقاضي أمام المحكمة الدستورية على أساس ميدأ المرافعات المكتوبة في مواعيد محددة يستطيع ذوو الشأن أن يقدموا خلالها مذكـراتهم ومـا يرون تقديمه من مستندات، فقد استبعد المشرع فكرة الحكم الغيابـي وقـرر عدم جواز وصف حكم المحكمة بأنه حضوري أو غيابي[1]. كمـا ورد نـص المادة (١٣) من لائحة المحكمة على أن المحكمة تنظر في المنازعة أو الطعن حتى ولو لم يحضر الخصوم.

وتقضي المادة الأولى من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٧٣ بأن (يكون حكم المحكمة الدستورية ملزماً للكافة ولسائر المحاكم).

وتنص المادة السادسة من القانون المذكور على أنه (إذا قررت المحكمة الدستورية عدم دستورية قانون أو مرسوم بقانون أو لائحة أو عدم شرعية لائحـة مـن اللوائـح الإدارية لمخالفتها لقانون نافذ، وجب على السلطات المختصـة أن تـبادر إلى اتخاذ ما يلزم من تدابير لتصحيح هذه المخالفات، وتسوية آثارها بالنسبة للماضي).

ويسـتبين لـنا مـن ذلك أن سلطة المحكمة الدستورية تتمثل في الحكم بإلغـاء القانون أو اللائحة متى ثبت لها عدم دستوريته، وأن حكمها ببطلان التشـريع وبإلغائـه لمخالفته للدستور له أثر رجعي، بمعنى أنه يكشف عن بطلان القانون منذ ولادته، فيعتبر كأن لم يكن من تاريخ صدوره لا من يوم صدور الحكم، وتبطل جميع الآثار المترتبة عليه منذ ذلك التاريخ، وعلى ذلك فـلا يتصور إعادة عرض التشريع الذي قضى بعدم دستوريته أمام المحكمة مـرة ثانـية، فحكمهـا يؤدي إلى قطع دابر النزاع حول دستورية التشريع وبصـفة نهائـية، لأنـه حكم ذو حجية عامة في مواجهة مختلف السلطات والهيئات والأفراد وتلتزم به جميع المحاكم الكويتية مستقبلاً.

---

(١) المادة (١٧) من لائحة المحكمة الدستورية.

المبحث الثالث

موقـف الفقـــه

تـرمى الـرقابة القضائية إلى تحقيق هدفين : الأول، ويتمثل فى حماية حقـوق الأفـراد وحرياتهم، ويتحقق هذا الهدف عن طريق إلغاء القرارات الإدارية أو التعويض عنها إذا مست حقاً للفرد أو نالت من حريته، أما الثاني فيـبدو فى تقويم الإدارة وإجبارها على احترام القانون والخضوع لسلطانه، ويكـون ذلـك عن طريق إلغاء القرارات التى تصدرها وتكون منطوية على مخالفة القانون(١).

ولقد دعا الدستور الكويتى إلى إنشاء غرفة أو محكمة خاصة يكون من اختصاصـها الـنظر فـى المـنازعات الإدارية سواء تضمنت طلبات إلغاء القـرارات الإداريـة المخالفة للقانون أو طلبات التعويض عن الأضرار التى ترتبت عليها، فتقضى المادة ١٦٩ من الدستور بأن "ينظم القانون الفصل فى المـنازعات الإداريـة بواسطة غرفة أو محكمة يبين القانون نظامها وكيفية ممارستها للقضاء الإدارى شاملاً ولاية الإلغاء وولاية التعويض بالنسبة إلى القرارات الإدارية المخالفة للقانون".

وقـد تأخر المشرع العادى فى إصدار هذا القانون، وهو ما جعل البعض يـرى فـى تقاعس المشرع عن إصدار القانون أنه يمثل نوعاً من المخالفة الموضوعية للدستور(٢).

ووفقـاً لنص المادة الثانية من قانون تنظيم القضاء فى الكويت الصادر بالمرسوم رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ "ليس للمحاكم أن تنظر فى أعمال السيادة، ولهـا دون أن تلغى الأمر الإدارى أو توقف تنفيذه أو تؤوله، أن تفصل فى المـنازعات المدنـية والتجارية التى تقع بين الأفراد والحكومة عدا الحالات التى ينص فيها القانون على غير ذلك". وورد بالمذكـرة التفسيريـة لهـذا

---

(١) راجع :
- دكتور/ فؤاد العطار، رقابة القضاء لأعمال الإدارة، الطبعة الثانية، المرجع السابق، ص ٨٣ ، ٨٤.

(٢) انظر :
- دكـتور/ عـثمان عبدالملك الصالح، ميكانيكية العلاقة بين السلطات فى النظام السياسى الكويتى (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص ٤٥.

القانون أن "الأوامر الإدارية التى تتعلق بأعمال السيادة، فهذه تنظر المحاكم المنازعات التى تقوم بشأنها ولكن لاتستطيع إلغاءها أو وقف تنفيذها أو تأويلها، بل كل ماتملكه فى شأنها هو أن تحكم بتعويض لمن أصيب بضرر من جراء أمر إدارى باطل "[1].

ويعتبر عدم تدخل المشرع فى وظيفة القضاء نتيجة طبيعية لمبدأ الفصل بين السلطات، ومن شأنه عدم تقييد حق التقاضى، لأن الاعتداء على هذا الحق، هو اعتداء فى الوقت نفسه على القضاء، عندما يحرمه من مباشرة وظيفته فى حل المنازعات، ويمنع الأفراد من الالتجاء إلى قاضيهم الطبيعى.

أولاً : حرمان المشرع الأفراد من طلب الإلغاء :

وقد ثار الجدل بين الفقه إزاء حرمان المشرع الأفراد من الحق فى طلب إلغاء الأوامر الإدارية غير المشروعة، اكتفاء بحقهم فى التعويض عما أصابهم من ضرر من جرائها.

الرأي الأول :

يرى جانب من الفقه أن التشريع الذى يغلق سبيل الطعن بالإلغاء فى القرارات الإدارية المشوبة بالبطلان مع الابقاء على الحق فى التعويض هو تشريع دستورى[2].

وفى هذا الاتجاه ذهبت محكمة القضاء الإدارى فى حكمها الصادر فى ١٥ مارس ١٩٥٤ إلى أنه (من المسلم به كأصل عام وغير قابل لأى جدل أن لكل إنسان حق المطالبة بحقه والدفاع عنه والتقاضى بشأنه، وهذا الحق مستمد من المبادئ العليا للجماعات منذ وجدت، ولم يخل دستور من دساتير العالم من النص عليه وتوكيده، وكل مصادرة وجدت لهذا الحق على إطلاقة تقع باطلة وغير مشروعة ومنافية للمبادئ المتعارف عليها وللأصول الدستورية المرعية. غير أن ذلك لايغل يد المشرع عن تنظيم وسائل المطالبة به وتحديدها بما يحفظ لصاحب الحق حقه مع مراعاة الروابط

---

(١) يستثنى من ذلك قرارات مجلس التأديب ضد الموظفين وذلك طبقاً للمادة ١٣٢ من قانون الخدمة المدنية، وبعض قرارات لجان الاعتراضات المشكلة بموجب قانون نزع الملكية للمنفعة العامة وذلك نزولا على حكم المادة ١٨ من قانون نزع الملكية للمنفعة العامة.

(٢) راجع فى ذلك :

- دكتور/عثمان خليل عثمان، دستورية القوانين، المرجع السابق، ص ١٠٢.

الاجتماعـية ومقتضـيات صالح الجماعة، وعلى ذلك أجيز نزع ملكية الفرد جـبراً عنه للمصلحة العامة بشرط تعويضه عن ذلك تعويضاً عادلاً، ولامراء في أن المشرع لم يغب عنه صواب هذا النظر عندما أصدر المرسوم بقانون رقـم ١٨١ لسنة ١٩٥٢ حتى أنه قصر في حكم المادة السابعة منه على طلبات الإلغاء وحدها المنوه عنها في المادة الثالثة من قانون مجلس الدولة دون طلبات التعويض المشار إليها في المادة الرابعة من هذا القانون (قانون ١٩٤٩). ولـو صـح في الجدل أن المرسوم بقانون رقم١٨١ لسنة ١٩٥٢ اسـتهدف مـنع التقاضي إطلاقاً سواء بالنسبة لطلبات الإلغاء أو التعويض، لأضحى قانوناً غير دستوري، وجاز للمحاكم الامتناع عن تطبيقه فيما جاوز الحـدود الدستورية، حسبما سلف بيانه. ولذلك فان الحظر الوارد في المادة السـابعة من المرسوم بقانون رقم ١٨١ لسنة ١٩٥٢ مقصور على طلبات إلغـاء قـرارات الفصـل التي تصدر بالتطبيق لأحكامه وفي الفترة المحددة لسريانه، ولاينسحب على طلبات التعويض الناشئة عن خطأ تطبيقه)[١].

وقـد أيد القضاء الإداري المصري حيناً هذا الاتجاه مستنداً في ذلك إلى الحجج الآتية :

١- أن قضـاء الإلغـاء هو قضاء مستحدث، فهو رهن بإرادة المشرع الـذي أنشأه، فاذا جاء المشرع بعد ذلك، وألغى حق الأفراد في طلب الإلغاء أو وقف تنفيذ بعض القرارات، فلا تثريب عليه، لأنه لم يفعل أكثر من إعادة الوضـع إلـى ماكـان عليه قبل إنشاء هذه الرقابة التي لاتعدو مجرد تنظيم لممارسة حق التقاضي[٢].

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٦٣٦ لسنة ٧ ق، الصادر في ١٥ مارس سنة ١٩٥٤، مجموعـة السنة الثامنه، ص ٩٦٩، وبذات المعنى حكمها في القضية رقم ٥٠٣ لسـنة ٧ ق، الصـادر في ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٤، السنة التاسعة، ص ٤٣، وحكمها في ٢٦ مـارس سـنة ١٩٥٧ السـنة الحادية عشرة، ص ٣١٥، وقد أيدت المحكمة الإدارية العليا هذا القضاء، في حكمها الصادر في ٢٧ أبريل سنة ١٩٥٧، السنة الثانية، ص٩٧٥، فقضـت بـأن _ما نصت عليه المادة السابعة من المرسوم بقانون المشار إليه (رقم ١٨١ لسـنة ١٩٥٢) مـن عدم جواز الطعن بالإلغاء أو وقف تنفيذ القرارات الصادرة بالتطبيق لأحكامـه، فإنه وإن جاء استثناء من الاختصاص المقرر للقضاء الإداري، إلا أنه لا تثريب علـى المشـرع إذا ما لجأ إلى تقريره للصالح العام.. ذلك أن هذا القانون لا ينطوي على مصادرة مطلقة للحقوق بدون تعويض عادل أو تحريم لاقتضائها في أية صورة..).

(٢) راجع :

- حكـم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٦٣٦ لسنة ٧ ق، جلسة ١٩٥٤/٣/١٥، س ٨، ص ٩٦٩.

٢- أن هـذا الحظـر لايخل بمبدأ المساواة أمام القانون بدعوى حرمانه لطائفـة مـن الأفـراد مـن حق الالتجاء إلى القضاء. ذلك أن هذا القانون لاينطوى على مصادرة مطلقة للحقوق بدون تعويض عادل أو لاقتضائها فى أيـة صـورة بل هو تنظيم لاستعمالها[1]. ولايفرق فى هذا الشأن بين أفراد طائفة من الموظفين تماثلت مراكزهم القانونية واتحدت فى خصائصها، وقد كانـت المحاكم المصرية قبل إنشاء مجلس الدولة بالقانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ ممـنوعة مـن التعرض للقرار الإدارى بالإلغاء أو وقف التنفيذ أو الـتعديل أو التأويل. فإذا استحدث قانون مجلس الدولة دعوى الإلغاء، فليس مايمـنع دستورياً من تعطيل هذا التشريع جزئياً فى وقت ما ولفترة محدودة إذا ما اقتضت المصلحة العامة ذلك.

ومايسـترعى الانتـباه أن القضاء الإدارى لم يقف عند هذا الحد، رغم مفسدة أسانيده، بل تقهقر فى موقفه إلى أبعد من ذلك حيث عرج إلى القول بـأن التشريع الذى يمنع الطعن بالإلغاء والتعويض يعتبر تشريعاً دستورياً. وهـو إتجـاه سـارت علـيه بعض أحكام المحكمة الإدارية العليا المصرية وحجـتها فـى ذلـك (... أن الأصل المسلم به هو أن القانون لايكون غير دسـتورى إلا إذا خـالف نصاً دستورياً قائماً أو خرج على روحه ومقتضاه، ومرد ذلك إلى أن الدستور - وهو القانون الأعلى فيما يقرره - لا يجوز أن يهـدره قانون وهو أداة أدنى، ويتحصل النص بعدم دستورية المادة الثانية مـن القـانون رقم ٦٠٠ لسنة ١٩٥٣ فى أنها تنطوى على مصادرة لحق الموظـف فـى تعويضه عن فصله، سواء بالطريق العينى وهو الإلغاء، أو بالطـريق المقـابل وهو التعويض عن فصله، إذا كان القرار قد وقع مخالفاً للقـانون، وعلـى مصـادرة لحقه فى الإنتصاف فى هذا الشأن عن طريق القضـاء، وعلـى إخـلال بمبدأ المساواة أمام القانون والقضاء، ولكن من الـبداهة أن هذا النص لايستقيم إلا إذا كان حق الموظف فى الوظيفة العامة هو من الحقوق التى يكفلها الدستور ذاته، وأن وسيلة إقتضاء حقه هذا عن طـريـق القضـاء هـو وسيلة يقررها الدستـور كذلك، وأن ثمـة إخلالاً بمبدأ المساواة أمام القانون والقضاء فى هذا الشأن، وإذن لا يجوز عندئذ أن يهـدر القانون مايقرره الدستور، أما إذا كان هذا الحق هو ماينشئه القانون أو يلغيه، وكذلك إذا كانت وسيلة اقتضائه هى مما ينظمه القانون على الوجه

---

(١) راجع :
- حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٥٠٣ لسنة ٧ ق، جلسة ١٩٥٤/١١/٢٣، س ٩، ص ٤٢، وحكمها في القضية رقم ٥٩٩٩ لسنة ٨ ق، جلسة ١٩٥٧/١/٣٠، س ١١، العدد الأول، ص ١٩٠.

الـــذى يـــراه، كما إذا كان القانون لايقوم على تمييز بين أفراد طائفة واحدة تماثلت مراكزهم القانونية، فلا يكون ثمة وجه للنعى بعدم دستوريته..).

واســـتطردت المحكمة بقولها (... إن نص المادة الثانية من القانون رقم ٦٠٠ لسنة ١٩٥٣ وإن جاء مضيقاً لاختصاص القضاء، مانعاً إياه من نظر المـــنازعات المشار إليها بذلك النص إلغاءً أو تعويضاً، إلا أنه لاوجه للنعى عليه بعدم دستوريته بدعوى مصادرته لحق التقاضى، ذلك أنه تجب التفرقة بيـــن المصـــادرة المطلقة لحق التقاضى عموماً وبين تحديد دائرة اختصاص القضـــاء، وإذا كـــان لايجوز من الناحية الدستورية حرمان الناس كافة من الالـــتجاء إلى القضاء للانتصاف، لأن فى ذلك مصادرة لحق التقاضى، وهو حـــق كفل الدستور أصله، إذ تكون مثل هذه المصادرة المطلقة بمثابة تعطيل وظـــيفة السلطة القضائية، وهى سلطة أنشأها الدستور لتمارس وظيفتها فى أداء العدالـــة مســـتقلة عن السلطات الأخرى. لئن كان كذلك، إلا أنه لايجوز الخلـــط بيـــن هـــذا الأمر وبين تحديد دائرة اختصاص القضاء بالتوسيع أو التضييق، لأن النصوص الدستورية تقضى بأن القانون هو الذى يرتب جهات القضاء ويعين اختصاصاتها.. وينبنى على ذلك أن كل ما يخرجه القانون من ولايـــة القضاء يصبح معزولاً عن نظره. وهذا أصل مـــن الأصول المسلمة، وقديمـــاً قالوا إن القضاء يتخصص بالزمان والمكان والخصومة. وعلى هذا الأصل الدستورى صدرت التشريعات الموسعة أو المضيقة لولاية القضاء فى جميع العهود وفى شتى المناسبات، كالنصوص التشريعية المانعة من النظر فى أعمال السيادة سواء بالإلغاء أو التعويض، وكالنصوص التى كانت تمنع القضاء من النظر فى طلبات إلغاء القرارات الإدارية أو وقف تنفيذها إلى أن أنشـــئ مجلس الدولة، فجعل ذلك من اختصاصه على الوجه المحدد بقانونه، وكتلك النصوص التى تمنع سماع الدعاوى فى شأن تصرفات السلطة القائمة علـــى إجـــراء الأحكام العرفية بعد انتهائها إلغاءً أو تعويضاً.. ولاشبهة فى دســـتورية هـــذه التشريعات جميعاً، مادام القانون هو الأداة التى تملك بحكم الدستور ترتيب جهات القضاء وتعين اختصاصاتها، ومن ثم فله أن يضيقها أو يوســـعها بالشـــروط والأوضـــاع التى يقررها، ولاوجه للنعى على المادة الثانـــية من القانون رقم ٦٠٠ لسنة ١٩٥٣ بأنها تنطوى على إخلال بمبدأ المســـاواة أمام القانون والقضاء لأن المقصود بالمساواة فى هذا الشأن هو عـــدم التميـــيز بين أفراد الطائفة الواحدة إذا تماثلت مراكزهم القانونية، ولم

يتضـمن القـانون المشار إليه أى تمييز من هذا القبيل بين الموظفين الذين تنطبق عليهم أحكامه...)[1].

وكمـا رأت المحكمـة فـى حكم آخر لها أنه (.. لا وجه فى هذا الصدد للاحـتجاج بـنص المادة (٣٥) من دستور جمهورية مصر العربية (دستور سنة ١٩٥٦) والتى تقضى بأن حق الدفاع أصالة أو بالوكالة يكفله القانون، لأن المقصـود من ذلك هوعدم حرمان المتقاضى من حق الدفاع عن نفسه. ومن البداهة أن محل إعمال ذلك حيثما يكون التقاضى بدعوى مباحاً قانوناً، أمـا إذا امتنع اختصاص القضاء بنظر دعوى، فغنى عن القول أنه لا يكون ثمـة مجال لإعمال هذا النص فيها، وذلك أن لكل من الأصلين الدستوريين، الأصـل الـذى يسـمح للسلطة التشريعية بتحديد دائرة اختصاص القضاء، والأصـل الآخـر الذى يكفل للمتقاضى فى دعوى متاحة هى من اختصاص القضـاء، حـق الدفـاع أصـالة أو بالوكالة، لكل من هذين الأصلين مجاله الخاص فى التطبيق فلا يجوز الخلط بينهما)[2].

ولقـد واجـه قضـاء المحكمة الإدارية العليا انتقادات عديدة فى هذا الصدد[3]. وقد ثار الجدل حول دستورية القوانين التى تحـرم القضاء مـن

---

(١) حكـم المحكمـة الإدارية العليا فى القضية رقم ١٥٦٥ لسنة ٢ ق، جلسة ١٩٥٧/٤/٢٧، مجموعة أحكام المحكمة، س٢، العدد الثانى، ص ٩٧٥ وحكمها فى ١٩٥٧/١٢/١٤، س ٣، ص ٣٦٠، وحكمهـا فـي الطعن رقم ١٦١ لسنة ٣ ق، جلسة ١٩٥٧/٦/٢٩، س ٣، ص ١٣٣٥، وحكمهـا فـي الطعـن ٩٢٩ لسنة ٣ ق، جلسة ١٩٥٨/٧/١٢، س ٣، ص ١٩٦١، وحكمهـا فـي الطعن رقم ١٦٠٩ لسنة ٦ ق، جلسة ١٩٦٣/٦/٢٩، س ٨، ص ١٤٤٨، وحكمهـا فـي الطعـن رقم ١١٣٩ لسنة ٧ ق، جلسة ١٩٦٤/٢/٨، س ٩، ص ٦٠٠، وحكمهـا فـي الطعـن رقم ١١١٦ لسنة ٧ ق، جلسة ١٩٦٤/٦/٢١، س ٩، ص ١٣٠٠، وحكمها في الطعن رقم ١١١٨ لسنة ٧ ق، جلسة ١٩٦٤/١٢/٢٧، س ١٠، ص ٢٧٧ وحكمها الصادر في الطعن رقم ١٢٠٥ لسنة ٧ ق، جلسة ١٩٦٥/٣/٢١، س ١٠، ص ٨٨٤.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا فى ١٩٥٨/٧/١٢، السنة الثالثة، ص ١٦٩١.
ويعلـق الأستاذ الدكتور/ ماجد راغب الحلوعلى ذلك بقوله (أن مسلك القضاء الإدارى المصرى فى ذلك لم يكن له أساس من المنطق أو القانون ولايفسره إلا الضعف الذى اتسم بـه نتيجة نظام الحكم الدكتاتورى الذى ساد فى هذه الفترة. إذ ليس من المعقول أن يقف القضـاء الإدارى المصـرى هـذا الموقف المخزى رغم أنه كان يبحث دستورية القوانين ويمتـنع عـن تطبـيقه غير الدستورى منها، فى حين أن مجلس الدولة الفرنسى الذى لا يعـترف لنفسـه ببحـث دستورية القوانين يقرر عدم الاعتداد بالقانون الذى يحرم الطعن بالإلغاء). فى مؤلفه "القضاء الإدارى"، المرجع السابق، ص ٢٨١.

(٣) راجع فى الانتقادات التى وجهت لقضاء المحكمة الإدارية العليا فى مصر فى الاتجاه المشار إليه فى المتن :
- دكـتور/ أحمـد كمال أبو المجد، الرقابة القضائية على دستورية القوانين فى الولايات المتحدة الامريكية والاقليم المصرى، المرجع السابق، ص ٦١٢ -٦٢٣.
- دكـتور/ سـليمان الطمـاوى، القضـاء الإدارى، الكتاب الاول، قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص ٣٨٢ ومابعدها.

رقابـــة بعـــض القرارات الإدارية فى فرنسا فقرر مجلس الدولة الفرنسى - رغـــم عدم اختصاصه ببحث دستورية القوانين - اعتبار مثل هذه القوانين عديمـــة الأثر، وذلك لأن دعوى الإلغاء تعتبر دعوى مفتوحة فى مواجهة كل قرار إدارى بصرف النظر عن النصوص لأنها تهدف إلى تحقيق احترام مبدأ المشروعية وذلك طبقاً للمبادئ العامة للقانون(١).

الرأي الثاني :

وهـــناك من اتجه إلى القول بأن حرمان الأفراد من حق التقاضى سواء بحظـــر حق الطعن بالإلغاء مع بقاء حق التعويض قائماً، أو الاثنين معاً، هو مســـلك غير دستورى مما يتعين إدانته نظراً لما يمثله من اعتداء على حق التقاضى الذى كفله الدستور(٢).

ويســـتند أصـــحاب هذا الرأى تأييداً لهذا الاتجاه، وهى فى الوقت نفسه الحجج التى يمكن أن تقال رداً على أصحاب الاتجاه القائل بدستورية الحظر بشقٍ منه أو بشقيه معاً :-

١- أن قضـــاء الإلغاء مستقل تماماً عن قضاء التعويض، وإباحة قضاء الـــتعويض لايمكن أن يحل محل قضاء الإلغاء، فإذا كان للفرد حق أصيل فى التقاضـــى، فإنـــه يجب أن يغطى نوعىً القضاء ، بحيث ينظر إلى المساس بقضاء الإلغاء ، مستقلاً عن قضاء التعويض.

---

(١)
C.E., 17 février 1950 , Dame Lamotte , R .D .P. , 1951 , P.478 , concl. Delvolvé , note waline.

(٢) لمزيد من التفصيل يراجع :
- دكتور/ أحمد كمال أبوالمجد المرجع السابق، ص ٦١٢ ومابعدها.
- دكتور/ سليمان محمد الطماوى، قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص ٣٧٢ ومابعدها
- دكـــتور/ عـــادل الطبطـــبائى، النظام الدستورى فى الكويت، المرجع السابق، ص ٨٦٦ ومابعدها.
- دكـــتور/ عـــثمان خلـــيل، مقال بعنوان " تطور القضاء الإدارى فى الجمهورية العربية المتحدة " المرجع السابق، ص ١١٥ ومابعدها.
- دكـــتور/ فـــؤاد العطار، مقال بعنوان " كفالة حق التقاضى" المرجع السابق، ص ٦٢١ ومابعدها.
- دكـــتور/ محمـــود حـــافظ، القضاء الإدارى، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ٣٥٢ ومابعدهـــا، ومـــرجعه فـــى القرار الإدارى، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ١٣٩ ومابعدها.

وهـذا أوضـح مـا يكون بالنسبة إلى قرار غير مشروع يمس الحرية، ويـريد أحد الأفراد أن يتخلص منه، أو قرار غير مشروع يحول بينه وبين اسـتعمال حق مقرر لـه، فكل ما فى الدنيا من أموال لا يمكن أن يغنى عن قضاء الإلغاء الذى هو بمثابة التعويض العينى[1].

وهكـذا فإن دعوى إلغاء القرارات الإدارية لا يمكن أن يغنى عنها تقرير دعـوى تعويض عن الأضرار التي تؤدى إليها هذه القرارات. شتان ما بين أن يكون تحت أيدى الأفراد والموظفين دعوى تكفل لهم إعدام القرارات التى تمـس مصـالحهم أو تهـدر حرياتهم، وإلغاء جميع الآثار التي ترتبها هذه القـرارات إلغـاءً كـاملاً وبأثر رجعي، واعتبارها كأن لم تكن، وبين دعوى التعويض التى تقنع بتقرير مادى عن الضرر دون أن تستأصل أصل الضرر. فدعوى الإلغاء تتضمن ردعاً للإدارة لا يمكن أن يحققه أى جزاء آخر. ذلك أن إلغـاء القـرار الصـادر بفصل أحد الموظفين فصلاً تعسفياً وإعادته إلى عملـه، لا يغنيه عن ذلك القضاء لـه بتعويض الموظف عن الأضرار التى أصابته بسبب فصله من الوظيفة[2].

٢- إذا كـان المشـرع هو الذى أنشأ قضاء الإلغاء، فهو لايستطيع فى الحقيقة والواقع، أن يلغيه فى الوقت الذى يريد، ذلك لأن من الأصول المسلم بهـا أن لكـل إنسان المطالبة بحقه والدفاع عنه والتقاضى بشأنه. والقرار الإدارى الـذى يصـدر على خلاف القانون، يمكن أن يعطل حق الفرد الذى يكفلـه الدستور، فكيف يمكن إعمال هذا الأصل إذا حرمنا المعتدى عليه من حـق طلب الإلغاء ؟!. إن بقاء الأفراد فترة من الزمن محرومين من قضاء الإلغـاء لايمكـن أن يهدر أصل حقهم فيه، وإلا لانطبقت الملاحظة هذه على قضاء التعويض كذلك.

٣- اذا كان من المسلم به أن الحق شىء والمطالبة به شىء آخر، وإن كـل وسيلة تهدف إلى ضمان اقتضاء صاحب الحق لحقه تعتبر كافية، إلا أن الدسـتور حدد وسيلة معينة ومحددة لمزاولة هذا الحق، وهذه الوسيلة هى المطالبة القضائية، مما يتعين معه التزام هذه الوسيلة دون غيرها، فلا يجوز للسلطة التشريعية تجاوزها، فالدستور خـول للسلطة القضائية وحدها حـق

---

(١) دكـتور/ سـليمان الطمـاوى، الـنظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ٤٢٨، ٤٢٩.

(٢) دكتور/ ثروت بدوى، القانون الإداري، المرجع السابق، ص ١٤٠.

الفصل فى الخصومات القضائية دون السلطتين التشريعية والتنفيذية، ولايمكن للسلطة القضائية أن تزاول وظيفتها التى أسندها إليها الدستور إلا إذا مكن الأفراد من وسيلة المطالبة القضائية. ويترتب على ذلك أن كل تقييد لهذه الوسيلة هو فى الحقيقة تقييد لوظيفة السلطة القضائية فى مزاولة اختصاصاتها لما ينطوى عليه من تعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات وإهدار للحقوق ذاتها التى كفلها الدستور.

ويؤكد الأستاذ الدكتور/ أحمد كمال أبو المجد علي أن (التقاضي بشأن الحقوق المختلفة، وإن أغفلت نصوص الدستور التصريح بذكره، فانه يعد نتيجة حتمية لمبدأ الشرعية والحكومة المقيدة، أن مقتضى هذا المبدأ أن تخضع كل سلطات الدولة للقانون وأن تلتزم صدوره، وهذا الخضوع لا يمكن أن تكون له قيمة عملية إلا إذا قام القضاء على رقابته وتوكيده، وبذلك يمكن القول أن الرقابة القضائية هى المظهر العملي الفعال لحماية مبدأ الشرعية، وأن سلطة المشرع إزاء حق التقاضي لا يجوز أن تتجاوز التنظيم إلى الإهدار والمصادرة، إذ أن إهدار هذا الحق يؤدي في الواقع إلى إهدار سائر الحقوق الأخرى المنصوص عليها في الدستور أو في إعلانات الحقوق..)[1]

ومن جانب آخر أن اشتراط أن تكون وسيلة اقتضاء الحق عن طريق القضاء مقررة فى الدستور، أمر غير مفهوم، ذلك لأن إعمال هذا الشرط على عمومه يؤدى حتماً إلى إهدار كل الحقوق حتى تلك التى كفلها الدستور ذاته، لأن الدستور لا ينص أبداً على وسيلة اقتضاء الحقوق، وإنماهو ينص على الحقوق ويكفلها، ومؤدى ذلك أن تتمتع هذه الحقوق بالحماية القانونية التى تتمثل فى تمكين الأفراد من التقاضى بشأنها، وتقرير الدستور لهذه الحقوق يعد خطاباً موجهاً إلى المشرع العادى بضرورة احترامها وكفالة أصلها، فإذا نص الدستور بعد ذلك على منح المشرع سلطة تنظيم تلك الحقوق، فهو تنظيم مقيد حتماً بضرورة كفالة الحق وصيانته دون الاعتداء عليه وإهدار أصله[2].

٤- لايمكن التسليم بأن المقصود بالمساواة أمام القضاء هو عدم التفرقة بين أفراد الطائفة الواحدة إذا تماثلت مراكزهم القانونية، وذلك لأنه إذا لم

---

(١) انظر :
- دكتور/ أحمد كمال أبوالمجد، رسالته (دستورية القوانين) المرجع السابق، ص ٦١٣ وما بعدها.

(٢) دكتور/ عادل الطبطبائى، النظام الدستورى فى الكويت، المرجع السابق، ص ٨٦٧، ٨٦٨.

يكـــن هـــناك شـــك فى أن التفرقة فى المعاملة بين أفراد ينتمون إلى نفس الطائفـــة يـــنطوى على إخلال بمبدأ المساواة، فان شمول المعاملة الخاصة لطائفـــة بأكملهـــا لا يكفى وحده لتبرئتها من شبهة المخالفة، ويكفى للتدليل على عدم صحة هذا النظر أن نتصور قانوناً ينص على حرمان موظفى عدد من المصالح أو المؤسسات من حقهم فى التقاضى عن شئون وظائفهم، فهل يـــرى أنصـــار حظـــر حـــق التقاضى بشق منه أو بشقيه - دعوى الإلغاء ودعـــوى الـــتعويض - أن مـــثل هذا القانون لايخالف مبدأ المساواة أمام القـــانون أو القضـــاء، وأن المقارنة يجب أن تتم بين أبناء الطائفة الواحدة دون مقارنتهم بغيرهم من الطوائف!.

ويرى أستاذنا المرحوم الدكتور/ عثمان خليل عثمان أنه لايجوز للمشرع دســـتورياً (... أن يحـــرم أية خصومة من أن يكون لها قاض ولو اقتصرت ولايـــته علـــى الـــتعويض دون الإلغاء، ووجه المخالفة فى حالة حظر كلتا الولايتين ليس مخالفة مبدأ المساواة حتماً وإنما مخالفة ذلك الحق الدستورى الـــذى اســـتقر فـــى ضمير الجماعة الحديثة وهو حق الفرد فى أن يجد لكل خصومة قاضياً، وبناءً عليه يخالف المشرع العـــادى هـــذا الحق الدستورى عندما يمنع ولايتى التعويض والإلغاء على السواء)[1].

ونخلص مـــن ذلـــك أن حظر حق التقاضى بشق منه (دعوى الإلغاء) أو بشـــقيه معـــاً (دعـــوى الإلغـــاء ودعوى التعويض) هو حظر غير مشروع ومخـــالف للدستور، ولعل مادفع المشرع الدستورى إلى تأكيد عدم دستورية مثل صور الحظر هذه، وذلك بالنص عليها فى الدستور فى بعض الدول كما فعل الدستور المصرى عام ١٩٧١ عندما نص فى المادة (٦٨) منه على أن "التقاضـــى حق مصون ومكفول للناس كافة، ولكل مواطن حق الالتجاء إلى قاضيه الطبيعى، وتكفل الدولة تقريب جهات القضاء من المتقاضين وسرعة الفصـــل فـــى القضايا، ويحظر النص فى القوانين على تحصين أى عمل أو قرار إدارى من رقابة القضاء".

ثانياً : مدى جواز الرقابة على دستورية القوانين واللوائح قبل إنشاء المحكمة الدستورية :

جـــاء الدســـتور الكويـــتى - كما رأينا - مقرراً الرقابة على دستورية القوانين واللوائـــح، ودعا المشرع العادى إلى إصـــدار قانون يتولى تنظيـــم

---

(١) دكتور/عثمان خليل عثمان، مقاله " تطور القضاء الإدارى فى الجمهورية العربية المتحدة " المرجع السابق، ص ١٢٣.

الجهـــة القضائية المختصة بهذه الرقابة ويبين صلاحياتها وإجراءات العمل التى تتبعها.

وعلى الرغم من أن الدستور الكويتى قد عُمـــل به منذ تاريخ ٢٩ يناير سنة ١٩٦٣ فلم يصدر قانون إنشاء المحكمة الدستورية إلا بتاريخ ٩ يونية سنة ١٩٧٣.

ولقـــد اختلف الفقه فى غيبة تنظيم هذه المسألة من قبل المشرع، فمنهم مـــن رأى أن المحاكم العادية ممنوعة من رقابة دستورية القوانين واللوائح طالمـــا أن الدستور قد نص على إنشاء محكمة خاصة لمباشرة هذه الرقابة، ومـــنهم من أجاز للمحاكم مباشرة هذا الحق عن طريق الامتناع عن تطبيق القوانين واللوائح المخالفة للدستور.

الرأي الأول : الامتناع عن بحث دستورية القوانين واللوائح :

- يـــرى جانـــب من الفقه أنه وفقاً لنص المادة الثانية من قانون تنظيم القضاء الكويتى الصادر بالمرسوم رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ يمتنع على المحاكم العادية تأويل القرارات (أو الأوامر) الإدارية أو وقف تنفيذها، كما أنه ليس لها أن تنظر أعمال السيادة، والقانون عمل تشريعى أسمى من هذه الأعمال التنفـــيذية، ومـــن ثم يجب أن يكون أولى منها جميعاً بهذه الحصانة، وعلى المحـــاكم إذن الامتـــناع عن بحث دستوريته. ذلك أن الدستور وقد دعا إلى إنشـــاء محكمة خاصة تمارس الرقابة على دستورية القوانين، فكأنه لم يقبل أن يمارســـها القاضـــي العادي[1]. ولما كانت هذه المحكمة لم تنشأ بعد، فلا توجـــد حينـــئذ مـــثل هذه الرقابة، لا من قبل محكمة خاصة، ولا من جانب القضـــاء العادي، لأن المشرع الدستوري وقد أشار إلى إنشاء محكمة خاصة يكون قد استبعد كل رقابة من القضاء العادي، سواء في ذلك رقابة الإلغاء أو رقابـــة الإمتـــناع. ويســـري هـــذا المنع منذ نفاذ الدستور وحتى قبل إنشاء المحكمة الدستورية الخاصة.

غير أنه يؤخذ على هذا الرأى :

أ- أن نـــص المـــادة ١٥ مـــن لائحة ترتيب المحاكم الوطنية فى مصر تضمنت نصاً مماثلاً للنص الكويتى المشار إليه. ولقـــد دُفـــع أمام المحاكـــم

---

(١) راجع :
- دكتور/ عبدالفتاح حسن، مبادئ النظام الدستورى الكويتى، المرجع السابق، ص ١٤٩، هامش (١)، ص ١٥٣.

المصـــرية بعدم اختصاصها ببحث دستورية القوانين استناداً إلى ذلك النص، إلا أن المحـــاكم هـــناك رفضـــت هـــذا الدفع وأعطت لنفسها الحق فى بحث دســـتورية القانون المطلوب تطبيقه، مستندة فى ذلك إلى أن (الحظر المشار إليه قاصر على الأوامر الإدارية لأسباب تتصل بحسن سير الإدارة الحكومية، فلا يتعداها إلى القوانين لعدم النص ولانعدام المقتضى، وللمحاكم إذا اقتنعت مـــن بحـــثها بعـــدم دســـتورية أى قانون، أن لاتتقيد به، وأن تطبق النص الدستـــورى دونـــه، وليس فـــى القانون ما يحول بينها وبين استعمال هذا الحق)[1].

ب- ثـــم أنـــه لـــو صح الاستناد إلى مثل ذلك النص لمنع المحاكم من مراقـــبة دســـتورية القوانين بحجة كونها أسمى من الأوامر الإدارية وأولى مـــنها بالضـــمان الوارد فى تلك المادة لصح الاستناد إلى نفس الحجة لمنع المحـــاكم من بحث قانونية اللوائح (أى موافقتها للقانون) لكونها أسمى من الأوامر الإدارية، وهو مالا يأخذ به الفقه والقضاء اللذان قد أجمعا على حق المحاكم فى مراقبة قانونية اللوائح[2].

وعليه فلا يجوز الاستناد إلى نص المادة الثانية من قانون تنظيم القضاء فـــى الكويـــت لإنكار حقه فى مراقبة دستورية القوانين أثناء الفترة السابقة على إنشاء المحكمة الدستورية.

ج- وقـــد يقـــال أن الدســـتور قد دعا المشرع إلى إنشاء محكمة خاصة تمـــارس هذه الرقابة، فلا توجد حينئذ رقابة على دستورية القوانين، لا من قـــبل محكمـــة خاصة لأنها لم تنشأ بعد، ولا من جانب القضاء العادى، لأن المشرع الدستورى وقد أشار إلى إنشاء محكمة خاصة يكون قد استبعـــد كل

---

(١) راجع :
- حكم محكمة مصر المستعجلة بتاريخ ١٩٣٨/١٢/٨ فى قضية مزرعة الجبل الأصفر.
- حكم محكمة مصر الكلية بتاريخ ١٩٤١/٥/١.

(٢) راجع :
- دكتور/ عثمان عبدالملك، مكيانيكية العلاقة بين السلطات فـــى النظـــام السياسى الكويتى (دراسة نظرية تطبيقية)، المرجع السابق، ص ٤٨.

وراجع في ذات المعنى :
- دكـــتوره/ سعاد الشرقاوى، دكتور/ عبدالله ناصف، القانون الدستورى والنظام السياسى المصرى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٩٣ - ١٩٩٤ ص ١٨٧.

رقابـــة من القضاء العادى، سواء فى ذلك رقابة الإلغاء أو رقابة الامتناع[1]. أو أنه كما انتهت محكمة الاستئناف العليا فى حكمها الصادر فى ١٦ مارس سنة ١٩٧١ (ليس ثمة رقابة الآن على دستورية التشريع - قوانين كانت أو لائحـــة - لا من قبل الجهة الخاصة التى نص عليها الدستور، ولا من جانب القضاء العادى - المحاكم - لأن المشرع الدستورى وقد وكل الأمر إلى جهة خاصـــة، قد استبعد كل رقابة أخرى من القضاء العادى، سواء أكانت رقابة إلغـــاء أصلية أو رقابة امتناع، ومن ثم فليس للمحاكم إذعاناً لنص الدستور ممارسة أى ضرب من مراقبة دستورية التشريع، ولاسبيل إلى ممارسة تلك الرقابة إلا بالطريق الذى رسمه الدستور دون سواه، وعلى ذلك لامناص من تطبيق التشريع)[2].

---

(١) راجع :

- دكـــتور/ عبدالفـــتاح حسن، مبادئ النظام الدستورى فى الكويت، المرجع السابق، ص ١٤٩، ونفس المرجع، ص ١٥٣ هامش ١، حيث يرى أن جواز قيام القاضى بممارسة الـــرقابة عن طريق الامتناع عن تطبيق القوانين التى يرى أنها مخالفة للدستور "أضعف مـــن الناحـــية القانونية، ولكنه مفيد عملياً، لأنه يسد الثغرة القائمة فى التشريع والتى سوف تظل قائمة إلى أن يصدر القانون المذكور".

(٢) انظر :

- حكـــم محكـــة الاســـتئناف العليا فى القضية رقم ١٦٢ لسنة ١٩٧٠ (الدائرة التجارية). ونظراً لأهمية هذا الحكم الصادر من أعلى محكمة في الكويت، في تلك الفترة، وتعرضه تفصـــيلاً لموضـــوع الرقابة على دستورية القوانين في النظام الدستوري الكويتي التي سبقت قانون إنشاء المحكمة الدستورية، فإننا نورد فيما يلي حيثياته كاملة :

(وحيـــث أن المحكمة في سبيل قول كلمتها في الدفع بعدم دستورية القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٦٩...، يتعين عليها البحث في حق المحاكم في ممارسة الرقابة على دستورية القوانين في ظل نصوص الدستور وقانون تنظيم القضاء.

وحيـــث أن دستور دولة الكويت المصدق عليه والصادر في ١٥ جمادى الثاني سنة ١٣٨٢ هجـــرية الموافـــق ١١ نوفمبر سنة ١٩٦٢ ميلادية، قد نص في المادة (١٦٤) مـــنه علـــى أن "يرتـــب القانون المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها ويبين وظائفها واختصاصـــاتها..."، وجـــرى نص المادة (١٦٦) منه بأن "حق التقاضي مكفول للناس ويبين القانون الإجراءات والأوضاع اللازمة لممارسة هذا الحق"، ونصت المادة (١٧٣) منه على أن "يعين القانون الجهة القضائية التي تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بدســـتورية القوانين واللوائح ويبين صلاحياتها والإجراءات التي تتبعها. ويكفل القانون حـــق كـــل مـــن الحكومة وذوي الشأن في الطعن لدى تلك الجهة في دستورية القوانين واللوائـــح. وفي حالة تقرير الجهة المذكورة عدم دستورية قانون أو لائحة يعتبر كأن لم يكـــن". وقـــد علقـــت المذكرة التفسيرية على ذلك بقولها "آثر الدستور أن يعهد بمراقبة دســـتورية القوانين (واللوائح) إلى محكمة خاصة يراعى في تشكيلها وإجراءاتها طبيعة هـــذه المهمـــة الكبـــيرة، بـــدلا من أن يترك ذلك لإجتهاد كل محكمة على حدة، مما قد تـــتعارض معـــه الآراء في تفسير النصوص الدستورية أو يعرض القوانين (واللوائح) للشـــجب دون دراســـة لمختـــلف وجهـــات النظر والإعتبارات. ووفقاً لهذه المادة يترك للقـــانون الخاص بتلك المحكمة الدستورية مجال إشراك مجلس الأمة بل والحكومة في تشـــكيلها إلـــى جانب رجال القضاء العالي في الدولة، وهم الأصل في القيام على وضع التفســـير القضـــائي الصـــحيح لأحكام القوانين وفي مقدمتها الدستور، قانون القوانين". ونصت المادة (١٨٠) منه على أن "كل ما قررته القوانين واللوائح والمراسيم =

ولقد تعرض اتجاه محكمة الاستئناف العليا إلى النقد من جانب الفقه، إذ
٨ يؤدى إلى تباطؤ المشرع القانونى فى إنشاء المحكمة الدستورية

=
والأوامر المعمول بها عند العمل بهذا الدستور، يظل سارياً ما لم يعدل أو يلغ وفقاً للنظام المقرر بهذا الدستور، وبشرط ألا يتعارض مع نص من نصوصه". ونصت المادة (١٨٢) على أن "ينشر هذا الدستور في الجريدة الرسمية ويعمل به من تاريخ اجتماع مجلس الأمة على ألا يتأخر هذا الاجتماع عن شهر يناير سنة ١٩٦٣". وجرت المادة الأولى من قانون تنظيم القضاء الصادر به المرسوم الأميري رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ والنافذ من أول نوفمبر سنة ١٩٦٠ بأن "تختص المحاكم بالفصل في جميع المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية وبالمسائل المدنية والتجارية وبالنظر في جميع الجرائم إلا ما استثنى). وجرى نص المادة الثانية بأنه (ليس للمحاكم أن تنظر في أعمال السيادة. ولها، دون أن تلغي الأمر الإداري أو توقف تنفيذه أو تؤوله، أن تفصل في المنازعات المدنية والتجارية التي تقع بين الأفراد والحكومة عدا الحالات التي ينص فيها القانون على غير ذلك".

وحيث أن الأمر يقتضي استقراء الحال من قبل ومن بعد صدور الدستور ونفاذه، ذلك بأن المادة الأولى من قانون تنظيم القضاء النافذ من قبل نفاذ الدستور بما يربو على سنتين، قد ناطت بالمحاكم ولاية الفصل في كافة المنازعات إلا ما استثني بنص خاص، ثم جاء من بعده الدستور قاضياً في المادة (١٧٣) منه بإنشاء جهة قضائية للفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين واللوائح بحيث إذا قررت تلك الجهة عدم دستورية شيء من هذا أو تلك اعتبر كأن لم يكن. وقد أخذ الدستور في ذلك بمبدأ الرقابة على دستورية القوانين واللوائح، وجعل منها رقابة إلغاء وأصلية ولاحقة لصدور القانون، وناط بها جهة قضائية ذات تشكيل خاص – على ما أشارت إليه المذكرة الإيضاحية – وجعل الرقابة غير مقصورة على القوانين فحسب، فمدها إلى اللوائح، وهى رقابة تنصرف بداهة إلى وجهي الشكل والموضوع على سواء، كما أن الدستور قد جعل إنشاء هذه الهيئة أمراً مقضياً، آيته أنه لم يدع إلى ذلك جوازاً كشأن نص المادة (١٧١) في شأن مجلس الدولة على أن "يجوز بقانون إنشاء مجلس دولة..." وإنما أوجب إنشاءها على أن يعينها القانون ويبين صلاحيتها والإجراءات التي تتبعها (المادة ١٧٣) بيد أنه لما كان هذا القانون لما يصدر بعد، فإن الأمر يقتضي الوقوف على الأثر المترتب على عدم إنفاذ إرادة الشارع الدستوري.

وحيث أن هذه المحكمة ترى أن الدستور قد فرض إنشاء تلك الجهة القضائية لممارسة تلك الرقابة، فإنه – وهو القانون الأسمى – قد عنى حتى من قبل صدور ونفاذ قانون إنشاء الجهة سالفة الذكر، أن يفرد تلك الجهة دون غيرها بها، وأن يسلب ما كان أو عسى أن يكون لسواها – ومنها المحاكم – من حق ممارسة رقابة الإلغاء الأصلية سالفة الذكر. لما كان ذلك وكان من المقرر أنه لا مساغ للاجتهاد عند صراحة النص، وكان نص الدستور صريحاً في هذا المقام، فقد لزم النزول عند إرادته، وعدم إسباغ تلك الرقابة لغير الجهة التي حددها القانون الأعلى.

وحيث أن هذا الذي أفصح عنه الشارع الدستوري يحول كذلك دون قيام أي نوع آخر من الرقابة – ولو كانت رقابة امتناع عن تطبيق التشريع – لأية جهة كانت غير تلك التي حددها، ذلك لأن رقابة الإلغاء التي نص عليها الدستور تجب رقابة الإمتناع، وأن القول بتخويل المحاكم رقابة الإمتناع، إنما يعني إبتداع نوع من الرقابة غير الذي حدده الدستور، وإعطائه لجهة غير التي عينها، وفي هذا وذاك مخالفة لصريح نص الدستور لا يجوز للمحاكم الإقدام على إتيانه.

وحيث أن القول بتخويل المحاكم رقابة الامتناع إلى حين صدور ونفاذ قانون إنشاء الجهة القضائية التي نص عليها الدستور بمقولة أن عدم إصدار ذلك القانون يشكل =

الخاصـــة، حـــتى لا توجـــد هيئة تتولى الرقابة على أعماله، وبالتالى تتزايد القوانين التى ستصدر بالمخالفة لأحكام الدستور.

مخالفـــة للدستور، إنما هو قول داحض، إذ هو لا يجادل في إنتفاء اختصاص المحاكم بهذه الرقابة في حالة قيام الجهة القضائية الخاصة، ومن جهة أخرى فإنه لا يسوغ للمحاكم أن تقدم على علاج تلك المخالفة بمخالفة دستورية تأتيها من جانبها – حين تقيم من نفسها – جهـــة رقابـــة مبتدعة، وتعطي نفسها نوعا من الرقابة مبتدعا، وكلاهما فيه مخالفة لحكم الدستور.

وحيـــث أن الـــتحدي بمـــا اتجه إليه القضاء، وجل الفقه في مصر من تخويل القضاء ممارســـة رقابة الامتناع. وهو نظر تتمثل حججه في حكم مجلس الدولة المصري الصادر فـــي ١٠ فـــبراير سنة ١٩٤٨، ويستند أساسا إلى أنه ليس في القانون المصري ما يمنع المحـــاكم من التصدي لبحث دستورية القوانين سواء من ناحية الشكل أو الموضوع، وأن الدســـتور المصـــري الصـــادر فـــي سنة ١٩٢٣ إذ قرر في المادة (٣٠) منه أن السلطة القضائية تتولاها المحاكم قد ناط بها تفسير القوانين وتطبيقها فيما يعرض عليها من شتى المـــنازعات ويـــتفرع عـــن ذلك أنها تملك الفصل – عند تعارض القوانين – في أيها هو الواجب التطبيق، إذ لا يعدو أن يكون هذا التعارض صعوبة قانونية مما يتولد من المنازعة فتشـــملها سلطة المحكمة في التقدير وفي الفصل لأن قاضي الأصل هو قاضي الفرع، وأن الدســـتور هو أحد القوانين التي يجب على المحاكم تطبيقها ولكنه يتميز عن سائرها بما له مـــن طبـــيعة خاصـــة تضـــفي عليه صفة السمو وتسمه بالسيادة بحسبانه كفيل الحريات وموئلهـــا، وأنه إذا تعارض قانون عادي مع الدستور تعين على المحكمة أن تطرح الأول وتغلب عليه الدستور وتطبقه بحسبانه القانون الأجدر بالإتباع. وترى هذه المحكمة أن ذلك التحدي إنما هو قياس مع الفارق، ذلك بأن الدستور المصري وما تلاه من دساتير صدرت بعـــد ٢٣ يولـــيو سنة ١٩٥٢ والقوانين الأخرى قد جاءت خلوا من أي نص ينظم الرقابة على دستورية القوانين، إلى أن صدر أخيرا في ٣١ أغسطس سنة ١٩٦٩ قانون المحكمة العلـــيا، مخـــولا إياها الفصل دون غيرها في دستورية القوانين عند الدفع بعدم دستوريتها أمـــام إحدى المحاكم التي توقف الفصل في الدعوى الأصلية حتى تفصل المحكمة العليا في الدفـــع، والحال في الكويت أن الدستور قد أورد نصا صريحا منظما للرقابة على دستورية التشـــريع، وأفصـــح كذلـــك بالنص الصريح عن جهة معينة تمارس رقابة معينة بدعوى أصلية، وبإجراءات خاصة، وليس للمحاكم في غيبة التشريع المنشئ لهذه الجهة، أن تسد الثغرة بخلق جهة للرقابة ونوع من الرقابة غير اللذين قضى بهما الدستور، والذي رأى – وفق ما أفصح عنه في المذكرة التفسيرية – أن لا يدع الأمر لاجتهاد كل محكمة على حدة درءا لـــتعارض وتعـــريض التشـــريعات للشـــجب دون دراســـة لمخـــتلف وجهات النظر والاعتـــبارات، وآثر أن يكل هذه المهمة إلى محكمة خاصة يراعى في تشكيلها وإجراءاتها طبيعة هذه المهمة بالغة الخطر".

وحيـــث أن المحكمة تخلص مما سبق بسطه جميعاً إلى أنه ليس ثمة رقابة الآن على دســـتورية التشريع – قوانين كانت لوائح – لا من قبل الجهة القضائية الخاصة التي نص عليها الدستور، ولا من جانب القضاء العادي – المحاكم – لأن الشارع الدستوري وقد وكل الأمر إلى جهة خاصة، فقد استبعد كل رقابة أخرى من القضاء العادي، سواء أكانت رقابة إلغـــاء أصـــلية أو رقابة امتناع. ومن ثم فليس للمحاكم إذعانا لنص الدستور ممارسة أي ضـــرب مـــن مراقبة دستورية التشريع، ولا سبيل لممارسة تلك الرقابة إلا بالطريق الذي رســـمه الدستور دون سواه، وترتيبا على ذلك فلا مناص للمحاكم من تطبيق التشريع، أما عند إنشاء الجهة القضائية الخاصة وتقريرها عدم دستوريته فإنه يعتبر بذلك كأن لم يكن، فعندئذ تصدع المحاكم بذلك.

وحيـــث أنـــه لذلـــك يكـــون الدفـــع المثار من المستأنف متعين الرفض، ويكون الحكم المســـتأنف قد أصاب في قضائه بعدم اختصاص المحاكم لانعقاد الاختصاص للجنتي التثمين والاعـــتراض المنصوص عليهما في القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٦٩، ومن ثم يتعين القضاء بتأييد ذلك الحكم).

الرأي الثاني : امتناع المحاكم عن تطبيق القوانين غير الدستورية :

- ولقد اتجه رأى آخر فى الفقه إلى القول - وبحق - بأن المحاكم العادية فى الكويت تستطيع مراقبة عمل السلطة التشريعية، فى غيبة القانون المنظم للرقابة والمنصوص عليها فى الدستور، بالامتناع عن تطبيق القوانين التى يرى أنها مخالفة للدستور، باعتبار ذلك من صميم وظيفته الأساسية، وهى تطبيق القانون. فالقضاء مُلزم باحترام جميع قوانين الدولة، وإذا تعارض أمامه قانونان، أصبح ملزماً بتطبيق القانون الأسمى وإهدار القانون الأقل قيمة[1].

وقد استند أصحاب هذا الرأى إلى الحجج التالية :

١- أن مارآه جانب من الفقه وماذهبت إليه محكمة الاستئناف العليا من منع المحاكم من رقابة دستورية القوانين أثناء تلك الفترة مبنى على تفسير ضار من الناحية العملية لأنه يساعد على اتساع ثغرة خطيرة فى التشريع. وهو تفسير لا يتفق مع مايراه الفقه من وجوب ألا يقتصر تفسير الوثيقة الدستورية على المنطق القانونى المجرد، بل إنه تفسير حرفى للمادة ١٧٣ من الدستور، وأن السير على منطقه إلى النهاية، لوجب القول بأنه يتعين على أية محكمة يدفع أمامها بعدم دستورية قانون أو لائحة أثناء نظرها لقضية معينة، أن توقف النظر فى الدعوى حتى تشكيل المحكمة الدستورية التى أشارت إليها تلك المادة.

ولكى ندرك مدى الضرر الذى يترتب على هذه النتيجة، يكفى أن نتصور دعوى أجل النظر فيها منذ عام ١٩٦٣ وحتى عام ١٩٧٣ وهو تاريخ إنشاء المحكمة الدستورية.

---

(١) راجع فى هذا الاتجاه :
- دكتور/ رمزي طه الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، مطابع دار السياسة بالكويت، ١٩٧٢، ص ٥٦٠ مابعدها.
- دكتور/ عادل الطبطبائى، النظام الدستورى فى الكويت، المرجع السابق، ص ٨٦٦.
- دكتور/ عثمان خليل، دستورية القوانين (محاضرات لطلبة دبلوم القانون العام) بكلية الحقوق - جامعة الكويت المرجع السابق، ص ١٤٣ ومابعدها .
- دكتور/ عثمان عبدالملك، ميكانيكية العلاقة بين السلطات فى النظام السياسى الكويتى، المرجع السابق، ص ٤٧ ومابعدها.
- دكتور/ يحيى الجمل، النظام الدستورى فى الكويت، المرجع السابق ص ٤١١ ومابعدها.

٢- يستند حق القضاء فى بحث دستورية القوانين إلى مبدأ مشروعية تصرفات الدولة جميعاً، وهو يملك الفصل عند تعارض القوانين فى أيها واجب التطبيق، إذ لا يعدو أن يكون هذا التعارض صعوبة قانونية مما يتولد من المنازعة فتشملها سلطة المحكمة فى التقدير وفى الفصل لأن قاضى الأصل هو قاضى الفرع، وإذا ماتعارض نص تشريعى مع الدستور فان مهمة القضاء الطبيعية أن يرجح النص الدستورى على التشريع العادى، وأن من واجبه تطبيق الأول والامتناع عن تطبق الثانى.

وإذا كان المشرع الدستورى قد أراد سلب القضاء العادى حقه فى بحث دستورية القوانين وجعله من اختصاص تلك الجهة القضائية التى نص عليها. إلا أن ذلك مرتبط بشرط صدور القانون الذى أحال إليه الدستور بانشاء تلك الجهة القضائية، وبالتالى بالوجود الفعلى لرقابة منظمة لدستورية القوانين. ومادامت هذه الرقابة غير موجودة بسبب مخالفة المشرع العادى للدستور مخالفة موضوعية وذلك بامتناعه عن إصدار قانون إنشاء المحكمة التى أحالت إليه المادة ١٧٣ من الدستور، فإنه يبقى للقضاء العادى حقه فى بحث دستورية القوانين بطريق الدفع الفرعى وامتناعه عن تطبيق القانون إذا ما انتهت قناعته إلى أنه مخالف للدستور، وذلك منذ العمل بالدستور وحتى صدور قانون إنشاء المحكمة الدستورية.

٣- هدف المشرع الدستورى من إنشاء المحكمة الدستورية تحقيق أقصى ضمان لمبدأ شرعية تصرفات الدولة وهو إلغاء القانون المخالف للدستور واعتباره كأن لم يكن، فليس من المتصور أن المشرع وهو يقرر ذلك أراد منع القضاء (حتى يتم إنشاء تلك المحكمة) من ممارسة وظيفته الأصلية والامتناع عن تطبيق القانون المخالف للدستور وفتح الباب بالتالى للسلطة التشريعية أن تهدر مبدأ شرعية تصرفات الدولة جميعاً بارتكابها مخالفات دستورية، وبالتالى تستطيع وحدها أن تعدل الدستور بغير الطريقة التى رسمها لتعديله أو فى غير الزمان الذى يبيح تعديله فيه، أو فى موضوعات حظر تعديلها كلية أو لزمن محدد[١].

والدليل على ذلك أن المشرع الدستورى ما أراد أن يمنع القضاء العادى أثناء تلك الفترة من الرقابة الدستورية بطريق الامتناع عن تطبيق النص المخالف للدستور. ذلك أن الدستور ذاته فى المادة ١٨٠ قد جعل نفاذ أحكام

---

(١) راجع :
- دكتور/ يحيى الجمل، النظام الدستوري في الكويت، المرجع السابق، ص ١٥٠.

القوانيـــن واللوائح عند لحظة العمل به رهيناً بأن تكون متفقة مع أحكامه، وأن الخطـــاب فى هذه المادة موجه إلى المحاكم العادية التى يقوم لديها مثل هـــذا التعارض فى التطبيق بين تلك التشريعات وبين الدستور. ذلك أنه من غـــير المتصـــور وجود المحكمة الدستورية قبل أو لحظة نفاذ الدستور التي تستمد منه عناصر وجودها.

٤- أن الاعـــتراف للقضاء العادى برقابة الدستورية لايتعارض مع مبدأ الفصـــل بين السلطات لأن هذا الاختصاص لايخرج بالقاضى عن دائرة عمله ولايجعلـــه يعتدى على الدائرة المتروكة للمشرع. فمن المعروف أن القاضى قد تتعارض أمامه قواعد قانونية مختلفة الدرجة كأن تتعارض لائحة وقانون أو أن يـــتعارض قـــانون ودستور، كما قد تتعارض أمامه قوانين من درجة واحـــدة أو لوائـــح من نفس المرتبة، والمقرر عند التعارض أنه يجب على القاضى - دون خروج ما عن دائرة عمله - أن يبحث عن القانون الواجب التطبيق ليستبعد غيره. فإن كان التعارض بين قانون ولائحة مثلاً أهمل هذه وطبق الأول، وبالمثل لو كان التعارض بين قانون عادى ودستور فإنه يتحتم علـــيه وجوبـــاً أن يطـــبق الأســـمى وهـــو الدستور ويغفل القانون العادى المعـــارض للدستور، وفى كل ذلك لايحكم القاضى ببطلان القانون أو اللائحة حـــتى يقـــال أنه قد اعتدى عليهما وانتهك حرمة السلطة المختصة بسنها، وإنمـــا يكـــتفى بالامتناع عن تطبيقها، ثم هو لايتعرض لهما من تلقاء نفسه وإنمـــا بـــناءً على نزاع يثور أمامه حول التشريع الذى نحن بصدده أى بعد دخـــول القانون مرحلة التنفيذ وتظلم أحد طرفى الخصومة من تطبيقه عليه بحجة مخالفته لتشريع أسمى وأولى بالتطبيق منه[١].

٥- إن حرمان المتقاضين من الطعن بدستورية القوانين بطريق الدفـــع أمـــام المحكمة العادية انتظاراً لصدور القانون الخاص بالمحكمة الدستورية يخـــالف نص المادة ١٦٦ من الدستور والتى كفلت صراحـــة حق الفرد فى اللجـــوء إلى قاضيه الطبيعى، ولاسيما وأن النص المذكور لم يفوض القانون فـــى تحديد الحق أو تقييده، وإنما عهد إليه فقط وضع الاجراءات والأوضاع اللازمة لممارسته[٢].

---

(١) دكـــتور/ ســـليمان الطماوى، النظم السياسية والقانون الدستورى، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ٣٨٣.

(٢) راجع :

- دكتور/ عادل الطبطبائى، النظام الدستوري في الكويت، المرجع السابق، ص ٨٨٧.

٦- إن وضع الرقابة فى الكويت خلال هذه الفترة كان قريباً من الوضع الذى كان قائماً فى ظل دستور عام ١٩٢٣ فى مصر والذى قرر فيه القضاء لنفسه حق رقابة دستورية القوانين بطريق الامتناع، رغم أن الدستور لم يرد فيه أى ذكر للرقابة[١].

حيث أعلنت محكمة مصر الابتدائية الأهلية فى أول مايو سنة ١٩٤١ صراحة أن للمحاكم مطلق الحرية فى بحث دستورية القانون المطلوب منها تطبيقه، وإذا اقتنعت بمخالفته لأحكام الدستور شكلاً أو موضوعاً، فلها أن تمتنع عن تطبيقه على النزاع المطروح، وقد أوردت في حيثيات حكمها أنه (... فإذا اعتدت السلطة التشريعية على أحكامه (الدستور) فليس لها أن تجبر السلطة القضائية على الاشتراك معها فى هذا الاعتداء مادامت هذه بدورها مستقلة فى حدود اختصاصها، والقاضى مختص بايجاد الحل القانونى للمنازعات المطروحة عليه وهو مقيد فى حكمه بقوانين البلاد العادية، كما أنه مقيد أيضاً بالقانون الأساسى للدولة وهو أسمى القوانين جميعاً، فإذا ماتعارض القانون العادى مع الدستور فواجب القاضى فى هذه الحالة يقضى عليه بترجيح النص الدستورى على القانون العادى وتطبيق الأول وإهمال الثانى، ولا يخرج بذلك عن اختصاصه فهو لايلغى القانون وإنما يطبق القانون الأعلى الواجب التطبيق ثم هو لا يفتات بهذا على السلطة التشريعية وإنما يقوم بوظيفته القانونية التى تتطلب منه أن يبين القانون الواجب التطبيق فى النزاع المطروح أمامه. ويتبين مما تقدم أن مبدأ الفصل بين السلطات لايمنع المحاكم من بحث دستورية القوانين، بل وربما كان الأخذ بهذا الرأى نتيجة حتمية وطبيعية منطقية لمبدأ فصل السلطات، إذ يستحيل على السلطة القضائية أن تحافظ على استقلالها إلا إذا اقتنعت بأن القانون الذى ستطبقه هو قانون صحيح ومستوف لشرائط القانون الدستورى، وهى بذلك الموئل الأكبر لضمان الحريات الشخصية)[٢].

---

(١) راجع :
- دكتور/ رمزى طه الشاعر النظرية العامة للقانون الدستورى، المرجع السابق، ص ٥١٢ ومابعدها.

(٢) نشر هذا الحكم فى مجلة المحاماة سنة ٢٢، رقم ٢٤٨، ص ٧٣٥ ومابعدها.
ومايسترعى الانتباه أن محكمة الاستئناف التى استؤنف أمامها هذا الحكم لم توافق المحكمة الابتدائية على رأيها، وأنكرت فى حكمها الصادر فى ٣٠ مايو ١٩٤٣ حق المحاكم المصرية فى رقابة دستورية القوانين (القضية رقم ٢٢٤ لسنة ٣٨ ق).
راجع تعليقاً على هذا الحكم :
- دكتور/ السيد صبرى، مبادئ القانون الدستورى، القاهرة، ١٩٤٩، ص ٦٦٦ ومابعدها.

وقد أعملت محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في ١٩٥٢/٢/٧ – لأول مـــرة – الـــرقابة على دستورية القوانين، وذلك حين رفضت تطبيق قانون من قوانين الإجراءات الجنائية نظراً لخروجه على قاعدة عدم رجعية قوانين العقوبات المقررة في دستور سنة ١٩٢٣، حينما استبعد تطبيق ذلك القانون(١).

وإذا كـــان غالبـــية الفقه قد استقرت قبل إنشاء مجلس الدولة المصرى على تقرير حق القضاء فى مراقبة دستورية القوانين، فان القضاء لم يستقر علـــى هـــذا المـــبدأ إلا بعد إنشاء مجلس الدولة فى عام ١٩٤٦، ويبدو أن القضـــاء الإدارى المصـــرى كـــان متحفزاً لتقرير هذا الحق فى أول فرصة تواتـــيه، وقد وجدت محكمة القضاء الإدارى الفرصة سانحة أمامها فى سنة ١٩٤٨ حيـــنما طعن أمامها بعدم دستورية المرسوم بقانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٤٤ الـــذى كان قد صدر فى غيبة البرلمان، وقضت فى ١٠ فبراير سنة ١٩٤٨ بحق المحاكم فى مراقبة دستورية القوانين شكلاً وموضوعاً(٢).

ولقد استند قضاء محكمة القضاء الإدارى فى هذا الحكم إلى أن القانون المصـــرى لا يتضمن مايمنع المحاكم المصرية من التصدى لبحث دستورية القوانيـــن ســـواء مـــن ناحية الشكل أو الموضوع، وليس فى هذا التصدى مســـاس بمبدأ الفصل بين السلطات، بل هو إعمال لهذا المبدأ ووضع الأمور فى نصابها الدستورى الصحيح، فالدستور المصرى حين قـــرر ضمناً مبـــدأ

---

(١) مجموعة أحكام النقض الجنائية، السنة الثالثة، العدد الثاني، ص ٤١٨.
وراجع أيضاً :
– حكـــم محكمـــة القاهرة الابتدائية في ١٩٥٣/٦/٢٨، مجلة التشريع والقضاء، س ٦ص ١٠٨.

(٢) منشـــور فـــى مجموعة عاصم، الجزء الأول، ص ٤٧٤ وأيضا فى مجموعة مجلس الدولة س٢/١٩٥٠، ص ٣١٥.
وتـــأكـــد هـــذا الحكم مرة ثانية بالحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٥٢/٦/١٢، منشور بمجلة المحاماة، سبتمبر سنة ١٩٥٢، ص ٦٨ ومابعدها.
ومن أحكام القضاء الإداري المصري في هذا الصدد :
– حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٥٦/٥/٢٠، س ١٠، ص ٣٣٤، وحكمهـــا في ١٩٥٦/١١/١١، س ١١، ص ١٥، وحكمها في ١٩٥٧/١/٣٠، س ١١، ص١٩٠، وحكمهـــا فـــي ١٩٥٧/٦/٤، س ١١، ص ٥٠١، وحكمها في ١٩٥٧/٦/٢٥، س ١١، ص ٥٩٠.
– وحكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ١٩٥٧/٤/٢٧، س ٢، ص ٩٧٥، وحكمها في ١٩٥٧/٦/٨، س ٢، ص ١١١١٥، وحكمهـــا في ١٩٥٧/٦/٢٩، س ٢، ص ١٣٣٥، وحكمهـــا فـــي ١٩٥٨/٧/١٣، س ٣، ص ١٦٩١، وحكمها في ١٩٦٠/٤/٢٦، س ٥، ص ٦٩٩.

الفصـــل بين السلطات قرنه بمبدأ آخر وهو أن يكون استعمال السلطات على الوجـــه المبين فى الدستور، فجعل بذلك استعمال السلطات لوظائفها ينتظمه دائمـــاً تعاون متبادل بينها على أساس احترام كل منها للمبادئ التى قررها الدســـتور. وإذا كانـــت السلطات القضائية تتولاها المحاكم، فان الدستور قد أعطاهـــا الحـــق فى تفسير القوانين وتطبيقها على المنازعات، ويتفرع عن ذلـــك أنهـــا تفصل عند تعارض القوانين فى أيها يجب تطبيقه، فإذا تعارض قـــانون عـــادى مـــع قانون دستورى تعين عليها أن تطرح القانون العادى وتهمله، وتغلب عليه الدستور وتطبقه، وهى فى هذا تفاضل بين قانونين قد تعارضـــا فتفصل فـــى هـــذه الصعوبة وتقـــرر أيهما الأولى بالتطبيق، وإذا كـــان القـــانون العـــادى قـــد أُهمل فمرد ذلك إلى سيادة الدستور على سائر القوانين[1].

ومن الملاحظ أن القضاء المصرى لم يجعل الاختصاص برقابة دستورية القوانيـــن مقصوراً على جهة قضائية معينة، بل جعله موكولاً إلى كل أنواع المحـــاكم ســـواء فى ذلك المحاكم الإدارية بأنواعها أو المحاكم العادية على اخـــتلاف درجاتهـــا[2]. وتتمـــثل سلطة القاضى فى هذه الحالة مجرد إهمال القـــانون غير الدستورى والامتناع عن تطبيقه فى القضية المعروضة عليه، بحيـــث لايستطيـــع أن يتعـــدى ذلك إلى الحكـــم بإلغاء القانـــون المخالـــف للدستور[3].

ومـــن ناحية أخرى فإن محكمة القضاء الإدارى قررت مبدأ إلغاء القرار الإدارى الذى أصدرته الجهة الإدارية مستندة إلى قانون غير دستورى. ذلك أنـــه إذا كانـــت المحكمـــة لاتملك الحكم بإلغاء القانون أو التعويض عنه أو القضـــاء بعدم دستورية القانون إذا ما طلب إليها ذلك بصفة أصلية، إلا أنه مـــن المســـلم به أن من حقها أن تتعرض لبحث دستورية القانون فى صدد منازعة من المنازعات المطروحة عليها والتى تختص بنظرها، وذلك إذا دُفع بـــأن القانون الذى تتمسك به الحكومة قانون غير دستورى، فتملك المحاكم فى هذه الحالة أن تمتنع عـــن تطبيق القانون غيـــر الدستورى فـــى القضية المعروضـــة علـــيهـــا وتقضى بإلغاء وبطلان القرار الإدارى الذى أصدرته الجهة الإدارية مستندة إلى ذلك القانون غير الدستورى.

---

(١) دكـــتـــور/ رمـــزى طه الشاعـــر، النظرية العامة للقانون الدستورى، المرجع السابق، ص ٥١٤ وما بعدها.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا في القضية رقم ١٠١٤ لسنة ٧ ق، جلسة ١٩٦٤/١/٤س ٧.

(٣) حكم محكمة القضاء الإداري في ١٩٥٢/٦/٢١، مجلة المحاماة، سبتمبر ١٩٥٢، ص ٦٨ وما بعدها.

٧- وفى لبنان نجد أن القضاء - على الرغم من أن نص المادة الثانية من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبنانى بمنعه منعاً صريحاً من رقابة دستورية القوانين - قد خرج على النص المانع وأعطى نفسه الحق فى تلك الرقابة وأيده جانب من الفقه فى ذلك[١].

٨- ومن الملاحظ أيضاً أن دستور الولايات المتحدة الصادر فى ١٧ سبتمبر سنة ١٧٨٧ لم يتضمن نصاً يقرر حق المحاكم فى رقابة دستورية القوانين، ولكن تقرر هذا الحق بواسطة القضاء من جانب وتأييد الفقه من جانب آخر. ففى سنة ١٨٠٣ وضعت المحكمة الإتحادية العليا للولايات المتحدة، وهى أعلى سلطة قضائية فيدرالية، مبدأ هاماً برئاسة جون مارشال - John Marshal - فى قضية ماربورى ضد ماديسون - Marbury V. Madison - مقتضاه[٢] : أنه إذا عُرضت قضية أمام قاضٍ يثير فيها أحد الخصمين نصاً قانونياً ويثير الخصم الآخر نصاً دستورياً مخالفاً للنص القانونى، فإن على المحكمة أن تتحقق من وجود تناقض حقيقى بين القانون العادى والقانون الدستورى، ولاجدال فى عدم جواز تطبيق القانون العادى إذا ماتعارض مع أحكام الدستور باعتبار أن هذا الأخير هو التشريع الذى تنضبط فى نطاقه حدود ممارسة السلطات المختلفة على الوجه الذى رسمته إرادة الأمة وارتفعت به حيث يكون مستعصياً عليه التعديل بالوسائل التشريعية الأدنى منه، فإن جنحت السلطة التشريعية إلى غير ذلك كان جزاء خروجها البطلان، وليس فى رفض السلطة القضائية تطبيق قانون مخالف للدستور ثمة تجاوز أو اعتداء على السلطة التشريعية، بل هى إذ تفعل إنما تمارس وظيفتها فى حل المشكلات القانونية الناجمة عن تعارض القوانين المتصلة بالنزاع المطروح مع ما يعلوها من القواعد الدستورية[٣].

---

(١) دكتور/ عثمان عبدالملك، ميكانيكية العلاقة بين السلطات فى النظام السياسى الكويت، المرجع السابق، ص ٥٠.

(٢) Jacques Lambert, Les origines du contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales aux Etat Union, R.D.P., 1931, P. 5 et s.
- دكتور/ محمد عبدالحميد أبوزيد، سيادة الدستور وضمان تطبيقه، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، بدون تاريخ نشر، ص ١٥٩ وما بعدها.

(٣) يراجع فى الحجج التى ساقها مارشال لتبرير حق القضاء الأمريكى فى رقابة دستورية القوانين، وفى نقد هذه الحجج والرد على أوجه النقد، رسالة الدكتور كمال أبوالمجد، المرجع السابق ص ٢٨ ومابعدها.
وراجع فى هذا الاتجاه حكم محكمة النقض فى رومانيا سنة ١٩١٢ والذى أورد (حيث أنه فى التعارض يكون من حق القاضى التثبت من دستورية القانون العادى، فإذا اتضح له مخالفته للدستور وجب عليه تفضيل النصوص الدستورية، ولا يمكن القول بأن القاضى فى هذه الحالة قد خرج على اختصاصه واعتدى على اختصاص السلطة التشريعية، بل بالعكس أن القاضى بعمله هذا إنما يقوم بوظيفته القانونية وهى معرفة أى قانون يجب تطبيقه فى النزاع المطروح أمامه).
راجع فى ذلك :
- دكتور/ رمزى الشاعر، المرجع السابق، ص ٤٦٠.

ولايــؤدى إعــلان عــدم دستورية قانون إلى بطلان القانون، إذ يكتفى القاضــى باســتبعاد القــانون وعــدم تطبيقه على الحالة المعروضة عليه، وبالتالى فإن عدم دستورية قانون معين يتمتع نظرياً بحجية نسبية مقصورة علــى أطــراف النزاع، غير أنه من الناحية العملية، ونظراً لأهمية السوابق القضــائية فــى الــنظام الانجلوسكسونى، يؤدى الحكم بعدم دستورية قانون معيــن إلى تقيد المحاكم الأدنى والمحكمة العليا نفسها فى المستقبل، وفضلاً عــن ذلــك فــان مــن سلطة المحاكم الأمريكية توجيه أوامر ونواه للأفراد والموظفيــن العامييــن، وبهذه الوسيلة يمكن للمحاكم أن تحول دون تطبيق القانون خارج المجال القضائى[1].

٩- وأكــثر مــن ذلــك فى فرنسا على الرغم من أن ظروفها وأفكارها السياسية وتقاليدها أدت إلى شديد الحرص على سيادة البرلمان وعلو كلمته فيها (قبل الجمهورية الخامسة) وعلى الرغم من وجود النصوص التشريعية الــتى لا تمنع القاضى من مراقبة دستورية القوانين فقط، بل تجعل من ذلك جــريمة جنائــية يعاقــب علــيها القانون الجنائى (المادة ١٢٧ من قانون العقوبــات الفرنســى) فقد نادى العديد من الفقهاء الفرنسيين أمثال هوريو وديجــى وجــيز، بحــق القضــاء فــى مراقبة دستورية القوانين، فإذا كان الــتعارض بيــن قانون ولائحة مثلاً أهمل هذه وطبق الأول، وبالمثل لو كان التعارض بين قانون عادى ودستور فإنه يتحتم عليه تطبيق الدستور وإغفال القانون المعارض للدستور[2].

وكــان علــى الفقــه فى الكويت أن يعترف من باب أولى (لغياب النص المــانع وغــياب فكــرة سيادة البرلمان) بحق المحاكم الكويتية فى مراقبة دستورية القوانين أثناء تلك المدة. ليس فقــط للأسباب السالف ذكرها ولكن

---

(١) دكتورة/ سعاد الشرقاوى، دكتور/ عبدالله ناصف، القانون الدستورى والنظام السياسى فى مصر، المرجع السابق، ص ١٦٢، ١٦٣.

(٢) راجع :

-Duguit , Traité de droit constitutionnel , Paris, 1927, T.3, p. 324

-kelsen, La garanté juridictionnell de la constitution, R.D.P., 1928, p. 197

-Hauriou (A) Droit constitutionnel et institutions politiques, Paris, 1975, p. 341

وقــد أخــذ الدســتور الفرنسي الصادر سنة ١٩٥٨ بالرقابة السياسية على دستورية القوانيــن، عــندما أنشــأ هيئة جديدة تسمى "المجلس الدستوري" عهد إليه بمهمة الرقابة السابقة على دستورية القوانين.

ولازال الفقــه يناضــل لتقرير حق القضاء الإداري بالرقابة على دستورية القوانين في فرنسا.

راجع :

- دكتور/ علي الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر، المرجع السابق، ص ٢٨.

أيضـــاً لأن التقاليد السياسية هنا لم تبلغ مرحلة من التقدم والاستقرار بحيث يمكن الاطمئنان إلى أن السلطات سوف تحترم مبدأ سمو الدستور ولا تمس الحريات المنوه عنها فيه.

وهكذا نجد أن القضاء فى الكويت بالرغم من تلك الأسانيد والفائدة العملية الـــتى ترتبـــت علـــى الاعتراف للمحاكم برقابة الامتناع، لم يعتقد بحقه فى ممارسة تلك الرقابة[1].

ومما سبق يتضح أن مبدأ الشرعية الذى نص عليه الدستور الكويتى قد عُطـــل لمـــدة تربو على العشر سنوات وذلك بمخالفة الدستور نفسه مخالفة موضـــوعية بالامتناع عن إصدار الأحكام الضرورية لوضعه موضع التنفيذ، والغاية من ذلك واضحة فالسلطة التنفيذية تتمتع بأغلبية ساحقة فى مجلس الأمة وكان فى مكنتها أن تضغط على أغلبيتها ويتحقق إصدار تلك الأحكام، إلا أنهـــا كانـــت تـــريد أن تفرض قوانين يسنها برلمان تهيمن عليه للرقابة والإلغـــاء. ذلـــك أن هذه القوانين هى من صنعها. فى واقع الأمر، وهى من بـــاب أولـــى لا ترغب فى أن تحرم قراراتها وأعمالها الإدارية من مثل تلك الحصانة.

وكـــان فـــى إمكان القضاء سد مثل تلك الثغرة بالاعتراف لنفسه برقابة الامتناع أو الدفع الفرعى، إلا أنه على الرغم من الفائدة العظيمة التى تتحقق بذلـــك الاعـــتراف والحجج القانونية التى تسنده، ماكانت محكمة الاستئناف العلـــيا تعـــتقد أن لهـــا الحق فى ممارسة تلك الرقابة، فى حين أن المشرع الدستورى قد قصد من إقرارها إيجاد رقابة أشد وأقوى وأكثر فاعلية من تلك التى يمكن أن تكون موجودة.

---

(١) راجع :
- حكـــم محكمـــة الاستئناف العليا في القضية رقم ١٦٢ لسنة ١٩٧٠ (الدائرة التجارية)، جلسة ١٩٧١/٣/١٦، سالف الاشارة إليه.

الفصـــل الثانـــــي

الفصل الثاني

التنظيم التشريعي للرقابة على أعمال الإدارة

تمهيـــــد :

حــق التقاضى من الحقوق الأساسية فى أية دولة قانونية، وهو يفترض تمكين كل متقاض من النفاذ إلى القضاء نفاذاً ميسراً لاتثقله أعباء مالية ولا تحوله دونه موانع تشريعية أو عوائق إجرائية، إذ يلزم على جميع السلطات العامة فى الدولة أن تمكن الأفراد فى السعى إلى اقتضاء حقوقهم على الوجه الأكمــل. ولا يــتأتى ذلك إلا عن طريق تفهمها بأن حق التقاضى حق أصيل مســتمد مــن الأصــول الدستورية، ومن ثم فلا يجوز لأية سلطة أن تقيده، ويســتــوى فــى ذلك أن يكــون القيــد الــوارد على هــذا الحــق كلياً أو جزئياً[1].

ولقد حرص المشرع فى المرسوم الأميرى رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ بقانون تنظــيم القضــاء فى وقت لم يكن دستور الكويت الحالى قد صدر بعد على الأخــذ بحق التقاضى. وبمقتضى المادة الثانية (ليس للمحاكم أن تنظر فى أعمــال الســيادة. ولهــا، دون أن تلغــى الأمر الإداري أو توقف تنفيذه أو تؤولــــه، أن تفصــل فى المنازعات المدنية والتجارية التى تقع بين الأفراد والحكومة عدا الحالات التى ينص فيها القانون على غير ذلك).

ومــؤدى ذلك أن ولاية القضاء تمتد إلى المنازعات الإدارية ولكن بشرط عدم شمول هذه الولاية سلطة إلغاء القرار الإداري أو وقف تنفيذه أو تأويله، مــع الاعتراف للمشرع بسلطة تحصين بعض هذه القرارات تحصيناً شاملاً، ولذلــك جــاء فى المذكرة التفسيرية لهذا القانون أن (الأوامر الإدارية التى لاتــتعلق بأعمــال السيادة، فهذه تنظر المحاكم المنازعات التى تقوم بشأنها ولكــنها لاتســتطيع إلغاءهــا أو وقف تنفيذها أو تأويلها بل كل ماتملكه فى شأنها هو أن تحكم بتعويض لمن أصيب بضرر من جراء أمر إدارى باطل).

---

(١) دكتور/ فؤاد العطار "كفالة حق التقاضى"، المرجع السابق، ص ٦٢٣.

وخـــلال هـــذه المرحلة صدر الدستور الكويتي الحالى متضمناً النصوص التى تكفل حق التقاضى وتجعل من القضاء ضماناً للحقوق والحريات، علاوة على تقرير نظام للفصل فى المنازعات الإدارية يوجب بمقتضاه على المشرع أن ينظم الفصل فيها (بواسطة غرفة أو محكمة خاصة، يبين القانون نظامها وكيفـــية ممارســـتها للقضـــاء الإداري شاملاً ولاية الإلغاء وولاية التعويض بالنســـبة إلـــى القـــرارات الإداريـــة المخالفة للقانون). وذلك مالم ير الأخذ بالرخصة الواردة فى المادة ١٧١ من الدستور والتى تعطيه الحق فى إقامة قضاء إدارى شامل مستقل.

ولا مـــرية فى أن الدستور الكويتى قد أكد بهذه النصوص ولاية القضاء فـــى الفصـــل فى كافة المنازعات الإدارية، وبأن هذه الولاية شاملة لقضاء الإلغـــاء إلـــى جانب قضاء التعويض، وبدون قيد أو تحديد، بحيث لا يجوز للمشـــرع أن ينـــتقص من هذه الولاية العامة، إعمالاً للقاعدة الأصولية التى تقضـــى بـــأن العـــام يؤخـــذ على عمومه مالم يوجد مايقيده نصاً أو دلالة، وبالتالى لايكون هناك أى مجال للتشريعات المانعة من التقاضى أو النصوص المحصنة لبعض القرارات الإدارية من الطعن فيها[١].

بـــيد أنـــه لما كانت هذه النصوص الدستورية غير قابلة للإعمال بذاتها، مـــالم يتدخل المشرع بإصدار قانون لإنشاء جهة القضاء الإداري فى صورة محكمة أو دائرة أو غرفة قضائية تختص بالفصل فى المنازعات الإدارية، أو مجلـــس دولـــة يـــتولى وظائف القضاء الإداري والافتاء والصياغة، فقد تم تجميد هذه النصوص الدستورية لمدة طويلة، إلى أن صدر القانون رقم ٢٠ لســـنة ١٩٨١ بإنشـــاء الدائرة الإدارية فى المحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية أى بعد فوات أكثر من سبعة عشر عاماً من تاريخ العمل بالدستور، وأعقبه صدور قانون تنظيم القضاء رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٠.

وغـــنى عـــن البيان أن الرقابة القضائية على أعمال الإدارة قد يتولاها القضـــاء العـــادى فتكون أمام نظام من القضاء الموحد، وقد يقوم بها قضاء إدارى متخصـــص فـــى هذا الشأن فتكون حيال مايسمى بالقضاء المزدوج، وهذان النظامان الأساسيان متباينان أسلوبا وروحاً[٢].

---

(١) دكـــتور/ عـــثمان عبدالملك، النظام الدستورى والمؤسسات السياسية فى الكويت، المرجع السابق، ص ٦٢٣.

(٢) لمزيد من التفصيل يراجع :
- دكتور/ محمد على آل ياسين، القانون الإداري، المرجع السابق، ص ١٩٩ ومابعدها.
- دكتور/ محمد كامل ليله، المرجع السابق، ص ٢٤١ وما بعدها.

وقــد رأى المشــرع فى دولة الكويت أن سنّة التدرج تقتضى فى بداية عهده بالقضاء الإداري، الاكتفاء بإنشاء دائرة إدارية متخصصة فى محاكمها الكلــية والاســتئناف ثــم التمييز، للفصل فى بعض المنازعات الإدارية التى حددها على سبيل الحصر، وذلك بالرغم من أن المشرع الدستورى قد خوله حرية تقدير إنشاء محكمة خاصة أو مجلس للدولة أو الاكتفاء بإنشاء دائرة أو غرفة، يبين القانون فى كل الأحوال كيفية ممارستها للقضاء الإداري على أن تشــمل ولايــة القضــاء الإداري أيــاً كانــت صورته - ولايتى الالغاء والتعويض بالنسبة إلى القرارات الإدارية - وكل ذلك وفقاً للمواد من (١٦٩ إلى ١٧٢) من الدستور.

بيد أن السلطة التشريعية فضلت فى هذا الشأن أن تتأنى فى التحول إلى نظام القضاء المزدوج، وإرجاء إنشاء مجلس للدولة يختص بوظائف القضاء الإداري والإفتاء والصياغة وفقاً للمادة ١٧١ من الدستور، فأصدرت القانون رقــم ٢٠ لســنة ١٩٨١، بإنشــاء دائرة بالمحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية، باعتبار أن هذا الاتجاه يتفق - كما ورد فى المذكرة الايضاحية لهذا القــانون - مع واقع البلاد التى سيعتبر فيها قضاء الالغاء فى دور التجربة، وحــتى لاينشــأ جهاز جديد ضخم لعدد محدود من القضايا، فاذا ما أسفرت الــتجربة عــن نجاح هذا القضاء وتزايد عدد القضايا المنظورة أمامه أمكن إعــادة الــنظر فــى الموضوع واختيار الحل الملائم فى ضوء مايستجد من ظروف[1].

هذا ونتناول بالدراسة التنظيم التشريعي للرقابة على أعمال الإدارة وفقاً للتقسيم التالي :

المبحــث الأول : الرقابة على أعمال الإدارة قبل إنشاء الدائرة الإدارية.

المبحث الثانــي : ولاية القضاء الإداري بعد إنشاء الدائرة الإدارية.

المبحث الثالث : ولاية القضاء الإداري في ظل قانون تنظيم القضاء رقــم ٢٣ لسنة ١٩٩٠.

---

(١) راجع المذكرة الايضاحية لقانون إنشاء دائرة بالمحكمة الكلية للنظر فى المنازعات الإدارية.

المبحث الأول

الرقابة على أعمال الإدارة قبل إنشاء الدائرة الإدارية

لم يكن القضاء الإداري في دولة الكويت وليد الصدفة أو بدعاً من القول، إنما جاء بعد سلسلة متعددة من المحاولات والاقتراحات التي قدمت منذ بدايات الاهتمام بالنظام القضائي، وساعد على ذلك تطور نظام الحكم وأجهزته في الكويت، بسبب التطور الاجتماعي والاقتصادي والثقافي الذي شهدته البلاد وعلى الأخص في السنوات الأخيرة التي سبقت الاستقلال، هذا التطور الذي أعطى للكويت شكل الدولة الحديثة.

وحتى ندرك هذا التطور الذي سبق إنشاء القضاء الإداري في الكويت، يتعين أن نعرض للتطور التاريخي للقضاء بداية من مرحلة غياب مفاهيم القضاء الإداري، وأيضاً من خلال قانون تنظيم القضاء رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ وما استحدثه من اختصاصات، وأخيراً الاجتهادات التي حاولت إقامة قضاء إداري في تاريخ سابق على إنشاء الدائرة الإدارية. ومن ثم سنقسم هذا المبحث إلى المطالب الثلاث التالية :

المطلب الأول : القضاء الإداري قبل صدور قانون تنظيم القضاء رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩.

المطلب الثاني : القضاء الإداري بعد صدور قانون تنظيم القضاء رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩.

المطلب الأول : محاولات إنشاء جهة قضائية تمارس القضاء الإداري على أعمال الإدارة.

المطلب الأول

القضاء الإداري قبل صدور قانون تنظيم القضاء رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩

كان المجتمع الكويتي – في بداية نشأته – مجتمعاً بسيطاً، تقوم العلاقات بين الأفراد على أساس الثقة والتعاون والتضامن في الأزمات، وكانت تسود الكويت أوضاع اقتصادية تقليدية تعتمد على البحر والبر، كما كانت تتميز بقلة عدد سكانها وندرة خلافاتهم، ولم تكن تعرف نظام القضاة المعينين، فإذا ما حدث نزاع بين الأفراد احتكموا إلى حكم يرتضونه يصالحهم أو يفصل بينهم في موضوع النزاع. وكان رأيه باتاً واجب النفاذ.

ولم يكن القضاء منظماً بل كان بسيطاً[١]، ومحدوداً في نشأته[٢]. إذ جرت عادة أهل الكويت على عرض قضاياهم على من يختارونهم من أهل مهنتهم، فكان لكل مهنة هيئة مختارة تحسم منازعاتهم، فظهرت لجنة التجار، ولجنة أهل الغوص، ولجنة أهل السفر وما إلى ذلك، ولم تكن لهذه اللجان إجراءات محددة، فيقضي في المنازعة عندئذ بلا مرافعة ومن غير طريق القاضي الرسمي[٣].

ولم يكن القاضي في ذلك الوقت يطبق قانوناً أو نصوصاً مدونة أو محددة، بل كان يجري في قضائه وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، ويكملها بالأعراف والتقاليد.

وتم تكوين مجلس شورى سنة ١٩٢١ مؤلف من اثنى عشر عضواً معيناً يعاونون الحاكم في ممارسة سلطته التشريعية وإصدار القوانين، ومعاونة الحاكم في إدارة شئون البلاد، إلا أنه لم يدم طويلاً.

---

(١) يراجع :
– دكتور/ عادل الطبطبائي، النظام الدستوري في الكويت، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ٣٠٨.

(٢) يراجع :
– دكتور/ عبدالفتاح حسن، مبادئ القانون الإداري الكويتي، المرجع السابق، ص ٧٩.

(٣) انظر :
– دكتور/ أحمد الشرباصي، أيام الكويت، المرجع السابق، ص ٦٨.
وهناك أيضاً المفوضية البريطانية في الكويت التي تختص بنظر القضايا المتعلقة بالأجانب غير المسلمين.
راجع :
– راشد الفرحان، مختصر تاريخ الكويت، مكتبة العروبة، القاهرة، ١٩٦٠.

ولمـــا أُنشـــئ المجلـــس التشريعي في سنة ١٩٣٨ كان من بين أعماله إصلاح القضاء، وذلك بفصل القضاة الفاسدين، وزيادة راتب القاضي، وجعل القضـــاء لقاضيين رسميين بدلاً من قاض واحد، وعين للقضاء مكاناً رسمياً يتوسط المدينة يؤمه المتخاصمون في أوقات معينة، وألزم القضاة باستنباط الفـــتاوى والأحكام من مجلة الأحكام العدلية الشرعية، وحدد المجلس رسماً معيناً لرفع الدعاوى، وإنشاء محكمة صغرى للنظر في القضايا المدنية التي تقل قيمتها عن (٥٠) روبية بغية إفساح المجال للمحكمة الكبرى للفصل في المـــنازعات الهامـــة التـــي تـــرفع إليها. وكانت الأحكام تستأنف أمام هيئة الاســـتئناف الـــتابعة للمجلـــس التشـــريعي، ولذلك عمل على إنشاء محكمة استئناف مستقلة[١].

وقـــد أحاطـــت بالمجلس التشريعي منذ أول يوم شكل فيه، مجموعة من العوامـــل ساعد تضافرها العمل على الإسراع في إسقاط المجلس رغم عدم إكماله نصف سنة من عمره، ولعل من أهم هذه الأسباب شعور الحاكم أنه قد أصبـــح حاكمـــاً بـــلا صلاحيـــات تذكـــر بعـــد أن سلبه المجلس التشريعي اختصاصاته، وهو أمر لا يمكن التسليم بـــه تعـــود الحاكم فيه على جمع كل الســـلطات بين يديه، فالوثيقة الدستورية التـــي أصدرها المجلس التشريعي جمعـــت كافـــة الســـلطات بـــيد أعضاء المجلس دون أن تترك للحاكم سوى صـــلاحيات ثانوية، مما دفعه إلى محاولة استعادة صلاحياته. وإنتهى الأمر إلـــى وقوع صدام مسلح بين الحاكم والمجلس، وكان من نتيجة صدور قرار بحل المجلس وإغلاق نادي الشبيبة، وأعلن الحاكم على إثر ذلك أنه سيحكم بمفرده ولا ينوي إجراء انتخابات جديدة إلى أن يعود الهدوء والاستقرار إلى البلاد[٢].

وفـــي مـــرحلة تالية، تبدأ من سنة ١٩٤٨، بدأ الكويت يعرف الخطوات الأولى نحو تنظيم قضائي صحيح، فأنشئت محكمة رسمية برئاسة الشيـــخ/

---

(١) انظر :
- خالد سليمان العدساني، نصف عام للحكم الغيابي في الكويت، ١٩٤٧، ص ١٨ ، ١٩.
وما يسترعى الانتباه أنه رغم قصر فترة هذا المجلس التشريعي، فقد راسل الدول العربية لإعارة الكويت قاضياً من ذوي الخبرة والاختصاص ليتولى رئاسة المحكمة.

(٢) راجع في أهم الأسباب والدوافع التي أدت إلى حل المجلس التشريعي :
- دكتور/ عادل الطبطبائي، النظام الدستوري في الكويت، المرجع السابق، ص ٢٩٨ وما بعدها.
- نجـــاة عـــبدالقادر الجاسم، التطور السياسي والاقتصادي للكويت بين الحربين ١٩١٤ – ١٩٣٩، رسالة ماجستير، ١٩٧٣، ص ٢٤٢ وما بعدها.

عـبدالله الجابـر الصباح، ثم تفرعت هذه المحكمة، وصارت محاكم متعددة، وصار رئيسها هو رئيس المحاكم[1].

وسـنتكلم هـنا عـن أهم جهات التقاضي في هذه الفترة وهى المحاكم الشرعية ولجان التحكيم، ثم نرى كيف كانت إجراءات سير الدعوى والقانون المطبق.

أولاً : جهات التقاضي :

كانت جهات التقاضي تشمل المحاكم إلى جانب لجان التحكيم :

١- المحاكم :

كانت المحاكم مرتبة على الوجه الآتي :
أ- المحكمة العليا التنفيذية، ورئيسها هو رئيس المحاكم.

ب- المحـاكم الشـرعية، ورئيسها هو رئيس القضاء الشرعي، وهى ثلاث محاكم :
١- المحكمـة الشـرعية الكـبرى، وتفصـل في الدعاوي التي تتعلق بالميراث والجنايات والمسائل المدنية.

٢- محكمـة الأحـوال الشخصية، وتحكم في مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بالمسلمين السنة.

٣- والمحكمة الثالثة، تنظر في الجنح والجنايات الصغيرة.

ج- قاضـيان جعفـريان، ينظران في قضايا الأحوال الشخصية الخاصة بالمسلمين الشيعة المقيمين في الكويت[2].

---

(١) راجع :
- دكتور/ عبدالفتاح حسـن، مبادئ القانون الإداري الكويتي، المرجع السابق، ص ٨٠ ، ٨١.

(٢) يراجع :
- الدكتور/ أحمد الشرباصي، أيام في الكويت، المرجع السابق، ص ٦٧ ، ٦٨.
- الدكتور/ عبدالفتاح حسن، مبادئ القانون الإداري الكويتي، المرجع السابق، ص ٨٠.
- الدكـتور/ نـزار الأتاسي، تطور التشريع في الكويت، مقالة منشورة في كتاب (الكويت بأقلام نخبة من كتاب العرب)، ص ١٧٤.

٢ـ لجان التحكيم :

كان اختصاص لجان التحكيم محدود بنوع محدد من المنازعات أو بطائفة معينة من الأشخاص، وأن النزاع لا يحال إلى لجان التحكيم إلا برضاء الخصوم :

أـ لجنة التجار :

وتنظر في الخصومات التي تنشأ بين التجار، ويتوقف اختصاصها في نظر القضية على رضاء الطرفين المتنازعين بتحويل القضية إليها[١].

بـ لجان مؤقتة :

تؤلف وقت الحاجة من ذوي الخبرة، للنظر في القضايا التي تنشأ بين أهل الحرف المختلفة، كالغواصين والبنائين وغيرهم[٢].

بالإضافة إلى لجنة فض المنازعات في دائرة البلدية وكانت متخصصة بنظر المنازعات الخاصة بالأراضي والاستملاك، ولجان في دائرة الأمن العام للفصل في أنواع معينة من الجرائم[٣].

ولقد تميز القضاء في تلك الحقبة من الزمن بوجود هيئتين قضائيتين : تتمثل الأولى في المحاكم القضائية العليا والشرعية، والثانية في لجان التحكيم، وتعتبر لجان التحكيم مكملة لهذا الجهاز القضائي والتي كانت تنشط بين الحين والآخر حسب كثرة المنازعات، فقد اتخذ بعضها شكلاً تميز بالدائمية نظراً لطبيعة القضايا وخصوصيتها، كلجان التحكيم التجارية، بينما اتخذ البعض الآخر، وهو النوع الثاني، فيها شكلاً مؤقتاً يتم تشكيل القضاة من ذوي الخبرة وحسب الحاجة إلى ذلك، ويكون من مهامها عند انعقادها النظر في المنازعات التي ترتبط بمشاكل الحرفيين والمهن اليدوية والفنية مثل مهنة الخزف والبناء وغيرها.

---

(١) الدكتور/ أحمد الشرباصي، أيام في الكويت، المرجع السابق، ص ٦٨.
(٢) الدكتور/ أحمد الشرباصي، أيام في الكويت، المرجع السابق، ص ٦٨.
(٣) الدكتور/ عادل الطبطبائي، النظام الدستوري في الكويت، المرجع السابق، ص ٣٠٩.

ومن الملاحظ أن النظام الكويتي قد عرف نظام التحكيم قبل صدور قانون تنظـيم القضاء رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩، ذلك أن امتيازات النفط التي منحتها حكومة الكويت للشركات الباحثة عن النفط كانت تتضمن شروطاً للتحكيم[١]. فقـد تـم إبرام أول عقد امتياز للتنقيب عن البترول في عهـد المغفور لـه الشـيـخ/ أحمـد الجابر الصباح مع شركة نفط الكويت المحدودة (K.O.C) بتاريخ ١٩٣٤/١٢/٢٣.

وقـد جاء تحديد الوسيلة التي يتم بها حل الخلافات التي يمكن أن تنشأ بيـن طرفـي عقـد الامتياز المشار إليه في المادة (١٨)، والتي نصت في فقـرتها الأولـى علـى أنـه (إذا حدث في أي وقت وفي أثناء سريان هذه الاتفاقـية أي خـلاف أو نزاع ما بين الفريقين المتعاقدين حول تفسيره أو تنفـيذه أو شـأن أو شـيء آخر مذكور فيه أو لـه علاقة به أو بالحقوق والواجبات المترتبة على كل من الفريقين فان هذا يجب – إذا عجز الفريقان عن الاتفاق فيما بينهما أو بعد المفاوضة مع الوكيل السياسي البريطاني في الكويـت أو الممـثل السياسي في الخليج العربي – أن يعرض على حكمين يختار كل فريق واحداً منهما وفيصل يختاره الحكمان قبل السير في إجراءات التحكيم).

ثانياً : إجراءات التقاضي :

وتـبدأ المقاضـاة بـرفع الدعـوى إلى رئيس المحاكم، حتى إذا حضر الخصوم، سعى رئيس المحاكم جهده لفض النزاع ودياً، فإن لم يوفق في ذلك برفض أحد الخصوم الصلح، أحال الدعوى إلى المحكمة الشرعية المختصة، أو إلى لجنة من لجان التحكيم[٢].

وتطـبق المحكمة الشرعية مجلة الأحكام العدلية الشرعية، فإذا لم يوجد حكم مناسب للقضية المعروضة عليها فصلت في القضية حسب مذهب مالك، ومذهب مالك كان واجب التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية.

أما في المسائل الجنائية، فتطبق المحكمة أحكام الشريعة الإسلامية، أما لجنة التجار فتطبق الأعراف والعادات[٣].

---

(١) دكتور/ يعقوب يوسف صرخوه، الأسس العامة في التحكيم الدولى، الطبعة الأولى، الكويت، ١٩٩٦، ص ٢٩ ، ٣٠.
(٢) دكتور/ أحمد الشرباصي، المرجع السابق، ص ٦٦-٦٧.
(٣) دكتور/ أحمد الشرباصي، المرجع السابق، ص ٦٨.

وتصدر الجهة التي أحيل إليها القضية حكمها باسم رئيس المحاكم، الذي له الحق في تعديله، ولا يكون حكمها نافذاً إلا بعد تصديقه عليه[1].

وإن لم يرتض أحد المتخاصمين الحكم الصادر، كان له أن يطلب من رئيس المحاكم تمييزه.

ويتم التمييز أمام إحدى جهتين : إما أمام شخص واحد مشهود له بالكفاية والعلم وهو الشيخ (يوسف بن عيسى القناعي)، حيث ظل يشغل هذا المنصب فترة طويلة وإما أمام مجلس يضم القضاة الشرعيين برئاسة القضاء الشرعي[2].

ويلاحظ على هذا التنظيم القضائي ما يلي [3] :

١- لا تنظر المحكمة الدعوى إلا إذا أحيلت لها من رئيس المحاكم.

٢- لا تحال القضية إلى لجان التحكيم إلا برضاء الخصوم بذلك.

٣- أحكام المحاكم ولجان التحكيم لا تصير قابلة للتنفيذ إلا بعد مصادقة رئيس المحاكم عليها.

٤- لرئيس المحاكم الحق في تعديل الأحكام التي تصدرها المحاكم أو لجان التحكيم.

٥- جهة الاختصاص العام هى المحاكم الشرعية، أما الجهات الأخرى كلجان التحكيم، والقاضيين الجعفريين، فكان لها اختصاص محدود بنوع معين من الدعاوي، وبطائفة معينة من الأشخاص.

٦- يتم تمييز الأحكام بطلب يقدم لرئيس المحاكم، وبإحالة منه إلى جهة التمييز.

---

(١) دكتور/ عبدالفتاح حسن، مبادئ القانون الإداري الكويتي، ص ٨١.
(٢) يراجع :
- دكتور/ عبدالفتاح حسن، مبادئ القانون الإداري، المرجع السابق، ص ٨٢.
(٣) يراجع :
- دكتور/ عبدالفتاح حسن، مبادئ القانون الإداري، المرجع السابق، ص ٨٢.
- دكتور/ عثمان عبدالملك الصالح، النظام الدستوري والمؤسسات السياسية في الكويت، المرجع السابق، ص ١٢٩.

٧- كـــان القضـــاة مجرد موظفين عاديين في دائرة العدل فلا يتمتعون بصـــفة الاســـتقلال، وهـــم يخضـــعون لإشراف السلطة التنفيذية التي تملك تعيينهم، ونقلهم، وتوجيههم، وتأديبهم، وعزلهم[١].

هذا ما كان عليه الحال، فالقضاء كان بجملته تابعاً للسلطة التنفيذية، التي يملكهـــا الحـــاكم، ولـــم يكن قضاء مستقلاً، فكما كان الأمير، وهو على قمة السلطة التنفيذية، يمارسها بنفسه أو عن طريق معاونيه، كذلك كان يمارس وظـــيفة القضاء بنفسه أو بواسطة من يندبهم لهذا الغرض ولم تبد فيه ثمة وجـــود دعاوى إدارية ولم يتم استخدام المفاهيم القضائية الإدارية المعروفة الـــيوم، وقـــد ظل كذلك حتى صدور قانون تنظيم القضاء بالمرسوم رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ الذي كان طفرة كبرى في تاريخ تنظيم القضاء في الكويت.

(١) الاستاذ/ حمد يوسف العيسى، الكويت والمستقبل، الطبعة الأولى، المرجع السابق، ص ٦٤.

المطلب الثاني

القضاء الإداري بعد صدور قانون تنظيم القضاء رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩

لا مـــراء في أن صدور قانون تنظيم القضاء رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ يعد طفـــرة كـــبرى في تاريخ التنظيم القضائي في الكويت، فقد أنشأ هذا القانون لأول مـــرة جهة قضاء موحدة ومتكاملة أياً كانت جنسية المتقاضي وأياً كان نـــوع القضـــية. ونص على أن مستشاري محكمة الاستئناف العليا – وهى أعلـــى محكمة في البلاد – غير قابلين للعزل إلا بالطريق التأديبي، ثم ظهر قانون الجزاء في سنة ١٩٦٠ فجرم كل محاولة للتأثير في جهات القضاء أو الإســـاءة إلى سمعتها. ثم توج الدستور ذلك كله بالنص صراحة على أنه (لا ســـلطان لأي جهة على القاضي في قضائه، ولا يجوز بحال التدخل في سير العدالـــة) (المـــادة ١٦٣)، وجعل للقضاء مجلساً أعلى ينظم شئونه (المادة ١٦٨)، واقـــترن ذلـــك كله بحركة تشريعية واسعة، فصدر قانون التجارة، والجزاء، والمرافعات المدنية والتجارية، والإجراءات والمحاكمات الجزائية، وغير ذلك كثير[١].

وظهـــرت فـــي هـــذه المرحلة الهامة من مراحل تطور مفاهيم القضاء الإداري بـــوادر نهضـــة قضـــائية، بل نقلة نوعية قانونية للقضاء الإداري أعلنتها النصوص التشريعية صراحة، فقد سمح للمحاكم النظر في المنازعات الإدارية لتشمل الاختصاص بالنظر بدعاوى التعويض عن القرارات الإدارية من قبل دوائر القضايا العادية.

وهذا ما يدفعنا إلى توضيح تنظيم القضاء بصفة عامة والقضاء الإداري بصـــفة خاصـــة فـــي ظل هذا القانون بالنسبة للقرارات الإدارية والتعويض عنها.

أولاً : تنظيم القضاء طبقاً للقانون رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩[٢] :

يحـــتوي قانون تنظيم القضاء على ٦٨ مادة، موزعة على ثلاثة أبواب، كل منها يحتوي على أربعة فصول، وترتيبها كالآتي :

---

(١) دكتور/ عبدالفتاح حسن، مبادئ القانون الإداري الكويتي، المرجع السابق، ص ٨٣.
(٢) منشور في الكويتي اليوم، الجريدة الرسمية، العدد ٢٥٥ في ١٩٥٩/١٢/٢٨.

الباب الأول : في المحاكم، ويحتوي على أربعة فصول من مادة (١ : ٢٦).
الفصل الأول : في ولاية المحاكم من مادة (١ : ٢).
الفصل الثاني : في ترتيب المحاكم وتأليفها من مادة (٣ : ١٣).
الفصل الثالث : في الجلسات والأحكام من مادة (١٤ : ١٦).
الفصل الرابع : الأعمال الإدارية والكتابية من مادة (١٧ : ٢٦).

الباب الثاني : في القضاء، ويحتوي على أربعة فصول من مادة (٢٧ : ٥٠).
الفصل الأول : في مجلس القضاة من مادة (٢٧ : ٣٠).
الفصل الثاني : تعيين القضاة ومرتباتهم من مادة (٣١ : ٣٤).
الفصل الثالث : واجبات القضاة من مادة (٣٥ : ٤٠).
الفصل الرابع : تأديب القضاة من مادة (٤١ : ٥٠).

الباب الثالث : في النيابة العامة، ويحتوي على أربعة فصول من مادة (٥١ : ٦٨).
الفصل الأول : اختصاصات النيابة العامة من مادة (٥١ : ٥٥).
الفصل الثاني : تأليف النيابة العامة من مادة (٥٦ : ٥٨).
الفصل الثالث : تعيين أعضاء النيابة العامة ومرتباتهم ونقلهم من مادة (٥٩ : ٦٤).
الفصل الرابع : تأديب أعضاء النيابة العامة من مادة (٦٥ : ٦٨).

ونتناول في هذا المقام أهم أحكام هذا القانون، وهى المتعلقة بولاية المحاكم – ترتيب المحاكم وتأليفها – الجلسات والأحكام – مجلس القضاة – تأديب القضاة والتفتيش عليهم.

١- ولاية المحاكم :

لم يكن للقضاء وحدة تضم أطرافه، ومحاكم الكويت ما كانت تنفرد بالقضاء في هذا البلد كما سبق وأن رأينا، فأتى قانون تنظيم القضاء ليسد هذا النقص، فوحد القضاء، وجمع ما انتشر من جهاته المتفرقة، وركز في المحكمة جميع القضايا التي تعرض للناس، إلا ما استثنى بنص خاص في القانون[1].

---

(١) المادة الأولى من القانون المذكور.

٢- ترتيب المحاكم وتأليفها :

ترتب في الكويت محكمتان هما :
أ - المحكمة الكلية.
ب- محكمة الاستئناف العليا[١].

أ- المحكمة الكلية :

تتكون المحكمة الكلية من أربع دوائر[٢].

١- دائرة الأحوال الشخصية : وتختص بالفصل في جميع المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية وتشتمل على غرفة أو أكثر حسب الحاجة وتصدر الأحكام من قاض واحد[٣].

٢- الدائرة المدنية : وتختص بالفصل في جميع المنازعات المتعلقة بالمسائل المدنية وتتسع هذه المسائل لتشمل جميع المسائل المتعلقة بعقار أو منقول، وبالحقوق العينية والحقوق الشخصية، وبالديون والالتزامات أياً كان مصدرها، عقداً كان أو عملاً غير مشروع أو غير ذلك من مصادر الالتزام، وتشتمل على غرفة أو أكثر بحسب الحاجة، وتصدر الأحكام من قاض واحد[٤].

٣- الدائرة التجارية : وتختص بالفصل في جميع المنازعات التجارية، وتفصل أيضاً في المنازعات التي تقع بين الأفراد والحكومة، مدنية كانت هذه المنازعات أو تجارية، وتشتمل على غرفة أو أكثر حسب الحاجة وتصدر الأحكام من قاض واحد[٥].

٤- الدائرة الجزائية : وهى قسمان : قسم يختص بالنظر في الجنح، إلا ما استثنى منها بنص في القانون، وتصدر الأحكام فيه من قاض واحد،

---

(١) المادة (٣).
(٢) المادة (٤).
(٣) المادة (٥).
(٤) المادة (٦).
(٥) المادة (٧).

وقسم يختص بالنظر في الجنايات، وفي استئناف الأحكام التي تصدر من القسم الأول، أي في الجنح متى جاز استئناف الحكم فيها، وتصدر أحكامه من ثلاثة قضاة[1].

ب ـ محكمة الاستئناف العليا :

تتكون محكمة الاستئناف العليا من دائرتين وتصدر الأحكام من ثلاثة مستشارين[2].

وتختص إحدى الدائرتين بنظر ما يستأنف من دائرة الأحوال الشخصية، والدائرة المدنية بالمحكمة الكلية، ويكون حكمها نهائياً.

ويجوز فيما تطبق فيه أحكام الشريعة الإسلامية، للدائرة الاستئنافية أن تميز الحكم لمصلحة المتهم من تلقاء نفسها على الوجه المبين في القانون[3].

---

(١) المادة (٨).
(٢) المادة (٩).
(٣) المادة (١٠).
كما أنه وفقاً للمادة الثامنة من القانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٢ بشأن حالات الطعن بالتمييز وإجراءاته، يجوز لكل من النيابة العامة والمحكوم عليه والمسئول عن الحقوق المدنية والمدعى بها الطعن بالتمييز في الأحكام الجزائية الصادرة من محكمة الاستئناف في مواد الجنايات وذلك في الأحوال الآتية :
أ- إذا كان الحكم المطعون فيه مبنياً على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله.
ب- إذا وقع بطلان في الحكم أو في الإجراءات أثر في الحكم.
كما صدر القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٠ المعدل بالقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٩٦ وبالقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٩٨ بشأن تنظيم القضاء متضمناً إلغاء المرسوم الأميري رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ بقانون تنظيم القضاء والقوانين المعدلة له، وهو ما قد يُفهم منه إلغاء الحظر الوارد في المادة الثانية من هذا المرسوم بشأن عدم الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية من تاريخ صدور قانون تنظيم القضاء الجديد، بيد أنه بتمحيص المادة (١٦) من القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ بإنشاء الدائرة الإدارية نجد أن هذا الحظر ملغي من تاريخ صدور هذا القانون، حيث أوردت المادة (١٦) (يلغى كل نص يتعارض مع أحكام هذا القانون)، وباختصاص الدائرة بإلغاء القرارات الإدارية والتعويض عنها اعتباراً من تاريخ صدوره وليس من تاريخ صدور القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٠ وتعديلاته.
وقد أورد القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٠ المعدل بالقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٩٦ على أن المحاكم تتكون من :
أ- محكمة التمييز.
ب- محكمة الاستئناف.
ج- المحكمة الكلية.
د- المحكمة الجزئية.
على أن يكون بمحكمة التمييز دوائر لنظر الطعون بالتمييز في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية والجزائية والإدارية.
وبصدور هذا القانون أنشئت محكمة التمييز بعد أن كانت دائرة بمحكمة الاستئناف العليا، وأصبح ضمن دوائرها دائرة إدارية. =

وتختص الدائرة الأخرى بنظر ما يستأنف من الأحكام الصادرة من الدائرة التجارية بالمحكمة الكلية، وما يستأنف من أحكام صادرة في الجنايات من الدائرة الجزائية، ويكون حكمها نهائياً[1].

٣- الجلسات والأحكام :

نص القانون على أن تكون الجلسات علنية، وجعل لغة المحاكم هى اللغة العربية[2].

وتصدر الأحكام باسم رئيس الدولة "أمير الكويت" وتنفذ باسمه[3].

٤- مجلس القضاة :

يتكون مجلس القضاة من ثلاثة عناصر[4] :

١- كبار رجال القضاء : من محكمة الاستئناف العليا ويتمثلون في رئيس هذه المحكمة وفي وكيلها، ومن المحكمة الكلية ويتمثلون في رئيسها.

٢- النائب العام ويمثل النيابة العامة.

٣- مدير العدل، ويمثل السلطة التنفيذية المختصة بإدارة القضاء.

ويؤخذ رأي هذا المجلس في تعيين القضاة، وأعضاء النيابة العامة وترقيتهم، وله أن يبدي رأيه في المسائل المتعلقة بالقضاء والنيابة، كأن يقترح تعديل النظام القضائي، أو يطالب بتعزيز ضمانات القضاة بما يدعم القضاء ويقويه[5].

كما أورد القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٠ المعدل بالقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم القضاء نصاً جديداً بمقتضاه أن تصدر أحكام المحكمة الكلية من ثلاثة قضاة عدا القضايا التي ينص القانون على صدور الحكم فيها من قاض واحد (المادة ٧) بعد أن كان ذلك قاصراً على الدائرة الإدارية.

(١) المادة (١١).
(٢) المادة (١٤ ، ١٥).
(٣) المادة (١٦).
(٤) المادة (٢٧).
(٥) المادة (٢٨).

٥- التفتيش على القضاة وتأديبهم وعزلهم :

كـــان القضـــاة قبل صدور قانون تنظيم القضاء يخضعون في تفتيشهم، وتأديبهم وعزلهم، للسلطة التنفيذية، التي تملك كل ذلك كما سبق وأن ذكرنا.

ولما صدر قانون تنظيم القضاء، جعل التفتيش على القضاة لمستشار من محكمة الاستئناف العليا، يعينه مجلس القضاة كل عام[١].

وجعل تأديبهم وعزلهم من اختصاص الجمعية العامة لمحكمة الاستئناف العليا، بحيث لا يجلس فيها المستشار المطلوب تأديبه[٢].

وتـــتكون هـــذه الجمعـــية العامة من قضاة المحكمة الكلية، ومستشاري محكمة الاستئناف، كما تنص على ذلك المادة الثالثة من ذلك القانون[٣].

ومما تقدم، نرى أن صدور قانون تنظيم القضاء بالمرسوم رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩، يعتـــبر طفـــرة في تاريخ تنظيم القضاء في الكويت، هذا وقد صدر قانون الجزاء رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠، فجرم كل عمل يرتكب للتأثير في جهات القضاء أو الإساءة إلى سمعتها[٤].

ثانياً : الاختصاص بنظر الطعون في القرارات الإدارية :

يمكـــن القـــول بـــأن تجـــربة الكويت مع القانون الإداري بدأت بصدور المرســـوم بقـــانون رقـــم ١٩ لسنة ١٩٥٩ فقد ورد نص المادة الأولى من قانون تنظيم القضاء ١٩ لسنة ١٩٥٩ على أن (تختص المحاكم بالفصل في جمـــيع المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية وبالمسائل المدنية والتجارية وبالنظر في جميع الجرائم إلا ما استثنى بنص خاص)[٥].

وهكـــذا وحـــد هـــذا القانون جهة التقاضي في البلاد وجمع شتات تعدد الجهات القضائية الذي كان سائداً قبل صدوره وقـــد أعطت المـــادة الأولـــى

---

(١) المادة (٣٠).
(٢) المادة (٤٤).
(٣) المادة (١٢).
(٤) المادة (١٤٦ ، ١٤٧) من قانون الجزاء رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠.
(٥) من الملاحظ أن المشرع الكويتي قد أخرج صراحة من ولاية المحاكم المنازعات الإدارية.

للمحـــاكم اختصاصـــاً عاماً في كافة المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية والمسائل المدنية والتجارية وجميع الجرائم إلا ما استثنى بنص خاص.

وأوضـــحت المادة الثانية أنه (ليس للمحاكم أن تنظر في أعمال السيادة، ولهـــا دون أن تلغي الأمر الإداري، أو توقف تنفيذه أو تؤوله، أن تفصل في المـــنازعات المدنـــية والتجارية التي تقع بين الأفراد والحكومة عدا الحالات التي ينص فيها القانون على غير ذلك)[1].

ويســـتفاد مـــن النص السابق أن المشرع قد استبعد من ولاية المحاكم المنازعات المتعلقة بإلغاء القرار الإداري أو وقف تنفيذه أو تفسيره، وحجب القـــانون على المحاكم أهم صور الرقابة القضائية على أعمال الإدارة وهى قضـــاء الإلغـــاء. إذ لم يبق للمحاكم من سلطة حيال القرارات الإدارية سوى قضـــاء التعويض، مع مراعاة عدم التوسع في تأويل القرار الإداري. وعليه لـــم تكـــن المحاكم مختصة بنظر منازعات الإلغاء أو وقف التنفيذ أو تفسير القـــرارات الإدارية لانتفاء الولاية، حتى وإن كان القرار خارج دائرة أعمال الســـيادة. وأكـــدت المذكـــرة الإيضاحية للقانون رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ هذا المعنى بقولها (أما الأوامر الإدارية التي لا تتعلق بأعمال السيادة فهذه تنظر المحـــاكم المـــنازعات التي تقوم بشأنها ولكنها لا تستطيع إلغاءها أو وقف تنفـــيذها، أو تأويلها، بل كل ما تملكه في شأنها هو أن تحكم بتعويض لمن أصيب بضرر من جراء أمر إداري باطل)[2].

ويستخلص الباحث مـــن ذلك أن المذكـــرة الإيضاحيـــة اشترطـــت للقضاء بالـــتعويض أن يكـــون مـــن جراء أمر إداري باطل أو معيب، وحتى تتحقق المحكمـــة مـــن بطلان القرار لابد أن تبحث مشروعيته، إلا أن يدها مغلولة عـــن الحكـــم بإلغائـــه وكل ما فـــي وسعها هو تقرير التعويض عنه، وقد التزمـــت المحاكم بهذا النص وقررت دائرة التمييز (أن المحاكم لا تملك وفق نـــص المادة الثانية من المرسوم بقانون رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ بشأن تنظيم القضاء أن تتعرض للأمر الإداري بأي تأويل أو إلغاء أو وقف تنفيذ)[3]. بيد

---

(١) خفـــف المشـــرع الكويتي من الحظر على المنازعات الإدارية، بيد أنه استمر في عدم منح المحاكم سلطة قضاء الإلغاء.

(٢) دكتور/ محمد فؤاد مهنا، مسئولية الإدارة في تشريعات البلاد العربية، ١٩٧٢، ص ٥٦.

(٣) طعن رقم ٨٠/٤٠ مستعجل، جلسة ١٩٨٠/٦/١٦، منشور في مجموعة القواعد القانونية التـــي قـــررتها دائـــرة التمييز خلال الفترة من ١٩٧٩/١٠/١ وحتى ١٩٨٥/١٢/٣١ في المـــواد التجارية والمدنية والأحوال الشخصية والعمالية والقسم الأول، المجلد الثاني، ص ٤٥٩، بند ٢.

أن النصـــوص بسطت اختصاص المحاكم على المنازعات المدنية والتجارية بين الجهات الحكومية والأفراد، كالناشئة عن عقد أبرمته الإدارة مع فرد أو شـــركة أيـــاً كان نوع العقد وصبغته سواء أكان مدنياً أو تجاريـــاً، محكوماً بقواعد القانون الخاص، أم كان من العقود الإدارية[1]. والواضح أن القانون الكويتي لم يتبن بشكل واضح وصريح دعوى إلغاء القرار الإداري ولم يعهد بالفصـــل بهـــا إلى قضاء خاص، وظل الوضع كما هو عليه حتى بعد صدور أول قانون للمرافعات المدنية والتجارية في الكويت بالمرسوم بقانون رقم ٦ لســـنة ١٩٦٠[2]، وهو أول تشريع ينظم إجراءات التقاضي ويقننها بالنسبة لجمـــيع المنازعات المعروضة أمام المحاكم بما فيها المقامة بشأن تعويض عن قرار إداري أو متصلة بعقد إداري.

وعلـــى ذلك يمكن القول بأنه فى ظل هذه النصوص كان الأصل للمحاكم ولايـــة الـــنظر فـــى القـــرارات الإدارية، فإذا ماتبين للقضاء بطلان القرار المطعون فيه لعدم المشروعية فإنه لايملك سوى ولاية التعويض، دون إلغاء القـــرار أو تأويلـــه أو وقف تنفيذه، حيث أنه بموجب نص المادة الثانية تم تحصين القرارات الإدارية من الحكم بالإلغاء، دون أن ينفى ذلك خضوع هذه القرارات لفحص مشروعيتها أو بطلانها، توصلاً للتعويـــض عـــن الأضرار الـــناجمة عن القرارات الباطلة لعدم مشروعيتها[3]. كما أنه وفقاً لذات النص كـــان للقـــانون أن يحصن بعض القرارات من ولاية التعويض كذلك، بحيث تخرج كلية من رقابة القضاء وذلك بالإضافة لأعمال السيادة.

وفـــى ذلـــك المعنى ذهبت المحكمة الكلية فى حكمها الصادر بجلسة ١٦ مارس ١٩٦٩ بقولها "وحيث أن المادة الثانية من قانون تنظيم القضاء رقم ١٩٥٩/١٩ تنص على أنه "ليس للمحاكم أن تنظر في أعمال السيادة، ولها،

---

(١) دكـــتور/ إبراهـــيم طـــه الفـــياض، العقود الإدارية، النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي، مكتبة الفلاح، الكويت، ١٩٨١، ص ٣٥ وما بعدها.

(٢) صدر هذا القانون بتاريخ ٢ مارس ١٩٦٠، وبدأ العمل به إعتباراً من أول فبراير ١٩٦٠.

(٣) واذا كـــان المشـــرع الكويـــتى أجـــاز عزل أى موظف أيا كانت حلقته أو درجته بالطريق الإدارى، ولايعتـــبر هذا العزل إجراءً تأديبيا، لذلك لايلزم أن يكون مسببا، فإنه حرص على إحاطـــة استخدام هذا الحق ببعض الضمانات حماية للموظف بالقانـــون رقـــم ١٩٦٥/٢٥ الـــذى عدل المادة ١٤٩ من قانون الوظائف المدنية، من ذلك أن العزل لا يكون إلا بقرار مـــن مجلـــس الـــوزراء مع حفظ الحق في المعاش أو المكافأة، فإذا رأى مجلس الوزراء حـــرمان الموظـــف المعزول من المعاش أو المكافأة كلياً أو جزئياً، تعين عليه إحالته إلى مجلـــس التأديب الذى يختص وحده بتقرير ذلك، وأخيراً للموظف المعزول حق التظلم من القـــرار إلـــى مجلس الوزراء وله إقامة الدعوى للمطالبة بالتعويض عن قرار العزل فور صدوره أو بعد رفض تظلمه.

دون أن تلغى الأمر الإدارى أو توقف تنفيذه أو تؤوله، أن تفصل فى المنازعات المدنية والتجارية التى تقع بين الأفراد والحكومة عدا الحالات التى ينص فيها القانون على غير ذلك". وقد جاء بالمذكرة التفسيرية لهذا النص (أما الأوامر الإدارية التى لاتتعلق بأعمال السيادة فهذه تنظر المحاكم المنازعات التى تقوم بشأنها ولكنها لاتستطيع إلغاءها أو وقف تنفيذها أو تأويلها، بل كل ماتملكه فى شأنها هو أن تحكم بتعويض لمن أصيب بضرر من جراء أمر إدارى باطل). ومؤدى ذلك... أنه إذا كان هناك أعمال إدارية سواء كانت لوائح أو قرارات فردية فإنه لايمكن إلغاؤها، وكل مايمكن بشأنها إذا خالفت القانون ونشأ عن ذلك خطأ تسبب فى ضرر أن يعوض المضرور عنه... لما كان ذلك وكانت البلدية قد إستملكت أرض النزاع بموجب صيغة الاستملاك رقم ١٩٠٥ وبصدور كتاب التثمين فقد أصبحت هذه الأرض مخصصة للمنفعة العامة، فإنه لايمكن إلغاء هذا القرار الإدارى لأن ذلك خارج عن اختصاص هذه المحكمة، ومن ثم فإن طلب المدعى رد عين النزاع إليه لا تختص هذه المحكمة بنظره لتعلقه بأمر إدارى ممتنع على المحكمة إلغاؤه أو وقف تنفيذه"[1].

ومن الملاحظ أن نص المادة ١٥ من لائحة ترتيب المحاكم الوطنية فى مصر كانت تتضمن نصاً كنص المادة الثانية من قانون تنظيم القضاء الكويتى رقم ١٩٥٩/١٩، ويمتنع بمقتضاه القضاء العادى من إلغاء أو وقف

---

(١) راجع :

- حكم المحكمة الكلية الصادر بجلسة ١٩٦٩/٣/١٦ (طعن تجارى كلى ٢٩ القضية رقم ٦٨/١١٠٣).

ولقد سايرت المحكمة الإدارية العليا في مصر الاتجاه الذي من شأنه حرمان الأفراد من الطعن بإلغاء القرار الإداري أو وقف تنفيذه، وذلك في أحد أحكامها القديمة فقضت بأن (ما نصت عليه المادة السابعة من المرسوم بقانون المشار إليه (رقم ١٨١ لسنة ١٩٥٢) من عدم جواز الطعن بالإلغاء أو وقف تنفيذ القرارات الصادرة بالتطبيق لأحكامه، فإنه وإن جاء استثناء من الاختصاص المقرر للقضاء الإداري، إلا أنه لا تثريب على المشرع إذا لجأ إلى تقريره مراعاة للصالح العام، وما دام المنع من الطعن الذي قررته هذه المادة قد اتسم بطابع العمومية والتجريد، فلا وجه للنعي عليه بعدم دستوريته بحجة إخلاله بمبدأ المساواة أمام القانون. ذلك أن هذا القانون لا ينطوي على مصادرة مطلقة للحقوق بدون تعويض عادل أو تحريم لاقتضائها في أية صورة..). حكمها الصادر في الطعن رقم ١٥٦٥ لسنة ٢ ق، جلسة ١٩٥٧/٤/٢٧، س ٢، ع ٢، ص ٩٧٥، قاعدة ١٠١.

ولقد تعرض ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا إلى نقد شديد من جانب الفقه لتعارضه مع مبدأ المشروعية وسيادة القانون ولإخلاله بمبدأ المساواة بين المواطنين في الحقوق والواجبات العامة، ولمصادرته حق التقاضي، ومن ثم عدلت المحكمة عن هذا الاتجاه في أحكامها اللاحقة.

تنفـيذ أو تـأويل القـرارات الإدارية، إلا أن البين من مراجعة بعض أحكام القضاء، أن المحاكم العادية قد أعطت لنفسها الحق فى إلغاء أو إيقاف العمل الإدارى الواضـح البطلان والذى لم يلاحظ فيه أى شرط من شروط صحته، واقتصـرت تلك الحصانة على العمل الإدارى الصحيح أو الذى يعتريه عيب مـن إحـدى نواحـيه القانونـية لايصل إلى حد وصفه بالعمل الإدارى غير الحقيقى أو الاستبدادى الذى يخرج عن حظيرة الأعمال الإدارية، وهو عمل بـاطل لا تحمـيه مطلقاً الحصانة الإدارية وتسرى عليه أصول القانون من الوجهـة العامـة فيجوز إلغاؤه أو إيقاف تنفيذه واستخدام الوسائل القانونية المعـروفة لتعطيله، كحالة ما إذا كان قد جاء مخالفاً للقانون مخالفة صارخة فـى جميع نواحيه، نصاً وغرضاً، فيجوز للفرد المضار الالتجاء إلى المحاكم القضائية فى هذه الحالة للحكم بإلغاء العمل الإدارى باعتباره تعدياً والحيلولة دون نفاذه[1].

ومـؤدى ذلـك أيضاً – فى ظل النظام القضائى الكويتى – فإن الموظف الـذى يعـتقد أن قرار الجزاء الصادر من وكيل الوزارة لا يستند إلى سبب صحيح، إما لأن المخالفة لم ترتكب أصلاً، أو لأنها قد ارتكبت غير أن غيره هو الذى ارتكبها، أو لأن الركن المعنوى غير متوافر فيها، أو لأن الجزاء قد وقع بعد سقوطها بالتقادم، أو لأى عيب آخر يرى أنه يشوب قرار الجزاء، لا يملـك أية وسيلة قضائية لإلغاء هذا القرار أو وقف تنفيذه، وكل مايستطيعه فـى هذا المجال أن يطلب من القاضى تعويضه عن الضرر المادى أو الأدبى الذى أصابه بسبب توقيع الجزاء[2].

هـذا مـع ملاحظة أنه يجوز للموظف التظلم من الجزاء الذى وقع عليه مـن قبل وكيل الوزارة والذى يعتقد عدم مشروعيته أمام ذات السلطة التى أصـدرت قرار الجزاء وهو مايعرف بالتظلم الولائى أو أمام الوزير المختص وهو مايعرف بالتظلم الرئاسى ولكل منها سلطة إلغاء الجزاء أو تعديله، ومن ثم فإن السلطة الإدارية فى هذا الصدد تتمتع بصلاحيات أوسع من صلاحيات القضاء.

---

(١) راجع :
– حكـم محمكـة مصر المستعجلة بتاريخ ١٩٣٨/١٢/٢٨ فى قضية الجبل الأخضر، حكم المحكمة الكلية بتاريخ ١٩٤١/٥/١، مجلة المحاماة، س ٢٢، رقم ٢٤٨، ص٧٣٥ وما بعدها.

(٢) انظر :
– دكتور/ عبدالفتاح حسن، مبادئ القانون الإدارى الكويتى، المرجع السابـق، ص ٣٣٥.

وعقب صدور الدستور الكويتي أشار في المادة (١٦٩) إلى تنظيم الفصل في المنازعات الإدارية حيث نصت على أن (ينظم القانون الفصل في الخصومات الإدارية بواسطة غرفة أو محكمة خاصة يبين القانون نظامها وكيفية ممارستها للقضاء الإداري، شاملاً ولاية الإلغاء وولاية التعويض بالنسبة إلى القرارات الإدارية المخالفة للقانون).

وعلى الرغم من دعوة المشرع الدستوري الصريحة للمشرع العادي إلى إصدار قانون ينظم قضاء الإلغاء بإنشاء غرفة أو محكمة خاصة، تأخر صدور هذا القانون حتى عام ١٩٨١ وظلت طلبات التعويض ومنازعات العقود الإدارية ترفع استناداً للمادة الثانية من قانون تنظيم القضاء – ليس هذا فحسب – بل إن طموح المشرع الدستوي وبعد نظره الذي أجاز أيضاً إنشاء مجلس دولة ليختص بوظائف القضاء الإداري والإفتاء والصياغة المنصوص عليها في المادتين (١٦٩ ، ١٧٠) وذلك على النحو الوارد في المادة (١٧١). وقد أوضحت المذكرة التفسيرية للدستور أن المشرع الدستوري قد فوض الأمر للمشرع العادي، وأعطاه الخيار بين الأخذ بنظام القضاء الموحد وذلك بإنشاء غرفة أو دائرة في كنف القضاء العادي تختص بوظائف القضاء الإداري، وبين الأخذ بنظام القضاء المزدوج، بإقامة محكمة قضاء إداري مستقلة أو مجلس دولة مستقل ومتكامل لينهض بالمهام التي بينتها المادة (١٧١)، وقد استقر المقام على تبني نظام القضاء الموحد[1].

ثالثاً : الحالات المحددة للطعن بالإلغاء قبل إنشاء الدائرة الإدارية :

على الرغم من صراحة القانون رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ في تقييد القضاء في إلغاء القرارات الإدارية، إلا أنه وجدت حالات عديدة سمحت بالطعن بالإلغاء على القرارات الإدارية. فضلاً عن بعض الإجراءات الواجب اتباعها بشأنها وهى كانت المؤشر الدال على قرب انبثاق جهة ما في البلاد تختص بالتصدي للمنازعات الإدارية، منها على سبيل المثال :

١- خرج المشرع الكويتى على عدم جواز الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية، وذلك بالنسبة إلى العقوبات التى تصدر من مجالس التأديب، نظراً لأنها لا تقتصر على مجرد الإنذار أو الخصم من المرتب بل قد تشتد حتى

(١) دكتور/ عثمان عبدالملك، ولاية الدائرة الإدارية في نظر طعون الموظفين، بحث منشور في مجلة الحقوق في الكويت، السنة ١٠، العدد ٤، ١٩٨٦، ص ١٢.

تـبلغ العـزل من الخدمة مع الحرمان الكلى من المعاش أو المكافأة، فأورد نـص المـادة ١٣٢ من قانون تنظيم الوظائف المدنية رقم ٧ لسنة ١٩٦٠ على أن "استثناء من حكم المادة الثانية من المرسوم الأميرى رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ بقـانون تنظـيم القضاء يجوز الطعن بالإلغاء فى هذه القرارات أمام محكمة الاستئناف العليا فى دائرتها الجزائية والتجارية لعيب فى الاختصاص أو الخطـأ فى الاجراءات أو فى تطبيق القانون أو تفسيره وذلك خلال ثلاثين يوماً من صدورها" .

وهكذا يكون المشرع قد فتح الباب أمام الموظفين للطعن فى قرار مجلس التأديب، بطلب إلغائه وليس بطلب وقف تنفيذه، خلال ثلاثين يوماً. وتبدأ هذه المـدة من تاريخ إبلاغ القرار وفقاً لرأى أستاذنا الدكتور/ عبدالفتاح حسن، وليس من تاريخ الإصدار، وذلك رغم صياغة الفقرة الثالثة من المادة ١٣١، لأنـه لـو كانت المدة تبدأ من تاريخ الإصدار لما كان هناك معنى لضرورة إبلاغ الموظف بقرار المجلس خلال أسبوعين من تاريخ صدوره[١].

ويجـب أن ينبـنى الطعـن على أحد الأوجه الثلاث الواردة بالنص دون غـيرها، وهـى عيب عدم الاختصاص، كأن يصدر القرار من مجلس تأديب لايختص بتأديب الموظف لاختلاف الحلقة الوظيفية، أو لكون المجلس معيباً فـى تشكيله، وعيب الخطأ فى الاجراءات مثل عدم كفالة حق الدفاع، وعيب الخطـأ فـى تطبـيق القـانون أو تفسـيره، مثل توقيع الجزاء رغم انتفاء المخالفـة، ولذلـك فـلا يجـوز أن ينبنى الطعن مثلاً على عيب الانحراف بالسـلطة، مـع ملاحظة أن هذا العيب يندر أن تتردى فيه مجالس التأديب بالنظر إلى تشكيلها والأسلوب الذى تسير عليه الدعوى التأديبية أمامها[٢].

---

(١) راجع :
- دكـتور/ عبدالفتاح حسن، مبادى القانون الإدارى الكويتى، المرجع السابق، ص ٣٣٦، هـامش ١ ويضيف فى ذات الهامش (هذا ويلاحظ أن المستخدمين والعمال لايستفيدون من هذه الميزة ولايجوز لهم الطعن بالإلغاء أمام القضاء فى القرارات التأديبية الصادرة فـى حقهـم، كما يلاحظ أيضاً أن تأديبهم يتم بواسطة السلطة الإدارية وحدها فى جميع الحالات، أيا كان نوع الجزاء).

(٢) دكتور/ عبدالفتاح حسن، مبادى القانون الإدارى الكويتى ، المرجع السابق ص ٣٣٧ ، وقد أورد اسـتثناء آخـر يـتعلق ببعض أنواع من قرارات لجنة الاعتراضات المشكلة بموجب قانون نزع الملكية للمنفعة العامة (المادة ١٨ من قانون نزع الملكية). راجع نفس المرجع ص، ٤٦.

غـــير أنـــه لايجوز للموظف التظلم من قرار مجلس التأديب أمام الوزير المخـــتص مثلاً، باعتبار أن المجلس هيئة شبه قضائية، فلا يجوز المساس بالقرار الذى يصدره، لا من قبل المجلس نفسه ولا من قبل أية جهة أخرى، إلا فى الحالات وبالأسلوب الذى نص عليه القانون.

٢- كمـــا ورد نص المادة ٦٥ من قانون ديوان المحاسبة رقم ٣٠ لسنة ١٩٦٤ علـــى أنه "يجوز للديوان ولذوى الشأن الطعن فيها (أى فى قرارات مجلـــس التأديـــب الخاصـــة بالمخالفات المالية)، بالطريق المقرر للطعن فى القـــرارات الإداريـــة بطلـــب إلغائهـــا أو التعويض عنها لأى وجه من أوجه مخالفتها للقانون، وذلك خلال ستين يوماً من تاريخ العلم بها. ولايترتب على هـــذا الطعـــن إيقاف تنفيذ القرار التأديبى المطعون عليه إلا إذا أمرت بذلك المحكمة المختصة بنظر الطعن".

ويـــرى الباحـــث أن إعمال هذا النص يفترض وجود قضاء يختص بإلغاء القـــرارات الإداريـــة فى الكويت، وهذا غير صحيح على الاطلاق لعدم وجود هـــذا القضاء، ولذلك وصف بعض الفقهاء النص المذكور بأنه (نص معطل كلية)، وترتيباً على ذلك لا يجـــوز استعماله لا من قبل ديوان المحاسبة ولا من قبل الموظف الذى وقع عليه الجزاء، لأنه نص غير قابل للتجزئة، وعلى ذلـــك يطـــبق على قرارات مجالس التأديب الخاصة بالمخالفات المالية نفس الأحكـــام التى أوردتها المادة ١٣٢ من قانون الوظائف المدنية رقم ٧ لسنة ١٩٦٠ بشأن الطعن فى قرارات مجالس التأديب الخاصة بالمخالفات المالية، باعتـــباره الحكم الأصل الذى وضع منذ البداية ليطبق على جميع المخالفات أيـــاً كان نوعها، فيكون للموظف وحده أن يطعن فى قرارات مجلس التأديب المخـــتص بالمخالفـــات المالـــية أمام محكمة الاستئناف العليا فى المواعيد المحددة وللأوجه التى أشارت اليها المادة المذكورة[1].

غير أنه يثور تساؤل فى هذا الصدد يرتبط بمدى جواز حق الموظف فى طلـــب التعويض عن قرارات مجلس التأديب باعتبار أن المجلس لايعد هيئة إدارية خالصة.

---

(١) راجع :
- دكتور/ بكر القباني، القانون الإدارى الكويتى، المرجع السابق، ص ٢١٥.
- دكـــتور/ عبدالفـــتاح حســـن، مبـــادئ القانـــون الإدارى الكويتى، المرجع السابق، ص ٣٣٨.

إذا كـــان للموظـــف حـــق الطعن فى القرار الصادر من مجلس التأديب بالإلغـــاء، فـــإن المنطق القانوني أدعى بتقرير الحق فى المطالبة بالتعويض عـــن القـــرارات التى تصدر عنه، لأنها على أية حال ليست أحكاما قضائية، وهـــذا الفهم أدعى إلى تحقيق العدالة، والقول بغير ذلك يعنى أن المشرع قد فـــتح الـــباب أمـــام الموظـــف لطلـــب إلغاء القرار وقفل دونه باب المطالبة بالتعويض[1].

٣- نصـــوص المواد من (١٠٧ إلى ١١١) من الأمر الأميري رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦ بإصدار قانون التأمينات الاجتماعية التي فصلت بعض المواعيد والإجراءات والتظلمات التي يتعين اتخاذها قبل تحريك دعوى للمطالبة بحق مـــن الحقـــوق المقررة بمقتضى أحكام قانون التأمينات الاجتماعية والطعن عليها بالإلغاء، وتحديد المحكمة المختصة بالفصل في تلك المنازعات، وتقول دائـــرة التمييز في هذا الشأن (مطالبة المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية بـــأي حق من الحقوق المقررة بمقتضى أحكام قانون التأمينات الاجتماعية، هـــى على ما نصت عليه المادة (١٠٧) من القانون وهو الإجراء الذي تبدأ بـــه الخصومة في هذا الحق، إذ أوجبت هذه المادة على المؤسسة البت في هـــذا الطلب بإصدار قرار تخطر صاحب الشأن به وعلى الأخير إذا شاء أن يـــتظلم مـــن هـــذا القـــرار أمام لجنة التظلمات خلال ثلاثين يوما من تاريخ إخطاره)[2].

٤- كمـــا نصـــت المـــادة (٣/٧٣) من المرسوم بالقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ بإصـــدار قانون التجارة على أن (لكل ذي شأن حق الطعن على قرار المسجل أمام المحكمة الكلية في مهلة عشرة أيام من تاريخ إخطـــاره بـــه، وللمحكمـــة أن تؤيـــد القرار أو تلغيه)، كما أعطت المادتان (٧٨ ، ٧٩) من ذات القانون للمحكمة سلطة فحص قرار المسجل التجاري.

٥- كما حددت المادة (١٦) من مرسوم نظام الخدمة المدنية[3] إجراءات التظلم من تقرير تقييم كفاءة الموظفين وجواز الطعن عليه بالإلغاء.

---

(١) راجع :
- دكتور/ بكر القباني، القانون الإداري الكويتي، المرجع السابق، ص ٢١٦.
- دكتور/ عبدالفتاح حسن، مبادى القانون الإداري الكويتي، المرجع السابق، ص ٣٣٨ .

(٢) طعـــن رقـــم ٨٥/١٣٣ تظلمات جلسة ١٩٨٦/٢/١٧ منشور في المجموعة القسم الثاني، المجلد الثاني، يونيو ١٩٩٦، ص ١٦٣، بند ٤.

(٣) الصادر بتاريخ ٤ إبريل ١٩٧٩ بناء على المرسوم بالقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٧٩ في شأن نظام الخدمة المدنية.

٦- كما أن القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٦٤ بشأن نزع الملكية والاستيلاء المؤقت للمنفعة العامة قد أشار في المواد من (١٦ إلى ١٨) إلى أن للملاك وأصحاب الحقوق الاعتراض على ما ورد بقوائم وخرائط نزع الملكية، وقيمة التعويض المقابل لنزع الملكية أمام لجنة تسمى لجنة الاعتراضات وفصلت النصوص والإجراءات الواجب اتباعها عند تقديم الاعتراض مع اعتبار قرار اللجنة نهائياً بالنسبة إلى تقدير قيمة التعويض المقابل لنزع الملكية وتضم اللجنة أحد قضاة المحكمة الكلية. وقد قضت دائرة التمييز بأن (لجنة الاعتراضات تختص دون غيرها بنظر الاعتراضات التي يتقدم بها ذوي الشأن والتي تدور حول ما جاء بقوائم حصر العقارات المنزوعة ملكيتها، وقيمة التعويض عنها، ومن مقوماته ماهية العقار ونوعه، ويكون قرار اللجنة نهائياً بالنسبة إلى تقديره)[١].

٧- هذا فضلاً عن اختصاص المحكمة الدستورية بموجب قانون إنشائها رقم ١٤ لسنة ١٩٧٣ في المادة السادسة منه، التي رأى فيها الفقه - **وبحق** - أنها تقرر للمحكمة الدستورية حق فحص مدى مشروعية اللائحة إلى حين إنشاء القضاء الإداري باعتباره اختصاصا أصيلا ومباشراً بصورة مستقلة عن الدفع بعدم الدستورية[٢].

---

(١) الطعون أرقام ٤٧ ، ٤٩ ، ٨٢/٥٣ تجاري جلسة ١٩٨٣/٣/١٦ منشورة في المجموعة القسم الأول، المجلد الأول، يناير ١٩٩٤، ص ٢١٥ بند ٢٩.

(٢) راجع :

- دكتور/ عادل الطبطبائي، النظام الدستوري في الكويت، المرجع السابق، ص ٩٠٢ ، ٩٠٣.
- دكتور/ عثمان عبدالملك، السلطة اللائحية للإدارة في الكويت في الفقه وأحكام القضاء، المرجع السابق، ص ١٠٢.

المطلب الثالث

محاولات إنشاء جهة قضائية تمارس القضاء الإدارى على أعمال الإدارة

لقد بدأت هذه المحاولات فى الكويت منذ العمل بالدستور :

- ففـــى عـــام ١٩٦٣ تقدمت المعارضة إلى مجلس الأمة بمشروع فى صورة اقتراح بقانون، بإنشاء مجلس دولة، أحاله المجلس إلى لجنة الشئون التشريعية لنظره، قامت اللجنة بتعديله إلى مشروع بانشاء غرفة إدارية فى محكمـــة الاســـتئناف العليا لنظر المنازعات الادارية، وقد انتهت اللجنة من دراســـته عـــام ١٩٦٤، ولكـــنه لم يستوف بعد ذلك إجراءات العرض على مجلـــس الأمـــة لمناقشته، وهدأت المحاولات بعد ذلك لظروف سياسية حتى عام ١٩٧١[١].

- وتجـــددت المحاولات بعد ذلك فى عام ١٩٧١ حيث تقدم أحد أعضاء مجلس الأمة بمشروع إنشاء محكمة إدارية مستقلة إلى المجلس الذى أحاله إلى لجنة الشئون التشريعية لدراسته.

عـــندئذ أعدت الحكومة مشروعاً مضاداً تقدمت به إلى مجلس الأمة سنة ١٩٧٢ بانشاء محكمة للقضاء الادارى.

غـــير أن هذين المشروعين لم يكونا أسعد حالاً من سابقهما، ولم تمكن الظروف لأى منهما أن يخرج إلى حيز الوجود.

ونعرض بايجاز لدراسة مقارنة بين هذين المشروعين وذلك على الوجه التالى :

أ- من حيث تشكيل المحكمة :

تـــناول مشـــروع الحكومـــة فى بابه الأول طريقة تشكيل المحكمة التى سماها "محكمة القضاء الإدارى" وألحقها من الناحية التنظيمية بوزارة العدل.

---

(١) راجع :
- دكتور/ عثمان عبدالملك الصالح، التنظيم الدستورى للرقابة القضائية على أعمال الإدارة فى الكويت ومحاولة وضعه موضع التنفيذ، المرجع السابق، ص ٥٦ ومابعدها.

فـــنص علـــى تشكيلها من رئيس ونائب رئيس ومستشارين، تعاونهم هيئة لمفوضي الدولة برئاسة مستشار تتولى تحضير الدعاوى وتهيئتها للمرافعة. وعلى أن تسرى فى شأن أعضاء المحكمة القواعد المقررة فى شأن أعضاء محكمـــة الاســـتئناف العلـــيا، وذلـــك فيما يتعلق بقواعد تعيينهم ومرتباتهم وإجـــازاتهم وتأديـــبهم وغـــير ذلـــك من الأمور، وعلى أن يسرى فى شأن مفوضـــى الدولـــة القواعـــد المقررة فى شأن أعضاء النيابة العامة (المادة الأولـــى). كمـــا نـــص فى المادة الثانية على جواز أن يكون تعيين هؤلاء بطريق الندب من سلك القضاء والنيابة وذلك فى السنوات الخمس الأولى من تـــاريخ العمل بالقانون، ثم أورد فى مادته الثالثة بأن يكون تشكيل المحكمة مـــن عـــدد مـــن الدوائـــر حســـب متطلبات العمل، وفقاً لما تقرره جمعيتها العمومية.

وقـــد تـــناول مشروع العضو فى بابه الأول تشكيل المحكمة التى سماها "المحكمة الادارية" وقد جاءت نصوصه فى هذا الخصوص مماثلة للنصوص التى تضمنها مشروع الحكومة.

ومـــن الملاحـــظ أن تشـــكيل المحكمة وفقاً للمشروعين - وعلى خلاف تشكيل مجلس الدولة الفرنسى - يهيمن عليه طابع القضاء العادى، وإجازة الندب والتعيين المؤقت لعضوية المحكمة، وهو ما لا يتسق ورسالة القضاء الإدارى، بل ويعوق تقدم الإدارة وإزدهار القانون الإدارى[1].

كمـــا يلاحظ أيضاً أن كلا المشروعين قد تأثر بالنظام المصرى فى إقامة هيـــئة لمفوضى الدولة، خاضعه لنفس القواعد المقررة فى شأن أعضاء النيابة بالـــرغم مـــن أن لمفوضى الدولة فى القضاء الإدارى الفرنسى دور خاص يختلف كثيراً عن دور النائب العام[1].

ب - من حيث اختصاص المحكمة:

أورد الـــباب الثانى من مشروع الحكومة بيان المسائل التى تختص بها المحكمة وحددها على سبيل الحصر، وتشمل حسب نص المادة الرابعة مـــن

---

(١) راجع :
- دكـــتور/ عـــثمان عـــبدالملك الصـــالح، التنظيم الدستورى للرقابة القضائية على أعمال الادارة، المرجع السابق، ص ٥٩.

(١) راجع:
- دكتور/ محمد على آل ياسين، القانون الإدارى، المرجع السابق، ص٢١٥، ٢١٦ ٢١٩.

المشروع : المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية، والطعون فى قرارات اللجنة المكلفة بتحرير جداول الانتخابات ومراجعتها، والطعون الخاصة بانتخاب أعضاء المجالس البلدية وصحة عضويتهم، والمنازعات الخاصة بالمرتبات والمعاشات والمكافآت المستحقة للموظفين والمستخدمين العاملين وعمال القطاع الحكومى المصنفين، أو لورثة هؤلاء جميعاً، والطلبات الخاصة بالغاء القرارات الفردية النهائية وطلبات التعويض عنها، والطعون فى القرارات النهائية الصادرة عن الجهات الإدارية فى منازعات الضرائب والرسوم. كما حددت المادة الرابعة من المشروع حالات الطعن فى القرارات الفردية النهائية فجعلتها أربع هى : عدم الاختصاص، ووجود عيب فى الشكل، ومخالفة القوانين واللوائح أو الخطأ فى تأويلها أو تطبيقها، وإساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها.

وقد تضمنت المادة السادسة من مشروع الحكومة أيضاً حكماً على جانب كبير من الأهمية وهو النص على عدم اختصاص المحكمة أصلاً فى النظر بأعمال السيادة، وعدم قبول الطلبات المقدمة من أشخاص ليس لهم فيها مصلحة شخصية ومباشرة، وطلبات إلغاء القرارات الإدارية المقدمة رأساً من العاملين فى الوزارات والدوائر الحكومية. كذلك نص فى المادة السادسة على عدم اختصاص المحكمة بنظر الطعون فى القرارات الداخلة فى إختصاص هيئات التوفيق والتحكيم أو الصادرة منها فى منازعات العمل أو فى القرارات الصادرة من لجنة قيد المحامين بالجدول وقبولهم للمرافعة أمام المحاكم وتأديبهم، كما استبعدت من إختصاص المحكمة قضايا الجنسية.

وقد تضمن مشروع عضو مجلس الأمة أحكاماً مشابهة لتلك التى وردت فى مشروع الحكومة وتتفق معها فى جعل اختصاص المحكمة اختصاصاً محدوداً دون الاعتراف لها بولاية القضاء الإدارى فى جميع الخصومات الإدارية. غير أنه يختلف معه فى عدم تخصيص دعوى الالغاء بالقرارات الإدارية الفردية.

ج - من حيث الاجراءات أمام المحكمة :

من الملاحظ أن المشروعين لم يتوسعا فى تفاصيل الاجراءات أمام المحكمة واكتفى كل منهما بتقرير بعض القواعد الأساسية التى رؤى لأهميتها النص عليها فى صلب القانون ذاته، مع الإحالة فيما عداها من

إجـــراءات إلـــى مرسوم يصدر بها، حتى يمكن تعديلها بسهولة ويسر، على ضـــوء التطبـــيق العملى لها، ومن هذه القواعد ماأورده المشروع فى مادته الخامســـة علـــى أن مجـــرد رفع الطعن بإلغاء القرار الإدارى إلى المحكمة لايوقـــف تنفيذ هذا القرار، على أنه أجاز للمحكمة أن تأمر بوقـــف تنفيذه مؤقتاً إذا طُلب ذلك فى صحيفة الدعوى أو بعريضة لاحقة لصحيفة الدعوى وأثـــناء تحضيرها بهيئة المفوضين وقبل إحالتها للمرافعة، وذلك إذا مارأت المحكمـــة أن نتائج التنفيذ قد يتعذر تداركها، ومن هذه القواعد أيضاً تحديد ميعاد دعوى الالغاء بستين يوماً من تاريخ نشر القرار الإدارى المطعون فيه أو إعلان صاحب الشأن به، أوثبوت علمه به علماً يقينياً، مع جواز انقطاع ســـريان هـــذا المـــيعاد بالـــتظلم إلى الهيئة الإدارية التى أصدرت القرار أو الهيئات الرئاسية، على الوجه المبين فى المادة العاشرة من المشروع.

د - من حيث طرق الطعن فى الأحكام :

أورد كـــل مـــن المشـــروعين النص على أن تصدر الأحكام فى دعاوى الالغاء من دائرة تتكون من خمسة مستشارين، وفى سائر الدعاوى من ثلاثة مستشارين فقط.

ونصـــت المـــادة الثامـــنة من مشروع الحكومة على أنه يجوز لمحكمة القضـــاء الادارى أن تفـــوض أحد مستشاريها بالفصل فى الطعون والطلبات والمـــنازعات المنصـــوص عليها فى البنود : الثانى، والرابع، والسادس من المـــادة الـــرابعة، ويكـــون حكمه نهائياً إذا لم تجاوز قيمة الدعوى خمسمئة دينار كويتى، وإذا زادت على هذا المقدار أو كانت الدعوى غير مقدرة، كان حكمـــه قـــابلاً للاستئناف لدى الدائرة الثلاثية على ألا يشترك فيها فى هذه الحالة المستشار الذى أصدر الحكم المستأنف.

ولقـــد أجـــاز المشروع فى مادته ١٦ الطعن فى أحكام الدائرة الثلاثية وذلك فى حالات معينة وخلال ستين يوماً من تاريخ صدور الحكم، أمام هيئة خماســـية تشكل من أقدم مستشارى المحكمة الذين لم يشتركوا فى أى حكم صدر فى ذات الخصومة.

وإذا حكـــم بعـــدم قبول الطعن أو برفضه جاز للهيئة الحكم على الخصم الطاعن بغرامة لاتجاوز خمسين ديناراً فضلاً عن التعويض إن كان لـــه وجه (مادة ١٧ من المشروع).

كما أجازت المادة الخامسة عشرة من المشروع لذوى الشأن الطعن فى الأحكام الصادرة من المحكمة بطريق التماس إعادة النظر، وذلك فى الأحوال المنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية والتجارية.

غير أن هذين المشروعين كما نوهنا لم يكتب لأى منهما الحياة للظروف السياسية التى مرت بها البلاد.

ويرى الأستاذ الدكتور/ عبدالفتاح حسن (أن الوضع في الكويت لا يحتمل قيام جهتين قضائيتين، أحدهما وهى الجهة القائمة حالياً متمثلة في القضاء الوطني، تفصل في المنازعات التي تثور بين الأفراد والثانية، وهى مجلس الدولة المقترح، تفصل فى المنازعات التى تثور بين الإدارة والأفراد. كما أن إنشاء جهة مستقلة للقضاء الإداري فى بلد لم يكن يعرف نظام القضاء المزدوج من قبل، قد يكون له خطورته من الناحية العملية. إذ يخشى أن تتحول جهة القضاء الإداري إلى جهة قضاء "خاصة" بالإدارة، ترجح دائماً مصالحها على حساب مصالح الأفراد دون محاولة صادقة للتوفيق بينهما.

ويؤكد على أن نظام الشرعية فى الكويت لاينقصه سوى نظام الالغاء، أى القاضى الذى يستطيع أن يلجأ إليه الأفراد للمطالبة بالغاء القرارات الإدارية المعيبة وليس فقط لمجرد التعويض عنها، وهذا يمكن تحقيقه فى ظل الأنظمة الحالية بإحدى طريقتين :

١- إما إلغاء المادة الثانية من قانون تنظيم القضاء، وهى التى تمنع حالياً القضاء الوطنى من التعرض للقرار الإداري بإلغائه أو بوقف تنفيذه أو بتأويله، وهكذا يسترد القاضى سيادته على القرارات الإدارية، وأن يستبدل بهذه المادة مادة أخرى تجيز صراحة بسط رقابته عليها وذلك قطعاً لكل شك.

٢- أو إنشاء دائرة خاصة بالمحكمة الكلية تختص بالنظر فى المنازعات الإدارية عموماً، إلغاء وتعويضاً، وتستأنف أحكامها أمام محكمة الاستئناف العليا)[1].

---

(١) انظر:
- دكتور/ عبدالفتاح حسن، مبادىء القانون الإداري الكويتى، المرجع السابق، ص ١٩٠، ١٩١.

وبعد صدور القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ المعدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨١ بإنشاء الدائرة الإدارية وإلغاء المادة الثانية من المرسوم رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ بالمرسوم بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٠ بشأن قانون تنظيمه، هل بعد ذلك كافياً عن الحاجة لإنشاء قضاء إداري مستقل بالكويت؟، نعتقد أن الإجابة تكون بالنفي، إذ بدأ القضاء مرحلة تتلوها مراحل نحو الأخذ بهذا النظام، وإن كان ذلك بخطى حثيثة.

وقـد عني الدكتور/ محمد على آل ياسين بالرد على تلك الحجج بالقول، مع تقديره لصاحب هذا الرأى إلا أنه يخالفه فيما ذهب إليه ويرى أن الوضع فى الكويت (على عكس ما اعتقده تماماً، يشجع جداً على إقامة قضاء إدارى فـيه، فنهضـة الكويت فى مختلف الميادين، وزيادة تدخل الدولة، والمرافق العامة، يوما بعد يوم، كل هذا يقدم أرضاً صلدة لإقامة مثل هذا القضاء، أما الـتخوف من إقامته فيه... لعدم وجود سابقة لـه بالقضاء المزدوج، فشأن الكويـت فى هذا الموضوع شأن البلاد الأخرى التى أخذت بهذا القضاء لأول مرة، وأما الحذر من تحوله لقضاء منحاز للإدارة على حساب مصالح الأفراد فعلاجـه هـو باحاطـته عـن طريق التشريع بحصانة كافية، تضمن حياده واستقلاله.

أمـا القول بأن العلاج ينحصر إما بالغاء المادة الثانية من مرسوم تنظيم القضـاء، أو بإنشـاء دائرة خاصة فى المحكمة الكلية للخصومات الإدارية تسـتأنف أحكامهـا أمام محكمة الاستئناف العليا، فإن معنى ذلك هو اقتراح العـدول نهائـياً عن فكرة إنشاء قضاء إدارى، والاكتفاء بالقضاء الموحد، وربط الخصومات الإدارية بالقاضى المدنى، يبت ويفصل فيها بنفس الأسلوب والروحـية الـتى يفصـل فـيها فى القضايا الأخرى، وتحت هيمنة محكمة الاسـتئناف العلـيا، ولايخفى أن القضاء الإداري شيء آخر يختلف جداً عن القضاء المدنى وقضائه.. إن خلق مجلس دولة أضحى ضرورة ملحة لتثبيت دعـائم الشـرعية وسـيادة القانون، وغرس شجرة العدالة الوارفة الظلال، الناشرة للسلام، والمثبته لكيان أى نظام)[1].

وينضـم إلـى هذا الرأى الأستاذ الدكتور/ عثمان عبدالملك الصالح حيث يؤكد على أن (نظام القضاء المزدوج هو الأفضل لدولة الكويت الفتية، التى تتطلع وهى فى مسيرتها نحو الأفضل إلى استكمال عناصر تقدمها ونهضتها، وعلـى رأسـها دون شك العمل على توطيد دعائم مبدأ المشروعية وسيادة أحكام القانون والذى من أهم ضماناته قيام قضاء إدارى متخصص قادر على محاسبة الإدارة وردها إلى جادة الصواب إن هى حادت عنها.

فلـيس صـحيحاً علـى الإطلاق ما يدعيه البعض من أن نظام القضاء الإداري يقوم على قصد محاباة الإدارة والتحيـز لها، ذلك أنـه باستعراض

---

(١) انظر:

- دكتور/ محمد على آل ياسين، القانون الإداري، المرجع السابق، ص ٢١١، ٢١٢.

تـــاريخ القضاء الإداري فى الدول المختلفة يبين أن القضاء الإداري فى دول القضـــاء المزدوج أحرص على تحقيق حماية الحقوق والحريات العامة من القضاء العادى داخل دول القضاء الموحد، وأن السنين قد أثبتت مبلغ تسامح القضـــاء العـــادى مـــع الإدارة بنفس الدرجة التى انتهى إليها قضاء مجلس الدولـــة الفرنسى فى إثبات حرصه على حماية حقوق الأفراد وحرياتهم ضد تعسفها وعنتها)[1].

وغـــنى عـــن البيان أن نظام القضاء الإداري المستقل يستند فى وجوده الـــيوم إلـــى ضرورة قانونية ترجع إلى وجود قانون إدارى متميز فعلاً عن القـــانون الخاص مما يحتم مراعاة لضرورات التخصص ومبدأ تقسيم العمل، أن يقـــوم على تطبيقه قضاة متخصصون لديهم القدرة على تفهم مقتضيات الصـــالح العـــام وضرورات حسن سير المرافق العامة والتوفيق بينها وبين مصالح الأفراد وتحقيق التوازن بين الصالح العام والخاص، وابتداع القواعد اللازمـــة المســـتقلة عن النصوص المدنية الجامدة لتطبيقها فى المنازعات الإدارية، ولذلك نجد أن اقتناع العالم ازداد شيئاً فشيئاً، بأن القاضى المدنى لا يصلح أن يفصل فى الخصومات الإدارية[2].

وفضلاً عن ذلك كله، فلا يمكن لأحد أن ينكر ما حققه القضاء الإداري فى فرنسا من نمو العلم القانوني بوجه عام، والإداري بوجه خاص، ومن تقوية الشـــعور بالقـــانون فـــى المجتمع كله، وخلق قانون إدارى يختلف بقواعده ونظـــرياته ومبادئه عن القانون المدنى، وفى هذا دلالة على تميز هذا النظام على نظام القضاء الموحد وأرجحيته[3].

---

(١) انظر :
- دكـــتور/ عـــثمان عبدالملك، التنظيم الدستورى للرقابة القضائية على أعمال الإدارة فى الكويت، المرجع السابق، ص ٥٣، ٥٤.
وانظر ايضا :
- دكتور/ طعيمه الجرف، رقابة القضاء لاعمال الإدارة المرجع السابق، ص ١٢٧.
- دكـــتور/ بكـــر القـــباني ودكتور محمود عاطف البنا، الرقابة القضائية لأعمال الإدارة، مكتبة القاهرة الحديثة، الطبعة الاولى، ١٩٧٠ المجلد الاول ص ٧١.

(٢) انظر :
- دكتور/ بكر القباني ودكتور/ محمود عاطف البنا المرجع السابق ص ٧٥.
- دكتور/ طعيمة الجرف، المرجع السابق، ص ١٢٨.
- دكـــتور/ عـــثمان خلـــيل عثمان، مجلس الدولة ورقابة القضاء لأعمال الإدارة، المرجع السابق، ص ٢٧، ٢٨.

(٣) انظر فى مزايا نظام القضاء المزدوج :
- دكتور/ طعيمة الجرف، المرجع السابق، ص١٢٦.
- دكـــتور/عـــثمان خلـــيل عـــثمان، مجلس الدولة ورقابة القضاء لاعمال الإدارة المرجع السابق، ص ٢٥ ومابعدها.
- دكتور محمد على آل ياسين، المرجع السابق، ص ١٩٩ ومابعدها.
- دكتور/ محمود حافظ، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ١٤٦، ١٤٧، ١٧٣ ١٧٤، ١٧٥.

لهـذه الاعتبارات مجتمعة فإن نظام القضاء المزدوج هو الأفضل لدولة الكويـت الفتـية التى أصبح من الضرورى أن يقام بها قضاء إدارى مستقل يعمل هو والقضاء العادى جنباً إلى جنب ويتعاونا معاً من أجل تحقيق رسالة الإنسان وأداء ما حمل به من أمانة[1].

ومما يساعد على إقامة قضاء إدارى مستقل فى الكويت وييسره، وجود إدارة الفتوى والتشريع التى أنشئت، قبل صدور الدستور، بالمرسوم رقم ١٢ لسـنة ١٩٦٠وهـى تقـوم فعلاً بجانب من رسالة مجلس الدولة، كالافتاء والصياغة التشريعية لمشروعات القوانين واللوائح، ومراجعة العقود وإبداء الرأى فيها[2].

فـلا يبقى حتى تصبح إدارة الفتوى والتشريع ""مجلس دولة"" سوى أن ينشـأ قسم قضائى فتلحق به أو يلحق بها بالشكل المؤدى إلى تحقيق الغاية مـنها فيـتكون من القسمين مجلس الدولة الكويتى[3]، وهـو ما أشار إليه الدسـتور فى مادته ١٧١ عندما نص على أنه (يجوز بقانون إنشاء مجلس دولة يختص بوظائف القضاء الإداري والافتاء والصياغة.....).

ولكـن هـل استجاب المشرع الكويتى لجميع تلك الاعتبارات وسعى إلى إقامـة قضاء إدارى مستقل وتبنى نظام القضاء المزدوج؟ وبمعنى آخر أين يصطف النظام القضائي الكويتي؟.

وللإجابـة علـى هذا التساؤل يمكن القول أنه برغم التطورات القانونية المتمـثلة فـي صدور قانون إنشاء الدائرة الإدارية، فإن المشرع لم يفضل إفراد ولاية مستقلة للقضاء الإداري بإنشاء مجلس دولة على هدي ما أجازه الدسـتور في المادة (١٧١) وإنما فضل نظام الغرفة أو الدائرة ضمن حدود القضاء العادي وأناط بها اختصاصات على سبيل الحصر والتحديد، **معتقداً** أن ذلك تطبيق لما نصت عليه المادة (١٦٩) من الدستور.

---

(١) انظر :
- دكـتور/ عـثمان عبدالملك، التنظيم الدستورى للرقابة على أعمال الإدارة فى الكويت، المرجع السابق، ص ٥٥.

(٢) تخـتص ادارة الفتوى والتشريع بجانب صياغة مشروعات القوانين واللوائح التى تقترحها الحكومـة مـراجعة العقـود والفتوى والدفاع عن الحكومة أمام القضاء، فهى تحضر عن الحكومـة أمام القضاء بكافة درجاته فى جميع القضايا التى ترفع منها أو عليها وذلك أيا كان نوع القضية...

(٣) انظر :
- دكتور/ عبدالفتاح حسن، مبادئ القانون الإداري، المرجع السابق، ص ١٩٠.
- دكتور/ محمد على آل ياسين، القانون الإداري، المرجع السابق، ص ٢٤.

المبحث الثاني

ولاية القضاء الإداري بعد إنشاء الدائرة الإدارية

بعد التردد الطويل بين الأخذ بأحد النظامين الموحد أو المزدوج استقر الأمر في نهاية المطاف بالمشرع إلى تبني نظام القضاء الموحد، بالاكتفاء بإنشاء دائرة في المحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية، وذلك بالقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ المعدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٢، ومن ثم فقد عرف النظام القضائي الكويتي طلبات إلغاء القرارات الإدارية بشكل واضح وصريح ومباشر، عملاً بالمادة (١٦٩) من الدستور.

وباستقراء القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ نلمس أنه نص على اختصاصات محددة على سبيل الحصر انصبت على بعض القرارات المتعلقة بالموظفين المدنيين ومنازعات التسويات الخاصة بالمرتبات والمعاشات والمكافآت والعلاوات المستحقة لهم أو لورثتهم[1]، فضلاً عن الاختصاص بنظر المنازعات التي تنشأ بين الجهات الإدارية والمتعاقد الآخر في عقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد، أو أي عقد إداري آخر.

وبعد قرابة السنة من العمل بهذا القانون تدخل المشرع مجدداً فأحدث تعديلاً مهماً منح الدائرة اختصاصات أبرزها إضافة الفقرة الخامسة للمادة الأولى بشأن الطلبات التي يقدمها الأفراد أو الهيئات بإلغاء القرارات الإدارية النهائية عدا القرارات الصادرة في مسائل الجنسية وإقامة وإبعاد غير الكويتيين، وتراخيص إصدار الصحف والمجلات ودور العبادة. والواضح أن الشارع قد انتهج أسلوباً حصرياً في تعداد أوجه اختصاص الدائرة الإدارية بالطعون والطلبات، إذ لا يتسع اختصاصها إلا لما ورد النص عليه في قانون إنشائها وتعديلاته، **ولا نتردد في الانضمام للاتجاه الفقهي الذي يرى عدم دستورية هذا النهج التشريعي** الذي يذهب إلى أن المشرع الدستوري في المادة (١٦٩) لم يفوض المشرع العادي في وضع عراقيل وعقبات أو نصوص تنتقص شيئاً من الولاية الكاملة للدائرة الإدارية بالنظر في المنازعات الإدارية على إطلاقها دونما قيد أو استثناء، وإنما جعل مهمة المشرع قاصرة على إنشاء الدائرة وبيان نظامها وكيفية ممارستها للقضاء الإداري[2].

---

(١) نص المادة الأولى من القانون قبل تعديلها بموجب القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٢.

(٢) يراجع في ذلك :
- دكتور/ عثمان عبدالملك، ولاية الدائرة الإدارية، المرجع السابق، ص ٢٧.
- دكتور/ محمود سامي جمال الدين، القضاء الإداري في دولة الكويت، المرجع السابق، ص ٢١.

أولاً : تشكيل الدائرة الإدارية :

ورد نص المادة الأولى من القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ على أن (تنشأ بالمحكمة الكلية دائرة إدارية تشكل من ثلاثة قضاة وتشتمل على غرفة أو أكثر حسب الحاجة....).

وأول ما يلاحظ على هذا النص أن المحكمة الكلية هى أصلاً محكمة مدنية، وأصبحت وفقاً لقانون إنشاء الدائرة الإدارية تنظر فى منازعات إدارية محددة، ومن ثم يعتبر اختصاص هذه الدائرة هو اختصاص استثنائى فى هذا المجال خلافاً للأصل العام.

وخلافاً لما تقضى به أحكام قانون تنظيم القضاء من أن تتكون دوائر المحكمة الكلية من قاض واحد[١]. نص القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ على أن "تشكل الدائرة الإدارية من ثلاثة قضاة". ومن ثم فنظر الدائرة منازعة إدارية بعدد أقل من القضاة يترتب عليه بطلان الحكم الصادر عنها[٢].

وتبرر المذكرة الايضاحية لقانون إنشاء الدائرة الإدارية تشكيل الدائرة من ثلاثة قضاة بقولها (وقد نصت المادة الأولى بأن يعهد بالقضاء الإداري إلى دائرة تخصص لهذا الغرض فى المحكمة الكلية على أن يراعى فى تكوينها أن تكون مشكلة من ثلاثة قضاة نظراً لما يتميز به قضاء الإلغاء من مقومات أهمها أنه ليس قضاءً تطبيقياً وإنما هو قضاء يبتدع الحلول المناسبة للمنازعات التى تنشأ بين الإدارة والأفراد وهى تختلف بطبيعتها عن منازعات القانون الخاص.....).

ومن الملاحظ أن المحكمة الكلية، وفقاً للمرسوم رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ بقانون تنظيم القضاء والقوانين المعدله له، هى محكمة أول درجة كقاعدة عامة، إلا أنها تفصل فى المسائل التى خصها بها قانون إنشاء الدائرة الإدارية بأحكام نهائية كقاعدة عامة لا يجوز الطعن فيها إلا استثناء أمام

---

(١) المواد (٥، ٦، ٧، ٨) من قانون تنظيم القضاء رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩، والمادة (٧) من المرسوم بقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٠ بتعديل بعض أحكام المرسوم الأميرى رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ بقانون تنظيم القضاء.

(٢) راجع :
- دكتور/ عثمان عبدالملك الصالح، ولاية الدائرة الإدارية في نظر طعون الموظفين المرجع السابق، ص ١٥.

غرفة خاصة بمحكمة الاستئناف[1]، وذلك فى أحوال معينة وردت على سبيل الحصر فى المادة (١٢) من قانون إنشاء الدائرة الإدارية.

كما نصت المادة (١٥) من القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ بإنشاء الدائرة الإدارية على أنه (فيما عدا ما نص عليه فى هذا القانون، يسرى على الدعاوى المنصوص عليها فيه والأحكام الصادرة فيها وطرق الطعن فى هذه الأحكام القواعد والاجراءات المنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية والتجارية). دون تحديد مواد بذاتها ويترتب على ذلك جواز الطعن بالتمييز فى الأحكام الصادرة استئنافياً بالنسبة للأحكام الصادرة من هذه الدائرة الإدارية، وذلك وفقاً للشروط والأوضاع والاجراءات المقررة فى قانون المرافعات المدنية والتجارية للطعن بالتمييز فى سائر الأحكام الاستئنافية[2].

أما المادة (١٦) من ذات القانون فقد حرصت على تقرير إلغاء كل نص يتعارض مع هذا القانون نظراً لأن بعض التشريعات قد تضمنت نصوصاً تتعلق بالطعن فى بعض القرارات الإدارية كالمادة الثانية من قانون تنظيم القضاء التى تمنع إلغاء القرارات الإدارية أو وقف تنفيذها، وطبيعى أن إلغاء ماجاء بهذه المادة مقصور على ما أبيح فيه الطعن طبقاً لهذا القانون، ويبقى ماعداه قائماً وعلى الأخص منع النظر فى أعمال السيادة[3].

ويتم تعيين قضاة الدائرة الإدارية بمرسوم بناءً على عرض وزير العدل وأخذ رأى مجلس القضاء الأعلى[4].

ثانياً : اختصاص الدائرة الإدارية :

لقد تبنى المشرع الكويتى الأسلوب الحصرى فى بيان اختصاص الدائرة الإدارية، فنص فى المادة الأولى من القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ المعدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٢، على أن الدائرة تختص دون غيرها بالمسائل الآتية، وتكون لها ولاية الإلغاء والتعويض :

---

(١) المادة (١٣) من القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ بإنشاء الدائرة الإدارية.
(٢) المذكرة الايضاحية للقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ فى تعليقها على المادة (١٥) من القانون المذكور.
(٣) تعليق المذكرة الايضاحية على المادة (١٦) من القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١.
(٤) المادة (٢٠) من قانون تنظيم القضاء رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٠.

أولاً : المنازعات الخاصة بالمرتبات والمعاشات والمكافآت والعلاوات المستحقة للموظفين المدنيين أو لورثتهم.

ثانياً : الطلبات التى يقدمها الموظفون المدنيون بإلغاء القرارت الإدارية الصادرة بالتعيين فى الوظائف العامة المدنية.

ثالثاً : الطلبات التى يقدمها الموظفون المدنيون بإلغاء القرارات الإدارية الصادرة بالترقية.

رابعاً : الطلبات التى يقدمها الموظفون المدنيون بإلغاء القرارات الصادرة بإنهاء خدماتهم أو بتوقيع جزاءات تأديبية عليهم.

خامساً : الطلبات التى يقدمها الأفراد أو الهيئات بإلغاء القرارات الإدارية النهائية عدا القرارات الصادرة فى شأن مسائل الجنسية وإقامة وإبعاد غير الكويتيين وتراخيص إصدار الصحف والمجلات ودور العبادة[1].

وورد نص المادة الثانية من القانون المذكور على أن (تختص الدائرة الإدارية وحدها بنظر المنازعات التى تنشأ بين الجهات الإدارية والمتعاقد الآخر فى عقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو أي عقد إدارى آخر وتكون لها فيها ولاية القضاء الكامل).

كما ورد نص المادة الخامسة من القانون على أن (تكون للدائرة الإدارية وحدها ولاية الحكم بإلغاء القرارات الإدارية المشار اليها فى البنود : ثانياً وثالثاً ورابعاً وخامساً من المادة الأولى، كما تكون لها وحدها ولاية الحكم فى طلبات التعويض عن الأضرار الناشئة عن تلك القرارات، سواء رفعت إليها بطريقة أصلية أو تبعية).

ومايسترعى الانتباه فى هذا المقام أن المشرع الكويتى لم يشأ أن يقيم قضاءً يكون صاحب الاختصاص الشامل فى المنازعات الإدارية، كما هو مقرر فى فرنسا لمجلس الدولة والمحاكم الإدارية، وفى مصر بعد صدور القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢، إنما أراد المشرع أن يأخذ بالأسلوب الحصرى فى بيان اختصاص الدائرة الإدارية بنص القانون. وذلك على النهج

---

(١) وكان قبل التعديل يستثنى من ذلك إنهاء الخدمة بقرار من مجلس الوزراء.

المتبع فى بعض الدول العربية[1]، وهو بيان اختصاصات القضاء الإداري بأسلوب الحصر أو التحديد بدلا من الشمول أو التعميم.

وقد حصر المشرع اختصاص الدائرة الإدارية فى ثلاث طوائف من المنازعات الإدارية :

الأولى : وهى المنازعات الخاصة بالموظفين :

ويبدو أن المشرع الكويتى لم يجعل لولاية الدائرة الإدارية فى طعون الموظفين ولاية عامة. فالدائرة الإدارية ليست قاضى كل المنازعات الخاصة بشئون الموظفين، ذلك أن المشرع قد أخرج من اختصاصها المنازعات الخاصة بالعسكريين من رجال الجيش والشرطة والحرس الوطنى، وجعله محدداً بطعون الموظفين المدنيين[2]، كما لا يدخل في اختصاصها بعض طعون الموظفين كالطعن في قرارات النقل المكاني الذي لا يتضمن ما يمكن اعتباره جزاءً مقنعاً أو تعييناً جديداً.. إلخ.

الثانية : هى الخاصة بالطلبات التى يقدمها الأفراد أو الهيئات بإلغاء القرارات الإدارية النهائية دون أن يشمل ذلك دعاوى إلغاء القرارات الإدارية الصادرة فى شأن مسائل الجنسية وإقامة وإبعادغير الكويتيين وتراخيص إصدار الصحف والمجلات ودور العبادة[3].

---

(١) مثل مصر قبل صدور القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢، وذلك وفقاً لقوانين مجلس الدولة المصرى السابقة وهى : القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦، والقانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩، والقانون رقم ١٦٥، لسنة ١٩٥٥، والقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩، والجمهورية العربية الليبية وفقا للقانون رقم ٨٨ لسنة ١٩٧١ فى شأن القضاء الإداري، والجمهورية العربية السورية وفقا لقانون مجلس الدولة رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩، وهو القانون الذى صدر إبان الوحدة بين مصر وسوريا.

(٢) ورد فى الفقرة الثانية من المادة الثالثة من المرسوم بالقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٧٩ فى شأن الخدمة المدنية على أنه (ولاتسرى أحكامه على العسكريين من رجال الجيش والشرطة والحرس الوطنى).

(٣) لقد دأب المشرع فى كثير من الدول على إدخال كثير من المنازعات الإدارية فى اختصاص القضاء الإداري، مازالت خارجة عن اختصاص الدائرة الإدارية، مثال ذلك:
- المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة المصرى رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ التى نصت على أن تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل فى سائر المنازعات الإدارية وذلك بعد أن عددت المادة المذكورة ثلاثة عشر نوعاً من أنواع المنازعات الإدارية التى تختص بها هذه المحاكم.
- المادة الأولى من القانون رقم ٨٨ لسنة ١٩٧١ فى شأن القضاء الإداري الليبى.
- المادة ٨٧ من قانون مجلس الدولة رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ المعدل بالمرسوم التشريعى رقم ٧١ الصادر بتاريخ ١٩٦٣/١/١٤ فى الجمهورية العربية السورية.
- المادة ٥١ من المرسوم الاشتراعى رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٩ الخاص بتنظيم مجلس شورى الدولة اللبناتى.

الثالثة : هـي المـنازعات الخاصـة بالعقود الإدارية التى قد تثور بين الإدارة والطرف الآخر فى العقد.

ثالثاً : إجراءات التقاضي :

ورد نص المادة التاسعة من قانون إنشاء الدائرة الإدارية على أن (يكون رفـع الدعوى بصحيفة تودع إدارة كتاب المحكمة الكلية، ويجب أن تشتمل هذه الصحيفة على بيان موضوع المنازعة وأسبابها وطلبات مقدم الصحيفة، وذلك بالإضافة إلى البيانات العامة التي يجب اشتمال أوراق الدعاوى عليها. وتقدم مع الصحيفة المستندات المؤيدة لها. ويجب أن يقدم إلى إدارة الكتاب بالإضافة إلى أصل الصحيفة عدد كاف من الصور).

ومؤدى هذا النص يجب أن يستوفي أمرين :

أولاً : بـيان موضـوع المنازعة وأسبابها وطلبات مقدم الصحيفة وسنده الواقعـي والقانوني المؤيده لطلباته، أي أن لا تكون هذه الطلبات مجهلة أو غـير محددة أو غير قابلة للتحديد، وأن تقترن الصحيفة بصورة أو ملخص للقـرار الطعيـن، حـتى يسهل تحديد موضوع الدعوى بصورة ترفع مظنة تجهـيلها لتتمكن المحكمة من النظر في القرار ومراقبة كل ما يتعلق به من كافـة مناحـيه لتعرف منشأه ومقصده وما يحيط به من ظروف وملابسات، لـتكون على بصيرة بما يوجه إليه من عيوب ومطاعن وما عسى أن ينسب إلـيه من مخالفة للقانون، أو تحيف عن المصلحة العامة أو إساءة استعمال السلطة.

ثانـياً : البيانات العامة التي يجب اشتمال أوراق الدعاوى عليها، وهى ما أورده المشـرع تفصـيلاً في المادة (٤٥) من قانون المرافعات وأهمها اسم المدعـي بالكـامل، ومهنـته، ومحل عمله، واسم المدعى عليه بالكامـل، ومهنـته، ومحـل عمله، وموضوع الدعوى، والطلبات وأسانيدها، وتاريخ تقديم صحيفة الدعوى لإدارة الكتاب، تعيين موطن مختار للمدعي.. إلخ.

وأوجبـت المـادة التاسعة على الطالب أن يقدم مع الصحيفة المستندات المؤيـدة لها مثل القرار المطعون عليه، والتظلم المقدم إلى الإدارة، وردها

عليه إن وجد، وأن تقدم الصحيفة مصحوبة بعدد كاف من الصور، أي بعدد المدعى عليهم زائد صورة لإدارة الكتاب[1].

ووفقاً للمادة العاشرة عند إيداع الصحيفة تسلم إدارة الكتاب إلى المودع إيصالاً يثبت فيه تاريخ الإيداع وساعته، ويجب على إدارة الكتاب خلال الثلاثة الأيام التالية إعلان الخصوم بصحيفة الطعن على أن يكون إعلان الجهات الحكومية والمؤسسات العامة بمقر إدارة الفتوى والتشريع، ووفقاً للمادة (١٤) من المرسوم بقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ أوجب المشرع توقيع صحف الطعن المرفوعة من المؤسسات العامة من أحد أعضاء إدارة الفتوى والتشريع وإلا كان الطعن باطلاً[2]. ويكون لكل من الخصوم الحق في الرد على ما جاء فيها بمذكرة تودع إدارة كتاب المحكمة مع المستندات اللازمة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلانه بالطعن.

وبمجرد انتهاء هذه المهلة تقوم إدارة كتاب بالمحكمة بتحديد جلسة لنظر الموضوع خلال شهرين على الأكثر وبإبلاغ جميع أطراف النزاع بتاريخ تلك الجلسة قبل موعد عقدها بأسبوع على الأقل وذلك بموجب خطابات موصى عليها بعلم الوصول.

ويجوز تقديم مستندات أو مذكرات جديدة أثناء المرافعة إذا صرحت المحكمة بذلك وفي خلال المواعيد التي تتولى المحكمة تحديدها.

ويترتب على الإيداع الإعلان عن الميلاد الرسمي للخصومة الإدارية بعد أن كانت فكرة في مخيلة المدعي أو مشروعاً لم يستوف الشكل القانوني اللازم. ويؤدي الإيداع إلى بدء الخصومة ودوران عجلتها الأمر الذي تتبعه خطوات إجرائية حتى تبلغ الخصومة غايتها. حيث تطرح الدعوى على المحكمة. ولم يتضمن قانون إنشاء الدائرة الإدارية أي نص بشأن تحضير الدعوى الإدارية وتهيئتها للمرافعة.

---

(١) راجع في ذلك :
- المستشار/ عادل ماجد بورسلي، إجراءات المنازعة الإدارية وفقاً للنظام القانوني الكويتي مع التركيز على قانون إنشاء الدائرة الإدارية رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ المعدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٢، رسالة ماجستير، كلية الحقوق - جامعة الكويت، ١٩٩٩ - ٢٠٠٠، ص ١١٨ ، ١١٩.

(٢) راجع :
- حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ١٣٧ لسنة ١٩٩٨ (تجاري)، جلسة ١٩٩٩/١/١٩، وحكمها في الطعن رقم ٣٠٠ لسنة ١٩٩٨ (تجاري)، جلسة ١٩٩٩/٢/١٧، موسوعة مبادئ القضاء الإداري، الكتاب الأول - الجزء الأول، ص ٤٥٧.

وأخـــيراً تجدر الإشارة إلى ما نصت عليه المادة (١٥) من قانون إنشاء الدائرة الإدارية من أنه (فيما عدا ما نص عليه في هذا القانون يسري على الدعاوى المنصوص عليها فيه والأحكام الصادرة فيها وطرق الطعن في هذه الأحكـــام القواعد والإجراءات المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية).

ونتـــناول بالدراسة الرقابة على أعمال الإدارة طبقاً لأحكام قانون إنشاء الدائرة الإدارية رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ المعدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٢ وفقاً للتقسيم التالى :

المطلب الأول : طعون الموظفين.

المطلب الثانى: طعون الأفراد أو الهيئات بإلغاء القرارات الإدارية.

المطلب الثالث: المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية.

المطلب الأول

طعـــون الموظفيـــن

لقـد أدى تحديـد المسائل التي تختص بها الدائرة الإدارية في خصوص طعـون الموظفيـن على سبيل الحصر، أن بقيت بعض المنازعات الخاصة بشـئونهم خارجـة عن اختصاصها، وبالتالي بقى الموظف بخصوصها دون حماية جديدة.

ولقـد نهجت الدائرة الإدارية نهج مجلس الدولة المصري، وذلك بتفسير نصـوص قـانون إنشـائها تفسيراً واسعاً، فتحقق للموظفين أكبر قدر من الضـمانات والحمايـة. ذلـك أن تأمين الموظفين على وظائفهم وبث روح الطمأنيـنة في أنفسهم من شأنه القيام بما يعهد إليهم من شئون ويوطد لهم مـن سـلطان دون مراعاة لغير أحكام القانون، فلا ينحرفون عنها خوفاً من بطش أو توقياً لانتقام.

على أنه لا يجوز أن يقتصر اجتهاد الدائرة الإدارية على حد التوسع في تفسير مدلول الألفاظ والمصطلحات والعبارات الواردة في قانون إنشائها، بل علـيها أن تمـد منهج التفسير الواسع حتى يشمل النزاع في ذاته وطبيعته، حـتى تمد اختصاصها لأمور تبدو من سياق النص خارجة عن اختصاصها، وهى في الأصل تدخل فيه، محاولة منها لسد النقص الذي أورده المشرع في نصوص قانون إنشائها، وهو عين ما نص عليه في النصوص الدستورية[1].

ونعرض فيما يلى لبيان المقصود لكل نوع من أنواع تلك المنازعات التى ورد ذكـرها بنص المادة الأولى من القانون رقم ٢٠ لسنـة ١٩٨١ المعدل بالقـانون رقـم ٦١ لسنة ١٩٨٢، مستهدين بالاجتهادات الفقهية القضائية وعلـى الأخص فى الكويت، وفى مصر، حيث تعتبر أحكام القوانين المتعاقبة لمجلـس الدولـة فيها مصدراً تاريخياً لنص المادة الأولى من قانون إنشاء الدائـرة الإدارية، وعلى الأخص نص المادة الثالثة من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩، والمادة الثامنة من القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥، والقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩.

---

(١) راجع في ذلك :
- دكـتور/ عـثمان عـبدالملك الصالح، ولاية الدائرة الإدارية في نظر طعون الموظفين، المرجع السابق، ص ٢٢.

الفرع الأول

المنازعات الخاصة بالمرتبات والمعاشات والمكافآت والعلاوات

نصت المادة الأولى فقرة (أولا) من قانون إنشاء الدائرة الإدارية على اختصاص هذه الدائرة وحدها فى المنازعات الخاصة بالمرتبات والمعاشات والمكافآت والعلاوات المستحقة للموظفين المدنيين أو لورثتهم.

ونعرض فيما يلى تحديد ومدلول ومعنى كل من هذه المصطلحات فى فقه القانون العام واجتهاد القضاء الإداري :

١- فى مدلول المرتب : Le Tratement

المرتب بمعناه الفنى هو مبلغ من المال محدداً أصلاً وبصفة أساسية للموظف بحسب درجة وظيفته، ويتقاضاه مقابل قيامه بأداء عمله من خزانة عامة بصفة منتظمة كل فترة محددة تقدر عادة بشهر[١]. ويستحق الموظف المرتب من تاريخ تسلمه العمل عملاً بقاعدة المرتب مقابل العمل أو الأجر مقابل العمل.

غير أن القضاء الإداري قد جعل للمرتب فى مجال الاختصاص، مدلولاً واسعاً من شأنه أن يجعله شاملاً لجميع المزايا المقررة للوظيفة، مادية كانت أو أدبية، عينية كانت أو نقدية، إذ يعتبر من ملحقات المرتب الأصلى وتأخذ حكمه فى مجال الاختصاص، كبدل طبيعة العمل[٢]. وبدل السكن[٣]، أو بدل السفر[٤]، وبدل الاقامة فى الجهات النائية[٥]،

---

(١) راجع فى ذلك :
M. Piquemal , Le fanctionnaire , Droits et Garanties , Paris , 1973, p. 293 et s.
- دكتور/ عادل الطبطبائى، الوسيط فى قانون الخدمة المدنية الكويتى، الطبعة الثالثة، ١٩٩٨ ص ١٨٩.
- دكتور / ماجد الحلو، القانون الإداري الكويتى وقانون الخدمة المدنية الجديد، المرجع السابق، ص ٢٣٢.

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري فى ١٩٥٨/١/٢٧، س ١٢، ١٣، ص ٥٨، وحكمها فى ١٩٥٨/٢/٢٤ س ١٢ و ١٣، ص ٧٦.

(٣) حكم محكمة القضاء الإداري فى ١٩٥٥/٦/٢٦، س ٩، ص ٤٥١.

(٤) حكم محكمة القضاء الإداري فى ١٩٤٩/٥/٢٤، س ٣ ص ٨٢٥، وحكم المحكمة الإدارية العليا فى ١٩٥٥/١٢/٣١، س ١، ص ٣٦١، وحكمها فى ١٩٥٧/٦/١، س ٢، ص ١٠٧٧.

(٥) حكم محكمة القضاء الإدارى فى ١٩٥٩/٢/١٤ س ١٤، ص ٨٠٥، وحكم المحكمة الإدارية العليا فى ١٩٥٥/١٢/١٠. س ١. ص ٢٧٨.

وبـــدل العـــدوى[١]، وبدل التفرغ[٢]، وإعانة غلاء المعيشة[٣]، وبدل التمثيل والأوسمة والنياشين إذا كانت مقررة للوظيفة.

ولقـــد تبنـــت الدائـــرة الإدارية – فى هذا الخصوص – اجتهاد القضاء المصـــرى فـــى التفســـير الواسع لمدلول المرتب[٤]، فقررت الدائرة الإدارية التجارية فى محكمة الاستئناف العليا فى حكمها الصادر بتاريخ ٣ يناير سنة ١٩٨٧ (أن المقصود بالمرتب فى مفهوم الفقرة الأولى من المادة الأولى من قانون إنشاء الدائرة الإدارية هو كل ما يستحقه الموظف من مبالغ أو مزايا عينـــية أو أدبـــية تخولهـــا لـــه القوانين واللوائح، فيشمـــل المرتب الأجر الشهرى وكافة البدلات كبدل طبيعة العمل والانتقال والسفر والسكن والنفقات والمخصصـــات الـــتى يســـتحقها بسبب بعثـــة أو إجازته الدراسية والمنح وغـــيرها. وعلى ذلك فإنه لما كانت المنازعة الماثلة تدور حول ما يستحقه من مخصصات ونفقات ومرتبات بسببٍ بعثة للحصول على درجة الماجستير فمن ثم فإنها تندرج ضمن الفقرة أولاً من المادة الأولى التى حددت المسائل التى تدخل فى اختصاص الدائرة الإدارية..)[٥].

وقـــد جـــرت أحكام كل من الدائرة الإدارية فى المحكمة الكلية والدائرة الإدارية التجارية فى محكمة الاستئناف العليا على ذلك[٦].

والقاعدة أن دعاوى تسوية المرتبات لا يجوز رفعها إلا بصدد المرتبات أو مـــا يلحقهـــا من أجور أخرى وبشرط أن تكون مستحقة فعلاً نتيجة أداء الموظف للعمل الموكول إليه، مادام لم تتحقق قوة قاهرة تمنع الموظف عن مباشرة عمله. وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بأنـــه (لما كـــان

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا فى ١٩٥٨/٦/١٤، س ٣، ص ١٢٨٩.
(٢) حكم محكمة القضاء الإداري فى ١٩٥٦/٤/٢٣، س ١٠، ص ٣٠١.
(٣) حكم محكمة القضاء الإداري في ١٩٤٩/١٢/١٤، س ٤، ص ٧٩٥.
(٤) حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ٦ مايو سنة ١٩٥٣ في القضية رقم ٥٥٣، س ٧، ص ١٠٦٣.
(٥) حكم الدائرة الإدارية التجارية بمحكمة الاستئناف العليا في القضية رقم ٨٦/١٢٢٣ بجلسة ١٩٨٧/١/٣. مشـــار إليه بمرجع الدكتور/ عثمان عبدالملك، ولاية الدائرة الإدارة في نظر طعون الموظفين، المرجع السابق، ص ٥٩، هامش ١.
(٦) انظر عل سبيل المثال :
حكـــم الدائـــرة الإدارية في القضية رقم ١٩٨٤/١٨١ بجلسة ١٩٨٥/٣/١٢، وأحكام الدائرة الإدارية التجارية بمحكمة الاستئناف رقـــم ١٩٨٥/١٣٠٨ بتاريـــخ ١٩٨٦/٤/١، ورقـــم ١٩٨٥/١٣٤١ بتاريخ ١٩٨٦/٦/٢١، ورقم ١٩٨٦/٧١٩ بتاريخ ١٩٨٦/١٠/٧. أحكام غير منشورة.

اعـــتقال الموظـــف يعتبر من الأعذار التى ترقى إلى مرتبة القوة القاهرة فى مجـــال مـــنعه من الحضور إلى مقر عمله، فتبقى العلاقة الوظيفية قائمة فى حالـــة الاعتقال، طالما لم تسند إلى الموظف تهمة محددة أو يحكم بإدانته أو يصـــدر بشأنه قرار خاص، وأنه ترتيباً على استمرار العلاقة الوظيفية قائمة ومتصـــلة، فـــإن الموظـــف يستحق مرتبه عن فترة الاعتقال باعتباره مرتباً وليس تعويضاً)[1].

وقد أخذ القضاء فى الكويت بهذه القاعدة فذهبت الدائرة الإدارية إلى أن (الأصـــل العـــام فـــى حساب مدة الخدمة واعتبارها فعلية هو قيام الموظف بأعـــباء وظيفته خلالها، إلا أنه يرد على هذا استثناء اقتضته القواعد العامة وروح التشريعات وهو أنه إذا كان المانع من مزاولة العمل قوة غالبة لا يد للموظف فيها ولاحيلة لـــه قبلها، كواقعة الاعتقال مثار النزاع، فإن انقطاعه عـــن العمل فى هذه الحالة يترتب عليه وجوب احتساب مدة انقطاعه ــ وإن قضيت خارج العمل ــ ضمن مدة الخدمة بما مؤداها اعتبارها متصلة..)[2].

ولـــم يقتصـــر اجتهاد الدائرة الإدارية على حد التوسع فى تفسير مدلول الألفـــاظ، بـــل شمل النزاع فى المرتب فى ذاته وطبيعته أو كما تقول الدائرة الإداريـــة أن اختصاصـــها (بـــنظر المنازعات الخاصة بالمرتبات المستحقة للموظفيـــن المدنييـــن... هو اختصاص شامل ومطلق لأصل تلك المنازعات ولجميع ما يتفرع عنها، وبهذه المثابة تنظر هذه الدائرة الدعاوى التى تدور حـــول استرداد ما صرف للموظفين دون وجه حق باعتبار أن هذه الدعاوى تثير النزاع حول مدى استحقاق الموظف لراتبه كامـــلاً خلال فترة معينه)[3]. ومن ثم فهى تدخل فى حدود اختصاصها الكامل بنظر هذه المنازعات[4].

٢ـ فى مدلول المعاش : **Le pension de retratie**

يـــرى الـــبعض أن المعـــاش هـــو راتـــب شهرى يستحقه الموظف أو المستحقون عنه فى حالات محددة ووفقاً لشروط معينة، وذلك بعـــد انقطاع

---

(١) محكمـــة القضاء الإداري في ١٩٧٣/٤/١ في القضية رقم ١٣٣٤ لسنة ١٤ ق، س ١٨، ص ٧٨.
(٢) المحكمة الكلية فى ١٩٨٣/١١/١٤ الدعوى رقم ١٩٨٣/١ (إدارى).
(٣) حكم الدائرة الإدارية رقم ١٨١ /١٩٨٤ الصادر بجلسة ١٩٨٥/٣/١٢ غير منشور.
(٤) حكم محكمة الاستئناف بجلسة ١٩٨٧/١٢/١٥، الطعن رقم ١٩٨٧/١٢٦٧ (إداري)، وحكم دائـــرة التمييـــز بجلسة ١٩٨٨/٧/٤، الطعن رقم ١٩٨٨/٢٤(تجارى)، موسوعة مبادئ القضاء الإداري، الكتاب الثاني، الجزء السادس، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠، ص ١٣٩.

رابطة التوظف وخروج الموظف من خدمة الدولة لأي سبب من الأسباب التى نص عليها القانون[1].

وذهب رأى آخر إلى أن المعاش هو كل ما يتقاضاه الموظف أو ورثته بصفة دورية من الدولة، وذلك بعد انتهاء خدمة الموظف وفقاً للقانون وبعد استيفاء الشروط المقررة لذلك[2].

ولقد توسع القضاء الإداري فى مصر فيما يتعلق بالمعاشات، فجعل اختصاصه بالمنازعات المتعلقة بالمعاشات شاملاً لأصل هذه المنازعات ولجميع ما يتفرع عنها، واستناداً إلى هذا المبدأ قضت محكمة القضاء الإداري باختصاصها بنظر النزاع الخاص بتقدير السن بواسطة القومسيون الطبى، لأنه من المنازعات المتعلقة بالمعاشات[3]. كما قضت بأن المنازعة الخاصة بتثبيت الموظفين إنما تعتبر متفرعة عن المنازعات الخاصة بالمعاشات[4].

هذا وقد أخذت الدائرة الإدارية فى الكويت باجتهاد القضاء الإداري المصرى فى التفسير التوسعى، فقضت الدائرة الإدارية التجارية بمحكمة الاستئناف العليا باختصاص الدائرة الإدارية بنظر النزاع المتعلق بالتاريخ المعتبر لميلاد المدعى باعتباره من المنازعات المتعلقة بالمعاشات، كما قضت الدائرة الإدارية بنظر النزاع المتعلق بالاستبدال باعتباره من المنازعات المتعلقة بالمعاشات. حيث قررت أنه (لما كان ما تقدم وكان البادى أن النزاع الماثل لا يجرى حول التاريخ المعتبر لميلاد المدعى لذاته ولكن بقصد تحديد مبلغ الاستبدال الذى يستحقه وفق الجدول رقم (٢) الملحق بقانون التأمينات الاجتماعية الذى ربط بين سن صاحب المعاش عند الاستبدال والقيمة الاستبدالية لمعاش قدره دينار واحد، إذ جعل هذه القيمة

---

(١) دكتور/ عثمان عبدالملك، ولاية الدائرة الإدارية فى نظر طعون الموظفين، المرجع السابق، ص ٥٩، ٦٠.

(٢) دكتور/ محمود سامى جمال الدين، القضاء الإداري فى الكويت، المرجع السابق، ص ٤٢٩.

(٣) حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ ١٩٥٨/١/٨، س ١٢، ١٣، ص ٤١، وأيضا حكمها فى ١٩٥٣/٥/٦ س ٧، ص ١٠٦٣.

(٤) حكم محكمة القضاء الإداري، س ٨، ص ٦٠٦.
كما قضت المحكمة بأنه إذا كان الثابت أن المنازعة تدور حول استرداد مبلغ وصفته الطاعنه بأنه معاش استثنائى صرف إلى المطعون ضده دون وجه حق بعد أن عاد إلى خدمة الحكومة، فإن الاختصاص بالفصل فيها يكون معقوداً للقضاء الإداري إعمالا لنص الفقرة الثانية من المادة الثانية (حكمها بتاريخ ١٩٦١/٤/١٥، أبو شادى، ص ٥٣).

تتناقص كلما زاد سن صاحب المعاش طالب الاستبدال، وكان الاستبدال، فى مبـــناه ومعـــناه، وهو طلب إنقاص المعاش المستحق شهرياً لقاء مبلغ من المال يصرف لصاحب المعاش دفعه واحدة بما يعنى أن هذا المبلغ يقوم مقام جـــزء من المعاش، فمن ثم تندرج المنازعة الخاصة بالاستبدال حقاً ومقداراً ضمن المنازعات الخاصة بالمعاشات التى نص قانون إنشاء الدائرة الإدارية علـــى اختصاصـــها وحدها بنظرها، والحال فى هذا الشأن حال المنازعة فى بدل الانتقال وبدل السفر وما يستحقه الموظف من ميزات مادية ومعنوية فى بعض الحالات، فان المنازعات الخاصة بها تندرج ضمن المنازعات الخاصة بالمرتـــب وإن سماها المشرع بمسميات أخرى غير المرتب، وحتى ما كان مـــنها ما لا يأخذ صفة الدورية كالمرتب. وبالبناء على ما تقدم تكون الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية هى المختصة بنظر الدعوى الماثلة ابتداءً لخروجها من اختصاص الدائرة المدنية بمحكمة الاستئناف العليا..))[1].

٣- فى معنى المكافآت : Prime et Indémnités

استقر القضاء الإداري على أن المكافآت لا تعنى فحســـب مكافـــأة نهاية الخدمـــة[2]، وإنمـــا تنصـــرف كذلك إلى كافة أنواع المكافآت التى يستحقها الموظـــف خلال خدمته عن عمل إضافى يقوم به بناءً على تكليف من الجهة الحكومـــية التابع لها أو إحدى الجهات الحكومية الأخرى. وفى تأكيدها لهذا التفســـير الواســـع ذهبـــت محكمة القضاء الإداري إلى القول بأنه (لا وجه للـــتحدى بـــأن كلمة "مكافآت" جاءت بعد كلمة "المعاشات" مما يؤخذ منه أن المقصـــود مـــن المكافآت هى المبالغ التى يستحقها الموظف أو ورثته طبقاً لقـــانون المعاشـــات... أولا : لأن هـــذا الترتيـــب مع إطلاق النص لا يفيد التخصـــيص المقـــول به والذى لا يكون إلا بنص صريح، وثانياً : لأن هذه المـــنازعات جمـــيعها كانت من اختصاص المحاكم المدنية قبل إنشاء مجلس الدولة فجاء القانون المذكور وسلب هذا الاختصاص من هذه المحاكم وركزه فـــى محكمـــة القضـــاء الإداري وحدها، ولا يتسق مع المنطق ولا مع روح التشـــريع أن يكـــون تغيير الاختصاص مقصوراً على بعض هذه المنازعات

---

(١) حكـــم الدائـــرة الإداريـــة بمحكمـــة الاستئناف العليا رقـــم ١٩٨٦/٧١٩ (ادارى) بجلسة ١٩٨٦/١٠/٧ غير منشور.

(٢) راجع فى ذلك :

- محكمـــة الاســـتئناف فى ١٩٨٣/١١/١٥، الطعن رقم ١٩٨٣/١٠٧٥ (إدارى) وفى هذا الحكم ذهبت المحكمة إلى القول بأن مكافأة نهاية الخدمة تأخذ حكم المرتب لأنها تدخل فـــى عمـــوم الجعل المالى الذى يستحقه الموظف لقاء عمله، وهو في تفسيير المرتب لامبرر له حيث يشمل النص المرتبات والمكافات معاً.

دون البعض الآخر مع اتحاد الباعث والغرض منها جميعاً مما حدا بالمشرع إلى تغيير الاختصاص)[1].

ويرى الباحث أنه يستفاد من إطلاق النص أن كل منازعة فى مكافأة بما يحتمله هذا النص من معنى ودلالة يدخل فى ولاية محكمة القضاء الإداري الفصل فيها، فيدخل فى ذلك المكافأة المقررة بأحكام قانون المعاشات والمكافآت الأخرى التى يستحقها الموظف أو المستخدم عن أعمال إضافية قام بها زيادة على أعماله العادية بناءً على تكليف من الجهة الحكومية التابع لها أو إحدى الجهات الحكومية الأخرى[2].

وهكذا فإن منازعات تسوية المكافأة المقررة بأحكام قانون المعاشات، هى التى يطلق عليها "مكافأة ترك الخدمة"[3] والمكافآت التشجيعية التى لا تستحق كأصل عام إلا مقابل الخدمة الممتازة التى يؤديها العامل أو الموظف[4] والمكافآت المستحقة عن الأعمال الإضافية والتى تعد وسيلة استثنائية لتعويض بعض العاملين عما يبذلونه من جهد خاص فى فترات معينة[5]، كل هذه المنازعات تندرج فى نطاق دعاوى التسوية، ولا شك فى توسع القضاء الإداري فى تفسير مدلول المكافأة بحيث يشمل الأجور أو المكافآت عن الأعمال الإضافية، له ما يبرره فى ظل الاختصاص المقيد بمسائل محددة على سبيل الحصر.

ولقد تبنى القضاء الكويتى هذا الاتجاه فى العديد من أحكامه[6]. وعلى ذلك فإنه - فى مجال اختصاص الدائرة الإدارية - ينسحب معنى المكافأة على كافة أنواع المكافآت سواء كانت مكافآت التقاعد التى تقررها المادتان

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري فى ١٩٤٨/٣/١٠ قضية رقم ٣١ لسنة ٢ ق، س ٢، ص ٤٥٧.

(٢) يراجع :
- حكم محكمة القضاء الإداري فى ١٩٤٨/٣/١٠ سالف الاشارة - والمحكمة الإدارية العليا فى ١٩٥٥/١١/٢٦، س ١، ص ١٨٢.

(٣) المحكمة الإدارية العليا فى ١٩٧٦/١/٢٥ قضية رقم ١١٢٦ لسنة ١٨ق ، س٢١، ص٣٤.

(٤) المحكمة الإدارية العليا فى ١٩٨٠/٢/١٧ قضية رقم ٢٩١ لسنة ٢٣ ق، س ٢٥ ص ٦٧، ومحكمة الاستئناف فى الكويت فى ١٩٩٤/٥/٣١، الطعن رقم ٢٨٦ لسنة ١٩٩٣ (مدنى إدارى).

(٥) المحكمة الإدارية العليا فى ١٩٨٠/٦/١، قضية رقم ٩٢٧ لسنة ٢٣ س ٢٥ ص ١١٠.

(٦) حكم الدائرة الإدارية التجارية بمحكمة الاستئناف العليا رقم ١٩٨٦/٢٢٣ (إدارى) بتاريخ ١٩٨٧/١/١٣ وحكمها رقم ٧١٩ لسنة ١٩٨٦ (إدارى) بتاريخ ١٩٨٦/١٠/٧ أحكام غير منشورة.

(٢٥، ٢٦) من قانون التأمينات الاجتماعية رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦[١] المعدل بالقانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٧٧، أو تلك التى تقررها المادة ١٩ من قانون الخدمة المدنية رقم ١٥ لسنة ١٩٧٩، ومنها المكافآت التشجيعية التى تمنح للموظف مقابل الخدمات الممتازة وتلك التى تمنح له كتعويضات عن الأعمال الإضافية التى يطلب منه تأديتها فى غير أوقات العمل الرسمية وكذلك الحوافز المادية أو العينية أو المعنوية فى الجهة الحكومية[٢]. فالمرتب حق أصيل للموظف بينما المكافآت المذكورة منحة جعل الأمر فيها جوازياً للإدارة تترخص فيه بما لها من سلطة تقديرية لاعتبارات مردها إلى صالح العمل وصالح العدالة.

٤ـ فى معنى العلاوات :

جاءت كلمة العلاوات مطلقة، ومن ثم تنصرف إلى كل أنواع العلاوات. فيشمل اختصاص الدائرة الإدارية المنازعات المتعلقة بالعلاوات الدورية أو العادية وبغيرها كالعلاوات التشجيعية أو الاستثنائية.

أـ العلاوة الدورية :

العلاوة الدورية هى مبلغ من المال يستحقه الموظف دورياً ويؤدى إلى زيادة راتبه الأساسى، وهى حق للموظف يستمده من القانون مباشرة، حيث

---

(١) ورد نص المادة (٢٥) من القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦ باصدار قانون التأمينات الاجتماعية على أنه (إذا انتهت خدمة المؤمن عليه ولم يكن مستحقاً لمعاش تقاعدى إستحق مكافاة تقاعد لا تصرف إلا فى الحالات وطبقاً للشروط والقواعد التى تصدر من الوزير بعد موافقة مجلس الإدارة).

(٢) ورد نص المادة ١٩ من المرسوم بالقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٧٩فى شأن الخدمة المدنية على أن (يحدد مجلس الخدمة المدنية بناء على اقتراح من ديوان الموظفين قواعد وأحكام وشروط منح مايأتى :
١- تعويضات عن الأعمال الاضافية التى يطلب تأديتها فى غير أوقات العمل الرسمية.
٢- مكافات مالية مقابل الخدمات الممتازة.
٣- بدلات بسبب طبيعة أعمال الوظيفة أو الحصول على مؤهل علمى أو قضاء دورات تدريبية أو مواجهة أعباء خاصة.
٤- بدلات أو تعويضات مقابل مصروفات الانتقال ونفقات السفر.
٥- مخصصات مالية للموفدين فى إجازات أو بعثات أو منح دراسية أو فى دورات تدريبة.
٦- تخصيص مساكن حكومية .
٧- حوافز مادية أو عينية أو معنوية أخرى لرفع مستوى الخدمة المدنية تبعاً لما تقتضيه طبيعة العمل فى الجهات الحكومية.

ينـــص القانون صراحـــة على "استحقاق" الموظف لهذه العلاوة طبقاً للمادة (٢٠) من مرسوم نظام الخدمة المدنية، وتستحق فى أول يناير أو أول يوليو الـــتالى لمضـــى ســـنة من تاريخ التعيين أو منح العلاوة الدورية السابقة. فاســـتحقاق العـــلاوة الدورية هو فى الأصل مركز قانون ذاتى ينشأ فى حق الموظف بحلول موعد استحقاقها بعد قضاء فترة معينة، مادام لم يصدر قرار بتأجـــيلها أو حـــرمان الموظف منها، وذلك كله بالشروط والأوضاع المقررة قانوناً.

فـــإذا صدر قرار إدارى نهائى بتأجيل موعد استحقاق العلاوة الدورية أو الحـــرمان مـــنها، قبل حلول موعد استحقاقها، فان الحق الشخصى للموظف فـــيها لايكـــون قد نشأ بعد، ومن ثم لا يجوز الطعن فيها إلا فى دائرة قضاء المشـــروعية وذلـــك بالطعـــن فى القرار الإداري المشار إليه بالإلغاء لعدم المشروعية، إذ يكفى لرفع هذا الطعن توافر مصلحة للطاعن دون حاجة إلى قيام حق شخصى ذاتى بشأن موضوع الطعن[١].

والعبرة دائماً فى استحقاق العلاوة الدورية بتاريخ التعيين أو تاريخ منح العـــلاوة الدوريـــة السابقة وليس بتاريخ تسلم العمل، إذ لا ارتباط بين تسلم الموظف لعمله عقب صدور قرار التعيين واستحقاقه لمرتبه منذ ذلك التاريخ وبين استحقاق العلاوة الدورية بمضى المدة القانونية من تاريـــخ تعيينـــه. فاســـتحقـــاق العلاوة الدورية يترتب على قيام العلاقة الوظيفية ذاتها وليس علـــى مباشـــرة الموظف لعمله أو استحقاقه لمرتبه وإلا لكان قد ترتب على انقطاع الموظف عن عمله فترة معينة أو على وقف مرتبه إسقاط هذه الفترة من المدة المقررة لاستحقاق العلاوة الدورية، ومن ناحية أخرى فإن العلاوة الدورية لا تعتبر جزءاً من المرتب يسرى بشأنها استحقاق شرط تسلم العمل إذ لا تدخـــل هـــذه العلاوة فى المرتب إلا باستحقاقها قانوناً، وعندئذ تصبح جزءاً من المرتب يسرى عليها مايسرى عليه من أحكام[٢]. ويستمد الموظف حقه فى العلاوة الدورية من القانون مباشرة، ويعتبر القرار الصادر بمنحها مجرد قرار كاشف لامنشىء[٣].

---

(١) دكتور/ محمود سامى جمال الدين، القضاء الإداري فى دولة الكويت، المرجع السابق، ص ٤٢٥.

(٢) د/٣٧/١٠٧/٢٩يوليو، مجموعة الديوان، ص ٤٩.

(٣) دكـــتور/ عادل الطبطبائى، الوسيط فى قانون الخدمة المدنية الكويتى، المرجع السابق، ص ٢٠٦.

وتعتبر العلاوة الدورية هى الوسيلة الطبيعية لزيادة المرتب، وهى تمنح للموظفين ذوى المرتبات ذات المربوط المتزايد طالما لم يصل العامل إلى آخر مربوط الدرجة، ولا تمنح للموظفين من ذوى المرتبات ذات المربوط الثابت[1].

وقد رتب القانون على نتيجة تقييم الموظف بعض الآثار المتصلة بالحقوق له وبحياته الوظيفية، إذ يحرم الموظف الذى يحصل على تقرير نهائى بدرجة ضعيف من أول علاوة دورية أو ترقية تستحق له إلى أن يقدم عنه رئيسه المباشر تقريراً بأنه جيد (المادة ١٨ من نظام الخدمة المدنية).

وقد استقر القضاء الإداري المصري على أن (التقرير السنوى المقدم عن الموظف بعد إستيفاء مراحله، هو بمثابة قرار إدارى نهائى يؤثر مآلا فى الترقية أو منح العلاوة أو خفض الدرجة أو المرتب أو فى الفصل من الوظيفة... وبهذه المثابة فإن ولاية التعقيب على تقدير الكفاية فى التقرير السنوى إنما هو لقضاء الإلغاء باعتباره القضاء الذى شرعه القانون للطعن فى القرارات الإدارية. فإذا فوت صاحب الشأن على نفسه فرصة الطعن فى التقرير فى الميعاد القانونى لإستصدار حكم بإلغائه من قضاء الإلغاء، فإن التقرير يصبح حصيناً من الإلغاء ولاسبيل إلى مناقشته وزعزعة هذه الحصانة إلا أن يكون قد قام بالتقرير وجه من أوجه انعدام القرار الإداري)[2].

ولقد فرق المشرع فى قانون الخدمة المدنية بين تقدير درجة الكفاية بمرتبة ضعيف وبين تقدير الكفاية بمرتبة أعلى، فجعل لتقدير الكفاية على الوجه الأول أثراً حتمياً على الترقية وعلى منح العلاوة وعلى البقاء فى الخدمة، كما أوجب إعلان العامل بهذا التقرير ورسم طريقاً للتظلم منه وحدد نوعه والجهة المختصة بنظره (المادة١٦ من نظام الخدمة المدنية)،

---

(١) دكتور/ أنور أحمد رسلان، وجيز القانون الإداري، مطابع الطوبجى التجارية، القاهرة، ١٩٩٩، ص ٤٨٥.

(٢) يراجع :
- حكم المحكمة الإدارية العليا فى ١٩٦٦/٦/٢٥، قضية ٧١٠ لسنة١٠ ق، س ١١، ص ٧٢٦، حكم محكمة التمييز فى ١٩٨٩/٥/١٤ الطعن رقم ١٩٨٩/٥٣ (تجارى).

وراجع فى ذات الاتجاه :
- حكم المحمكة الإدارية العليا فى ١٩٦٠/٤/٩، قضية رقم ٧٣٢ لسنة ٤ ق، س ٥، ص ٦٦٥ مبدأ ٦٨، وحكمها فى ١٩٦٥/٤/١٧، قضية رقم ١٣٦ لسنة ٨ ق، س ١٠، ص ١٠٥٥ مبدأ ١٠٥.

الأمـــر الـــذى يـــدل علـــى أن المشرع رأى أن هذا التقدير هو وحده القرار الإداري الـــذى يتعيـــن الطعن فيه في الميعاد، فإذا أصبح نهائياً تعين إعمال جميع الآثار المترتبة عليه.

ويعتبر حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٦٢ فـــى قضية Camara نقطة تحول من قضاء تقليدى ارتأى فيه أن درجـــات الكفايـــــة مجـــرد إجـــراء من إجراءات التنظيم الداخلي[١]. ثم مجرد إجراء تحضـــيرى[٢]، إلى قضاء جديد يرى فى هذه الدرجات قراراً إدرايا بما يترتب علـــى ذلـــك من نتائج هامة، ولما تسببه من ضرر للموظف باعتبار أن فى إماكنها أن تزيد أو تقلل من فترة الترقية من مرتبة إلى مرتبة أعلى منهـــا،

---

(١) راجع فى ذلك :

- C.E., 5 novembre 1920 ' Crabé, Rec., p. 929 ; 20 octobre 1937, Morel, Rec., p. 833 ; 1 er decembre 1950 , De mayer , Rec., p. 593.

حيث قضى مجلس الدولة الفرنسى بأن الدرجات التى تمنح للموظف كتقدير لكفايته الوظيفية ليســت إلا ممارســة لرقابة رئاسية من جانب الرؤساء على مرءوسيهم، أى أن هذه الدرجات توضع وفقاً للمبدأ العام الذى يقرر حق كل رئيس إدارى فى إتخاذ إجراءات التنظيم الداخلى فى المـــرفق أو الإدارة التى تخضع لرئاسته بما يتفق وصالح العمل، وليس من شأنها ترتيب آثار قانونـــية فى مواجهة الموظف، ولا تعتبر بذلك قرارات إدارية تمس حق من حقوقه، ومن ثم لا تعـــد قابلة للطعن فيها بالإلغاء. غير أن الواقع يدعو إلى القول بأن مجلس الدولة مارفض هذه الطعـــون إلا رغبة فى عدم تراكم الطعون أمامه رغم ما قد تحدثه هذه التقارير من آثار ضارة بمستقبل الموظف. راجع فى ذلك :

- Hauriou (Maurice) , Précis de droit administratif et droit public général , 12 éd., Paris , 1933 , p. 414.

(٢) راجع فى ذلك :

C.E., 20 mars 1953. Sieur Martin, Rec., p. 140; 6 mai 1953, Siur Thamosset, Rec., p. 206; 30 Octobre 1953, Mancurot, Rec., p. 701; 6 mai 1960, Biage, Rec., p. 287; 22 juin 1962, Fradet, D.ouv., 1962, p.394

ولقد خلص مجلس الدولة الفرنسى فى هذه الأحكام إلى أن درجات الكفاية لا تعد قابلة للطعـــن فـــيها مباشـــرة، وإنما يتعين الانتظار لإثارة عدم مشروعيتها عند الطعن فى قرار إدارى لاحـــق يســـتند إلـــيها، فـــإذا كان المجلس يرفض سلوك طريق دعوى الإلغاء ضد الدرجـــات الممـــنوحه للموظفيـــن، فإنـــه لم يشأ أن يتجاهل الرقابة القضائية كلية فى هذا المجال، إذ أقر بامكانية الاعتراض على درجات الكفاية المشوبة بعدم المشروعية بمناسبة طعـــن مقـــدم ضد قرار لاحق، إذ فى هذه الحالة يستطيع الموظف أن يتمسك بعدم سلامة الدرجات تأييداً لدعواه .

ويـــبدو موقف مجلس الدولة الفرنسى تطبيقاً للمبدأ العام الذى يقضى بعدم قبول الطعن فـــى الاجـــراءات التحضيرية عموماً، فقد سبق القول أنه لا يقبل الطعن إلا فى القرارالذى يحـــدث تعديـــلات فى المركز القانونى للطاعن، وبالتالى فانه لايقبل الطعن ضد الاجراءات التحضيرية مادامت لاتحدث مثل هذه التعديلات.

Gandolfi (Alain), Notation, promotion, tableau d'avancement, J .C.P., 1963, 11, 13111

أو ترتب أثراً مادياً أو أدبياً تجاهه، ومن ثم فإنها يجب أن تكون محلاً للطعن بالإلغـاء وذلك خلال شهرين من تاريخ إخطاره بدرجة الكفاية. ونتيجة لذلك فإنه إذا انقضى هذا الميعاد ولم يطعن فيها، لايعد من حقه الطعن فيها، حتى ولو صدر بعد ذلك قرار ضار بمستقبله الوظيفى يستند إلى درجة كفايته[1].

ب - العلاوة التشجيعية :

هـي مـبلغ من المال، من نفس فئة العلاوة الدورية للموظف، يزاد به مرتبه الأصلى بقرار من السلطة المختصة تشجيعاً لـه ومكافأة على حصوله عل تقدير ممتاز[2].

ولمـا كانـت هذه العلاوة لا تستحق للموظف إلا بناءً على قرار إدارى نهـائى مـن الجهة الإدارية المختصة وفى حدود سلطتها التقديرية، فإنه لا يجـوز الطعـن فـى استحقاق أو عدم استحقاق هذه العلاوة إلا عن طريق دعـوى الإلغـاء، وذلـك وفقاً لصدر المادة الأولى من قانون إنشاء الدائرة الإداريـة، كمـا يكون لها وحدها ولاية الحكم بالتعويض إذا كان هناك وجه لذلك وفقاً لأحكام المادة الخامسة من ذات القانون.

ج - علاوات الترقية :

هى الزيادة المالية التى يحصل عليها الموظف فى مرتبه ليصل إلى بداية الفئة الوظيفية المرقى إليها مضافاً إليها علاوة من علاواتها الدورية (المادة ٢٢ من نظام الخدمة المدنية). ولا تتم الترقية إلا بقرار يصدر من السلطـة

---

(١) راجع :

C.E., 23 novembre 1962, Camara , Rec., p. 627

وراجع فى هذا الإتجاه من أحكام مجلس الدولة الفرنسى :

C.E., 22 novembre 1963, Vanesse, Rec., p. 577; 7 janvier 1966, Sieur Capéran, Rec., p. 165; 13 jullit 1966, dame Gubert, Rec., p. 498; 3 novembre 1967, sieur Dalle, Rec., p. 402.

- دكتور/ أنور أحمد رسلان، تقارير الكفاية، المرجع السابق، ص ٤٥١ وما بعدها.
- دكـتور/ فـاروق عبدالبر، تقدير كفاية العاملين بالخدمة المدنية في علم الإدارة العامة والقـانون الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ١٩٨٣عالم الكتب، ص ٢٤١ وما بعدها.

(٢) راجع :

- دكـتور / عادل الطبطبائى، الوسيط فى قانون الخدمة المدنية الكويتى، المرجع السابق، ص ٢٠٧.
- دكـتور / محمـد عبدالمحسن المقاطع و دكتور/ أحمد محمد الفارسي، القانون الإداري الكويتى، المرجع السابق، ص ٢٦٧.

المختصة بعد توافر شروطها فى الموظف، فضلاً عن عدم وجود مانع يحول دون الترقـية، كما أن لجهة الإدارة أن تلجأ إلى الأساليب المختلفة للترقيات التى حددها القانون.

وتؤدى الترقية إلى تحسين مركز الموظف من الناحيتين الأدبية والمالية:

- فمـن الناحية الأدبية يترتب على الترقية أن يصعد الموظف إدارياً إلى مستوى أعلى من مستويات السلم الإداري مع ما يترتب على ذلك من تغيير فى نوع الوظيفة ومدى انطوائها على بعض المهام الرئاسية[1].

- ومن الناحية المادية تؤدى الترقية إلى زيادة فى راتب الموظف ليصل بدايـة الفئة الوظيفية المرقى اليها وعلاوة من علاواتها الدورية، وإن كان الواقـع العملى أحياناً يؤدى إلى حصول الموظف على العلاوة فقط فى حالة إذا مـا تأخر الموظف فى الترقية وأدى منحه العلاوات الدورية إلى الوصول إلى بداية الفئة المالية للوظيفة الأعلى.

(١) دكتور/ ماجد الحلو، القانون الإداري الكويتى، المرجع السابق، ص ٢٣٨.

الفرع الثاني

الطلبات التى يقدمها ذوو الشأن بإلغاء القرارات الإدارية الصادرة بالتعيين فى الوظائف العامة المدنية

لا يكتسب المرشح للتعيين حقاً إلا بصدور قرار التعيين، وعليه فالوعد بالتعيين لا يكسبه أى حق ولا يقيد الإدارة أو يلزمها بالتعيين، كما لا يصح أن يكون سبباً للمطالبة بالتعويض حتى لو أصاب المرشح ضرراً من جراء عدم تنفيذ الوعد الذى أعطى له، طالما كانت جهة الإدارة حسنة النية فى وعدها[1].

فقيام الإدارة بتسليم أحد الأفراد نموذج طلب الوظيفة واتخاذها بعض الاجراءات حياله، كتمكينه من مقابلة بعض المختصين بها، وطلب توقيع الكشف الطبى عليه، وطلب شهادة خلو من السوابق، لا يعدو ذلك كله أن يكون من قبيل ما تطلبه الجهات الإدارية من مسوغات التعيين للمرشحين للعمل لديها. ذلك لأن مجرد استيفاء الشروط المقررة وقيام صلاحية التعيين فى الوظائف العامة لا يكفى بمفرده لاعتبار المرشح معيناً فى الوظيفة من تلقاء ذاته مادام هذا الحق لا ينشأ إلا بالقرار الذى يصدر بتعيينه أو بالعقد الذى يبرم معه[2].

فالعلاقة الوظيفية تنشأ بصدور قرار التعيين ممن يملك إصداره قانوناً حيث إن (المعول عليه فى بدء العلاقة الوظيفية هو تاريخ القرار الإداري بالتعيين والمنتج لأثره من وقت صدور هذا القرار منجزاً أو من التاريخ الذى أسند إليه التعيين ولا اعتداد بتاريخ تسلم العمل الذى لا معول عليه إلا فى تحديد بدء استحقاق الراتب)[3].

ففى حكمها الصادر بتاريخ ٧ نوفمبر سنة ١٩٧١ ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر إلى (أن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن

---

(١) دكتور/ عبدالفتاح حسن، مبادىء القانون الإداري الكويتى، المرجع السابق، ص ٢٥٠.
وفى هذا المعنى راجع :
- دكتور/ سليمان الطماوى، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص ٥٩٦.

(٢) محكمة الاستئناف العليا، قضية رقم ١٩٨٨/٢٥٤/ إدارى بتاريخ ١٩٨٩/٥/٢٤، حكم غير منشور.

(٣) محكمة القضاء الإداري، بتاريخ ١١ يوليو ١٩٥٥، س ٩، ص ٤٥٩.

المركـــز الوظـــيفى لا ينشـــأ إلا بصدور قرار التعيين فـــى الوظيفـــة بالأداة القانونية الصحيحة ممن يملك سلطة التعيين وأن الحقوق الوظيفية تنشأ من ذلـــك الوقت فى حق من أضفى عليه هذا المركز القانونى الذى من عناصره تحديد الدرجة والأقدمية)[١].

ولئـــن كـــان الموظـــف يتمتع بجميع مزايا الوظيفة بمجرد صدور قرار التعيين، إلا أنه لا يستحق المرتب وتوابعه إلا من تاريخ تسلم العمل، ذلك أن قـــرار التعيين هو الذى تنشأ به العلاقة الوظيفية، أما تسلم العمل فهو مجرد واقعـــة ماديـــة يترتب عليها استحقاق الموظف لمرتبه، وإلـــى ذلك أشارت المادة (١٨) من المرسوم بالقانون رقم ١٥ لسنـــة ١٩٧٩ فى شأن الخدمة المدنـــية بقولها (يستحق الموظف مرتبه من تاريخ تسلمه العمل). ومع ذلك إذا كـــان الموظـــف قد تسلم عمله بناءً على تكليف الجهة المختصة ثم تأخر صدور قرار تعيينه فإنه يستحق مرتبه من تاريخ تسلم العمل.

ويعتبر رفض الموظف تسلم العمل بعد صدور قرار تعيينه بمثابة رفض للتعييـــن ووفقاً للمادة (١٢) من نظام الخدمة المدنية (يبلغ الموظف بصورة مـــن القرار الصادر بتعيينه فإن لم يتسلم العمل خلال شهر من تاريخ إبلاغه بصـــورة مـــن القرار ولم يتقدم خلال هذه المدة بعذر تقبله الجهة الحكومية أعتبر القرار كأن لم يكن)[٢].

ويســـتلزم وجـــود وظيفة شاغرة عند إصدار قرار التعيين، وعليه يعتبر بـــاطلاً قرار التعيين فى وظيفة لا وجود لها، أو على وظيفة موجودة ولكنها مشـــغولة نتـــيجة تعيين شخص آخـــر أو علـــى وظيفـــة مشغولة على أن يرجأ نفاذ قرار التعيين إلى حين خلوها، إذ قد تلغى الوظيفة أو ربما لا تكون خالية فعلاً فى التاريخ الذى حدده قرار التعيين. كما أنه خلال الفترة ما بين صـــدور قـــرار التعيين ونفاذه قد يتغير مصدر القرار أو يفقد المعين كل أو بعـــض الشروط اللازمة لشغل الوظيفة، وأخيراً فإن هذا التعيين لا يقصد به إلا تأميـــن حصول بعـــض الأفراد على الوظيفة قبل خلوها مما يشوب قرار التعيين بعيب الانحراف فى استعمال السلطة[٣].

---

(١) س ١٧، ص ٣.

(٢) راجع فى هذا الاتجاه أيضا :

C.E., 3 fevrier 1978 , Lecorre , R.D.P., N.1 , 1979 , P. 282.

(٣) انظر :

- دكتور/ عبدالفتاح حسن، مبادىء القانون الإداري الكويتى، المرجع السابق، ص ٢٥٠.
- المستشـــار/ محمـــد حامد الجمل، الموظف العام فقهاً وقضاءً، الطبعة الأولى، ١٩٥٨، ص ٢٩٩.

وبالرغم من أن الاعتبارات السابقة قد تبدو مطلقة فى ظاهرها مما قد يدعو إلى القول بأن القاعدة بالنسبة إلى القرارات الإدارية الفردية المؤجلة هى بطلانها، فإن قضاء مجلس الدولة الفرنسى أجاز بشرعية قرارات التعيين المؤجلة أو المبتسرة - كما تسمى عادة - إذا ما تطلبتها ضرورات سير المرفق العام وضمان أدائه لخدماته فى أفضل الظروف[١]. ومن أمثلة ذلك :

- شرعية قرار التعيين الصادر قبل نشر المرسوم الذى أنشأ الوظيفة إذا كان القرار قد صدر خلال الفترة ما بين صدور المرسوم ونشره، وهى فترة وجيزة[٢].

- شرعية قرارات التعيين المبتسرة فى حالات أخرى كانت المدة فيها طويلة بين صدور القرار وتنفيذه، ومن ذلك صحة تعيين مهندس مع إرجاء آثار القرار إلى تاريخ الانتهاء من أدائه الخدمة العسكرية[٣].

- صدور قرار بتعيين موظف حال كونه طالباً يتابع دراسته التخصصية العليا خارج البلاد، على أن تبدأ إجراءات تنفيذ هذا القرار عند عودته[٤].

وفى كثير من الحالات يكتفى مجلس الدولة الفرنسى بأن يقرر أن مصلحة المرفق العام، لاتستلزم تنفيذ القرار مباشرة، حتى يحكم بصحته[٥].

---

(١) راجع فى ذلك :
- دكتور/ سليمان الطماوى، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص ٥٩٥ ومابعدها.
- دكتور/ عادل الطبطبائى، الوسيط فى قانون الخدمة المدنية الكويتى، المرجع السابق، ص ١٥٧.

(٢) راجع :
C.E., 27 June 1913 , Cornu , Rec., p.761

(٣) راجع :
C.E., 26 November 1920, Vidal Rec., p. 1010.

(٤)
C.E., 5 jullit, Fighiera, Rec., P. 605.

(٥) راجع :
C.E., 22 April 1921, Pracros , Rec., p. 392; 28 octobre 1921 Hamelle, Rec., p. 891.

يتعلق الحكم الاول بقرار فصل مؤجل والثانى بترقية مؤجلة.

وقـد وضـعت المحكمة الإدارية العليا القاعدة بصورة عامه فى حكمها الصـادر فـى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٦٢ حيث تؤكد (... وغنى عن البيان أن لجهة الإدارة أن تؤجل آثار قراراتها شريطة أن يكون رائدها فى ذلك تحقيق الصالح العام)[١].

وأن القـاعدة العامـة هىعدم رجعية قرارات التعيين، ما لم يكن تنفيذاً لـنص صـريح فى القانون أو تنفيذاً لحكم قضائى، لأنه لا يتصور أن يكون للسـلطة المختصـة بالتعيين ولاية فى إجرائه إلا وقت صدور القرار، حيث تقـدر ظـروف المرفق الذى تخلو به الوظيفة ومدى حاجته إلى شغلها، كما يتضـمن اعتداء على اختصاص السلطة السابقة التى كانت تختص بإجرائه فـى الـتاريخ الـذى أرجعت الإدارة أثر القرار إليه، كما يجعل هذا التعيين الشخص شاغلاً للوظيفة العامة بصفة اعتبارية فترة زمنية سابقة على شغله لها[٢].

وفـى ذلك المعنى تقول محكمة القضاء الإداري أنه (لا يجوز قانوناً أن ينسـحب قـرار التعييـن إلى تاريخ سابق عليه... والقول بغير ذلك معناه الرجعـية فى القرارات الإدارية، وهو الأمر الذى لا يجوز إذ أن الرجعية قد تؤثـر فى الحقوق وفي المراكز القانونية التى اكتسبها الغير، وهذا لا يكون إلا بقانون)[٣]، أو تنفيذاً لحكم قضائي[٤].

ولقـد اتجهـت كثـير مـن الدول المعاصرة إلى الأخذ بنظام الوظائف المحجـوزة كطـريقة استثنائية لشغل الوظائف العامة، إذ تقوم بحجز بعض الوظائف للمصابين فى العمليات الحربية أو لأقربائهم وأقرباء الشهداء، على أن يـتم شـغل هـذه الوظائف وفقاً لنظام معين يحدد أولوية شغلها من بين أولـئك الذيـن لهم الحق فيها، بحيث يتم الاختيار من بينهم، طبقاً لأولويات معينة محددة سلفا[٥].

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٧ نوفمبر سنة ١٩٦٢، س ٨، ص ٧٢.

(٢) راجع فى هذا المعنى :

Victor Silvera et Serge Salon , la fonction publiqe et ses problemes ses actuels, Paris, 1976 , p. 229.

(٣) محمكة القضاء الإداري بتاريخ ١٩٥٦/١/١٩ فى الدعوى رقم ٩/٣٦١٦ ق، س ١٠، ص ١٨١ .

(٤) حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٤٨/٤/١٠، س ٢، ص ٤٤٠.

(٥) راجع فى هذا المعنى :

- دكتور/ أنور أحمد رسلان، وجيز القانون الإداري، المرجع السابق، ص ٤٤١.

وأخـيراً فـإن صدور قرار التعيين لا يعنى تثبيت الموظف فى الوظيفة المعيـن بها بصفة نهائية، إذ لابد من اجتياز فترة التجربة بنجاح وعلى ذلك نصـت المـادة (١٣) مـن نظام الخدمة المدنية بقولها (فيما عدا الوظائف القيادية، يوضع المعين لأول مرة تحت التجربة لمدة سنة واحدة يجوز فصله خلالها أو خلال شهر واحد من انتهائها إذا ثبت أنه غير صالح للقيام بأعباء وظيفـتـه وإلا اعتبر مثبتاً فى الوظيفة التى عين بها وحسبت مدة التجربة ضـمن مدة خدمته... ولا يستحق الموظف أية مكافأة عن مدة التجربة التى تقضى بغير نجاح).

وفـى مصـر ورد نص المادة (٢٢) من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ بـنظام العامليـن المدنيين بالدولة على أن (يوضع المعينون لأول مرة تحت الاختبار لمدة ستة أشهر من تاريخ تسلمه العمل وتقرر صلاحيتهم خلال مدة الاختبار فإذا ثبت عدم صلاحيتهم يحالون إلى لجنة شئون العاملين فإن رأت صلاحيتهم للنقل إلى وظائف أخرى نقلتهم إليها وإلا اقترحت إنهاء خدمتهم.

ومناط وضع الموظف تحت الاختبار خلال فترة التجربة أن تحتاط الدولة لنفسـها فلا تعتبر قرار التعيين نهائياً إلا بعد أن تتأكد من خلال فترة معينة مـن سـلامة اختيارها لهذا الموظف ومدى صلاحيته لشغل الوظيفة المعين بهـا، وإلا كـان لهـا أن تصدر قراراً بفصله دون اتباع الاجراءات المقررة للتأديب.

وفـى هذا المعنى ذهبت محكمة التمييز فى إحدى القضايا التى عرضت عليها إلى أن (المشرع لم يترك مسألة ثبوت صلاحية الخاضع لفترة التجربة أو عـدم صـلاحيته لمحـض تقدير الإدارة دون ضوابط وقواعد موضوعية وإجـراءات يـتم وضـعها بمعـرفة الوزير المختص بالاتفاق مـع ديوان الموظفين، ولا ريب أن هذا القيد الموضوعى يمثل ضمانة جوهرية للموظف الخاضع للتجربة ويكفل تحقيق المصلحة العامة وصالح العمل، ويوصد أبواب الأهواء والعسف والانحراف بالسلطة)[1].

ولكـن ماهو الوضع إذا كان للموظف مدة خدمة سابقة وضمها كأقدمية اعتبارية عند التعيين، هل يخضع أيضاً لفترة الاختبار؟.

---

(١) انظر :
- حكم محكمة التمييز فى الطعن رقم ١٩٩٣/٨٨ تجارى، بتاريخ ١٩٩٤/٦/٦. حكم غير منشور.

كما سبق أن ألمحنا أنه يتعين على الموظف قضاء فترة التجربة بصورة فعليه، غير أن القضاء ميز في الإجابة على هذا التساؤل بين فرضين :

الفرض الاول : أن تكون الوظيفة السابقة من نوع الوظيفة الجديدة :

قـد يحـدث أن يعين شخص بعد انتهاء مدة عقده الأول لأى سبب من الأسباب، ففى هذه الحالة فإن فترة الاختبار فى العقد الأول تعتبر بمثابة فترة الاختبار للعقد الثانى. وفى هذا المعنى ذهبت محكمة الاستئناف العليا إلى (أن عقـد النزاع لم يبرم إلا باعتبار أن المستأنف قد أختير فعلاً فى فترة سريان العقـد المؤقـت وأن صلاحيته للوظيفة التى عين فيها ثبتت للصندوق، وأن ذلك العقد إنما يمثل فى واقع الحال وبهذه المثابة فترة الاختبار بالنسبة للعقد الآخـر الـذى تلاه وأنه لو لم يتحقق الصندوق من صلاحية المستأنف على الوجـه الذى يرتضيه لانتهت حتماً علاقته به بانتهاء العقد الأول، ولما جاز أن يتمسك باستمرار هذه العلاقة فى العقد الآخر)[1].

وفى هذه الحالة لا يقضى الموظف فترة اختبار فى وظيفته الجديدة، لأنه سـبق له فعلاً ممارسة هذه الوظيفة بنجاح، ولكن يشترط أن يكون قد قضى فى الوظيفة السابقة مدة لا تقل عن فترة الاختبار المقررة قانونا[2].

الفرض الثانى : ألا يكون للعمل السابق صلة بالعمل الجديد :

يشترط لاحتساب فترة التجربة السابقة توافر (شرطين أولهما : أن يكون إلحاق الموظف بالخدمة الجديدة فى ذات الدرجة وذات الكادر، وثانيهما : أن يكون الإلحاق فى ذات الوظيفة أو فى الأقل من الأمور فى وظيفة متفقة فى طبيعتها مع الوظيفة السابقة. وإن تخلف أحد هذين الشرطين يجعل الموظف عند التحاقه بالخدمة الجديدة فى حكم المعين لأول مرة فيخضع لقضاء فترة الاختبار التى يقتضيها الالتحاق الجديد[3].

---

(١) راجع :
- حكـم محكمـة الاسـتئناف العليا - الدائرة التجارية الثانية، قضية رقم ١٩٨٠/٩٤٧، تجارى ٢، بتاريخ ١٩٨١/٦/٢ غير منشور.
وفى هذا المعنى راجع :
- حكم محكمة التمييز فى القضية رقم ١٩٨١/١٢٧ بتاريخ ١٩٨٢/١/٢٠، غير منشور.

(٢) راجع :
- دكتور/ أنور أحمد رسلان، وجيز القانون الإداري، المرجع السابق، ص ٤٥٢.

(٣) راجع :
- حكـم محكمـة الاستئناف العليا فى القضية رقم ١٩٨٢/٥٦٩/ إدارى، تجارى بتاريخ ١٩٨٢/٦/٢٢.

وفـــى هـــذه الحالة لا يعتد بفترة الاختبار السابقة، ويجب على الموظف قضـــاء فـــترة اختبار فى عمله الجديد، وذلك لعدم قضائه فترة اختبار فعلية لاختلاف الوظيفة الجديدة عن الوظيفة السابقة[1].

ولامـــراء فى أن القضاء الإداري قد توسع فى معنى التعيين - فى مجال الاختصـــاص - كمـــا توســـع فـــى غيره. فلم يقصر التعيين على بدء صلة الموظـــف بالحكومـــة ودخوله فى خدمة الدولة لأول مرة، بل فهمه على أن المـــراد بـــه تقلـــد الوظيفة بمعناه الواسع الأعم، أى سواء كان ذلك افتتاحاً لرابطة التوظف أو كان تولية لوظيفة جديدة تغاير فى طبيعتها أو فى ماهيتها أو الشروط اللازمة للتعيين فى الوظيفة السابقة التى كان يشغلها الموظف[2] ومـــن ذلـــك ما قررته الدائرة الإدارية التجارية بمحكمة الاستئناف العليا فى الكويـــت بقولها (ولا جدال فى أن من كان يشغل رتبة جندى، وهى من رتب الأفراد بالجيش، ثم حول إلى رتبة رقيب، وهى من رتب ضباط الصف، فإن ذلك لا يعتبر إعادة تعيين ولكنه تعيين مبتدأ فى الرتبة الجديدة، ومن ثم فإنه يخضع لفترة التجربة التى تستلزمها قواعد التعيين فى هذه المرتبة[3].

وقـــد أدى هذا التوسع فى التفسير إلى امتداد اختصاص القضاء الإداري ليشمل طائفة من القرارات لم ترد فى النصوص، فقد اعتبر من قبيل التعيين "الـــنقل الـــنوعى" أى نقـــل الموظف من وظيفة إلى أخرى مغايرة من حيث طبيعتها أو من حيث شروط التعيين فيها، على خـــلاف النقل المكانى الذى لا يصـــدق علـــيه هذا التكييف، أى لا يتضمن تعييناً فى الوظيفة الجديدة، وكذا الندب من وظيفة إلى أخرى.

وفـــى ذات المعـــنى ذهبـــت محكمة الاستئناف العليا فى حكمها الصادر بتاريخ ٦ ديسمبر سنة ١٩٨٨ إلى أن (أحكام القضاء الإداري قد جرت على أن الـــندب إذا استطال لمدة طويلة لم يكن قراراً بالندب، فقد يعتبر نقلاً إلى وظيفة أخرى أو ترقية إذا كان قد تم لوظيفة أعلى، إلا أن تحويل قرار الندب

---

(١) دكتور/ أنور أحمد رسلان، وجيز القانون الإداري، المرجع السابق، ص ٤٥٢.
(٢) دكتور/ سليمان الطماوى، قضاء الإلغاء، ص ٢٠٦.
(٣) حكـــم الدائرة الإدارية التجارية بمحكمة الاستئناف العليا رقم ١٩٨٢/٨٦٥ (إدارى تجارى) بتاريخ ١٩٨٢/٦/٢٢.
وفى هذا الاتجاه راجع :
- حكـــم محكمة القضاء الإداري الصادر فى ٢٧ يناير سنة ١٩٤٨، فى القضية رقم ١٦٨ لسنة ١ ق، س ٢، ص٢٦٨، رقم ٤٧.

- عن طريق تكييفه - إلى قرار آخر من هذا القبيل، وصرف ظاهر عباراته إلـــى معنى آخر، مناطه أساس استطالة الندب لمدة طويلة تجاوز على الأقل المـــدة المحددة لـــه فى القانون وكذا المدة التى يجوز تجديده إليها، ومن ثم فإنـــه إذا ما صدر قرار صريح ينص على ندب موظف لوظيفة أخرى - ولو كانت أعلى فى مدارج السلم الوظيفى من الوظيفة الأصلية - وخلا من تحديد مدة الندب، لم يجز عن طريق التكييف صرفه إلى قرار آخر (كنقل أو ترقية) إلا اذا استطال الندب على الأقل لمدة تجاوز المدة الجائزة قانوناً تجديد الندب لهـــا كحد أقصى - لما كان ذلك وكان الثابت فى المنازعة الماثلة أن القرار المطعـــون فـــيه صدر فى ١٩٨٧/١٠/١٢ ناصاً على ندب زميل المستأنف (المستشـــهد بـــه) للعمل بوظيفة موجه فني أول للتربية البدنية اعتباراً من تـــاريخ صـــدوره فمـــن ثـــم يكون الحكم المستأنف قد جاوز حدود التكييف الصحيح، وجاء باستخلاص غير سائغ ومخالف للقانون، إذ اعتبر هذا القرار قرار ترقية أدبية إلى تلك الوظيفة لاستطالة الندب ولم يمض بعد على الندب سوى أربعة أشهر فى تاريخ إقامة الدعوى، وثمانية أشهر من تاريخ صدور الحكـــم، وبديهى أنه لا عبرة فـــى هـــذا الصدد بما جاء بدفاع جهة الإدارة المدعى عليها من أن هذا القرار يعتبر فى حقيقته قرار ترقية أدبية، لأن ذلك مجـــرد دفاع من خصم فى دعوى للتوصل إلى رفضها أو عدم قبولها، وإنما العبرة بنص القرار المطعون فيه ومضمونه)[1].

---

(١) حكـــم محكمة الاستئناف العليا فى القضية رقم ٨٨/٨٨٠ (إدارى) بتاريخ ١٩٨٨/١٢/٦، غير منشور.

وراجع في نفس المعني :

- حكم محكمة القضاء الإداري الإداري الصادر فى ١٩٥٣/١٢/١٦، س ٨، ٢٦٦.
- حكـــم محكمة القضـــاء الإداري الصادر فـــى ١٩٥٩/٤/٢٢، السنتان ١٢ و ١٣، ص ١٩٥ رقم ١٩٠.

الفرع الثالث

الطلبات التي يقدمها الموظفون المدنيون بإلغاء القرارات الإدارية الصادرة بالترقية

تعنى الترقية أن يتقلد الموظف درجة أعلى فى السلم الإداري. وتقترن الترقية عادة بزيادة فى المرتب، غير أن هذه الزيادة ليست بذاتها معياراً للترقية ما لم تصاحبها زيادة فى السلطة والمسئولية. ولذلك فقد تتم الترقية حتى ولم يترتب عليها زيادة فى المرتب، لأن الترقية بمعناها الأعم هى ما يطرأ على الموظف من تغيير فى مركزه القانونى، يكون من شأنه تقديمه على غيره، وصعوده مدارج السلم الإداري. ويتحقق ذلك أيضاً بتقليد الموظف وظيفة تعلو وظيفته الحالية فى مجال الاختصاص. وإن لم يصاحب ذلك نفع مادى[1].

والترقية إما أن تكون بالأقدمية أو أن تكون بالاختيار[2] :

- يتميز نظام الترقية بالأقدمية بأنه يكفل الطمأنينة والاستقرار للعاملين من ناحية، ويحول دون التعسف والمحسوبية من جانب الإدارة من ناحية أخرى[3].

---

(١) راجع :
- دكتور / سليمان الطماوى، الوجيز فى القانون الإداري، المرجع السابق، ص ٤٢٨.
وراجع ايضاً:
- حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بتاريخ ١٩٦٥/٦/٢٧، س ١٠، ص ١٧٩١ وحكمها بتاريخ ١٩٦٧/٤/٢٣، س ١٢، ص ٩٥٢.
- حكم محكمة الاستئناف العليا، دائرة التمييز في الطعن رقم ١٨٧ لسنة ١٩٨٦ إداري بجلسة ١٩٨٧/٣/١١، منشور في مجموعة القواعد التي قررتها محكمة التمييز، القسم الثاني، المجلد الثالث، يونية، ١٩٩٦، ص ٨٧٨.
- حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٤٠٧ لسنة ١٩٩٦ (إداري) جلسة ١٩٩٧/١١/١٧، موسوعة مبادئ القضاء الإداري، الكتاب الثاني، الجزء السادس، ص ٤٥٣.

(٢) تأخذ بعض الدول بأسلوب ثالث للترقية ألا وهو الترقية بالاختبار حيث يرقى الموظف الذى يستوفى الشروط ويجتاز إمتحان مسابقة للكشف عن مدى صلاحيته لشغل الدرجة الأعلى، ويرتب الناجحون فى إمتحان المسابقة ترتيباً تنازلياً، ويرقى الحاصلون على أعلى الدرجات حسب كشف ترتيب درجات النجاح.

(٣) دكتور/ أنور أحمد رسلان، وجيز القانون الإداري، المرجع السابق، ص ٥٠٥ .
ويستطرد القول (إلا أن النقد الجوهرى الذى يوجه لهذا النظام هو أنه يؤدى للتواكل وتثبيط الهمم وعدم الفاعلية فضلا عن عدم إعطاء الفرصة للكفاءات الإدارية الممتازة لاثبات وجودها وتقديم خدماتها مما يحقق الفاعلية والكفاية للنشاط الإداري).

ولا يـــرقى الموظف إلى الوظيفة الأعلى تلقائياً، بل لابد من صدور قرار بالترقـــية من السلطة المختصة، فالأقدمية شرط للترقية، ولكنها ليست كافية بذاتهـــا للترقية، بل لابد من صلاحية الموظف لشغل الوظيفة الأعلى وصدور قرار بالترقية من السلطة المختصة، وفى ذلك ذهبت محكمة القضاء الإداري إلـــى أن (الترقـــية بالأقدمـــية ليست إنصافاً أو حقاً مقرراً للموظف بالقانون وإنمـــا هى لازالت سلطة بيد الجهة الإدارية لاختيار من تراه صالحاً للترقية على أساس الأقدمية وهى وإن تحللت من شرط الكفاية إلا أنها لا تتحلل أبداً من شرط الصلاحية للوظيفة المرقى إليها لأن هذا الشرط جوهرى وأساسى بالنســـبة إلـــى الوظـــيفة العامـــة لا يجوز إغفاله مطلقاً)[1]. وهو ما تؤكده المحكمـــة الإدارية العليا أيضاً بقولها : (أن الترقية بالأقدمية المطلقة ليست حقـــاً للموظف يؤول إليه تلقائياً، بل مناطها الصلاحية للوظيفة المرقى إليها، وتقدير ذلك من الملاءمات المتروكة للإدارة وفقاً لملابسات كل حالة، فى ظل من رقابة القضاء الإداري)[2].

وإجـــراء الترقـــية فـــى وقت معين يعتبر مسألة ملاءمة تستقل الإدارة بـــتقديرها حسب الظروف ومقتضيات الصالح العام، وفى ظل رقابة القضاء، فـــإذا قررت الإدارة إجراء الترقية، وجب عليها التزام حدود القانون، أى أن حـــق العامل فى الترقية لا ينشأ إلا بعد استخدام الإدارة لاختصاصتها بإجراء الترقية، أما قبل إجراء الترقية فلا حق له فيها مهما كانت أقدميته[3].

- وقـــد يرقى الموظف بالاختيار إذا استوفى الشروط التى تقدر الإدارة علو كفاءته دون التقيد بدوره فى الأقدمية[4]. وتتميـــز هـــذه الترقية بإثابة المجتهد، وتشجيع الموظفين على الجد والاخلاص فى العمل أملاً فى الترقية

---

(١) حكـــم محكمة القضاء الإداري، بتاريخ ٨ مارس ١٩٥٥، مجموعة المبادىء القانونية التى قررتها محكمة القضاء الإداري فى خمسة عشر عاما، ص ٣٤٣١.
(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ ١٠ يونيو ١٩٦٢، س ٧، ص ١٥٣٦.
(٣) فى هذا المعنى، حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ٢٤ مارس ١٩٧٤، س ١٩، ص٢٣١.
(٤) ورد نـــص المـــادة ٢٤ مـــن مرسوم نظام الخدمة المدنية على أنه (يجوز ترقية الموظف بالاختيار بقرار من الوزير بناء على اقتراح لجنة شئون الموظفين وذلك بالشروط التالية :
١- وجود درجة شاغرة.
٢- أن يكون الموظف قد أمضى المدة اللازمة كحد أدنى للبقاء فى الدرجة المشار إليها فى الجداول الملحقة بهذا النظام .
٣- أن يكون الموظف قد حصل فى كل من السنتين الأخيرتين على تقرير بأنه ممتاز.
٤- ألا يكون الموظف قد رقى إلى درجته الحالية بالاختيار.
وتعتبر الترقية فى هذه الحالة نافذة من تاريخ صدور القرار بها.
ولا تغير هذه الترقية من موعد استحقاق العلاوة الدورية، وإذا اتحد تاريخهما يستحق الموظف أول مربوط الدرجة المرقى إليها مضافا إليه علاوة واحدة من علاواتها الدورية).

قبل الآخرين، ولكن يعيبها أنها سهلة التطبيق، وكثيراً ما تتم عملاً بناءً على اعتبارات شخصية بدلاً من قيامها على أساس العدالة والموضوعية، مما يثير الأحقاد فى النفوس، ويساهم فى خلق المشاحنات فى الإطار الوظيفى[1].

والأصل فى الترقية بالاختيار أنه لا يجوز ترقية الأحدث وتخطى الأقدم إلا إذا كان الأحدث أكفأ من الأقدم، فان تساوياً فى الكفاية وجب ترقية الأقدم، أى أنه لا يجوز تخطى الأقدم فى الترقية إلا إذا وجد من هو أكفأ منه، على أن تكون الكفاية ثابته ووفقاً لأسس موضوعية. وقد أكدت محكمة الاستئناف هذا المبدأ فى حكمها الصادر بتاريخ ١٩٨٨/١٢/٢٧ بقولها (وإذا كان الثابت أن المطعون فى ترقيته يتساوى مع كل من المدعين فى مرتبة الكفاية إذ حاز ثلاثتهم على تقدير ممتاز فى تقارير الكفاية عن عامى ١٩٨٤، ١٩٨٥ إلا أن كلا من المدعين أقدم منه سواء فى تاريخ شغل الدرجة التى كانا يشغلانها وقت إجراء الترقية أو فى المستوى الوظيفى الذى كان يشغله كل منهم، فالمدعيان شغلا الدرجة الأولى إعتباراً من ١٩٨٥/١/١، بينما لم يشغلها المطعون فى ترقيته إلا فى ١٩٨٧/٥/٣، كما أن المدعى فى الدعوى الأولى كان يشغل وقت إجراء الترقية وظيفة مراقب شركات الأشخاص من ١٩٨١/٨/٤ ثم نقل لوظيفة مراقب الدراسات الاقتصادية والمالية من ١٩٨٢/٨/١٥ بينما كان المطعون فى ترقيته يشغل رئيس قسم الشركات المساهمة اعتباراً من ١٩٨٢/٨/٢١ تاريخ نقله للوزارة المدعى عليها، ولما كانت وظيفة مراقب أعلى من وظيفة رئيس قسم فى مدارج السلم الوظيفى لإدارة الشركات والتأمين حسب هيكلها الوظيفى، فإن كلاً من المدعين يكون شاغلاً لوظيفة أعلى من وظيفة المطعون فى ترقيته وقت إجراء الترقية لوظيفة مدير إدارة الشركات والتأمين بالقرار المطعون فيه. ومن ثم يكون هذا القرار قد تخطى الأقدم بالأحدث دون أن يكون الأحدث ظاهر الكفاية عنه، مما يجعله مخالفاً للقانون حقيقاً بالإلغاء)[2].

---

(١) انظر :
- دكتور/ ماجد الحلو، القانون الإداري الكويتى، المرجع السابق، ص ٢٤٤.

(٢) حكم محكمة الاستئناف العليا، قضية رقم ٦٥٥/ ١٩٨٨ / إدارى، بتاريخ ١٩٨٨/١٢/٢٧ حكم غير منشور.
وفى هذا الاتجاه راجع:
- حكم محكمة الاستئناف العليا، دائرة التمييز، قضية رقم ٨٦/١٨٧/إدارى بتاريخ ١٩٨٧/٣/١١/ مجلة القضاء والقانون، ع ١، س ١٥، ١٩٩٤، ص ١٨٢.
- حكم محكمة الاستئناف العليا، دائرة التمييز، قضية رقم ١٠٣، ١٠٤، ٨٦/١٠٥/ تجارى بتاريخ ١٩٨٧/٢/١٨، مجلة القضاء والقانون، ع ١، س١٥، ١٩٩٤، ص ١٣٧. (الأصل أن الترقية بالاختيار هى من الملاءمات المتروكة لتقدير جهة الإدارة بما لا معقب عليها فيه من القضاء الإداري طالما كان تقديرها بريئا من إساءة استعمال السلطة وهذا الاختيار يجد حده الطبيعي في أنه لا يجوز تخطي الأقدم إلى الأحدث إلا إذا كان هذا الأخير هو الأكفأ أما عند التساوي في الكفاية فيجب ترقية الأقدم وبغير ذلك تكون الترقية عرضة للتحكم والأهواء).

وفي ذات المعنى ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى (أن الترقية بالاختيار تجـد حدها الطبيعي في هذا المبدأ العادل وهو أنه لا يجوز تخطي الأقدم إلى الأحدث إلا إذا كان الأخير هو الأصلح أما عند التساوي في درجة الصلاحية فيجب أن تكون الترقية بالأقدمية بين المرشحين)[1].

وإن كان الوقت الذى تجرى فيه الترقية - بالأقدمية أو بالاختيار - يعد مـن إطلاقـات الإدارة تترخص فيه فى حدود سلطتها التقديرية دون معقب عليها فى ذلك، إلا أنه إذا تكشف من ظروف الحال أن تراخـى جهة الإدارة فـى هـذا الشـأن لم يكن مبعثه تحقيق مصلحة عامة، بل كان الغرض منه تفويت حق الموظف فى الترقية التى يستحقها، فإن تصرفها على هذا الوجه يكون مشوباً بعيب إساءة استعمال السلطة[2].

وإذا رفع صاحب الشأن دعوى انتهت إلى إلغاء القرار المطعون فيه، فإن مـدى قرار الإلغاء يختلف باختلاف ما إذا كان الإلغاء شاملاً أو جزئياً. فإذا كـان الإلغاء شاملاً أو كلياً يعتبر القرار كأن لم يكن وتمحى آثاره من وقت صدوره بالنسبة إلى جميع المرقين، (أما إذا كان وجه المخالفة نسبياً كما فى حالـة ترقـية موظـف صـالح أصلاً للترقية (أى لا تقوم به موانع قانونية للترقـية)، ففـى هذه الحالة يزول العيب فى القرار بازالة جهة الإدارة لهذا الـتخطى، وهو ما يتحقق بإلغاء القرار إلغاء جزئياً (نسبيا) فيما تضمنه من تخطى، إذ لا موجب لالغائه إلغاء مجرداً، وعندئذ يكون لجهة الإدارة أن تبقى علـى ترقـية مـن رقته من قبل بالقرار المطعون فيه ولكنها تلتزم بترقية المحكـوم لـه وإرجاع أقدميته فى الترقية إلى التاريخ المعين لذلك القرار، ووضـعه سابقاً على من تخطاه، وطالما كان وجة المخالفة فى قرار الترقية المطعـون فـيه نسـبياً، فلا يحول قانوناً دون إلغائه إلغاء جزئياً، أن يكون المحكـوم لهـم بالإلغاء الجزئى أكثر عدداً من الدرجات أو الوظائف المرقى إليها، دون احتجاج بما قد يثور من صعوبة فى كيفية تنفيذ هذه الأحكام، ذلك أن الصعوبة التى قد تكتنف التنفيذ، لا أثر لها على صحـة الأحكام القاضية بالإلغـاء الجـزئى، إذ مـا على الإدارة فى هذه الحالة إلا أن تجرى قواعد الأولوية والاختيار فى الترقية بين المحكوم لهم مستهدية بما أرسته الأحكام

---

(١) حكمها بتاريخ ١٩٧٣/٢/١٨، س ١٨، ص ٣٥، وحكمها بتاريخ ١٩٧٤/٣/٣١، س ١٩، ص ٢٤٥، وحكمها بتاريخ ١٩٧٤/٦/٣٠، س ١٩، ص ١٦٣.

(٢) حكـم محكمة القضاء الإداري بتاريخ ١٩٥٧/٧/١٣، مجموعة المبادىء فى ١٥ سنة طعن رقم ١٢٥٨، جزء ٤، ص ٢٤٦٣.

الصـــادرة لهـــم فـــى هذا الصدد من مبادىء قانونية لترقية العدد المساوى للدرجـــات أو الوظائـــف المرقى إليها، لما كان ذلك فإنـــه لا يعيـــب الحكـــم المســـتأنف أن قضى بإلغاء القرار المطعون فيه إلغاءً جزئياً فيما تضمنه من تخطـــى المستأنف عليهما فى الترقية للوظيفة سالفة الذكر، حال أنها وظيفة واحـــدة، ذلك أن هذا القضاء لا يعنى تنفيذه وجوب ترقية كل من المستأنف علـــيهما لهـــذه الوظـــيفة لاستحالة ذلك، وإنما على الإدارة فى هذه الحالة المفاضلة بين كل منهما طبقاً للمعايير والضوابط القانونية الصحيحة واختيار الأصلح للترقية لها)[١].

وللموظـــف الذى لـــه مصلحة شخصية أن يطعن فى قرار الترقية سواء كانـــت هذه المصلحة محققة أم محتملة، لذلك قضت محكمة القضاء الإداري بـــأن (مجرد الانتماء لهيئة التدريس لا يجعل أى عضو فيها حسبما اتفق ذا مصلحة شخصية ومباشرة فى طلب إلغاء أى قرار خاص بالترقية إلى وظيفة ليس من المحقق أو المحتمل اختياره لها بحكم تخصصه، بل يجب أن يتوافر فـــيه هذا التخصص ليصبح حينئذ ذا مصلحة شخصية ومباشرة، وهذا غير متوافر فى المدعى الذى ما كان من المحتمل بحكم تخصصه الترشيح لكرسي من الكراسي موضوع النزاع)[٢].

وللموظـــف أن يطعن فى قرار غيره حتى ولو كانت شروط الترقية غير مـــتوافرة فـــيه وقت صدور هذا القرار، وذلك لأن المصلحة المحتملة تكفى، والأســـبقية فـــى الدرجة لها أثرها فى ترقية الموظـــف إن لـــم يكـــن حالاً فمآلاً[٣]، أما إذا انتفت المصلحة المحققة وكذلك المحتملة كما إذا اختلف كادر المرقى عن كادر المدعى بأن كان أحدهما ينتظم فى الكادر الفنى بينما الآخر فى الكادر الإداري فلا تقبل الدعوى لانتفاء المصلحة[٤].

---

(١) محكمـــة الاســـتئناف العليا، قضية رقم ٦٥٥/ ١٩٨٨ / إدارى بتاريخ ١٩٨٨/١٢/٢٧حكم غير منشور.

(٢) حكـــم محكمة القضاء الإداري الصادر فى ١٩٥٣/٢/١١، القضيتان رقما ٢٤، ٢٦٥ لسنة ٥ ق، س ٧، ص ٤٥٩.

(٣) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣٣ لسنة ١٤ ق، مجموعة المبادىء القانونية التى قررتها المحكمة الإدارية العليا فى عشر سنوات، ص ١٠١١.

(٤) حكـــم المحكمة الإدارية العليا فى القضية رقم ٩٢٨ لسنة ٨ ق، المجموعة سالفة الذكر، ص ١٠٠٩.
وفى هذا الاتجاه راجع :
- حكـــم محكمـــة الاســـتئناف العلـــيا، دائرة التمييز، قضية رقم ١٠٣، ١٠٤، ٨٦/١٠٥ تجـــارى بـــتاريخ ١٩٨٧/٢/١٨، مجلـــة القضاء والقانون، ع ١ س ١٥، ١٩٩٤، ص ١٣٧.

وهكـذا فـإذا كـان الإلغـاء شاملاً، فان قرار الترقية يعتبر كأن لم يكن بالنسـبة لجمـيع مـن شـملهم هذا القرار، وفى هذه الحالة تستعيد الإدارة سلطتها فى الترقية بالنسبة للجميع ووفقاً لأحكام القانون. أما إذا كان الإلغاء جزئـياً، فإن للإدارة أن تبقى على ترقية الموظف المطعون فى ترقيته، على أن تـرقى الموظـف الـذى صدر الحكم لصالحـه، إذا كانـت هناك درجة شـاغرة. فـإذا لـم توجـد درجة شاغرة تلغى ترقية الموظف المطعون فى ترقيـته، وتعتـبر الترقية كأن لم تكن مع عدم جواز استرداد الفروق المالية المترتـبة علـى الترقية الملغاة[1]. ذلك أن (مقتضيات العدالة ترتب للموظف الـذى ألغيت ترقيته الحق فيما قبضه من فروق مالية نتيجة للترقية الملغاة، إذ لاشـأن لـه فيما صاحب تلك الترقية من خطأ فى الفهم أو اختلاف فى التقدير... ولاغبن فى ذلك على الخزانة العامة مادام مثل هذا الموظف قد قام بعمل الوظيفة المرقى إليها طوال الفترة التى انقضت بين صدور قرار الترقية وبيـن الحكـم بإلغائه وإفادة الحكومة من جراء ذلك ما أداه من خدمات فى الوظيفة المرقى إليها تأسيساً على قاعدة الغرم بالغنم)[2].

ولامـراء فى أن الدائرة الإدارية لم تقصر رقابتها على القرارات الفردية الصـادرة بالترقـية أو التعييـن، بل مدت هذه الرقابة حتى شملت القرارات التنظيمـية الصـادرة فـى هذا الخصوص. فقررت فى حكمها الذى أصدرته بـتاريخ ٦ مـايو سـنة ١٩٨٦ أنها (تختص ولائياً ونوعياً بنظر المسائل الـواردة بالمـادة الأولـى... ومـن بينها طلـب إلغاء القـرارات الصادرة بالتعيين أو الترقية سواء كانت قد صدرت فى صورة قرارات تنظيمية عامة أو قرارات فردية)[3].

كمـا أنها قد مدت رقابتها بحيث تشمل إلغاء عقود أبرمتها جهة الإدارة مـع عدد من موظفيها متى انطوت تلك العقود على قرارات إدارية بترقيتهم بقولهـا (أن العقـود محـل الدعوى هى فى حقيقة أمرها تخفى فى طياتها قـرارات إدارية استهدفت بها الجهة الإدارية ترقية من شملتهم هذه العقود إلى الدرجة الأولى بالنسبة لبعضهم وهم من أسندت إليهم وظيفة مدير، وإلى الدرجة الثانية بالنسبة لمن وكلت إليهم القيام بوظيفة مراقـب، وأن الجهـة

---

(١) دكتور/ أنور أحمد رسلان، وجيز القانون الإداري، المرجع السابق، ص ٥٢٦.
(٢) فتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشارى بمجلس الدولة، رقم ٤٨٦ بتاريخ ١٩٦٤/٥/٣٠ ، مجموعة مبادىء الفتاوى، السنة الثامنة عشرة، ص ٣٠٨.
(٣) حكم الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية فى الدعوى رقم ١٤٣ سنة ١٩٨٥ (إدارى) الصادر بتاريخ ١٩٨٦/٥/٦ حكم، غير منشور.

الإداريـــة قـــد لجأت إلى هذه العقود الصورية لتخفى ما استهدفته من ترقية حقيقـــية إلـــى الدرجتيـــن الأولـــى والثانية لكى تتفادى قاعدة أساسية تحكم العامليـــن المدنييـــن فـــى الدولة وفى الهيئات والمؤسسات العامة وهى أن الترقـــية لا تكـــون إلا إلـــى الدرجـــة التالـــية للدرجة التى يشغلها الموظف المرقى... الأمر الذى يرسخ فى يقين المحكمة أن العقود المشار إليهما محل الدعـــوى هـــى عقـــود صورية قصد بها ترقيات، مالية فعلية، وتكون بهذه المثابة التى تدخل فى اختصاص الدائرة الإدارية وفقاً لقانون إنشائها ويكون للمســـتأنف وقـــد مست مركزه القانونى مصلحة فى الطعن عليها، مما يهدر دفعىّ الجهة الإدارية بعدم اختصاص محكمة أول درجة نوعياً بنظر الدعوى وبعدم قبولها لانعدام المصلحة)[1].

كمـــا أن الدائرة الإدارية لم تقصر مدلول الترقية فقط على الحصول على درجـــة مالـــية أعلـــى ولكنها اعتبرت أيضاً إسناد وظيفة أعلى للموظف من وظيفته بمثابة ترقية له بقولها أن (الترقية فى مجال الوظيفة العامة لا تعنى فقـــط الحصول على درجة مالية أعلى، ولكنها تعنى أيضاً إسناد وظيفة أعلى للموظف فى الهيكل الوظيفى للجهة الإدارية حتى ولو لم يترتب على ذلك أية مـــيزة مالية كما هو الحال فى النزاع الماثل. فإسناد وظيفة مدير إدارة إلى موظـــف كان يشغل وظيفة مساعد مراقب وهى وظيفة أدنى من وظيفة مدير إدارة، فـــإن هـــذا يعنى ترقية لهذا الموظف بما يخول الموظف المتخطى فى هذه الترقية أن يطلب إلغاء القرار المتضمن تخطيه)[2].

لذلـــك وعلـــى هـــدى ما سلف بيانه **يرى الباحث** بأن الاختصاص بإلغاء القـــرارات الصادرة بالترقية يتعلق بالقرارات المتصلة بترقية الموظف،سواء كان أساس الترقية الأقدمية أو الإختيار للكفاءة، وسواء كان القرار بالترقية وفقاً للقانون، أو بالامتناع عن الترقية، أو بتخطى الموظف وترقية من يليه

---

(١) حكـــم الدائـــرة الإدارية التجارية بمحكمة الاستئناف العليا رقم ٨٦/١٤٣٣ (إدارى) الذى أصدرته بتاريخ ١٩٨٧/١/٢٧، غير منشور.
وراجع فى ذات المعنى :
- حكم الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية فى الدعوى رقم ١٩٨٥/٦٠ بتاريخ ١٩٨٦/١١/٤ حكم غير منشور.

(٢) حكـــم الدائـــرة التجاريـــة بمحكمـــة الاستئناف العليا رقـــم ١٩٨٦/٨٦٨ (إدارى) بتاريخ ١٩٨٦/٨/٢٤.
وراجع أيضاً :
- حكم الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية فى الدعوى رقم ١٩٨٥/١٤٢ بتاريخ ١٩٨٦/٥/٦ أحكام غير منشورة.

فى الأقدمية أو أدنى منه فى الكفاءة، كما يشمل الاختصاص الترقية العادية، وكذلك الترقية الاستثنائية، وسواءً كانت الترقية إلى درجة مالية أعلى، أو إلى وظيفة إدارية أعلى ولو لم تكن مصحوبة بمنح درجة مالية أعلى[١].

وقد توسع القضاء الإداري فى تكييف القرارات المتصلة بمسألة الترقية، فكيف بعض قرارات النقل النوعى امتناعاً عن الترقية[٢]، أو بمثابة ترقية[٣]، كما اعتبر أن القرارات بالتعيين فى التنظيم الجديد للهيكل الوظيفى قد تضمنت ترقيات لموظفى المؤسسة[٤].

ولم يقتصر مدلول الترقية على انتقال الموظف إلى درجة أعلى من درجته أو إلى وظيفة أعلى من وظيفته، وإنما اعتبر ندب الموظف إلى وظيفة درجتها أعلى من درجة وظيفته، لا يعدو أن يكون نوعاً من التدرج فى سلم الوظائف، وهو بهذه المثابة ترقية تدخل فى مدلول الترقية المنصوص على اختصاص محكمة القضاء الإداري بالفصل فى الطعون المقدمة عنها[٥].

---

(١) محمكة التمييز فى ١٩٨٧/٣/١١، الطعن رقم ١٩٨٦/١٨٧ (إدارى).
وفى هذا المعنى راجع :
- حكم المحكمة الإدارية العليا فى ١٩٦٥/١١/٢١، قضية رقم ٨١٩ لسنة ٩ ق، س ١١، ص٤١.

(٢) حكم المحكمة الكلية فى ١٩٩٣/١٢/٢٤، الدعوى ٩٢/١٠٠ (إدارى).

(٣) حكم محكمة القضاء الإداري فى ١٩٥٦/١١/١١، س ١٠، ص ١٤٥، رقم ١٦٦ حيث اعتبرت النقل من وظيفة كتابية أو إدارية إلى وظيفة فنية " نقلا نوعياً " بمثابة تعيين أو ترقية.

(٤) محكمة التمييز فى ١٩٨٧/٢/١٨، الطعون ١٠٣، ١٠٤، ١٠٥ / ١٩٨٦ (إدارى تجارى)، وحكمها فى ١٩٨٨/١٢/١٩، الطعن ١٩٨٧/٣٠٢ (تجارى).

(٥) محكمة القضاء الإداري فى ١٩٥٩/٤/٢٢، السنتان ١٢ و ١٣، فى القضية رقم ٣٥٨١ لسنة ٩ ق، ص ١٩٥، رقم ١٩٠.
وراجع فى ذات المعنى :
- حكم محكمة الاستئناف العليا فى ١٩٨٨/١٢/٦ فى القضية رقم ١٩٨٨/٨٨٠ (إدارى).

الفرع الرابع

الطلبات التى يقدمها الموظفون المدنيون بإلغاء القرارات الصادرة بإنهاء خدمتهم أو بتوقيع جزاءات تأديبية عليهم

تختص الدائرة الإدارية وحدها بالنظر في الطلبات التي يقدمها الموظفون المدنيون بإلغاء القرارات الصادرة بإنهاء خدمتهم أو بتوقيع جزاءات تأديبية عليهم.

أولاً : طلبات الموظفين الخاصة بإلغاء القرارات الصادرة بإنهاء خدمتهم :

بادىء ذى بدء يتعين التنويه إلى أن نص الفقرة "رابعاً" من المادة الأولى من قانون إنشاء الدائرة الإدارية قبل تعديله بمقتضى القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٢ ورد على اختصاص الدائرة الإدارية وحدها بالمسائل الآتية :

رابعاً: الطلبات التى يقدمها الموظفون المدنيون بإلغاء القرارات الصادرة بإنهاء خدمتهم أو بتوقيع جزاءات تأديبية عليهم، ويستثنى من ذلك إنهاء الخدمة بقرار من مجلس الوزراء[1].

ولقد تعرض موقف المشرع باستثناء قرارات مجلس الوزراء الصادرة بإنهاء خدمة الموظفين من الطعن عليها أمام القضاء إلى النقد الشديد من جانب الفقه، فيرى البعض أنه (ومهما قيل من حجج لتبرير تحصين قرارات مجلس الوزراء الصادرة بإنهاء خدمة الموظفين من الطعن عليها أمام

---

(١) ورد نص المادة ٤/٣٢ من قانون الخدمة المدنية رقم ١٥ لسنة ١٩٧٩ على أن (تنتهى الخدمة لأحد الأسباب الآتية : ١..... ،٢ ..... ،٣.....، ٤- العزل بقرار من مجلس الوزراء للصالح العام. وللموظف المعزول أن يتظلم إلى مجلس الوزراء خلال شهر من إعلانه بقرار من العزل ويكون قرار المجلس فى التظلم نهائياً. ولايجوز لمن عزل بالتطبيق لأحكام هذا البند أن يعين في وظيفة عامه أخرى أو فى إحدى الهيئات أو المؤسسات العامة أو أن يرشح نفسه لعضوية مجلس الأمة أو أية هيئة نيابية أخرى أو لوظيفة مختار، وذلك خلال الخمس سنوات التالية لقرار العزل).

ونشير فى هذا الصدد إلى أن إنهاء الخدمة بقرار من مجلس الوزراء وإن كان لايجوز الطعن فيه بإلغاء - قبل تعديل قانون انشاء الدائرة الإدارية - إلا أنه يجوز الطعن فيه بالتعويض. كما نشير إلى أن المشرع قد أحاط الفصل بغير الطريق التأديبى ببعض الضمانات لصالح الموظف منها : حفظ حق الموظف المفصول فى المعاش أو المكافأة، وجواز التظلم من قرار الفصل للجهة التى أصدرته، جعله من اختصاص سلطة عليا فى الدولة، جواز الطعن فى قرار الفصل بالتعويض.

القضاء... أن النصوص التى كانت تقرره غير دستورية، لأنها تتضمن، إلغاء جزئياً للسلطة القضائية، من ناحية، ولأنها من ناحية تتعارض مع نص المادة ١٦٩ من الدستور الذى جعل ولاية الدائرة الإدارية مطلقة وشاملة لكل المنازعات الإدارية، هذا فضلاً عن أن فى تحصين القرار الإدارى الذى يصدر على خلاف القانون من الطعن فيه أمام القضاء، تعطيل لحق التقاضى الذى قررته المادة ١٦٦ من الدستور للأفراد، بل ومصادرة لهذا الحق، مما يمثل صدعاً ضخماً فى صرح الشرعية)[١]. لذلك فقد أحسن المشرع صنعاً عندما ألغى تلك الحصانة بتعديل المادة الأولى من قانون إنشاء الدائرة الإدارية بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٢ بما يسمح بالطعن فى جميع القرارات الصادرة بإنهاء خدمة الموظف دون استثناء[٢].

ونجد تطبيقاً لهذه الحالة فى مصر حيث انتقص الاختصاص القضائى لمجلس الدولة فى هذا المجال بمقتضى القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٦٣ الذى قضى باعتبار (قرارات رئيس الجمهورية الصادرة بإحالة الموظفين العموميين إلى المعاش أو الاستيداع أو فصلهم من غير الطريق التأديبى) من أعمال السيادة فأخرجها بذلك من اختصاص القضاء الإدارى. ولكن هذا القانون قُضىَ بعدم دستوريته، لتعارضه مع المادة ٦٨ من الدستور الحالى (دستور ١١ سبتمبر سنة ١٩٧١ المعدل سنة ١٩٨٠) والتى تحظر النص فى القوانين على تحصين أى عمل أو قرار إدارى من رقابة القضاء. ولهذا قضت المحكمة العليا (الدستورية) فى ٦ نوفمبر سنة ١٩٧١ (الدعوى رقم ٦ لسنة ١ قضائية) بعدم دستورية القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٦٣ بتعديل قانون مجلس الدولة فيما نص عليه من اعتبار قرارات رئيس الجمهورية

---

(١) انظر :
- دكتور/ عثمان عبدالملك الصالح، ولاية الدائرة الإدارية فى طعون الموظفين، المرجع السابق، ص ٦٩ و ٧٠.

(٢) فى الواقع أن الفصل بقرار من مجلس الوزراء قد تعرض للإلغاء والاعادة عدة مرات، فاذا ما شهدت الكويت حلا لمجلس الأمة، فانه يرافقه فى العادة بعض الاجراءات القانونية، ومنها إضافة هذا البند إلى قانون الخدمة المدنية، حتى إذا ما عاد مجلس الأمة لمباشرة اختصاصاته الدستورية ألغى هذا البند عن طريق عدم الموافقة على المرسوم بقانون المقرر له. وقد صدر القانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٥ بإلغاء حق مجلس الوزراء بفصل الموظف فصلا غير تأديبى، وجاء فى المذكرة الايضاحية للقانون (... رغبة فى تحقيق الاستقرار والهدوء النفسى للموظف العام حتى يطمئن على يومه وغده وحتى ينعكس ذلك على مستوى الأداء العام فى دور الحكومة وفى الهيئات والمؤسسات العامة فيؤدى ذلك فى النهاية إلى رفع معدلات الانتاج، ولأن فى القوانين القائمة ما يكفى لمساءلة الموظف تأديبيا إذا اقتضى الأمر، وفى هذه القوانين جزاءات رادعة تصل إلى حد إقصاء الموظف عن وظيفته).

بإحالة الموظفين العموميين إلى المعاش أو الاستيداع أوفصلهم بغير الطريق التأديبى من أعمال السيادة، لأنه ينطوى على (مصادرة لحق الموظفين فى الطعن فى تلك القرارات أو التقاضى بشأنها فضلاً عن إهداره مبدأ المساواة بين المواطنين فى الحقوق مما يخالف المادتين ٤٠ و ٦٨ من الدستور وكذلك الدساتير السابقة)[١].

ولامراء فى أن الموظف لا يبقى فى الخدمة إلى ما لا نهاية، وإنما هناك عوامل تتدخل لإنهاء رابطة التوظف بينه وبين الإدارة، وقد تكون هذه العوامل بفعل الموظف وبناءً على رغبته، وقد تكون نتيجة لأفعاله كارتكابه جريمة جنائية أو مخالفة وظيفية جسيمة، وقد يرجع انتهاء الخدمة إلى أسباب لا يد له فيها، كالوفاة أو فصله عن غير الطريق التأديبى[٢].

ووفقاً للمادة ٧١ من المرسوم الخاص بنظام الخدمة المدنية تنتهى خدمة الموظف لأحد الأسباب الآتية :

١- الاستقالة.
٢- الإحالة إلى التقاعد.
٣- الفصل بقرار تأديبى.
٤- العزل بقرار من مجلس الوزراء[٣].

ولايجوز لمن عزل بالتطبيق لأحكام هذا البند أن يعين فى وظيفة عامة أخرى أو فى إحدى الهيئات أو المؤسسات العامة خلال الخمس سنوات التالية لقرار العزل ويجوز لمجلس الوزراء تخفيض هذه المدة.

٥- الحكم بعقوبة مقيدة للحرية فى جناية أو فى جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة ويجوز للوزير استبقاء الموظف فى حالة الحكم بوقف تنفيذ العقوبة.
٦- سقوط الجنسية الكويتيةأو سحبها.
٧- عدم اللياقة للخدمة أو استنفاد الإجازة المرضية أيهما أسبق.
٨- بلوغه سن الخامسة والستين بالنسبة للكويتيين، وسن الستين بالنسبة لغير الكويتيين ويجوز مدها إلى سن الخامسة والستين وفقاً للقواعد والأحكام التى يضعها مجلس الخدمة المدنية، أما أئمة المساجد وخطباؤها ومؤذنوها فتنتهى خدمتهم ببلوغ سنة الخامسة والسبعين.
٩- الوفاة.

---

(١) راجع :
دكتور/ سليمان الطماوى، قضاء الإلغاء، المرجع السابق ، ص ٢٠٨.
(٢) دكتور/ عادل الطبطبائى، الوسيط فى قانون الخدمة المدنية، المرجع السابق، ص ٦٣٠.
(٣) تم إلغاء هذا السبب بموجب القانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٥.

وإنهاء الخدمة – للأسباب السابقة – يحمل بطبيعته سبباً محدداً، ويوضع بهذا الشكل تحت الرقابة القضائية ويقع على القاضى عبء التحقق من سببه. وهذا ما قررته الدائرة الإدارية التجارية بمحكمة الاستئناف العليا بحكمها الصادر بتاريخ ١٤ نوفمبر سنة ١٩٨٦ بقولها (... ذلك لأن قرار إنهاء عقد المدعى هو قرار إدارى يتعين أن يقوم على سبب يبرره وإن كان المشرع قد أعفى جهة الإدارة من ذكره مما يجعل الأصل فيه أنه صدر صحيحاً وعلى من يدعى خلاف الأصل أن يثبت انحرافها بالسلطة، أما وقد أبانت الإدارة عن سببه وهو ثبوت المخالفات التى استظهرها التحقيق الذى أجرى مع المدعى فإن هذا السبب يخضع لرقابة القضاء الإدارى فيزنه بميزان الواقع أو القانون وما إذا كان يؤدى إلى النتيجة التى ينتجها القرار المطعون فيه، وهذا ما استقرت عليه أحكام القضاء الإدارى)[1].

١ـ الاستقالة :

الاستقالة هى رغبة الموظف فى أن يترك الوظيفة قبل السن القانوني المقرر لإنتهاء الخدمة، ولكن بشرط موافقة الإدارة.

وتنقسم استقالة الموظف إلى نوعين : صريحة ، وضمنية.

أـ الاستقالة الصريحة :

يجب أن تكون الاستقالة مكتوبة وخالية من أى قيد أو شرط. فإذا اقترنت الاستقالة بقيد أو علقت على شرط اعتبرت كأن لم تكن ما لم يتقرر قبولها مع إجابة الموظف إلى طلبه.

ولا يجوز قبول استقالة الموظف إذا كان قد أحيل إلى التحقيق أو أوقف عن العمل أو اتخذت ضده أية إجراءات تأديبية أخرى – فإذا انتهت هذه الاجراءات إلى عدم مسؤوليته أو مجازاته بغير عقوبة الفصل جاز قبول استقالته).

---

(١) حكم الدائرة الإدارية التجارية بمحكمة الاستئناف العليا فى الاستئناف المسجل برقمى ٨٥٢، ١٩٨٦/٨٧ (إدارى)، حكم غير منشور.
وراجع فى هذا المعنى :
– حكم الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية فى الدعوى رقم ١٩٨٥/٨٧٠ والصادر بتاريخ ٢٥ /١٩٨٥/١١، حكم غير منشور.

وعلـــى ذلك يمكن القول بأن الاستقالة تتكون من عنصرين هما : تقديم طلب الاستقالة من قبل الموظف، وقبول الاستقالة من قبل الإدارة.

أولاً: تقديم طلب الاستقالة :

وفقاً لنص المادة ٧٤ من نظام الخدمة المدنية (يجب أن تكون الاستقالة مكتوبة وخالية من أى قيد أو شرط).

- أن اشـــتراط الكتابة فى الاستقالة دليل على رغبة الموظف الأكيدة فى ترك الوظيفة، وتمكن الإدارة من الوقوف على رغبة الموظف فى الاستغناء عـــن عملـــه، ومـــن ثم فإن الاستقالة الشفوية لا يعتد بها، فالكتابة لا تعتبر وســـيلة لإثـــبات الاستقالة، وإنما شرط يتعين مراعاته حتى تنتج الاستقالة آثارها القانونية[١].

ولا يشـــترط فى الاستقالة أن تتقيد بصيغة معينة أو بألفاظ معينة، وإنما يمكـــن الاســـتدلال عليها من أية عبارة تدل على رغبة الموظف فى اعتزال الخدمـــة، بشـــرط أن تكون هذه العبارات واضحة لا لبس فيها ولا غموض، وتفيد جدية الموظف فى تقديم استقالته[٢].

- ويجـــب أن يكون طلب الموظف بالاستقالة صادراً عن إرادة صحيحة بمعنى ألا يكون قد لحق بإرادة الموظف عيب من عيوب الارادة[٣]. فإذا ثبت أن الاستقالة قدمت تحت ضغط أو إكراه كانت الاستقالة باطلة[٤].

وفى هذا المعنى ذهبت محكمة القضاء الإدارى فى حكمها الصادر بتاريخ ١٨ ابـــريل سنة ١٩٤٧ إلى أنه (إذا استبان للمحكمة من استعراض الوقائع أن طلب الاستقالة الذى قدم من المدعى لم يصدر منه عن إرادة حرة وإنمـــا

---

(١) دكـــتور/ محمـــد عبدالحمـــيد أبوزيـــد، دوام سير المرافق العامة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٧٥، ص ١٣١.

(٢) حكـــم محكمة القضاء الإدارى فى ١٩٦٣/٣/١٢، فى الدعوى رقم ٤٤٢٢/ ٨ ق، س ١٠، ص ٢٤١.

(٣) دكتور/ أنور أحمد رسلان، وجيز القانون الإدارى، المرجع السابق، ص ٦٥٤.

(٤) راجع فى ذلك :

C.E ., 5 November 1971 , Commune de Billere , R ., p.667.
Victor Silvera et Serge Salon , la Fonction Publique et ses problemes actuels, Paris , 1976 , p.417.

حصل تحت تأثير الإكراه الأدبى الذى وقع عليه من ممانعة الوزارة لـــه فى الاســتمرار فــى عملــه الحر إلى أن يحصل على ترخيص جديد من مجلس الــوزراء أولاً، ومن عدم اتخاذ الاجراءات اللازمة للحصول على هذا القرار ثانياً، ثم تصميمها على هذا المنع مع مخالفة ذلك للقانون مما يجعل رضاءه معدومــاً، كــان قــرار قبــول الاستقالــة والحــال هذه بمثابة الفصل غير المشــروع)[1].

- كمــا يجب أن تكون الاستقالة خالية من أى قيد أو شرط، وعلى ذلك ورد نص المادة ٧٤ من المرسوم الخاص بنظام الخدمة المدنية (فإذا اقترنت الاستقالة بقيد أو علقت على شرط اعتبرت كأن لم تكن، ما لم يتقرر قبولها مــع إجابة الموظف إلى طلبه)، ومعنى ذلك أن الإدارة لها الحق فى أن تقبل استقالة الموظف بشروطها، طالما أنها مشروعة، وإلا اعتبرت كأن لم تكن.

- وعلــى الموظــف أن يســتمر فى أداء عمله إلى أن يبلغ بقرار قبول الاســتقالة أو إلى أن ينقضى الميعاد المحدد لاعتبارها مقبوله (مادة ٧٥ من المرســوم الخــاص بنظام الخدمة المدنية). ذلك أن ترك الموظف لعمله من شأنه الإخلال بسير المرافق العامة بانتظام واطراد. فاذا ترك الموظف خدمته قبل ذلك أو ارتكب خطأ وظيفياً خلال هذه الفترة، كان لجهة الإدارة مساءلته تأديبــياً[2]. وللموظــف الحق فى العدول عن استقالته طالما لم تقبلها جهة الإدارة بعد[3].

ثانياً : قبول الاستقالة :

لا تنتهى خدمة الموظف بمجرد تقديم الاستقالة، وإنما يجب أن تصــدر الإدارة قرارا بقبولهــا، وخشيــة تعنــت الإدارة مــع الموظف والإضرار به عــن طريق عدم البت فيها لمدة طويلة، فقد أوجب المشرع حماية للموظف علــى جهــة الإدارة أن تبت فى طلب الاستقالة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تقديمهــا وإلا اعتــبرت مقــبولة بحكم القانون (مادة ٧٤ من نظام الخدمة المدنية).

---

(١) س ٢، ص ٦٣٩.
وفى ذات المعنى راجع :
- حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٩٥٧/٣/٢٣، س ٢، ص ٧٣٨.
(٢) دكــتور/ عادل الطبطبائى، الوسيط فى قانون الخدمة المدنية الكويتى، المرجع السابق، ص ٦٣٥.
(٣) دكتور/ محمد عبدالمحسن المقاطع والدكتور/ أحمد حمد الفارسى، القانون الإدارى الكويتى، المرجع السابق، ص ٣٠٨.

ويشترط لصحة الاستقالة والقرار الصادر بقبولها، ألا يقوم الموظف بالعدول عن طلب الاستقالة قبل قبولها، ذلك أن عدوله عن الاستقالة قبل قبولها، يمنع الإدارة من قبولها بعد ذلك، حيث أن السبب القانونى – وهو تقديم الاستقالة – الذى سترتكز عليه الإدارة فى قرارها يكون قد زال بعدول الموظف، فلا يكون بمقدور الإدارة أن تصدر قراراً ليس له سبب يبرره[1].

وتملك الإدارة سلطة تقديرية بالتصرف إزاء الاستقالة المقدمة لها من الموظف، فلها أن تقبلها، كما لها أن تؤجل قبولها، على أنه لا يجوز تأجيل قبول الاستقالة لأكثر من ستة أشهر وإلا فانها تعتبر بانقضائها مقبولة (مادة ٧٤ من نظام الخدمة المدنية)، وبذلك أراد المشرع حماية الموظف من إضرار الإدارة به عن طريق تأجيلها المتكرر للبت فى الاستقالة، وهكذا فإذا استوفت الاستقالة شروطها القانونية التى يتطلبها المشرع تعين على جهة الإدارة قبولها باعتبارها حقاً للموظف[2]. ومع ذلك يجوز للإدارة أن ترفض استقالة الموظف إذا ما توافرت لديها من الأسباب الجدية ما يدفعها إلى ذلك، فقد يلجأ الموظف إلى طريق الاستقالة تهرباً من الاجراءات التأديبية التى تتخذ بشأنه بمناسبة أخطاء وظيفية ارتكبها، والتى من شأنها إذا ما تمت إدانته توقيع عقوبة الفصل من الخدمة، ذلك أن عقوبة الفصل من الخدمة ترتب آثاراً قانونية لا توجد فى حالة الاستقالة، منها على سبيل المثال عدم جواز تعيينه قبل مضى ثلاث سنوات على قرار فصله. أما إذا انتهت إجراءات التأديب قبل الموظف دون أن يفصل من الخدمة فيجوز فى هذه الحالة قبول استقالته. وقد ورد نص المادة ٧٤ من نظام الخدمة المدنية على أنه (لا يجوز قبول استقالة الموظف إذا كان قد أحيل إلى التحقيق أو أوقف عن العمل أو أتخذت ضده أية إجراءات تأديبية أخرى، فإذا انتهت هذه الاجراءات إلى عدم مسئوليته أو مجازاته بغير عقوبة الفصل جاز قبول استقالته).

وأخيراً فإذا كانت الاستقالة حقاً للموظف، فإن هذا الحق يقابله واجب يتمثل فى استمرارية سير المرفق العام بانتظام واطراد، ومن ثم يكون

---

(١) راجع :
– حكم محكمة التمييز الصادر بتاريخ ١٩٨٩/٤/١٦ فى الطعن رقم ٢١٣ لسنة ١٩٨٨ (تجارى)، مجلة القضاء والقانون ع ١، س ١٧، ١٩٩٥، ص ٣٠٢.

(٢) راجع :
– حكم محكمة القضاء الإدارى الصادر بتاريخ ١٩٥٧/٦/١٦، س ١١، ص ٥٩٥.

لـــلإدارة الحـــق فـــى تأجيل قبول الاستقالة بما يضمن سير المرفق، وبما لا يجاوز الحد الأقصى للتأجيل والمحدد بنص القانون، ويستحق الموظف راتبه إلى يوم قبـــول استقالته أو انقضـــاء الأجـــل المحـــدد لاعتبارهـــا مقبولـــة بانتهائه[1].

ب- الاستقالة الضمنية :

الاستقالة الضمنية أو الاعتبارية أو الافتراضية أو الحكمية هى افتراض نـــية الموظف فى ترك العمل وذلك نتيجة لانقطاعه عنه مدداً معينة يحددها المشرع.

ولقـــد ورد نـــص المادة ٨١ من المرسوم الخاص بنظام الخدمة المدنية علـــى أنـــه (إذا انقطـــع الموظف عن عمله بغير إذن ولو كان عقب إجازة مرخص له بها يحرم من مرتبه عن مدة انقطاعه مع عدم الإخلال بالمساءلة التأديبـــية، فـــإذا بلغ الانقطاع خمسة عشر يوماً متصلة أو ثلاثين يوماً غير متصلة فى خلال اثنى عشر شهراً اُعتبر مستقيلاً بحكم القانون).

واعتـــبار الموظـــف مســـتقيلاً استقالة مقبولة بحكم القانون دون سلطة لـــلإدارة فى القبول أو الرفض فيه خروج على القواعد العامة فى الاستقالة. ذلـــك أن الأصل أن يترك أمر قبول الاستقالة أو رفضها للإدارة تقدره حسب مقتضـــيات الظـــروف ودواعـــى مصـــلحة العمل. خاصة إذا كانت الاستقالة اعتبارية لم يطلبها الموظف وإنما رتبها المشرع على اتخاذه موقف معين[2]. وأنـــه كان يتعين على المشرع أن يمنـــح الإدارة سلطة تقدير قيمة الأعذار الـــتى يـــتقدم بهـــا الموظف المنقطع عن العمل، ومن ثم قبول الاستقالة أو رفضها.

ومـــن ثـــم عمد مجلس الخدمة المدنية إلى إصدار القرار رقم ٣ لسنـــة ١٩٨١ بشـــأن تفســـير المادة ٨١ من نظام الخدمة المدنية قاضياً فى مادته الأولـــى بـــأن : (يكـــون تطبـــيق أحكام المادة ٨١ من نظام الخدمة المدنية بمراعاة الآتى :

---

(١) دكـــتور/ عبدالفـــتاح حســـن، مبادىء القانون الإدارى الكويتـــى، المرجـــع السابـــق، ص ٣٤٢ ومـــا بعدهـــا، دكتور/ ماجد راغب الحلو، القانون الإدارى الكويتى، المرجع السابق، ص ٢٨٣.

(٢) دكـــتور/ مـــاجد راغـــب الحلـــو، القانون الإدارى الكويتى وقانون الخدمة المدنية، المرجع السابق، ص ٢٨٦.

أ- أن تعبير (أُعتبر الموظف مستقيلاً بحكم القانون) الوارد فى هذه المادة لا يستتبع انتهاء خدمة الموظف تلقائياً وإنما اعتباره مقدماً استقالته بحكم القانون من تاريخ بلوغ انقطاعه عن العمل بغير إذن أحد الحدين اللذين نصت عليهما المادة المذكورة.

ب- أن جهة الإدارة تترخص بسلطة تقديرية فى نظر الاستقالة الاعتبارية فلها أن تقبل هذه الاستقالة ومن ثم تنتهى خدمة الموظف أو أن تعيده لعمله وذلك على ضوء تقديرها لما يقدمه لها من أعذار[1].

ج- عدم استحقاق الموظف لأية مرتبات أو بدلات أو مزايا وظيفية خلال مدة انقطاعه عن العمل.

والمستفاد من سياق نص المادة ٨١ من نظام الخدمة المدنية مفسراً بقرار مجلس الخدمة المدنية رقم ٣ لسنة ١٩٨١ المشار إليه أن بلوغ انقطاع الموظف عن عمله بغير إذن أحد الحدين اللذين نصت عليهما تلك المادة لا يستتبع انتهاء خدمته تلقائياً وبقوة القانون وإنما يعتبر قرينة على الاستقالة، وهذه القرينة مقررة لصالح جهة الإدارة فإن شاءت أعملت حكم هذه المادة فى حقه إذا توافر مناط تطبيقه كما أن لها ألا تعمل أثره فلا تعتبره مستقيلاً اكتفاءً بمساءلته تأديبياً مع حرمانه من راتبه وبدلاته ومزايا الوظيفة خلال مدة انقطاعه عن العمل[2].

ويرى جانب من الفقه تعليقاً على قرار مجلس الخدمة المدنية رقم ٣ لسنة ١٩٨١ أنه على هذا النحو يخرج عن دوره كقرار مفسر، ليكون قراراً معدلاً لاحكام المادة ٨١ من مرسوم الخدمة المدنية، وهو ما لا يملكه، بوصفه أداة أدنى من المرسوم الذى صدر به نظام الخدمة المدنية، وكان من الأفضل لو أن مجلس الخدمة المدنية قد لجأ إلى طلب تعديل المادة ٨١ المشار إليها، بدلاً من تحميلها معان لا تحتملها، وخاصة أن تعديل هذه المادة، لا يحتاج إلى تعديل فى قانون الخدمة المدنية، وإنما يكفى أن يعدل المرسوم الذى نص عليها[3].

---

(١) وفى هذا الاتجاه راجع : حكم محكمة الاستئناف الصادر فى ١٠/٤/١٩٨٤، الطعن رقم ٤٦٠/١٩٨٤ (إدارى).

(٢) حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ١٣٥ لسنة ١٩٨٩ (إداري) بجلسة ١٥/١٠/١٩٨٩.

(٣) راجع فى هذا الرأى :
- دكتور/ عادل الطبطبائى، الوسيط فى قانون الخدمة المدنية، المرجع السابق، ص٦٤٥ .

هـــذا وعلـــى هدى ماسلف بيانه يمكن القول بأن المادة ٨١ من مرسوم الخدمة المدنية قد أوجدت حالتين يعتبر فيهما الموظف مستقيلاً وهما :

١ـ حالة انقطاع الموظف عن عمله مدة ١٥ يوماً متصلة :

يعتـــبر الموظـــف الذى ينقطع عن عمله لمدة ١٥ يوماً متصلة مستقيلاً بحكـــم القانون، ولو كان الانقطاع عقب إجازة مرخص له بها، ما لم يقدم ما يثبت أن انقطاعه كان لعذر مقبول، وفى هـــذه الحالة يجوز للجهـــة الإدارية أن تقـــرر عـــدم حرمانه من راتبه عن مدة الانقطاع إن كان لـــه رصيد من الاجـــازات يســـمح بذلك وإلا وجب حرمانه من راتبه عن هذه المدة. فإذا لم يقـــدم الموظـــف أسباباً تبرر الانقطاع أو قدم هذه الأسباب ورفضت اعتبرت خدمته منتهية .

ويراقـــب القضـــاء الإدارى اســـتخلاص الإدارة لقرينة الاستقالة المشار إلـــيها، ولذلـــك فقـــد حكم بأن (الاستقالة الافتراضية أو الحكمية تفترض أن الموظـــف قد انقطع عن العمل بإرادته وطوع نفسه وليس جبراً عنه.. الأمر الـــذى يستتبـــع عقلاً ومنطقاً عـــدم إعمال أحكـــام الاستقالة الافتراضية فى حقه)[١].

وتطبـــيقاً لذلك قضت محكمة الاستئناف بأنه وفقاً لذلك (المبدأ الأصولى العـــادل الـــذى قرره القضاء الإدارى واستقر عليه من أن الموظف المعتقل ومـــــن فـــى حكمه، ممن حيل بينه وبين مباشرة عمل وظيفته لأمر خارج عن إرادته ولا سبيل لـــه لدفعه، تبقى العلاقة الوظيفية لـــه قائمة فـــى حالة الاعـــتقال أو الاحـــتجاز... ومفـــاد ذلك أنه لأمر خارج عن إرادة المستأنفة ويعتبر قوة قاهرة لا سبيل لدفعها... فإن انقطاع المستأنفة عن عملها طوال المدة التى كانت محتجزة فيها بالعراق لا يصدق عليها وصف الانقطاع بدون إذن كما تعنيه المادة ٨١ من مرسوم نظام الخدمة المدنية)[٢].

كما لا تعمل الاستقالة الضمنية كذلك إذا كان انقطاع الموظف عن عمله لأمر خارج عن إرادته وكانت الإدارة بتصرفاتها هى التى حالت دون قيامـــه

---

(١) حكم المحكمة الكلية فى ١٩٨٣/١١/١٤، الدعوى رقم ١٩٨٣/١ (إدارى)، غير منشور.
"إذا كـــان المانع من مزاولة العمل قوة غالبة لايد للموظف فيها ولا حيله لـــه قبلها، كواقعة الاعتقال مثار النزاع، فإن ذلك لايؤدى إلى اعتباره مستقيلاً".
(٢) حكم محكمة الاستئناف فى ١٩٩٣/١٢/١٦، الطعن ١٩٩٣/٢٢٧ (مدنى)، غير منشور.

بعملـــه[1]. أو إذا اقـــترن الانقطـــاع بتقديم طلب فى اليوم التالى للإحالة إلى القومسيون الطبى بسبب المرض[2].

كمـــا قضـــت دائـــرة التمييز بأنه (حرصاً على المصلحة العامة وحتى لا يـــتوقف سير العمل فى المرفق العام، كانت القرينة القانونية على الاستقالة الضـــمنية غـــير مقـــررة لصالح الموظف وإنما لصالح الجهة الإداريةِ التى يتبعها، فهى رخصة لها، إن شاءت أعملتها فى حقه واعتبرته مستقيلاً، وإن شـــاءت تغاضت عنها وأعادته إلى عمله، ومتى كشفت عن نيتها فى التنازل عن حقها فى إتيان هذه الرخصة. فلا يجوز لها العودة والتمسك بما أسقطت حقها فيه... لأن الساقط لا يعود)[3].

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا فى حكمها الصادر فى ٢١ مارس سنة ١٩٧٠ أن تغيـــب الموظف عن عمله بدون عذر هو مجرد قرينة لمصلحـــةِ الإدارة بقولهـــــا : (أن المشرع قد جاء بقرينة يعد معها الموظف مستقيلاً، وهـــذه القرينة مقررة لمصلحة الجهة الإداريةِ التى يتبعهـــا الموظـــف. فإن شـــاءت أعمـــلـــت القرينة واعتبرته مستقيلاً وإن شاءت تغاضت عنها رغمِ توافـــر شـــروط إعمالهـــا، ولها أن تهمل أثرها فلا تعتبر الموظف مستقيلا وتمضى فى مساءلته تأديبياً لانقطاعه بدون إذن ١٥ يوماً متتالية...)[4].

٢ـ حالة انقطاع الموظف عن العمل لمدة ثلاثين يوماً غير متصلة :

إذا انقطـــع الموظف عن العمل بغيرِ إذن تقبله جهة الإدارة لمدة ثلاثين يوماً غير متصلة خلال اثنى عشر شهراً اعتبر مستقيلاً بقوة القانون.

وهكـــذا فإن مفاد نص المادة الرابعة والبند السادس من المادة الخامسة من القانون رقم ١٩٧٩/١٥ بشأن الخدمة المدنية والقرار رقم ١٩٨١/٣ في شأن تفسير المادة ٨١ من مرسوم نظام الخدمـــة المدنيـــة، يـــدل علـــى أن

---

(١) المحكمة الإدارية العليا فى ١٩٧١/٤/١٧، س ١٦، ص ٢٧٠.
(٢) المحكمة الإدارية العليا فى ١٩٨٣/١٢/٢٧ فى الطعن رقم ٦٣١ لسنـــة ٢٦، وحكمها فى ٨٤/١/٣ فى الطعن رقم ١٥١٧ لسنة ٢٨.
(٣) حكمها فى ١٩٨٦/٥/٢١، فى الطعن رقم ١٩٨٥/٢١٣ (تجارى)، موسوعة مبادئ القضاء الإداري الكتاب الثاني – الجزء السادس، ص ٨٥٩، وحكمها في ١٩٨٧/٦/٢٩ في الطعن رقـم ١٦ لسـنة ١٩٨٧ (إداري)، موسـوعة القضـاء الإداري، الكتاب الثاني – الجزء السادس، ص ٨٧٠.
(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا فى ١٩٧٠/٣/٢١، س ١٥ – العدد الثانى– ص ٢٢٩.

المشـــرع اعتبر انقطاع الموظف عن العمل مدة خمسة عشر يوماً متصلة أو ثلاثيـــن يومـــاً غير متصلة خلال اثنى عشـــر شهراً بغيـــر إذن قرينة على اعتـــباره مقدماً استقالته وترك لجهة الإدارة – وفقاً لما هو محققاً للمصلحة العامـــة وعلى ضوء تقديرها لما يبديه الموظف من أعذار ــ الخيار بين أن تقـــبل هـــذه الاستقالة وتنتهي خدمته أو أن تعيده لعمله، والقرينة القانونية علـــى الاســـتقالة وفقـــاً لنص المادة ٨١ المشار إليها ليست مقررة لصالح الموظـــف وإنما هى لصالح الجهة الإدارية التي يتبعها، فهى رخصة لها إن شاءت إعمالها واعتبرته مستقيلاً من تاريخ انقطاعه عن العمل، وإن شاءت تغاضت عنها وأعادته إلى عمله، فإذا ما تغاضت عن استعمالها وأعادته إلى عمله فلا يجوز لها من بعد التمسك بما أسقطت حقها فيه[1].

ولامـــراء فى أن الإدارة تتمتع فى هذه الحالة أيضاً بسلطة تقديرية، فإذا قبلت الإدارة عذر الموظف أعادته إلى عمله، ولكنه لا يعد مستمراً فى عمله خلال مدة الانقطاع ولا تحسب هذه المدة ضمن مدة خدمته، ولا يستحق أية عـــلاوة دوريـــة إذا مـــا حل موعدها خـــلال الفترة الواقعة بين تاريخ بدء الانقطـــاع وتـــاريخ إعادته لعمله، إنما يعاد لعمله بذات المرتب الذى كان قد بلغـــه عـــند انقطاعه عن عمله، وكذا عدم استحقاقه لأية ترقية حتمية خلال تلك الفترة[2].

٢ـ الإحالة إلى التقاعد :

اســـتحدث المشـــرع سبباً جديداً لانتهاء خدمة الموظف قبل بلوغه السن القانونـــية للـــتقاعد[3]. ولقد جاء استحداث هذا السبب ليتوافق وحكم قانون التأمينات الاجتماعية الذى أجاز أن يتمتـــع الموظـــف بالمعـــاش التقاعـــدى

---

(١) حكم محكمة التمييز في ١٩٩٢/٣/٢٩ في الطعن رقم ٨ لسنة ١٩٩٢ (تجاري)، موسوعة مبادئ القضاء الإداري، الكتاب الثاني – الجزء السادس، ص ٨٨٠.

(٢) راجع فى ذلك :
– محكمـــة الاستئنـــاف العليـــا دائـــرة التمييز، طعـــن رقم ١٩٨٨/٧٤ تجارى، بتاريخ ١٩٨٩/١/١٦، حكـــم غير منشور، وحكمها فى الطعن رقم ١٩٨٨/٩٥ تجارى، بتاريـــخ ١٩٨٩/١/٢٩، مجلة القضاء والقانـــون، ع١، س١٩٩٥/١٧، ص ٨١، والطـــعن رقـــم ١٩٨٩/١٣٥ تجـــارى بتاريـــخ ١٩٨٩/١٠/١٥، مجلـــة القضـــاء والقانون، ع ٢، س ١٩٩٥/١٧، ص ١٢٦.
– الطعن رقم ٩٥ لسنة ٨٨ تجاري بتاريخ ١٩٨٩/١/٢٩، مجلة القضاء والقانون، ع ١، س ١٩٩٥/١٧، ص ٨١.

(٣) دكـــتورة/ بدريـــة جاســـر الصالح، قواعد إنهاء خدمة الموظف العام في القانون الكويتي، الكـــتاب الجامعي، الكويت، ١٩٩٦، ص ٥٧ : (ونقصد بإحالة الموظف إلى التقاعد بقرار مـــن الإدارة، وهـــو من الأسباب الجبرية لإنهاء خدمة الموظف وفقاً للقانون الكويتي، فقد تكون الإدارة غير راغبة فيه، وتود إبعاده عن الوظيفة تحقيقاً للصالح العام).

إذا توافـرت شروط ذلك حتى لو لم يبلغ السن الأقصى القانونى للتقاعد. كما لو كانت خدمة الموظف فى الدولة قد بلغت خمس عشرة سنة مع بلوغه سن الخمسين، أما إذا لم يكن قد بلغ هذا السن، فيشترط لإحالته للتقاعد أن تكون مدة خدمته عشرين سنة على الأقل. كما أن الموظفة المتزوجة يمكنها إحالة نفسها إلى التقاعد متى بلغت خدمتها فى الدولة خمس عشرة سنة.

وقد أجازت المادة ٧٦ من المرسوم الخاص بنظام الخدمة المدنية إحالة الموظف إلى التقاعد بشرط أن يكون مستحقاً لمعاش تقاعدى فيما لو انتهت خدمـته بالاسـتقالة وقت هذه الإحالة، وتكون الاحالة إلى التقاعد بقرار من الوزير فيما عدا شاغلى مجموعة الوظائف القيادية فتكون بقرار من مجلس الخدمة المدنية بناءً على اقتراح الوزير.

ويـرى البعض أن قرار إحالة الموظف للتقاعد وفقاً للمادة ٧٦ من نظام الخدمـة المدنـية لا يعـدو أن يكون فى جوهره قراراً بالفصل بغير الطريق التأديبى[١].

ويرى جانب آخر من الفقه أن قرار الإحالة إلى التقاعد كسبب من أسباب إنهاء الخدمة ليست إلا شكلاً من أشكال العقوبة التأديبية للموظف، خصوصاً إذا مـا تمـت رغـم إرادته وعلى غير مشتهاه. فالاحالة للتقاعد، هى فصل للموظف مع احتفاظه بمعاشه التقاعدى، وهى تتم بالنسبة للموظف رغم أنه لم يبلغ سن التقاعد، ولا يتخلص هذا النوع من أنواع إنهاء خدمة الموظف من هذه الشبهة – شبهة العقوبة – إلا إذا تم بناء على طلب الموظف[٢].

وعلـى العكس من ذلك يرى رأى ثالث فى الفقه[٣] أن مفهوم المادة ٧٦ من نظام الخدمة المدنية يمكن أن يفسر بأن المشرع أراد حماية الموظف من الآثار المترتبة على استقالته، والتى تتمثل فى خفض مرتبه التقاعدى بنسب معيـنة فيما لو عمد إلى تقديم استقالته فى وقت مبكر، مع أنه يمكن للدولة الاستفادة من نشاطه وحيويته، فأجاز بدلا من قبـول استقالته إحالتـه إلى

---

(١) دكتور/ ماجد راغب الحلو، القانون الإدارى الكويتى وقانون الخدمة المدنية الجديد، المرجع السابق، ص ٢٨٨.

(٢) دكتور/ محمد عبدالمحسن المقاطع والدكتور/ أحمد حمد الفارسي، القانون الإدارى الكويتى المرجع السابق، ص ٣١٢.

(٣) دكـتور/ عادل الطبطبائى، الوسيط فى قانون الخدمة المدنية الكويتى، المرجع السابق، ص ٦٦٠ ومابعدها.

الـتقاعد تقديـراً من الإدارة لجهوده فى خدمتها، ولكن يشترط لإعمال هذا الحكم أن يكون الموظف مستحقاً لمعاش تقاعدى، وبذلك تتحقق الحكمة التى قصـدها المشرع من اشتراط استحقاق الموظف للمعاش التقاعدى فى وقت تقديمه الاستقالة[1].

بيد أن العمل جرى فى الجهات الحكومية المختلفة علىعدم تقيدها بشرط وجـود الاسـتقالة، وإنما تترخص هذه الجهات بتطبيق المادة ٧٦ من نظام الخدمـة المدنية كرخصة قررها المشرع لها، وإن كان ذلك لا يعنى فى نظر أصحاب هذا الرأى أن هذه الرخصة هى جزاء تأديبى مقنع.

وفى هذا المعنى ذهبت محكمة الاستئناف العليا فى حكمها الصادر بتاريخ ٣١ أغسطس ١٩٨٩ إلى (أن إحالة الموظف إلى التقاعد كسبب من أسباب انـتهاء خدمتـه لم يقيدها القانون إلا بشرط واحد هـو أن يكون الموظف مسـتحقاً لمعاش تقاعدى فيما لو انتهت خدمته بالاستقالة وقت هذه الإحالة. مما مفاده أن جهة الإدارة تتمتع فى مجال تقدير إحالة الموظف إلى التقاعد بسـلطة تقديـرية واسعة لا يحدها سوى الصالح العام، مردها أصل طبيعى ثابت هو وجوب هيمنة الإدارة على تسيير المرافق العامة على وجه يحقق الصـالح العـام وحريـتها فـى اختيار من ترى صلاحيته لهذا الغرض، والاسـتغناء عمن تراه غير صالح لذلك. ولا يقوم نظام الإحالة إلى التقاعد على فكرة التأديب أو الجزاء، ومن ثم لا يلزم أن يسبقها تحقيق أو أن يواجه الموظف بمخالفات أو وقائع معينة ومحددة منسوبة إليه، وإنما يكفى فيها أن تكـون ثمة أسباب لدى جهة الإدارة دعتها إلى تقريرها سواء أفصحت عنها أم لـم تفصح ما دام أنه لم يثبت أنها قد انحرفت بها إلى غير الصالح العام. ومن المقرر أن السبب فى القرار الإدارى هو حالة واقعية أو قانونية تحمل الإدارة علـى الـتدخل بقصد إحداث أثر قانونى هو محل القرار ابتغاء وجه الصـالح العام الذى هو غاية القرار. والأصل أن يحمل القرار على الصحة، كما يفترض فيه ابتداءً قيامه على سبب صحيح، وذلك كله حتى يقوم الدليل علـى عكسـه، ولا تلزم الإدارة بتسبيب قرارها إلا إذا نص القانون صراحة على وجوب التسبيب. هذا إلا أن المشرع تقديراً منه لأهمية موضوع إحالة الموظفيـن إلـى الـتقاعد وما تتمتع به الإدارة فى شأنه من سلطة تقديرية واسـعة، فقـد ناطهـا إلـى الوزيـر المختص أيا كانت درجة الموظف أو المجموعـة الوظيفـية التى يشغلها، إلا أن يكون شاغلاً لمجموعة الوظائف القيادية، فتكون الإحالة إلى التقاعد بقرار مـن مجلس الخدمـة المدنية بناءً

---

(١) دكـتور/ عادل الطبطبائى، الوسيط فى قانون الخدمة المدنية الكويتى، المرجع السابق، ص ٦٦١.

على اقتراح الوزير. لما كان ذلك وكان قرار وزير الدولة لشئون البلدية رقم ١٩٨٧/٧٠ - المطعـون فيه - قد صدر من مختص بإحالة المستأنف إلى الـتقاعد دون إشـارة إلـى أية أسباب، سوى ما أشار إليه فى ديباجته من الاطـلاع على ما عرضه مدير البلدية العام، فإنه فى ضوء القواعد القانونية المـتقدمة يتعيـن حمل هذا القرار على الصحة وافتراض قيامه على سبب صحيح يبرره، ولا وجه لالزام جهة الإدارة بالإفصاح عن هذا السبب، مادام المشـرع لـم يلزمها بتسبيب قرارها، كما لا وجه لافتراض أنه قام على ما نسـب من قبل للمستأنف من اتهام بتقاضى رشاوى أو عمولات، أو ماورد بمذكـرة المديـر المسـاعد للشـئون الصحية من كثرة المشاكل بينه وبين مرؤوسيه، كى يتسنى لهذه المحكمة مراقبة صحة تلك الأسباب، ذلك أن كافة المكاتـبات والتأشيرات التى أشار إليها المستأنف فى هذا الشأن والمنسوبة إلـى رؤسائه المباشرين والمدير المساعد للشئون الصحية والمدير المساعد للشئون المالية والإدارية، هى عبارة عن مكاتبات داخلية تداولت بينهم، وهم أصلاً غير مختصين بالنظر فى أمر إحالة المستأنف إلى التقاعد، ولا يملكون سلطة تقديرها، ومن ثم فلا يجدى الاحتجاج بها فى هذا المقام)[١].

وهكذا فإن القضاء الإدارى يراقب قرارات الإحالة إلى التقاعد بالرغم من تمتع الإدارة فى شأنها بحرية تقدير واسعة، وإن كان ما يؤخذ على ما ورد بحيثيات الحكم السابق أنه أغفل وجود شرط انتهاء خدمة الموظف إلى جانب شـرط اسـتحقاقه لمعاش تقاعدى لإعمال حكم المادة ٧٦ من نظام الخدمة المدنـية، كما أن الحكم قد ألقى عبء الاثبات كلياً على عاتق الموظف، بأن كلفه باثبات العكس[٢]، وهو أمر يتعارض مع الاتجاهات الحديثة فى القضاء الإدارى. ذلـك أن قرينـة صحة التصرفات الإدارية قرينة بسيطة مرنة تقبل إثـبات العكـس، ويكفى أن يقدم الموظف من الدلائل والقرائن ما يشكك فى صـحة القـرار لزحزحة قرينة الصحة ونقل عبء الإثبات إلى عاتق الإدارة التى تلتزم عندئذ باثبات شرعية القرار، فإذا تقاعست عن ذلك أو تعذر عليها

---

(١) انظر :
- حكـم محكمـة الاسـتئناف العلـيا الصادر بتاريخ ١٩٨٩/١/٣١ فى القضية رقم ١٩٨٨/١٢٤٣ / إدارى.
- حكمها الصادر بتاريخ ١٩٩٢/٣/٣١ فى القضية رقم ٩١/١١ / مدنى/ إدارى.
- حكمهـا بـتاريخ ١٩٩٣/٤/١٩ في القضية رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٢، موسوعة مبادئ القضاء الإداري، الكتاب الثاني - الجزء السادس، ص ٨٢٤.

(٢) انظر :
- حكـم الدائرة الإدارية الصادر بتاريخ ١٩٨٨/١١/٩ فىالقضية رقم ١٩٨٨/٨٨ ادارى، حكم غير منشور.

تقديم الاثبات الكافى تحملت مخاطر عدم كفاية الإثبات فى الدعوى طبقاً للقاعدة العامة فى عبء الإثبات وزالت القرينة نهائياً عن القرار[1]. وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا بقولها (الاصل أن عبء الإثبات يقع على عاتق المدعى، إلا أن الأخذ بهذا الأصل على إطلاقه فى المنازعات الإدارية لا يستقيم مع واقع الحال بالنظر لاحتفاظ الإدارة فى غالب الأمر بالوثائق والملفات ذات الأثر الحاسم فى المنازعات الإدارية، فاذا تقاعست الحكومة عن تقديم الأوراق المتعلقة بموضوع النزاع فإن ذلك يقيم قرينة لصالح المدعى تلقى عبء الاثبات على عاتق الحكومة)[2].

وقد أدرك القضاء الكويتى خطورة إطلاق يد الإدارة فى الإحالة إلى التقاعد وفقاً للمادة ٧٦ من نظام الخدمة المدنية. وفى هذا المعنى ذهبت محكمة الاستئناف العليا إلى القول (الأصل أن يحمل القرار على الصحة كما يفترض فيه إبتداء قيامه على سبب صحيح وذلك كله حتى يقوم الدليل على عكسه ولا تلزم الإدارة بتسبيب قرارها إلا إذا نص القانون صراحة على وجوب التسبيب فعندئذ يصبح التسبيب شرطاً شكلياً يبطل تخلفه القرار. وقرينة السلامة التى يتمتع بها القرار الإدارى وافتراض قيامه على سبب صحيح هى قرينة قابلة لاثبات العكس بمعنى أن تبقى قائمة ما لم يستطع من يدعى عدم مشروعية القرار زحزحة هذه القرينة بما يقدمه من أدلة أو

---

(١) راجع فى ذلك :

Waline , Droit administrative .1963 . p 478.

- دكتور/ السيد ابراهيم، رقابة القضاء على الوقائع فى دعاوى الإلغاء، رسالة ١٩٦٣، الاسكندرية، ص ١١٢ و ٤٠٤ ومابعدها
- دكتور/ سليمان الطماوى، القرارات الإدارية، المرجع السابق، ص ٦١٢.
- دكتور / عبدالفتاح عبدالحليم عبد البر، الضمانات التأديبية فى الوظيفة العامة – دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٧٩، ص ٣٤٠.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر فى ١٩٧٣/١٢/٣٠، القضية رقم ١٤٩٠ لسنة ١٤ ق، س ١٩، ص ٨١.

وفى هذا المعنى راجع :

- حكم محكمة القضاء الإدارى الصادر فى ١٩٤٩/٦/٧، س ٣، ص ٩٣٠، وحكمها فى ١٩٥٢/٤/٢٨، س ٦، ص ٨٨٠، وحكمها فى ١٩٥٧/٥/٨، س ١١، ص ٤٢٨، وحكمها فى ١٩٥٩/٤/١٥، س ١٣، ص ١٩١، وحكمها فى ١٩٦١/٢/٢٦، س ١٥، ص ١٥٥، وحكمها فى ١٩٦٧/١٢/٢٦، س ٢٢، ص ٢٣٤.
- حكم المحكمة الإدارية العليا فى ١٩٥٦/٣/١٧، س ١، ص ٥٥٥، وحكمها فى ١٩٥٧/١٢/١٩، س ٣، ص ٣٦٠، وحكمها فى ١٩٥٨/٧/١٢، س ٣، ص ١٧٢٩، وحكمها فى ١٩٥٩/٢/٢٨، س ٤، ص ٨٨٣، وحكمها فى ١٩٦٥/٥/٢٢ س١٠، ص ١٤٢١، وحكمها فى ١٩٦٨/١١/٢٣، س ١٤، ص ٢٩.

قرائن وإن لم تكن حاسمة فى إثبات عدم المشروعية، فهى على الأقل كافية لأن تستبين منها المحكمة - بما لها من سلطة واسعة فى تقدير الدليل - رجحان عدم مشروعية الأسباب التى بنى عليها القرار أو انعدامها بما يزعزع ثقتها فى قرينة السلامة المفترضة فى القرار وعندئذ يكون للمحكمة - إن رأت وجها لذلك - أن تطلب من جهة الإدارة بيان المبررات التى بنى عليها القرار المطعون فيه وينتقل بذلك عبء الاثبات من عاتق المدعى إلى عاتق الإدارة فإن امتنعت جهة الإدارة عن الاستجابة إلى طلب المحكمة فى بيان مبررات إصدار قرارها ووجه المصلحة العامة الذى تغيته، والتزمت الصمت أو المراوغة إزاء نقص القرائن التى قدمها المدعى للتدليل على أن القرار لا يمت إلى المصلحة العامة أو أنه مبنى على أسباب غير صحيحة أو لا سبب له فإن للمحكمة عندئذ سلطة كاملة فى تفسير موقف الإدارة وتقدير امتناعها وعزوفها عن تقديم البيانات المطلوبة ولها أن تعقب على القرار المطعون فيه بما تستنتجه من أوراق الدعوى وكافة ظروفها وملابساتها وصولاً لما إذا كان القرار قد بنى على أسباب صحيحة تبرره ويتحقق بها الصالح العام من عدمه، دون أن يكون لجهة الإدارة فى هذا الحالة القول بأنها غير ملزمة بتسبيب القرار لأن فى هذا القول غل ليد القضاء الإدارى عن بسط رقابته على القرارات الإدارية احتماء بفكرة أن المشرع لم يلزمه بتسبيب القرار. كذلك فلا غنى فى قول الإدارة أن سبب قرارها هو المصلحة العامة لأن الصالح العام ليس في ذاته سبب القرار الإدارى وإنما هو الغاية من إصداره والسبب والغاية كلاهما لازم لانعقاد القرار الإدارى وسلامته. ثم إن فكرة الصالح العام وهى فكرة فضفاضة لابد وأن تتجسد أمام رجل الإدارة وفى مبررات محددة وهو يتجه إلى اتخاذ قرار إدارى معين حتى ولو كان قراراً تقديرياً)[1].

وفي تقرير مسئولية الإدارة عن قرارها الخاطئ بإحالة الموظف للتقاعد، ذهبت محكمة التمييز إلى أن انتفاء علاقة السببية بين قرار الإدارة الخاطئ بإحالة الموظف للتقاعد وبين الضرر الذي لحق به من جراء تخطيه في الترقية لا يكون من شأنه انعقاد مسئولية الإدارة[2].

---

(١) حكم محكمة الاستئناف العليا، قضية رقم ٩١/١٣ مدنى / إدارى، بتاريخ ١٩٩٢/٢/١٣، حكم غير منشور، وقد أيدت محكمة التمييز المحكمة فيما ذهبت إليه.

(٢) يراجع حكم محكمة التمييز بتاريخ ١٩٩٦/١/٢٩ في الطعن رقم ٦٦ لسنة ١٩٩٥ (تجاري)، موسوعة مبادئ القضاء الإداري، الكتاب الثاني - الجزء السادس، ص ٨٣٦.

٣ـ الفصل بقرار تأديبي :

تنتهي خدمة الموظف أيضاً إذا تم فصله بقرار تأديبي. ويعتبر هذا الجزاء بطبيعته من أشد العقوبات التي يجوز توقيعها على الموظف لأنه يؤدي إلى إنهاء حياته الوظيفية، فبصدور قرار الفصل تزول ولاية الوظيفة عن الموظف بصفة نهائية، ومن هنا لا يلجأ إليه إلا عند الضرورة وفي حالة ما إذا كانت المخالفة على قدر كبير من الخطورة[١].

ووفقاً للمادة ٧٩ من نظام الخدمة المدنية (إذا عوقب الموظف بالفصل من الخدمة وكان موقوفاً عن عمله انتهت خدمته من تاريخ وقفه، وفي هذه الحالة لا يجوز أن يسترد من الموظف المفصول ما سبق أن صرف له خلال مدة الوقف).

ووفقاً للمادة ٨٣ من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ بشأن نظام العاملين المدنيين في مصر (للسلطة المختصة أن توقف العامل عن عمله احتياطياً... فإن جوزي بجزاء الفصل انتهت خدمته من تاريخ وقفه، ولا يجوز أن يسترد منه في هذه الحالة ما سبق أن صرف له من أجره).

ويخضع قرار الفصل من الخدمة بقرار تأديبي للضوابط التي قررها القضاء بشأن التأديب عموماً.

فإذا كانت الإدارة تتمتع بحرية تقدير العقوبة التأديبية الملائمة في ضوء مدى جسامة الذنب أو المخالفة التأديبية، إلا أن هذه الحرية ليست مطلقة، إذ يتعين عليها أن تقدر الجزاء على أساس التدرج تبعاً لمدى خطورة الذنب الإداري وما يناسبه من جزاء دون غلو. وقضاء المحكمة الإدارية العليا مستقر على ذلك، ففي حكمها الصادر في ١١ نوفمبر سنة ١٩٦١ ذهبت إلى (أنه ولئن كان للسلطة التأديبية، سلطة تقدير خطورة الذنب الإداري وما يناسبه من جزاء بغير معقب عليها في ذلك، إلا أن مناط مشروعية هذه السلطة شأنها شأن أية سلطة تقديرية أخرى ألا يشوب إستعمالها غلو. ومن صور هذا الغلو عدم الملاءمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الإداري وبين نوع الجزاء ومقداره، ففي هذه الصورة تتعارض نتائج عدم الملاءمة الظاهرة مع الهدف الذي تغياه القانون من التأديب. والهدف الذي توخاه

---

(١) راجع :
- دكتورة/ عزيزة الشريف، مساءلة الموظف العام في الكويت، المسئولية المدنية والجنائية والإدارية، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٧، ص ٣٦٧.

القانون من التأديب هو بوجه عـام تأمين انتظام المرافق العامة، ولا يتأتى هذا التأمين إذا انطوى الجزاء على مفارقة صارخة، فركوب متن الشطط فى القسـوة يـؤدى إلى إحجام عمال المرافق العامة عن حمل المسئولية خشية الـتعرض لهـذه القسوة المفرطة فى الشدة، والافراط المسرف فى الشفقة يؤدى إلى استهانتهم بأداء واجباتهم طمعاً فى هذه الشفقة المغدقة فى اللين. فكـل مـن طـرفى النقـيض لا يؤمن انتظام سير المرافق العامة. وبالتالى يتعارض مع الهدف الذى رمى إليه القانون من التأديب. وعلى هذا الأساس يعتـبر اسـتعمال سـلطة تقدير الجـزاء فـى هـذه الصورة مشوباً بالغلو فـيخرج التقدير من نطاق المشروعية إلى نطاق عدم المشروعية، ومن ثم يخضع لرقابة هذه المحكمة. وميعار عدم المشروعية فى هذه الصورة ليس معـياراً شخصـياً وإنما هو معيار موضوعى قوامه أن درجة خطورة الذنب الإدارى لا تتناسب البتة مع نوع الجزاء ومقـداره. وغنـى عـن البيان أن تعييـن الحـد الفاصـل بين نطاق المشروعية ونطاق عدم المشروعية فى الصورة المذكورة مما يخضع أيضاً لرقابة هذه المحكمة)[1].

وقـد أكـد القضاء الكويتى على حقه فى رقابة ملاءمة العقوبة التأديبية للمخالفـة، وفى ذلك المعنى ذهبت محكمة الاستئناف العليا إلى أنه (إذا كان للسـلطة التأديبية سلطة تقدير خطورة الخطأ الإدارى وما يناسبه من جزاء بغـير معقـب علـيها فى ذلك. فإن مناط مشروعية هذه السلطة ألا يشوب اسـتعمالها غلو، ومن صور الغلو عدم الملاءمة الظاهرة بين درجة خطورة المخالفـة وبين نوع الجزاء ومقداره ففى هـذه الحالة يخرج التقدير عـن نطاق المشروعية إلى نطاق عـدم المشروعية فيخضع بهذه المناسبة لرقابة المحكمة والأصل فى ذلك كله أن عدم التناسب بين الجزاء الموقع والمخالفة المرتكـبة يشـكل فـى الواقع مخالفة للقانون فى روحه ومرماه باعتبار أن الأصل فى الجزاء أن يكون ملائماً وأن هذا هو ما تقتضيه بالضرورة طبيعة الوظـيفة وضـمان حسـن انـتظام العمل وطبائع الأمور أيضاً كما تقتضيه بالضـرورة تباين نوع المخالفات ومداها بحسب الأحوال التى تقع فيها وفى الظـروف الملابسة لها مما يوجب عدلاً ومصلحة أن يجىء الجزاء متناسباً مـع درجـة الخطأ فيتفاوت تبعاً لـه وفى حدوده مع تقدير سائر الظروف والاعتـبارات فقد تعددت الجزاءات التأديبية فى القانون وتدرجت فيه تباعاً على قدر جسامتها تختار سلطة التأديب من بينها ما يتناسب مـع المخالفات

---

(١) راجع :
- حكـم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٥٦٣ لسنة ٧ ق، جلسة ١٩٦١/١١/١١، س٧، ص ٣٧.

المعروضـــة علـــيها تبعاً لما تستخلصه من ظروفها وظروف الموظف أيضاً ومع اعتبار الصالح العام بالدرجة الأولى)[1].

ويجـــب ألا تلجأ الإدارة إلى قرار الفصل من الخدمة بقرار تأديبى إلا إذا كانت المخالفة خطيرة أو كانت حالة الموظف ميؤوساً منها. وفى هذا المعنى ذهبـــت المحكمة الإدارية العليا إلى أن (جزاء الفصل من الخدمة لا يلجأ إليه إلا إذا كانـــت المخالفـــة خطـــيرة أو كانـــت حالة المخالف لا ينتظر تحسنها (ميؤوس منها) فيتعين عندئذ الفصل ويكون جزاءً وفاقاً حتى يخلص المرفق من هذا النوع من العاملين ويحل محله من هو أكثر منه فائدة)[2].

ووفقاً للمادة الأولى/ فقرة ٦ من نظام الخدمة المدنية فإنه يشترط فيمن يعيـــن فى إحدى الوظائف ألا يكون قد سبق فصله من الخدمة بقرار تأديبى نهـــائى ما لم تمض على صدوره ثلاث سنوات على الأقل. وهو يقابل المادة ٢٠ من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ بنظام العامليـــن المدنيين فـــي مصر التى جعلت رد الاعتبار أربع سنوات.

٤ـ الحكم بعقوبة مقيدة للحرية فى جناية أو فى جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة :

ورد نص المادة ٧١/ فقرة ٤ من مرسوم الخدمة المدنية على أنه تنتهى خدمة الموظف إذا حكم عليه (بعقوبة مقيدة للحرية فى جناية أو فى جريمة مخلـــة بالشرف أو الأمانة، ويجوز للوزير استبقاء الموظف فى حالة الحكم بوقف تنفيذ العقوبة).

ويتضح من ذلك أن هـــناك نوعين من الأحكام الجنائية التى تؤدى إلى إنهاء الرابطة الوظيفية :

١- الحكـــم بعقوبة مقيدة للحرية فى جناية، أى أن يكون الحكم الصادر بالحـــبس لمـــدة أكـــثر من ثلاث سنوات، وبشرط أن يكون وصف الجريمة جناية، أما إذا كان مجـــرد الغرامة ولو فى جريمـــة جنايـــة فلا يـــؤدى إلى

---

(١) محكمـــة الاســـتئناف العليا فى القضية رقم ١٩٧٢/٢٤٩ بجلسة ١٩٧٤/٦/٢٤، حكم غير منشور.
وراجع في ذات الإتجاه :
- حكـــم محكمـــة الاســـتئناف العليا، دائرة التمييز في الطعن رقم٧٦ لسنة ١٩٨٦ تجاري بجلســـة ١٩٨٦/١٢/٣١، موســـوعة مـــبادئ القضـــاء الإداري، الكتاب الثاني – الجزء السادس، ص ٦٥١.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر فى الطعن رقم ١٤٤ لسنة ١٠ ق، جلسة ١٩٦٥/٥/٢٢.
وفي ذات المعنى راجع :
- حكمها في الطعن رقم ٥١٣ لسنة ٢١ ق، جلسة ١٩٧٦/٤/١٧، س ٢١، ص ١٤٢.

انـــتهاء خدمـــة الموظف، وكذلك الحال إذا كان وصف الجريمة جنحه، ولو كانت العقوبة مقيدة للحرية[1].

٢- الحكم فى جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة، وفى هذه الحالة لا فرق بيـــن نـــوع العقوبـــة الموقعه على المتهم، سواء كانت غرامة أو الحبس، وســـواء كـــان وصـــف الجريمة جنحة أو جناية وإنما العبرة دائماً بتكييف الجريمة فيما إذا كانت مخلة بالشرف أو الأمانه أم لا[2].

ولئـــن كـــان المشـــرع الكويـــتى لم يضع تعريفاً محدداً للجرائم المخلة بالشرف والأمانه إلا أن المستقر عليه فقهاً وقضاءً تعريف هذه الجرائم بأنها تلك التى يكون الجرم فيها من الأفعال التى من شأنها أن تفقد مرتكبها الثقة أو الاعتـــبار والكرامة وفقاً للمتعارف عليه فى مجتمعه من قيم وآداب، مع الأخـــذ بعين الاعتبار ظروف كل حالة على حدة سواء من حيث الباعث على ارتكـــاب الجـــريمة أو مركـــز مرتكبها ووضعه الاجتماعى إلى غير ذلك من الملابسات التى تحيط بارتكابها وهو ما يتضح منه تعذر وضع تصنيف لهذا الـــنوع مـــن الجرائم وأنه يتعين عرض كل واقعة على حده للنظر فى مدى اعتبارها مخلة بالشرف أو الأمانه[3].

وقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا فى تعريف الجرائم المخلة بالشرف أو الأمانة (بأنها هى تلك التى ترجع إلى ضعف فى الخلق، وانحراف فى الطبع، مـــع الأخـــذ فـــى الاعتـــبار طبيعة الوظيفة، ونوع العمل الذى يؤديه العامل المحكـــوم علـــيه، ونـــوع الجـــريمة، والظروف التى ارتكبت فيها، والأفعال المكونة لها، ومدى كشفها عن التأثر بالشهوات والنزوات أو سوء السيرة، والحد الذي ينعكس إليه أثرها على العمل وغير ذلك من الاعتبارات)[4].

ويشترط فى الحكم الذى يؤدى إلى انهاء الخدمة، أن يكون نهائياً ويعتبر الحكم نهائياً إما بانقضاء المدد القانونية للطعن فى الأحكام دون أن يستعمل

---

(١) دكـــتور/ عادل الطبطائى، الوسيط فى قانون الخدمة المدنية الكويتى، المرجع السابق، ص ٦٧٠.

(٢) الدكتور/ عادل الطبطبائي، المرجع السابق، ص ٦٧٠.

(٣) ف ٢/ ٣١٩١ فى ١٩٧٩/١/٢٣ المجموعة الخامسة.
راجع فى هذا أيضاً :
- فـــتوى رقم ٢ / ٢٦٩٠ (ب) بتاريخ ١٩٧٧/٦/٢١، فقرة (٢) وفقرة (٣)، فتوى رقم ف.ت/٢/١٥١١ بـــتاريـــخ ١٩٧٢/٤/٣٠، فتـــوى رقـــم ف.ت / ٢/١٠٧٤ بتاريـــخ ١٢/١٠/١٩٦٩ فقرة (٢).

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر فى ١٩٧٢/١/٢٢ مجموعة المبادىء ص٩٠٢.

هذا الحق صاحب الشأن، أو باستنفاذه للطرق القانونية فى الطعن بصيرورته نهائياً بصدروه من محكمة الاستئناف، أو لأن الحكم فى ذاته غير قابل للطعن فيه استئنافياً بحكم القانون. أما الطعن بالحكم أمام دائرة التمييز، فالأصل فيه أنه لا يعطل حكم محكمة الاستئناف ولا يوقف تنفيذه.

وفصل الموظف نتيجة للحكم عليه بعقوبة جناية أو فى جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة يتم بقوة القانون بمجرد صدور الحكم الجنائى النهائى، دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك. فإذا ما صدر قرار يتضمن إنهاء خدمة الموظف فلا يتعدى كونه قراراً كاشفاً لا ينشىء بذاته مركزاً قانونياً مستحدثاً للموظف، بل لا يعدو أن يكون إجراءً تنفيذياً لمقتضى الحكم الجنائى الذى رتب عليه القانون إنهاء الخدمة حتما باعتباره إعلاناً للأثر التبعى الذى ترتب من قبل بحكم القانون والذى لا معدى عن إعماله دون ترخيص من جهة الإدارة فى هذا الشأن[1].

ولكن ما هو الحال عندما يصدر الحكم بايقاف التنفيذ؟.

لقد ذهبت فتاوى ديوان الموظفين إلى (أن المشرع الكويتى فى المادة ٨٣ من قانون الجزاء قد استخدم عبارة وقف تنفيذ الحكم وليس وقف تنفيذ العقوبة وإن وقف تنفيذ الحكم يشمل العقوبات الأصلية والتبعية. أما وقف تنفيذ العقوبة فقد ينصرف إلى العقوبات الأصلية فقط دون غيرها، وهذا يؤكد أن المقصود من وقف تنفيذ الحكم الجنائى هو وقف تنفيذ العقوبة الأصلية والتبعية أيضاً، بل وقف كافة الآثار المترتبة على صدور الحكم سواء ورد النص فى قانون الجزاء أم فى غيره من التشريعات. وهذا التفسير يتفق - حسب وجهة النظر هذه - مع الحكمة التى أرادها المشرع من وراء إقرار نظام وقف تنفيذ الحكم، وهى إتاحة الفرصة للمتهم فى الحياة الشريفة البعيدة عن الاجرام، إذا ما رأى القاضى من أخلاقه أو ماضيه ما يبعث على

---

(١) راجع فى ذلك :
- حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر فى ١٩٥٩/٦/٢٧ ،س ٤، ص ١٦١٣، وحكمها بتاريخ ١٩٦٢/١٢/٢٩، س ٨، ص ٢٥٣.
- دكتور/ سليمان الطماوى، قضاء التأديب، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٦، ص ٢٤١ ، ٢٤٢.
- دكتور/ عادل الطبطبائى، الوسيط فى قانون الخدمة المدنية، المرجع السابق، ص ٦٧١.
- المستشار/ عبدالوهاب البندارى، القانون التأديبى مقارنا بالقانون الجنائى، ٧٠-١٩٧١، ص ١٢٩-١٣١.
- دكتورة/ عزيزة الشريف، مساءلة الموظف العام فى الكويت، المسئولية المدنية والجنائية والإدارية، المرجع السابق، ص ١٤٠.

الاعتقاد أن ارتكابه للجريمة كان بصفة عارضة وأنه لن يعود للإجرام ثانية، وفـــى وقف الآثار الجنائية دون الإدارية إغفال لهذه الاعتبارات والتى لولاها لمـــا صـــدر الحكم بوقف التنفيذ فى جريمة من الجرائم المنهيـــة للخدمة لا يرتب آثاره فوراً وإنما يوقف ترتيب هذه الآثار ومنها انتهاء الخدمة إلى ما بعد انتهاء المدة المحددة، مما يوجب تمكين المتهم من عمله بتسليمه إيـــاه فـــور صـــدور الحكم، فاذ انتهت المهلة دون أن يصدر حكم بإلغاء وقـــف التنفيـــذ أعتبر الحكم كأن لم يكن أصلاً، ولا يرتب أية آثار على خدمته)[1].

ورأى ديـــوان الموظفين هو ما عبرت عنه المحكمة الإدارية العليا حين ذهبـــت إلـــى التمييز بين نوعين من وقف التنفيذ، هما وقف التنفيذ الشامل لجمـــيع الآثار التى ترتب على الحكم، ووقف تنفيذ العقوبة فقط. ففى الحالة الأولـــى تقتضى حجية الحكم الجنائى وقف الفصل كأثر للحكم الجنائى، بحيث لا يكون الأمر محلاً لتقدير الإدارة، فالحكم الجنائى إذا ما صدر موقوف الآثار الجنائـــية وقفاً شاملاً لها، فإن من شأن هذا الايقاف أن يمتد أثره إلى جميع العقوبات التبعية وغيرها من الآثار الجنائية التى تترتب على الحكم المذكور، سواء ورد النص عليها في قانون العقوبات أو فى غيره من القوانين، إذ أن طبيعـــتها جميعاً واحدة، لأنها كلها من آثار الحكم الجنائى، والقول بغير ذلك يتضـــمن مجافاة لطبائع الأمور وإهداراً لحجية الحكم، تلك الحجية التى يجب احـــترامها فـــى جميع المجالات، سواء فى ذلك المجال الجنائى أو غيره من المجالات الأخرى ومنها الإدارى[2].

ويـــرى الأســـتاذ الدكـــتور/ عادل الطبطبائى أن الأصل هو انتهاء خدمة الموظـــف بمجـــرد صدور حكم جنائى نهائى عليه فى إحدى الجرائم المنهية للخدمـــة، ولكن المشرع مع ذلك يستثنى من هذا الأصل حالة الحكم مقروناً بوقـــف التنفـــيذ، فيـــترك للوزير سلطة تقديرية فى إبقاء الموظف محتفظاً بوظيفته، أو إعمال أثر الحكم الجنائى بقطع الرابطة الوظيفية معه[3].

وينتقد موقف المشرع الكويتى فى هذا الصدد بقوله (ومع ذلك نعتقد أن هذا الحكم الذى جاء به المشرع الكويتى محـــل نظر، لأن الحكـــم الجنائـــى

---

(١) انظر مجموعة الفتوى بتاريخ ٢٩ يوليو ١٩٧٤، مجموعة الديوان، ص ١٦٦ – د/٣٧ – ٤/٥٢٦ بتاريخ ١١ فبراير ١٩٧٥، مجموعة الديوان، ص ١٦٦-١٦٧.

(٢) المحكمـــة الإداريـــة العليـــا بتاريـــخ ١٩٦٥/٣/١٧، س ١٠، ص ٩٢٤، وحكمها بتاريخ ١٩٦٦/١١/١٥، س ١٢، ص ٦٢.

(٣) دكـــتور/ عادل الطبطبائى، الوسيط فى قانون الخدمة المدنية الكويتى، المرجع السابق، ص ٦٧٥.

المقـترن بوقـف التنفيذ ما هو فى حقيقته إلا حكم معلق على شرط فاسخ مـؤداه عـدم صدور حكم جديد على المتهم خلال فترة وقف التنفيذ فإذا لم يـتحقق الشـرط الفاسـخ، أصبح الحكم النهائى عندئذ كأنٍ لم يكن من يوم صدوره، وبذلك لا يبقى أى حكم جنائى يمكن أن يكون سبباً فى إنهاء خدمة الموظـف، وبعـبارة أخرى يكون الموظف قد فقد وظيفته دون سبب لزوال الحكم الجنائى المستند عليه فى قطع الرابطة الوظيفية بين الطرفين، أما إذا صـدر حكم جديد على المتهم خلال فترة وقف التنفيذ للحكم الأول، ألغى هذا الوقف وطبقت العقوبتان عليه، مما يجعل إنهاء خدمته فى هذه الحالة متعيناً لتنفيذ حكم القانون.

ويشـير إلـى أنـه كان الأولى بالمشرع أن يقرر عدم إعمال أثر الحكم الجنائى انتظاراً لما تسفر عنه فترة وقـف التنفيذ، فان انتهـت دون صدور حكـم جديـد، اعتبر الحكم فى هذه الحالة كأن لم يكن، واستمر الموظف فى خدمـته، أمـا إذا صدر عليه حكم جديد خلال هذه الفترة، ألغى وقف التنفيذ وطبق أثر الحكم القاضى بإنهاء خدمة الموظف من تاريخ صدور الحكم الأول وذلك لزوال السبب فى عدم إعمال أثره واعتبرت خدمة الموظف خلال فترة وقـف التنفيذ مجرد خدمة فعلية، ولا شـك أن هذا التفسير يتفق مع أهداف المشـرع من إعطاء الوزير سلطة تقديرية فى إبقاء الموظف فى الخدمة فى حالة الحكم بوقف التنفيذ، والتى قد ترجع إلى أسباب إنسانية.

ويضـيف إلى ذلك أن هذا التفسير لا يمنع بطبيعة الحال جهة الإدارة أن تقـرر إنهـاء خدمة الموظف عن طريق العزل، إذا ما رأت أن الأفعال التى أثبـتها الحكم الجنائى تشكل مخالفة وظيفية بحقه، ولكنها هنا تنهى خدمتـه لأسباب تأديبية، لا كعقوبة تكميلية تعتبر من آثار الحكم الجنائى)[1].

ويثور التساؤل أيضاً حول تأثير امتناع المحكمة عن النطق بالعقوبة على المركز القانونى للموظف ؟

تـنص المادة ٨١ من قانون الجزاء الكويتى على أنه (إذا اتهم شخص بجـريمة تسوتجب الحكم بالحبس، جاز للمحكمـة، إذا رأت مـن أخلاقه أو ماضيه أو سنه أو الظروف التى ارتكب فيها جريمته أو تفاهة هذه الجريمة

---

(١) انظر :
- دكتور/ عادل الطبطائى، الوسيط فى قانون الخدمة المدنية الكويتى، المرجع السابق، ص ٦٧٥، ٦٧٦.

مـــا يبعـــث علـــى الاعتقاد بأنه لن يعود إلى الاجرام، أن تقرر الامتناع عن الـــنطق بالعقاب، وتكلف المتهم تقديم تعهد بكفالة شخصية أو عينية أو بغير كفالـــة، يلتزم فيه بمراعاة شروط معينة والمحافظة على حسن السلوك خلال المـــدة التى تحددها على ألا تتجاوز سنتين. وللمحكمة أن تقرر وضعه خلال هـــذه المدة تحت رقابة شخص تعينه، ويجوز لها أن تغير هذا الشخص بناءً على طلبه وبعد إخطار المتهم بذلك.

وإذا انقضـــت المـــدة الـــتى حددتهـــا المحكمة دون أن يخل المتهم بشروط الـــتعهد، اعتبرت إجراءات المحاكمة السابقة كأن لم تكن. أما إذا أخل المتهم بشـــروط الـــتعهد، فـــان المحكمـــة تأمر – بناء على طلب سلطة الاتهام أو الشـــخص المتولى رقابته أو المجنى عليه – بالمضى فى المحاكمة، وتقضى علـــيه بالعقوبـــة عـــن الجـــريمة التى ارتكبها ومصادرة الكفالة العينية إن وجدت).

ذهـــب رأى إلى أن الامتناع عن النطق بالعقاب يوقف إجراءات الدعوى الجزائية ويضع المتهم تحت الاختبار المدة التى حددها القانون، يكون خلالها المتهم خاضعاً للإشراف، ويتوقف مصيره على سلوكه خلال هذه الفترة، فإن اجتاز الاختبار بنجاح تعتبر إجراءات المحاكمة السابقة كأن لمن تكن. أما إذا أخل بالالتزامات المفروضة عليه فـــإن الدعوى تستأنف ويصدر الحكم عليه بالعقـــاب. وينتهى هذا الرأى إلى أن الموظف المتهم الذى يصدر بحقه قرار مـــن المحكمـــة بالامتناع عـــن النطق بالعقاب، لا يكون قد صدر بحقه حكم بعقوبـــة مـــن العقوبات المنهية للخدمة، ومن ثم فإن خدمته لا تنتهى نتيجة لذلك، بل يقتضى الأمر الانتظار والتريث حتى تنقضى الفترة المحددة، فإن لم يخـــل الموظـــف بشروط التعهد خلالها اعتبرت إجراءات المحاكمة السابقة كأنهـــا لـــم تكن، أما إذا أخل بذلك وصدر عليه حكم، فإن هـــذا الحكم هـــو الـــذى يـــنهى الخدمـــة، إذا كان من الأحكام التى نص القانون على انتهاء الخدمة بها[1].

وذهـــب رأى آخر إلى القول بأن عدم النطق بالعقاب لا يعنى صدور حكم بالبراءة، طالما أورد الحكم فى حيثياته إدانة المتهم، وقد أفتت إدارة الفتوى

---

(١) انظـــر : ف.ت/١٤٢٤/٢ بـــتاريخ ١٩٧١/١١/١٧، مجموعة الفتوى والتشريع ج ٢، ص ٣٦٠.
وانظر أيضاً : د/٣٧ – ٢٣٢٩ بتاريخ ١٩٧٣/٥/٩، مجموعة الديوان، ص ١٦٥.
وراجع فى هذا الرأى :
– دكتور/ عادل الطبطبائى، المرجع السابق، ص ٦٧٧، ٦٧٨.

بذلك مقررة أن المادة ١١٤ من قانون الوظائف العامة المدنية رقم ٧ لسنة ١٩٦٠ تنص على أن (كل موظف يحبس احتياطياً يوقف عن عمله مدة حبسه، ويوقف صرف مرتبه، وبعد انتهاء مدة الحبس يصرف له ما سبق خصمه من مرتبه إذا انتهى التحقيق الذى حبس من أجله ببراءته، وإلا حُرم منه، ومن حيث إن الحكم الصادر بالامتناع عن النطق بالعقاب يتصل أساساً بشروط استلزمها المشرع لكى تقرر المحكمة الامتناع عن النطق بالعقاب دون مساس بعناصر المسئولية الجزائية. وهو على هذا النحو لا يُعدَ حكماً بالبراءة، لذلك فإن ما اشترطه المشرع لصرف الراتب لا يكون متوافراً فى حالة الحكم بالامتناع عن النطق بالعقاب)[١].

ولقد ذهبت دائرة التمييز فى أحكامها إلى أبعد مما ذهبت إليه إدارة الفتوى حيث قررت أن الامتناع عن النطق بالعقوبة قاصر فقط على العقوبات الأصلية دون العقوبات التبعية، وقد أيدت فى حكم لها حكماً لمحكمة الاستئناف بتوقيع عقوبة العزل :

ففى أحد أحكامها ذهبت دائرة التمييز إلى أن (الظروف المخففه التى أوردتها المادة ٨١ من قانون الجزاء والتى تجيز للمحكمة أن تقرر الامتناع عن النطق بالعقاب. وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ليس لها أثر إلا على العقوبات الأصلية دون العقوبات التبعية والتكميلية ومنها عقوبتا العزل والغرامة، فإنه لا يجوز للمحكمة إعمال حكم المادة ٨١ سالفة الذكر فى شأن العقوبات المنصوص عليها فى المادة ٥٠ من القانون ١٩٧٠/٣١ - لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه بعد أن أثبت فى حق المطعون ضده ارتكاب جريمة الاختلاس المعاقب عليها بمقتضى المادة ٤٤ من القانون رقم ٣١ /١٩٧٠ رأى للاعتبارات التى أوردها الامتناع عن النطق بعقوبة الحبس، وجعل هذا الامتناع شاملاً لعقوبتى العزل والغرامة الواجب إنزالهما على الجانى فى حالة القضاء بالإدانة عملاً بالمادة (٥٠) سالفة الذكر فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون مما يتعين تمييزه تمييزا جزئياً فى هذا الخصوص وتصحيحه بقصر الامتناع عن النطق بالعقوبة الأصلية دون غيرها)[٢].

---

(١) انظر : فتوى رقم ٢٧١٨/٢ فى ١٩٧٧/٧/٢٤، مجموعة ٣، ص ١٩٣، وأيضاً الفتوى رقم ٨٨/١٢/٢ فى ١٩٨٨/٤/٣، المجموعة العاشرة، ص ١٤٦.

(٢) حكم محكمة الاستئناف العليا دائرة التمييز فى الطعن رقم ٦٤ لسنة ١٩٨٤ جزائى، مجلة القضاء والقانون، السنة الثانية عشرة - العدد الثانى، ص ٣٦٢، وفى حكم آخر قررت دائرة التمييز أنه لما كانت المادة ٥٠ من القانون رقم ١٩٧٠/٣١ بتعديل بعض أحكام =

٥- سقوط الجنسية الكويتية أو سحبها :

الجنسية هي رابطة سياسية وقانونية بين فرد ودولة توجب عليه الولاء لها وتوجب عليها حمايته. وهو ما يعنى أنها انتماء الفرد إلى دولة معينة[١].

وقد أوردت المادة ٥/٧١ من مرسوم الخدمة المدنية سقوط الجنسية الكويتية أو سحبها كسبب من أسباب إنهاء خدمة الموظف. وورد نص المادة ٧٨ على أنه (فى حالة سحب الجنسية الكويتية من الموظف أو إسقاطها عنه تنتهى خدمته بقوة القانون من تاريخ صدور المرسوم بسحب الجنسية أو إسقاطها).

ولا يرد سحب الجنسية إلا على حال اكتساب الجنسية بالتجنس، أى أنه يقتصر نطاق تطبيقه على فئة معينة من المواطنين اكتسبوا الجنسية بصورة لاحقة[٢].

قانون الجزاء إذ نصت على أنه فضلاً عن العقوبات المقررة فى المواد ٤٤ إلى ٤٨ من هذا القانون يحكم على الجانى بالعزل والرد وبغرامة مساوية لقيمة ما اختلسه أو استولى عليه من مال أو منفعة أو ربح، لما كان ذلك وكانت المادة ٨١ من قانون الجزاء تنص على أنه إذا اتهم شخص بجريمة تسوتجب الحكم بالحبس جاز للمحكمة إذا رأت من أخلاقه أو ماضية أو سنه أو الظروف التى إرتكب فيها جريمته وتفاهة هذه الجريمة ما يبعث على الاعتقاد بأنه لن يعود إلى الإجرام، أن تقرر الامتناع عن النطق بالعقاب.. وجاء فى المذكرة الايضاحية لقانون الجزاء بشأن تخفيف العقوبة أن القانون تدرج فيه تدرجا ملحوظا فبدأ بأخف الحالات وهى التى يرى فيها القاضى الامتناع عن النطق بالعقاب إذ قام من المبررات الواردة فى النص ما يبعث على الاعتقاد بأن المتهم لن يعود إلى الاجرام.. وإذا كانت الظروف المخففة ليس لها أثر فى الأصل إلا على العقوبات الأصلية دون العقوبات التبعية والتكميلية ومنها العزل والرد والغرامة النسبية فإنه لا يجوز إعمال حكم المادة ٥٠ السابق بيانها - لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أثبت فى حق الطاعنة إرتكابها الجريمة المعاقب عليها بمقتضى المادة ٤٤ من قانون الجزاء إلا أنه رأى للاعتبارات التى ساقها الامتناع عن النطق بالعقوبة الأصلية وانتهى إلى توقيع عقوبتى العزل من الوظيفة والغرامة النسبية عليها وهى التى أوجبت المادة (٥٠) من القانون رقم ١٩٧٠/٣١ إنزالها على الجانى فى حالة القضاء بالإدانة فان الحكم المطعون فيه لايكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه بتوقيعه عقوبتى العزل والغرامة على الطاعنة)، حكم محكمة الاستئناف العليا دائرة التمييز في ١٩٨٣/١/٦، طعن رقم ١٩٨٣/٧٢، مجلة القضاء والقانون، السنة الحادية عشرة - العدد الثالث، ص ٤٠٦.

(١) راجع : حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٩٦١/٤/٢٢، س ٦، ص ٩٠٣.
وراجع أيضاً :
- فتوى رقم ف.ت / ١٩١٥/٢ بتاريخ ١٩٧٤/٤/٢٩، منشورة فى مجموعة المبادىء التى قررتها إدارة الفتوى والتشريع خلال خمس سنوات من ١٩٧٠/٩/٥ إلى ١٩٧٥/٩/١٤ (المجموعة الثانية)، ص ١٣.

(٢) انظر : دكتور/ رشيد حمد العنزي، الجنسية الكويتية - دراسة للنظرية العامة للجنسية، الكويت ١٩٩٨، ص ١٣٥.
- دكتور/ عادل الطبطبائى، المرجع السابق، ص ٦٨١.

هـذا وقد نصت المادة ١٣ من المرسوم الأميرى رقم ١٥ لسنة ١٩٥٩ بقـانون الجنسية المعدلة بالمرسوم بالقانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٨٧ على ما يأتى :

(يجـوز، بمرسوم، بناء على عرض وزير الداخلية، سحب الجنسية من الكويتى الذى كسب الجنسية الكويتية بالتطبيق لأحكام المواد ٣ و ٤ و ٥ و ٧ و ٨ من هذا القانون وذلك فى الحالات الآتية :

١- إذا كـان قد منح الجنسية الكويتية بطريق الغش أو بناءً على أقوال كاذبـة، ويجوز فى هذه الحالة سحب الجنسية الكويتية ممن يكون قد كسبها معه بطريق التبعية.

٢- إذا حكـم عليه خلال خمس عشرة سنة من منحه الجنسية الكويتية فى جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة.

٣- إذا عـزل مـن وظيفته الحكومية تأديبياً، لأسباب تتصل بالشرف أو الأمانة خلال عشر سنوات من منحه الجنسية الكويتية.

٤- إذا استدعت مصلحة الدولة العليا أو أمنها الخارجى ذلك، ويجوز فى هذه الحالة سحب الجنسية الكويتية ممن يكون قد كسبها معه بطريق التبعية.

٥- إذا توافـرت الدلائـل لـدى الجهات المختصة على قيامه بالترويج لمبادئ من شأنها تقويض النظام الاقتصادى أو الاجتماعى فى البلاد أو على انـتمائه إلـى هيئة سياسية أجنبية، ويجوز فى هذه الحالة سحب الجنسية الكويتية ممن يكون قد كسبها معه بطريق التبعية).

أمـا إسـقاط الجنسية فيمكن إيقاعه على كل كويتى تواقرت فيه شروط إحدى حالات الاسقاط، لا فرق فى هذا بين الكويتى الذى حصل على الجنسية بصورة أصلية والكويتى الذى حصل عليها عن طريق التجنس[1].

---

(١) دكـتور/ حسـن الهداوى، الجنسية ومركز الأجانب وأحكامها فى القانون الكويتى، وكالـة المطبوعات، الكويت، ١٩٧٣، ص ١٦١ ومابعدها، ص ١٧٧ ومابعدها .
وعكس هذا الاتجاه راجع:
- الدكـتور/ محمـد عبدالمحسن المقاطع والدكتور/ احمد حمد الفارسي، القانون الإدارى الكويتى، المرجع السابق، ص ٣١٨ (.. هذا وينصرف الاسقاط للجنسية الأصلية..).
- الدكتور/ محمود سامي جمال الدين، القضاء الإدارى فى دولة الكويت، المرجع السابق، ص ١٠٠، (.. أن يـتم سـحب الجنسية الكويتية عن المتجنس أو اسقاط الجنسية عن المواطـن، وذلك بناء على إدارة السلطة التنفيذية من خلال مرسوم أميرى أو قرار من مجلس الوزراء يصدر بذلك وفقا للقانون).

وقـد ورد نص المادة ١٤ من المرسوم الأميري رقم ١٥ لسنة ١٩٥٩ على أنه (يجوز بمرسوم بناءً على عرض رئيس دائرة الشرطة والأمن العام (وزيـر الداخلـة حالـيا) إسقاط الجنسية الكويتية عن كل من يتمتع بها فى الحالات الآتية :

١- إذا دخـل الخدمـة العسكرية لإحدى الدول الأجنبية وبقى فيها على الرغم من الأمر الذى يصدر له من حكومة الكويت بتركها.

٢- إذا عمـل لمصلحة دولة أجنبية وهى فى حالة حرب مع الكويت أو كانت العلاقات السياسية قد قطعت معها.

٣- إذا كانـت إقامته العادية فى الخارج وانضم إلى هيئة من أغراضها العمـل على تقويض النظام الاجتماعى أو الاقتصادى للكويت، أو صدر حكم بادانته فى جرائم ينص الحكم على أنها تمس ولائه لبلاده.

ويترتـب علـى إسـقاط الجنسـية فى الحالات المتقدمة الذكر أن تزول الجنسية الكويتية عن صاحبها وحده).

وهـناك حالـة ثالـثة لم ينص عليها قانون الخدمة المدنية يتجرد فيها المواطـن مـن جنسيته بقوة القانون إذا اكتسب جنسية دولة أخرى، وهذه الحالـة ورد النص عليها بالمادة ١١ من المرسوم بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٠ بتعديل بعض أحكام المرسوم الأميرى رقم ١٥ لسنة ١٩٥٩ بقانون الجنسـية الكويتى بقولها (يفقد الكويتى الجنسية إذا تجنس مختاراً بجنسية أجنبـية ولا تفقد زوجته الكويتية جنسيتها إلا إذا دخلت فى جنسيته، ويفقد أولاده القصـر جنسيتهم الكويتية إذا كانوا يدخلون فى جنسية أبيهم الجديدة بموجب القانون الخاص بهذه الجنسية ولهم أن يعلنوا وزير الداخلية باختيار جنسيتهم الكويتية خلال السنتين التاليتين لبلوغهم سن الرشد.

ويجوز بقرار من مجلس الوزراء بناءً على عرض وزير الداخلية إعادة الجنسـية الكويتية لمن فقدها طبقاً للفقرة السابقة إذا أقام فى الكويت إقامة مشـروعة لمدة سنة على الأقل وطلب العودة إلى الجنسية الكويتية وتخلى عـن الجنسية الأجنبية وفى هذه الحالة يعتبر مستردا للجنسية الكويتية من تاريخ موافقة مجلس الوزراء).

ويرى جانب من الفقه أن نص هذه المادة يكتنفه الغموض خصوصاً فيما يتعلق بالأداة التى يتم بمقتضاها فقد الجنسية. فهل يتقرر فقد الجنسية بمرسوم ؟ أو بقرار من مجلس الوزراء ؟ أو بقرار من وزير الداخلية ؟. كذلك لم تحدد المادة تاريخ فقد الجنسية. صحيح أن التفسير الظاهر للمادة يحتم أن يكون فقد الجنسية الكويتية ملازماً لتاريخ التجنس بالجنسية الأجنبية، إلا أن الواقع العملى يستلزم أن يكون الفقد من تاريخ تقريره، سواء تم ذلك بمرسوم، أو بقرار من مجلس الوزراء، أو بقرار وزارى، وذلك لأنه فى حالات كثيرة قد يخفى تجنس الفرد بجنسية أجنبية إلى زمن قد يطول، ومن ثم فان اعتبار الفقد من تاريخ التجنس بالجنسية الأجنبية قد يكون فيه مساس بأوضاع قد تكون نشأت فى الفترة بين التجنس بالجنسية الأجنبية واكتشافه مما قد يصعب، بل قد يستحيل، معها فى بعض الأحيان إرجاع الحال إلى ما كان عليه باعتبار أن ما قام به الفرد استناداً إلى جنسيته الكويتية خلال هذه الفترة لا أساس له[1].

ورغم وجاهة هذا الرأى واستناده إلى الواقع العملى، إلا أن البعض يرى[2] – وبحق – أن هذه الحالة تعنى فقد الموظف لجنسيته تلقائياً دون حاجة إلى إصدار مرسوم أو قرار بذلك، فإن صدر فهو مجرد إجراء تنفيذى لحكم القانون.

وقد أوردت المادة ١١ مكرر المضافة بالمادة الثانية من المرسوم بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٠ (وعلى الأجنبى الذى حصل على الجنسية الكويتية وفقاً لأحكام المواد ٤ و ٥ و ٧ و ٨ من هذا القانون أن يتنازل عن جنسيته الأجنبية ــ إذا كان له جنسية أخرى ــ خلال ثلاثة شهور من تاريخ حصوله على الجنسية الكويتية، وأن يقدم لوزارة الداخلية خلال هذه المدة ما يثبت ذلك، وإلا اعتبر المرسوم الصادر بمنحه الجنسية كأن لم يكن من تاريخ صدوره.

وتسحب الجنسية فى هذه الحالة بمرسوم – بناء على عرض وزير الداخلية – ويترتب على ذلك سحب الجنسية الكويتية ممن يكون قد كسبها معه بطريق التبعية).

---

(١) انظر دكتور/ رشيد حمد العنزى، الجنسية الكويتية ، المرجع السابق ص ١٤٩.
(٢) انظر دكتور/ عادل الطبطبائى، الوسيط فى قانون الخدمة المدنية الكويتى، المرجع السابق، ص ٩٨١، دكتور/ محمود سامى جمال الدين، القضاء الإدارى فى دولة الكويت، المرجع السابق، ص ٩٩، (.. لا يتصور الطعن بالإلغاء لانتفاء القرار الإدارى، حيث يرجع سبب إنهاء الخدمة لإدارة المشرع).

هـذا ويؤدى سحب الجنسية الكويتية من الموظف أو إسقاطها عنه إلى انتهاء خدمتـه بقـوة القانون مـن تاريخ صدور المرسوم بسحب الجنسية أو إسـقاطها وعلـى ذلك إذا سحبت الجنسية من أحد الموظفين أو أسقطت عنـه، انتهت خدمتـه مـن تاريخ صدور القرار بذلك، فإذا استمر بالخدمة رغـم ذلك، لعدم علمه بالقرار مثلاً، اعتبرت خدمته من تاريخ صدور القرار إلـى حيـن علمـه به مجرد خدمة فعلية، ويستحق راتبه عنها وفقاً لقاعدة الراتب مقابل العمل[1].

وتلحـق بعض القوانين كقانون العاملين المصرى بحالة (فقد الجنسية) حالـة (انـتفاء شرط المعاملة بالمثل بالنسبة لرعايا الدول الأخرى). ومعنى ذلك أن خدمة الموظف الأجنبى تنتهى إذا امتنعت دولة توظيف رعايا الدولة الـتى يعمل بها، أو إذا فقد هو جنسية الدولة التى تعامل رعايا الدولة التى توظفه بالمثل[2].

ويـثور فـى هـذا المقـام تساؤل يتعلق بموقف الموظف إذا ما سحبت جنسيته أو أسقطت عنه.

يـرى جانب من الفقه أن سحب الجنسية الكويتية أو إساقطها يؤدى إلى انـتهاء الخدمة بالنسبة للكويتين الذين يشغلون وظيفة دائمة وبصفة دائمة. وهى التى لا يجوز شغلها إلا للكويتين. أما الكويتيون الذين يشغلون وظيفة دائمـة بصفة مؤقته، أو يشغلون وظائف مؤقته أو أعمالاً مؤقته فلا تنتهى خدمتهم بفقدهم الجنسيـة الكويتيـة، لأن مثـل هـذه الوظائف يجوز لغير الكويتين شغلها، هذا ما لم تنته خدمتهم لسبب آخر، مثل إنهاء العقد[3].

ويـرى جانب آخر من الفقه أن سحب الجنسية أو إسقاطها عن الكويتى يـؤدى إلى انتهاء خدمته أياً كانت طبيعة الوظيفية التى يشغلها، دائمة كانت أم مؤقته، وأيا كانت مـدة شغله لها، بصفـة دائمـة أم مؤقتـة وذلك لأن

---

(١) انظر :
- دكتور/ عادل الطبطبائى، المرجع السابق، ص ٦٨١.

(٢) راجع :
- دكتور/ سليمـان الطمـاوى، الوجيز فى القانون الإدارى، المرجع السابق، ص ٤٩٨.

(٣) انظر :
- دكتور/ عبدالفتاح حسن، مبادىء القانون الإدارى الكويتى، المرجع السابق، ص ٣٤٨، ٣٤٩.
- دكتور/ ماجد الحلو، القانون الإدارى الكويتى، المرجع السابق، ص ٢٩٠.

الأسباب التى تؤدى إلى سحب الجنسية أو إسقاطها أسباب خطيرة تتعلق بأمانة الشخص ومصلحة البلاد العليا وولائه لها، ومن ثم لا يكون مقبولاً عند توافرها بقاء الشخص فى وظيفته التى كان يشغلها[1]. ولكن ذلك لا يمنع - فى نظر البعض - جهة الإدارة أن تلجأ إلى أسلوب التعاقد معه إذا كانت فى حاجة إلى خدماته، وإن كان الغرض الأخير يبقى نظرياً، لأن الأسباب التى أدت إلى حرمانه من جنسيته لابد أن تكون خطيرة ولا تمكن الإدارة من التعاقد معه، إضافة إلى أن السلطات قد تعمد إلى تسفيره خارج البلاد بعد تجريده من جنسيته بحجة عدم وجود إقامة مشروعة لديه[2].

هذا وإذا كانت الدائرة الإدارية تختص بالطلبات التى يقدمها الموظفون المدنيون بإلغاء القرارات الصادرة بإنهاء خدماتهم، وتدخل ضمن هذه الحالات حالة الفصل من الخدمة بسبب سحب الجنسية الكويتية أو إسقاطها، وفقاً للبند رابعاً من المادة الأولى من قانون إنشاء الدائرة الإدارية. إلا أنه إزاء ما ورد بالبند خامساً من المادة الأولى من ذات القانون باستبعاد الطلبات التى يقدمها الأفراد فى القرارات الصادرة فى شأن الجنسية، فانه يثور التساؤل حول مدى ولاية القضاء الإدارى بالفصل فى طلبات الموظفين العموميين بإلغاء قرارات إنهاء الخدمة المبنية على قرارات الإدارة بسحب الجنسية أو إسقاطها.

يرى الأستاذ الدكتور/ محمود سامى جمال الدين أن اختصاص الدائرة الإدارية ينعقد فى هذه الحالة بالفصل فى طلبات إنهاء الخدمة المشار إليها، مما يعنى تعرضها لمرسوم إسقاط أو سحب الجنسية ذاته باعتباره السبب أو السند القانونى لذلك الإنهاء. غير أن المشكلة ستكون فى احتمال عدم صدور قرار إدارى بإنهاء الخدمة استناداً إلى نص المادة ٧٨ سالف الذكر فهل يمكن الطعن مباشرة فى مرسوم إسقاط الجنسية أو سحبها، باعتباره أن من آثاره إنهاء خدمة الموظف، مما يمكن تكييفه كذلك بأنه ينطوى على قرار بإنهاء الخدمة؟.

ويشير إلى أنه من الواضح أن الحظر الوارد فى البند الخامس من المادة الأولى من قانون إنشاء الدائرةالإدارية يعتبر استثناءً - بغض النظر عن مشروعيته أو دستوريته - وبالتالى يسرى علىهذا الاستثناء قاعدة التفسير الضيق لنطاقه ومضمونه وعدم جواز التوسع فيه أو القياس عليه، ومن ثم

(١، ٢) انظر فى ذلك :
- دكتور/ عادل الطبطبائى، المرجع السابق، ص ٦٨٢.

يقتصر نطاق هذا الاستثناء على الطلبات المشار اليها فى البند الخامس دون التوسع فيه وبسطه إلى البند الرابع أو القياس عليه، بمعنى أن يقتصر نطاقه على طلبات الأفراد العاديين دون الموظفين الذين يخضعون للبنود الأربعة الأولى، فيما يتصل بالقرارت المتعلقة بشئونهم الوظيفية، خاصة وأن النصوص الدستورية المتصلة بالحق فى الجنسية وهو أول الحقوق الواردة فى الباب الثالث من الدستور الذى يتعلق بالحقوق والحريات العامة، وكذلك تلك المتصلة بالقضاء وحق التقاضى، تجعل من تحصين أى عمل أو قرار إدارى ولو بنص القانون مساساً شديداً بحق دستورى، لا يملك المشرع تجاهه سوى بيان الاجراءات والأوضاع اللازمة لممارسة هذا الحق[1].

ومع ذلك فإن القضاء يذهب إلى رفض الرقابة على القرارات المتصلة بمسألة الجنسية من منطلق آخر غير موضوع التحصين، وذلك بالاستناد إلى تكييف هذه القرارات بأنها من (أعمال السيادة)[2].

٦- عدم اللياقة الصحية أو استنفاد الإجازة المرضية :

ورد نص المادة ٦/٧١ من مرسوم الخدمة المدنية على انتهاء خدمة الموظف فى حالة (عدم اللياقة للخدمة أو استنفاد الإجازة المرضية أيهما أسبق).

---

(١) دكتور/ محمود سامى جمال الدين، القضاء الإدارى فى دولة الكويت، المرجع السابق، ص ص ١٠٠ - ١٠١.

(٢) راجع فى ذلك :

- حكم المحكمة الكلية فى ١٩٨١/٦/٣٠ الدعوى رقم ١٩٨٦/٣٤١١ (مدنى وتجارى ك حكومة) (... وبذلك فان مسائل الجنسية التى تخرج من اختصاص الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية... وعلى ما يبين من نصوص قانون الجنسية هى المسائل الخاصة بمنح الجنسية الكويتية، والدخول فيها وفقدها وإسقاطها وسحبها واستردادها..) .
- وحكمها فى ١٩٩٣/١٢/١١ الدعوى رقم ١٩٩٣/١٢٨٥ (ك حكومة).
- وحكم محكمة الاستئناف فى ١٩٩٤/٣/٢٣ الطعن رقم ٩٣/٣٩٠ (مدنى إدارى).
(... مسائل الجنسية تعتبر فى دولة الكويت من المسائل المتصلة بالسياسة العليا للدولة، وحجبها المشرع عن المحاكم لأنها من أعمال السيادة، وتخرج عن اختصاص القضاء سواء الدوائر المدنية أو الإدارية).
- حكم محكمة التمييز فى الطعن رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٦ (مدني)، جلسة ١٩٩٧/٤/٧، موسوعة مبادئ القضاء الإداري، الكتاب الأول - الجزء الأول، ص ١١٦، (أن مسائل الجنسية وما يتعلق بها من قرارات تتسم بطابع سياسي أملته اعتبارات خاصة متعلقة بكيان الدولة وتحقيق أمنها، تعد بهذه المثابة من مسائل السيادة.. تخرج عن ولاية المحاكم).

كمـــا تـــنص المادة ٥٢ من ذات المرسوم على أنه (إذا أصيب الموظف بمـــرض يمنح إجازة مرضية بقرار من الهيئة الطبية المختصة لمدة لا تزيد على سنتين بمرتب كامل)، كما تنص المادة ٧٢ من المرسوم على أنه (تثبت عدم اللياقة الصحية للخدمة بقرار من الهيئة الطبية المختصة بناء على طلب الموظـــف أو الجهة الحكومية التابع لها، وتنتهى خدمة الموظف من تاريخ هـــذا القرار أو استنفاد الإجازة المرضية فى المادة ٥٢ من هذا النظام أيهما أسبق).

وإذا كـــان القـــانون قـــد أعطـــى للموظف الحق فى إجازة مرضية لمدة سنتين، وهذا يعنى في الأصل، عدم جواز إنهاء خدمته قبل استنفاد مدة هذه الإجـــازة، إلا أن القانون ترك إمكانية إنهاء خدمة الموظـــف قبـــل استنفاده الإجازة المرضية، وذلك عندما يثبت خلال هذه الإجازة المرضية عدم لياقته الصـــحية. وقـــد تعرض هذا النص للنقد من جانب الفقه لأنه يقضى بإنهاء خدمـــة الموظـــف قـــبل استنفاد إجازته المرضية إذا صدر قرار عدم اللياقة للخدمـــة صـــحياً قـــبل ذلك، رغم أن الإجازات المرضية حق للموظف متى توافرت شروطها[1]. ولا شك أن قانون الخدمة المدنية على هذا النحو يكون قد اتخذ موقفاً متشدداً إزاء الموظف المريض، وهو أمر لا يتفق مع سياسة الرعاية الاجتماعية الشاملة التى تقررها الدولة لمواطنيها[2].

وقد ورد نص المادة ٩٦ من قانون العاملين المدنيين المصرى رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ على أنه (تثبت عدم اللياقة للخدمة صحياً بقرار المجلس الطبى المختص ولا يجوز فصل العامل لعدم اللياقة للخدمة الصحية قبل نفاذ إجازته

---

(١) انظر :
- دكتور/ ماجد راغب الحلو، القانون الإدارى الكويتى، المرجع لاسابق، ص ٢٧٩.
وانظر أيضاً فى ذات الاتجاه:
- دكـــتور/ عادل الطبطبائى، الوسيط فى قانون الخدمة المدنية الكويتى، المرجع السابق، ص ٦٨٣ ، ٦٨٤.
- دكـــتور/ محمـــد عبدالمحســـن المقاطع والدكتور/ أحمد حمد الفارسي، القانون الإدارى الكويتى، المرجع السابق، ص ٣١٤.

(٢) راجع :
- دكـــتور/ عـــادل الطبطـــبائى، المـــرجع السابق، ص ٦٨٤، حيث يرى أنه كان الأولى بالمشـــرع، لأســـباب إنســـانية مـــن ناحية، ولكى يمكن للموظف من استعمال الحق في اســـتنفاد الإجـــازة المرضية الممنوحه لـــه بالمـــادة (٥٢) من النظام كاملة من ناحية اخرى، أن يقرر عدم إمكانية إنهاء خدمته إلا بعد استنفاده مدة الإجازة المرضية كاملة. بل ويذهب أكثر من ذلك إلى أنه كان الأولى بالمشرع أن يسمح للموظف باستنفاد رصيد إجازته الدورية قبل أن تقرر إنهاء خدمته لعدم اللياقة الصحية.

المرضـــية والاعتيادية ما لم يطلب إنهاء خدمته دون انتظار انتهاء إجازته). وهكـــذا تطلـــب القانون لإمكان إنهاء خدمة الموظف لعدم اللياقة الصحية أن يستنفذ الموظف رصيد إجازته المرضية والاعتيادية، فلا يجوز إنهاء خدمته قـــبل تمتعه بكامل رصيد إجازته المرضية والاعتيادية. باستثناء حالة واحدة هى تقدم الموظف بطلب إنهاء خدمته دون التمتع برصيد إجازته[1].

٧- بلوغ السن المقررة لترك الخدمة :

حـــدد المشرع فى المادة ٧/٧١ من مرسوم الخدمة المدنية الكويتى سن الخامســـة والســـتين، كقـــاعدة عامة لإنهاء خدمة الموظف الكويتى، وسن الســـتين لغـــيرهم ومـــع ذلك يجوز لمجلس الخدمة المدنية أن يمدها بما لا يجـــاوز خمـــس ســـنوات. أمـــا أئمة المساجد وخطباؤها ومؤذنوها فتنتهى خدمتهم ببلوغ سن الخامسة والسبعين.

ووفقـــاً للمـــادة ٩٥ من قانون العاملين المدنيين المصرى (تنتهى خدمة العـــامل بـــبلوغه ســـن الستين وذلك بمراعاة أحكام القانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ باصدار قانون التأمين الاجتماعى والقوانين المعدلة له .

ومـــع ذلـــك يجـــوز عـــند الضرورة القصوى وبقرار من رئيس مجلس الـــوزراء مـــد خدمـــة أى مـــن شاغلى الوظائف العليا من الدرجتين العالية والممـــتازة وما فى مستواهما لمدة سنة قابلة للتجديد لمدة أقصاها سنتان، ويسرى ذلك على شاغلى المناصب والوظائف التى تعلو الدرجة الممتازة وما فـــى مســـتواها علـــى أن يكـــون مد خدمتهم بقرار من السلطة المختصة بالتعيين)[2].

---

(١) وتجـــدر الاشارة إلى أن المادة ٦٦/ مكرر من قانون العاملين المصرى قد نصت على منح الموظف المريض مرضا مزمنا، إجازة استثنائية بأجر كامل ومن ثم فلا يجوز إنهاء خدمة الموظـــف إذا أصيب بمرض مزمن، بل يمنح إجازة استثنائية بأجر كامل إلى أن يشفى أو تســـتقر حالته فيعود للعمل، أو يتضح عجزه كاملا فيظل فى إجازة مرضية بأجر كامل حتى بلوغ سن المعاش.
راجع فى ذلك :
- دكتور/ أنور أحمد رسلان، وجيز القانون الإدارى، المرجع السابق، ص ٦٤٩، ٦٥٠.

(٢) ومع ذلك تجيز المادة ٩٥ مكررا و٩٥ مكررا (١) بالقانون رقم ١١٥ لسنة ١٩٨٣ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ للسلطة المختصة إصدار قرار بإحالة العامل إلى المعـــاش بنـــاءً على طلبه قبل بلوغ السن القانونية، وذلك فى حالة ألا تقل سنه عند تقديم الطلـــب على خمسة وخمسين سنة وألا تكون المدة الباقية لبلوغه سن الإحالة إلى المعاش أقـــل مـــن سنة أو إذا كان سنه يقل عن ٥٥ سنة إذا قام بمفرده أو بالاشتراك مع آخرين بأحد المشروعات الانتاجية ويصرف للعامل فى هذه الحالة الأخيرة مكافأة توازى أجر سنة مع ضم سنين إلى المدة المحسوبة فى المعاش.

كمـــا أورد القـــانون رقـــم ١٩ لسنة ١٩٧٣ بتحديد سن التقاعد للعلماء خـــريجى الأزهـــر ومـــن فـــى حكمهم فى مصر استثناء آخر بأن جعل سن الخامسة والستين سن البلوغ إلى المعاش.

وبـــبلوغ سن التقاعد تنتهى خدمة الموظف بقوة القانون، ويعتبر القرار الصـــادر بالإحالـــة إلـــى المعـــاش قراراً كاشفاً وليس منشئاً لوضع قانونى جديـــد[١]. ويصـــرف للموظف راتبه إلى اليوم الذى تنتهى فيه خدمته ببلوغ ســـن المعـــاش[٢]. فإذا استمر الموظف فى العمل بعد بلوغه السن المقررة لاحالـــته إلـــى المعاش، وبلا إجراء قانونى سليم بمد الخدمة، يعتبر موظفاً فعلـــياً، كما يعتبر الأجر الذى يستحقه بعد ذلك خلال تلك الفترة مجرد مكافأة نظير العمل الذى يقوم به بعد انتهاء مدة الخدمة[٣].

٨ـ الفصل لعدم الصلاحية :

تنـــتهى خدمة الموظف بالفصل لعدم الصلاحية فى حالتين ينص عليهما عـــادة فـــى مواد قوانين الموظفين، وإن لم يرد ذكرهما فى المادة المتعلقة ببيان أسباب انتهاء الخدمة. وهاتان الحالتان هما :

ـ **الحالة الأولى** : حالة الفصل خلال فترة التجربة. وهو أمر جوازى للإدارة.

فقد ورد نص المادة ١٣ من مرسوم الخدمة المدنية على أنه (فيما عدا الوظـــائف القيادية، يوضع المعين لأول مرة تحت التجربة لمدة سنة واحدة يجوز فصله خلالها أو خلال شهر واحد من انتهائها إذا ثبت أنه غير صالح للقـــيام بأعـــباء وظيفته وإلا اعتبر مثبتاً فى الوظيفة التى عين بها وحسبت مدة التجربة ضمن مدة خدمته).

---

(١) غـــير أن المحكمـــة الإدارية العليا ذهبت في حكمها الصادر بتاريخ ٥ إبريل ١٩٦٤ إلى أن القـــرار بإحالـــة الموظف إلى التقاعد لبلوغه السن القانونية هو قرار إدارى منشئ لمركز قانونى بالنسبة إليه سواء انطوى قرار الإحالة على خطأ في تقدير السن أو لم يكن منطوياً علـــى ذلـــك، ولصاحب الشأن عند الاقتضاء تعقب القرار بالطعن عليه بدعوى الإلغاء فى ميعادها القانونى. في الطعن رقم ٧/١٠٨٠ ق، مجموعة العشر سنوات، ص ١١٥٧.

(٢) دكتور/ ماجد الحلو، القانون الإدارى الكويتى وقانون الخدمة المدنية، المرجع السابق، ص ٢٧٩.

(٣) دكتور/ سليمان الطماوى، الوجيز فى القانون الإدارى، المرجع السابق، ص ٤٩٥.

- **الحالة الثانية** : حالة الفصل لحصول الموظف على ثلاثة تقارير متتالية بتقدير ضعيف. وهى مانصت عليه المادة ١٧ من مرسوم الخدمة المدنية على أن (الموظف الذى يحصل على تقريرين نهائيين بأنه ضعيف يعرض أمره على وكيل الوزارة للنظر فى توقيع أى من العقوبات المنصوص عليها فى المادة ٦٠ عدا عقوبة الفصل من الخدمة فلا يكون توقيعها عليه إلا بموافقة الوزير. ويجوز لمن وقعت عليه عقوبة الفصل أن يتظلم للوزير خلال خمسة عشر يوماً من إبلاغه بذلك.

فإذا حصل الموظف على تقريرٍ ثالث بأنه ضعيف خلال سنة من حصوله على التقرير السابق اعتبر مفصولاً من الخدمة من تاريخ اعتبار هذا التقرير نهائياً).

ويعتبر فصل الموظف من الخدمة لحصوله على تقريرين بدرجة ضعيف أمر جوازى للوزير. فإذا ما استعمل الوزير صلاحيته وقام بفصل الموظف فإن الفصل فى هذه الحالة يكون بمثابة عقوبة تأديبية تستند إلى سوء أداء الموظف لمهام وظيفته على الوجه المقرر قانوناً. كما أن استمرار سوء أداء الموظف لعمله وحصوله على تقرير ثالث بتقدير ضعيف يعد سبباً لإنهاء خدمته لعدم الصلاحية بحكم القانون، وأن قرار الإدارة فى هذه الحالة يكون قراراً كاشفاً لحكم القانون.

٩- انتهاء خدمة الموظف للوفاة[1] :

تنتهى خدمة الموظف بالوفاة، سواء كانت وفاة حقيقية، أو حكمية بمعنى أنها تقررت بمقتضى حكم قضائى مثل الغياب والفقد ويتم إثبات الوفاة بموجب شهادة الوفاة، فلا يكفى إثبات الوفاة ببرقية ترسل إلى الجهة الحكومية التى يعمل بها الموظف أو بنشر خبر الوفاة فى الصحف أو الإعلان عنه فى الإذاعات المرئية وغير المرئية.

ويترتب على انتهاء خدمة الموظف بالوفاة أحقية ورثته بالمعاش أو المكافأة ونفقات الجنازة لمن يثبت قيامه بصرف هذه النفقة.

---

(١) راجع في ذلك :
- دكتور/ أنور أحمد رسلان، وجيز القانون الإداري، المرجع السابق، ص ٦٤٣.

ثانياً : الطلبات التى يقدمها الموظفون بإلغاء القرارات الصادرة بتوقيع جزاءات تأديبية عليهم :

نشأ التأديب إدارياً ملازماً للسلطة الرئاسية، بحيث يقدر الرؤساء الأخطاء التأديبية، ويقررون لها العقوبات التأديبية[1]. فما دام الرئيس الإداري مسئول عن حسن سير العمل في المرفق المعهود له بإدارته، وعن تحقيق أهدافه، فيجب أن تكون للرئيس الإداري سلطة تأديب الموظفين في هذا المرفق وإلا استحال عليه القيام بأعباء وظيفته[2].

والتأديب في نطاق الوظيفة العامة هو معاقبة الموظف بإحدى العقوبات المنصوص عليها لإخلاله بالواجبات المفروضة عليه، أو لخروجه على مقتضى الواجب في أعمال وظيفته، أو يظهر بمظهر من شأنه، الإخلال بكرامة الوظيفة[3].

وتأخذ بعض الدول بالنظام القضائي في التأديب، وذلك بإنشاء محاكم تأديبية تشكل من عناصر قضائية بحته، يكون لها حق الرقابة القضائية على القرارات التأديبية التي تصدرها الجهات الإدارية المختصة، أو توقيع العقوبات التأديبية إبتداءً على الموظفين عما يرتكبونه من إخلال بواجبات الوظيفة.

ولقد اتجه المشرع الكويتي في المرسوم الخاص بنظام الخدمة المدنية إلى اعتناق الأسلوب الإداري في تنظيم السلطات التأديبية حيث جعل جهة الإدارة هي الجهة الوحيدة التي تنفرد بمعاقبة الموظف المخطئ دون مشاركة من قبل أية جهة أخرى.

وقد حددت المادة (٢٨) من المرسوم بقانون في شأن الخدمة المدنية العقوبات التي يجوز توقيعها على الموظفين كما يلي :

---

(١) دكتور/ عبدالفتاح عبدالحليم عبدالبر، الضمانات التأديبية في الوظيفة العامة – دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ٧.
(٢) دكتور/ سليمان الطماوي، قضاء التأديب، المرجع السابق، ص ٤١٦.
(٣) راجع في ذلك :
– حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٩٦٥/٥/٢٢، س ١٠، ص ١٤٠٥.

١- الإنذار.

٢- الخصم من المرتب لمدة لا تزيد عن خمسة عشر يوماً في المرة الواحدة ولا تجاوز تسعين يوماً خلال اثنى عشر شهراً.

٣- تخفيض المرتب الشهري بمقدار الربع لمدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تجاوز اثنى عشر شهراً عن المخالفة الواحدة.

٤- خفض الدرجة إلى الدرجة الأدنى مباشرة ويحدد القرار الصادر بتوقيع العقوبة الأقدمية في هذه الدرجة ومرتب الموظف فيها.

٥- الفصل من الخدمة.

ولا توقع على شاغلي مجموعة الوظائف القيادية إلا إحدى العقوبات التالية :

أ - التنبيه كتابةً من الوزير.
ب- اللوم.
ج- الفصل من الخدمة.

هذا وتختص الدائرة الإدارية وحدها، وفقاً لما ورد في المادة الأولى من قانون إنشائها، بالنظر في الطلبات التي يقدمها الموظفون المدنيون بإلغاء القرارات الصادرة بتوقيع أي جزاء من الجزاءات الآنفة الذكر، حيث يفرض القضاء رقابته الصارمة على هذه القرارات للتأكد من التزامها أحكام القانون، سيما تلك المتصلة بإجراءات وضمانات التأديب[1].

ومع أن المشرع يحدد قائمة بالجزاءات التأديبية التي يجوز توقيعها على الموظف، فإنه لا يقيم علاقة بين كل خطأ تأديبي وما يناسبه من تلك الجزاءات، وبذلك يترك لسلطة التأديب حرية اختيار الجزاء المناسب من بين قائمة الجزاءات المقررة. ذلك أن القاعدة العامة في التأديب تتمثل في تمتع السلطة التأديبية بحرية التقدير والمناسبة، فإذا ما انتهت إلى قيام الموظف بارتكاب ذنب إداري كان لها حرية تقدير ما يناسبه من جزاء كل على حدة بما يحقق التوازن بشأن توفير الضمان للموظفين وبين ضمان حسن سير

---

(١) راجع في ذلك :
- دكتور/ عادل الطبطبائي، الوسيط فى قانون الخدمة المدنية الكويتى، المرجع السابق، ص ٤٤١ ومابعدها.

المـرفق بانـتظام، إلا أن هذه الحرية ليست مطلقة، إذ يتعين على السلطة التأديبـية أن تقـدر الجـزاء علـى أساس التدرج تبعاً لمدى خطورة الذنب الإداري وما يناسبه من جزاء دون غلو، كما إذا انطوى الجزاء على مفارقة صـارخة وقسوة ممعنة في الشدة يكون من نتيجته إحجام موظفي المرافق العامة عن مس المسئولية خشية التعرض لتوقيع الجزاء وقسوته، وبالتالي بـدت الحاجـة ملحـة وتطبـيقاً للعدالة إلى تدخل من جانب القضاء لرقابة التناسـب بين المخالفة التأديبية والجزاء التأديبي المقرر لها، فإذا تبين لـه عدم الملاءمة بينهما، كان له الحكم بإلغاء الجزاء وإعادة الأمر ثانية للسلطة التأديبـية لتعيد تقدير العقوبة مرة أخرى[1]، أو إنزال العقوبة المناسبة من قبل القضاء[2].

وقبل إنشاء الدائرة الإدارية، كان القضاء ممنوعاً من التعرض للقرارات الإداريـة بالإلغاء، عدا بعض الحالات، ومنها الرقابة على القرارات الخاصة بتوقيع العقوبات التأديبية على الموظفين[3].

وقـد أُتيح للقضاء أن يبدي رأيه في المسألة، فقررت محكمة الاستئناف العلـيا في أحد أحكامها: (أن مبدأ تناسب الجزاء مع المخالفة هو أحد مبادئ أربعة يقوم عليها الجزاء التأديبي هو شرعية الجزاء، أي يجب أن يكون من بيـن الجزاءات المنصوص عليها على سبيل الحصر في القانون وعدم تعدد الجـزاء عن المخالفة الواحدة وعدم رجعية الجزاء أي لا يترتب أثره إلا من تـاريخ توقـيعه إلا فـي حالة مستثناه بحكم القانون هي أن يكون الموظف موقوفـاً عن العمل وجوزي بالعزل من الخدمة إذ يرتد أثر العزل عندئذ إلى تاريخ الوقف ثم مبدأ تناسب الجزاء مع المخالفة ومؤداه أن الجزاء يجب أن يكون متناسباً مع المخالفة المرتكبة – ومن هنا يختلف النظام التأديبي عـن قانـون الجزاء، فالجزاء التأديبي لا يعرف مبدأ شرعية المخالفة ولا يعرف لكـل مخالفـة عقوبة معينة بعكس قانون الجزاء حيث لا جريمة ولا عقوبة بغـير نص – فالنظام التأديبي يترك للسلطة المختصة بالتأديب تقدير ما إذا كـان تصرف الموظف يكون أو لا يكون مخالفة إدارية أو مالية ويترك لها كذلـك إذا هي اقتنعت بوجود المخالفة أن تختار لها الجـزاء المناسب مـن

---

(١) محكمـة الاسـتئناف العليا في ١٩٨٦/١١/١٤، الطعن رقم ٨٥٢ و ٨٧٠ لسنة ١٩٨٦. (حكم غير منشور).
(٢) المحكمة الإدارية العليا في ١٩٦١/١١/١١، س ٧، ص ٢٧.
(٣) راجع :
– دكـتور/ عادل الطبطبائي، الوسيط في قانون الخدمة المدنية الكويتي، المرجع السابق، ص ٥٦١.

بيـــن الجزاءات المنصوص عليها على سبيل الحصر في المادة (١١٦) من قانون الوظائف العامة المدنية، فالأفعال المكونة للمخالفة الإدارية إذن ليست محـــددة حصراً ونوعاً وإنما مردها بوجه عام إلى الإخلال بواجبات الوظيفة أو الخـــروج علـــى مقتضياتها، وكل فعل بالذات لم يحدد لـــه ما يناسبه من جـــزاء إنما يترك تحديد ذلك للسلطة التأديبية بحسب تقديرها لجسامة الفعل ومـــا يستأهل من جزاء في حدود النصاب القانوني المقرر. ومجلس التأديب ينبغي عليه أن يلزم هذا النظام القانوني ويستند قضاؤه إليه في تكييفه للفعل المكـــون للمخالفـــة الإدارية وفي تقديره للجزاء الذي يناسبه، ذلك لأنه هو الـــنظام القانونـــي الواجب التطبيق في هذا الخصوص فينبغي إذا انتهى من وزن الأدلـــة إلـــى ثبوت الفعل المكون للمخالفة إنما يتم تقديره للجزاء الذي يوقعـــه على أساس التدرج بحسب درجة جسامة المخالفة. على أنه إذا كان للســـلطة التأديبية سلطة تقدير خطورة الخطأ الإداري وما يناسبه من جزاء بغـــير معقـــب علـــيها فـــي ذلك فان مناط مشروعية هذه السلطة ألا يشوب استعمالها غلو – ومن صور الغلو عدم الملاءمة الظاهرة بين درجة خطورة المخالفـــة وبيـــن نوع الجزاء ومقداره، ففي هذه الحالة يخرج التقدير عن نطـــاق المشروعية إلى نطاق عدم المشروعية فيخضع بهذه المناسبة لرقابة المحكمـــة لما فيه من خطأ في تطبيق القانون، والأصل في ذلك كله أن عدم التناســـب بيـــن الجزاء الموقع والمخالفة المرتكبة يشكل في الواقع مخالفة للقانون في روحه ومرماه باعتبار أن الأصل في الجزاء أن يكون ملائماً وأن هـــذا هـــو ما تقتضيه بالضرورة طبيعة الوظيفة وضمان حسن انتظام العمل وطـــبائع الأمـــور أيضاً كما يقتضيه بالضرورة تباين نوع المخالفات ومداها بحســـب الأحـــوال التـــي تقـــع فيها الظروف الملابسة لها مما يوجب عدلاً ومصـــلحة أن يجئ الجزاء متناسباً مع درجة الخطأ فيتفاوت تبعاً لـــه وفي حـــدوده مع تقدير سائر الظروف والاعتبارات فقد تعددت الجزاءات التأديبية فـــي القانون وتدرجت فيه تباعاً على قدر جسامتها تختار سلطة التأديب من بيـــنها مـــا يتناســـب مع المخالفات المعروضة عليها تبعاً لما تستخلصه من ظروفها وظروف الموظـــف أيضـــاً ومـــع اعتبار الصالـــح العام بالدرجـــة الأولـــى)[1].

وفـــي حكـــم آخر قضت محكمة الاستئناف العليا بإلغاء عقوبة العزل من الوظيفـــة مع الحرمـــان كلية من المكافأة، نظراً لما أصاب الجزاء من غلو

---

(١) انظر :
– حكم محكمة الاستئناف العليا بتاريخ ١٩٧٤/٦/٢٤ في القضية رقم ١٩٧٢/٢٤٩، غير منشور.

وشدة لا تتناسب مع المخالفة التي ارتكبها الموظف، واكتفت المحكمة بمعاقبة الموظف بعقوبة الوقف عن العمل بغير مرتب لمدة ثلاثة أشهر بأثر رجعي[1].

وفي حكم آخر لها، قررت محكمة الاستئناف إلغاء العقوبة الصادرة عن مجلس التأديب والقاضية بفصل الموظف، والنزول بالعقوبة إلى الوقف عن العمل بدون مرتب لمدة ثلاثة أشهر، وذلك لعدم الملاءمة الظاهرة بين درجة خطورة المخالفة وبين نوع الجزاء ومقداره مما خرج بالتقدير من نطاق المشروعية إلى نطاق عدم المشروعية، فخضع بذلك لرقابة المحكمة لما فيه من خطأ في تطبيق القانون[2].

وسار القضاء الكويتي على المبدأ ذاته في القضايا العمالية، مما يؤكد أن مبدأ رقابته على ملاءمة العقوبة التأديبية يعتبر من الأمور المسلم بها في أحكامه. فقد قضى بأنه (وإن كان لصاحب العمل سلطة توقيع الجزاء التأديبي على عماله إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة، بل إن للقضاء سلطة الرقابة على مباشرة صاحب العمل سلطته هذه، وهذه الرقابة ليست فقط بالنسبة إلى توقيع جزاء لا يسمح به القانون أصلاً بل أيضاً بالنسبة لتناسب الجزاء مع المخالفة التي ارتكبت.. لأنه بتوقيع عقوبة لا تتناسب في فداحتها مع المخالفة التي ارتكبت تعتبر من رب العمل تجاوزاً لسلطته التأديبية يملك القضاء التعقيب عليها بإلغاء ما وقع التجاوز فيه)[3].

ويرى الباحث أن القضاء الكويتي في هذه المرحلة التي سبقت إنشاء الدائرة الإدارية قد سار على نهج القضاء المصري في تقرير حقه في الرقابة على الملاءمة بين العقوبة التأديبية والخطأ المرتكب، إذ لم يكتف القضاء بمراقبة مدى التناسب بين العقوبة الموقعة والخطأ المقترف، وإنما أحل نفسه محل الإدارة في تقدير العقوبة.

---

(١) أشارت إلى هذا الحكم فتوى ديوان الموظفين د/٣٧-١٧٩٧ بتاريخ ١٩٧٥/٥/١١، مجموعة الديوان، ص ١٥٢.

(٢) أشارت إلى هذا الحكم فتوى ديوان الموظفين: م/ الفتوى/ بتاريخ ١٩٧٥/٤/٢٢، مجموعة الديوان، ص ١٥٤.

(٣) حكم لدائرة التمييز بمحكمة الاستئناف العليا بتاريخ ١٩٧٧/١١/٢٨، الطعن رقم ١٩٧٦/٢٤/تجاري، منشور بمجلة المحامي، الأعداد ١-٣، س٥، ١٩٨٠، مع تعليق على الحكم للدكتور/ محمد لبيب شنب، ص ٩٧ وما بعدها.

وبعد إنشاء الدائرة الإدارية بدأ تحوله في هذه المرحلة من قضائه السابق الذي أحل فيه نفسه محل الإدارة إلى الاكتفاء بإلغاء القرار التأديبي تاركاً للإدارة حرية اختيار العقوبة الجديدة. ففي حكمها الصادر بتاريخ ٥ فبراير سنة ١٩٨٩ ذهبت دائرة التمييز إلى أنه (ولئن كان لجهة التأديب سلطة تقدير الذنب الإداري، وما يناسبه من جزاء بغير معقب عليها في ذلك، إلا أن مناط مشروعية هذه السلطة شأنها شأن أية سلطة تقديرية أخرى – ألا يشوب استعمالها غلو، والذي من صوره عدم الملاءمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الإداري وبين نوع الجزاء ومقداره. وقرار الجزاء المشوب بالغلو يخرج من نطاق المشروعية إلى نطاق عدم المشروعية.. ولما كان قرار الفصل المطعون فيه قد صدر استناداً إلى مذكرة التحقيق الصادرة عن الدائرة القانونية.. وموضوعها حضور المستأنف عليه إلى الدوام يوم.. متأخراً.. ثم خرج في تمام الساعة الثانية عشرة، وخروجه في يومي.. بإذن رسمي إلا أنه تجاوز مدة الإذن الممنوحة له، وهى مخالفات في حد ذاتها لا تستأهل تلك العقوبة التأديبية الشديدة وهى الفصل من العمل.. وهى أشد كثيراً من حجم الذنب الإداري المنسوب إلى المستأنف عليه، مما يجعل القرار المطعون فيه مشوباً بالغلو في تقدير الجزاء بما يخرجه عن المشروعية)[1].

كما ذهبت دائرة التمييز في حكم آخر إلى أنه (ولئن كانت للسلطات التأديبية سلطة تقدير خطورة الذنب الإداري وما يناسبه من جزاء بغير معقب، إلا أن مناط مشروعية هذه السلطة ألا يشوب استعمالها غلو، ومن صوره عدم الملاءمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الإداري وبين نوع الجزاء ومقداره – فيخرج التقدير من نطاق المشروعية، ومعيارها ليس شخصياً وإنما هو معيار موضوعي، قوامه أن درجة خطورة الذنب الإداري لا تتناسب مع نوع الجزاء ومقداره، ومن ثم يخضع لرقابة المحكمة)[2].

وفي حكمها الصادر بتاريخ ٣ أكتوبر سنة ١٩٨٩ تبنت محكمة الاستئناف العليا نظرية الغلو في توقيع الجزاء، إذ قامت المحكمة باستعراض

---

(١) انظر :
– دائرة التمييز/ محكمة الاستئناف العليا بتاريخ ١٩٨٩/٢/٥، الطعن رقم ١٩٨٨/٢٠٧/ تجاري، مجلة القضاء والقانون، ع١ ، س ١٧، ١٩٩٥، ص ١١٥.

(٢) دائرة التمييز/ محكمة الاستئناف العليا بتاريخ ١٩٨٩/٣/١٣، طعن رقم ٢٤٠، ٢٤٤/ ١٩٨٨/ تجاري، مجلة القضاء والقانون، ع١، س ١٧، ١٩٩٥ ، ص ٢٠٣، وحكمها بتاريخ ١٩٨٩/٤/٢، طعن رقم ١٩٨٨/٢٧٩/ تجاري، مجلة القضاء والقانون، ع١ ، س ١٧، ١٩٩٥ص ٢٥٤.

الأسباب المحددة التي استند إليها قرار الجزاء، حيث استبعدت بعض هذه الأسباب من دائرة الاتهام وقدرت أن بقية الأسباب التي دعت الهيئة إلى توقيع الجزاء لا تبرر توقيعه وجاء مشوباً بالغلو. حيث أوردت بحيثيات حكمها (.. أن الهيئة المدعى عليها قد أوقعت على المدعي أشد العقوبات التأديبية من أجل السببين الثاني والثالث، وأن هذه العقوبة وما تبعها من حرمان المدعي من كامل مكافأة نهاية الخدمة قد جاءت مشوبة بأوضح صور الغلو، الأمر الذي يتعين معه إلغاء القرار المطعون عليه)[1].

ومقتضى إلغاء قرار فصل الموظف أنه يجعل الرابطة الوظيفية وكأنها لم تنفصم بل تعتبر قائمة ويعود للموظف كافة حقوقه بأثر رجعي، من حيث أقدميته وترقياته وعلاواته، وذلك منذ صدور قرار إنهاء الخدمة حتى إعادته للعمل، وذلك كنتيجة حتمية وأثر لازم من آثار حكم الإلغاء، إذ إلغاء قرار الفصل يترتب عليه إلغاء كل ما اتخذ من إجراءات استناداً لهذا القرار لأن ما بني على باطل فهو باطل ويصبح من المتعين أن يعاد تنظيم المراكز القانونية على مقتضى حكم الإلغاء، حتى ينال كل موظف ما يستحقه بصورة عادية، فيما لو لم يرتكب المخالفة في القرار الملغي، وتتركز فاعلية قضاء الإلغاء في الأثر الجوهري المتمثل في إعادة الموظف إلى الوظيفة التي كان يشغلها قبل صدور قرار الفصل، وكذلك أحقيته في الترقية التي تكون الإدارة قد أجرتها خلال مدة الفصل، وتوافرت فيه شروطها، وهذا فضلاً عما يستحقه من علاوات خلال فترة إبعاده عن وظيفته. غير أنه لا يستحق راتبه خلال فترة إبعاده عن الوظيفة، إذ هو لم يؤد خلالها أي عمل، ولا محاجة بأن الموظف مُنع من مباشرة عمله نتيجة القرار المخالف للقانون بما من حقه تقاضي مرتبه كاملاً عن مدة فصله، لأن امتناعه كان لسبب خارج عن إرادته، لأن العمل أو القرار المخالف للقانون أو غير المشروع إنما تسأل عنه الإدارة بدعوى تعويض متى توافرت عناصرها ومقوماتها، ومنها الضرر الحال للموظف عن ذات قرار الفصل[2].

العقوبة المقنعة :

قد تلجأ الإدارة إلى الأسلوب التأديبي المقنع بقصد اتخاذ إجراءات أو قرارات تستهدف به معاقبة الموظف بغير اجراءات التأديب تحت ستار

---

(١) حكم محكمة الإستئناف العليا بتاريخ ١٩٨٩/١٠/٣، قضية رقم ٨٩/٨٢٥/إداري.
وقد تأيد هذا الحكم من دائرة التمييز فيما بعد بالنقض رقم ١٩٨٩/٢٩٢/ تجاري، جلسة ١٩٩٠/٣/٥، مجلة القضاء والقانون، س ١٨، مايو ١٩٩٦، ص ١٦٠.

(٢) راجع في ذلك :
- حكم دائرة التمييز في الطعن رقم ٧٦ لسنة ١٩٨٦/تجاري، جلسة ١٩٨٦/١٢/٣١، غير منشور.

الغرض الأصلي المخصصة لـــه تلك الإجراءات أو القرارات، إما لأن التأديب لا يدخل في اختصاصها أو لطول إجراءاته أو للتخلص من القيود التي تحيط بهذه الإجراءات أو لعدم ضمان نتيجة السير في إجراءات التأديب[1].

ولسهولة اتخاذ إجراء النقل قد تجد الإدارة فيه ذريعة للتخلص من بعض الموظفيـــن بـــنقلهم إلى أماكن أخرى، أو في وظائف أخرى متذرعة بهدف الصـــالح العـــام، ولذلـــك يتعين على القاضي تحديد الطبيعة الحقيقية للنقل لمعـــرفة قصـــد الإدارة الحقيقـــي، هل قصدت من النقل توقيع الجزاء على الموظف أو تحقيق الصالح العام للمرفق دون الإضرار به.

وتخـــرج قـــرارات ندب الموظفين ونقلهم عن اختصاص الدائرة الإدارية وفقاً لأحكام المادة الأولى من القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ المعدل بالقانون رقـــم ٦١ لسنة ١٩٨٢، إلا إذا كان يحمل في طياتها قراراً مما تختص به، كما لو كان القرار ينطوي على عقوبة تأديبية مقنعة[2]، ومن ثم فإن القاضي يعتمد على القرائن والظروف الملابسة لاتخاذ إجراء النقل أو الندب للكشف عن نية الإدارة الحقيقية.

وإذا كـــان التميـــيز بيـــن الإجراء الإداري أو الإجراء الداخلي والجزاء التأديبـــي يبدو للوهلة الأولى يسيراً نسبياً، إلا أن ثمة صعوبات عديدة جعلت مـــن التميـــيز بيـــنهما أمراً دقيقاً للغاية : ففي معظم الأحيان، تتولى الجهة الإدارية نفسها السلطة الإدارية والسلطة التأديبية، كما قد يصطبغ إجراء ما تـــبعاً للظروف بصبغة إدارية في بعض الأحوال، وبصبغة تأديبية في أحوال أخرى، بالإضافة إلى أن الجهة الإدارية لا تشير عادة إلى طبيعة السلطة التي تنوي ممارستها، بل وقد تصفها وصفا محاطاً بالشك[3].

وهـــذا مـــا يقتضـــي أن نعرض للمعايير التي اعتمدها القضاء الكويتي للتمييز بين الإجراء الداخلي والجزاء التأديبي :

---

(١) راجع :
- حكـــم المحكمـــة الإدارية العليا فـــي الطعـــن رقـــم ٣٣٥٩ لسنـــة ٢٧ ق، بجلســـة ١٩٨٣/١٢/٢٧، س ٢٩، ص ٣٤٢، قاعدة ٥٢.

(٢) راجع :
- حكـــم محكمـــة التميـــيز فـــي الطعـــن رقم ١٧ لسنة ١٩٩٧، بجلسة ١٩٩٧/١٢/٢٢، موسوعة مبادئ القضاء الإداري، الكتاب الثاني، الجزء السادس، ص ٢٤٩.

(٣) راجع :
De Corail (Jean-Lois) La distinction entre mesure disciplinaire et mesure hiérarachique dans le droit de la fonction publique, A.J.D.A., 1967, P. 4.
- دكـــتـــور/ ســـعـــد أنور سعد قنديل، إجراءات التنظيم الداخلي للإدارة، المرجع السابق، ص ١٣٦.

يستند الإجراء الداخلي إلى سلطة الإدارة التقديرية في تنظيم المرافق العامة وضمان سيره بانتظام وإطراد على نحو يكفل أداء الخدمة على أفضل وجه. بيد أن الإدارة قد تتخذ من الإجراء الداخلي هدفاً آخر خلاف ما قصد منه، وذلك بتوقيع عقوبة على الموظف غير منصوص عليها قانوناً دون اتباع إجراءات التأديب وتوفير ضماناته.

ولقد تبنى القضاء الكويتي، في بداية الأمر، الأخذ بالمعيار الشكلي للتمييز بين العقوبة التأديبية المقنعة وإجراءات التنظيم الداخلي، إلا أنه هجر هذا المعيار لعدم كفايته وأخذ بالمعيار الموضوعي لإعمال هذا التمييز في حالات نقل الموظفين وندبهم.

المعيار الأول : المعيار الشكلي :

لقد ذهبت دائرة التمييز إلى أن العقوبات التأديبية هى تلك الواردة على سبيل الحصر في القانون، وأن ماعداها لا تثبت له هذه الصفة بقولها (... ونظم القرار كذلك الإجراءات التأديبية التي يجوز إيقاعها على الموظفين الذين يخالفون هذا النظام – نظام الموظفين – فعدد هذه الإجراءات حصراً في المادة (٥٦) منه وهى : الخصم من الراتب بمقدار لا يتجاوز الربع – الحرمان من الزيادة السنوية – تأخير الترقية – تخفيض الراتب – تنزيل الدرجة – العزل من الخدمة مع حفظ الحق في معاش التقاعد أو المكافأة أو الحرمان كلياً أو جزئياً، ثم أورد في المادة التالية أن هذه الإجراءات التأديبية تنفذ بقرار من المحافظ (محافظ البنك المركزي) بناء على توصية لجنة شؤون الموظفين، ولا يدعي المستأنف أن نقله يتضمن أياً من هذه الإجراءات التأديبية، ولأنه ثابت من شهادة إدارة التخطيط وشؤون العاملين بالبنك – المقدمة ضمن مستندات المستأنف عليه أنه لم يترتب على النقل تنزيل في الدرجة الوظيفية التي يشغلها أو تخفيض مخصصاته المالية عنها – فإنه لا يجوز للمستأنف أن يدعي أن قرار نقله يتضمن إجراءً تأديبياً صدر بالمخالفة لمقتضى حكم المادتين (٥٦) ، (٥٧) من قرار وزير المالية بنظام الموظفين)[1].

---

(١) راجع :
- حكم دائرة التمييز، في الطعن رقم ١٩٨٠/١٢٩، بتاريخ ١٩٨١/٥/٢٧، حكم غير منشور مشار إليه بمرجع الدكتور/ عادل الطبطبائي، الوسيط في قانون الخدمة المدنية الكويتي، المرجع السابق، ص ٥٨٦ ، ٥٨٧.

المعيار الثاني : المعيار الموضوعي :

إزاء عـدم كفاية المعيار الشكلي للتمييز بين العقوبة التأديبية والإجراء الداخلي، تبنى القضاء الكويتي المعيار الموضوعي لإعمال هذا التمييز وذلك مـن خـلال الـتعرف على القصد الحقيقي من وراء اتخاذ القرار وما يلحق الموظف من أذى من جراء اتخاذه.

وفي هذا المعنى ذهبت محكمة التمييز إلى أن (اختصاص الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية في مجال طلبات إلغاء القرارات الإدارية المتعلقة بالموظفين المدنيين يقتصر على طلبات إلغاء القرارات الخاصة بالتعيين والترقية وإنهاء الخدمة وتوقيع الجزاءات التأديبية ومن ثم يخرج من اختصاص تلك الدائرة طلـبات بإلغـاء قرارات نقل الموظفين إلا إذا كانت تحمل في طياتها قرارات أخرى مقنعة مما تختص الدائرة أصلاً بنظره كأن تنطوي على جزاء تأديبي مقـنع، ذلـك لأن الموظف في مركز قانوني عام يجوز تغييره في أي وقت فللإدارة سلطـة نقلة من وظيفة إلى أخرى تعادلها تبعاً لما يقتضيـه صالح العمـل مادام هذا النقل يهدف إلى المصلحة العامة ولا يشوبه سوء استعمال السـلطة ولا يفوت على الموظف دوره في الترقية في الوظيفة المنقول منها ولا يـنطوي على أي تنزيل لـه إلى وظيفة أقل درجة أو مرتبة في مدارج السلم الإداري عن تلك التي يشغلها أو مما يجعله منطوياً على عقوبة تأديبية قصـدت إلـيها الإدارة بغير اتخاذ الإجراءات القانونية، فإذا كان قرار النقل يـنطوي علـى جزاء تأديبي مقنع فان القضاء الإداري يختص عندئذ بطلب إلغـاء مثل هذا القرار لأن العبرة في مثل هذه الحالات بما قصدت إليه جهة الإدارة حقـيقة مـن اتخـاذ قرارها لا بما وصفت به هذا القرار من وصف مخالف للحقيقة)[1].

ولقـد أكـدت محكمـة التمييز هذا القضاء في العديد من أحكامها، حيث قضـت بـأن (الأصـل أن للإدارة سلطـة تقديريـة فـي نقـل الموظـف والاسـتفادة منه في المكان الذي تريده والعمل الذي تعينه ولا ولاية للقضاء الإداري علـى هـذا النوع من القرارات طالما أن هدف الإدارة من النقل هو الصالح العام وضمان حسن سير الإدارة وألا يكون في حقيقته جزاءً تأديبيـاً

---

(١) انظر :
- حكـم محكمـة التمييز في الطعن رقم ٩٢/٩٥ (تجاري)، بجلسة ١٩٩٣/٢/٢١، مجلة القضاء والقانون، الجزاء الأول، س ٢١، ١٩٩٧، ص ١٩٦.

مقـنعاً لا يجـــوز توقيعه عليـــه إلا لذنب ارتكب بعد اتباع الإجراءات التي يستوجبها القانون بما يجعل القرار منطوياً على عقوبة تأديبية مقنعة مشوباً بعيب مخالفة القانون، ومن المقرر أن النقل المعاصر لقرار جزاء تأديبي أو بعـده لا يعنـي حتماً، كأصل عام، وجود انحراف أو إساءة استعمال السلطة باعتـباره عقوبـة مقـنعة، فقد يكشف التحقيق عن اعتبارات من المصلحة العامة تحتم إجراء النقل سواء إنتهى هذا التحقيق إلى إدانة الموظف أو عدم إدانـته، لاسـتقلال كل من الأمرين عن الآخر، فاقتران النقل بالجزاء الواقع علـى الموظـف ليس في ذاته دليلاً على أن النقل ينطوي على جزاء مقنع تـتعدد به العقوبة عن الفعل الواحد، طالما أن النقل قصد به مصلحة العمل بوضـع الموظـف في الوظيفة أو المكان المناسب على هدي ما تكشف من التحقيق الذي أجرى معه، وأنه لم يكن متوشحاً بالجزاء ناضجاً بالسخط على الموظـف لنفس السبب الذي جوزي من أجله واستكمالاً لـه، بأن تكون قد انصرفت نيتها إلى معاقبة الموظف بنقله مستهدفة إيذائه على نحو يلحق به ضـرراً مادياً أو أدبـياً، وإلا انتفى عـن النقل شبهة انطوائه على عقوبة مقنعة. فإذا كانت المستأنف عليها قد نقلت بذات وظيفتها وكانت أسباب النقل حسبما جاء بقرار النقل هى اعتبارات المصلحة العامة وصالح العمل الذي لا تجـبر جهة الإدارة على ذكر دواعيه تفصيلاً التي تقتضي نقلها إلى مدرسة أخرى كي لا تجتمع الشقيقتان في مدرسة واحدة لصالـح العمـل وسلامـة إجـراءاته، وكـل ذلك يفيد أنه ليس ثمة أذى أو ضـرراً يلحق بالمستأنف عليها من جراء نقلها حتى يسوغ وصف هذا النقل بأنه ينطوي على عقوبة تأديبـية مقـنعة، وذلك بغض النظر عن تعاصر النقل مع التحقيق أو توقيع الجـزاء التأديبـي بالخصم من المرتب أو ورود التوصية بالنقل في مذكرة التحقـيق، لمـا لهـذا التعاصر في حد ذاته من دلالة واهية في هذا الشأن تمحوهـا الاعتـبارات والشـواهد سـالفة الذكر... بما يغدو معه قرار نقل المسـتأنف عليها هو قرار نقل مكاني بحت تترخص الإدارة في إجرائه بما لهـا من سلطة تقديرية لا معقب عليها، بما يفلت من رقابة القضاء الإداري ويخرج من ثم عن اختصاص الدائرة الإدارية)[1].

---

(١) انظر :

- حكـم محكمـة التمييز في الطعن رقم ١٩٩٣/٢١٦/ تجاري بتاريخ ١٩٩٤/٥/٢، منشور بموسوعة مبادئ القضاء الإداري التي أقرتها محكمة التمييز الكويتية في سبعة عشـر عاما – الفتـوى والتشريع، الكتاب الأول – الجزء الأول – الطبعة الأولى، ١٩٩٩، ص ١٥٧.

وراجع في نفس المعنى :

- حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ١٩٩٣/٢١٧ بتاريخ ١٩٩٤/٣/٢٢، منشور بموسوعة مـبادئ القانون الإداري التي أقرتها محكمة التمييز الكويتية في سبعة عشر عاما – الفتوى والتشريع، الكتاب الأول – الجزء الأول – الطبعة الأول، ١٩٩٩، ص ١٨٥.

وفي حكم آخر ذهبت محكمة التمييز إلى القول (أنه متى كان من المقرر قانونـــاً وفقـــاً لما تقضي به المادة الأولى من القانون رقم ٨١/٢٠ المعدل بالقـــانون رقـــم ٨٢/٦١ أن قـــرارات نـــدب الموظفيـــن ونقلهم تخرج عن اختصـــاص الدائرة الإدارية مادامت لا تحمل في طياتها قراراً مما تختص به الدائـــرة المنشـــأة طبقاً لأحكام ذلك القانون، كما لو كان القرار ينطوي على عقوبة تأديبية مقنعة، لذا فإن مقطع النزاع في شأن هذه القرارات هو تحديد مـــا إذا كان القرار الصادر بنقل الموظف أو ندبه قد قصدت به الإدارة الكيد للموظف أو الانتقام منه أم أن تصرفها يستهدف المصلحة العامة. فإذا تبين للمحكمـــة أن الإدارة قصـــدت إلى الكيد للموظف بأن يكون نقله إلى وظيفة أخـــرى لا تتفق ودرجة الوظيفة التي كان يشغلها بأن يكون من شأنها تنزيل لوضـــعه الوظيفي أو إنقاص من مزايا الوظيفة المادية والأدبية أعتبر القرار مـــنطويا على عقوبة تأديبية مقنعة مما يدخل في اختصاصها. وبالتالي يجب أن يكـــون لـــه ســـببـــه الذي يسنده – أما إذا تبين للمحكمة أن الإدارة اســـتهدفت المصـــلحة العامة وأن الأمر لا يعدو أن يكون توزيعاً للعمل على موظفيها فصلت في الدعوى على هذا الأساس، ويكفي أن تتبين المحكمة من ظـــروف الأحـــوال وملابساتها أن الإدارة لم تتجه إلى عقاب الموظف بغير اتباع الإجراءات والأوضاع المقررة ولم تنحرف بسلطتها في القرار لتحقيق هـــذا الغرض المستتر، وإنما قصدت تحقيق مصلحة المرفق وحسن تنظيمه وإدارتـــه، فـــيكون قرارها سليما موافقاً للقانون وفي هذه الحالة، يمكن أن تقضـــي بعـــدم اختصاصـــها تأسيساً على أن الطعن وجه إلى قرار لا يندرج ضمن النصوص القانونية التي حددت اختصاصها.

ومن المقرر أن لقاضي الموضوع السلطة التامة في بحث الدلائل القائمة فـــي الدعـــوى وترجـــيح ما يطمئن إليه منها واستخلاص ما يراه أنه واقع الدعـــوى وحســـبه أن يبيـــن الحقيقة التي اقتنع بها وأورد دليلها وأن يقيم قضاءه على أسباب سائغة تكفي لحمله. ولما كان ذلك وكان الحكم الإبتدائي والمكمل بالحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بعدم اختصاص المحكمة ولائياً بـــنظر طلب الطاعن بإلغاء قرار نقله على ما خلص إليه من أن هذا النقل لم يـــنطو علـــى عقوبـــة مقـــنعة لأنه لم يؤد إلى تنزيل درجته الوظيفية، وأن الوظـــيفة التـــي نقل إليها مساوية للوظيفة المنقول منها، وأن قرار النقل لم يهدف مجرد الإضرار أو التنكيل به، وإنما جاء تحقيقاً للمصلحة العامة سليماً متفقاً مع أحكام القانون، ويضحى طلب إلغاء القرار المطعون عليه لا تختص بـــنظره الدائرة الإدارية، ولا طلب التعويض عنه، هى أسباب سائغة وتكفي

لحمـــل قضـــاء الحكم المطعون فيه ولها أصلها الثابت بالأوراق ويؤدي إلى النتـــيجة التي انتهى إليها. فإن النعي عليه يكون على غير أساس ولا يعدو أن يكون جدلا موضوعياً فيما لمحكمة الموضوع من سلطة في تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير الدليل مما تنحسر عنه رقابة محكمة التمييز)[1].

وهكـــذا فـــإن مقطع النزاع في شأن هذه القرارات هو تحديد ما إذا كان القـــرار الصادر بنقل الموظف أو ندبه قد قصدت به الإدارة الكيد للموظف أو الانتقام منه أم أن تصرفها يستهدف المصلحة العامة، فإذا تبين للمحكمة أن الإدارة قصدت الكيد للموظف والإضرار به، كما لو كانت قد قصدت أن تفوت علـــى الموظـــف دوره فـــي الترقية في الوظيفة المنقول منها أو تنزيله إلى وظـــيفة أقل درجة أو مرتبة في مدارج السلم الإداري عن تلك التي يشغلها، اعتبرت القرار منطوياً على عقوبة تأديبية مقنعة مما يدخل في اختصاصها، وبالتالـــي يجـــب أن يكـــون له سببه الذي يسنده. أما إذا تبين للمحكمة أن الإدارة استهدفت المصلحة العامة، وأن الأمر لا يعدو أن يكون توزيعاً للعمل على موظفيها، فصلت في الدعوى على هذا الأساس.

رأينا في الموضوع :

بعـــد هـــذا العـــرض المبسط للمعايير التي تناولت التمييز بين الإجراء الداخلي والجزاء التأديبي، يتعين إبراز عدة نقاط أساسية :

١- أن تعـــدد المعايير يعبر عن تطور ومرونة القضاء الإداري، ويؤكد الســـمة القضـــائية للقـــانون الإداري. إذ أن للقاضي الإداري دوراً كبيراً في تكويـــن وتأصيل القواعد القانونية، وأحكام القضاء تنبئ عن مرونة تتطلبها تطـــور الأوضاع الخاصة بالأنشطة الإدارية، وهذه المرونة تعد منطقية من أجل عدم تقييد القضاء في أحكامه مستقبلاً، ومن ثم فان المعايير التي قيـــل بها تعبر – في الأغلب – عن مرحلة تاريخية لأحكام القضـــاء سرعـــان ما

---

(١) انظر :
- حكـــم محكمـــة التميـــيز فـــي الطعن رقم ١٩٩٧/١٧ (تجاري) بتاريخ ١٩٩٧/١٢/٢٢ منشور بموسوعة مبادئ القانون الإداري التي أقرتها محكمة التمييز الكويتية في سبعة عشـــر عاماً – الفتوى والتشريع، الكتاب الأول – الجزء الأول، الطبعة الأولى، ١٩٩٩، ص ١٧٧.
وانظر في ذات المعنى :
- حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ١٩٨٩/٣٠٨ (تجاري) بتاريخ ١٩٩٠/٣/١٢ مجلة القضاء والقانون، مايو ١٩٩٦، ص ١٨٣.

يعـدل عـنها، وهذا بدوره يؤدي إلى صعوبة بناء معيار أو نظرية متكاملة على دعائم قضائية متطورة ومتغيرة بصفة شبه دائمة.

٢- أن هذه المعايير متعاونة متكاملة أكثر منها متعارضة أو متنافرة.

٣- نظـراً لأن هـذه المعايير لم تكن جامعة مانعة في أن تحدد كل منها على حده ماهية التمييز دون مثالب، فإنه يتعين إعمال كافة المعايير السابقة وكافة القرائن والملابسات التي صاحبت اتخاذ الإجراء، لأن كلاً منها لا يخلو من فائدة :

فـبادئ ذي بدء يتعين البحث فيما إذا كان الإجراء المتخذ قد ورد ضمن الجـزاءات التأديبـية المحددة على سبيل الحصر، أو لم يكن وارداً بها، فإذا كـان وارداً ضمن الجزاءات التأديبية كان جزاءً تأديبياً وإذا لم يكن وارد بها وكان يستهدف الصالح العام وحسن سير الإدارة، كان إجراءً داخلياً.

وقـد يكون البحث عن قصد الإدارة من اتخاذ الإجراء حاسماً في بعض الأحيان، فإذا ثبت من خلال الظروف والملابسات أن الإدارة قصدت من إتخاذ الإجراء توقيع الجزاء على الموظف، كان الإجراء جزاءً تأديبياً، أما إذا ثبت أنهـا قصدت تحقيق المصلحة العامة للمرفق، وتلبية مستلزماته، كان إجراءً داخلياً.

وقـد لا يكـون مـن السهل كشف قصد الإدارة الحقيقي من وراء اتخاذ الإجراء، فيؤخذ بمعيار أثر الإجراء، فإذا ثبت من خلال الظروف والملابسات حرمان الموظف من بعض الحقوق والامتيازات التي يتمتع بها كان الإجراء جزاءً تأديبياً، بينما يكون داخلياً إذا لم يرتب أي أثر في مواجهة الموظف.

غير أن ما يعترض سبيل الأخذ بالمعيار المستمد من أثر الإجراء وجود العديـد مـن الإجراءات الداخلية التي تحدث نفس الآثار التي يرتبها الجزاء التأديبـي، دون أن تعتبر كذلك، وحينئذٍ يتولى القاضي تحديد طبيعة الإجراء مـن خـلال فحـص الأسـباب التي أدت إلى اتخاذ الإجراء. فإذا كانت هذه الأسباب من طبيعة تأديبية كان الإجراء تأديبيا، وإذا كانت من طبيعة رئاسية كان الإجراء داخلياً. غير أن ما يؤخذ على معيار فحص الأسباب أن التمييز بيـن السـبب التأديبي والسبب الرئاسي أمر نسبي، لعدم وجود تعداد حصر للأخطـاء الوظيفـية، بالإضـافة إلـى وجـود تداخل بين الأسباب التأديبية والأسباب الرئاسية.

ونخلص من ذلك إلى ضرورة إعمال كافة المعايير السابقة لتحديد ماهيـة الإجراء المتخذ إذ إن كلاً منها يتلافى المآخذ الموجهة إلى المعايير الأخرى.

المطلب الثاني

طعون الأفراد أوالهيئات بإلغاء القرارات الإدارية

ورد نص المادة الأولى من القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٢ في شأن تعديل بعض أحكام المرسوم بالقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ بإنشاء دائرة إدارية بالمحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية على أن: (تنشأ بالمحكمة الكلية دائرة إدارية تشكل من ثلاثة قضاة وتشتمل على غرفة أو أكثر حسب الحاجة، وتختص دون غيرها بالمسائل الآتية، وتكون لها فيها قضاء الإلغاء والتعويض : ..... خامساً : الطلبات التي يقدمها الأفراد أو الهيئات بإلغاء القرارات الإدارية النهائية عدا القرارات الصادرة في شأن مسائل الجنسية وإقامة وإبعاد غير الكويتيين وتراخيص إصدار الصحف والمجلات ودور العبادة).

كما وردت المادة الخامسة من ذات القانون على أن: (تكون للدائرة الإدارية وحدها ولاية الحكم بإلغاء القرارات الإدارية المشار إليها في البنود: ثانياً وثالثاً ورابعاً وخامساً من المادة الأولى، كما تكون لها وحدها ولاية الحكم في طلبات التعويض عن الأضرار الناشئة عن تلك القرارات، سواء رفعت إليها بطريقة أصلية أو تبعية). وهذا يدل على أن المشرع قد وسّع نطاق اختصاص الدائرة الإدارية عما كان منصوصا عليه بالمرسوم بقانون رقم ١٩٨١/٢٠ بحيث يجعله يشمل دعاوي التعويض عن الأضرار الناشئة عن القرارات الإدارية المعيبة بعيب من العيوب المنصوص عليها قانوناً، فأصبحت هذه الدعاوي من اختصاص الدائرة المذكورة وحدها حتى ولو رفعت إليها بصفة أصلية استقلالاً عن دعوى الإلغاء، ويقتصر دور القضاء في هذه الحالة على استظهار وجه العيب في القرار لا ليقضي بإلغائه، ولكن ليزن ذلك عند الفصل في طلب التعويض[1].

ويشترط في الطعون الموجهة ضد القرارات الإدارية المذكورة في المادة الأولى من (ثانياً) إلى (خامساً) أن يكون مرجع الطعن عدم الاختصاص أو

---

(١) راجع :

- حكم دائرة التمييز في الطعن رقم ١٩٨٤/٥٨ (تجاري)، بجلسة ٨٤/١١/٢٠، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، القسم الأول، المجلد الثاني، يناير ١٩٩٤، ص ٤٦٩ ، ٤٧٠.

وجـــود عيب بالشكل أو مخالفة القانون أو اللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلهـــا أو إساءة استعمال السلطة، ويعتبر في حكم القرارات الإدارية التي يجوز الطعن فيها، رفض السلطات الإدارية أو امتناعها عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه وفقاً للقوانين واللوائح.

ولمـــا كـــان لفظ (الأفراد) لفظاً عاماً، يجب أن يفسر بحيث يشمل الأفراد الطبيعييـــن والأشـــخاص المعنوية، ولذا ما كان المشرع بحاجة إلى إضافة عبارة أو (الهيئات)، بيد أنه قصد بهذه الإضافة إزالة كل لبس أو شك يمكن أن يثور حول تفسير مدلول (الأفراد)[1].

وهكذا فإن لكل فرد الحق في أن يطعن بإلغاء القرارات الإدارية النهائية التي تصدرها الجهات الإدارية في مواجهته، سواء كان الفرد شخص طبيعي أو شـــخص معـــنوي وسواء كانت الهيئة من أشخاص القانون العام أم من أشخاص القانون الخاص متى كانت متمتعة بالشخصية المعنوية.

مفهـــوم القـــرار الإداري :

المقصود بالقرارات الإدارية في هذا الشأن تلك القرارات الإدارية (لائحية كانـــت أم فـــردية) التي تخاطب الأفراد في غير شئونهم الوظيفية، ذلك لأن دعـــاوي الشـــئون الوظيفـــية سبق وأن نص عليها المشرع في البنود أولاً وثانـــيا وثالـــثا ورابعاً من المادة الأولى من ذلك القانون، ومن ثم لا يجوز للموظفيـــن الاســـتناد إلى البند (خامسا) للطعن في قرارات صادرة بصفتهم هـــذه، بـــل عليهم الرجوع في هذه الحالة إلى البنـــود الأربعة الأولى، وإلا أصـــبح تحديد اختصاص الدائرة الإدارية في شئون الموظفين لغوا تشريعياً المـــنزد عـــنه الشـــارع[2]. ولكن ليس هناك ما يمنع من استنادهم إلى البند (خامساً) للطعن في القرارات التي تمس مصالحهم الخاصة لا كموظفين ولكن كأفراد عاديين، فللموظـــف أن يطعـــن بصفتـــه فـــرداً عادياً فـــي القـــرار

---

(١) لمزيد من التفصيل يراجع :
- دكـــتور/ عـــثمان خلـــيل عثمان، مجلس الدولة ورقابة القضاء لأعمال الإدارة، المرجع السابق، ص ٢٧٣.
- دكتور/ محمد كامل ليله، الرقابة على أعمال الإدارة، الرقابة القضائية، المرجع السابق، ص ٤١٦.
- دكتور/ محمود حافظ، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ٣٨١.

(٢) راجع :
- دكـــتور/ داود ســـليمان العيسى، المبادئ العامة للقضاء الإداري، ثلاثة أجزاء، مذكرات لطلبة الليسانس، كلية الحقوق – جامعة الكويت، ص ٣٨٧.

الصـــادر بالاســـتيلاء على ملكه أو في القرار الصادر برفض منحه ترخيصاً بحمـــل سلاح لحراسة أطيانه أو أملاكه الخاصة أو في قرار منعه من السفر إلـــى الخـــارج أو بـــرفض تصريح بالبناء أو الهدم أو كمستفيد من خدمات المرافق العامة.

ولقـــد ذهبت محكمة التمييز بصدد تعريفها للقرار الإداري إلى أنه: (ذلك الـــذي تفصح به الجهة الإدارية عن إرادتها الملزمة في الشكل الذي يتطلبه القـــانون بما لها من سلطة مستمدة من القوانين واللوائح بقصد إحداث أثر قانوني يكون ممكنا وجائزاً وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة)[1].

وفـــي هـــذا المعنى أيضاً ذهبت محكمة التمييز إلى أن: (القرار الإداري الـــذي لا تختص جهة القضاء العادي بإلغائه أو تأويله أو تعديله – وعلى ما جـــرى به قضاء هذه المحكمة – هو ذلك القرار الذي تفصح به الإدارة عن إرادتهـــا الملـــزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح وذلك بقصد إحـــداث مركز قانوني معين متى كان ممكنا وجائزاً قانوناً وكان الباعث عليه مصـــلحة عامـــة، لما كان ذلك، وكان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن العبرة في تحديد الاختصاص لجهة القضاء هى بما يوجهه المدعى في دعواه مـــن طلـــبات، وكانت الدعوى الماثلة لا تتضمن ثمة طعن على قرار إداري علـــى النحو السالف إذ أنها بحسب الطلبات المبداه فيها ومرماها تدور حول مـــدى أحقية المطعون ضدها في صرف مبلغ التثمين المستحق لها عن نزع ملكية العقار المملوك لمورثها دفعة واحدة مما يدخل في الاختصاص النوعي للقضـــاء العـــادي باعتـــباره صاحب الولاية العامة في نظر كافة المنازعات المدنـــية والـــتجارية التـــي تنشب بين الأفراد أو بينهم وبين إحدى وحدات الدولة، فإن الحكم المطعون فيه إذ انطوى قضاؤه في موضوع الدعوى على قضـــاء ضـــمني باختصـــاص جهة القضاء العادي بنظر الدعوى لا يكون قد خالف قواعد الاختصاص النوعي، ويكون النعي عليه بهذا السبب على غير أساس)[2].

---

(١) راجع :
– حكـــم دائـــرة التمييـــز فـــي الطعن رقم ١٩٨٨/١٩٩ (تجاري)، بجلسة ٨٨/١١/٢٧، موسوعة مبادئ القانون الإداري التي أقرتها محكمة التمييز الكويتية في ١٧ عاماً، الكتاب الأول، الجزء الثاني، الطبعة الأولى ١٩٩٩، ص ٨٧٠.

(٢) يراجع :
– حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٦٦ لسنة ١٩٩٥ (مدني)، بجلسة ١٩٩٦/١٠/١٤، موسوعة مبادئ القضاء الإداري التي أقرتها محكمة التمييز الكويتية في ١٧ عاماً، الكتاب الثالث، الجزء السابع، الطبعة الأولى ٢٠٠٠، ص ٢٨١.

ولقد ذهبت محكمة القضاء الإداري في تعريف القرار الإداري إلى أنه: (إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إحداث مركز قانوني معين يكون جائزاً وممكنا قانوناً متى كان ذلك بباعث من المصلحة العامة التي يتبعها القانون)[1].

كما ذهبت المحكمة الإدارية العليا في ذات الاتجاه بقولها: (إن القرار الإداري – على ما جرى به قضاء هذه المحكمة – هو إفصاح الإدارة في الشكل الذي يتطلبه القانون عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة عامة بمقتضى القوانين واللوائح، وذلك بقصد إحداث مركز قانوني معين يكون ممكناً وجائزاً قانوناً ابتغاء مصلحة عامة)[2].

القرار الإيجابي والقرار السلبي :

ويعتبر في حكم القرارات الإدارية رفض السلطات الإدارية أو امتناعها عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه وفقاً للقوانين واللوائح ذلك أن سكوت الإدارة أو امتناعها عن إصدار قرار كان من الواجب عليها اتخاذه، قد يضر بمصالح الأفراد، ولذا فإن القانون يجيز الطعن في القرارات السلبية أسوة بالقرارات الإيجابية، إذ أن صاحب الشأن يجد نفسه في حيرة من أمره لأنه ليس هناك قرار إيجابي يحدد مركزه القانوني أو يؤثر في هذا المركز، ومن هنا أجاز المشرع لصاحب الشأن أن يطعن في هذا المسلك السلبي بوصف أن إرادة الجهة الإدارية قد تمثلت في الامتناع عن اتخاذ قرار ما، فالامتناع في حد ذاته يشكل موقفاً يترتب عليه آثار قانونية إذا كان هناك إلزام عليها بأن تتخذ موقفاً إيجابيا ولم تقم باتخاذه. غير أنه إذا كان

---

(١) راجع :
- حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ١/٢٦٣ ق، والدعوى رقم ١/٣٨ ق، بجلسة ١٩٤٨/١/٧، س ٢، ص ٢٢٢.
- وحكمها في الدعوى رقم ٦/١١٤٦ ق، بجلسة ١٩٥٤/٢/٢٨، س ٨، ص ٧٧٧.
- وحكمها في الدعوى رقم ٦/٦٦٦٢ ق، بجلسة ١٩٥٤/٣/١٠، س ٨، ص ٩١٢.

(٢) راجع :
- حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢٣/٤٣٢ ق، بجلسة ١٩٧٩/١/٢٧ مجموعة ١٥ سنة عليا، ص ٧٥، والطعن رقم ١٢/٦٧٤ ق، بجلسة ١٩٦٧/٩/٢، س ١٢، ص ١٢٣٦.
وقالت المحكمة الدستورية في تعريف القرار الإداري وهى بصدد الفصل في قضايا تنازع الاختصاص (أنه لكي يعتبر القرار إداريا يجب أن يكون صادرا من جهة إدارية إفصاحاً عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إحداث أثر قانوني معين) مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا – القسم الثالث – ص ١٢٥ – الحكم الصادر في الدعوى رقم ٤/٦ ق عليا (تنازع) بتاريخ ١٩٧٥/١/٤.

الاختصـــاص تقديرياً طبقاً لنصوص القوانين واللوائح، فلا إلزام على الإدارة في إصدار قرار ما، وبالتالي لا يعد سكوتها في هذه الحالة بمثابة قرار سلبي يمكن الطعن عليه بالإلغاء[1].

وفـــي هذا المعنى ذهبت محكمة التمييز إلى أن (مفاد نص المادة الأولى والـــرابعة مـــن القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٢ الصادر في شأن تعديل بعض أحكـــام المرســـوم بالقـــانون رقـــم ٢٠ لســـنة ١٩٨١ بإنشاء دائرة إدارية بالمحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية يدل على أن المشرع اعتبر امتناع الســـلطة الإداريـــة عـــن اتخاذ قرار استلزم قانون أو لائحة اتخاذه في حكم القرار الإداري، أما سكوت تلك السلطة عن اتخاذ قرار يترك القانون اتخاذه لمحـــض تقديرها فلا يعتبر قراراً إدارياً سلبياً منها يجوز لذوي الشأن الطعن فيه بالإلغاء، ولما كان نص المادة (٢٧) من المرسوم بقانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٧٩ الصادر في شأن الجمعيات التعاونية صريـــح العبارة في الدلالة على أن المشرع ترك حق الوزارة في وقف تنفيذ القرارات التي تصدرها الهيئات القائمة بإدارة الجمعيات لمطلق تقديرها إن شاءت أوقفتها وإن سكتت لم يكن ذلـــك عن أمر واجب عليها، ومن ثم لا يعتبر هذا السكوت بمثابة قرار سلبي منها يجوز الطعن عليه بالإلغاء)[2].

وفي التفرقة بين القرار الإداري الإيجابي والقـــرار السلبي ذهبـــت دائرة التميـــيز[3] إلـــى أن: (القـــرارات الإدارية التي تقبل الطعن فيها بالإلغاء هى القـــرارات التي تصدر من جهة إدارية تملك إصدارها بغير معقب عليها من جهة إدارية أعلى منها ويكون من شأنها إحداث أثر قانونـــي معيـــن بإنشاء

---

(١) لمزيد من التفصيل يراجع :
- دكتور/ عبدالغني بسيوني عبدالله، وقف تنفيذ القرار الإداري في أحكام القضاء الإداري، منشأة المعارف بالاسكندرية، ص ٤٢ وما بعدها.
- دكـــتور/ محمـــد ماهر أبوالعينين، الوسيط في شرح اختصاصات مجلس الدولة، الجزء الأول ٢٠٠٠، ص ٢٦٣.
- دكتور/ محمود عاطف البنا، الوسيط في القضاء الإداري، دار الفكر العربي، ص ١٨٢.

(٢) راجع :
- حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ١٦٤ لسنة ١٩٩٠ (تجاري)، بجلسة ١٩٩٢/٢/٣، موســـوعة مـــبادئ القضاء الإداري التي أقرتها محكمة التمييز الكويتية في ١٧ عاماً، الكتاب الثالث – الجزء السابع ٢٠٠٠، ص ٣٦٠.

(٣) راجع :
- حكـــم دائـــرة التميـــيز في الطعن رقم (١٠٣ ، ١٠٤ ، ١٠٥) لسنة ١٩٨٦ (تجاري) بجلسة ١٩٨٧/٢/١٨، موسوعة مبادئ القضاء الإداري التي أقرتها محكمة التمييز في ١٧ عاماً، الكتاب الأول – الجزء الثاني ١٩٩٩، ص ٧٧٠.
ولقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى القول بأن اختصاص مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري بنظر الطعن في القرارات الإدارية السلبية منوط بأن يكون من الواجب على =

أو تعديـــل أو إلغاء المركز القانوني للطاعن وكان من غير اللازم في القرار المطعون فيه أن يكون إيجابياً بل يمكن أن يكون سلبياً أي متمثلاً في امتناع الإدارة عن إصدار قرار إداري فردي يوجب عليها القانون إصداره).

وتشـــكل القـــرارات الإدارية السلبية استثناءً على إنقضاء ميعاد الطعن بالإلغـــاء، ويـــرجع ذلك إلى فكرة استمرار القرارات الإدارية السلبية وعدم انـــتهائها، بحيث يظل باب الطعن فيها مفتوحاً طالما استمرت حالة الإمتناع، بيـــد أنـــه فـــي حالة التنفيذ الفعلي للقرار الإداري السلبي يبدأ ميعاد الطعن فيه[1].

المصلحـــــة :

ولقـــد اشترط المشرع في المادة الثالثة من قانون إنشاء الدائرة الإدارية ضـــرورة توافر المصلحة الشخصية المباشرة لدى رافع الدعوى بقولها: لا تقبل الطلبات المقدمة من أشخاص ليست لهم مصلحة شخصية مباشرة[2].

ومن الملاحظ أن الدفوع في قانون المرافعات ثلاثة : دفوع موضوعية، ودفـــوع شكليـــة، ودفوع بعدم القبول Fine de non recevoir والدفع بانعدام المصلحة ليس دفعاً موضوعياً وليس دفعاً شكلياً وإنما هو دفع بعدم القبول[3].

= الجهة الإدارية قانوناً إتخاذ القرار فإذا لم يكن ذلك واجباً وكان متروكاً لمحض تقديرها فإن سكوت الجهة الإدارية عن اتخاذ مثل هذا القرار لا يشكل الامتناع المقصود من نص المادة الثامـــنة المشـــار إلـــيها ولا يكون ثمة قرار إداري يمكن الطعن عليـــه. وهكذا فان القرار الإداري الســـلبي يـــتحقق عندما ترفض الجهة الإدارية أو تمتنع عن اتخاذ إجراء كان من الواجـــب عليها اتخاذه بحكم القانون، ويتعين لقيام القرار السلبي أن يكون ثمة إلزام على الجهة الإدارية باتخاذ قرار معين، وإذا لم يكن إصدار مثل هـــذا القرار واجبـــا عليها، فان امتناعها عن إصداره لا يشكل قراراً سلبياً ممـــا يقبل الطعن عليه بالإلغاء وتكون الدعوى جديـــرة بعدم القبول لانتفاء القـــرار الإداري، حكم المحكمـــة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٠٦٦ لسنة ١٠ ق، بجلسة ١٩٦٧/١٢/٢٣، س ١٥، ص ٧٧، وحكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢٢٢ لسنة ٢٨ ق، بجلسة ١٩٨٥/٥/٤، س ٣٠، ص ١٠١٧.

(١) راجع :
- حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقـــم ٣٥٠ لسنة ١١ ق، جلسة ١٩٦٨/١/١٣، س ١٢، قاعدة ٥٦.

(٢) ورد نص المادة (٣) من القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ بإنشاء الدائرة الإدارية على أن (لا تقـــبل الطلـــبات المقدمة من أشخاص ليست لهم فيها مصلحة شخصية مباشرة)، كما ورد نـــص المادة (٣) من القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٢ على أن (مع عدم الإخلال بنص المادة الثانية لهم فيها مصلحة شخصية مباشرة).

(٣) راجع :
- دكتور/ مصطفى أبوزيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص ٥٥٦.
- حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ١٩٧٣/١١/١٠، س ٧، ص ٩٩٣ وما بعدها.

ولا يشترط لقبول دعوى الإلغاء أن يكون لرافع الدعوى حق أُعتدى عليه أو مهدد بالاعتداء عليه، بل يكتفى أن يكون الفرد في حالة قانونية خاصة أثر فيها القرار المراد إلغاؤه تأثيراً مباشراً، ولقد جرى القضاء الإداري على التوسع في تفسيره لشرط المصلحة إدراكاً منه لضرورة التوفيق بين الضرورات العملية ومقتضيات حسن الإدارة، فلم يستلزم أن يكون رافع الدعوى صاحب حق اعتدى عليه، بل اكتفى أن يكون في حالة قانونية خاصة إزاء القرار المطعون فيه من شأنها أن تجعل القرار مادام قائماً مؤثراً في مصلحة ذاتية له تأثيراً مباشراً، والمصلحة بهذا المعنى مهما توسع القضاء الإداري في تفسيرها لا تعني المصلحة التي تتحقق لجميع المواطنين في أن تلتزم حدود الشرعية في تصرفاتها وإنما يجب أن تكون المصلحة شخصية ومباشرة. فلكي تقبل دعوى الإلغاء يجب ألا يكتفي رافعها بصفته العامة كمواطن، بل يتحتم أن تتوافر فيه صفة أخرى تميزه عن غيره وتجعله في حالة قانونية يمسها القرار المطعون فيه[1].

وتتمثل مصلحة الأفراد عادة في توقي الضرر الذي يصيبهم من القرار[2]. ولما كانت المصلحة في هذا المقام غير مستندة إلى حق وإنما إلى صفة ذاتية في الطاعن ترجع إلى نشاط يمارسه، ونظراً لأن هذه الصفات لا يمكن حصرها مقدما، فإن الأمر قد انحصر في وجود اتجاهات عامة يمكن تلمسها والكشف عنها من خلال تتبع ومراجعة وتحليل أحكام القضاء الإداري في هذا الشأن.

هذا ونتناول طعون الأفراد والهيئات من خلال بيان الصفة والمصلحة في الطعن والأعمال التي تخرج عن رقابة الدائرة الإدارية وأخيراً وقف تنفيذ القرار الإداري كل في فرع مستقل وفقاً للتقسيم التالي :

الفرع الأول : طعون الأفراد.

الفرع الثاني : طعون الهيئات.

الفرع الثالث : الأعمال التي تخرج عن رقابة الدائرة الإدارية.

الفرع الرابع : وقف تنفيذ القرار الإداري.

---

(١) راجع :
- حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ٣١٢٣ لسنة ٣٥ ق، بجلسة ١٩٨٢/٢/١١.

(٢) حكم دائرة التمييز في الطعن رقم ٨٦/٢١٧ (تجاري)، بجلسة ١٩٨٧/٦/٣٠، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة التمييز، القسم الثاني - المجلد الثالث، ص ١١٣ (أن مناط توافر المصلحة في الطعن أن يكون الحكم المطعون فيه قد أضر بالطاعن...).

الفرع الأول

طعـــون الأفـــراد

يشـــترط القضـــاء الإداري فـــي دعوى الإلغاء أن يكون رافعها في حالة قانونية خاصة يؤثر فيها القرار الإداري المطعون فيه تأثيراً مباشراً، ويترتب على ذلك أن الفرد باعتباره فرداً لا يمكنه أن يطعن بالإلغاء في كل القرارات الإداريـــة، بل لابد أن تتوافر فيه صفة أخرى كصفة المالك أو دافع الضرائب أو الـــتاجر أو الصـــانع.. إلـــخ حتى يمكنه استعمال دعوى الإلغاء بالنسبة للقرارات المتصلة بهذه الصفة، وهذه الصفات لا تقع تحت حصر فهى كثيرة ومتشعبة، ولا يمكن الإلمام بها كلها، ولذلك فسوف نكتفي باستعراض بعض هذه الصفات :

١ـ صفة المالك :

لا يقتصـــر حـــق المالك في الطعن على القرارات التي تمس حق الملكية كقـــرارات الهـــدم ونـــزع الملكية وقرارات تخطيط حدود الدومين العام التي تـــندمج فيه بعض الأملاك الخاصة. ولكن يمتد ليشمل القرارات الإدارية التي تسبب للملاك أضراراً أو مضايقات لا تصل إلى حد الاعتداء على حق الملكية بالمعنى المعروف في القانون المدني.

وتطبـــيقاً لذلـــك قضـــى مجلس الدولة الفرنسي بقبول طعون الملاك في القـــرارات الإدارية التي تتعلق بإعداد الطريق العام أو باستعماله إذا كان من شـــأن هـــذه القـــرارات أن تسبب لهم مضايقات أو أضراراً كالقرار الصادر بتخويل شركة ترام استخدام طريق الترولي في الشارع الذي به الطاعن مما يحـــدث ضوضاء أو مضايقات لـــه[١]. والقرارات المتعلقة بإنشاء جبانات أو توسيعها[٢]. والقـــرارات المنطوية على مخالفة لنظام البناء في الشارع الذي يقع فيه ملك المدعي بالسماح لأحد المواطنين بإقامة منزل يخالف بارتفاعه القدر المسموح به قانوناً[٣].

---

(١) راجع :

C.E., 3 février 1905, Storck, Rec., P. 116.
C.E., 18 août 1944, lagarrique.

(٢) راجع :

C.E., 29 juin 1900, Arnaud, Rec., P. 435.

(٣) راجع :

C.E., 22 avril 1932, Tettelin, Rec., P. 727.

وقضاء مجلس الدولة المصري في بداية عهده ارتأى أن صفة المالك لا تكفي لكي تجعل للطاعن مصلحة في طلب إلغاء قرار إداري يتعلق بضم ناحية إلى أخرى. وفي ذلك المعنى ذهبت محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر بتاريخ ٣٠ أبريل ١٩٤٨ إلى أنه: (.. ليست للمدعين صفة في هذا الطلب تقوم على حالة قانونية خاصة بالنسبة إلى قرار الفصل المطعون فيه من شأنها أن تجعله مؤثراً في مصلحة شخصية لهما تأثيراً مباشراً. أما كونهما من أهالي البلدة التي قسمت وفصلت منها الناحية المستجدة، وأن لهما بها أملاكاً فلا يكفي لاعتبارهما في مثل تلك الحالة القانونية الخاصة بالنسبة إلى القرار الإداري)[١].

وقد عدلت محكمة القضاء الإداري عن اتجاهها السابق وأخذت بالإتجاه السائد في أحكام مجلس الدولة الفرنسي، وقبلت الدعوى استناداً إلى صفة المالك وحدها[٢].

وفي الكويت أعمل القضاء صفة المالك في الدعوى في قضية تتلخص وقائعها في قيام أحد الأفراد بإقامة عقاره الكائن بمنطقة غرناطة وعندما تقدم للبلدية لمنحه شهادة لتوصيل التيار الكهربائي للعقار لم تستجب لطلبه وامتنعت عن إعطائه شهادة بذلك، فطعن على هذا القرار. وبتاريخ ٢٣ يونية ١٩٩٧ حكمت المحكمة في الدعوى رقم (٩٧/٥) إداري برفض الدعوى. وإذا لم يرتض المالك هذا الحكم فقام بالطعن عليه بالاستئناف والمقيد برقم (٩٧/٥٨١) إداري وبتاريخ ٦ أكتوبر ١٩٩٧ حكمت محكمة الاستئناف بإلغاء الحكم المستأنف وإلغاء قرار البلدية السلبي بالامتناع عن تسليم المالك الشهادة المطلوبة لتقديمها إلى وزارة الكهرباء والماء ليتمكن من توصيل التيار الكهربائي للمبنى موضوع التداعي وإلزامها بتسليمه تلك الشهادة. إلا أن محكمة التمييز لم تساير محكمة الاستئناف فيما ذهبت إليه بصدد الطعن المقدم من قبل البلدية، وأوردت في حيثيات حكمها: (أن نص المادة (٢٣) من قرار بلدية الكويت رقم ٨٥/٣٠ في شأن تنظيم أعمال البناء قد جرى على أن: يجب على المالك إخطار البلدية فور إتمام البناء، ويحظر عليه شغل المبنى بعد إتمامه قبل معاينته بمعرفة الإدارة المختصة بالبلدية للتحقق من استيفاء المبنى لشروط الترخيص وتسلم المالك شهادة

---

(١) السنة الثانية، ص ٥٥٤.

(٢) يراجع حكمها الصادر في ٢ مايو ١٩٥٠، س ٤، ص ٦٨٨، وتم تأييده من المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٥٨/٧/١٣، مجموع العشر سنوات، ص ٦٨. ومن الملاحظ أن قبول الطعن استند إلى أن الطاعن من الملاك وليس بصفته عمدة للناحية.

بذلك ويحظر توصيل التيار الكهربائي للمبنى قبل تقديم الشهادة المذكورة لوزارة الكهرباء والماء... وإذ البين من النص المشار إليه أن الشهادة التي تصدرها البلدية لمالك البناء لتقديمها لتوصيل الكهرباء منوطة بمطابقة المبنى لشروط الترخيص الصادر من البلدية، فإن وجدت مخالفة لهذا الترخيص حق للبلدية الامتناع عن إصدار الشهادة دون تمييز بين مخالفة بسيطة وأخرى جسيمة بافتراض أن مجرد وقوع المخالفة يتحقق به إلحاق الضرر بالمصلحة العامة ، لما كان ذلك وكان لا خلاف بين الأطراف على مخالفة البناء لشروط الترخيص وفق ما قرره الحكم الجزائي، فيكون امتناع البلدية عن تسليمه تلك الشهادة له سنده من القانون، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون بما يستوجب تمييزه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقي أسباب الطعن)[1].

ومن الملاحظ أن القضاء في هذه المنازعة لم ينكر وجود مصلحة للمالك ومن ثم قبل الدعوى وانتقل بعد ذلك إلى فحص أسباب الطعن.

٢- ممارس المهنة :

لكل من يمارس مهنة سواء كان تاجراً أو صانعاً مصلحة في الطعن في القرارات التي تنظم مهنته أو حرفته، لاسيما إذا ما كانت هذه القرارات تتضمن مساساً بحرية الصناعة والتجارة.

وتطبيقاً لذلك قبل مجلس الدولة الفرنسي الطعن المقدم من شركة (كوك) ضد قرار عمدة نيس بتحديد الأماكن التي يجوز أن تقف فيها المركبات العامة مما حد من نشاط الشركة[2]. وكذا قبل دعوى الإلغاء من متعهد للإعلانات سمحت له الإدارة بإقامة لوحات للإعلانات في الطريق العام ضد القرارات الصادرة بزيادة الرسوم التي تدفع عن هذه اللوحات[3].

---

(١) راجع :
- حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٦١٩ لسنة ١٩٩٧ (تجاري)، بجلسة ١٩٩٨/٥/١١، موسوعة مبادئ القضاء التي أقرتها محكمة التمييز في ١٧ عاماً، الكتاب الثالث - الجزء السابع ٢٠٠٠، ص ١٤٩.

(٢) راجع :
C.E., 5 mai 1899, COOK, Rec., P. 238.

(٣) راجع :
C.E., 27 janvier 1926, Planin, Rec., P. 84.

ولقد ساير قضاء مجلس الدولة المصري ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي في هذا الاتجاه وقبل الطعن لتوافر المصلحة لشركة الإسكندرية للقطر في القرار الصادر من مدير مصلحة الموانئ والمنائر بتنظيم أعمال القطر في ميناء الاسكندرية[1]. وقبل الطعن أيضاً لتوافر المصلحة من إحدى شركات المقاولات في القرار الصادر من قبل وزير التجارة الذي ينظم عمليات التصدير والاستيراد، لأن عملها ولا شك يستفيد من الاحتفاظ بحرية الاستيراد، والمصلحة في ذلك شخصية ومباشرة[2]. والاعتراف لإحدى شركات النقل بالمصلحة في طلب إلغاء القرار المطعون فيه لأنه يمس حقها في إنشاء مواقف لسياراتها في الأراضي الفضاء المملوكة للأفراد[3]. وبتوافر المصلحة للمدعي في إلغاء قرار مجلس الجامعة بعدم السماح له بفتح عيادة خاصة ليزاول فيها المدعي مهنته[4]. وبتوافر شرط المصلحة الشخصية للمدعى بصفته محامياً ولديه عديد من القضايا التي أقامها أمام محكمة القضاء الإداري... في إقامة دعوى إلغاء قرار رئيس الجمهورية بمنح نائب رئيس مجلس الدولة وسام الاستحقاق من الطبقة الأولى، إذ كان في تاريخ منح الوسام المنوه عنه يرأس الدائرة التي كثيراً ما يختصم المحامي أمامها رئيس الجمهورية بصفته، ولهذا فله مصلحة في الطعن على قرار منح الوسام ضماناً لنقاء قاضية وتجرده وحيدته[5].

٣- المستفيد من خدمات المرافق العامة :

للمستفيد أو المنتفع من الخدمات التي تؤديها المرافق العامة مصلحة في الطعن ضد القرارات المتصلة بسير هذه المرافق وشروط الانتفاع بخدماتها إذا كان من شأنها أن تلحق الضرر به، حيث تتوافر له في مثل هذه الحالات مصلحة شخصية مباشرة في إلغاء هذه القرارات إذا كانت غير مشروعة[6].

---

(١) راجع :
- حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ ١٩٤٨/١٢/٧، مجموعة عاصم، الجزء الثاني، ص ٣١١.

(٢) راجع :
- حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ ١٩٥٠/٤/١٨، س ٤، ص ٥٧٩.

(٣) راجع :
- حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ ١٩٥٦/٢/١٤، س ١٠، ص ٢١١.

(٤) راجع :
- حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ ١٩٥٥/١/٣١، في الطعن ٧٣٣ لسنة ٧ ق، س ٩، ص ٢٧١.

(٥) راجع :
- حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢٧/٦٩١ ق، بتاريخ ١٩٨٣/١١/٢٦ س ٢٩، ص ١٢٥.

(٦) راجع :
- حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٩/٦١٣ ق، بتاريخ ١٩٥٩/١٠/٢٧ س ١٤، ص ١١٤.

– ولقد أثير هذا الموضوع بداية في حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ ٢١ ديسمبر ١٩٠٦ في قضية شركة ترام (بوردو)، وتتلخص وقائع هـذه القضية في أن شركة ترام مدينة بوردو قررت إلغاء الترام المار بأحد أحياء هذه المدينة، فقام عميد كلية حقوق بوردو وهو العميد Duguit بتكوين جمعية من الملاك ودافعي الضرائب في هذا الحي، وطالبت هذه الجمعية من محـافظ المديـنة الـتدخل لإلزام الشركة بالاستمرار في تسيير الخط المار بحيهم، ولكن المحافظ رفض هذا الطلب، فطعنت الجمعية بإلغاء قرار الرفض أمـام مجلـس الدولـة الذي قبل الطعن واعترف بمصلحة أعضاء الجمعية فيه(١).

وقـد تابع مجلس الدولة الفرنسي هذا القضاء في أحكامه بصدد دعاوي المستفدين من خدمات مرفق اقتصادي ضد القرارات التي تصدر بتنظيم سير العمـل فـي المرفق إذا كان من شأنها أن تلحق أذى بالمستفيدين(٢). وكذا دعـاوي المستفيدين بطلب إلغاء القرارات الضمنية بالرفض من قبل جهات الإدارة المختصـة التـي ترفض إجبار ملتزمي المرافق العامة على احترام شـروط عقـد الامتياز(٣). ودعاوي المستفيدين من خدمات المرفق والذين يرفض المرفق التعاقد معهم برغم استيفائهم لشروط الاستفادة من الخدمة(٤).

وسـار مجلس الدولة المصري في نفس الاتجاه، فقررت محكمة القضاء الإداري أن: (الـنزاع بيـن بلدتـي الروضة والمحرص يقوم على مصلحة مواطنـي كـل بلدة منهما في جعل مقر المركز الجديد في بلدتهم، لتحصيل الفوائـد الكثيرة المادية والأدبية من جراء وجود مقر المركز بها، والمدعى باعتباره أحد مواطني بلدة الروضة لـه مصلحة شخصية محققة كغيره من مواطنيها في جعل مقر المركز الجديد بها)(٥).

---

(١) راجع :

C.E., 21 decembre 1906, Syndict des proprietaires et contribuables du quartier Croix- de- Seguey Tivoli, S., 3, P. 33, cancl Hauriau, D., 1907, 3, P. 41.

(٢) راجع :

C.E., 1 guillet 1936, Veyre, Rec., P. 713.

(٣) راجع :

C.E., 27 novemlere 1935, Baudoin, Rec., P. 1105.
C.E., 7 novembre 1958, Electricite et eaux de Madegascar, Rec., P. 530.

(٤) راجع :

C.E., 5 november 1937, Soc l'union hydroelectrique Quest - Constantionois, Res., P. 890.

(٥) راجع :

– حكـم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٤٦٧ لسنة ٥ ق، بجلسة ١٩٥٢/٣/١١، س٦، ص ٦٣٨.

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا نفس المعنى في حكمها الصادر في ٩ ديسمبر ١٩٦١ بقولها: (يكفي لمخاصمة هذا القرار أن يثبت أن المدعي يقيم في تلك القرية، حتى تتحقق له مصلحة شخصية، في كل قرار يتعلق بمصالح هذه القرية والمقيمين بها... وإلا أصبحت مثل هذه القرارات الإدارية مصونة من الطعن فيها، مع أنها تمس مصلحة الأهلين وتؤثر فيهم تأثيراً مباشراً كمجموع من الناس يقيم في هذه المنطقة)[١].

ومن تتبع أحكام القضاء في الكويت لا نجد تطبيقات لأحكام القضاء **وإن كنا نؤيد** ما ذهب إليه القضاء الفرنسي والمصري من جواز طعن المستفيد أو المنتفع من الخدمات التي تؤديها المرافق العامة بصفة عامة في ظل تطور النشاط الاقتصادي بالكويت والأخذ بأساليب خصخصة المرافق العامة وتدخل القطاع الخاص في تقديم وإدارة الخدمات العامة.

٤- الممـــول :

يقصد في هذه الحالة أن يتقدم أحد الأفراد، لمجرد كونه من دافعي الضرائب، طالبا إلغاء قرار إداري معيب يترتب عليه إنفاق أموال عامة[٢].

ولقد جرى قضاء مجلس الدولة الفرنسي في بداية الأمر على أن صفة الممول وحدها لا تكفي لقبول دعوى الإلغاء، وبهذا المعنى حكم بعدم قبول الدعوى المرفوعة من أحد الممولين في قرار صادر بمنح إعانة للمدارس الحرة[٣]. ثم بدأ قضاؤه يتحول جزئيا بالنسبة للقرارات الصادرة من الهيئات اللامركزية باعتبار أن الممول الإقليمي له مصلحة ظاهرة في الطعن في القرارات الصادرة من الهيئات اللامركزية والتي يترتب عليها إنفاق الأموال العامة لأن السلطة المركزية قد تغفل أو تتغافل عن هذه المخالفات، فلا يكون

---

(١) راجع :
- س ٧، ص ٨٨.

(٢) راجع :
- دكتور/ أنور رسلان، وسيط القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ٤٨٦.
- دكتور/ سليمان الطماوي، قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص ٤٦١.

(٣) راجع :
C.E., 10 fevrier 1893, Bied-Charrefon, Rec., P. 117.
وفي ذات المعني راجع :
C.E., 10 mars 1893, Poisson, Rec., P. 240.
بشأن طلب إلغاء المرسوم الخاص باعتماد ميزانية بلدية باريس لأنه أدرج به مكافآت غير قانونية لأعضاء المجلس البلدي.

ثمة سبيل للرقابة إلا عن طريق الأفراد من الممولين، لأن الممول يعنيه أن تنفق أمواله في مصرفها القانوني ولأن كل ساكني المدينة أو الإقليم ليسوا ممولين[١].

ولقد بدأ هذا التحول بحكم المجلس الصادر في ٢١ مارس ١٩٠١ في قضية Casanova بقبول الطعن المقدم من أحد الممولين ضد قرار صادر عن المجلس البلدي بتخصيص مبلغ مالي من ميزانية البلدية لأحد الأطباء كي يعالج أهلها بالمجان[٢]، كما قبل الدعوى - لتوافر المصلحة - من ممول المحافظة كالقرار الذي يعطي تصريحاً لأعضاء مجلس المديرية بالسفر بالسكك الحديدية على حساب خزانة الإقليم[٣]، ثم من ممول المستعمرة[٤]، لأن هذه الأعباء سيتحمل كل ممول جزءاً منها في النهاية.

ومن تتبع أحكام القضاء الإداري في كل من مصر والكويت بهذا الخصوص، لا نجد تطبيقات لأحكام القضاء، **وإن كنا نؤيد** ما ذهب إليه جانب من الفقه من قبول صفة الممولين بالنسبة للهيئات اللامركزية، لأن رقابة الممولين في هذا المجال ستكون مفيدة وخيرة، ومن شأنها تشجيع الممولين على الاهتمام بأعمال المجالس لعلمهم بأنهم يملكون فرصة تصحيحها أمام القضاء الإداري، وعلى العكس من ذلك فإن الأخذ بصفة ممول الدولة من شأنه فتح باب الطعون الكيدية لا نهاية لها، ومن ثم لا يُحبذ الأخذ بها[٥].

---

(١) راجع :
- دكتور/ سليمان الطماوي، قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص ٤٦١ ، ٤٦٢.

(٢) مجموعة ليبون، ص ١٣٣.
حيث قدر السيد كازانوفا أن قرار المجلس البلدي غير سديد، ذلك أنه يحمل ميزانية القرية عبئا ثقيلا، فطعن على القرار بالإلغاء مستنداً على صفته كممول إقليمي لخزانة القرية. دفع الطبيب المعين في هذه الوظيفة الدعوى بعدم قبولها لانتفاء مصلحة رافعها، بيد أن مجلس الدولة رفض الدفع وقضى بقبول الدعوى، مقرراً أن صفة السيد/ كازانوفا كممول إقليمي كافية لتوافر شرط المصلحة.
وراجع تعليق الفقيه هوريو على هذا الحكم المنشور في مجموعة سيري سنة ١٩٠١، القسم الثالث، ص ٧٣. حيث وجد هذا الحكم ترحابا من جانبه، حيث اعتبر أن المجلس في هذا الحكم قد استرد دوره الحقيقي، وفرض وصايته على الإدارة المالية للهيئات المحلية، بهدف تحقيق حسن الإدارة، لا مجرد تطبيق القانون.

(٣) راجع :
C.E., 27 janvier 1911, Richemond, Rec., P. 109, S. 1913. 3, 13.

(٤) راجع :
C.E., 24 juin 1932, Galandou Diouf et Martin, Rec., P. 626, D., 1933, 3, P. 14.

(٥) راجع :
- دكتور/ سليمان الطماوي، قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص ٤٦٣.

٥ـ المتنافسون في سبيل الحصول على أمر معين من الإدارة :

وتوجد صورتان لهذه الحالة أولهما الطعن في قرار إرساء المزاد والثانية الحصول على وظيفة عامة :

أ ـ الطعن في قرار إرساء المزاد :

إن قرار إرساء المزاد هو قرار منفصل عن عملية التعاقد يجوز الطعن فيه استقلالاً عن عقود الإدارة بالإلغاء.

ولقد جرى قضاء مجلس الدولة الفرنسي على قبول الطعن في قرار إرساء المزاد أو المناقصة من الأفراد الذين اشتركوا فيها فعلاً. أما الذين استبعدوا من الاشتراك فيها فليس لهم الحق في الطعن في قرار إرساء المزاد، وإنما لهم الحق في الطعن في القرار الصادر باستبعادهم(١).

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا المجال أن مجلس الدولة الفرنسي كان في بداية الأمر لا يقبل فصل القرارات الخاصة بالمناقصات والمزايدات والطعن عليها استقلالاً أمام قاضي الإلغاء، وذلك على أساس أن القوانين واللوائح المنظمة للمناقصات والمزايدات قد وضعت لصالح الإدارة وليس لمصلحة المتعاملين معها، ومن ثم فإنه لا يمكن الاحتجاج بها في دعوى توجه ضد قرار خاص بمناقصة أو مزايدة(٢).

ولكن مجلس الدولة الفرنسي عدل عن الرأي السابق واعتبر أن هذه القواعد قد وضعت للصالح العام وليس لصالح الإدارة وحدها، وبذلك يمكن

---

(١) راجع :

C.E., 28 juin 1912, Cazenave, Rec., P. 279.
C.E., 29 october 1914, monteil, Rec., P. 467.

(٢) راجع :

C.E., 29 november 1866, Gris, Rec., P. 1085.

وراجع في ذلك :
- دكتور/ محمد عبدالعال السناري، مبادئ وأحكام العقود الإدارية في مجال النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، بدون تاريخ للنشر، ص ٧٥، هامش (٢).

لكـــل ذي مصلحة الطعن بالإلغاء على قرارات المناقصات والمزايدات إذا ما خالفت القوانين واللوائح الصادرة في هذا الشأن[١].

وهكذا قبل مجلس الدولة الفرنسي الطعن بالإلغاء ضد القرار الصادر عن لجـــنة المناقصـــات أو المـــزايدات باستبعاد أحد المتقدمين في المناقصة أو المزايدة دون وجه حق[٢]، وضد القرار الصادر برفض إجراء المناقصة، إذا كانـــت الإدارة ملزمة قانوناً باتباع طريق المناقصة أو المزايدة[٣]، كما يقبل الطعـــن بالإلغـــاء أيضـــاً في هذه الحالة على القرار الصادر باعتماد التعاقد بطريق الممارسة[٤].

ويكشف القضاء الإداري في مصر عن ميله لمتابعة القواعد المقررة في فرنسا، وفي ذلك تقول محكمة القضاء الإداري: (... ومن حيث أن لجوزيف كـــافوري مصـــلحة في تدخله وهى إلغاء القرار وإرساء العطاء عليه على اعتبار أنه ممن تقدموا بعطاءاتهم في المزايدة)[٥].

---

(١) راجع :

C.E., 9 janvier 1968, Servant, Res., P 1361.

وراجع في ذلك :

- دكـــتور/ عـــادل الطبطبائـــي، الطعن بتجاوز السلطة في مجال العقود الإدارية – دراسة خاصـــة بقضـــاء مجلس الدولة الفرنسي، مجلة الحقوق – كلية الحقوق جامعة الكويت، العدد الثالث، السنة الحادية عشرة – سبتمبر ١٩٨٧، ص ٢٧.
- دكـــتور/ محمـــد عـــبدالعال السناري، مبادئ وأحكام العقود الإدارية في مجال النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص ٧٥ ، هامش (٢).

(٢) راجع :

C.E., 23 juillet 1976, Commune de Bray-Sur. Somme, Rec., P. 1045.

وراجع في نفس المعني :

C.E., 25 juillet 1939, Dame Gautron, Rec., P. 259; C.E., 29 mai 1936, Chambre de Commerce de Bamako, Rec., P 620.

(٣) راجع :

C.E., 28 avril 1914, Syndicat des Maitres-Imprimeurs, Rec., P. 125.

(٤) راجع :

C.E., 19 juin 1936, Cromack, Res., P 672.

(٥) راجع :

- حكـــم محكمـــة القضـــاء الإداري فـــي القضية ٩٠٠ لسنة ٧ ق، بتاريخ ٥٦/١١/١٨، (جوزيـــف كافوري ضد وزراة المواصلات وشركة المتحدة وأمنبوس الشرق)، س ١١، ص ٢٧، وفي ١٩٥٦/١٢/٣، س ١١، ص ١١٩.

وراجع في ذات الاتجاه :

- حكـــم محكمـــة القضـــاء الإداري فـــي القضية رقـــم ١٨٠٧ لسنـــة ٦ ق، بتاريـــخ ١٩٥٤/١٢/٢٢، س ٩، ص ٢٧١.
- حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٥٥٨ لسنة ٦ ق، بتاريخ ١٩٦٢/١١/٢٤، س ٦، ص ١٣٦١.

والـــرأي مستقر على قبول الطعن بالإلغاء المقدم من الغير ضد القرارات الإداريـــة القابلة للانفصال عن عقود الإدارة تطبيقاً لنظرية القرارات الإدارية المنفصلة، متى تضررت مصالحه منها[1].

ب ـ المتنافسون للحصول على وظيفة عامة :

القـــاعدة العامـــة في هذا الصدد أن لكل من استوفى شروط التعيين في إحـــدى الوظائف العامة أن يطعن بالإلغاء في قرار عدم تعيينه لأنه يعتبر في مركز خاص بالنسبة للقرار المطعون فيه.

والبيـــن من أحكام مجلس الدولة الفرنسي أنه قصر حق الطعن في هذه الحالة على من استوفى شروط الاشتراك في المسابقة أو الانتخاب، واشترك فـــيها فعـــلا، أما من استوفى الشروط ولم يشترك في المسابقة أو الانتخاب فليس له حق الطعن[2].

وقضى مجلس الدولة الفرنسي بتوافر شرط المصلحة لدى حامل شهادة (دبلـــوم) بطلـــب إلغـــاء القرار الذي يصدر بتعيين شخص غير حامل لهذه الشـــهادة في وظيفة من الوظائف التي قصر القانون التعيين فيها على حملة الشهادة المذكورة[3].

---

(١) لمزيد من التفصيل يراجع :
- دكتور/ زكي محمد النجار، نظرية البطلان في العقود الإدارية، رسالة دكتوراه – جامعة عين شمس، ١٩٨١، ص ٣٥٨.
- دكـــتور/ ســـليمان الطمـــاوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي، ١٩٧٥، ص ٧٤٤.
- دكـــتور/ عبدالحمـــيد كمـــال حشـــيش، بحث بعنوان (القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة) مجلة مصر المعاصرة، السنة ٦٦، العدد ٣٦٢، ١٩٧٥، ص ٥٦.
- دكـــتور/ محمـــد عـــبدالعال السناري، مبادئ وأحكام العقود الإدارية في مجال النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص ٨٤.

C.E., 19 janvier 1938, Société Générale de Fondérie, Res., P. 50, C.E., 4 août 1905, Martin, R.D.P., 1906, P. 249, note jeze.

- حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٦٧٠ لسنة ٢ ق، بتاريخ ١٩٥٠/٦/٦، س ٤، ص ٨٦٤، وحكمها في القضية رقم ١١/١٠ لسنة ١٠ ق، بتاريخ ١٩٥٦/١١/١٨، س ١١، ص ٢٣.
حيث أوضحت المحكمة في حكمها الأخير أن غير المتعاقدين ليس لهم سوى الطعن بالإلغـــاء علـــى القرارات المتعلقة بالعقد، وليس لهم الطعن بدعوى القضاء الكامل أمام قاضي العقد.

(٢) راجع :
- دكـــتور/ ســـليمان الطمـــاوي، قضـــاء الإلغاء، المرجع السابق، ص ٤٥٨، هامش ٤، والأحكام التي أشار إليها.

(٣) راجع :
C.E., 11 decembre 1903, let et Molinié, Rec., P. 780, S., 1903, 3, P. 113 note Hauriou.

ولقد ذهبت محكمة القضاء الإداري في هذا المعنى إلى أنه: (يجب أن يكون رافع الدعوى في حالة قانونية خاصة بالنسبة للقرار المطعون فيه من شأنها أن تجعله مؤثراً تأثيراً مباشراً في مصلحة شخصية له، ومن ثم لا يقبل طلب إلغاء القرار الصادر بالتعيين في وظيفة من الوظائف العامة ممن لا تتوافر فيهم الشروط اللازمة للتعيين فيها)[1].

٦- الساكن :

في بداية الأمر لم يكن مجلس الدولة الفرنسي يعترف بصفة الساكن للطعن في قرار إداري معيب، وإلا أصبحت دعوى الإلغاء دعوى حسبة بالمعنى الصحيح.

ولكن مجلس الدولة الفرنسي إبتداءً من ٢٨ مارس ١٩٣٠ قبل الطعن استناداً إلى صفة الساكن في بلدة معينة، فقبل طعن مقدم من مجموعة من القاطنين في منطقة معينة بطلب إلغاء تشييد ثلاثة منازل على حافة شارع جابريل، استناداً إلى أن تشييد هذه المباني، سيلحق ضرراً بمنظر فني نص القانون على حمايته[2]. وقد طبق المجلس القضاء السابق، في حكمه الصادر في ٦ فبراير ١٩٣١ حيث قبل الطعن بالإلغاء المقدم من إحدى الساكنات ضد قرار مجلس بلدي بتوسيع بعض الشوارع والاستغناء عن بعضها وتغيير محور بعضها الآخر دون حاجة إلى ذلك، ولكن كان بقصد تسهيل توسيع مصنع كبير يتوقع المجلس من وراء توسيعه ازدهار العمران في المنطقة[3]. كما اعترف المجلس بوجود مصلحة لسكان أحد أحياء مدينة بوردو في الطعن في قرار المحافظ برفض طلبهم الخاص بإعادة خط الترام الذي كان يسير في هذا الحي[4].

---

(١) يراجع :
- حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٣٤٧ لسنة ١ ق، بجلسة ١٩٤٨/٦/٢٢، س ٢، ص ٨٢٨، وحكمها في ١٩٥٧/١١/٧، س ١٢، ١٣، ص ٥، حكمها الصادر في ١٩٥٠/١٢/١٢، س ٥، ص ٢٦٤، حكمها الصادر في ١٩٤٨/٤/٢٠، س ٢،ص٥٥٦، وراجع أيضاً حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٥١/٢/٦، س ٥، ص ٥٤٦.

(٢) راجع :
C.E., 28 mars 1930, Avenu Gabriel,
مشار إليه بمرجع الدكتور/ سليمان الطاوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ٤٦٤ ، ٤٦٥.

(٣) راجع :
C.E., C.E., 6, Fevrier 1931, Dame Dore, S., 1931, 3, P. 86.

(٤) راجع :
C.E., 21 décember 1906, Syndicat des prapriétoires et contribuables du quartier croix- de- Seguey Tivoll., op. cit.

ولقـد أخذ مجلس الدولة المصري بهذا الاتجاه حيث يقبل الطعن بالإلغاء مـا دامـت صـفة الساكن قد توافرت في رافع الدعوى، فقد قضت محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر بتاريخ ١١ مارس ١٩٥٢ بأن: (المدعي باعتـباره أحـد مواطني بلدة الروضة، لـه مصلحة شخصية محققة، كغيره مـن مواطنيها في جعل مقر المركز الجديد بها، وهو في هذا وذاك لا يمثل غـيره من المواطنين، بل يمثل نفسه، مادامت له مصلحة شخصية، فدعواه إذن ليست دعوى حسبة، ومن ثم تكون مقبولة منه بصفته الشخصية)[١].

وأكـدت المحكمـة الإدارية العليا ما ذهبت إليه محكمة القضاء الإداري بقولها: (يكفي لمخاصمة هذا القرار أن يثبت أن المدعي مواطن يقيم في تلك القـرية حـتى تتحق لـه مصلحة شخصية في كل قرار يتعلق بمصالح هذه القـرية والمقيمين بها، وإلا لما كان لأحد هؤلاء المواطنين أن يعترض على قرار يصدر في هذا الشأن ولأصبحت مثل هذه القرارات الإدارية مصونة من الطعن عليها مع أنها تمس مصلحة الآهلين فيها، وتؤثر فيهم تأثيراً مباشرا كمجموع من الناس يقيم في هذه المنطقة[٢].

٧ـ الناخب :

المقصـود أن يسـتند أحد الأفراد إلى صفته كناخب للطعن في القرارات الإداريـة المتعلقة بعملية الانتخاب، وذلك كالقرارات المتعلقة بتعديل الدوائر الانتخابية.

ومن الملاحظ أن القانون رقم ٥ لسنة ٢٠٠٥ في شأن بلدية الكويت قد جعل الاختصاص بنظر الطعون المقدمة في شأن انتخابات المجلس البلدي من الناخبين والمرشحين للمحكمة الدستورية، متى قدم الطعن خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إعلان نتيجة الانتخاب وإلا كان غير مقبول (المادة ٢٢).

وجـرى قضاء مجلس الدولة الفرنسي على أن يجوز الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية المستقلة عن عملية الانتخابات نفسها في نطاق المجالس البلدية والمحلية، خاصة القرارات المتعلقة بتقسيم البلدة إلى دوائر انتخابية[٣].

وقـبل مجلـس الدولة الفرنسي الطعن بالإلغاء المرفوع من أحد الأفراد بصفته ناخب سياسي للطعن في القرارات الإدارية التي تصدر لتنظيم عملية استفتاء يسمح بها الدستور[٤].

---

(١) س ٦، ص ٦٣٨.
(٢) بتاريخ ١٩٦١/١٢/٩، س ٧، ص ٨٨.
(٣) راجع :
C.E., 7 août 1903, Chabot, S., 1904, 3, 1, note Haurcou.
(٤) راجع :
C.E., 10 octobre 1962, Broces, Rec., P. 553, S., 1962, P. 37, concl. Michel Bernard, R.D.P., 1962, P. 1181.

ولا مـــراء فـــي أن صـــفة الناخب تكفي لتوفير مصلحته في الطعن ضد القـــرارات الإداريـــة غير المشروعة المتصلة بعملية الانتخاب، وفقاً لقواعد الاختصـــاص المحدد في هذا الصدد، وسواء كانت الانتخابات تتصل بالهيئات المحلـــية أو الـــنقابات أم بالنوادي أم بغير ذلك من انتخابات تتصل بالسلطة الإداريـــة، بـــل وبالسلطة التشريعية في حدود الاختصاصات الولائية للقضاء الإداري بصددها[1].

وفي هذا الصدد أكدت محكمة القضاء الإداري على أن: (للناخب مصلحة فـــي أن تكون عملية الانتخابات وفقاً للقانون)[2]. ومن باب أولى تكفي صفة المرشح لتوفير تلك الصفة، كما أشارت إلى ذلك نفس المحكمة بقولها: (إن قـــيد اسم المدعي بكشف المرشحين للعمدية كاف وحده لاعتباره ذا مصلحة شخصية جدية في الدعوى بالطعن بالإلغاء في قرار تعيين العمدة)[3].

وفـــي هـــذا الاتجاه ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أن: (الطاعن وهو المعنـــي بالقـــرار الصادر من لجنة الاعتراضات المطعون عليه كما أنه أحد المرشـــحين للمقعد الفردي في انتخابات مجلس محلي محافظـــة المنيا. وأن القرار قد تضمن رفض الاعتراض المقدم من المدعي ضد الطاعن أمام لجنة فحص الاعتراضات. وهو ما يبدو معه أن للطاعن مصلحة أساسية وشخصية في الطعن الماثل ويرمي بها إلى تحقيق دخولـــه وقبـــول ترشيحه لانتخابات المجلس المحلي للمحافظة. ويكون النعـــي على عدم قبول تدخله قد قام على سند من صحيح حكم القانون حرياً بالالتفاف عنه وقبول الطعن)[4].

---

(١) راجع :
- حكـــم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٢٦ لسنة ١٦ ق، جلسة ١٩٨٧/١٢/٨، وحكمها في القضية رقم ٥٠٦٤ لسنة ٣٨ ق.
- حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٦٣ لسنة ٣٩ ق، جلسة ١٩٩٤/١/١٦.
- حكـــم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٦٣ لسنة ٣٩ ق، جلسة ١٩٩٤/١/١٦، الوســـيط فـــي شرح إختصاصات مجلس الدولة للدكتور/ محمد ماهر أبوالعينين، الجزء الأول، ص ٦٥٠.

(٢) راجع :
- حكـــم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٩٢ لسنة ٥ ق، جلسة ١٩٥١/١٢/٢٧، س ٦، ص ٢٣٥.

(٣) راجع :
- حكـــم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٦٣ لسنة ٤ ق، جلسة ١٩٥٠/١٢/١٢، س ٥، ص ٢٦٣.

(٤) راجع :
- حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣١٨ لسنة ٣٩ ق، جلســـة ١٩٩٣/٦/٢٧.
وفي نفس المعنى :
- حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣٤٩ لسنة ٣٥ ق، جلســـة ١٩٩٣/٥/١٦، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء ٣٣ (٩٤ - ١٩٩٥) ص ١٦٣.

٨ـ المنتمى لأحد الأديان :

يكفي الانتماء إلى دين معين لقيام المصلحة التي تبرر الطعن في القرارات التي تمس المعتقدات التي يقوم عليها ذلك الدين، وتعتبر المصلحة هنا أدبية أو روحية، ولكنها كافية لقبول الطعن(١).

وقد اعترف مجلس الدولة الفرنسي بجواز رفع دعوى الإلغاء من كل من ينتمي إلى دين معين ضد القرارات التي تمس حرية العقيدة أو ممارسة شعائر هذا الدين(٢).

وأقر مجلس الدولة المصري نفس المبدأ، ففي حكمها الصادر بتاريخ ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٢ أوردت محكمة القضاء الإداري قولها: (.. لما هو مستقر في قضاء هذه المحكمة من أن دعوى الإلغاء وهى مخاصمة القرار الإداري ذاته، يكفي لقبولها أن يكون لرافعها مصلحة يؤثر فيها القرار المطعون فيه، وما من شك في أن تعطيل الشعائر الدينية على الوجه الوارد في طلبات المدعي يتصل بعقيدته وحريته ومشاعره، ومن ثم يكون ذا مصلحة في الدعوى...)(٣). وقد أكدت المحكمة ذات الإتجاه في حكمها الصادر بتاريخ ١٤ أكتوبر سنة ١٩٥٨ إذ قررت أن للمواطن القبطي أن يطعن في قرار رئيس مجلس الوزراء الخاص بتحديد المواسم والأعياد الرسمية، إذ أن له مصلحة في مطالبة الحكومة بالاحتفال رسميا بالأعياد المسيحية(٤).

وجدير بالتنويه في هذا المقام أن هذه الصفات لا تعني أنها كل الصفات في مجال طعون الأفراد، بل إن الصفات لا يمكن حصرها مقدما لأن المصالح متنوعة، وإنما الصفات التي تناولناها بالدراسة هى البارزة والأكثر تطبيقا في العمل، وللقضاء الإداري مطلق الحرية في أن يعتمد من الصفات ما يقطع بجدية الطعن، وما يجعل رافع الدعوى متميزا عن باقي المواطنين(٥).

---

(١) راجع :
- دكتور/ سليمان الطماوي، قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص ٤٥٩.

(٢) راجع :
C.E., 8 février 1908, Deliard, Res., P. 127, S. 1908, 3, 48, note Haurcou.

(٣) راجع :
- حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٦١٥ لسنة ٥ ق، بتاريخ ١٩٥٢/١٢/١٦، س ٧، ص ١٤٧، وحكمها بتاريخ ١٩٥٦/٢/١٤، س ١٠، ص ٢٠٨.

(٤) راجع :
- حكم محكمة القضاء الإداري الصادر بتاريخ ١٩٥٨/١٠/١٤، س ١٢ ، ١٣، ص١٤١.

(٥) راجع :
- دكتور/ سليمان الطماوي، قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص ٤٦٨.

الفرع الثاني

طعـــون الهيئـــات

إذا كـــان الفـــرد يرمي بالطعن في القرارات الإدارية إلى تحقيق مصلحة شخصية، فإن دعوى الهيئات أو الجماعات تثير مصلحتين في ذات الوقت : مصـــلحة الجماعـــة باعتـــبارها شخصاً معنوياً، ومصلحة عضو أو أعضاء بذواتهم من بين أعضاء الجمعية أو النقابة.

ويقر مجلس الدولة الفرنسي للهيئات ذات الشخصية المعنوية بحق طلب إلغـــاء القرارات التي تلحق ضرراً بالأهداف التي أنشئت من أجلها[١]، أو إذا انصـــرف أثـــر القرار إلى المصالح المشتركة للأعضاء دون تحديد لأعضاء معينيـــن بذواتهم، ولا يلزم أن يكون القرار المطعون فيه من شأنه أن يلحق أذى بجميـــع أعضـــاء الجمعيـــة أو النقابة، وإنما يكفي أن يضر بقسم كبير منهم[٢].

أمـــا بالنسبة لطلبات الإلغاء التي ينصرف أثرها المباشر إلى فرد أو إلى أفـــراد بذواتهـــم فـــإن هذا الفرد أو هؤلاء الأفراد وحدهم أصحاب المصلحة الشخصية في الطعن في القرار الذي مسهم. وللهيئة التي ينتمون إليها الحق فـــي أن تتدخل في الدعوى التي يرفعها هذا الفرد أو أولئك الأفراد[٣]، ولكن ليس للجماعات إذا تدخلت في الدعوى أن تضيف طلبات جديدة إلى تلك التي تقـــدم بهـــا الطاعـــن[٤]، وللهيئة أن ترفع الدعوى باسم العضو أو الأعضاء الذين أضيروا مباشرة من القرار إذا ما حصلت على توكيل منهم بذلك[٥].

---

(١) راجع :

C.E., 27 avril 1934, ligue national contre l'dlcolisme, Rec., P. 493.

بشأن قبول دعوى الرابطة القومية لمحاربة المشروبات الروحية ضد القرارات التي تتصل بالأهداف التي أنشئت الرابطة لتحقيقها.

(٢) راجع :

C.E., 13 juillet 1948, Société des amis de l'Ecob polytechnique, Rec., P. 330.

(٣) راجع :

C.E., 21 mai 1953, chambre Syndicale nationale de Fabricants de Spécialité chemiques distinées à l'horticullure, Rec., P. 241.

C.E., 13 octobre 1954 Synd. Nat. des indirectes, Rec., P. 330.

(٤) راجع :

C.E., 9 janvier 1942, Giauffer, Rec., P. 15.

(٥) راجع :

- دكتور/ عاطف البنا، الوسيط في القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ١٩٥.

وراجع أيضا :

- دكتور/ الشافعي أبوراس، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ٢٣١.

حيـــث أورد: (.. ويكـــون للهيئة أن تحرك الدعوى نيابة عنهم، إذا حصلت على توكيل عـــنهم بذلك، وهذا لا يغير من طبيعة الوضع، وأن الدعوى في هذه الحالة تكون مرفوعة من الأفراد، لا من الجماعة باعتبارها شخصاً معنوياً).

ولقد أخذ مجلس الدولة المصري بهذه المبادئ التي استقر عليها مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد. فقد أقر حق الجماعات والهيئات التي تتمتع بالشخصية المعنوية في رفع دعوى إلغاء القرارات التي تمس المصالح التي وجدت للدفاع عنها، وهكذا ذهبت محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في ١٦ نوفمبر سنة ١٩٤٨ إلى أن لاتحاد المأذونين مصلحة شخصية في طلب إلغاء قرار وزير العدل الصادر بفصل كل مأذون يجمع بين التدريس والمأذونية[١]. وفي حكمها الصادر بتاريخ ٢٨ أبريل سنة ١٩٤٩ أقرت بمصلحة اتحاد خريجي الجامعات في أن تحتسب علاواتهم العادية على نحو معين[٢]. وللاتحاد العام للدراسات التجارية مصلحة في الطعن في قرار الرفض الضمني بعدم مساواة حملة شهادة التجارة المتوسطة بحملة شهادات أخرى[٣].

كما أيد القضاء الإداري المصري حق الهيئات في التدخل في دعوى الإلغاء بعد رفعها من صاحب المصلحة، فقضت محكمة القضاء الإداري بأن: (الاتحاد النسائي جمعية تقوم على الدفاع عن حقوق المرأة الاجتماعية والسياسية، وإذا كان القرار المطعون فيه استند في ترك المدعية في التعيين

---

(١) راجع :
- س ٣، ص ٣٣.

(٢) راجع :
- س ٣، ص ٦٧٩.

(٣) س ٣، ص ٩٢٣.
وفي حكمها الصادر بتاريخ ٢٧ فبراير ١٩٥٤ ذهبت محكمة القضاء الإداري إلى أنه: (.. لاجدال في أن لرابطة محصلي بلدية الاسكندرية - باعتبارها راعية لمصالح أعضائها الحق في أن تدافع عن المصالح المشتركة للمحصلين جميعا بقصد تحقيق الاهداف التي ألفت الرابطة لتحقيقها. ويشترط لقبول الدعوى من الرابطة أن يكون طلب الإلغاء منصبا على قرار في عموم معين يهم الرابطة باعتبارها شخصا معنويا مستقلا، وبأن يقوم الطلب على مصلحة تدخل في صميم الأغراض التي أنشئت الرابطة من أجلها...). وبتطبيق ذلك على ظروف الدعوى استطردت المحكمة قائلة: (ويبين من الاطلاع على صحيفة الدعوى أن طلبات الرابطة هى الحكم بإلغاء الأمر الإداري الصادر من مدير عام بلدية الإسكندرية بترقية موظفين من الدرجة السابعة إلى الدرجة السابعة المنسقة، لما تتضمنه ترقيتهما من تخطي المستحقين للترقية إليها من بين المحصلين. وهذه الطلبات وإن كانت تنتهي إلى إلغاء ترقيات أشخاص بعينهم، إلا أنها تقوم على أساس أن الدرجات المرقى إليها مخصصة لترقية طائفة المحصلين وحدهم، وأن المطعون عليهما ليسا منهم بدعوى أن الأول كان صرافا بالخزانة العامة للبلدية، ثم عين محصلا قبل ترقيته، والثاني لفقدان الأساس الذي تبنى عليه الترقية في مجال الاختيار لتجاوز البلدية بترقية النسبة المحددة للاختيار. فالدعوى على هذا الوضع إنما ترمي إلى أن يصل لكل ذي حق من المحصلين عامة حقه في الترقية بالمطابقة للقانون، فلم يقصد بالطلبات إذن إفادة شخص معين أو تصحيح مركز خاص لفرد معين، وإنما قصد بها المحافظة على حقوق المحصلين عامة بأن تجرى ترقياتهم على سند صحيح وفقا للقانون لينال كل منهم حقه في الترقية، ولا شك أن هذه الطلبات تهم أعضاء الرابطة جميعا وتدخل في صميم الأغراض التي أسست الرابطة لرعايتها)، س ٨، ٧١٩، وفي ذات المعنى راجع حكمها الصادر بتاريخ ١٩٥٥/٢/١٠، س ٩، ص ٢٩٠.

فـــي وظائف مجلس الدولة الفنية إلى عدم تعيينها بسبب أنوثتها، فإنه يكون للاتحـــاد - ولا شك - مصلحة محققة في التدخل دفاعا عن مبادئه، وقياما على رسالته)[1].

ولقـــد أقـــرت المحكمة الإدارية العليا هذه المبادئ. ففي حكمها الصادر بـــتاريخ ١٢ نوفمبر سنة ١٩٦٠ تقول: (إن من المسلم أن للنقابات المنشأة وفقـــاً للقـــانون أن تـــرفع الدعوى المتعلقة بحقوقها بصفتها شخصاً معنوياً عاديـــاً، كالحقوق التي عساها أن تكون في ذمة أعضائها أو قبل الغير الذين يـــتعاملون معهم، كذلك استقر الرأي فقهاً وقضاءً على أن للنقابات أن ترفع الدعـــاوي المـــتعلقة بالمصلحة الجماعية أو المشتركـــة للدفاع عن مصالح المهنة. وجـــرى القضاء فـــي فرنسا على اعتبار أن للنقابة مصلحة جماعية إذا كـــان ثمة ضرر قد أصاب أعضاءها بصفتهم أعضاء في النقابة، وبسبب مباشرتهم للمهنة التي وجدت النقابة للدفاع عنها. غير أنه يجب التفرقة بين هـــذه المصـــالح الجماعـــية وبين المصالح الفردية لهؤلاء الأعضاء، فهذه المصالح الفردية ملك لأصحابها، وهم أصحاب الحق في المطالبة بها، ورفع الدعوى عنها، ولا تقبل الدعوى بشأنها من النقابة)[2].

ولقـــد ذهبـــت دائرة التمييز في هذا الاتجاه بقولها: (أنه من المقرر أن شـــرط المصـــلحة الشخصية المباشرة اللازمة توافرها لقبول دعوى الإلغاء باعتبار أنها دعوى ذات طابع عيني تستهدف مخاصمة القـــرار الإداري في ذاتـــه تحقيقاً لمبادئ المشروعية - لا يقف عند حد وجود حق يكون القرار المطلـــوب إلغـــاؤه قد أهدر أو مس به - كما هو الحال بالنسبة إلى دعاوي الـــتعويض وســـائر الدعوى الحقوقية وإنما يتجاوز ذلك بالقرار الذي يتفق ويسهم في تحقيق مبادئ المشروعية فيتسع شرط المصلحة لكل دعوى إلغاء يكـــون رافعهـــا في مركز قانوني خاص أو حالة قانونية خاصة بالنسبة إلى القـــرار المطعون فيه من شأنها أن تجعل هذا القرار مؤثـــراً فـــي مصلحة جدية لـــه سواء أكانت مادية أو أدبية، ولا شك أن للجمعيات أو الهيئات التي

---

(١) انظر :
- حكم محكمة القضاء الإداري الصادر بتاريخ ١٩٥٢/٢/٢٠، س ٦، ص ٤٨٤.

(٢) س ٦، ص ٨٨.
وفـــي هـــذا الحكـــم قـــررت المحكمـــة الإداريـــة العليا عدم قبول دعوى نقابة عمال ومســـتخدمـــي مجلـــس بلـــدي المنصورة التـــي رفعتها طالبـــة الحكـــم بأحقية هؤلاء المســـتخدمين والعمال في إحدى العلاوات وهي لا تتصل بمصلحة شخصية مباشرة للنقابة ولا بالمصلحة الجماعية للمهنة بل بحقوق فردية لبعض الأعضاء.

تتمتع بالشخصية المعنوية الحق في رفع دعوى الإلغاء طعناً في القرارات الإدارية التي تمس الأهداف والأغراض التي أنشئت من أجلها والمصالح الجماعية التي تقوم عليها)[1].

كما ذهبت دائرة التمييز إلى أنه: (من المقرر أن التظلم الإداري الذي يقطع المدة المحددة لرفع دعوى الإلغاء هو التظلم المقدم من رافع الدعوى، فلا يسوغ له تجاوز الميعاد المحدد لرفع الدعوى استناداً إلى التظلم المقدم من شخص آخر إذ لا محل للقول باعتبار أحد المدعين في دعوى الإلغاء نائباً عن الآخرين في التظلم المقدم منه حتى ولو كان المتظلم هو إحدى الجماعات التي تتمتع بالشخصية الاعتبارية والتي ينتمي إليها المدعى كالجمعيات والإتحادات والنقابات لأن هذه الجماعات ليس لها إلا رفع الدعاوي المتعلقة بالمصلحة الجماعية لأعضائها، أما المصالح الفردية للأعضاء فهى ملك لأصحابها ولهم الحق في رفع الدعاوي بشأنها)[2].

وقد ثار النقاش حول حق الأشخاص العامة، سواء المحلية كالمحافظات والمدن، أم المرفقية كالهيئات العامة، وكذلك جهات الإدارة المختلفة في الطعن بإلغاء القرارات الإدارية التي لها مصلحة في الطعن فيها كقرارات السلطة الوصائية المخالفة للقانون.

من الملاحظ أن المادة الثالثة من قانون مجلس الدولة المصري رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ تقضي بأن: (تفصل محكمة القضاء الإداري في المنازعات التي تنشأ بين الوزارات والمصالح وبين الهيئات الإقليمية أو البلدية) فلما تعرض هذا النص للنقد بالنظر إلى أن الوزارات والمصالح تعد تابعة لنفس الشخص القانوني وهو الدولة التي لا يعقل أن توجه طعنا بالإلغاء ضد قراراتها، نقل القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ هذا الاختصاص إلى قسم الرأي بمجلس الدولة، وهو نفس الإتجاه الذي أيدته المادة (٦٦) من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ التي تقضي بأن: (تختص الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بإبداء الرأي مسبباً في المنازعات التي تنشأ بين الوزارات أو بين المصالح العامة أو بين الهيئات العامة أو بين المؤسسات العامة أو بين الهيئات المحلية أو بين هذه الجهات وبعضها البعض. ويكون رأي الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في هذه المنازعات ملزما للجانبين).

---

(١) انظر :
- حكم دائرة التمييز في الطعن رقم ١٤ لسنة ١٩٨٨ (تجاري)، بتاريخ ١٩٨٨/٧/٤ موسوعة مبادئ القضاء الإداري التي أقرتها محكمة التمييز الكويتية في سبعة عشر عاما، الكتاب الأول - الجزء الثاني، الطبعة الأولى ١٩٩٩، ص ٢٨٨.

(٢) انظر :
- حكم دائرة التمييز في الطعن رقم ٩٣ لسنة ١٩٨٦ (تجاري) بتاريخ ١٩٨٧/١/١٤، غير منشور.

ومعـــنى هذا أنه إذا حدثت منازعة بين الهيئات الإقليمية (المحافظات أو المـــدن أو القـــرى) وبين السلطة المركزية عليها، فإن هذا النزاع يحال إلى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع لا إلى القضاء، ومن الملاحظ أن المشـــرع قد جعل رأي الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في هذه المـــنازعات ملـــزما للجانبين، فأصبح الرأي هنا أقرب إلى القضاء منه إلى الفتوى التي تتسم بعدم الإلزام.

وينتقد البعض هذا الإتجاه الذي من شأنه تقييد حق الأفراد في الطعن في قرارات الجهة الوصائية غير المشروعة، ومن ثم فإنه يتعين أن يفسر النص فـــي أضـــيق الحدود لأنه لا معنى لحرمان الهيئات اللامركزية – إقليمية أو مصـــلحية – مـــن حماية القضاء الإداري، كما أنه يمكن أن تفسر النصوص الحالـــية علـــى إطلاقهـــا بحيث تكون دعاوي الأشخاص المعنوية الإقليمية والمصـــلحية بطلب إلغاء القرارات المتعلقة بمباشرة سلطة الوصاية مقبولة، لأن الفقـــرة السادسة من المادة الثامنة من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩، وتقابلها الفقرة الخامسة من المادة العاشرة من القانون الحالي تنص صراحة علـــى قبول الطلبات التي يقدمها الأفراد أو الهيئات بإلغاء القرارات الإدارية النهائـــية، كمـــا أنه إذا لم يؤخذ بالتفسير السابق، فيجب أن يفسر النص في أضـــيق الحدود، فيقتصر على الطعون التي لا تستند إلى الشخصية المعنوية للهيئات الإقليمية والمصلحية، ومن ثم فلا يسري النص على طعون الأفراد[١].

هـــذا وقد أقر مجلس الدولة المصري قبول طعون الأعضاء، حيث ذهبت محكمـــة القضاء الإداري في حكمها الصادر بتاريخ ١٠ مارس سنة ١٩٤٩ إلى أنه: (ومن حيث إن لأعضاء المجالس البلدية مصلحة محققة فـــي إلغاء القرارات الإدارية التي تصدرها جهات الحكومة المركزية في شأن من شئون المجـــالس الممثليـــن فـــيها إذا انطـــوت هذه القرارات على عيوب مجاوزة السلطة).

وأوردت فـــي حيـــثات حكمهـــا: (ومن حيث إنه لا وجه للتحدي في هذا الصـــدد بقواعـــد المرافعات التي تشترط لقبول الدعاوى العادية وجود صفة لـــرافعها، وبأن هذه الصفة تتوافر بالنسبة إلى المجالس البلدية في رؤساء هذه المجالس دون الأعضاء، لا وجه للتحدي بذلك :

---

(١) راجع في ذلك :
– دكتور/ سليمان الطماوي، قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص ٤٧٢ ، ٤٧٣.

أولاً : لأن الصفة في التقاضي أمام قضاء الإلغاء... تندمج في المصلحة.

ثانياً : لأن طلب إلغاء القرارات الإدارية لمجاوزة حدود السلطة هو طعن موضوعي... لا يتطلب في كل من يلجأ إليه أن يكون صاحب حق، بل يكفي فيه أن يكون ذا مصلحة شخصية مباشرة في إلغاء القرار الإداري المطعون فيه.

وثالثاً : لأن المصلحة الشخصية معناها وجود الطاعن في مركز قانوني خاص يتأثر بالقرار المطعون فيه مادام قائماً. وهذا المركز وثيق الصلة بالقرار، إذ تربطه به علاقة مباشرة تختلف تبعا لنوعه. ولا شك أن للمدعين بوصفهم أعضاء في مجلس بلدي دمياط مصلحة شخصية مباشرة في إبطال كل قرار إداري تصدره الجهة المركزية متى كان فيه مساس بمصلحة المجلس الممثلين فيه، إذ الواجب يقضي عليهم بالذود عن صالح البلدة، والمنوط بهذا المجلس طبقاً للقانون صيانتها والمحافظة عليها.

ورابعاً : لأن الأخذ بنظرية الحكومة يؤدي إلى اغتصاب السلطة المركزية لحقوق الهيئات اللامركزية وإلى هدم كل استقلال للأخيرة، إذ يقتصر حق الطعن في القرارات الإدارية التي تصدرها السلطة المركزية في شئون هذه الهيئات اللامركزية على السلطة المركزية)[1].

وما يسترعى الانتباه في هذا المقام أن مجلس الدولة الفرنسي قبل الطعن بدعوى الإلغاء من جهات إدارية ضد القرارات الإدارية التي لا تملك إلغاءها بالطريق الإداري[2].

ولا مراء في أنه بالرغم من تقييد المصلحة التي تبرر قبول دعوى الإلغاء باشتراط كونها شخصية ومباشرة، فإنها متروكة إلى حد كبير لتقدير القاضي الإداري، وكثيرا ما يضع نصب عينيه وهو يفصل في شرط المصلحة الظروف المحيطة بالدعوى، والغاية التي يستهدفها طالب الإلغاء من وراء دعواه.

---

(١) انظر :
- س ٣، ص ٤٥٨، ق ١٣٣.

(٢) راجع في ذلك :
- دكتور/ ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ٣٠٩.

وبعد أن يتأكد القاضي من توافر شروط قبول الطعن، ويستبعد بالتالي كل دفع بعدم القبول، يعلن قبوله، ويدخل في المرحلة الأخيرة والهامة، وهى مرحلة البحث في موضوع النزاع، ليفصل في الطعن إما بإلغاء القرار المطعون فيه إذا تيقن من عدم مشروعيته، وإما بالحكم برفض الطعن إذا اطمأن إلى مشروعية القرار.

وتتمتع الأعمال الإدارية، بصفة عامة، بقرينة المشروعية، غير أن هذه القرينة قابلة لإثبات العكس، ويقع عبء الإثبات على الطالب ليكشف عن أوجه عدم المشروعية في القرار لكي يحكم له بالإلغاء[1].

وإذا كانت رقابة الإلغاء أهم وسائل الرقابة القضائية وأكثرها تحقيقاً للغاية منها، إلا أنها لا تكفي لحماية الأفراد حماية كاملة، لأن إلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة لا يكفي بذاته لجبر كل الأضرار. وهنا يكون التعويض مكملا ضرورياً للإلغاء.

وفي الكويت كان قضاء التعويض قبل إنشاء الدائرة الإدارية من اختصاص دوائر ومحاكم القضاء الكويتي التي كان لها حق النظر في دعاوي التعويض عن القرارات الإدارية وذلك استنادا إلى نص المادة الثانية من قانون تنظيم القضاء رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩.

وعندما صدر القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ المعدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٢ نص في المادة الخامسة منه على أن تكون الدائرة الإدارية وحدها ولاية الحكم في طلبات التعويض عن الأضرار الناشئة عن القرارات الإدارية المنصوص عليها في المادة الأولى من القانون المذكور سواء رفعت إليها بطريقة أصلية أي رفع إليها طلب التعويض عن القرار الإداري كدعوى مستقلة بصحيفة مبتدأه ودون أن تكون تابعة لدعوى الإلغاء، أو رفع طلب التعويض بصورة تبعية أي رفع إليها كطلب تابع أو احتياطي لطلب إلغاء القرار الإداري في صحيفة واحدة[2].

---

(١) يؤخذ على هذا المبدأ المتمثل في أن عبء الإثبات يقع على كاهل الطالب أنه يتعارض مع حماية الأفراد من الاستبداد الإداري، فضلا عن أنه يتعارض – بطريقة مباشرة – مع تقوية الرقابة القضائية على مشروعية النشاط الإداري، ذلك أنه يصعب على الطالب، في كثير من الأحيان، إقامة الدليل على كشف قصد الإدارة أو خصوصية مركزه.

(٢) لم يشأ المشرع أن يربط دعوى التعويض بدعوى الإلغاء ربطا مطلقاً، نظراً لقصر ميعاد رفع دعوى الإلغاء الذي حدده القانون بستين يوما ينتهي الحق في رفعها بعد فواتها، في حين أن دعوى التعويض لا ينتهي الحق سريعا حيث يمتد فيها المواعيد إلى مدد تقادم الحق المدعي به أو سقوطه.
راجع في ذلك :
– حكم الدائرة الإدارية في القضية رقم ١٩٨١/٦ (إداري) بتاريخ ١٩٨١/١٢/٢٨.

وفـــي ذلك تقول دائرة التمييز: (أنه لما كان مقتضى المادة الخامسة من القـــانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ بإنشاء الدائرة الإدارية المعدل بالقانون رقم ١٩٨٢/٦١ أن للدائرة الإدارية وحدها ولاية الحكم في طلبات التعويض عن الأضـــرار الناشئة عن القرارات الإدارية المنصوص عليها في المادة الأولى، مـــتى كانـــت معيـــبة، سواء رفعت إليها بطريقة أصلية أو تبعية، وكان من المقـــرر أن لمحكمـــة الموضـــوع السلطة التامة في تعرف حقيقة الدعوى والعبرة في تكييفها ليست بما يضفيه الخصوم عليها بل بما تتبينه المحكمـــة من وقائع الدعوى ومن تطبيق القانون)[1].

وأخـــيراً فإن المشرع الكويتي قام بتحصين بعض القرارات الإدارية من الطعن فيها بالإلغاء أو التعويض أمام الدائرة الإدارية على نحو ما ورد بالبند الخامس من المادة الأولى من قانون إنشائها والمتمثلة في الطعون المتعلقة بمســـائل الجنســـية وإقامة وإبعاد غير الكويتيين وتراخيص إصدار الصحف والمجلات ودور العبادة.

---

(١) انظر :
- حكـــم دائرة التمييز في الطعن رقم ١٠ لسنة ١٩٨٩ (تجاري/٢)، بتاريخ ١٩٨٩/٧/٣، موســـوعة مبادئ القضاء الإداري التي أقرتها محكمة التمييز في سبعة عشر عاما، الكتاب الأول – الجزء الأول، الطبعة الأولى ١٩٩٩، ص ٣٨٩.

الفرع الثالث

الأعمال التي تخرج عن رقابة الدائرة الإدارية

١- القرارات الإدارية المحصنة :

وفقاً للبند الخامس من المادة الأولى من قانون إنشاء الدائرة الإدارية لا تختص الدائرة الإدارية بنظر الطعون بإلغاء القرارات الإدارية المتصلة بالجنسية وإبعاد غير الكويتيين وإقامتهم وتراخيص إصدار الصحف والمجلات ودور العبادة.

أ- تخرج من ولاية الدائرة الإدارية المنازعات المتعلقة بالجنسية، كالطعن بإلغاء قرار اعتراض وزير الداخلية على دخول زوجة الكويتي الأجنبية الجنسية الكويتية أو قرار سحب الجنسية أو اسقاطها وكذلك قرار وزير الداخلية برفض إعطاء شهادة الجنسية أو امتناعه عن ذلك، مضافاً إليها قرارات وزير الداخلية بمنح الجنسية الكويتية من عدمه والطعن بالتعويض عن كل القرارات السابقة.

ورغم أن المنازعة المتعلقة بالجنسية تعد منازعة في قرارات إدارية بطبيعتها إلا أن قضاء محكمة التمييز اعتبرها من أعمال السيادة، في هذا المعنى ذهبت محكمة التمييز في حكمها الصادر في ٧ أبريل ١٩٩٧ بقولها : (مفاد نص المادة الثانية من قانون تنظيم القضاء رقم ١٩٩٠/٢٣ وما جاء بالمذكرة الإيضاحية لهذا القانون أنه ليس للقضاء أن ينظر طلباً يمس أعمال السيادة سواء قصد به إلغاء العمل أو تفسيره أو وقف تنفيذه أو التعويض عنه، وكان من المقرر أنه ثمة عناصر تميز أعمال السيادة عن الأعمال الإدارية العادية أهمها تلك الصفة السياسية البارزة فيها، إذ هى تصدر عن السلطة التنفيذية بوصفها سلطة حكم وتستهدف بها صالح الوطن وأمنه وسلامته، ومن ثم لا يجوز للقضاء التقصي عن مدى صواب أو خطأ القرار الذي تصدره الدولة في هذا الخصوص وحقيقته ومبرراته إذ أن ذلك مما يدخل في نطاق المسئولية السياسية لعمل من أعمال السيادة دون تعقيب من القضاء أو بسط الرقابة عليها منه، لما كان ذلك وكان مفاد نصوص قانون الجنسية الكويتية رقم ١٥ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته وما جاء بالمذكرة الإيضاحية لهذا القانون - و على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن مسائل الجنسية وما يتعلق بها من قرارات تتسم بطابع سياسي أملته

اعتبارات خاصة متعلقة بكيان الدولة وتحقيق أمنها تعد بهذه المثابة من مسائل السيادة التي تصدر عن الحكومة باعتبارها سلطة حكم لا سلطة إدارة، وكان ما نصت عليه الفقرة الخامسة من المادة الأولى من القانون رقم ١٩٨١/٢٠ المعدل بالقانون رقم ١٩٨٢/٦١ بإنشاء دائرة لنظر المنازعات الإدارية من استبعاد القرارات الإدارية الصادرة في مسائل الجنسية من اختصاص تلك الدائرة لا يعدو أن يكون تأكيداً من الشارع باعتبار هذه المسائل من أعمال السيادة التي تخرج عن ولاية المحاكم)[١].

ب- ومن القرارات الهامة التي لا يجوز الطعن فيها بالإلغاء أو التعويض أمام الدائرة الإدارية، قرارات إبعاد غير الكويتيين. وقد يكون الإبعاد عقوبة تبعية أو إذا كان غير الكويتي بلا مورد وليس له وسيلة ظاهرة للعيش، وأخيراً إذا رأي وزير الداخلية أن إبعاد غير الكويتي تستدعيه المصلحة العامة أو الأمن العام أو الآداب العامة.

ومن المستقر عليه أن الدولة تستمد سلطتها في إبعاد الأجانب من حقها في الحفاظ على كيانها، وهو حق يتضمن سلطة الدولة في إبعاد من ترى إبعاده من الأجانب الذين يهددون أمنها وسلامتها سواء في الداخل أو في الخارج. وهذا الحق يجد سنده في القانون الدولي دون حاجة إلى تقريره بنص خاص في التشريع الداخلي، ولا مكان بتنازل الدولة عن هذا الحق[٢]، إلا إذا تقيدت الدولة نسبياً مع بعض الدول عن طريق الاتفاقات أو المعاهدات في هذا الشأن.

وفي هذا المعنى ذهبت المحكمة الإدارية العليا بقولها : (ليس للقضاء الإداري في حدود رقابته القانونية أن يتطرق إلى بحث ملاءمة الإبعاد الذي كشفت جهة الإدارة عن سببه، أو أن يتدخل في تقدير خطورة هذا السبب، ومدى ما يمكن ترتيبه عليه من آثار بإحلال نفسه محل وزارة الداخلية فيما هو متروك لتقديرها ووزنها، بل وزارة الداخلية حرة في تقدير أهمية الحالة

---

(١) انظر :
- حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٩٥ لسنة ٩٦ (مدني)، بجلسة ١٩٩٧/٤/٧، موسوعة مبادئ القضاء الإداري، الكتاب الثالث - الجزء السابع، ص ٢٥١.

(٢) راجع :
- دكتور/ هشام علي صادق، الجنسية والموطن ومركز الأجانب، المجلد الثاني، منشأة المعارف، الاسكندرية، ص ٥٠.

والخطورة الناجمة عنها والأثر الذي يناسبها ولا هيمنة للقضاء الإداري على ما تكون منه عقيدتها واقتناعها في شيء من هذا..)[1].

وهذا القول يتفق والتوجه المعمول به في الكويت، فقد ردَّت وزارة الداخلية على بعض الملاحظات التي أبدتها لجنة الدفاع عن حقوق الإنسان بمجلس الأمة.. بالقول : (أن قرارات الإبعاد من مسائل السيادة التي يباشرها وزير الداخلية بعيداً عن رقابة القضاء، ولا تخضع للقانون رقم ١٩٨١/٢٠ بإنشاء دوائر المحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية وتعديلاته، وينظم عملية الإبعاد قانون إقامة الأجانب، لأنه المنظم الحقيقي لهذه العملية، فضلاً عن الأحكام الجنائية المقترنة بإبعاد المذنب عن البلاد.

فإبعاد أي شخص أجنبي مقيم بالبلاد هو إجراء يمثل سيادة الدولة وسلطتها على أراضيها، ولا يمكن التنازل عن هذه السيادة بأي حال من الأحوال، ذلك أن القضاء الذي ينظر غالباً في الأدلة الإقناعية في مواجهة المتهم تختلف نظرته عن النظرة لدى القائمين على الأجهزة الأمنية الذين يضعون في الاعتبار – عند تقرير الإبعاد – الخطورة الإجرامية في الشخص التي يمكن التوصل إليها من واقع التحريات والتحقيقات، لذلك فإن الإبعاد إجراء وقائي يهدف إلى حماية المجتمع)[2].

وذهبت محكمة التمييز في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٩٥/٢/٢٠ إلى أنه: (من المبادئ المقررة في القانون الدولي أن الدولة بما لها من حق السيادة الحق في اتخاذ التدابير اللازمة لصيانة مصالحها العليا الأساسية وتأمين سلامتها في الداخل أو الخارج والحفاظ على كيانها وشعبها ومجتمعها من كل ما يضره ولها في سبيل ذلك إبعاد الأجانب غير المرغوب فيهم دفعاً لخطرهم أو منع استقدامهم للعمل بها متى رأت أن في وجودهم على أراضيها ما يزعزع الأمن فيها أو تهديد كيانها الاقتصادي ولها في كل الأحوال تقدير ما يعتبر ضاراً لشئونها الداخلية أو الخارجية واتخاذ التدابير المناسبة لكل مقام بلا معقب عليها)[3].

---

(١) راجع :
– حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعني رقم ٨/٢٤ ق، ٩/٤٥٢ ق، بجلسة ١٩٦٤/٣/٢٨، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء الأول، ص ٥٠٥.

(٢) جريدة القبس، العدد ٨٥٧٧ بتاريخ ١٩٩٧/٥/١٠، السنة السادسة والعشرون، ص ١.

(٣) راجع :
– حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٢ لسنة ١٩٩٣ (رجال قضاء)، جلسة ١٩٩٥/٢/٢٠ موسوعة مبادئ القضاء الإداري، الكتاب الثالث – الجزء السابع، ص ٣٢٣.

ومـــن الآثار التي تترتب على الإبعاد انفساخ العقود التي أبرمها الأجنبي مـــع الغير بقوة القانون، ولا يكون هناك محل لمطالبة الغير بالتعويض عن مـــثل هذا الإجراء، ويسقط حق الأجنبي في الإقامة بعد صدور قرار الإبعاد، وغالـــباً مـــا تدخـــل الإدارة في قرار الإبعاد أفراد أسرة الشخص الذي تقرر إبعاده، خاصة وأن إبعاد الأخير دون أفراد أسرته أمر يخالف طبيعة الأمور.

هـــذا، ووفقاً لنص المادة السادسة مكرر من القرار الوزاري رقم ٢٠٦ لســـنة ١٩٨٨ : (يـــبعد الأجنبـــي إدارياً عن البلاد ولو كانت إقامته سارية المفعول في الحالات التالية :

١- إذا صـــدر ضده حكم بعقوبة جناية أو في جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة.
٢- إذا صـــدرت ضـــده ثلاثـــة أحكام جزائية إحداها مقيدة للحرية خلال خمس سنوات.
٣- إذا صدرت ضده أربعة أحكام جزائية أيا كانت خلال خمس سنوات.
٤- إذا كانـــت المصلحة العامة أو الأمن العام أو الآداب العامة تستدعي ذلـــك، ويـــتم تنفـــيذ الإبعاد في أي من الحالات المشار إليها سلفاً بالتنسيق مع الجهات المختصة).

ج- ويلحق بالقـــرارات السابقـــة القـــرارات المتصلة بتراخيص إصـــدار الصحف والمجلات ودور العبادة.

وقـــد كان موضوع تحصين القرارات المتصلة بتراخيص إصدار الصحف والمجـــلات موضـــع طعـــن أمام المحكمة الدستورية[1]، حيث تم الدفع بعدم دســـتورية هذا التحصين أمام الدائرة الإدارية فقدرت هذه الدائرة جدية الدفع وأمرت بإحالة الدعوى إلى المحكمة الدستورية تأسيساً على أنه : (لما كان مفـــاد المادة (١٦٦) مـــن الدستور هـــو التأكيد على حـــق المواطنين في اللجـــوء إلى قاضيهم الطبيعي وعدم إقامة الحواجز أمامهم التي تحول دون ذلـــك فـــإن النصـــين المدفـــوع بعدم دستوريتهما – المادة (١٧) من قانون المطـــبوعات والنشـــر رقم ١٩٦١/٣ فيما تضمنته من اعتبار قرار مجلس الوزراء في التظلم من قرار وزير الإعلام بشأن التراخيص بإصدار الصحف

---

(١) حكمها في الدعوى ٩٣/١٣٧ (إداري) بتاريخ ١٩٩٣/١٢/١.
وحكمها في نفس الدعوى بتاريخ ١٩٩٤/٦/٢٧.

والمجلات نهائياً لا يجوز الطعن عليه، والبند الخامس من المادة الأولى من قانون إنشاء الدائرة الإدارية فيما تضمنته كذلك من تحصين القرارات الصادرة في شأن التراخيص بإصدار الصحف والمجلات – إذ يحظر القاضي ويحصنان القرارات الواردة بهما من الطعن عليها، يكون جديراً بالتقرير بجديتها، بما تقضي معه المحكمة بوقف الدعوى وبإحالتها إلى المحكمة الدستورية للفصل في الدفعين المشار إليهما). بيد أن المحكمة الدستورية قضت مرتين على التوالي بعدم قبول الدعوى لأسباب شكلية، ومن ثم لم تتعرض لموضوع الدعوى، ومع ذلك فقد ورد في حيثيات حكمها ما يشير إلى رفض الربط بين هذه القرارات المحصنة وفكرة أعمال السيادة، حيث قضت بأن : (المشرع قد أجاز الطعن على القرارات الإدارية بمقتضى البند الخامس من المادة الأولى والمادة الخامسة من القانون رقم ٨١/٢٠ المعدل بالقانون رقم ٨٢/٦١ بإنشاء الدائرة الإدارية بما يصبح معه القرار الإداري – ما عدا بعض الاستثناءات – خاضعاً للرقابة القضائية، بعد أن كان محصنا من الطعن عليه بالإلغاء أمام المحاكم بمقتضى المادة الثانية من قانون تنظيم القضاء رقم ٥٩/١٩ والتي صدر قانون تنظيم القضاء رقم ١٩٩٠/٢٣ خلوا من حكمها في هذا الخصوص، كما نصت المادة (١٦) من قانون إنشاء الدائرة الإدارية على إلغاء كل حكم يتعارض مع أحكامه، وكذا حكم المادة الثانية من القانون المدني القاضي بإلغاء التشريع إذا صدر تشريع لاحق يتضمن حكماً يتعارض مع أحكامه، وعلى هذا الأساس يكون الطعن على قرار مجلس الوزراء المشار إليه جائزاً أمام الدائرة الإدارية فيما يتعلق بتراخيص الصحف والمجلات، ولا يحول دونه إلا الحظر الوارد في البند الخامس من المادة الأولى من القانون رقم ٨١/٢٠ وتعديله، لما كان ذلك وكان القرار المذكور لم يصدر بحق الطاعن، وإذا صدر فلن يؤثر على حق الطاعن في الطعن عليه أمام محكمة الموضوع، إن زال حكم المنع الوارد في قانون إنشاء الدائرة الإدارية..)[1].

---

(١) راجع :
- حكمها في الدعوى ١٩٩٤/٤ (دستوري) بتاريخ ١٩٩٤/١١/٥.
- حكمها في الدعوى ١٩٩٣/١ (دستوري) بتاريخ ١٩٩٤/٣/٢٦.
- حكمها في الدعوى ١٩٩٦/٩ (إداري) بتاريخ ١٩٩٧/١/١٧.
وراجع أيضاً :
- حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٩٦/٢٧ (تجاري/٢)، جلسة ١٩٩٧/١١/١٦، موسوعة مبادئ القضاء الإداري، الكتاب الأول – الجزء الأول، ص ١٥.

وقــد كان هذا البند ولايزال فيما يتعلق على وجه الخصوص بتراخيص إصدار الصحف والمجلات موضوع تعديل وذلك بالاقتراح الذي تقدم به عدد من أعضاء مجلس الأمة، ووافق عليه المجلس بجلسته المنعقدة بتاريخ ١٤ يناير سنة ١٩٨٦ فقد هدف مشروع القانون إلى أن تختص الدائرة الإدارية بــنظر طلــبات الجمعيات ذات النفع العام بالإلغاء أو التعويض عن القرارات الصــادرة بشأن تراخيص اصدار الصحف والمجلات. غير أن هذا القانون لم يصدر. وأعيد إلى مجلس الأمة لإعادة النظر فيه. وجاء بحيثيات مرسوم رد المشــروع إلــى مجلــس الأمة ما يلي : (وحيث أن هذا القانون (المرسوم بقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ المعدل بالقانون رقم ١٩٨٢/٦١). عندما نأى بهــذه المسائل عن أن تكون محل جدل أمام القضاء.. لم يكن يقصد إلا إلى حفــظ كــيان الدولــة والحفاظ على سلامة المجتمع واستقراره.. وترك هذه المســائل خاضــعة لمســؤولية الحكومــة السياسية.. وتحت رقابة السلطة التشريعية.

وفــي خصوص إصدار التراخيص بالصحف والمجلات سواء للأفراد أو الجمعــيات فقــد جعلــه القــانون (أي القانون رقم ٣ لسنة ١٩٦١ المعدل بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٧٢ بشأن المطبوعات والنشر). من سلطة الوزارة المختصــة تبت فيه بما يتفق مع مصلحة المجتمع ومدى الحاجة إلى إصدار الصــحيفة أو المجلــة وأن يكون لصاحب الشأن التظلم في ذلك أمام مجلس الــوزراء الذي يهيمن على مصالح الدولة ورسم سياستها وفقاً للمادة ١٢٣ مــن الدســتور وفــي ذلك ضمانة كافية لسلامة التقدير وتوافقه مع أوضاع المجتمع وما يتداولــه فيه مــن مطبوعــات، كل ذلك تحــت رقابة السلطة التشريعية).

ثم تضيف الحكومة في تسبيبها :

(وحيــث أن مشــروع القانون المعروض قد تجاوز عن هذه الاعتبارات التــي تمــس مصلحة المجتمع وأجاز لجمعيات النفع العام أن تطعن بالإلغاء والــتعويض فــي القــرارات الصــادرة بشــأن التراخيص بإصدار الصحف والمجــلات.. وحيــث أنه يجب الحرص على الأوضاع.. كل هذه الاعتبارات تكشــف عن أن المصلحة العامة تفرض بقاء النص على ما هو عليه وعدم ملاءمة التعديل الذي يتضمنه مشروع القانون المعروض)[1].

---

(١) ورد ذكــر هــذا المرســوم بــرد مشروع القانون أعلاه في مذكرات دكتور/ داود العيسي، المــبادئ العامة في القضاء الإداري، الجزء الثاني (مذكرات مطبوعة على الآلة الكاتبة – كلية الحقوق – جامعة الكويت، بدون تاريخ، ص ٤٠٤ وما بعدها .

وهـذه الإعتبارات تدل بلا شك على تشبث الحكومة بالتحصين التشريعي لـتلك القـرارات وهى المتعلقة بالجنسية وإبعاد الأجانب وتراخيص الصحف والمجـلات ودور العـبادة، ولكـنها فـي نفس الوقت تدل على فهم صحيح لتحصـين هـذه القـرارات، فالتحصين هو تحصين تشريعي أي وجد بنص تشريعي، فإن زال ذلك النص زال التحصين بالضرورة. وهذا ما يفسر رفض السلطة التنفيذية مساس هذا القانون بأي تقويم.

ولكـن القضـاء الكويتي لم يكتف بهذا التحصين التشريعي، فأضاف إلى هـذا التحصـين صـفة أخرى وهى كونه تحصيناً قضائياً وذلك استناداً إلى نظرية أعمال السيادة[1].

٢ـ أعمال السيادة :

اعتـنق المشـرع الكويتـي نظـرية أعمال الحكومة، كما سبق أن بينا مستخدماً اصطلاح أعمال السيادة، لأول مرة عندما أصدر المرسوم الأميري رقـم ١٩ لسنة ١٩٥٩ بقانون تنظيم القضاء، حيث نصت المادة الثانية منه على أنه : (ليس للمحاكم أن تنظر في أعمال السيادة...)، وقد كرر المشرع هذا المنع المتعلق بأعمال السيادة في المادة الثانية من قانون تنظيم القضاء الحالي بالمرسوم رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٠.

وقـد ورد في المذكرة الإيضاحية للمرسوم رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ تعليقاً على نص المادة الثانية أنه : (يخرج من ولاية المحكمة جميع أعمال السيادة وهـى الأعمـال التي تقوم بها الحكومة مدفوعة باعتبارات تتعلق بالسياسة العلـيا للدولـة، كـإعلان الأحكام العرفية والإجراءات التي تتخذ للدفاع عن سلامة الدولة، أما الأوامر الإدارية التي لا تتعلق بأعمال السيادة، فهذه تنظر المحاكم المنازعات التي تقوم بشأنها...).

كما أكدت المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٠ ذات القاعدة بقولها : (وتؤكد المادة (٢) خروج أعمال السيادة من ولاية القضاء عموماً لاتصالها بسيادة الدولـة وهـو مبـدأ مستقر في الفقـه والقضـاء

---

(١) راجع :
- دكـتور/ محمد العتيبي، القانون الإداري (الجزء الثاني)، أساليب تنظيم الرقابة القضائية – دعوى الإلغاء، المرجع السابق، ص ٥٢.

منذ أمد بعيد.. ومن ثم فليس للقضاء أن ينظر طلباً يمس السيادة سواء قصد به إلغاء العمل أو تفسيره أو وقف تنفيذه أو التعويض عنه..).

ومن ناحية أخرى أكد المشرع عدم خضوع أعمال السيادة لرقابة القضاء الإداري في قانون إنشاء الدائرة الإدارية، وذلك بالإشارة إليها ضمنا في المادة الثالثة منه والتي تنص على أنه : (مع عدم الإخلال بنص المادة الثانية من قانون تنظيم القضاء رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ (ولا تقبل...).

وعليه فإن مؤدى هذه النصوص التشريعية خروج أعمال السيادة من نطاق اختصاص القضاء عموماً، فلا تكون له بصددها لا ولاية إلغاء ولا ولاية التعويض عنها، فإذا رفعت دعوى قضائية بشأنها تعين الحكم بعدم جواز نظر الدعوى، وليس بعدم الاختصاص.

وباستعراض بعض أحكام محكمة التمييز بصدد مفهوم أعمال السيادة نجد أن المفهوم الذي يتبناه القضاء الكويتي يغلب عليه الاعتبارات السياسية، وفي هذا المعنى تقول محكمة التمييز : (من المقرر وعملاً بالمادة الثانية من قانون تنظيم القضاء الصادر بالمرسوم بالقانون رقم ١٩٩٠/٢٣ أنه ليس للمحاكم أن تنظر في أعمال السيادة تحقيقاً للاعتبارات التي تقتضي بالنظر لطبيعة تلك الأعمال النأي بها عن الرقابة القضائية وهذه الأعمال وإن كانت لا تقبل الحصر والتحديد والمرجع في تحديدها للقضاء ليقرر ما يعتبر من أعمال السيادة وما لا يعتبر منها، إلا أنه يجمعها إطار عام أنها تصدر عن الدولة بما لها من سلطة حكم وسلطة عليا وسيادة داخلية وخارجية مستهدفة الصالح العام للجماعة وتأمين سلامتها وأمنها في الداخل والخارج)[1].

وتقول المحكمة في حكم آخر : (أن المقصود بأعمال السيادة هى تلك التي تصدر من الحكومة باعتبارها سلطة حكم فتباشرها بمقتضى هذه السلطة العليا لتنظيم علاقتها بالسلطات العامة الأخرى داخلية كانت أو خارجية إذ تتخذها اضطراراً للمحافظة على كيان الدولة في الداخل أو للذود عن سيادتها في الخارج وهى بطبيعتها أعمال إدارية ولكنها تخرج عن ولاية

---

(١) انظر :
- حكم محكمة التمييز في الطعن ١ و ٣ لسنة ١٩٩٣ (رجال قضاء)، بجلسة ١٩٩٥/٢/٢٠، موسوعة مبادئ القضاء الإداري، الكتاب الأول، الجزء الأول، ص ٥٧.

المحاكم، وقد ترك المشرع بما نص عليه في تلك المادة أمر تحديدها للقضاء إكتفاءً بإعلان مبدأ وجودها. ذلك أن ما يعتبر عملاً إدارياً قد يرقى في ظروف وملابسات سياسية في دولة ما إلى مرتبة أعمال السيادة، كما أن ما يعتبر عملاً من أعمال السيادة قد يهبط في ظروف أخرى إلى مستوى الأعمال الإدارية)[1].

وبناء على هذا المفهوم الواسع لأعمال السيادة قضت المحكمة على سبيل المثال باعتبار قرار وزارة العدل بإنهاء عقد أحد العاملين في القضاء الكويتي، لكونه ينتمي لدولة ساندت العدوان العراقي على دولة الكويت، من ضمن أعمال السيادة وعليه رفضت المحكمة النظر في مطالبته بحقوقه عن الفترة التالية للتحرير من مرتبات أو مكافأة نهاية الخدمة أو التعويض عنها لاتصالها بالقرار السابق[2].

وينتقد جانب من الفقه اقحام بعض أعمال الضبط الإداري التي تستهدف حماية النظام والأمن داخل الدولة ضمن أعمال السيادة، وهى التي يشير إليها القضاء بأنها تدابير تتخذ للدفاع عن الأمن العام من اضطراب داخلي، إذ أن هذه التدابير لا تدخل بأية حال ضمن أعمال الحكومة، فهى أعمال إدارية بطبيعتها دون جدال، وتتصل بوظيفة إدارية بغير شك، كما أن الغالب الأعم أن يكون من شأنها المساس بالحقوق والحريات، وبالتالي لا يجوز للإدارة ولا للقضاء رفض الرقابة القضائية على مشروعيتها احتراماً للدستور وأحكامه. فنص المادة (١٦٢) من الدستور الكويتي على أن القضاء (ضمان للحقوق والحريات) ليس عبثا، إذ مؤدى هذا النص أنه كلما تعلق النزاع بالحقوق والحريات، ليس للقضاء التخلي عن اختصاصه وواجبه الدستوري في فحص مشروعية ودستورية التصرف الذي يمس أي من هذه الحقوق والحريات، مهما كانت طبيعته ووصفه[3].

---

(١) انظر :
- حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٢١ لسنة ١٩٩٤ (مدني) بجلسة ١٩٩٥/١/٢٢، موسوعة مبادئ القضاء الإداري، الكتاب الأول، الجزء الأول، ص ٧٤.

(٢) راجع :
- حكم محكمة التمييز في الطعن ٢ لسنة ١٩٩٣ (طلبات رجال القضاء)، بجلسة ١٩٩٥/٢/٢٠، موسوعة مبادئ القضاء الإداري. الكتاب الأول، الجزء الأول، ص ٨٥.

(٣) راجع :
- دكتور/ محمود سامي جمال الدين، القضاء الإداري في دولة الكويت، المرجع السابق، ص ١٢٧ ، ١٢٨.

كما أن البين من أحكام قضاء محكمة التمييز أنه توسع في مفهوم أعمال السيادة لدرجة أنه اعتبر الاستثناءات التي وردت في قانون إنشاء الدائرة الإدارية وهي القرارات المحصنة تشريعاً – المسائل المتعلقة بالجنسية وإبعاد الأجانب وتراخيص الصحف والمجلات ودور العبادة – من ضمن أعمال السيادة[1].

٣ـ الطعون الخاصة بانتخابات المجلس البلدي :

طبقاً لنص المادة (٣٩) من قانون بلدية الكويت رقم ١٥ لسنة ١٩٧٢ يحق لكل ناخب أو مرشح طلب إبطال الانتخاب الذي حصل في دائرته الانتخابية، وتختص بالفصل في صحة الطعون الانتخابية للمجلس البلدي في الكويت – وفقاً لنص المادة (٤٠) من هذا القانون– لجنة من ثلاثة من مستشاري محكمة الاستئناف العليا تعينهم جمعيتها العمومية، ووفقاً للمادة (٤١) من قانون البلدية، أن اللجنة المذكورة (إذا أبطلت انتخاب عضو، وثبت وجه الحقيقة في نتيجة الانتخاب أن تعلن فوز من ترى انتخابه هو الصحيح)[2].

وقد تعدل هذا الاختصاص بالقانون رقم ٥ لسنة ٢٠٠٥ في شأن البلدية والذي أورد بالمادة (٢٢) على أن : (تختص المحكمة الدستورية بالنظر في الطعون الانتخابية المقدمة في شأن انتخابات المجلس البلدي، ولكل ناخب أن يطلب ابطال الانتخاب الذي تم في دائرته الانتخابية، ولكل مرشح طلب ذلك في الدائرة التي كان مرشحاً فيها، ويقدم الطلب إلى المحكمة الدستورية، خلال خمسة عشر يوماً من إعلان النتيجة وإلا كان غير مقبول)[3].

وتختلف الطعون في صحة العضوية عن إسقاطها، فإسقاط العضوية يعني أن العضوية قد أصبحت نهائية، إلا أنه قد يظهر عارض ما يجعل

---

(١) راجع :
– دكتور/ محمد العتيبي، القانون الإداري، الجزء الثاني، المرجع السابق،ص ٦٢.
(٢) راجع :
– دكتور/ محمود سامي جمال الدين، القضاء الإداري في دولة الكويت، المرجع السابق، ص ١١٦.
(٣) الكويت اليوم، العدد ٧١٠ السنة ٥١، بتاريخ ٢٠٠٥/٤/٣.

العضـــو غـــير صـــالح لعضوية المجلس البلدي، سواء كان ذلك لأمر طارئ اســـتجد بعد ثبوت العضوية أو كان قائماً وقت الانتخاب ولكنه لم يكتشف إلا بعد ذلك بفترة مما يتعذر معه الطعن في انتخاب هذا العضو. ففي هذه الحالة يكـــون إسقاط العضوية طبقاً لنص المادة التاسعة من قانون البلديـــة رقـــم ١٩٧٢/١٥ المعدل بالقانون رقم ٥ لسنة ٢٠٠٥ بقرار من المجلس البلدي ذاته بأغلبية ثلثي الأعضاء الذي يتألف منهم، فيما عدا العضو المعروض أمره.

وقـــد ثـــار التساؤل حول هذا القرار الصادر من المجلس البلدي بإسقاط عضوية أحد أعضائه، هل هو قرار إداري وصادر عن جهاز إداري؟ إن قبلنا بذلك، فان ذلك يعني حتما أن مسألة الطعن في هذا القرار تعود إلى القاضي الإداري، فيستطيع هذا الأخير أن يلغيه إذ وجد به أي عيب من عيوب القرار الإداري ويملك تبعاً لذلك التعويض عن أضراره استناداً إلى نص البند خامساً من المادة الأولى من القانون رقم ١٩٨١/٢٠ المعدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٢ والـــذي بموجـــبه تخـــتص الدائرة الإدارية بالنظر في طعون الأفراد والهيئات بإلغاء القرارات الإدارية النهائية[1].

٤- بعض طلبات التعويض :

لا تختص الدائرة الإدارية إلا بطلبات التعويض عن الأضرار المترتبـــة على القرارات الإدارية التي تختص بطلب إلغائها، وذلك طبقاً لنصوص قانون إنشائها رقم ١٩٨١/٢٠ والمعدل بالقانون رقم ١٩٨٢/٦١.

وبـــناء على ذلك لا تختص الدائرة الإدارية بالفصل في طلبات التعويض عن الأضرار الناشئة عن القرارات غير المتصلة بالقرارات التي تختص بها، كطلـــبات التعويض عن الأضرار المترتبة على الأعمال المادية التي تمارسها الإدارة بإعتبارها سلطة عامة، إلا إذا كانت هذه الأعمال تنفيذاً لقرار إداري.

وفـــي ذلك المعنى ذهبت دائرة التمييز إلى : (أن النص في المادة الأولى مـــن المرســـوم بقانون رقم ٨١/٢٠ المعدل بالقانون رقم ٨٢/٦١ على أن "تنشأ بالمحكمة الكلية دائرة إدارية... تختص دون غيرها بالمسائل الآتية.. الطلبات التي يقدمها الأفراد أو الهيئات بإلغاء القرارات الإدارية النهائية..." يـــدل علـــى أن شرط اختصاص هذه الدائرة بطلبات الإلغاء أن يكون محلها قراراً إدارياً... لما كان ذلك وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون ضده..

---

(١) راجع :
- دكتور/ داود العيسى، المبادئ العامة في القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ٤١١، ٤١٢.
- دكتور/ محمد العتيبي، القانون الإداري، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص ٦٥.

هـو مجرد عمل مادي لا يشكل قراراً إدارياً، وبذلك لا تدخل المنازعة بشأنه في اختصاص الدائرة الإدارية..)[1].

كمـا ذهبت محكمة التمييز في حكم آخر إلى (أنه بالنسبة للموضوع فإن الحكم المستأنف قد انتهى صائباً إلى توافر أركان المسئولية التقصيرية فيما قامـت بـه وزارة الدفاع عن عمل مادي خاطئ.. ينطبق عليه حكم المادة (٢٢٧) من القانون المدني..)[2].

ولمـا كان ذلك يصبح اختصاص النظر في طلبات التعويض عن الأعمال الإداريـة التي لا يختص القاضي الإداري بإلغائها، داخلة في اختصاص بقية دوائـر القضاء الكويتي، وعليه فطلب التعويض عن الأضرار المترتبة على الأعمال المادية لا تدخل في اختصاص القاضي الإداري بل ينعقد الاختصاص بنظرها للدوائر الأخرى لجهة المحاكم.

---

(١) راجع :
- حكـم دائـرة التمييز في الطعن ١١٩ لسنة ١٩٨٨ (تجاري/١)، جلسة ١٩٨٨/١١/٦، موسوعة مبادئ القضاء الإداري، الكتاب الأول - الجزء الأول، ص ٤٠٦.

(٢) راجع :
- حكم محكمة التمييز فـي الطعن رقم ٧٣ لسنة ١٩٩٥ (مدنـي)، جلسـة ١٩٩٦/٤/٨، موسوعة مبادئ القضاء الإداري، الكتاب الأول - الجزء الأول، ص ٣٩٨.

الفرع الرابع

وقف تنفيذ القرار الإداري

تمثل القرارات الإدارية مظهراً هاماً من مظاهر الامتيازات التي تتمتع بها الإدارة باعتبارها سلطة عامة تسعى إلى تحقيق المصلحة العامة، لأنها أداة فعالة لإنجاز نشاطها الإداري في معظم مجالات العمل الإداري[1].

ويصدر القرار الإداري متمتعاً بقوته التنفيذية، ومحمول على قرينة الصحة والمشروعية إلى أن يثبت العكس، ولا يتوقف على رضاء أو قبول أصحاب الشأن، وتملك الإدارة سلطة تنفيذ قراراتها مباشرة دون حاجة إلى الالتجاء إلى قضاء، كما تتمتع بسلطة تقديرية في اختيار الوقت الملائم لاتخاذ القرار والوقت المناسب لتنفيذه وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة.

فإذا إمتنع الأفراد عن تنفيذ القرار الإداري الصادر في حقهم، فان الإدارة لها حق التنفيذ الجبري عليهم بإستخدام القوة المادية لتنفيذ قرارها في أحوال محددة وبشروط معينة، وعلى من ينازع في صحة مشروعية القرار طرق باب القضاء طالباً الإلغاء، ويقع على عاتقه إثبات ما يشوب القرار من مسوغات الإلغاء، وبدون هذه القرينة تختل الحياة الإدارية وتعجز الإدارة عن ممارسة نشاطها الذي يستهدف أساساً تحقيق الصالح العام وتوفير الخدمات للمجتمع[2].

والقاعدة العامة المستقرة في فرنسا ومصر أن رفع دعوى الإلغاء لا يؤدي تلقائياً إلى وقف تنفيذ القرار المطعون عليه، وتسمى هذه القاعدة بالطابع غير الواقف للطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية، بيد أن تطبيق هذه القاعدة على إطلاقها سيؤدي في بعض الأحيان إلى إلغاء دعوى الإلغاء ذاتها، ويحول الحكم الذي يصدر بالإلغاء إلى حكم صوري مجرد من كل آثاره، إذا ما أسرعت الإدارة ونفذت القرار دون انتظار حكم القضاء في المنازعة، ويعتبر ذلك من أشد المساوئ التي تترتب على إطلاق تطبيق قاعدة الأثر غير الواقف للطعن في القرارات الإدارية بالإلغاء.

---

(١) راجع :
- دكتور/ عبدالغني بسيوني عبدالله، وقف تنفيذ القرار الإداري، المرجع السابق، ص ٨.

(٢) راجع :
- دكتور/ محمود سامي جمال الدين، القضاء الإداري في دولة الكويت، المرجع السابق، ص ٣٧٠.

ولعلاج هذه المساوئ، كان في الأخذ بنظام وقف تنفيذ القرارات الإدارية المطعـون فـيها بالإلغاء عند توافر شروط معينة، من شأنه حماية مصالح الأفراد المتقاضين مما يصيبهم من أضرار يستحيل جبرها بالتعويض المادي إذا مـا تم تنفيذ القرار من جانب الإدارة دون انتظار لحسم النزاع من جانب القضاء[1].

ولقد نص قانون إنشاء الدائرة الإدارية في الكويت على هذه القاعدة في المـادة السادسـة بالـنص على أنه (لا يترتب على طلب إلغاء القرار وقف تنفيذه، على أنه يجوز للدائرة الإدارية متى طلب في صحيفة الدعوى :

١- أن تأمـر بوقـف تنفـيذ القرار إذا رأت أن نتائج التنفيذ قد يتعذر تداركهـا وكـان من القرارات المنصوص عليها في البند خامساً من المادة الأولى..)[2].

ولا مـراء فـي أن تنفـيذ القرار الإداري المطعون فيه من شأنه ترتيب نـتائج لا يمكـن تداركها، ويصبح السير في الدعوى غير ذي موضوع أو مسـألة أدبية بحته فيما لو حكم بإلغاء القرار بعد تنفيذه، فمثلاً قرار يصدر بمـنع طالب من تأدية الامتحان أو بهدم منزل أثري أو بإعدام حيوان أليف، مثل هذه القرارات إذا نفذت فإنها تستنفذ أغراضها ولن يكون هناك بعد ذلك معـنى لإلغائهـا، لـذا حرص المشرع على تلافي هذه النتائج الخطيرة، مع المحافظـة في ذات الوقت على قاعدة سلامة القرارات الإدارية ونفاذها في حـق الأفـراد، فجعل للمضرور حق الالتجاء إلى القضاء بطلب وقف تنفيذ القرار مؤقتاً حتى يصدر حكم بإلغائه في الموضوع أو برفض الإلغاء[3].

ويسـتلزم تناول طلب وقف التنفيذ بالدراسة في هذا المقام تحديد مجاله وشروطه والحكم فيه وآثاره :

---

(١) إن فـائدة وقف تنفيذ القرار الإداري تظهر بوضوح، بالنظر إلى بطء التقاضي أمام القاضي الإداري، حيث أصبح نظر الدعاوى يستغرق سنوات، ومن ثم فإن طلب وقف التنفيذ بصفة مستعجلة من أهم السبل لعلاج البطء الشديد في التقاضي.

(٢) ورد بالبند (٢) من المادة السادسة من القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٢ في شأن تعديل بعض أحكام المرسوم بالقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ بإنشاء الدائرة الإدارية على :

٢- أن تأمر (الدائرة الإدارية) باستمرار صرف المرتب كله أو بعضه لحين الفصل في طلب إلغاء قرار إنهاء الخدمة إذا رأت في ظروف الدعوى ما يبرر ذلك.

(٣) راجع :

- دكتور/ سليمان الطماوي، قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص ٨٦٣.

١ـ مجال طلب وقف التنفيذ :

من المسلم أن المحكمة لا تفحص طلب وقف التنفيذ إلا بعد أن تكون قد بحثت أولاً اختصاصها بنظر الطلب الأصلي وهو إلغاء القرار الإداري المطعون فيه بعدم المشروعية، وكذلك شروط قبول الدعوى وأهمها ميعاد رفعها، وبذلك فمن المحقق أن طلب وقف التنفيذ لن يكون محلاً للبحث أمام المحكمة ما لم تكن الدعوى بطلبيها – إلغاء القرار الإداري مع وقف تنفيذه مؤقتاً – من اختصاص المحكمة، ومقبولة شكلاً وإلا رفضت المحكمة الطلبين معاً.

وفي هذا تقول المحكمة الإدارية العليا (ومن حيث أن الرأي قد استقر على أنه من اللازم قبل أن تتصدى المحكمة لبحث طلب وقف تنفيذ القرار المطعون فيه أن تفصل صراحة وعلى وجه قاطع في بعض المسائل الفرعية سواء من تلقائها أو إذا كان ثمة دفع من ذوي الشأن يتعلق بالاختصاص أو بعدم قبول الدعوى لرفعها بعد الميعاد وذلك حتى لا يحمل موضوع الطلب المستعجل قبل البت في هذه المسائل على أنه قضاء ضمني باختصاصها وبقبول الدعوى شكلاً أو برفض ما قد أثير في هذا الشأن من دفوع. وإذا كان الفصل في هذه المسائل ضرورياً ولازماً قبل التعرض لموضوع طلب وقف التنفيذ، فإن تعرضها لهذا الطلب مباشرة قبل الفصل في المسائل المذكورة يكون مخالفاً للقانون إذا اتضح أنها غير مختصة بنظر الدعاوى أو أن الدعوى كانت غير مقبولة شكلاً لرفعها بعد الميعاد)[١].

وبالرغم من أن القاعدة العامة هى أن القرار الإداري الذي يمكن الطعن فيه بالإلغاء هو الذي يجوز الحكم بوقف تنفيذه، إلا أن المشرع أخرج من مجال أو نطاق طلبات وقف التنفيذ، القرارات الإدارية المتصلة بالموظفين المدنيين الخاصة بالتعيين والترقية وإنهاء الخدمة والتأديب وهى القرارات التي اشترط القانون لقبولها أن يسبقها التظلم إلى الجهة الإدارية التي أصدرت القرار أو الجهة الرئاسية لها، وهو ما يسمى بالتظلم الوجوبي، والعلة في ذلك تكمن في افتراض عدم قيام الاستعجال المبرر لوقف تنفيذ هذه القرارات، وهى قرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس[٢].

---

(١) راجع :
– حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣١٩٣ لسنة ٣١ ق، جلسة ١٩٨٩/٢/٢٥، الوسيط في شرح اختصاصات مجلس الدولة للدكتور/ محمد أبوالعينين، الجزء الأول، ص ٤٤٦.

(٢) راجع :
– حكم المحكمة الكلية في الدعوى رقم ١٩٩٦/١١٨٥، جلسة ١٩٩٧/٤/٢٨، حكم غير منشور.

ومن ناحية أخرى أثارت بعض أنواع القرارات الإدارية خلافاً حول مدى جواز وقف تنفيذها، ومن أهم هذه القرارات ما يلي :

أ ـ القرارات الإدارية السلبية :

لقد انتهى مجلس الدولة الفرنسي إلى أنه لا يمكن الحكم بوقف التنفيذ إلا في مواجهة قرارات إدارية تنفيذية، أما القرارات الإدارية السلبية فإنه لا يقبل طلب وقف تنفيذها كقاعدة عامة، لأن الحكم بوقف التنفيذ يعتبر أمراً موجهاً إلى الإدارة بالإستجابة إلى الطلب المرفوض، ولا يستثنى من ذلك إلا حالة تسبب القرار الإداري الرافض في إحداث تعديل في المركز القانوني أو الواقعي لأصحاب الشأن.

وينتقد جانب من الفقه – **وبحق** – موقف مجلس الدولة الفرنسي إذ أنه ليس للتفرقة بين القرارات السلبية والقرارات غير السلبية مبرر معقول، علاوة على أنها تفرقة تحكمية لا سند لها من القانون، إذ تكفي الشروط الموضوعية العامة المقررة في هذا الشأن وهي شرط الاستعجال وشرط الجدية لتضييق نطاق طلبات وقف التنفيذ والحد من تدخل القضاء في شئون الإدارة، كما أن العبرة بالنتائج المترتبة على القرار السلبي وهي نتائج إيجابية في معظم الحالات، ولذلك يتعين على القاضي الإداري أن يقدر على وجه الخصوص مدى توافر شرط الاستعجال في طلب وقف تنفيذ القرار السلبي من حيث ما يترتب عليه من نتائج لا يمكن تداركها، مع ملاحظة ذات الأمر فيما لو قضى بوقف تنفيذه، إذ قد يترتب على القرار الإيجابي الذي ينبغي على الإدارة اتخاذه بعد هذا الحكم نتائج لا يمكن بدورها تداركها مستقبلاً فيما لو قضت المحكمة برفض طلب الإلغاء موضوعياً[1].

ب ـ القرارات الإدارية المنعدمة :

أن طلب وقف التنفيذ يلزم أن يكون موجهاً إلى قرار إداري نهائي وذلك لأن القرار الإداري – سواء كان سليماً أو مشوباً بأحد العيوب – هو الذي يطبق عليه مبدأ جواز التنفيذ الجبري ضد الأفراد، وهو الأثر المراد توقيه بتقديم طلب وقف التنفيذ.

---

(١) راجع في ذلك :
– دكتور/ محمود سامي جمال الدين، القضاء الإداري في دولة الكويت، المرجع السابق، ص ٣٧٢.

ولكن الأمر يختلف في حالة بلوغ العيب في القرار الإداري حداً يصل به إلـــى درجـــة الانعدام، إذ يستطيع الأفراد الوقاية من آثار هذا العمل المادي الضار، بنفس الوسيلة التي يلجأون إليها لو أن العمل صدر من أحد الأفراد، وذلـــك لأن الانعـــدام يجرد عمل الإدارة من صفته الإدارية ويحيله إلى عمل مادي يسترد القضاء العادي إزاءه كامل اختصاصه.

وهـــذا ما قضت به المحكمة الإدارية العليا بقولها (.. أما إذا نزل القرار إلـــى حد غصب السلطة وانحدر بذلك إلى مجرد الفعل المادي المعدوم الأثر قانونـــاً، فلا تلحقه حصانة، ولا يزيل عيبه فوات ميعاد الطعن فيه، ولا يكون قـــابلاً للتنفـــيذ بالطريق المباشر، بل لا يعدو أن يكون مجرد عقبة مادية في ســـبيل استعمال ذوي الشأن لمراكزهم القانونية المشروعـــة مما يبرر بذاته طلب المطعون عليه إزالة تلك العقبة بصفة مستعجلة حتى لا يستهدف له من نتائج يتعذر تداركها)[1].

وهكـــذا فإن إنعدام القرار الإداري بسبب من أسباب الإنعدام يفقده صفة العمـــل القانوني، ويحيله إلى مجرد عمل مادي، مما يبرر طلب وقف تنفيذه مـــن أصـــحاب الشـــأن دون تقـــيد بميعاد الطعن بالإلغاء للعمل على إزالته باعتباره عقبة مادية أمامهم.

٢ـ شروط طلب وقف تنفيذ القرارات الإدارية :

لـــيس فـــي اســـتطاعة القاضي الإداري الحكم بوقف تنفيذ أحد القرارات الإداريـــة القابلـــة لوقف التنفيذ إلا بعد التحقق من توافر ثلاثة شروط الأول شـــرط شـــكلي إذا تخلـــف قضى بعدم قبول طلب وقف التنفيذ، أما الشرطان الآخـــران فهمـــا شـــرطان موضـــوعيان إذا تخلف أحدهما أو كلاهما قضت المحكمة برفض الطلب موضوعاً، وهذه الشروط تتمثل فيما يلي :

---

(١) انظر :
- حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٩٥٦/١/١٤، س ١، ص ٣٨٠.
وراجع في نفس المعنى :
- حكمها في الطعن رقم ٢١٤ لسنة ٣١ ق، جلسة ١٩٨٧/١١/١، والطعن رقم ١٠٧ لسنة ٣٤ ق، جلســـة ١٩٩١/٤/٢، والطعن رقم ١٥٢١ لسنة ٣٧ ق، جلسة ١٩٩٢/١٢/٨، الوســـيط في شرح اختصاصات مجلس الدولة للدكتور/ محمد أبوالعينين، الجزء الأول، ص ٤٢٤.

أ ـ أن يرد طلب وقف التنفيذ في صحيفة الدعوى :

وهو شرط شكلي مفاده أن يطلب الطاعن صراحة وقف التنفيذ في نفس الوقت الذي يطلب فيه إلغاء القرار الإداري، إذ لا يعدو طلب وقف التنفيذ أن يكون – كما قالت المحكمة الإدارية العليا – طعناً في القرار المطلوب إلغاؤه، وأن وجه الاستعجال المبرر كما حدده القانون هو أن يترتب على تنفيذ القرار نتائج يتعذر تداركها، واحتمال هذا الخطر إن صح قيامه متلازم زمنياً مع القرار ذاته من يوم صدوره تبعاً لقابلية هذا القرار للتنفيذ بالطريق المباشر بوصفه قراراً إدارياً، وهو يوضح حكمة وجوب اقتران طلب وقف التنفيذ بطلب الإلغاء في صحيفة واحدة، كما يحقق في الوقت ذاته اتحاد بدء ميعاد الطعن في القرار إلغاً ووقفاً، ويمنع الإختلاف والتفاوت في حساب هذا الميعاد بداية ونهاية، ومن هنا يعتبر هذا الشرط شرطاً جوهرياً قصد به الشارع أن يستوي في المرتبة مع الشرط الموضوعي (شرط الإستعجال) من حيث وجوب توافرهما معاً، إذ وردت الصيغة بالنسبة للشرطين على حد سواء، إزاء الأهمية والخطورة التي تنتج في نظر الشارع عن وقف تنفيذ القرار، فأراد أن يحيطه بضمانة توفر الشرطين الشكلي والموضوعي معاً[1].

وعلى هذا الأساس، فإنه إذا لم يطلب رافع الدعوى وقف تنفيذ القرار في صحيفة دعواه، وقام بتقديم هذا الطلب بعريضة أخرى مستقلة عنها، فإن المحكمة لن تقبل طلبه لعدم اقتران الطلبين معاً – أي طلب الإلغاء وطلب وقف التنفيذ – في عريضة دعوى الإلغاء.

وإذا كان طلب وقف التنفيذ لا يمكن قبوله قبل رفع دعوى الإلغاء، بيد أن جانب من الفقه يرى – **وبحق** – جواز تقديم طلب وقف التنفيذ بعد رفع الدعوى بشرط أن يتقدم الطاعن بطلبه خلال ميعاد رفع دعوى الإلغاء[2].

ب ـ شرط الاستعجال :

مفاد هذا الشرط أن تلمس المحكمة من ظاهر الأوراق أن تنفيذ القرار المطعون فيه بالإلغاء من شأنه أن يرتب نتائج لا يمكن تداركها لو لم يقض بوقف تنفيذ القرار.

---

(١) راجع :
– حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٦٢٠ لسنة ٤ ق، جلسة ١٩٥٨/٧/١٢، س ٣، ص ١٧٦٤.
وراجع كذلك :
– حكم المحكمة الكلية في الدعوى، رقم ٢٣٩ و ١٩٨٧/٢٤٠ (إداري)، جلسة ١٩٨٧/٢/٢٤.

(٢) راجع :
– دكتور/ محمود سامي جمال الدين، القضاء الإداري في دولة الكويت، المرجع السابق، ص ٣٧٤.

وقــد أوضحت المحكمة الإدارية العليا معنى شــرط الاستعجال بقولها : (.. يتعيــن على القضاء الإداري ألا يقف تنفيذ قرار إداري إلا عند قيام ركن الاستعجال، بمعنى أن يترتب على تنفيذ القرار الإداري المطعون فيه بالإلغاء نــتائج يــتعذر تداركها، كأن يكون من شأن تنفيذ القرار حرمان الطالب من فرصة أداء الإمتحان لو كان لــه حق فيه، مما يتعذر معه تدارك النتيجة التي تترتــب على ذلك. وكما لو صدر قرار بهدم منزل أثري أو بمنع مريض من السفر إلى الخارج للعلاج، ففي مثل هذه الحالات يكون ركن الاستعجال قائماً، فإذا نفذ القرار المطعون فيه استنفذ أغراضه)[1].

ولا يكفــي لقــبول طلب وقف التنفيذ أن يكون من شأن القرار أن يرتب آثاراً يتعذر بعد ذلك تداركها، إذ يلزم كذلك أن يثبت أن هذه الآثار لم تترتب بــالفعل، فمــتى تثبت أن القرار قد نفذ وأنه قد رتب آثاره فعلاً، كأن يكون المــنزل الــذي صدر قرار بهدمه قد هدم بالفعل، أو أن يكون الامتحان الذي حرم الطالب من دخوله قد فات ميعاده، تعين على القضاء رفض الطلب لعدم جــدواه. وعليه فإنه إذا كانت هناك إستحالة مادية تمنع من إعادة الحال إلى مــا كــان عليه قبل التنفيذ، فليس من مصلحة للطاعن في قبول طلب وقف التنفيذ[2].

ج- شرط جدية أسباب الطعن بالإلغاء :

وهــو شــرط موضوعــي آخــر قضــى به القضاء الإداري في مصر والكويت[3] – أسوة بمجلس الدولة الفرنسي – على خلاف الظاهر فيهما من عدم اشتراط المشرع ذلك. ومؤدى هذا الشرط أن القاضي لا يفصل في طلب وقف التنفيذ بعد دراسة كاملة ومتعمقة لموضوع الدعوى، بل بعــد دراســة أولية يستكملها بعد ذلك عند الفصل في الموضوع.

---

(١) راجع :
– حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ١٩٦٢/١٢/١٥، س ٨، ص ٢٨٩.
وراجع أيضا :
– حكــم محكمــة القضــاء الإداري الصادر في ١٩٦٨/٢/٦، مجموعة الثلاث سنوات، ص ٢٥٠.
حيــث أوضحت المقصود بنتائج التنفيذ التي يتعذر تداركها بأنها (النتائج التي يستحيل أو يمتنع معها إصلاحها عيناً بإعادة ما كان إلى ما كان عليه من نفس النوع والجنس.. أو النتائج التي يتعذر إصلاحها بالتعويض عنها مادياً بالقرارات التي يترتب على تنفيذها إزالــة أو فناء ما يتعلق بها – بالنسبة لطالب التنفيذ.. أو تلك النتائج التي يمتنع قانوناً إصلاحها.. بطبيعة الحال خاضع لتقدير القاضي الإداري).

(٢) راجع :
– دكتور/ عبدالفتاح حسن، قضاء الإلغاء، مكتبة الجلاء بالمنصورة، ١٩٨٢، ص ٣٣٤.
– دكــتور/ محمود سامي جمال الدين، القضاء الإداري في دولة الكويت، المرجع السابق، ص ٣٧٦.

(٣) راجع :
– حكــم محكمــة التمييز فــي الطعن رقم ٢٤٠ ، ٢٤٤ لسنة ١٩٨٨ (تجاري) جلسة ١٣/٣/١٩٨٩، موسـوعــة مبادئ القضــاء الإداري، الكتــاب الأول – الجزء الثاني، ص ٨٤٩.

وأن القاضـــي الإداري لا يقضي بوقف تنفيذ قرار إداري إلا إذا تبين له، علـــى حســـب الظاهر من الأوراق، أن طلب وقف التنفيذ يقوم على ركنين : **الأول** قـــيام الاســـتعجال بـــأن يترتب على تنفيذ القرار نتائج يتعذر تداركها، **والـثاني** يتصل بمبدأ المشروعية بأن يكون إدعاء الطالب في هذا الشأن قائماً على أسباب جدية تحمل على ترجيح إلغاء القرار المطعون فيه[1].

٣ ـ الحكم في طلب وقف التنفيذ :

يقتضي النظر في الطلب المستعجل بوقف تنفيذ القرار الإداري المطعون فيه، أن يتولى القاضي الإداري بحث مدى توافر الشروط الواجب تحققها في هذا الطلب، ثم إصدار حكمه.

ووفقاً للمادة (٦) سالفة الذكر يجوز للمحكمة أن تأمر بوقف تنفيذ القرار المطعـــون فيه، ولهذا الأمر مقومات الأحكام وخصائصها ويحوز قوة الشيء المحكـــوم فـــيه في الخصوص الذي صدر فيه طالما لم تتغير الظروف، وهو بذلك يكون من الأحكام القطعية التي تنهي النزاع الذي يثور حوله وقف تنفيذ القـــرار الإداري ويحســـم الخصومة القائمة بشأن هذا الوقف وبالتالي يجوز الطعـــن فـــيه اســـتقلالاً (أي دون انتظار لصدور الحكم في الموضوع) أمام المحكمة الأعلى درجة، شأنه في ذلك شأن سائر الأحكام النهائية دون انتظار لصدر الحكم في موضوع الدعوى.

ويـــندرج هذا الحكم القطعي بوقف التنفيذ أو عدمه ضمن الأحكام الوقتية التـــي تصـــدر قبل الفصل في الموضوع[2]، بحيث لا يقيد المحكمة عند نظر الموضوع. فللمحكمة، رغم سبق قضائها برفض طلب وقف التنفيذ، أن تعود فتقضـــي بإلغـــاء القـــرار وذلك بعد الدراسة المستوفاة والمتأنية لموضوع الدعـــوى – ولها كذلك، بعد أن تكون قد قضت بوقف تنفيذ القرار، أن تعود فتقضي بتأييده وبرفض طلب إلغائه، وتلك كلها نتائج منطقية، لأن الفصل في طلب وقف التنفيذ إنما يتم (بحسب الظاهر من أوراق الدعوى) وأن المحكمة

---

(١) راجع :
– حكم محكمة الاستئناف في الطعن رقم ١٩٩٤/٢٥ (إداري)، جلسة ١٩٩٤/٦/٢٩.

(٢) راجع :
– حكـــم محكمـــة التمييز فـــي الطعن رقم ٢٤٠ ، ٢٤٤ لسنة ١٩٨٨، (تجاري) جلسة ١٩٨٩/٣/١٣، موســـوعـــة مبـــادئ القضـــاء الإداري، الكتاب الأول – الجزء الثاني، ص ٨٤٩.

تقضـــي في ذلك بعد أن تستظهر جدية الأسباب أو عدم جديتها بالنظر إليها في ظاهرها[1].

٤ ـ آثار الحكم بوقف التنفيذ :

تلـــتزم الجهـــة الإداريـــة بـــناءً على الحكم الصادر بوقف تنفيذ قرارها الانصـــياع للحكـــم والمبادرة إلى تنفيذه وإعمال مقتضاه بأن تكف فوراً عن مـــوالاة التنفيذ، فإذا استمرت الإدارة في تنفيذ القرار على الرغم من صدور الحكـــم بوقفـــه، كان ذلك غصباً يلزمها بالتعويض، علاوة على كونه جريمة جنائية تتمثل في الامتناع عن تنفيذ حكم قضائي[2].

غـــير أنه خلاف الحكم في دعوى الإلغاء الذي يستلزم من الإدارة إعادة الحال إلى ما كان عليه بهدم القرار الإداري كأنه لم يكن، ثم بناء حالة جديدة وفقاً لذلك، فان الحكم بوقف تنفيذ القرار لا يستلزم سوى إعادة الحال إلى ما كان عليه فقط دون بناء حالة جديدة تفترض عدم مشروعية القرار المطعون فيه، وذلك إلى أن يتم الفصل في دعوى الإلغاء موضوعاً.

وقـــد يحدث أن يكون وقف تنفيذ القرار – من الناحية العملية – بمثابة إلغاء نهائي لـــه[3]. مثال ذلك أن يصدر قرار بمنع الاحتفال بمناسبة معينة، فيقضي بوقف تنفيذه ويقام الاحتفال فعلاً. غير أن هذه النتيجة لا تحول دون طلب وقف تنفيذ القرار أو القضاء به، ذلك أن (وقف التنفيذ هو بمثابة إلغاء مؤقـــت للقرار الإداري. وقيام ظروف واقعية يحتمل معها أن يتحول الإلغاء المؤقت إلى إلغاء نهائي إنما يرجع إلى الظروف الملابسة لا إلى عدم قابلية القرار الإداري في ذاته لوقف التنفيذ. ولم يفرق القانون في هذا الصدد بين قرار وقرار. فمادام قد طعن في القرار بالإلغاء وطلب وقف تنفيذه وما دامت نـــتائج التنفيذ قد يتعذر تداركها، فإن للمحكمة أن تقضي بوقف التنفيذ متى رأت وجهـــاً لذلك حتى لو قامت ظروف تجعل وقف التنفيذ أبلغ أثراً في قوة الـــنفاذ العاجل للقرار الإداري وإلا لحرم المتقاضون من حق إعطاء القانون إياهم لظروف لا يد لهم فيها)[4].

---

(١) راجع :
- حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٥١/٦/٣٠، س ٦، ص ١٣٩٠.

(٢) راجع :
- دكـــتور/ محمود سامي جمال الدين، القضاء الإداري في دولة الكويت، المرجع السابق، ص ٢٧٨.

(٣) راجع :
- دكتور/ عبدالفتاح حسن، قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص ٣٤٠.

(٤) راجع :
- حكـــم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٥١/١٢/١٢، س ٦، ص ١٣٤٩، قاعدة ٥٨٥.

المطلب الثالث

المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية

تلجأ الإدارة في سبيل إدارة وتسيير المرافق العامة بانتظام واضطراد إلى أساليب متنوعة، فهى تتمتع بسلطة إصدار اللوائح والقرارات الإدارية من جانبها - وحدها - تلزم بها الأفراد دون أن يكون لهم أي دور في اتخاذها. بيد أن هذه الوسيلة رغم أهميتها لا تحقق بدرجة كافية احتياجات المرافق العامة المتطورة بصفة دائمة، ولهذا فإن الإدارة تستشعر دائما أهمية التعاون الودي مع الأشخاص العامة أو الخاصة من أجل إدارة المرافق العامة أو تسييرها أو تحقيق الأغراض الي تستهدفها وذلك عن طريق التعاقد.

فتقوم الإدارة بإبرام العقود اللازمة لتوريد ما تحتاجه من سلع وخدمات في إدارة المرافق والمشروعات التي تقوم بها، أو لإقامة المنشآت العامة التي تلزمها. وقد تتعاقد الإدارة أيضا مع فرد أو شركة خاصة من أجل إدارة مرفق عام أو تنظيم خدمة عامة للجمهور. وأخيرا فهى تتعاقد بالبيع والشراء والإيجار وتبرم القروض كما يفعل الأفراد العاديون[1].

وعقود الإدارة لا تخضع كلها لنظام قانوني واحد، إذ قد يكون عقداً من عقود القانون الخاص يختص بنظر المنازعات الناشئة عنه القضاء العادي حيث تكون الإدارة فيه على قدم المساواة مع الأفراد، كما قد يكون عقداً إداريا تسري عليه أحكام القانون العام حيث يبدو مركز الإدارة مميزاً وأسمى من مركز المتعاقد معها، ففي هذه الحالة ينعقد الاختصاص بنظر المنازعات الناشئة عنه للقضاء الإداري، وذلك لعدم توافق أحكام القانون الخاص مع طبيعة النشاط الذي تمارسه الإدارة في كثير من الأحوال.

ومع التسليم بوجود نصوص تشريعية تعالج بعض جوانب نظرية العقد الإداري، فإن أحكام القانون المدني ليست مستبعدة تماما في هذا المجال. ذلك أن القضاء الإداري يلجأ إلى القانون المدني في بعض المناسبات ليطبق أحكامه كلما كان ذلك لا يتنافى مع طبيعة المشاكل الإدارية، ودون أن يكون ملزما بتطبيقها.

---

(١) انظر :
- دكتور/ ثروت بدوي، النظرية العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ١٩٧٦، ص ٣.

وفـــي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا أنه: (يجب التنبيه بادئ ذي بدء إلى أن روابط القانون الخاص تختلف في طبيعتها عن روابط القانون العام، وأن قواعد القانون المدني قد وضعت لتحكم روابط القانون الخاص، وأنها لا تطبق وجوبا على روابط القانون العام إلا إذا وجد نص يقضي بذلك، فإن لم يوجـد فـلا يلتزم القضاء الإداري بتطبيق القواعد المدنية حتما وكما هى، وإنمـا تكـون لـه حريتـه واستقلاله في ابتداع الحلول المناسبة للروابط القانونـية التـي تنشـأ في مجال القانون العام بين الإدارة في قيامها على المـرافق العامـة وبين الأفراد، فله أن يطبق من القواعد المدنية ما يتلاءم معهـا، ولـه أنه يطرحها إن كانت غير متلائمة معها، وله أن يطورها بما يحقق هذا التلاؤم[1].

وسنتناول العقود الإدارية بالدراسة والتحليل من خلال التعرف على نشأة العقود الإدارية في دولة الكويت والمعيار المميز للعقد الإداري وأنواع العقود الإدارية ورقابة القضاء عليها وفقاً للتقسيم التالي :

الفرع الأول : نشأة العقود الإدارية في الكويت.

الفرع الثاني : المعيار المميز للعقد الإداري.

الفرع الثالث : التعريف بأهم صور العقود الإدارية.

الفرع الرابع : منازعات العقود الإدارية.

---

(١) انظر :
- حكم المحكمة الإدارية العليا في القضية رقـم ١٥٧ لسنـة ٢ ق، بجلسة ١٩٥٦/٦/٢، س ١، ص ٨٠٧ وما بعدها.

الفرع الأول

نشأة العقود الإدارية في دولة الكويت

ورد نص المادة الثانية من المرسوم بقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ المعدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٢ بإنشاء دائرة بالمحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية على أن: (تختص الدائرة الإدارية وحدها بنظر المنازعات التي تنشأ بين الجهات الإدارية والمتعاقد الآخر في عقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو أي عقد إداري آخر، وتكون لها فيها ولاية القضاء الكامل)[1].

والبين من نص المادة الثانية أنها بدأت بذكر أمثلة لعقود اعتبرت إدارية بنص القانون وهى عقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد. وأضاف النص بعد ذلك عبارة (أو أي عقد إداري آخر)، ومن ثم يمتد اختصاص الدائرة الإدارية إلى كافة العقود الإدارية بطبيعتها ووفقاً لخصائصها الذاتية، وفي ذلك توجيه من المشرع إلى الدائرة الإدارية بضرورة تحديد طبيعة العقد الإداري وتميزه عن سائر العقود. ذلك أن الإدارة تبرم نوعين من العقود منها الإدارية ومنها المدنية ويختلف مجال تطبيق كل منهما عن الآخر.

ويجب التنويه في هذا المقام إلى أن القضاء الكويتي قبل صدور قانون إنشاء الدائرة الإدارية كان يطبق في مناسبات كثيرة نظريات وقواعد القانون الإداري وذلك سواء في مجال العقود الإدارية أو في مجال اكتساب

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ المعدل بأحكام القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٢ بإنشاء الدائرة الإدارية في المحكمة الكلية في الكويت: (وأفردت المادة (٢) من المشروع للمنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية لإختلاف ولاية القضاء الإداري في مسائل العقود عنها في قضاء الإلغاء إذ أن المحاكم العادية تختص حالياً بنظر منازعات العقود الإدارية وتطبق بشأنها قواعد القانون الإداري ونقل الاختصاص إلى الدائرة المنشأة بموجب هذا المشروع لن يترتب عليه أي جديد بالنسبة لاختصاص المحاكم بهذه العقود سوى قصر الاختصاص بنظر هذه العقود على هذه الدائرة وحدها لتخصصها).

ويعلق الدكتور/ إبراهيم الفياض، على ما ورد بالمذكرة الإيضاحية بقوله: (وهذه الإشارة الصريحة تثير لدينا ملاحظتين هامتين الأولى تتعلق بحقيقة وجود العقود الإدارية والقانون الإداري وعدم ارتباط هذا الوجود حتماً بوجود قضاء إداري إذ أن من الممكن كما يبدو من إشارة المذكرة أن يطبق القاضي المدني أحكام القانون الإداري في أي مجال وليس في مجال العقود الإدارية وحدها...). راجع : القانون الإداري، نشاط وأعمال السلطة الإدارية بين القانون الكويتي والقانون المقارن، مكتبة الفلاح بالكويت، الطبعة الأولى ١٩٨٨، ص ٤٤٤، هامش (١).

الأموال العامة وتحديد نظامها القانوني، واعترف بالطبيعة القانونية الخاصة للعقود الإدارية وبنظامها الخاص لتعلقها بإدارة المرافق العامة[1].

وفي ذلك المعنى ذهبت المحكمة الكلية في حكمها الصادر بتاريخ ٣١ يناير سنة ١٩٧١ إلى أنه (يتعين التفرقة بين نوعين من أنواع العقود التي تبرمها جهة الإدارة : النوع الأول هو الذي يتماثل في شروطه مع تلك التي يبرمها الأفراد، كعقد تبرمه إحدى الوزارات باستئجار مبنى ليشغله أحد أقسامها، والنوع الثاني عقود تبرمها الإدارة وتفترق عن عقود الأفراد في شروطها بأن تتضمن شروطاً استثنائية يندر وجودها في عقود الأفراد أو شروطاً تبرز طابع السلطة في العقد مثل عقد إنشاء طريق عام، إذ يخول للإدارة سلطات واسعة في الإشراف على تنفيذ العقد وفي فرض الغرامات المالية الباهظة عن التأخير فيه. وفي العقود الإدارية التي من هذا النوع الأخير لا تكون كفة كل من المتعاقدين متكافئة بل إنه تغلب المصلحة العامة في هذا العقد على المصلحة الفردية مما يجعل للإدارة سلطة مراقبة تنفيذ شروط العقد وتوجيه أعمال التنفيذ واختيار طريقته وحق تعديل شروطه وذلك بإرادتها المنفردة حسبما تقتضيه المصلحة العامة دون أن يتحدى الطرف الآخر بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، وكذا حق توقيع جزاءات على المتعاقد، وحق فسخ العقد وإنهائه بإجراء إداري دون رضاء هذا المتعاقد، ومن ثم تلجأ الإدارة في إبرامها للعقد الإداري إلى أساليب معينة كالمناقصة أو المزايدة أو الممارسة وتخضع في ذلك لإجراءات وقواعد مرسومة)[2].

وعقب إنشاء الدائرة الإدارية وجعلها صاحبة اختصاص عام وشامل في كل ما يتعلق بالمنازعات الخاصة بالعقود الإدارية. فإن كل عقد يمكن وصفه بأنه عقد إداري تدخل المنازعة المثارة في شأنه في اختصاص الدائرة الإدارية.

---

(١) لقد تناول المشرع الكويتي بالتنظيم أبرز وأهم عقود الدولة بدءاً بالدستور وذلك بنصوص المواد (١٣٦ ، ١٣٧ ، ١٥٢ ، ١٥٣) بمناسبة عقد القرض العام وعقود استثمار موارد الثروة الطبيعية وعقود امتياز المرافق العامة. وتدخل المشرع بالقانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٦٤ الخاص بالمناقصات وإنشاء اللجنة المركزية للمناقصات التي تختص باتخاذ إجراءات إبرام عقود الأشغال العامة والتوريد.
راجع في ذلك :
- دكتورة/ عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري وتطبيقاته في الكويت، المرجع السابق، ص ١٤.

(٢) راجع :
- حكم المحكمة الكلية الصادر في ١٩٧١/١/٣١، في القضية رقم ٦٩ لسنة ١٩٧٠.

ولقـد سارت الدائرة الإدارية على ذات النهج وأخذت بالمبادئ المستقرة للعقود الإدارية.

ومـن أحكامهـا الأولى فـي هذا الصدد الحكم الصادر في القضية رقم ١٩٨١/٨٧ بـتاريخ ١٩٨١/١٢/١٤ وفيه تقول : (وحيث أن العقد الإداري هـو ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مـرفق عـام أو بمناسبة تسييره وأن تظهر نيته في هذا العقد بالأخذ بأسلوب القانون العام وأحكامه وذلك بتضمينه شروطاً استثنائية غير مألوفة فـي القانون الخاص تخرج على مبدأ المساواة بين طرفي العقد حيث يخضع فيه صالح الفرد الخاص لصالح الجماعة)[١].

وفـي هذا المعنى ذهبت محكمة الاستئناف العليا دائرة التمييز إلى أنه: (مـن المقـرر أن اختصـاص القضـاء الإداري بالعقود الإدارية مرجعه ما تتضـمنه مـن روابط هى من مجالات القانون العام، وليس كل عقد تبرمه الإدارة هـو عقـد إداري يخضـع لذلـك القـانون، بما مقتضاه أن يقتصر اختصاص القضاء الإداري على المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية بمعناها الفنـي، وإذا عقـدت المادة الثانية من المرسوم بالقانون رقم ١٩٨١/٢٠ للدائـرة الإدارية وحدها الاختصاص بنظر المنازعات التي تنشأ بين الجهات الإدارية والمتعاقد الآخر في (عقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو أي عقـد إداري آخر) فيكون البين منه أن تعداد تلك العقود بالنص سالف الذكر إنما جاء على سبيل المثال – لا الحصر – باعتبارها من أهم العقود الإدارية المسـماة، ومـن ثـم لا يكون اختصاص الدائرة الإدارية مقصوراً على تلك العقود بل يمتد إلـى كافة العقود الإدارية بطبيعتها ووفقاً لخصائصها الذاتية لا بتحديد القانون أو وفقاً لإدارة الطرفين)[٢].

كما ذهبت في حكم حديث إلى امتداد اختصاص القضاء الإداري إلى كافة العقود الإدارية المسماة منها وغير المسماة بقولها : (أن اختصاص القضاء الإداري بالعقود الإدارية مرجعه ما تتضمنه من روابط هـى مـن مجـالات

---

(١) وقـد أقـرت المحكمة في هذا الحكم ما نص عليه في العقد من إعطاء الإدارة سلطة تعديل الـتزامات المـتعاقد بالـزيادة فـي حدود ١٥%، وكذلك سلطتها في إلغاء العقد أو فسخه بإرادتهـا المنفردة في حالة إخلال المتعاقد بالتزاماته وكذلك في حالة إفلاسه ودون اللجوء للقضاء.

(٢) انظر :
– حكـم محكمـة الاسـتئناف العليا/ دائرة التمييز في الطعن رقم ١٩٨٨/١٢٢ (تجاري) بجلسة ١٩٨٩/١/٢٣، مجلة القضاء والقانون، العدد الأول، سنة ١٧، ص ٧١.

القـــانون العام وإذا عقدت المادة الثانية من المرسوم بقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ للدائـــرة الإداريـــة وحدهـــا الاختصاص بالمنازعات التي تنشأ بين الجهات الإدارية والمتعاقد الآخر في عقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو أي عقـــد آخر. والبين من النص أن تعداد تلك العقود بالمادة سالفة الذكر إنمـــا جاء على سبيل المثال لا الحصر باعتبارها من أهم العقود بل يمتد إلى كافـــة العقـــود الإداريـــة بطبيعتها ووفقاً لخصائصها الذاتية ومن المقرر أنه يتعيـــن لاعتـــبار العقد عقداً إدارياً أن يكون أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً يتعاقد بوصفه سلطة عامة وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام بقصد تسييره أو تنظـــيمه وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية. وهو انتهاج أسلـــوب القـــانون العـــام فـــيما تتضمنه هذه العقود من شروط استثنائية بالنسبة إلى روابـــط القـــانون الخـــاص والمنازعة بشأن هذا العقد سواء ما تعلق منها بتفســـير نصوصه للتعرف على قيمته الحقيقية المختلف عليها بين الطرفين أو البحـــث في مدى مسئولية الوزارة الطاعنة عن التعويض الذي تطالب به المطعـــون ضدها كل ذلك مما ينعقد الاختصاص به للدائرة الإدارية بالمحكمة الكلـــية وحدهـــا دون ســـواها طبقاً للمادة الثانية من القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ وهـــو اختصاص يتعلق بالنظام العام. وإذا خالف الحكم المطعون فيه هـــذا الـــنظر برفض الدفع المبدي من الطاعنة بعدم اختصاص هيئة التحكيم ولائـــياً بـــنظر النزاع وقضائه باختصاصها بنظره تأسيساً على أنه لا يتعلق بعقـــد إداري فإنـــه يكـــون قـــد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه مما يوجب تمييزه)[1].

---

(١) حكم محكمة التمييـــز في الطعن رقمي ٤٤٤ ، ٩٨/٤٥٠ (تجاري)، بجلسة ١٩٩٩/٣/١٤، موسوعة مبادئ القضاء الإداري التي أقرتها محكمة التمييز الكويتية في سبعة عشر عاماً، الكتاب الثالث، الجزء الثامن، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠ ص ١٣٩.

الفرع الثاني

المعيار المميز للعقد الإداري

إن تحديد الضوابط المميزة للعقد الإداري يبدو في غاية الأهمية لكونها تحدد جهة القضاء المختصة بنظر المنازعات التي يثيرها العقد وييسر على القاضي مهمته للتصدي للنزاع، كما أنه يبصر المتقاضين بالجهة المختصة بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود المختلفة التي يبرمونها مع الإدارة[1].

ووفقاً لما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي فإن العقود الإدارية هي تلك التي : (يبرمها شخص معنوي عام، بقصد تسيير مرفق عام، وتظهر فيه نيته في الأخذ بأحكام القانون العام، ويتجلى ذلك إما بتضمين تلك العقود شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص أو بالسماح للمتعاقد مع الإدارة بالاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام)[2].

وهذا هو المعيار الذي التزمته محكمة القضاء الإداري في مصر في قضائها باستمرار[3]. ثم تبعته المحكمة الإدارية العليا في أحكامها[4].

كما ذهبت المحكمة الإدارية العليا في حكم هام لدائرة توحيد المبادئ في ٢ يناير سنة ١٩٩٧ إلى أنه : (ومن حيث أن المستقر عليه في قضاء

---

(١) دكتور/ ثروت بدوي، النظرية العامة في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٥٣.
(٢) دكتور/ سليمان الطماوي، قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص ٢٢٤.
(٣) لمزيد من التفصيل يراجع :
- حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٢٢٢ لسنة ١٠ ق، بجلسة ١٩٥٦/١٢/١٦، س ١١، ص ٨٧، وحكمها في القضية رقم ٨٩٤ لسنة ١٠ ق، بجلسة ١٩٥٧/٣/١٠، س ١١، ص ٢٥٤، وحكمها في القضية رقم ٣٤٨٠ لسنة ٩ ق، بجلسة ١٩٥٧/٦/٢، س ١١، ص ٤٩٣، وحكمها في القضية رقم ١٢٣٥ لسنة ١٣ ق، بجلسة ١٩٦٠/٣/٢٢، س ١٤، ص ٢٥٦.
(٤) انظر :
- حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٨٨٩ لسنة ٦ ق، بجلسة ١٩٦٢/٣/٣١، س ٧، ص ٥٢٧.
وقد انتهت المحكمة في هذا الحكم إلى أنه: (إذا كانت الهيئة الدائمة لاستصلاح الأراضي وهي من أشخاص القانون العام قد أبرمت عقد يقوم الطرف الثاني فيه بتوريد عدد من العجول إليها لخدمة المرفق العام القائمة على إدارته... ويبين من نصوص العقد وشروطه أن بعضها غير مألوف في مجال القانون الخاص..)، فإن العقد يعتبر عقدا إداريا.
وراجع في ذات المعنى :
- حكمها في الطعن رقم ١٠٥٩ لسنة ٧ ق، بجلسة ١٩٦٣/٥/٢٥، س ٨، ص ١٢٢٥.

المحكمة الإدارية العليا أن العقد يعتبر إدارياً إذا كان أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً، ومتصلاً نشاطه بمرفق عام، ومتضمناً شروطاً غير مألوفة في نطاق القانون الخاص، وأن الإدارة حينما تبرم عقداً من العقود لا يعد بذاته عقداً إدارياً حيث أن العقود التي تبرمها كشخص من أشخاص القانون العام مع الأفراد بمناسبة ممارستها لنشاطها في إدارة المرافق العامة وتسييرها ليست سواء. فمنها ما يعد إدارياً تأخذ فيها الإدارة بوسائل القانون العام بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات يلتزم بها المتعاقد معها، وقد تنزل منزلة الأفراد في تعاقدهم فتبرم عقوداً مدنية تستعين فيها بوسائل القانون الخاص.

وبناء على ذلك إذا فقد العقد شرطاً من الشروط التي يتحقق بتوافرها مناط العقد الإداري، صار العقد من عقود القانون الخاص، وذلك بأن تفقد الإدارة صفتها كشخص معنوي عام، أو لا يكون العقد متصلاً بمرفق عام من حيث نشاطه تنظيماً أو تسييراً، أو أتى العقد على غرار عقود الأفراد بأن يكون خالياً من الأخذ فيه بأسلوب القانون العام بحيث لا يتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون العام)[1].

ولقد أخذ القضاء الكويتي بهذا النهج، ففي حكمها الصادر في ٣١ أكتوبر سنة ١٩٩٣ تقول محكمة التمييز : (أنه وإن كان اختصاص الدائرة الإدارية المنشأة بمقتضى المرسوم بالقانون رقم ١٩٨١/٢٠ هو اختصاص يتعلق بالنظام العام، إلا أن اختصاصها – طبقاً للمادة الثانية من هذا القانون – بالنسبة للعقود التي تكون الإدارة طرفاً فيها لا ينعقد إلا إذا اعتبر العقد إدارياً. ومن المقرر أنه لا يكفي لاعتبار العقد إدارياً أن يكون أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً وإنما يجب أن يتعاقد هذا الشخص بوصفه سلطة عامة وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام بقصد تسييره أو تنظيمه، وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية وهو انتهاج أسلوب القانون العام فيما يتضمنه من شروط استثنائية بالنسبة إلى روابط القانون الخاص)[2].

---

(١) انظر :
– حكم المحكمة الإدارية العليا – دائرة توحيد المبادئ في الطعن رقم ١٥٤ لسنة ٣٤ ق، بجلسة ١٩٩٧/١/٢، الوسيط في شرح اختصاصات مجلس الدولة للدكتور/ محمد ماهر أبوالعينين، الجزء الثاني، ٢٠٠٠، ص ٨٠٦.
وقد اعتبرت المحكمة العقود المبرمة بين محافظة البحر الأحمر والغير بشأن استثمار الأراضي المملوكة لها ملكية خاصة والكائنة بالمركز السياحي بمدينة الغردقة عقداً إدارياً.

(٢) انظر :
– حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٤١ لسنة ١٩٩٢ (تجاري)، بجلسة ١٩٩٣/١٠/٣١، مجلة القضاء والقانون، السنة الحادية والعشرون – الجزء الأول، نوفمبر ١٩٩٧، ص ١١٧.

ومن ذلك يتبين أن العقد يكون إدارياً إذا توافرت فيه ثلاث خصائص هى:

١- أن يكون أحد طرفي العقد جهة إدارية.
٢- أن يتصل العقد بنشاط مرفق عام من حيث سيره أو تنظيمه.
٣- أن يتضمن العقد شروطاً غير مألوفة تنبئ عن اتجاه الإدارة أو شخص القانون العام المتعاقد على اللجوء إلى وسائل وأساليب القانون العام.

أولاً : أن يكون أحد طرفي العقد جهة إدارية :

من الأمور البديهية أن العقد الذي لا تكون الإدارة أحد أطرافه لا يجوز بحال من الأحوال أن يعتبر عقداً إدارياً، ذلك أن قواعد القانون العام إنما وضعت لتحكم نشاط الإدارة لا نشاط الأفراد والهيئات الخاصة[١].

ويقصد بالإدارة كل شخص إداري عام يكتسب هذه الصفة بموجب قانون سواء أكانت الدولة نفسها أم شخصاً إدارياً إقليمياً أم شخصاً إدارياً مرفقياً، وهو وحده الذي يمكن أن يكون طرفاً في عقد إداري.

ومع ذلك فإن القضاء الإداري قد اعترف بقيام أشخاص معنوية أخرى مرجعه سياسة التدخل والاقتصاد الموجه الذي ساد في كثير من الدول، وقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن العقود التي تبرمها اللجان الخاصة بالتنظيم المهني عقود إدارية[٢]. ولقد اعتنق مجلس الدولة المصري هذا المسلك في بعض أحكامه فيما يتعلق بالنقابات المهنية المختلفة[٣]، وكذلك لبعض الجماعات الدينية[٤].

---

(١) راجع :
- حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٥٥٨ لسنة ٧ ق، بجلسة ١٩٦٤/٣/٢، س ٩، ص ٧٦٣.

(٢) C.E., 31 juillet 1942, Montpeurt, R., P. 239.

(٣) حكم محكمة القضاء الإداري في ١٩٥٠/١٢/٢٦، س ٥، ص ٢٠٤.
حيث اعتبرت نقابة المحامين من أشخاص القانون العام.
- حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٢٥٨ لسنة ٢٦ ق، بجلسة ١٩٨٢/١١/٦، س ٢٨، ص ٥٤، وحكمها في الطعن رقم ١٥١٣ لسنة ٢٧ ق، بجلسة ١٩٨٣/٦/١١، س ٢٨، ص ٧٩٠.

(٤) حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٨ لسنة ٧ ق، بجلسة ١٩٥٤/٤/٦، س ٨، ص ١١٧١.

ويجب أن تتوافر الصفة الإدارية وقت العقد، فإذا أبرمت جهة إدارية عقداً، فإن صفتها هذه يعول عليها وقت التعاقد بحيث أنه لو تغيرت هذه الصفة فيما بعد، فلا اعتداد إلا بصفتها وقت إبرام العقد فقط، بمعنى أن التكييف القانوني لصفة العقد يتحدد على ضوء صفتها لحظة إبرام العقد وتوقيع وثيقته[١]. فإذا أبرم شخص عقداً واعتبر العقد إدارياً، فإن التحول اللاحق للشخص العام إلى شخص خاص لا يجرد العقد من طبيعته الإدارية[٢].

وقد يضم العقد في بعض الأحيان أكثر من طرفين، ورأي مجلس الدولة الفرنسي مستقر في هذه الحالة على أن شخصاً عاماً واحداً طرفاً في العقد يكفي لإضفاء الطابع الإداري عليه، وذلك بشرط توافر باقي الشروط الواجب توافرها لاعتبار العقد إدارياً[٣].

ويمكن أن تنشأ علاقة تعاقدية بين إدارتين عامتين، ففي الوقت الراهن تكشف قواعد القانون الوضعي عن أن العلاقة بين الدولة والهيئات اللامركزية – مثلاً – لا تقتصر في تنظيمها على ما يرد في القوانين واللوائح بل يمكن تكون علاقة تعاقدية[٤].

والعلاقات التي تنشأ في هذه الحالة يمكن أن تكون من علاقات القانون الخاص، كما يمكن أن تكون من علاقات القانون العام وتوصف العقود التي تبرم بين جهتين إداريتين بأنها عقود إدارية إذا توافرت فيها عناصر العقد الإداري. فلا مانع أن تبرم الجهتان عقداً تعهد بموجبه إحداهما إلى الأخرى تشغيل وإدارة مرفق من المرافق العامة، أو أن تعهد الدولة إلى إحدى الهيئات العامة بإدارة مرفق عام بعقد من عقود الامتياز[٥].

---

(١) دكتور/ محمد بكر حسين، العقد الإداري والتحكيم، مكتبة السعادة بطنطا، ١٩٩٣، ص ١٠.

(٢)

C.E., 9 juillet 1965, Société les pecheries de Keroman, Rec., P. 418.

(٣)

C.E., 18 octobre 1974, confederalion des auxiliares médicaux, Rec., P. 495, A.J.D.A., 1974, 535.

(٤) مؤلف الأستاذ Chapus (Rene) القانون الإداري العام – ج١، طبعة ١٩٨٥، بند ٤٨٨ وما بعدها.

– مؤلف Rivero (Jean) الوجيز في القانون الإداري، دالوز، طبعة ١٩٨٣، بند ١٠٩.

(٥) دكتور/ إبراهيم طه الفياض، القانون الإداري – نشاط وأعمال السلطة الإدارية بين القانون الكويتي والقانون المقارن، المرجع السابق، ص ٤٤٩ ، ٤٥٠.

ولقد اعتبرت محكمة التنازع في قضية (الاتحاد الباريسي للتأمين) أن كل عقد يبرم بين شخصين من أشخاص القانون العام عقدا ذا صبغة إدارية[1].

ويـــرى جانب من الفقه أن إمكانية إبرام عقد بين إدارتين أو شخصين مـن أشـخاص القانون العام قائمة في مصر، ذلك بأن نظرية العقد الإداري ليست حكراً على طائفة العقود الإدارية التي تكون الإدارة طرفاً فيها والأفراد طـرفاً ثانـياً، فمـن الممكن جداً أن تقوم المرافق الصناعية والتجارية مقام الملـتزم أو المقاول أو المورد في التعاقد مع الإدارات الأخرى وتخضع كأي مـتعاقد آخـر للقواعد الضابطة لتحقيق الصالح العام[2]، كما أن تطبيق هذه القواعد والأفكار كما وردت في فقه القانون الإداري والفرنسي وقضائه يمكن تطبـيقها في الكويت، ما دام النظام الكويتي قائماً على التعدد في الأشخاص الإداريـيـن واسـتقلال بعضها عن البعض استقلالاً عضوياً إدارياً يتمثل ذلك بصـورة اللامركـزية الإقليمية التي تمثلها بلدية الكويت وصورة اللامركزية المرفقـية المتمـثلة في الهيئات والمؤسسات العامة، وما دام إمكان الارتباط بيـن تلـك الأشخاص في صورة علاقات تعاقدية لا يتنافى مطلقا مع طبيعة النظام الإداري في الكويت وما يحتويه من قواعد قانونية في شأن تنظيم العمل فـي الإدارات العامة المختلفة، فلا يتنافى وجود علاقة تعاقدية بين شخصين إداريـيـن مـع نظـم اختيار المتعاقدين سواء عن طريق المناقصة العامة أو المزايدة العامة أو عن طريق الاختيار الحر المباشر بحسب ما تمليه القواعد الموجـودة في هذا الشأن أو حسب ما تمليه المصلحة العامة، كما لا يتنافى فـي ذلـك مع ما يمكن أن يترتب على وجود العقد الإداري من آثار أهمها الاعـتراف بحقـوق السلطة الإدارية صاحبة العمل قبل المتعاقد الآخر كحق الرقابة والتوجيه وسلطة التعديل وحتى سلطة فرض الجزاءات بما يؤدي إلى رعايـة المصـلحة العامـة والاعتراف من جانب آخر بحقوق المتعاقد إزاء استعمال الإدارة لسلطتها أو إزاء تغير الظرف الذي يؤدي إلى الأخذ بنظرية الظـروف الطارئة. هذا فضلا عن انعقاد الاختصاص للقضاء الإداري في كل ما يمكن أن يثيره وجود العقد بين إدارتين أو تنفيذه من منازعات بينهما[3].

---

(١)

T.C., 21 mars 1983, Union des assurances des Paris, R., P. 537.

(٢) راجع :

- دكـتور/ مـاجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٨٤. ص ٥٥٣.

(٣) راجع :

- دكتور/ إبراهيم طه الفياض، القانون الإداري، المرجع السابق، ص ٤٥١ ، ٤٥٢.
- دكتور/ ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، المرجع السابق، ص ٥٥٤ ، ٥٥٥.

كما أن العقد المبرم بين أفراد يكتسب الصفة الإدارية إذا ما تبين أن أحد المتعاقديـــن إنما كان يتعاقد في الحقيقة باسم ولحساب جهة إدارية وذلك إذا توافرت فيه عناصر العقد الإداري[1].

وأخـــيراً لـــيس لازماً كون الإدارة طرفاً في العقد يجزم بأن العقد إدارياً، لأن الإدارة قـــد تـــتدخل في التعاقد شأنها شأن الأفراد، فهى تتمتع بحرية اختيار صـــفتها في التعاقد، فلها أن تختار بأن تتعاقد وفقاً لأساليب القانون الخاص مـــتى قـــررت ملاءمـــة ذلك لحسن سيـــر المرافق العامـــة، فتعتبر عقودها عقـــوداً مدنـــية. وهذا ما استقر عليه القضاء الإداري في أحكامه. وفي ذلك تقـــول محكمـــة القضاء الإداري : (.. ليس كل عقد تبرمه جهة إدارية بعقد إداري حـــتماً، فكثيرا ما تلجأ هذه الجهة في سبيل استغلال أموالها الخاصة، إلى إبرام عقود بينها وبين جهة إدارية أخرى، أو بينها من جهة وبين بعض الأشـــخاص مـــن جهـــة أخرى في ظل قواعد القانون الخاص، فيختص بها قاضـــي القانون الخاص، ولا تعنـــي بأمرها مبادئ القانون الإداري، وليس بكاف أبداً مجرد أن يكون أحد طرفي التصرف شخصاً إدارياً عاماً للقول بأن هذا التصرف – أي العقد – إنما هو عقد إداري يخضع لأحكام القانون العام وتخـــتص حتماً بالفصل في منازعاته هذه المحكمة، فالشخص الإداري العام قد يبرم عقداً مدنياً كما قد يبرم عقداً إدارياً سواء بسواء...)[2].

وخلاصة القول أنه إذا كان وجود الإدارة طرفاً في العقد يعد شرطاً لازماً لإضفاء الصفة الإدارية على العقد، إلا أنه غير كاف لاعتباره كذلك.

---

(١) C.E., 30 janvier 1931, Sté Brosette, Rec., P. 123; C.E., 18 décembre 1936, Parde, S., 1938,3,59, note Alibert; C.E., 24 février 1954, Schwartz, Actualité juridique, 1954, P. 189.

وهو ما اتجهت إليه محكمة القضاء الإداري في مصر في حكمها الصادر في ٢٤ إبريل ١٩٥٦ حيـــث اعتبرت العقد الذي تبرمه لجنة كلفتها وزارة التموين بتوزيع الشاي وتنظيم تداولـــــه، وفقا لقواعد خاصة وضعتها الوزارة بعد استيلائها على هذه السلعة، عقدا إداريا عقدتـــه اللجنة بصفتها مكلفة بالقيام بخدمة عامة. س ١٠، ص ٣٠٧، كما أقرت المحكمة الإداريـــة العلـــيا هـــذه الاتجـــاه حيث اعتبرت تعاقد الفرد أو الهيئة الخاصة لحساب الإدارة ولمصـــلحتها بقصد تسيير مرفق عام واتباع وسائل القانون العام عقدا إداريا يختص مجلس الدولـــة وحده دون غيره بالفصل في المنازعات المتعلقة به، فـــي الطعن رقم ١٥٥٨ لسنة ٧ ق، بجلسة ١٩٦٤/٣/٧، س ٩، ص ٧٦٣.

(٢) انظر :

– حكـــم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٨٧٠ لسنة ٥ ق، بجلسة ١٩٥٦/١٢/٩، س ١١، ص ٧٦، وحكمها في القضية رقم ٢٢٢ لسنة ١٠ ق، بجلسة ١٩٥٦/١٢/١٦ س ١١، ص ٨٧.

ويـــراجـــع حكـــم المحكمـــة الإدارية العليا في الطعن رقم ٥٥٩ لسنة ١١ ق، بجلسة ١٩٦٨/٣/٢٤، س ١٣، ص ٥٥٧.

ثانياً : أن يتصل العقد بنشاط مرفق عام :

يلـــزم لاعتـــبار العقد إدارياً أن يكون موضوع العقد متصلاً بمرفق عام، سواء تعلق بتنظيمه أو باستغلاله أو بالمعاونة في تسييره عن طريق توريد مـــوارد أو تقديم خدمات أو عن طريق استخدام المرفق ذاته.. إلخ. ذلك لأن اعتبار العقد إدارياً وخضوعه لأحكام القانون العام بما تتضمن من امتيازات لـــلإدارة إنما تبرره اعتبارات المرافق العامة وتحقيقها للصالح العام، فإذا لم يتصـــل العقـــد علـــى هذا النحو بمرفق عام بأن تعلق بإدارة بعض الأموال الخاصة بالإدارة – مثلاً – فإنه لا يعد عقداً إدارياً.

ولهـــذا فـــإن عقـــود الإدارة الخاصة باستغلال أموال الدومين الخاص لا تعتبر من قبيل العقود الإدارية، كعقود بيع ثمار الحدائق المملوكة للدولة ملكاً خاصـــاً والتي تتصرف فيها الإدارة على شاكلة الأفراد عندما يتصرفون في أموالهم وفقاً للقانون المدني[1].

وقـــد ذهبـــت محكمـــة التمييز في هذا المعنى بقولها : (لا يكفي اعتبار العقـــد إداريـــاً أن يكـــون أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً وإنما يجب أن يـــتعاقد هذا الشخص بوصفه سلطة عامة وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام بقصـــد تســـييره أو تنظيمه وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية، وهو انـــتهاج أسلوب القانون العام فيما يتضمنه من شروط استثنائية بالنسبة إلى روابـــط القـــانون الخـــاص، ومن ثم فإن عقود الإيجار التي تبرمها الجهات الإداريـــة مـــع الغير بالنسبة لأملاك الدولة الخاصة لا تعتبر من قبيل العقود الإداريـــة لأنهـــا تتصل بأموال خاصة غير مخصصة للمنفعة العامة وبغض النظـــر عمـــا تشمله من شروط جوهرية غير مألوفة في الإيجار العادي لأن

---

(١) ففي حكمها الصادر في ٢٤ فبراير سنة ١٩٦٨ ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أن العقد الـــذي يـــبرمه أحد الأفراد مع الإدارة لشراء كمية من الزلط الموجود بمخازن سكك حديد الدلتا التي تديرها الحكومة ليس عقداً إدارياً، لأن العقد (لا يتصل بتسيير المرفق العام، ولا يعـــدو أن يكـــون مجـــرد عقد بيع مال مملوك للدولة ملكاً خاصاً تتصرف فيه على نحو ما يتصـــرف الأفراد في أموالهم طبقاً لأحكام القانون المدني). ورفضت المحكمة إدعاء الإدارة بـــأن (المـــرفق يعـــتمد في سيره على بيع هذه المنتجات)... (إذ أن مجرد عجز إيراد هذا المـــرفق عن مواجهة مصروفاته لا يستتبع اتخاذ وسائل القانون العام، كما لا يستقيم عقلاً أن تعتـــبر هذه العقود إدارية في حين لا تعد كذلك عقود نقل الركاب والبضائع لهذا المرفق وهي مظهر نشاطه الخاص) راجع حكـــم المحكمـــة الإدارية العليـــا فـــي الطعن رقم ٥٥٩ لسنة ١١ ق، بجلسة ١٩٦٨/٢/٢٤ ، س ١٣، ص ٥٥٧، قاعدة ٥٧.

ذلـــك ليس من شأنه أن يخلع عليها وصف العقود الإدارية التي تختص بها الدائرة الإدارية)[١].

ولهذا وجدنا القضاء يرجع إلى موضوع العقد ليحدد طبيعته، وما إذا كان مـــن العقود الإدارية أو المدنية واستند في ذلك إلى فكرة المرفق العام الذي يدور العقد حوله وينعقد لخدمته[٢]. ولذلك كانت صلة العقد الإداري بالمرفق من أهم ما يلزم لإلحاق الصفة الإدارية به[٣].

ومفهـــوم المرفق العام في مجال العقود الإدارية يمكن أن يستعمل بأحد معنيين[٤] :

- معـــنى عضـــوي أو شكلي، أي المنظمة أو الهيئة التي تتولى إشباع حاجة عامة[٥].

- ومعنى موضوعي، أي النشاط الذي يتخذ من جانب الإدارة لتحقيق النفع العام[٦]. وعلى ذلك ففكرة المرفق العام في هذا المجال يجب أن تفهم بمعناها

---

(١) انظر :
- حكـــم محكمة التمييز في الطعن رقم ٤١ لسنة ١٩٩٢ (تجاري)، بجلسة ١٩٩٣/١/٣١ مجلـــة القضاء والقانون، السنة الحادية والعشرون - الجزء الأول، نوفمبر ١٩٩٧، ص ١١٧.
كمـــا ذهبـــت محكمـــة التمييز في ذات المعنى بقولها: (أن القسائم الصناعية المملوكة للدولـــة لا تعتبر من المال العام لتجردها من عناصر التخصيص للمنفعة العامة وإنما تعتبر مـــن أموال الدولة التي تدخل في ملكها الخاص، ومن ثم فهي تخضع بحسب الأصل لأحكام القـــانون الخـــاص ويجـــرى التعامل في شأنها على ذات النمط الذي يجري به التعامل بين الأفـــراد، وبالتالي فإن العقود التي تبرمها الدولة بشأن هذه القسائم لا تعد من قبيل العقود الإداريـــة). في الطعن رقم ٢٢٣ لسنة ١٩٩٠ (تجاري)، بجلسة ١٩٩٢/٣/٢٩، موسوعة مـــبادئ القضاء الإداري - الفتوى والتشريع، الكتاب الثالث، الجزء الثامن، الطبعة الأولى ٢٠٠٠، ص ١٩٧.

(٢) راجع :
- دكتورة/ عزيزة الشريف، دراسة في نظرية العقد الإداري وتطبيقاته في الكويت، المرجع السابق، ص ٤٤.

(٣) راجع :
- دكتور/ صلاح الدين فوزي، المبسوط في القانون الإداري، دار النهضة العربية، ١٩٩٨ ص ٩٧١.
- دكتور/ عادل بهبهاني، العقد الإداري، ٢٠٠١، ص ١٥.
- دكـــتور/ عصـــمت الشـــيخ، مبادئ أساسية في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧، ص ٣٠.

(٤) لمـــزيد من التفصيل حول مفهوم المرفق العام يراجع دكتور/ محمد المتولي، مبدأ المساواة أمام المرافق العامة بالتطبيق على توزيع الخدمات الصحية في مصر، دار النهضة العربية، ط ١٩٩٧، ص ص ١٤ - ٢١.

(٥) دكتور/ محمود محمد حافظ، نظرية المرفق العام، المرجع السابق، ص ١٦.

(٦) راجع :
- دكتور/ ثروت بدوي، النظرية في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٦٢.

الموضوعي وهو النشاط الذي يهدف إلى أداء خدمة عامة تقوم بها الحكومة مباشـرة، أو يقـوم بها ملتزم تحت إشراف السلطات الإدارية المختصة في نطـاق القـانون العـام، ويساهم في تحديد صفة المرفق العام القواعد التي تضعها السلطة العامة لتنفيذه والقيام به والإشراف عليه.

وعلى هذا الأساس لا تقتصر فكرة العقود الإدارية على المرافق الإدارية، بـل يجوز أن تلجأ إليها المرافق الأخرى لاسيما الصناعية والتجارية، ورغم أن المـرافق العامـة الصناعية والتجارية تخضع في تسيير شئونها للقانون الخـاص، وأن العقـود التـي تبرمها هى في الأصل عقود مدنية، وبالتالي يختص بنظر منازعتها القضاء العادي لخلوها من الشروط الاستثنائية[1]، إلا أن القضاء يقرر أن العقود التي تبرمها هذه المشروعات مع الأفراد قد تكون عقوداً إدارية متى توافرت فيها باقي الشروط[2].

ولقـد حـرص مجلـس الدولة المصري على إبراز المعاني السابقة في العديـد من أحكامه ففي حكم صادر من محكمة القضاء الإداري أوضحت فيه تعـريف المرفق العام وبينت أركانه ومعيار تمييزه عن المشروعات الخاصة بقولهـا: (إن المـرفق العـام هو كل مشروع تنشئه الدولة أو تشرف على إدارته ويعمل بانتظام واستمرار، ويستعين بسلطات الإدارة لتزويد الجمهور بالحاجـات العامـة التـي يتطلبها، لا بقصد الربح، بل بقصد المساهمة في صـيانة النظام وخدمة المصالح العامة في الدولة، والصفات المميزة للمرفق العام هى أن يكون المشروع من المشروعات ذات النفع العام، أي أن يكون غرضـه سد حاجات عامة مشتركة أو تقديم خدمة عامة، وألا يكون الغرض مـن المشروع مجرد تحقيق الربح، وهذه نتيجة طبيعية لاشتراط النفع العام في كل مرفق).

---

(١) راجع :
- حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢٢٨٤ لسنة ٣١ ق، بجلسة ١٩٩٠/٥/١٢، الموسـوعة الإدارية الحديثة - الفكهاني - ج ٣٥، ص ٢٧٧. (يتعين لاعتبار العقد إداريا أن تكـون الإدارة بوصفها سلطة عامة طرفاً فيه وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية مـن حيـث اتصاله بمرفق عام وأخذه بأسلوب القانون العام فيما تضمنه من شروط غير مألوفة في القانون الخاص، وهذه المقومات والخصائص لا تتوافر في العلاقة بين المرفق الاقتصادي وبين المنتفعين به، وخاصة إذا كان القائم عليه ليس جهة إدارية تعمل بوصفها سلطة عامة. وهذا المبدأ يصدق على عقد الإيجار سند الطاعنة لصدوره حسب الظاهر من شركة المنتزة والمقطم وخلوه من شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، وبذلك يخضـع لأحكام القانون الخاص وينعقد للقضاء العادي الاختصاص بنظر المنازعة المألوفة حوله).

(٢) راجع :
C.E., 23 décembre 1921, sté. générale armement, R.D.P., 1922, P. 74, cancl. Rivet.

ثـم استطردت المحكمة قائلة (كما أن التطور الحديث في الفقه والقضاء يعـترف بصـفة المـرفق العـام للمرفق الصناعي والتجاري، مع أنه يعمل لتحقيق الربح، ولكن الواقع من الأمر أن الهدف الرئيسي لمثل هذه المرافق لـيس تحقـيق الـربح، بل تحقيق المنفعة العامة أسوة بكل المرافق العامة الأخرى، وما الربح الذي يحققه إلا أثر من الآثار المترتبة على صفة المرفق باعتباره يقوم بأعمال صناعية أو تجارية، كما أن من صفات المرفق أيضا أن يخضـع في إدارته للسلطة الحاكمة، بمعنى أن تكون الكلمة النهائية في إدارة المشـروع وتنظيمه للسلطة العامة، وأن يكون لها حق الإدارة أو أن يكون لها على الأقل الرأي النهائي فيما يتعلق بالمشروع وتنظيمه، هذا إلى جانـب أن المـرافق العامـة تخضع لنظام قانوني خاص يختلف عن النظام القانونـي الـذي يحكم المشروعات الخاصة، وللتحقق من قيام المرفق العام يـرجع إلى النصوص التشريعية إن وجدت، أو إلى طبيعة النشاط الذي يقوم بـه المرفق أو لنية السلطة العامة، إذ أنها تملك وحدها تقرير إنشاء مرفق معيـن أو إلغاء مرفق قائم وفقاً لما تراه من ظروف ومقتضيات، وتستخلص نـية السلطة العامة في قيام المرفق من مجموع الظروف والقرائن المحيطة بنشـأة المشـروع أو المتصـلة بإدارتـه أو خضوعه لرقابة ثابتة أو منح المشروع بعض امتيازات السلطة العامة أو غير ذلك من المظاهر التي تؤكد أن نية جهة الإدارة قد اتجهت إلى جعل ذلك النشاط مرفقاً عاماً)[1].

كما أن المحكمة الإدارية العليا قد تبنت ذات الموقف بالنسبة للمشروعات الجديدة، حيث قررت إضفاء صفة المرافق العامة عليها[2].

---

(١) انظر :
- حكم محكمة القضاء الإدارة في ١٩٥٧/٦/٢، س ١١، ص ٧٩٣.
ويلاحـظ علـى هـذا الحكم أنه وإن امتاز بالإطناب والإفاضة في تعريف المرفق العام وشـرح أركانه ومعيار تمييزه، إلا أنه يعيبه بالنسبة لتحديد أركان المرفق العام، أنه تناول معهـا الخصـائص أو الأحكام التي تعتبر نتيجة لقيام المرفق العام. وبصدد معيار التمييز، جمـع بيـن المتناقضـات، فأخذ بكل من المعيار الموضوعي وهو الذي يستند إلى طبيعة النشاط الذي يقوم به المرفق، والمعيار الشخصي الذي يرتكز على نية السلطة العامة.
راجع في ذلك :
- دكتور/ محمود حافظ، نظرية المرفق العام، المرجع السابق، ص ٤٨.

(٢) يراجع حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ١٢ ابريل ١٩٥٨، س٣، ص ١١٠٣.
وفي حكمها الصادر في ٣١ مارس سنة ١٩٦٢ ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أنه (إذا كانت الهيئة الدائمة لاستصلاح الأراضي، وهي من أشخاص القانون العام، قد أبرمت عقـدا يقـوم الطرف الثاني فيه بتوريد عدد من العجول إليها لخدمة المرفق العام القائمة علـى إدارتـه، ذلك أنه ترزع مساحات شاسعة من الأراضي التابعة للمرفق بنبات البرسيم بقصـد إصـلاح هذه الأراضي، ولتعذر تصريفه، فقد رصدت الهيئة تسعين الف جنيه في ميزانيـتها على ذمة شراء عجول لاستهلاك هذا النبات ومد الأرض بالسماد العضوي، لا بغـرض الـربح، وإنمـا لتسـيير المرفق في نظامه العام بالوصول إلى الهدف الذي قام لتحقـيقه وهو زيادة الأرض المنزرعة، فيزداد بذلك الإنتاج الزراعي والحيواني بما يسد حاجـة البلاد المتزايدة. ومتى كان الأمر كذلك، يكون التعاقد قد انصب على شيء يتعلق باحتياجات المرفق العام وتسييره). وقد اعتبرت المحكمة العقد إداريا. س ٧، ص ٥٢٧.
وراجع في ذات المعنى :
فـتوى القسم الاستشاري للفتوى والتشريع بمجلـس الدولة المصـري الصـادرة فـي ١٩٥٧/٧/٢٩، مجموعة فتاوي المجلس، س ٧، ص ٤٦٣.

مظاهر اتصال العقد بنشاط المرفق العام :

إذا كـــان ارتباط العقد بمرفق عام يعتبر شرطاً من شروط العقد الإداري، فـــإن هـــذا الارتـــباط يتخذ صوراً مختلفة، بيد أنه لا يمكن تحديدها بصورة مطلقة في قائمة محددة، والأكثر شيوعاً طبقاً لأحكام القضاء :

١- قـــد يتصل العقد بعملية تنظيم المرفق واستغلاله عن طريق اشتراك المتعاقد في إدارة المرفق، ومن أشهر هذه العقود عقود الامتياز وفيها يقوم المتعاقد وهو الملتزم بأداء خدمة عامة بدلاً من السلطة الإدارية.

٢- وقـــد يتصـــل العقد بالمرفق عن طريق المعاونة في تسيير المرفق بـــتقديم سلع أو خدمات معينة للمرفق، كما هو الشأن بالنسبة لعقود التوريد وعقود النقل وعقود الإيجار أو البيع أو عقود خدمات الأشخاص.

وقضاء مجلس الدولة الفرنسي في المنازعات المتعلقة بعقود النقل غني، لاسيما فيما يتعلق بالنقل بالسفن، وهو يعتبر (عقد النقل) مدنياً إذا ما اقتصر صـــاحب الســـفينة علـــى وضع سفينته تحت تصرف الإدارة بذات الشروط المألوفة في العقود التجارية، ودون أن يتضمن العقد شروطاً غير مألوفة، أو يخـــول صـــاحب الســـفينة التدخل مباشرة في نشاط المرفق العام[١]، وعلى العكـــس من ذلك يصبح العقد إدارياً إذا انطوى على شروط استثنائية وغير مألوفـــة في القانون الخاص أو أخـــذ صـــورة مشاركة صاحب السفينة في تســـيير المـــرفق العـــام بأن التزم هو بنقل البضائع أو الأشخاص التابعين للإدارة[٢].

٣- وقـــد تكـــون الإدارة هى التي تلتزم في العقد بتقديم سلعة أو حتى خدمة معينة، بمقتضى عقد مبرم بينها، وهى العقود التي تبرم مع المنتفعين بخدمات المرافق العامة.

علـــى أنه إذا كانت علاقة العقد بالمرفق العام ضرورية لكي يعتبر العقد إدارياً فإنها ليست كافية لمنحه تلك الصفة، ذلك أن قواعد القانون العام لـــم

---

(١) راجع :

C.E., 18 juin 1919, Cic des chargeurs français, Res., P. 520.

(٢) راجع :

C.E., 19 juin 1918, Sie des voillers franças, Rec., P. 597.

تعـد ذات علاقـة حتمية بفكرة المرفق العام. ولهذا فان للإدارة أن تلجأ إلى وسائل القانون العام مختارة، وبالتالي لا تعتبر العقود التي تبرمها إدارية إلا إذا أرادت هى ذلك[1].

وخلاصة القول أن طبيعة المرفق الخاصة لا تكفي لاعتبار العقود التي تبرمها عقوداً إدارية، ولكن هذه العقود تكتسب الصفة الإدارية بما تحتويه من شروط استثنائية، ذلك أن اتصال العقد بنشاط مرفق عام لا يمكن أن يكفي وحده للدلالة على الطبيعة الإدارية للعقد على أية صورة كانت هذه الصلة، سواءً كان العقد يحقق هدف المرفق مباشرة، أو كان يشرك المتعاقد في تسيير المرفق، وأيما كانت طبيعة المرفق العام الذي يساهم المتعاقد في تسييره، فجميع المرافق العامة تستطيع أن تلجأ إلى وسائل القانون العام، كما يمكنها أن تستعين بوسائل القانون الخاص، أي أنها تبرم عقوداً إدارية وعقوداً مدنية بحسب الأحوال[2].

ثالثاً : أن يتضمن العقد شروطاً غير مألوفة :

إن هذا الضابط من الأهمية للتعرف على طبيعة العقود الإدارية، ذلك أن إتصال العقد الذي تبرمه الإدارة بالمرفق العام، إذا كان شرطاً لازماً لكي يصبح العقد إدارياً، فإنه غير كاف بذاته لكي يضفي على العقد تلك الصفة، ومن ثم فان احتواء العقد على شروط غير مألوفة في عقود القانون الخاص يجعله إدارياً وتدخل المنازعة المتعلقة به في دائرة اختصاص القضاء الإداري.

وتحرص أحكام مجلس الدولة المصري على إبراز هذه الحقيقة الجوهرية في موضوع العقود الإدارية، ومن ذلك قول محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٦ (أن علاقة العقد بالمرفق إذا كانت ضرورية لكي يعتبر العقد إدارياً، فإنها ليست مع ذلك كافية لمنحه تلك الصفة، اعتباراً بأن قواعد القانون العام ليست ذات علاقة حتمية بفكرة المرفق العام، إذ أنه مع اتصال العقد بالمرفق العام، فإن الإدارة قد تلجأ في إبرامه إلى أسلوب القانون الخاص، فتتبع بشأنه ما يتبعه الأفراد في

---

(١) دكتور/ محمد عبدالعال السناري، مبادئ وأحكام العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ١٢.
(٢) راجع في ذلك :
- دكتور/ ثروت بدوي، النظرية العامة في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٧٥.

تصـــرفاتهم الخاصة. ومن ثم فإن المعيار المميز للعقود الإدارية عما عداها من عقود الأفراد وعقود القانون الخاص التي تبرمها الإدارة ليس هو صفة المـــتعاقد، بل موضوع العقد نفسه متى اتصل بالمرفق العام على أية صورة مـــن الصور، مشتركا في ذلك وعلى درجة متساوية مع الشروط الاستثنائية غير المألوفة في العقد)[1].

ولقـــد انتهت المحكمة الإدارية العليا في جميع أحكامها القديمة والحديثة إلـــى ذات المعيار في تمييز العقد الإداري، فتقول في أحد أحكامها (أن العقد يعتـــبر إداريـــا إذا كان أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً ومتصلاً بمرفق عام ومتضمناً شروطاً غير مألوفة في نطـــاق القانـــون الخاص. فإذا تضمن هذه الشـــروط الثلاث مجتمعة كان عقداً إدارياً يختص به القضاء الإداري بحسب ولايته المحددة)[2].

ومرجع الاهتمام بضرورة توافر الشروط غير المألوفة في العقد إلى أنه الوســـيلة التـــي تظهر نية الإدارة في اختيار أسلوب القانون العام في إدارة المـــرفق العام، وبالتالي تعبر عن اتجاهها في الظهور بمظهر السلطة العامة في العقد لا بمظهر الأفراد العاديين ومن ثم خضوع هذا العقد لقواعد القانون الإداري لا قواعد القانون المدني، فهى – **وبحق** – حجر الزاوية في التعرف على طبيعة العقود الإدارية[3].

---

(١) س ١١، ص ٨٧.

(٢) انظر :
– حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٨٨٩ لسنة ٦ ق، بجلسة ١٩٦٢/٣/٣١، س ٧، ص ٥٢٧.

(٣) راجع في ذلك :
– حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٩٦٥/١/٢، س ١٠، ص ٣١٦.
حيـــث تكشف عن نية الإدارة في اختيار وسائل القانون العام بقولها (.. وأخذه بأسلوب القانون العام فيما تضمنه من شروط غير مألوفة في القانون الخاص).
– وحكمها في ١٩٦٧/١٢/٣٠، س ١٣، ص ٣٥٩.
بقولها (... وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمين العقد شرطاً أو شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص).
– وحكمها في ١٩٦٨/٥/١١، س ١٣، ص ٨٧٤.
بقولها (... واتبعت فيه وسائل القانون العام إذ ضمنته شروطاً استثنائية غير مألوفة في نطاق القانون الخاص).
وفـــي هـــذا المعنى ذهبت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في ٩ فبراير سنة ١٩٩٣ إلـــى أنـــه (ومـــن حيث أن العقد الإداري هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام بمناسبة تسييره، وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمينه شروطا استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخـــاص، ومـــتى كان ذلك فان العقد يعتبر عقدا إداريا إذا كان أحد أطرافه شخصا معنويا عامـــا، وأن يتصـــل بتسيير مرفق عام، وهو مشروع تنشئه الدولة أو تشرف على إدارته ويعمـــل بانتظام واستمرار ويستعين بسلطات الإدارة لتزويد الجمهور بالحاجات العامة التي يتطلبها بغير قصد الربح بل خدمة للصالح والنفع العام وأن يتضمن شروطا استثنائية غير مألوفـــة فـــي عقـــود القـــانون الخاص تعبر عن أخذ الإدارة بأسلوب القانون العام)، حكم المحكمـــة الإداريـــة العليـــا فـــي الطعـــن رقم ٣٧٠٣ لسنة ٣٣ ق، بجلسة ١٩٩٣/٢/٩، الموسوعة الإدارية الحديثة – الفكهاني، الجزء ٣٥، ص ٢٨٠.

كمـــا ذهبـــت محكمة التمييز الكويتية في حكمها الصادر في ١٤ مارس ســـنة ١٩٩٩ إلى أنه (يتعين لاعتبار العقد عقداً إدارياً أن يكون أحد طرفيه شخصاً معنوياً يتعاقد بوصفه سلطة عامة وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام بقصـــد تســـييره أو تنظـــيمه وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية وهو انـــتهاج أسلوب القانون العام فيما تتضمنه هذه العقود من شروط استثنائية بالنسبة إلى روابط القانون الخاص)[٢].

صور الشروط الاستثنائية :

أنه رغم تعدد أحكام المحاكم التي تناولت معيار تمييز العقود الإدارية، إلا أنه لا يمكن استخلاص نظرية متماسكة تربط بين عناصر الشرط الاستثنائي وتحـــدد مقوماتـــه، ذلك أن غالبية الأحكام تكتفي بالإشارة إلى احتواء العقد علـــى شـــروط استثنائية دون أن تحدد تلك الشروط، وحتى بالنسبة للأحكام التـــي تحدد الشروط الاستثنائية التي استندت إليها للحكم بوجود عقد إداري، فإنهـــا لا تبيـــن الأســـاس الـــذي اعـــتمدت عليه لوصف تلك الشروط بأنها اســـتثنائية. هذا بالإضافة إلى أنها تنظر إلى مجموعة نصوص العقد وتحكم باعتـــباره متضـــمناً لشروط استثنائية دون أن تفصل بين النصوص العادية والنصوص الاستثنائية.

وبمـــا أنه ليس في مقدورنا حصر الصور المختلفة للشروط الاستثنائية، فإننا سنتناول بالبحث أبرز صورها كما عرفها القضاء الإداري :

١ـ الشروط التي تتضمن امتيازات للإدارة لا يتمتع بها المتعاقد الآخر :

تتمتع الإدارة بامتيازات في العقد كقدرتها بإرادتها المنفردة على تحميل المـــتعاقد معهـــا بالتزامات يتطلبها سير المرفق أو استقلالها بوضع شروط العقـــد – وقـــد تضـــع شروطاً من قبيل شروط الأسد في القانون الخاص – وإلـــزام المـــتعاقد بتنفيذها دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء هى مظاهر سلطـــة التنفيـــذ المباشر، وأيضاً سلطة الإدارة فـــي توقيـــع الجزاءات على المتعاقد كتوقيع الغرامة عند الإخلال بأي شرط من شروط العقد أو سلطتهـــا

---

(١) حكم محكمة التمييز في الطعن رقمي ٤٤٤ ، ٩٨/٤٥٠ (تجاري)، بجلسة ١٩٩٩/٣/١٤، موسوعة مبادئ القضاء الإداري – إدارة الفتوى والتشريع بالكويت، الكتاب الأول – الجزء الأول، الطبعة الأولى ١٩٩٩، ص ٢٧٩.

فـــي فسخ العقد، ومن هذه الشروط قدرة الإدارة على إلزام المتقدم بالعطاء بمجـــرد تقدمـــه، على حين لا تلتزم الإدارة إلا بعد إجراءات التصديق على العقـــد، وقـــد لا تـــبرم العقـــد على الإطلاق، وكذا سلطة الإدارة في الرقابة والإشراف والتوجيه في تنفيذ العقد ضماناً لحسن أداء المتعاقد لالتزاماته[1].

وفي هذا المعنى ذهبت محكمة الاستئناف العليا/ دائرة التمييز في حكمها الصادر في ١٣ يونية سنة ١٩٨٨ إلى أن (سلطة الإدارة في تعديل العقد هو الطـــابع المميز للعقود الإدارية، مقتضاها حقها في تعديل العقد أثناء تنفيذه كلمـــا اقتضت حاجة المرفق أو المصلحة العامة ذلك دون حاجة للنص على ذلـــك بـــالعقد أو موافقـــة الطرف الآخر، مثال تضمين قرار مجلس الخدمة المدنـــية ٨١/٤ نصـــاً بتعديل بعض عقود التعيين على مقتضى أحكامه عند تجديدها، أثره صيرورة العلاقة العقدية محكمة بالنص المضاف عند التجديد ولو لم يدرج النص بالعقد المحدد فعلاً)[2].

ولا شـــك أن أســـاس ســـلطة تعديل العقد المعترف بها للإدارة بإرادتها المـــنفردة يوجـــد فـــي متطلبات المرافق العامة هذه المتطلبات قابلة للتطور والتغيـــير، وقـــد تستلزم المصلحة العامة تبعاً لذلك أن يفرض على المتعاقد التزامات لم ينص عليها أو تؤخذ في الاعتبار وقت التعاقد، وهذا الأساس هو الـــذي خلق هذه السلطة دون حاجة إلى النص عليها في العقد، بل إن النص علـــيها في العقد لا ينشئ هذه السلطة وإنما يكشف عنها، فالسلطة مستمدة من مبادئ القانون العام ذاته ومن الطبيعة الذاتية للعقد الإداري، ومن ثم لا يجـــوز لـــلإدارة أن تتـــنازل عنها، وأن عدم النص عليها في العقد لا يعني حرمانها من هذا الحق[3].

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ١٩٦٢/١/٣١، س ٧، ص ٥٢٧.
وراجع في ذات المعنى :
- حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٨٩/٢٠٠ (تجاري)، بجلسة ١٩٩٠/١٠/٢٩، مجلة القضاء والقانون، السنة ١٨، مايو ١٩٩٦، ص ١٠١.
وراجع في نفس المعنى :
- حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٥٦ لسنة ٣٥ ق، بجلســـة ١٩٩٢/٤/٢٨، الموسوعة الإدارية الحديثة - الفكهاني، الجزء ٣٥، ص ٣٦٣.
وراجع في ذات المعنى :
- حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٨٨٢ لسنة ١٠ ق، بجلســـة ١٩٦٩/٣/٢، س ١٣، ص ٦٢٥، الطعـــن رقـــم ٣٩٨٦ لسنـــة ٣٥ ق، بجلســـة ١٩٩٢/١١/١٥، الموسوعة الإدارية الحديثة، الفكهاني، الجز ٣٥، ص ٣٦٩.

(٢) حكـــم محكمـــة التمييز في الطعن رقـــم ١٩٨٨/٣١٢ (تجاري)، بجلسة ١٩٨٨/٦/١٣، مجلة القضاء والقانون، السنة ١٦، العدد الثاني، ص ٤٨.

(٣) دكتورة/ عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري وتطبيقاتها في الكويت، المرجع السابق، ص ٢٠٤.

٢ـ الشروط غير المألوفة الممنوحة للمتعاقد مع الإدارة في مواجهة الغير :

قـد لا تمارس الإدارة مظاهر السلطة العامة، وإنما تخول المتعاقد معها ممارسة هذه المظاهر في مواجهة الغير، وبالقدر الذي يستلزمه تنفيذ العقد.

فكثيراً ما تتضمن عقود امتيازات المرافق العامة شروطاً تخول الملتزمين حـق ممارسـة سلطات بوليسية قبل المنتفعين، أو حق نزع الملكية لإقامة المنشـآت اللازمة للمرفق، أو فرض اتفاقات معينة، أو فرض رسوم مقابل الخدمات التي يقدمها المرفق العام.

وفـي عقـود الأشغال العامة نجد شروطاً تخول المقاول حق شغل بعض العقارات الخاصة شغلاً مؤقتاً، أي لمدد محددة، دون حاجة لرضا ملاكها، أو سلطة الاستيلاء الجبري على بعض المنقولات.

٣ـ الإحالة إلى دفاتر شروط معينة :

كثـيراً ما تقوم الإدارة بإعداد شروط موحدة لطوائف مختلفة من العقود الإدارية، وتعتبر جزءاً من العقد الإداري بعد إبرامه، بجوار الشروط الخاصة التـي يـتفق عليها بين الإدارة والمتعاقد. فإذا لم يتضمن العقد شرطاً غير مـألوف، ولكنه أحال إلى دفتر من دفاتر الشروط تلك. فهل تعد هذه الإحالة بمثابة شرط استثنائي يضفي الصفة الإدارية على العقد؟.

تتوقف الإجابة على طبيعة الشروط الواردة في الدفاتر المشار إليها، فإذا كانـت تلك الشروط استثنائية وغير مألوفة، فلا شك أن العقد يصبح إدارياً، لأن الإحالـة إلـى دفـتر معين يجعل الشروط الواردة به جزءاً لا يتجزأ من العقـد، ودليل على اتجاه نية المتعاقدين في اختيار أسلوب القانون العام في تعاقدهمـا. أما إذا كانت الدفاتر المحال عليها لا تتضمن شروطاً غير مألوفة فإن الإحالة عليها لا تتضمن ما يفيد في تحديد طبيعة العقد[١].

كما أن اتباع المتعاقدين للإجراءات والأشكال المتبعة في العقود الإدارية كإجـراءات المناقصـات أو المزايـدات لا تضـفي بذاتها على العقد الصفة

---

(١) راجع :
C.E., 21 janvier 1938, Bareau de l' édition muaica – mécanique, S., 1940, 3 , 9.

الإداريـــة حيـــث يحـــق للمـــتعاقد أن يقبل هذه الشروط أو يرفضها، وكذلك اســـتخدام شـــكل مـــن الأشـــكال المعـــروفة في المعاملات الخاصة لا يعني بالضرورة أن العقد مدني.

ولمـــا كانت كيفية التعاقد مبينة في العادة في القرارات واللوائح المنظمة للمناقصـــات والمزايدات العامة، فإن معظم ما يرد في دفاتر الشروط العامة بهـــذا الخصـــوص، هو من قبيل الأوامر والإجراءات الداخلية التي لا يترتب على مخالفتها بطلان العقد، وإن عرضت مخالفها للعقاب الإداري.

ولـــيس ثمة ضرورة في اتباع الشكل الكتابي للقول بوجود عقد إداري. فمـــن المتصـــور أن يكـــون العقـــد الإداري عقداً شفوياً وإن كان ذلك نادر الحصول، لأن الكتابة هى التي تهيئ الفرصة لإدارج شروط استثنائية.

وفـــي ذلك تقول محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في ٢ يونية سنة ١٩٥٧ (... من العقود الإدارية ما يجب – من حيث الشكل – أن يكون مكـــتوباً حـــتى يتيســـر تضـــمينه الشروط الاستثنائية التي تميزه عن عقود القانون الخاص، على أن مسألة شكل العقد الإداري كمعيار يميزه عن العقود المدنـــية كانـــت مثار خلاف وجدل، انتهى الرأي فيه واستقر الفقه والقضاء الفرنسي علـــى اشتراط أن يكون العقد مكتوباً هو شرط متعلق بصحة العقد ولـــيس خاصـــاً بطبيعته، وأنه إذا كانت العقود غير المكتوبة هى أصلاً من عقود القانون الخاص، إلا أن العقد الإداري قد يكون هو الآخر غير مكتوب، وفي هذه الحالة تكـــون الشروط الاستثنائية غير المألوفة مضمنة في قواعد تنظيمية أو تشريعية قائمة من الأصل، ويخضع مباشرة لنصوصها العقد عند نشأته وبعد إبرامه، وتسري عليه هذه القواعد، وهى التي تسبغ عليه أساساً – ومـــع توافـــر باقـــي الأركان – صفة العقد الإداري اعتبارا بأن الشروط الاســـتثنائية لا يجـــب حـــتماً أن تكون شروطاً رضائية يتفق عليها الطرفان المـــتعاقدان وقت إبرام العقد، بل قد يفرضها عليهما القانون سلفاً، ويستلزم وجودهـــا الـــنظام الموضوع لإدارة المرفق العام، وكيفية المساهمة فيه أو الاشتراك في إدارته وتسييره...)[1].

---

(١) انظر :
– حكـــم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٣٤٨٠ لسنة ٩ ق، بجلسة ١٩٥٧/٦/٢، س ١١ ، ص ٩٤٣.
وراجع في ذات المعنى :
– حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢٢٨٩ لسنة ٣٠ ق، بجلسة ١٩٩٠/٣/٢٠، الموسوعة الإدارية الحديثة – الفكهاني، الجزء ٣٥، ص ٢٩٢. بقولها : (ومن حيث =

كمـــا ذهبت دائرة التمييز في حكمها الصادر في ١٨ أكتوبر ١٩٨٨ إلى أن عقـــود الإبتعاث الدراسية تعتبر عقود إدارية سواء كانت مكتوبة أو غير مكـــتوبة إذ أن (مفـــاد نصوص قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٣١ لسنة ١٩٦٦ بـــنظام بعـــثات وزارة التربـــية أن الطالب المبعوث عندما يتقدم بعد الإعـــلان عـــن البعـــثة بطلب ترشيحه لها يكون قد قبل في الواقع الخضوع لأحكـــام قـــرار رئـــيس مجلس الوزراء المشار إليه وسائر العقود التنظيمية بالبعـــثات، ومن ثم ينشأ بينه وبين وزارة التربية عقد إداري قد يكون غير مكتوب إذ لا يشترط في العقد الإداري أن يكون دائماً مكتوباً، يلتزم بمقتضاه بجميع الالتزامات التي فرضها ذلك القرار..)[1].

٤ـ الشروط الخاصة بتحديد الاختصاص القضائي :

يحدث أحياناً أن تضمن الإدارة عقودها شرطاً تجعل الاختصاص بمقتضاه للقضـــاء الإداري في كل ما يتعلق بالمنازعات المتولدة عن العقد. فهل يكفي هذا الشرط للكشف عن طبيعة العقود الإدارية؟.

للإجابـــة على هذا التساؤل يتعين أن نعرض لمبدأين يحاول القضاء أن يوفق بينهما : **أولهما** : أن المتعاقدين لهم حرية إتباع وسيلة القانون العام أو وســـيلة القانون الخاص، أي إبرام عقد إداري أو إبرام عقد مدني. **وثانيهما** : أن الإدارة لا تســـتطيع بإتفاقها مع الأفراد أن تعدل قواعد الاختصاص، لأن هذه القواعد تتعلق بالنظام العام.

ولاشك أن إعمال هذين المبدأين ينتهي إلى أن شرط الاختصاص لا يمكن أن يؤثـــر بذاتـــه في طبيعة العقد، ولكنه قد يكشف عن طبيعة العقد إذا كان العقد بذاته إدارياً. وأن دور هذا الشرط ينحصر في :

= أن العقـــد الإداري شأنه في ذلك شأن سائر العقود التي تخضع لأحكام القانون الخاص يتم بتوافق إرادتين تتجهان إلى إحداث أثر قانوني هو إنشاء الزام أو تعديله.
ومـــن حيـــث أن قضـــاء المحكمة الإدارية العليا قد استقرعلى أن العقد غير المكتوب وســـيلة غـــير مألوفـــة في المجال الإداري بسبب جنوح الإدارة عادة إلى إثبات روابطها العقدية بالكتابة إلا أنه لا يزال يؤدي دورا مكملا لبعض أنواع العقود الإدارية.
ومـــن حيـــث أن لـــلإدارة التحلل من الشكل الكتابي للعقود. إلا أنه في معظم الحالات تتضـــمن خطوات التعاقد وثائق مكتوبة. حتى ولو لم يفرغ العقد في النهاية وثيقة مكتوبة ويســـتند القضاء أحيانا إلى هذه الوثائق المتبادلة بين الإدارة والأفراد للقول بقيام الروابط التعاقدية حتى ولو كانت طبيعة العقد تستلزم الصورة الكتابية).

(١) فـــي الطعـــن رقم ١٩٨٧/٨٥٨ (إداري)، موسوعة مبادئ القضاء الإداري، الكتاب الأول، الجزء الأول، الطبعة الأولى، ١٩٩٩، ص ٢٥١.

أ- لا قيمة للشرط إطلاقاً إذا كانت طبيعة العقد واضحة، فإذا كان العقد إدارياً بطبيعته لاحتوائه على شروط استثنائية وغير مألوفة، فإن شرط الاختصاص يصبح مجرد توكيد لحقيقة ثابتة من قبل. وإذا كان العقد خاصاً بطبيعته، كما لو كان موضوعه يتعلق بالدومين الخاص مثلاً، فإن القضاء يهدر هذا الشرط باعتباره مخالفاً للنظام العام.

ب- أما فائدة الشرط فتتجلى في حالة ما إذا كان طبيعة العقد غير قاطعة الدلالة على طبيعة العقد، بمعنى أن العقد الذي ورد به الشرط قد، يكون إدارياً أو خاصاً وفقاً لإرادة المتعاقدين، ففي هذه الحالة إذا ما كانت الشروط غير قاطعة في إضفاء الطبيعة الإدارية على العقد، لكونها مجرد قرائن ترجح الصبغة الإدارية، فحينئذ يكون شرط الاختصاص، بالإضافة إلى القرائن الأخرى، العامل الحاسم في إبراز صفة العقد[1].

تلكم هي الشروط الأساسية التي يجب توافرها في عقود الإدارة لكي يصبح العقد إدارياً.

---

(١) راجع :
- دكتور/ ثروت بدوي، النظرية العامة في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٩٦.
- دكتور/ سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٨٥.
- دكتورة/ عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، المرجع السابق، ص ٥٨.

الفرع الثالث

التعريف بأهم صور العقود الإدارية

تختلف طرق إدارة المرافق العامة تبعاً لتعدد أنواعها، وتراعي عند اختيار طريقة إدارتها اعتبارات كثيرة، سياسية واقتصادية وتقنية، فتحدد في ضوئها الطريقة الملائمة لإدارة المرفق وممارسة النشاط الذي يقوم به، ومن هنا تدخل الإدارة مع غيرها في روابط تعاقدية تأخذ صوراً مختلفة وتتضمن شروطاً متعددة تتفق مع مقتضيات سير المرافق العامة التي تبرم هذه العقود لخدمتها، وتعد أشهر العقود الإدارية في التعامل هى عقود الالتزام والتوريد والأشغال العامة، وهو ما دعا المشرع المصري عند بداية تقريره – اختصاص القضاء الإداري بنظر العقود الإدارية – أن يشير إلى هذه العقود بالذات ليختص بنظر المنازعات الخاصة بها، وحسناً فعل المشرع الكويتي عند تقرير اختصاص الدائرة الإدارية بنظر المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية أن أخذ بذات الإتجاه.

ونتناول بالدراسة أهم الموضوعات التي تحيط بأبرز العقود الإدارية وهى عقد الامتياز وعقد التوريد وعقد الأشغال العامة، على أن نعرض في سياق البحث لعقد الـ B.O.T لما له من أهمية في مجال سير المرافق العامة وانعكاساته على خصخصة المرافق العامة، إذ بمقتضاه يتحقق نقل تنفيذ المرافق العامة إلى القطاع الخاص، ومن ثم نقل أعباء المرافق العامة عن كاهل الدولة المتخمة بالمشروعات، وكذا الأعباء المالية التي تنوء بها الخزانة العامة، فهو وسيلة جيدة لتمويل مشروعات البنية الأساسية وبديل عن استخدام القروض الحكومية، وفقاً للتقسيم التالي :

الغصن الأول : عقد امتياز المرافق العامة.

الغصن الثاني : عقد الأشغال العامة.

الغصن الثالث : عقد التوريد.

الغصن الرابع : عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية طبقاً لنظام الـ B.O.T.

الفصل الأول

عقد امتياز المرافق العامة

لقـد كان عقد الامتياز (الالتزام) هو أول العقود التي أمكن إخراجها من دائـرة تطبـيق القواعد المدنية، ذلك أن اتصال ذلك العقد بالمرفق العام وما يضفي عليه المرفق من طبيعة خاصة مستمدة من طبيعة المرفق نفسه، كان مـن الضـروي إخضـاعه لقواعد متميزة عن القانون المدني. وبعد إنشاء مجلـس الدولـة المصري تم تقرير اختصاص محكمة القضاء الإداري بنظر المـنازعات المـتعلقة بالعقود الإدارية ومن ضمن هذه العقود عقد الامتياز، وهـو ما أخذ به المشرع الكويتي عند إنشاء الدائرة الإدارية واختصها بنظر المنازعات المتعلقة بهذا العقد.

هـذا ونتـناول بالدراسة مفهوم عقد امتياز المرافق العامة وعقد امتياز البحث عن البترول واستغلاله وفقاً لما يلي :

أولاً : مفهوم عقد امتياز (التزام) المرافق العامة :

يعتـبر عقـد الامتـياز (الالتزام) من العقود الإدارية، إذ تتوفر فيه كافة شـروط العقد الإداري وهى وجود الإدارة طرفاً في العقد ولاتصاله المباشر بسير المرفق العام وتضمينه شروطاً غير مألوفة[1].

ويمكن تعريف عقد الالتزام بأنه عقد إداري يتولى الملتزم – فرداً كان أو شـركة – بمقتضـاه وعلـى مسئوليته إدارة مرفق عام ذي صفة اقتصادية واسـتغلاله لمـدة محددة مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين، ويخضع في ذلك لقواعد تنظيم وتشغيل المرافق العامة.

ويحـاول نظـام الامتياز التوفيق بين اعتبارين : **أولهما** يتعلق بالمصلحة العامـة المتمـثلة في ضمان إدارة المرافق العامة، **وثانيهما** يتصل بالمصلحة الخاصة للملتزم الذي لا يقبل إدارة المرفق وتحمل أعبائه إلا لتحقيق الربح.

وقد عرفت محكمة القضاء الإداري عقد التزام المرافق العامة في حكمها الصادر في ٢٥ مارس سنة ١٩٥٦ بقولها : (... إن التزام المرافق العامـة

---

(١) راجع :
– دكـتورة/ عزيـزة الشـريف، دراسات في نظرية العقد الإداري وتطبيقاتها في الكويت، المرجع السابق، ص ٦٠ ومابعدها.

لـــيس إلا عقـــداً إدارياً يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته وتحت مسوليته المالية بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية، وطـــبقاً للشروط التي توضع لـــه، بأداء خدمة عامة للجمهور، وذلك مقابل التصريح له باستغـــلال المشـــروع لمـــدة محددة من الزمن واستيلائه على الأرباح. فالالتزام عقد إداري ذو طبيعة خاصة، وموضوعه إدارة مرفق عام، ولا يكـــون إلا لمـــدة محـــدودة، ويتحمل الملتزم بنفقات المشروع وأخطاره المالية، ويتقاضى عوضاً في شكل رسوم يحصلها من المنتفعين)[1].

ويمكن أن نستخلص من هذا التعريف لعقد التزام المرافق العامة العناصر التالية :

١ـ التزام المرافق العامة عقد إداري يحتوي على نوعين من الشروط :

أ- شـــروط لائحـــية تتعلق بتنظيم المرفق العام وتشغيله، فعقد الالتزام يعتـــبر أســـلوباً لإدارة المرفق العام الذي يظل محتفظاً بطبيعته كمرفق عام، وتملـــك الإدارة تعديلهـــا فـــي كـــل وقـــت وفقاً لحاجة المرفق العام موضع الاســـتغلال، وهـــي تبين كيفية أداء الخدمة للمنتفعين، ويستطيع المنتفعون بخدمات المرفق الاستناد إليها في الطعن في قرارات الإدارة المخالفة لها.

وقد ذهبت محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في ٢٧ يناير سنة ١٩٥٧ إلى أن الدولة (وهى المكلفة أصلاً بإدارة المرافق العامـــة، فإنها إذا عهدت إلى غيرها أمر القيام بها، لم يخرج الملتزم في إدارتـــه عن أن يكون معاونـــا لهـــا ونائباً عنها في أمر هو من أخص خصائصها. وهذا النوع من الإنابة – أو بعبارة أخرى هذه الطريقة غير المباشرة لإدارة المرفق العام – لا تعتـــبر تـــنازلاً أو تخلـــياً مـــن الدولـــة عن المرفق العام بل تظل ضامنة ومسئولة قبل أفراد الشعب عن إدارته واستغلاله، وهى في سبيل القيام بهذا الواجـــب تـــتدخل في شئون المرفق العام كلما اقتضت المصلحة العامة هذا التدخل... ولذلك فان عقد الالتزام ينشئ في أهم شقيه مركزاً لائحياً يتضمن تخويـــل الملـــتزم حقوقـــاً مستمدة من السلطة العامة يقتضيها قيام المرفق واســـتغلاله. وهذا المركز اللائحي الذي ينشئه الالتزام والذي يتصل بالمرفق العام هو الذي يسود العملية بأسرها.

---

(١) انظر :
– حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ١٤٦ لسنة ٨ ق، بجلسة ١٩٥٦/٣/٢٥، س ١٠، ص ٢٥٩.

أمـــا المركز التعاقدي فيعتبر تابعاً لـــه، وليس من شأنه أن يحول دون صدور نصوص لائحية جديدة تمس الالتزام... وأنه ولو أن الشروط اللائحية تـــتقرر باتفـــاق يبرم بين السلطة مانحة الالتزام والملتزم إلا أن هذا الاتفاق لـــيس عقداً، ولا يترتب عليه التزامات دائنية ومديونية، بل هو يقرر قاعدة تنشـــئ مركزاً قانونياً لائحياً، فإن حق الدولة في تعديل هذا المركز بإرادتها المنفردة من الأمور التي تخرج عن نطاق الجدل...)[1].

ب- كمـــا يحتوي عقد الامتياز على شروط تعاقدية وهى شروط تحكمها قـــاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وهى تتعلق بمدة الالتزام، والمزايا المالية التـــي تمنحها الإدارة للملتزم والمتمثلة في إعانات مالية سنوية متفق عليها أو إعانـــات مالية لضمان حد أدنى من الربح، أو إعفاء من فوائد القروض التي يقترضها الملتزم لمعاونته في تسيير المشروع، وفي حالات أخرى تقوم الإدارة بمســـاعدة الملـــتزم لإعـــادة التوازن المالي للعقد. فكل هذه الشروط الـــتعاقدية الأصل فيها عدم جواز تعديلها أو تغييرها من قبل الجهة الإدارية بمفردها.

والشـــروط الـــتعاقدية هـــى تلك الشروط التي لا حاجة لوجودها فيما لو استغل المرفق العام من قبل الإدارة، وعلى العكس من ذلك توجد الشروط أو النصـــوص اللائحية سواء كانت إدارة المرفق بطريق الاستغلال المباشر من جانب الإدارة أو الاستغلال غير المباشر عن طريق الملتزم.

---

(١) انظر :

- حكـــم محكمـــة القضاء الإداري في القضية رقم ٤٨٥ ورقم ١٣٦٧ لسنة ٧ ق، بجلسة ١٩٥٧/١/٢٠، س ١١، ص ١٦٠.
- وراجـــع فـــي ذات المعنـــى حكمهـــا فـــي القضيـــة رقم ٣٥٧ لسنة ١١ ق، بجلسة ١٩٥٧/٣/٢٤، الوســـيط فـــي شرح اختصاصات مجلس الدولة - الدكتور/ محمد ماهر أبوالعينين، ٢٠٠٠، الجزء الثاني، ص ٨٧١.

كمـــا أن فتاوى القسم الإستشاري بمجلس الدولة المصري تأخذ بذات الاتجاه، ومن ذلـــك مـــا قـــرره (من المسلم فقها وقضاء أن مانح الالتزام يملك بإرادته المنفردة تعديل الشـــروط اللائحـــية لعقد الالتزام في أي وقت وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة، دون أن يـــتوقف ذلك على قبول الملتزم. وحق تعديل الشروط اللائحية مستمد من طبيعة موضوع العقـــد وهو المرفق العام، إذ القاعدة الأساسية أن السلطة العامة هى صاحبة الكلمة العليا فـــي تنظيم وإدارة المرافق العامة لتعلق ذلك بالصالح العام. فإذا تغيرت الظروف، وأصبح نظـــام المـــرفق الـــذي تقرر وقت التعاقد لا يتفق مع الظروف الجديدة، ولا يحقق المنفعة العامـــة التي أنشئ لتحقيقها، كان للسلطة العامة مانحة هذا الالتزام أن تغير هذا النظام، وأن تفـــرض علـــى الملتزم بمحض سلطتها النظام الذي تراه أدعى إلى تحقيق المصلحة العامـــة. كما أنه من المسلم به، أن التعريفة والشروط المتعلقة بها من الشروط اللائحية القابلـــة للتعديل بإرادة الإدارة المنفردة، وأنها تظل عملا من جانب واحد ولو كان تعديلها بـــناء على طلب الملتزم أو مترتبا على اتفاق أو مفاوضة معه)، فتوى الجمعية العمومية للقســـم الاستشـــاري رقـــم ٩٢ في ١٩٥٦/١٢/٤، وأيضا رقم ٤١٤ في ١٩٥٤/١١/٤، مجموعة، سمير أبو شادي، ص ٥٣ ، ٥٤.

٢ـ موضوع العقد :

أن موضـــوع عقـــد الامتـــياز هو إدارة واستغلال مرفق عام، أي القيام بإشـــباع حاجـــة عامة أو أداء خدمة عامة بصورة منتظمة ومطردة، وقد لا يقتصـــر الامتـــياز على استغلال المرفق العام، وإنما يتضمن امتياز الأشغال العامـــة أيضاً، كامتياز النقل بالسكك الحديدية، أو امتيازات الغاز والكهرباء، فهـــذه الأشغال التي ترجع في النهاية إلى الدولة عند انتهاء مدة الامتياز لا يحصـــل صـــاحب الامتياز على مقابل لقاء قيامه بها، لأن مكافأته تتمثل في استغلال المرفق العام طيلة مدة الامتياز[١].

وغالباً ما يكـــون المرفـــق ذا طابـــع اقتصادي، وهو ما أوضحته المادة (٦٦٨) مـــن القانون المدني المصري بقولها أن التزام المرافق العامة (عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذي صفة اقتصادية، ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصـــة بتنظـــيم هـــذا المـــرفق، وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق فترة معينة من الزمن). فنظام الالتزام لا يصلح إلا بالنسبة للمرافق الاقتصادية التي يدفع المنتفع بها مقابلاً لانتفاعه، فهو لا يتلاءم مع المرافق الإدارية المجانية التي تقدم خدماتها للجمهور دون مقابل[١].

٣ـ مدة الالتزام :

عـــادة مـــا يراعى في تحديد مدة الالتزام أن تكون كافية لتغطية نفقات المشروع والسماح للملتزم بقدر معقول من الربح.

ولا شك في أن طول الامتياز يؤدي إلى حرمان الدولة من حرية إعـــادة الـــنظر بشـــروط اســـتثمار ثرواتها. فعلى سبيل المثال نجد أن عقود امتياز البترول تبرم لمدة طويلة نظراً لطبيعة هذه العقود، حيث يوضع في الاعتبار عـــند تحديد مدة العقد أعمال التنقيب والحفر والاستكشاف، كما أن الشركات صاحبة الامتياز تعمل جاهدة على استفاذ كل الطاقة الموجودة فـــي المناطق

---

(١) راجع :
- دكتـــور/ محمد علي آل ياسين، القانون الإداري، المرجع السابق، ص ٧٩.

(٢) ومـــع ذلـــك فقد أصبح ممكناً اللجوء للالتزام لإدارة المرافق العامة الإدارية التي تتطلب أن يقوم المستفيد منها بدفع مقابل الخدمة، مثل الطرق السريعة والكباري والمستشفيات.
- دكـــتـــور/ محمـــد محمـــد عبداللطـــيف، الاتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، دار النهضة العربية، ١٩٩٨، ص ١٧.

التـــي يشملهـــا الامتياز، ففي الكويت كانت مدة اتفاقية امتياز شركـــة نفط الكويـــت خمســـة وسبعين عاماً من تاريخ توقيعها (م/١)، مُدت سبعة عشر عامـــاً إضـــافية بموجـــب المـــادة الرابعة من اتفاقية عام (١٩٥٥)، أي أن المجمـــوع الكلـــي لمدة الامتياز أصبح ٩٢ عاماً. وبمعنى آخر فإن الامتياز ينتهي بحسب الاتفاقية عام ٢٠٢٦[١].

ولا مراء في أن طول مدة الامتياز دون إمكان مراجعتها يتسبب في خلق مـــنازعات بين الطرفين بسبب رغبة الدولة ملاءمة بنود هذه الامتيازات مع الظـــروف المستجدة. ولهذا نجد أن بعض الامتيازات تتضمن نصوصاً خاصة بمـــراجعة الشروط المالية فيها[٢]. وقد سارعت الدول المنتجة إلى التخلص من هذه الشروط الجائرة في الامتيازات القديمة، وضمنت قوانينها وعقودها الجديـــدة مـــع الشركات بنوداً تنص على مدد أقل كثيراً من مدد الامتيازات القديمة[٣].

ولقـــد حـــددت المادة الأولى من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بشأن الـــتزامات المـــرافق العامـــة في مصر حداً أقصى لعقود الامتياز هو ثلاثون عامـــاً، وبذلك قضى على التقليد القديم الذي كانت تمنح بمقتضاه الامتيازات لمـــدة ٩٩ عاماً، لأنه كما تقول المذكرة الإيضاحية للقانـــون (.. لم يعد من المقـــبول إزاء مـــا نشـــهده مـــن الـــتطور السريع في المسائل الاقتصادية والاجتماعـــية أن تُمنح الالتزامات لما يقرب من قرن. والحق أنه إذا ما حدد للالتزام مدة ثلاثين عاماً كفل ذلك للمتلزم الانتفاع به المدة الكافية لاستهلاك مـــا قـــام به من نفقات الإنشاء..)، ولا تسري المدة الجديدة على الالتزامات الماضية فحسب، بل تسري على الباقي من مدد الالتزامات القديمة، فلا تمتد لأكثر من ثلاثين عاماً[٤].

---

(١) دكتورة/ عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري وتطبيقاتها في الكويت، المرجع السابق، ص ٧٨.

(٢) دكتور/ محمد يوسف علوان، النظام القانوني لإستغلال النفط، ١٩٨٢، ص٩٥.

(٣) دكتورة/ عزيزة الشريف، المرجع السابق، ص ٧٩.
حيث أوردت القول (ففي الكويت نجد أن امتيازات شركة الزيت العربية المحدودة (اليابان) قـــد أبـــرم لمدة ٢٢ سنة ونصف (م/٢). أما إتفاق امتياز شركة هيسبا نويل عام ١٩٦٨، (ألغـــى عام ١٩٧٦)، فقد أبرم لمدة خمسة وثلاثين سنة، اعتباراً من تاريخ نفاذ الاتفاقية كمـــدة أولى، ثم لمدة خمس سنوات بعد ذلك، بشروط يتفاوض عليها الطرفان خلال السنة السابقة لانتهاء المدة الأولى، بشرط ألا تحمل الشركتان التزامات أكثر مما هو سائد عموماً في منطقة الشرق الأوسط (م/٢).

(٤) دكتور/ سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص ١٠٩.

٤ـ ومـــن القواعد التي تحكم عقد الامتياز تحمل الملتزم نفقات المشروع وأخطاره المالية. وتحرص الدولة على سير المشروع بانتظام وإطراد، ومن ثـــم قد تعمل على التدخل لمساعدة الملتزم عند الاقتضاء وفي أحوال معينة فتعيد إلى المشروع التوازن المالي إذا ما اختل هذا التوزان.

ويـــراد بالتوزان المالي للعقد تلك النسبة التي يكوّنها الملتزم لنفسه عند إبـــرام العقـــد بيـــن الحقـــوق والمـــزايا التي سيحصل عليها وبين الأعباء والالـــتزامات التـــي ســـيتحملها في عقد الامتياز، وهذا التوازن هو ما يجب المحافظة عليه طيلة مدة عقد الامتياز[١].

ويعتـــبر عقـــد الالتزام من أبرز العقود الإدارية التي طبقت عليها نظرية الظروف الطارئة، وهى أن تطرأ خلال تنفيذ العقد – نظراً لطول فترة العقد – ظـــروف استثنائية خارجة عن إرادة المتعاقد مع الإدارة ولم يكن في الوسع توقعهـــا وقـــت نشـــأته، وترتـــب على حدوثها أن أصبح تنفيذ العقد مرهقا للمـــتعاقد مـــع الإدارة، فإن الإدارة تلتزم إما بتعويضه جزئياً وبصفة مؤقتة، وإمـــا بـــتعديل شروط العقد لإعادة التوازن المالي للعقد بما يسمح للمتعاقد الاستمرار في تنفيذ العقد دون إرهاق.

وقد طبق القضاء الكويتي نظرية الظروف الطارئة[٢] حيث ذهبت محكمة التميـــيز فـــي حكمهـــا الصادر في ١٧ فبراير سنة ١٩٩٣ في ذات الاتجاه بقولهـــا أن (قـــوام نظـــرية الظروف الطارئة – كما نشأت في مجال العقود الإداريـــة أنـــه إذا طرأت أثناء تنفيذ العقد الإداري ظروف أو أحداث لم تكن مـــتوقعة عند إبرام العقد ولا يملك المتعاقد لها دفعاً وكان من شأنها وإن لم تجعـــل تنفـــيذ الالتزام العقدي مستحيلاً – إلا أنها تجعله مرهقاً أو أثقل عبئاً وأكثر كلفة فتنزل بالمتعاقد خسارة فادحة تختل معها اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً. فيكون للمتعاقد المضار أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته في هذه الخسارة التي تحملها بتعويضه عنها تعويضاً جزئياً، وهو ذات المعنى الذي

---

(١) دكتور/ محمد علي آل ياسين، القانون الإداري، المرجع السابق، ص ٨٨.

(٢) أول مـــن طـــبق نظـــرية الظـــروف الطارئة مجلس الدولة الفرنسي في قضية غاز بوردو الشـــهيرة عـــام ١٩١٦. حيث أدت ظروف الحرب العالمية الأولى إلى إرتفاع أسعار الفحم الـــذي يســـتخرج مـــنه الغاز ارتفاعا كبيرا، بحيث أصبح تنفيذ عقد الالتزام مرهقا للشركة لدرجة لم تكن في الحسبان توقعها، وقد قرر مجلس الدولة الفرنسي أن العقد ملزم للشركة حتى نهاية مدته وقضى بتعويض الشركة بسبب الأضرار الناجمة عن الظروف الطارئة.
لمزيد من التفصيل يراجع :
C.E., 30 mars 1916, Compagnie Générale d'Eclairge de Bordeaux, Rec., P. 125, concl. Chardent, S. 1916, 3,17, note.

أخـذ بـه المشرع في القانون المدني بنص المادة (١٩٨) منه على أنه "إذا طـرأت بعد العقد وقبل تمام تنفيذه ظروف استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها عند إبرامه وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام الناشئ عنه وإن لم يصـبح مسـتحيلاً صـار مـرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقـول بـأن يضـيق من مداه أو يزيد في مقابله"، مما مؤداه أنه يشترط لإعمـال نظرية الظروف الطارئة أن يصير تنفيذ التزام المدين نتيجة الحادث الطـارئ مـرهقاً إرهاقـاً شديداً يجاوز السعة فيلحق به خسارة فادحة تزيد فداحـتها عن الخسارة العادية المألوفة في التعامل والتي يتحملها أي متعاقد عـن التنفيذ فتنقلب اقتصاديات العقد وتختل اختلالاً جسيماً، فلا يكفي لإعمال هذه النظرية نقصان الربح أو فوات الكسب، ومعيار الخسارة في هذه الحالة – معـيار موضـوعي يتعلق بالصفقة محل التعاقد وليس ذاتياً بالنسبة إلى شخص المدين وظروفه. كما أن تقدير مدى الخسارة على النحو المتقدم هو ممـا يدخل في السلطة التقديريـة لمحكمة الموضوع بغير معقب متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة لها أصلها الثابت في الأوراق..)[١].

٥ـ ويحصل الملتزم من المنتفعين بالمرفق على رسوم مقابل الخدمة التي تؤدى لهم، وحصول الملتزم على هذه الرسوم أمر طبيعي لأن تحقيق الربح هـو الهـدف الأساسـي الذي يسعى إليه من تعاقده مع الإدارة على تشغيل المرفق.

والسـائد الآن في الفقه والقضاء والتشريع أن الشروط المتعلقة بتحديد الرسـم في عقود الامتياز هي من قبيل الشروط اللائحية لا التعاقدية. ولهذا سـميت (رسـماً) لا أجـراً، وبالتالـي تسـتطيع الإدارة أن تعدلها بإرادتها المـنفردة، ودون موافقة ورضاء الملتزم، ولكن بشرط تعويضه كلما تطلبت الظروف ذلك[٢].

---

(١) انظر :
– حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٢٠٤ لسنة ١٩٩٠ (تجاري)، بجلسة ١٩٩٣/٢/١٧ موسوعة القضاء الإداري – الكتاب الثالث – الجزء الثامن، ص ٣٤٩.
وفي ذات المعنى راجع :
– حكمهـا في الطعن رقم ١٨٩ لسنة ١٩٨٨ (تجاري)، بجلسة ١٩٨٨/١٢/٢٥، وحكمها فـي الطعـن رقـم ٩٢ لسنة ١٩٨٧ (تجاري)، بجلسة ١٩٨٧/١١/٢٣، نفس المرجع السابق، ص ٣٦٥ ، ٣٦٨.

(٢) انظر :
– دكتور/ سليمان الطماوي، الأسـس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٥٧٥، دكـتورة/ عزيـزة الشـريف، دراسات في نظرية العقد الإداري وتطبيقاتها في الكويت، المـرجع السابق، ص ٨٢، دكتور/ ماجد الحلو، القانون الإداري، المرجع السابق، ص ١٤٦.

وقــد قــررت المادة الخامسة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بأن: (لمــانح الالــتزام دائماً، متى اقتضت ذلك المنفعة العامة أن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام أو قواعد استغلاله وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به، وذلك مع مراعاة حق الملتزم في التعويض إن كان له محل)[١].

فــالإدارة هــي صــاحبة الاختصــاص في تنظيم المرفق وتحديد قواعد تســييره، ومــن ثم كانت سلطة التعديل مستمدة من طبيعة المرفق واتصال العقد الإداري به وضرورة الحرص على انتظام سيره ووجوب استدامة تعهد الإدارة له والإشراف عليه بما يحقق الصالح العام[٢].

وتــتولى الإدارة فــي عقــود الامتياز تحديد الرسوم التي يجوز للملتزم تقاضــيها من المنتفعين، ولا يحق للمتلزم زيادة رسوم الانتفاع إلا بالاتفاق مــع الإدارة، وقــد يتدخل المشرع لحماية المنتفعين بوضع حد أقصى لنسبة الأرباح التي يجوز للملتزم تحقيقها، وهو ما أكدته المادة الثالثة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ من أنه (لا يجوز أن تتجاوز حصة الملتزم السنوية فــي صــافي أربــاح استغلال المرفق العام ١٠% من رأس المال الموظف والمرخص به من مانح الالتزام وذلك بعد خصم مقابل استهلاك رأس المال. وما زاد على ذلك من صافي الأرباح يستخدم أولاً في تكوين احتياطي خاص للسنوات التي تقل فيها الأرباح عن ١٠% وتقف زيادة هذا الاحتياطي متــى بلــغ مــا يــوازي ١٠% من رأس المال، ويستخدم ما يبقى من هذا الزائد فــي تحســين وتوســيع المرفق العام أو خفض الأسعار حسبما يرى مانح الالتزام)[٣].

---

(١) الوقائع المصرية في ٢٤ يوليو ١٩٤٧، العدد ٦٩، ص ١.

(٢) راجع :
R. Chapus, Droit administratif, general, Montchertien, 4. éd., 1988,T. 1. P. 749.

(٣) ويــررت المذكــرة الإيضاحية ذلك بقولها : (ويجب أن يكون هذا المبلغ (الــ ١٠%) الحد الطبيعي لجزاء الملتزم إذ لا يجوز أن يطمع – كما هو الحال – في المشروعات الصناعية أوالــتجارية فــي أرباح غير محدودة. فإن استغلال المرفق العام ليست له صفة المضاربة التي تكون لمثل تلك المشروعات حيث يجب أن يقابل أخطارها الكبرى الأمل في الأرباح لا تكــون دون تلــك الأخطار كبرا وقدرا. والحق أن الملتزم يتمتع بمركــز ممتــاز، فإن له غالــبا احــتكارا بحكــم القانــون أو الواقع يقيه المنافسة... ومن جانب آخر فإن نظرية الظــروف الطارئــة غير المتوقعة التي تقررها المادة الخامسة من المشروع تجعل الملتزم بمــنجــاة مــن الأخطار الكبرى التي تنتج عن حوادث لم يكن يستطاع توقعها والتي تجعل استغلال التزام المرفق العام يعود عليه بالخسارة). =

٦ـ حقوق المنتفعين :

يتمتع المنتفعون بحق الانتفاع بخدمات المرفق، وحق مطالبة الإدارة بالتدخل لحماية مصالحهم :

أ ـ حق الانتفاع بخدمات المرفق :

للأفراد حق الانتفاع بالخدمات التي يقدمها المرفق مادامت شروط الانتفاع متوافرة فيهم، وذلك بصرف النظر عن وجود عقد بينهم وبين صاحب الالتزام. فقد يرتبط الملتزم بالمنتفعين بعقود خاصة كما هو الشأن في حالة توريد الكهرباء أو الماء. وفي هذه الحالة يتعهد الملتزم بأن يؤدي لعملائه على الوجه المألوف الخدمات المقابلة للرسوم التي يتقاضاها منهم، وذلك على أساس العقود المبرمة بينهم في إطار شروط عقد الامتياز وملحقاته، ووفقاً للشروط التي تقتضيها طبيعة العمل وتتفق مع ما ينظم هذا العمل من قوانين. وقد لا يرتبط المنتفع بالملتزم بعقد خاص، ومع ذلك يحق له الانتفاع بخدمات المرفق إذا استوفى شروط هذا الانتفاع، وذلك استناداً إلى النصوص اللائحية في عقد الالتزام.

ويجب على الملتزم في جميع الأحوال أن يسوي بين المنتفعين، وكل تمييز يمنح على خلاف ذلك، يوجب على الملتزم أن يعوض الضرر الذي قد يصيب الغير من جراء ما يترتب على هذا التمييز من إخلال بالتوازن الطبيعي في المنافسة المشروعة[1].

فنظرية الظروف الطارئة تقوم على فكرة العدالة المجردة التي هي قوام القانون الإداري كما أن هدفها تحقيق المصلحة العامة، فهدف الجهة الإدارية هو كفالة حسن سير المرافق العامة باستمرار وانتظام وحسن أداء الأعمال والخدمات المطلوبة وسرعة إنجازها، كما أن هدف المتعاقد مع الإدارة هو المعاونة في سبيل المصلحة العامة ذلك بأن يؤدي التزامه بأمانة وكفاية لقاء ربح عادل، وهذا يقتضي من الطرفين التساند والمشاركة للتغلب على ما يعترض تنفيذ العقد من صعوبات وما يصادفه من عقبات، ويكون من حق المتعاقد المضار أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته في هذه الخسارة التي تحملها فيعوضه عنها تعويضاً جزئياً

راجع :

- حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٥٤٩ و ٨٠١ لسنة ٣٥ ق، بجلسة ١٩٩٣/٤/٤، الموسوعة الإدارية الحديثة – الفكهاني، الجزء ٣٥، ص ٣٨٧.

(١) والمساواة تعني في جوهرها التسوية في المعاملة بين المتماثلين والمخالفة في المعاملة بين المختلفين فإذا تماثلت الظروف والمراكز القانونية اقتضى عدم التمييز بين الأفراد، وإن اختلفت انتفى مناط التسوية بينهم وهي ليست مساواة حسابية أو مطلقة وما تحرمه قاعدة المساواة هو خلق امتيازات خاصة لبعض المنتفعين لا تستند إلى أسس معقولة.
لمزيد من التفصيل يراجع : دكتور/ محمد المتولي، مبدأ المساواة أمام المرافق العامة بالتطبيق على توزيع الخدمات الصحية في مصر، المرجع السابق، ص٣، دكتور/ سليمان الطماوي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٥٩٨.

ب ـ حق المنتفع بخدمات المرفق بمطالبة الإدارة بالتدخل :

لمـــا كان ما تتمتع به الإدارة من حقوق إزاء الملتزم يهدف إلى تحقيق مصـــلحة المنتفعيـــن بالمـــرفق، لذلك فإن لهم أن يطلبوا من الإدارة التدخل لإجبار المتلزم على تنفيذ التزاماته ومراعاة شروط عقد الالتزام. فإن رفضت الإدارة الـــتدخل صـــراحة أو ضـــمناً جاز للمنتفعين الطعن بالإلغاء في قرار الرفض لمخالفته للقانون[١].

وللمنـــتفع أيضاً أن يلجأ إلى قاضي العقد لإجبار الإدارة على تمكينه من الاســـتفادة من العقد الإداري وفقاً لنصوص هذا العقد. وذلك ما قرره مجلس الدولـــة الفرنسي فـــي حكمه الصادر في ٢٩ اكتوبر سنة ١٩٢٦ في قضية (Gey)، فقـــد تقـــدم هـــذا المواطـــن الفرنسي إلى البلدية يطلب تمكينه من الحصـــول علـــى الكهرباء من الشركة الملتزمة بالإضاءة، ولما لم يجب إلى طلـــبه لجـــأ إلى القضاء الإداري للحصول على حكم بأحقيته في اقتضاء تلك الخدمة[٢].

ثانياً : عقد امتياز البحث عن البترول واستغلاله :

تعتـــبر عقود الامتيازات البترولية من العقود حديثة النشأة نسبياً إذا ما قورنـــت بـــالعقود الأخرى، المتعارف عليها، فهذه العقود بالنظر إلى كونها بمـــثابة الأداة القانونية لاستغلال الثروات البترولية لم تظهر إلا بعد إكتشاف البـــترول وتطـــور صناعته، أي منذ أواخر القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين[٣].

وعقـــد الامتـــياز البترولي تمنح الدولة الشركة الأجنبية بمقتضاه الحق المطلق في البحث والتنقيب عن المواد البترولية الكامنة في إقليمها، أو في جزء منه، والحق في استغلال هذه الموارد والتصرف فيها وذلك خلال فترة زمنية معينة في مقابل حصول هذه الدولة على فرائض مالية معينة[٤].

---

(١) راجع في ذلك :
C.E., 21 décembre 1906, Syndicat de la Croix de Seguey. Tivoli, Rec, P. 59, S., 3, P. 33.
C.E., 24 ovril 1942, Comp. Air- Franc, Rec., P. 134.

(٢) راجع في ذلك :
C.E., 29 octobre 1926, Gey, S., 1938, 3, 65

(٣) راجع :
- دكـــتـــور/ ســـراج حسين محمد أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، رسالة دكتوراه – جامعة القاهرة، ١٩٩٨، ص ١٧.

(٤) راجع :
- دكـــتـــور/ عصـــمت عبدالله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ١٢٤، ١٢٥.

وتخضع عقود الامتيازات البترولية – كأي عقد – للنظرية العامة التي تحكم العقود عامة، ومن ثم يجب لانعقاد عقد البترول أن تتفق إرادتان أو أكثر، لأحداث الأثر القانوني المطلوب، فأساس أي عقد هو الإرادة المشتركة لطرفيه والتي تنشئ العقد وتحدد آثاره. وتبرم هذه العقود بين طرفيه، أحدهما الدولة أو إحدى الشركات أو المؤسسات أو الهيئات العامة التابعة لها، والآخر طرف أجنبي، يتمثل في إحدى شركات البترول الأجنبية الخاصة التابعة لدولة أخرى[1].

وتتميز عقود البترول عن بقية العقود الأخرى بأنها لا تنصب على عملية واحدة، وتنقضي بمجرد تنفيذها، وإنما تنصب على أكثر من عملية، فيتضمن العقد عمليات البحث والتنقيب عن البترول وانتاجه واستغلاله، كما قد يشمل بجانب ذلك نقل البترول وتكريره وتسويقه وذلك وفقاً لشروط العقد.

- الخلاف حول الطبيعة القانونية لعقود الامتيازات البترولية :

من المستقر عليه فقهاً وقضاءً وتشريعاً أن عقود الامتياز هى عقود إدارية، لما تتضمنه من أن أحد أطرافها شخص من أشخاص القانون العام، وأنها تتعلق بتسيير وتنظيم مرفق عام، وتتضمن شروط استثنائية غير مألوفة في مجال القانون الخاص.

إن السلطة مانحة الامتياز هى دائماً شخص عام، يستوي أن يكون الدولة أو أحد وحداتها الإدارية، أما الملتزم فإنه غالباً شخص وطني أو أجنبي، كما يمكن أن يكون الملتزم شخصاً عاماً، كما هو الحال بالنسبة لمؤسستي كهرباء وغاز فرنسا[2].

ويتضمن عقد الامتياز نوعين من الشروط أحدهما شروط تعاقدية وتتعلق بالمزايا المادية والمالية الممنوحة للمتلزم، وأخرى لائحية تتعلق بتسيير وتنظيم المرفق[3].

---

(١) راجع :
- دكتور/ عصمت عبدالله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، المرجع السابق، ص ١٢٤، ١٢٥.

(٢) راجع :
- دكتور/ محمد محمد عبداللطيف، الإتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، المرجع السابق، ص ١٧.

(٣) دكتور/ عصمت عبدالله الشيخ، مبادئ أساسية في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٩٩.

ويعتبر عقد الامتياز أسلوباً لإدارة المرافق العامة الاقتصادية، ومع ذلك فقد أصبح في الإمكان اللجوء إليه لإدارة مرافق عامة إدارية التي تتطلب أن يقوم المستفيد منها بدفع مقابل الخدمة مثل الطرق والكباري والمستشفيات.

كما يخضع إعداد المرفق وإدارته لرقابة السلطة مانحة الالتزام، فلها حق الرقابة على التنفيذ وفرض الجزاءات على الملتزم في حالة إخلاله إخلالاً جسيما في تنفيذ التزاماته، كما لها أن تعدل شروط العقد اللائحية، وذلك نزولاً على مبدأ ضرورة مسايرة المرفق للظروف المتغيرة.

وأخيراً يتمتع الملتزم بعدة امتيازات في مواجهة الغير، كالحق في الإستفادة من إجراءات نزع الملكية، والاستيلاء المؤقت على الملكية الخاصة[1].

فهل تتوافر هذه السمات في عقود الامتيازات البترولية؟ ومن ثم تعد عقوداً إدارية.

تنازع الرأي في هذه المسألة اتجاهان، أحدهما يرى انتفاء الصفة الإدارية لعقود الامتياز البترولية والآخر يعترف لها بالصفة الإدارية :

الاتجاه الأول : انتفاء الصفة الإدارية لعقود الامتياز البترولية :

ذهب جانب من الفقه إلى نفي الصفة الإدارية عن عقود امتياز البحث عن البترول واستغلاله استناداً إلى عدة حجج مؤداها :

١- أن عقود البترول لا تعد عقوداً إدارية حتى لو كانت تتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة، وذلك استناداً إلى أن هذه العقود لا تتصل بمرفق عام، أي لعدم إضفاء طابع المرفق العام على استغلال الثروة البترولية. فاستغلال الثروة البترولية – في رأيهم – بواسطة الشركة المتعاقدة ليس مشروعاً يعمل بانتظام واطراد بقصد أداء خدمة عامة للجمهور، حيث أن الشركة المتعاقدة غير ملتزمة بتلبية حاجاتهم من البترول الذي تنتجه. إذ أن دورها يقوم أساساً على إنتاج النفط وتصديره إلى الخارج، ولذلك فهى لا تتلقى مقابلاً لما تقوم به حيث لا يوجد منتفعون من هذا النشاط، بل على

(١) راجع :
– دكتورة/ عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، المرجع السابق، ص ١١٣.

العكس فإنه يقع عليها واجب أداء مبالغ معينة للدولة مقابل قيامها بالإنتاج والتصدير[1].

وفي ذلك المعنى ذهبت محكمة التحكيم في قضية (أرامكو – السعودية) إلى أن (الامتيازات المنجمية والنفطية لا تحتوي على أي نص لمصلحة المنتفعين، والمنجم غير معد للاستعمال العام، بل إن صاحب الامتياز يستثمره لمصلحته الشخصية، فصاحب الامتياز يتمتع بحرية شبه مطلقة، ولا تقيده النصوص المتعلقة بالتعريفة القصوى للبيع... وأن امتياز أرامكو ليس امتياز مرفق عام، ولا يكفي أن يكون استغلال بعض الثروات الوطنية ذات أهمية قصوى لاقتصاد الدولة المانحة ولا حتى أن يكون الاستقرار المالي للدولة يعتمد على هذا الاستغلال فالشركة غير ملزمة بإدارة مرفق دائم ومستمر لصالح أطراف ثالثة... وهذا الوضع يفسر لماذا لم يتم إرفاق دفتر شروط لعقد الامتياز. وعليه فإن الوضع القانوني الذي يحكم الشركة لا يتضمن أي عمل شرطي وفق القانون الفرنسي والدولة لا تستطيع أن تتدخل لتعديل شروط الامتياز)[2].

ويؤكد أصحاب هذا الرأي رأيهم بنص المادة (٩٨) من الدستور المصري الصادر في عام ١٩٥٦، والمادة (٧٤) من دستور عام ١٩٦٤، والمادة (١٢٣) من الدستور الحالي الصادر في ١٩٧١، حيث تقضي هذه النصوص بأن ينظم القانون القواعد والإجراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال الثروة الطبيعية والمرافق العامة. ومعنى ذلك أن المشرع من خلال هذه النصوص – في نظر هذا الفريق من الفقهاء – لم يعتبر استغلال الثروات الطبيعية بمثابة مرفق عام، لأنه لو أراد ذلك لما احتاج أن ينص عليها بجانب المرافق العامة.

٢– كما أن هناك من يزيد على ذلك، ويرى أنه بالإضافة إلى عدم إضفاء طابع المرفق العام على استغلال الثروة البترولية، فإن عقود البترول – خاصة المبرمة في الشرق الأوسط – لا تتضمن امتيازات للسلطة الإدارية

---

(١) راجع في هذا الصدد :
– دكتور/ سراج الدين محمد أبوزيد،التحكيم في عقود البترول، المرجع السابق، ص ٦٠٠.
– دكتور/ محمد يوسف علوان، النظام القانوني لاستغلال النفط في الأقطار العربية، المرجع السابق، ص ٢٠٦.

(٢) مشار إليه بمرجع الدكتورة/ عزيزة الشريف، دراسات نظرية في العقد الإداري وتطبيقاتها في الكويت، المرجع السابق، ص ١٠٧.

في مواجهة المتعاقد الأجنبي المتعاقد معها. فالدولة لا تتمتع بالحق في تعديل شروط العقد أو إنهائه على النحو المعروف في نظرية العقود الإدارية، بل إن بعض الامتيازات قد تنص صراحة على حظر التعديل أو الإنهاء بالإرادة المنفردة للدولة صاحبة الثروة، بل إن الوضع الدارج في الامتيازات البترولية أنها تعترف للشركة - وليس للدولة - ببعض الامتيازات والإعفاءات والسلطات الاستثنائية. فإذا كان مجرد انتفاء وجود الشروط الاستثنائية قرينة على انتفاء الطابع الإداري عن عقود البترول، فإنه من باب أولى ينتفى عنها هذا الطابع إذا تضمنت شروطاً مضادة تحد من هذه الامتيازات والسلطات للإدارة[1].

وهذا ما أخذ به حكم التحكيم الصادر في قضية Texaco حيث رفض الأخذ بفكرة العقد الإداري استناداً إلى أن عقود الامتياز محل المنازعة لا يتحقق فيها الشروط التي يتطلبها القانون الليبي للقول بوجود عقد إداري، حيث إرتأى الحكم أن فكرة تسيير أو استغلال مرفق عام غير موجودة على الإطلاق في العقد محل المنازعة، كما أن الحكومة الليبية قد تعاقدت مع الشركة الأجنبية على قدم المساواة، علاوة على عدم تضمين العقد شروطاً استثنائية، بل على العكس فإن هذا العقد محل المنازعة قد نص على استبعاد تطبيق القوانين واللوائح التي يكون من شأنها تعديل الحقوق الناجمة عن العقد والتي تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها[2].

٣- كما يرى جانب من الفقه أن امتيازات البترول عمل قانوني ذو طابع مزدوج فهو في الشطر منه الذي يقرر حق المتعاقد في استغلال البترول يعتبر رخصة أو بعبارة أخرى يعتبر قراراً فردياً منشئاً. أما في الشطر منه الذي ينظم عملية الاستغلال فإنه يعتبر عقداً من عقود القانون الخاص، حيث يشير إلى أن امتياز البترول يدخل في نطاق النشاط التجاري الذي يتمتع مبدأ سلطان الإرادة في نطاقه بحرية واسعة.

---

(١) راجع :
- دكتور/ أحمد عبدالحميد عشوش، النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في البلاد العربية، رسالة دكتوراه - كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٧٥، ص ٦٤٧.

(٢) راجع في تناول هذا الحكم :
- دكتور/ عصمت عبدالله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ١٢٩ ، ١٣٠، وقد انتهى في تعليقه على الحكم إلى أنه (وإذا كان المحكم رأى أن العقد محل المنازعة - عقد امتياز البترول - غير متصل بمرفق عام فإن هذا ليس صحيحاً، ولهذا نرى أن انتفاء الشروط الاستثنائية غير المألوفة في العقد محل المنازعة، وتعاقد الحكومة الليبية مع الطرف الأجنبي على قدم المساواة هو الأساس في انتفاء الطبيعة الإدارية لهذا العقد).

ومـــؤدى هذا التقسيم لعقد الامتياز البترولي. إن للإدارة الحق في تعديل الشـــطر الخاص بالقرار الإداري المنشئ لحق المتعاقد في استغلال البترول بإرادتهـــا المـــنفردة دون موافقـــة الأخير. أما الشطر الخاص بتنظيم عملية استغلال البترول لأنه يحتوي شروطاً تعاقدية تنتج مراكز قانونية شخصية لا يســـتطيع أي مـــن الأطـــراف في عقد الامتياز تعديلها دون موافقة الطرف الآخر، ومن ثم فإنه عقد ذو طبيعة خاصة[1].

٤- كثـــير من الدول العربية المنتجة للبترول لم يعرف نظامها القانوني أفكار ومبادئ وأحكام القانون الإداري، مما أدى إلى قيام محاكـــم التحكيـــم بالالـــتجاء إلى القوانين الأوربية التي تتعلق بامتيازات المرافق العامة. وهو مـــا حـــدث في قضية شركة السكك الحديدية ضد حكومة أثيوبيا حيث قررت المحكمـــة (أن عقـــد الامتياز المبحوث باعتباره عقداً يتصل بالمرافق العامة يجـــب أن يحكمـــه القانون الإداري في أثيوبيا، الدولة مانحة الامتياز، ولكن نظـــراً لعـــدم وجود قانون إداري في أثيوبيا فقد لجأت المحكمة إلى القوانين الأوربية التي تتعلق بامتيازات المرافق العامة)[2].

الاتجاه الثاني : الإقرار بالطبيعة الإدارية لعقود الامتياز البترولية :

وفـــي المقـــابل يـــرى جانب آخر من الفقه بأن عقود امتياز البترول – بأشـــكالها المخـــتلفة – تعـــد عقوداً إدارية تأسيساً على توافر شروط العقد الإداري في هذه الطائفة من العقود وفقاً لما يلي :

---

(١) وأساس تقسيم عقد الامتياز البترولي إلى نصوص تخضع للقانون الإداري، وأخرى تخضع لمـــبدأ العقد شريعة المتعاقدين وبالتالي للقانون الخاص، ففيما يتعلق بالشرط الأول نلمسه فـــي الـــتطور الذي طرأ على وظائف الدولة حيث ازداد تدخلها في الحياة الاقتصادية وفي ملكـــية الدولـــة للثروة النفطية محل العقد، والسلطة التقديرية للإدارة في التعاقد، ووجوب الموافقـــة التشـــريعية علـــى ذلـــك التعاقد كما تنص دساتير أغلبية الدول صاحبة الثروة البترولـــية. أمـــا بالنسـبة للشـــطر الآخر، وهو النصوص والشروط التي لا يملك أي من الطرفيـــن تعديلها بإرادته المنفردة، فإن أساس ذلك هو نجاح الشركات الأجنبية في التعامل مع الدولة صاحبة الثروة البترولية على قدم المساواه فيما يتعلق بهذه النصوص على الأقل وهى التي تنظم عملية استغلال البترول.
راجع :
- دكـــتـــور/ طلعـــت الغنيمـــي، بحث شروط التحكيم في إتفاقيات البترول (بحث مقدم إلى مؤتمر البترول العربي الثالث، الاسكندرية، ١٩٦١).

(٢) راجع :
- دكـــتـــور/ محمود عاطف البنا، العقود الإدارية مع دراسة خاصة لنظام تأمين مشتريات الحكومـــة وعقـــود الـــتوظف واستغلال الثروة الطبيعية في المملكة العربية السعودية، السعودية، دار العلوم للطباعة والنشر، ١٩٨٤، ص ٧٧ ، ٧٨.

١- أن أحـد أطـراف عقد امتياز البترول شخص من أشخاص القانون العـام، حيث تتعاقد الدولة أو ممثليها مع الملتزم في إبرام هذا العقد تحقيقاً للمصلحة العامة للدولة وذلك بمقتضى قانون أو لائحة. وأن استغلال الثروة البترولية فهو مقرر بالنصوص الدستورية في معظم الدول ومنها نص المادة (١٥٢) من الدستور الكويتي ومن ثم فهو واجب ونشاط أساسي على الدولة القيـام بـه للمحافظـة علـى هذه الثروات وتنميتها بهدف تنمية الاقتصاد الوطني[١].

فعقد امتياز البترول هو صورة من صور عقد الامتياز يحوي نوعين من الشـروط الأولى شروط عقدية مصدرها تعاقد الإدارة والثانية شروط لائحية مصـدرها القـانون، ولكن كلا النوعين يصدران بقانون واحد، يجب عرضه علـى مجلـس الأمـة الكويتي، كما تراقبه إدارة الفتوى والتشريع وديوان المحاسبة، كما ترتب على ذلك في مصر توزيع الاختصاص بفحص مشروع هـذا العقد بين قسمي الفتوى والتشريع والجمعية العمومية بمجلس الدولة المصـري. ولقـد انتهى رأي الجمعية العمومية إلى اختصاص قسم الفتوى بمراجعة شروط العقد التي تصدر بقانون، واختصاص قسم التشريع بمراجعة مشروعات القوانين التي تصدر بموجبها تلك العقود[٢].

٢- وأن فكـرة المرفق العام الذي يخدمه عقد الامتياز، تجد أساسها في وجـود مشـروع ذي نفـع عـام تديره الدولة أو تشرف عليه. فالدولة -باعتبارها قوامة على المرافق العامة - تقدر ما يدخل في وظيفتها من نشاط بحسـب طبيعـته أو ظروفه، تحقيقاً للمنفعة العامة، تتولاه بنفسها أو تعهد بإدارتـه إلـى أفراد أو شركات تحت إشرافها ورقابتها، والمرجع في تقدير وجود المرفق العام من عدمه هو نية الإدارة التي يستدل عليها بجملة قرائن مسـتمدة مـن عقد الامتياز ذاته، والذي يشترط لـه ابتداءً موافقة الدولة وإجازتهـا، فضـلاً عن خضوعه لمراقبة ثابتة ومراجعة مستمرة لحسابات صـاحب الامتـياز من جانب الدولة، وتمتع صاحب الامتياز ببعض امتيازات السلطة العامة، وهو في حد ذاته شرط غير مألوف[٣].

---

(١) ورد نص المادة (١٥٢) من الدستور الكويتي الصادر في ١١ نوفمبر ١٩٦٢ على أن (كل الـتزام باستئجار مورد من موارد الثروة الطبيعية أو مرفق من المرافق العامة لا يكون إلا بقـانون ولزمن محدود، وتكفل الإجراءات التمهيدية تيسير أعمال البحث والكشف وتحقيق العلانية والمنافسة).

(٢) راجع :
- دكتورة/ عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، المرجع السابق، ص ١١٧.

(٣) راجع :
- دكتـور/ عاطف البنا، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٧١.

ومما لا شك فيه أن استغلال الثروات الطبيعية القومية يدخل في وظيفة الدولة وواجباتها الأساسية بهدف المحافظة عليها وتنميتها وإدماج الصناعات البترولية في اقتصادها، وتعتمد الميزانية العامة لدول الخليج المنتجة للبترول على هذا المورد أساساً، ولهذا لم يعد عقد الامتياز الذي نحن بصدده عقد لاستغلال مورد من موارد الثروة الطبيعية بل أصبح يحوي في طياته، تقديم الخدمات العامة نيابة عن الدولة[1].

٣- كما أن عقود الامتياز البترولية الحديثة تتضمن شروطاً تخول جهة الإدارة حقوقاً وامتيازات لا يمكن أن يتمتع بها المتعاقد معها. إذ أن الدولة هي صاحبة الكلمة الأولى والأخيرة في إنشاء مرفق البترول، وهي أيضاً صاحبة الحق في أن تمنح رخص البحث عن البترول وإنتاجه وتخص نفسها بسلطة الرقابة وهي إحدى السلطات الأساسية للدولة في العقد الإداري، يكمن فيها مظهر هام من مظاهر سيطرة الدولة على المرفق. ومن مظاهر السلطات والامتيازات التي تتمتع بها جهة الإدارة في العقود البترولية الحديثة :

- الشروط الخاصة بالتأمين المالي.

- الحق في مصادرة التأمين المالي عند إخلال المتعاقد ببعض التزاماته.

- الحق في توقيع غرامات على صاحب الامتياز.

- التفتيش على نشاطات الشركة الملتزمة وفحص دفاترها وسجلاتها.

- حظر التعاقد مع طرف ثالث لتنفيذ بعض العمليات إلا بموافقة الحكومة.

- حق الحكومة في شراء نسبة من أسهم أية شركة يخول إليها الامتياز، مع إعطاء الأفضلية للأشخاص والشركات الوطنية، فضلاً عن حق الدولة في شراء أسهم جديدة تصدرها الشركات صاحبة الامتياز[2].

---

(١) دكتورة/ عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، المرجع السابق، ص ١١٠.
(٢) دكتور/ خالد سعد زغلول حلمي، النظم القانونية والسياسية للنفط العربي، الكتاب الجامعي، الطبعة الأولى، الكويت، ١٩٩٧، ص ٧٦.

- حـق الدولة في تعيين عدد من الأعضاء في مجالس إدارة الشركات، وتعييـن عدد من رعاياها في مشروع استغلال البترول (مثل امتياز شركات الزيت العربية المحدودة مع كلٍ من الكويت والسعودية).

- كما يضيف البعض إلى تلك الحقوق حق الحكومة في الاحتفاظ بنسبة من الإنتاج للاستهلاك المحلي، أو بنسبة أخرى منه لاستعمال الدول العربية الصديقة[1].

- وأخيراً حق الحكومة في توقيع الجزاءات على الشركة حسب جسامة المخالفـة إلـى أن تصـل إلى إنهاء العقد واسترداد الامتياز. ومثال ذلك ما نصـت عليه المادة (٢٩) من عقد امتياز (أرامكو - السعودية) حيث أعطت الحق للحكومة في إنهاء عقد الامتياز عند عدم سداد الدفعات المالية.

كمـا يخول المتعاقد مع الإدارة الحق في ممارسة بعض مظاهر السلطة العامة بالقدر الذي يستلزمه العقد. ومن مظاهر تمتع صاحب الامتياز ببعض مظاهر السلطة العامة :

- الحق في استعمال أموال الدومين العام.

- الحـق فـي شغل الأراضي الخاصة واستغلالها في أغراض العقد ولو بدون رضا ماليكها أو أصحاب حق الانتفاع.

- الحق في استرداد الآلات والمعدات دون ترخيص سابق.

- التمـتع بمعاملـة خاصـة فـي مجالات الرقابة على العقد واستقدام المستخدمين الأجانب اللازمين للعمل وتيسير دخولهم وخروجهم من البلاد.

- كمـا نجـد بعض عقود الامتياز تمنح الملتزم الحق في نزع الملكية للمنفعة العامة (اتفاق العراق مع شركة نفط العراق سنة ١٩٢٥).

بل إن بعض العقود تشير صراحة إلى قيام صاحب الامتياز بتشغيل كثير من المرافق العامة كالسكك الحديدية والموانيء ووسائل المواصلات السلكية

---

(١) دكتورة/ عزيـزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، المرجع السابق، ص ١١٣.

واللاسلكية ومحطات المياه والكهرباء، وقد تنص العقود على التزام الشركات صاحبة الامتياز بالإسهام في تحسين أحوال المنطقة بتقديم الخدمات التعليمية والصحية[1].

ويرى البعض أنه فيما يتعلق بحق الدولة المعترف به في تعديل شروط العقد الإداري يوجد تطبيق له في مجال عقود امتياز البترول وإن أخذ التعديل صورة أخرى تتفق مع إجراءات إنشاء العقد، فكما أن العقد ينشأ بقانون أو بناء على قانون فإن أي إجراء في تعديله يأتي بذات الوسيلة. ذلك فضلاً عن احتفاظ الدول في الاتفاقيات الحديثة بحقها في فرض فرائض مالية على الشركة صاحبة الامتياز سواء أخذت مسمى رسم أو أتاوة أو ضريبة[2].

٤- ورداً على ما جاء به الرأي الذي ينفي الطبيعة الإدارية على عقود امتياز البترول من أن عدم وجود قانون إداري داخلي بمبادئه وأحكامه في كثير من الدول العربية المنتجة للبترول من شأنه تطبيق القوانين الأوربية من جانب محكمة التحكيم على المنازعة، فهى حجة مرفوضة تماماً، فالقانون الإداري يوجد في جميع الدول، وأن استبعاد تطبيق القانون الوطني كانت له أسبابه من السيطرة الأجنبية على هذا الجانب الاقتصادي من أنشطة الدولة، أما الآن فان الغالبية العظمى من الفقه والقضاء تقول بوجوب تطبيق القانون الوطني على عقود الدولة مع مستثمرين أجانب وهو ما أقرته المحكمة الدولية ومحاكم التحكيم والمحاكم الوطنية[3].

ويخلص الباحث إلى أن عقد امتياز البترول يعتبر صورة من عقد الامتياز كما هو معروف في القانون الإداري حيث يحوي نوعين من الشروط : **الأولى**

---

(١) دكتور/ محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٧٢.

(٢) دكتورة/ عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، المرجع السابق، ص ١١٣ ، ١١٤.

(٣) دكتورة/ عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، المرجع السابق، ص ١١٥. حيث أوردت (وأصبحت الاتفاقيات البترولية الحديثة تنص على التزام صاحب الامتياز بممارسة حقوقه العقدية طبقاً للقوانين النافذة في الدولة، وفي قضايا التحكيم كثيراً ما تتمسك الدول بأن قواعد القانون العام هى الواجبة التطبيق باعتبار العقد من العقود الإدارية حتى يكون للدولة سلطات واسعة إزاءه، ومن ذلك (قضية التحكيم بين تشكوسلوفاكيا وشركة راديو أمريكا سنة ١٩٣٢، وقضية ASING بين اليونان والسنج وقضية السعودية وأرامكو ١٩٩٥).

عقديـــة مصدرها تعاقد الإدارة **والثانية** لائحية مصدرها القانون، وأنه يتصل بمـــرفق عام أو كما يطلق عليه الفقه مشروع ذي نفع عام تديره الدولة أو تشـــرف علـــى إدارتـــه عندما تعهد به إلى فرد أو شركات خاصة وطنية أو أجنبـــية، ويتضـــمن عقـــد امتياز البترول شروطاً استثنائية تتمتع بها جهة الإدارة في مواجهة المتعاقد على النحو المشار إليه. كما يتمتع المتعاقد معها كذلـــك بشـــروط اســـتثنائية فـــي مواجهة الغير بالقدر الذي يستلزمه العقد الإداري.

الفصل الثاني

عقد الأشغال العامة

عقد الأشغال العامة هو عقد المقاولة المعروف في القانون المدني عندما يتصل موضوعه بمرفق عام.

ويمكـــن تعريف عقد الأشغال العامة بأنه : (اتفاق يتم بين الإدارة وأحد الأفـــراد أو الشـــركات يتعهد بمقتضاه الطرف الثاني بالقيام بعمل من أعمال البـــناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب شخص معنوي عام، وبقصد تحقـــيق منفعة عامة، في نظير المقابل المتفق عليه، ووفقاً للشروط الواردة في العقد).

وقـــد عرفـــته محكمة القضاء الإداري بقولها : (... ومن حيث إن عقد الأشغال العامة هو عقد مقاولة بين شخص من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصـــيانة فـــي عقار لحساب هذا الشخص المعنوي العام، وتحقيقاً لمصلحة عامـــة مقـــابل ثمـــن يحدد في العقد). وبتطبيق هذا التعريف على موضوع الدعوى قالت : (.. ومن حيث إن العقد موضوع الدعوى هو عقد من عقود الأشغال العامة طبقاً للتعريف سالف الذكر، وقد أبرم لحساب شخص معنوي هـــو وزارة الشئون البلدية والقروية وموضوعه عقار مخصص لمرفق عام والغـــرض مـــنه تحقـــيق منفعة عامة وهو حفر بئر إرتوازي لتزويد أهالي المـــنطقة بالمـــياه العذبة الصالحة للشرب، ومن ثم فتختص محكمة القضاء الإداري بالفصل في المنازعات القائمة بشأنه)[1].

وقـــد أوضـــحت التقارب بين عقد الأشغال العامة وعقد المقاولة المدني فتاوى مجلس الدولة المصري حين قررت إدارة الرأي في فتواها رقم ٨٧٦

---

(١) انظر :
- حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٢٨٤ لسنة ٨ ق، بجلسة ١٩٥٦/١٢/٢٣،س ١١، ص ١٠٤.
وقد عرفـــه قســـم الرأي مجتمعاً في فتواه رقم ٣٦٩ بتاريخ ١٦ ديسمبر سنة ١٩٤٩ بأنـــه : (عقد يتعهد بمقتضاه مقاول للحكومة بـــأن يقوم بتنفيذ عمل معين تحت مسئوليته وبإشـــرافها، مقـــابل مـــبلغ نقدي يُدفع إليه حسب الأسس الموضحة بالتعاقد، والعنصران الأساسيان في عقد المقاولة هما قيام المقاول بإنشاء Constraction العمل المتفق عليه، دون أن يكـــون لـــه حـــق استغلاله وقيام الإدارة بدفع المبلغ النقدي للمقاول)، مجموعة أبوشادي، ص ٩٧.

بتاريخ ٢٨ مايو سنة ١٩٥٠ بقولها أن : (عقد الأشغال العمومية، هو عقد مقاولة أشغال عمومية، وعقد المقاولة كما عرفته المادة (٦٤٦) من القانون المدنـــي الجديـــد عقـــد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يـــؤدي عمـــلاً لقـــاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر، وفكرة الأشغال العمومية متصـــلة اتصالاً وثيقاً بالعقارات. فيقام المتعهد أو المقاول ببناء أو ترميم أو صـــيانة مبانـــي أو منشآت ثابتة لحساب إحدى الجهات الإدارية مقابل أجر متفق عليه هو عقد أشغال عمومية، وقيام شركة مساهمة مقابل مبلغ متفق علـــيه بإنشاء خزان أو كبري أو مصرف أو ترعة هو عقد أشغال عمومية. ولكـــن اتفـــاق الحكومة مع شركة ما على بناء سفينة لا يعتبر من الأشغال العامة بل هو عقد مقاولة موضوعه منقول لا عقار)[١].

وقـــد بينت أحكام هذا العقد محكمة القضاء الإداري في مصر عند بداية اختصـــاص هـــذا القضاء بنظر منازعات هذه العقود، فقررت : (إن مقاولات الأشـــغال العامـــة التـــي تطـــرحها الحكومة في مناقصات عامة لها طابعها الخاص، إذ هى تتناول مرافق الدولة العامة، والأموال التي تنفق فيها أموال عامـــة. ولذلك فإنها تحاط بسياج من الضمانات التي تكفل حسن سير العمل واختـــيار مـــن يقوم به لإنجازه في الوقت المعين وبأقـــل نفقه. وقد وضعت مـــن أجـــل ذلـــك كراســـات النصوص والشروط العمومية التي يخضع لها المقـــاولون.. تستهدف جميعها الصالح العام وتضفي على العقد طابعاً يجعله عملاً من أعمال الإدارة يهدف إلى حسن سير المرفق العام، ويخضع لقواعد خاصـــة، كمـــا أنها تجعل من المقاول صفة من يتعاون على حسن سير هذه المرافق)[٢].

وقد ذهبت محكمة التمييز في حكمها الصادر في ١٥ مارس سنة ١٩٩٨ إلـــى أنـــه : (لما كان البين من الأوراق ومما سجله الحكم المطعون فيه أن الـــوزارة الطاعنة أبرمت مع الشركة المطعون ضدها العقد محل النزاع عن مشروع استكمال أعمال "قصر بيان" وانتهجت في تعاقدها أسلوب القانون العام

---

(١) انظر :
- مجموعة الفتاوي السنة (٤ – ٥)، ص ٨٦٨.

(٢) انظر :
- حكـــم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ٢٠٤ لسنة ٣ ق، بجلسة ١٩٥٠/٦/٢٠، س ٤، ص ٩٠٦.
وراجع في ذات المعنى :
- حكمها الصادر في ١٩٥١/٣/٦، س ٥، ص ٦٩٠، وحكمها الصادر في ١٩٥١/١٢/٢٦ س ٦، ص ٢١٤.

محتفظة لنفسها بحق تعديله وفقاً للشروط الحقوقية الملحقة به، وأنها أصدرت للشـركة المذكورة أثناء العمل عدة أوامر تغييرية، بما يجعل هذا العقد عقد أشغال عامة.. مما تختص الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية بولاية الفصل فيه وحدها دون غيرها إلغاءا وتعويضاً عملاً بالمادة الثانية من المرسوم بقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ المعدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٢)[١].

وقد عرف القانون المدني الكويتي في المادة (٦٥١) عقد المقاولة بأنه : (عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أن يؤدي عملاً للطرف الآخر مقابل عوض دون أن يكون تابعاً له أو نائباً عنه).

وعـرف مجلس الدولة الفرنسي فكرة الأشغال العامة في حكمه الصادر بـتاريخ ١٠ يونـية سنة ١٩٢١ في قضية بلدية منسيجور بأنها: (الأشغال المـنفذة لحساب شخص عام لغرض ذي نفع عام)[٢]، ويترتب على ذلك أن الأشـغال التـي تنفذ في كنيسة لحساب شخص عام من أجل غرض ذي نفع عـام تحـتفظ بصفة الأشغال العامة، وتدخل الدعاوي الموجهة ضد البلديات بسبب الأضرار الناشئة عن عدم صيانة الكنائس في اختصاص مجلس الإقليم باعتبارها مرتبطة بتنفيذ أو عدم تنفيذ أحد الأشغال العامة.

وفي إطار هذا التصور التقليدي تشمل فكرة الأشغال العامة الأشغال التي تجـري على أراضي الدومين الخاص، طالما أنها تمثل على الأقل نفعاً عاماً مسـتقلاً عن إدارة الدومين الخاص بمعناه الصحيح مثل تفتيت صخور تهدد بعـرقلة المرور العام[٣]، وعلى العكس فلا تمثل غاية الصالح العام، الأشغال المـنفذة لإدارة دومين الغابات الخاص[٤]، والأشغال التي ينفذها على طريق زراعي أشخاص خاصة وذلك فقط لصالح بعض سكان تقسيم خاص[٥].

---

(١) انظر :
- حكـم محكمـة التمييـز فـي الطعـن رقم ٥١ لسنة ١٩٩٧ (تجاري)، بجلسة ١٩٩٨/٣/٥، موسوعة مبادئ القضاء الإداري - الكتاب الثالث، الجزء الثامن، ٢٠٠٠، ص ١٨٢.

(٢) راجع :
- C.E., 10 juin 1921, Communé de Monségur, Rec., 573, S., 1921, 3, 49, concl Corneille, note Hauriou; D., 1922, 3, 26. concl Corneille, R.D.P., 1921, 361, concl., Corneille, note Jéze.

(٣) راجع :
- C.E., 8 juin 1949, Contamine, Rec., P. 272.

(٤) راجع :
- T.C., 25 juin 1973, Office national des Foréts c. Béraud et entreprise Machiari, Rec., 847.

(٥) راجع :
- حكم المجلس في ١٩٨٠/١١/٧، بلدية فاليكون، المجموعة، ص ٩١٧.

وقد استخلصت محكمة التنازع تعريفاً جديداً وموسعاً بصورة فريدة لفكرة الأشغال العامة في حكمها الصادر بتاريخ ٢٨ مارس سنة ١٩٥٥ فتعتبر أشغالاً عامة (الأشغال التي ينفذها شخص عام في إطار مهمة مرفق عام)[١]. إذ قدرت أن المشرع بإضفائه على الجمعيات الاتحادية للتعمير صفة المؤسسة العامة أفصح بذلك عن قصده في تكليفها (بمهمة مرفق عام) من أجل (غايات من المصلحة العامة)، وإخضاعها نتيجة لذلك (لقواعد القانون العام المتعلقة بهذه المهمة)، واستخلصت من ذلك أن الأشغال أياً كان من تجري لحسابه أشغال عامة.

ويغطي التعريفان السابقان بعضهما إذا كانت الأشغال قد قام بها شخص عام لغرض ذي نفع عام أو مرفق عام، ولحسابه الخاص، وهذه بصفة خاصة حالة مجموع الأشغال التي تنفذها الأشخاص المحلية العامة على الطرق العامة المملوكة لها[٢].

وعلى ذلك يخضع عقد الأشغال العامة للقواعد التالية :

أولاً : عقد الأشغال العامة من أبرز العقود التي اعتبرت إدارية بطبيعتها لاتصالها المباشر بخدمة المرفق العام :

ولهذا عنى المشرع بتنظيمها تنظيماً إجرائياً وذلك في القوانين التي تنظم قواعد وإجراءات إبرام عقود الإدارة، ولهذا كان هذا العقد أحد العقدين اللذين نظمهما القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٦٤ في الكويت بإنشاء لجنة المناقصات المركزية[٣]. وذلك أنه رغبة في إحكام الرقابة على كافة المناقصات التي تحتاج إليها مختلف إدارات الدولة. أنشأ المشرع لجنة مركزية تتبع مجلس الوزراء مباشرة. هى لجنة المناقصات المركزية وتختص بتلقي العطاءات التي تقدم في المناقصات العامة وبالبت فيها وإرساء المناقصة على أصلح

---

(١) راجع :
- T.C., 28 mars 1955, Effemieff, Rec., 617, J.C.P., 1955, 11, 8786, note Blaevoet, Rev., Adm., 1955, 285, note liet – Veaux, A.J., 1955, 11, 332, note J.A.

(٢) راجع :
- دكتور/ أحمد يسري، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، دار الفكر الجامعي، الطبعة العاشرة ١٩٩٥، ص ٦٦٢.

(٣) وتشير المذكرة التفسيرية لهذا القانون إلى أن الحكومة قد جرت من قديم على أن تطرحها (أي عقود المقاولة والتوريد) في مناقصات، وأنشأت للبت في المناقصات لجنة علمية ولجان فرعية في الوزارات، وقد جرت تلك اللجان على تقاليد رسمها مجلس الإنشاء وأرساها التطبيق العملي.

عطـاء. فـلا يظهـر دور الجهـة الإدارية الراغبة في التعاقد إلا قبيل بدء إجـراءات المناقصـة. إذ إنهـا هـي التـي تطلب من اللجنة الإعلان عن المناقصـة، كما يظهر دورها بعد الانتهـاء من إجراءاتها، أي بعد الترسية، إذ هى التي توقع على العقد مع من ترسو عليه المناقصة، كما أن اللجنة هى التـي تعـد الشـروط العامـة للعقد، وإن كان لها أن تكلف أية جهة أخرى لتحضيرها محتفظة لنفسها بسلطة اعتمادها[1].

وبعد أن نظم المشرع أسلوب المناقصة وإجراءاتها ووضع من الضمانات مـا يكفـل علانيـتها وسريتها والمساواة بين المتقدمين إليها، عـاد فأجاز لمجلـس الـوزراء ترسيتها على من يشاء من بين المناقصين دون التقيـد (بأقل الأسعار أو التوصيات الفنية ودون حاجة إلى إبداء الأسبـاب) (المادة ٤٤)، لمجـرد أن لجنة المناقصات المركزية رأت أن هناك مبرراً قوياً يدعو لتفضيل مناقص تقدم بسعر أكبر[2]. وتزداد هذه السلطة خطراً إذا لاحظنا أن المبرر القوي تعبير واسع لا ضابط له[3].

ويجـوز لكـل مـن أُضـير من خطأ شاب إجراءات المناقصة أن يدعي بالـتعويض أمام القضاء على أساس المسئولية التقصيرية، مع ملاحظة أن كافة القرارات التي تصدر من اللجنة أو من مجلس الوزراء أثناء المناقصة تعتـبر قـرارات إدارية يجوز الطعن فيها بالإلغاء أمام الدائرة الإدارية بناءً علـى نـص المادة الأولى الفقـرة الخامسـة مـن قانـون (١٩٨١/٢٠) المعـدل بقـانون (١٩٨٢/٦١) والتي تقرر اختصاصها بنظر (الطلبات التي يقدمهـا الأفراد أو الهيئات بإلغاء القرارات الإدارية النهائية..) إذا ما رفعت من جانب غير المتعاقد، وكان موضوع الدعوى قراراً إدارياً يمكن فصله عن العملية العقدية.

وتُـرفع الدعـاوى الخاصـة بمنازعة العقود الإدارية والخاصة بالعملية العقديـة ذاتها مـن جانـب المتعاقد بناءً على اختصاص الدائرة المقرر في

---

(١) راجع :
- دكـتـورة/ عزيـزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري وتطبيقاتها في الكويت، المرجع السابق، ص ١٦٣ ، ١٦٤.

(٢) راجع :
- حكـم محكمـة التمييـز فـي الطعن رقم ١٥٢ لسنة ١٩٩٦ (تجاري) بجلسة ١٩٩٧/١/٦، موسوعة مبادئ القضاء الإداري، الكتاب الثالث - الجزء الثامن ٢٠٠٠، ص ٤٧١.

(٣) راجع :
- دكتور/ عبدالفتاح حسن، مبادئ القانون الإداري الكويتي، المرجع السابق. ص ٤٨٠.

المادة الثانية من القانون سالف الذكر والتي تقرر : (تختص الدائرة الإدارية وحدها بنظر المنازعات التي تنشأ بين الجهات الإدارية والمتعاقد الآخر في عقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو أي عقد إداري آخر وتكون لها فيها ولاية القضاء الكامل).

وقد عنى المشرع المصري أيضاً بتنظيم هذا العقد بمقتضى القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ بتنظيم المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨٣ وكذلك في القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية. وقد اعتبر المشرع المصري أحكام هذه اللائحة بمثابة دفتر للشروط العامة وأحكامها وجوبية ملزمة للإدارة المتعاقدة، حيث نصت المادة (٤٠) من القانون على أن (يجب النص في شروط العطاء على أن تعتبر أحكام اللائحة التنفيذية لهذا القانون جزءاً مكملاً لهذه الشروط لهذا العقد).

ولا مراء في أن حرية المتعاقد مع الإدارة بصدد عقد الأشغال العامة هى حرية قاصرة على قبول المتعاقد للشروط السابق وضعها من جانب الإدارة، ولهذا يعتبر عقد الأشغال العامة عقد إذعان من جانب المقاول لهذه الشروط، وهو أمر يتفق مع طبيعة العقد الإداري لتقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة[1].

ويخضع عقد الأشغال العامة فيما لا يرد به نص خاص للقواعد التنظيمية العامة لعقود المقاولات كما ينظمها القانون المدني المصري في المواد من (٦٤٦ إلى ٦٦٧)، والقانون المدني الكويتي في المواد (٦٦١ أو ٦٦٧).

وإذا كان واقع القانون الإداري في فرنسا يعبر عن أن هناك عقوداً إدارية باستمرار، حيث أن القانون قد افترض فيها هذه الصفة، وأطلق عليها الفقه (عقود إدارية بتحديد القانون)، ومن بينها عقود الأشغال العامة، وجعل الاختصاص بنظرها لمجلس الدولة، فإن هذا لا يعتبر معياراً حازماً في تحديد طبيعة العقد، لأن العبرة بالخصائص الذاتية للعقد، ولأن الاختصاص القضائي قد يكون له أسبابه الخاصة[2].

---

(١) راجع :
- دكتورة/ عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري وتطبيقاتها في الكويت، المرجع السابق، ص ١٢٦.

(٢) راجع :
- دكتور/ محمود عاطف البنا، مبادئ القانون الإداري، وسائل وأساليب النشاط الإداري، دار الفكر العربي، بدون سنة للنشر، ص ١١٥.

ثانياً : يجب أن ينصب عقد الأشغال العامة على عقار أو عقار بالتخصيص :

وعلى ذلك يعد من الأشغال كافة أعمال البناء والترميم والصيانة إذا وردت على عقار كبناء دور المصالح العامة والخزانات وإقامة الجسور والسدود وحفر الترع أو ردمها كما يشمل أيضاً عمليات إقامة خطوط تليفونية ومد أسلاك تحت الماء(١).

وفي هذ المعنى قررت محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في ٦ مارس سنة ١٩٥١ أن العقد المبرم بين الحكومة وبين المدعين بشأن ردم البرك ببعض القرى يعتبر عقد أشغال(٢). وفي حكمها الصادر في ٩ ديسمبر سنة ١٩٥٦ اعتبرت الاتفاق على حفر الآبار الإرتوازية لتزويد الأهلين بالماء الصالح للشرب وإنشاء ثلاثة كباري لحساب وزارة الأشغال العمومية من قبيل الأشغال العمومية(٣).

وإذا كان موضوع العقد منقولات مملوكة للإدارة، ولو كانت تندرج في أموال الدومين العام، فلا تعد من عقود الأشغال العامة، حتى ولو أعتبر ذلك العقد إدارياً، ومهما كانت ضخامة المنقول، وعلى هذا الأساس لم يعتبر القضاء الإداري عقوداً من عقود الأشغال العامة الاتفاقات التي يكون محلها إعداد أو بناء أو ترميم سفينة أو حظيرة متحركة للطائرات(٤).

وقد توسع مجلس الدولة الفرنسي في مفهوم الأشغال العامة فأدخل فيها كافة الأعمال المتعلقة بالصيانة، ومثال ذلك التنظيف والكنس والرش في الطرق العمومية(٥)، ونقل المواد اللازمة لتنفيذ العقد(٦).

---

(١) راجع :

- C.E., 4 juin 1937, Cie fr. Des cables télég., Rec., P. 557.
- C.E., 21 janvier 1927, Cie. Générale des eaux, D., 1928, 3, 57, concl. Blaevoet.

(٢) راجع :

- حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٥١/٣/٦، س ٥، ص ٦٩.

(٣) راجع :

- حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في القضية رقم ٤٢٨٥ لسنة ٩ ق، بجلسة ١٩٥٦/١٢/٩، مشار إليه بمرجع الأستاذ الدكتور/ سليمان الطماوي، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ١٢١.

(٤) راجع :

- C.E., 17 juin 1938 le Tourair, S., 1939, 3, 6.

(٥) راجع :

- C.E., 9 Février 1934, Mabille, S., 1934, 3, 33.

(٦) راجع :

- C.E., 28 mai 1935, Quignard, Rec., P. 627

ثالثاً : ويجب أن يتم العمل لحساب شخص معنوي عام :

يجـــب أن يتصل العمل بمرفق عام ويحقق مصلحة عامة، أي يتعين أن يكون العقار محل الاتفاق مملوكاً لشخص معنوي يستوي أن يكون إقليمياً أو مصلحياً.

ولكن ليس من الضروري – وفقاً لقضاء مجلس الدولة الفرنسي الحديث – أن يكون العقار مملوكاً لشخص معنوي عام، بل يكفي أن يتم العمل لحساب شـــخص معنوي عام ولو كان محله عقاراً خاصاً. ويعتبر المجلس أن العمل قـــد تم لحساب شخص معنوي عام في هذه الحالة إذا كان للشخص المعنوي إشراف مباشر ودقيق على الأعمال موضوع العمل، أو كان مصير العقار أن يؤول إلى الشخص المعنوي العام في نهاية مدة العقد[1].

أما إذا كان العقد لحساب شخص من أشخاص القانون الخاص فليس ثمة عقد أشغال عامة في هذا الصدد.

رابعاً : ويجب أن يكون الغرض من الأشغال موضوع العقد تحقيق نفع عام :

لقـــد ارتبطت فكرة الأشغال العامة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي في أول الأمر بفكرة الدومين العام، فاقتصرت الأشغـــال العامـــة علـــى الأعمال التي تتم على عقارات تدخل في نطاق الدومين العام، بحيث لو تمت الأشغال علـــى عقـــار يدخل في نطاق الدومين الخاص لما اعتبر العقد إدارياً، ولكن ســـرعان ما فصل القضاء الإداري بين الفكرتين وتوجت هذا الإتجاه محكمة التنـــازع فـــي حكمهـــا الصـــادر فـــي ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٤٢ فـــي قضية Prifet des Bouches - Rhones حيث تقول : (وحيث إن الضرر المدعى به يـــرجع إلى إهمال في صيانة دار القضاء في مدينة Aix وهى مخصصة كلها لمـــرفق العدالة، وبالتالي لتحقيق مصلحة عامة، ومن ثم فان الدعوى تدخل في اختصاص المجلس الإقليمي بإعتبارها متعلقة بتنفيذ أو عدم تنفيذ أشغال عامة دون الحاجة للبحث فيما إذا كان المبنى يدخل في نطاق الأموال العامة أو الخاصة، لاستقلال فكرة الأشغال العامة عن الأموال العامة)[2].

---

(١) راجع :
- C.E., 22 juin 1938, Sigalas, R.D.P., 1938, P. 525, D., 1938, 3, 113, note Hauriou.

(٢) راجع :
- S., 1945, 3, 10.
"la notion de travail public etant indépendent de la domanialité"

وراجع في ذلك :
– دكتور/ سليمان الطماوي، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ١١٧.

ولقـــد ارتبطت فكرة الأشغال العامة أيضاً بالمرفق العام، فاعتبرت أشغالاً عامـــة تلـــك التـــي تتم على عقارات مخصصة لمرفق عام، ولو كانت غير مملوكـــة لـــلإدارة أو داخلة في نطاق الدومين الخاص، ولكن مجلس الدولة فصـــل أيضـــاً بيـــن فكـــرة الأشغال العامة والمرافق العامة، فاعترف بصفة الأشـــغال العامـــة، لأعمال تمت على عقارات غير مخصصة لمرافق عامة، وكـــان ذلـــك فـــي حكمـــه الصـــادر فـــي ١٠ يناير سنة ١٩٢١ في قضية Commune de Monségur وكان ذلك بالنسبة للأشغال العامة التي تتم على عقـــارات مخصصة للعبادة، إذ لم تعد العبادة من المرافق العامة وفقاً لقانون ٩ ديســـمبر ســـنة ١٩٠٥[١]. كمـــا أن كون العقار مخصصاً لمرفق عام، لا يســـتتبع بالضـــرورة أن تكتسب الأشغال العامة التي تتم عليه صفة الأشغال العامة[٢].

هـــذا ولم تعد الأشغال العامة مرتبطة فقط بالمرافق العامة بل تعدتها إلى هدف تحقيق المنفعة العامة، لذلك نجد مجلس الدولة الفرنسي قد توسع في مفهـــوم عقـــد الأشغال العامة وألحق به بعض الاتفاقات ومنها الاتفاق على توريـــد مواد[٣]، ونقل مواد[٤]، وعقد إيجاد الخدمات[٥]، والاتفاق على تقديم مساعدة مالية أو عينية بقصد المساعدة على إنجاز الأشغال العامة[٦].

وقـــد أُعتـــبر عقد المساهمة في مشروع ذي نفع عام عقد إداري وثيق الصلة بعقد الأشغال العامة ويأخذ حكمه، ويعتبر من قبيل انعقاد اختصـــاص

---

(١) راجع :
- C.E., 10 janvier 1921, Commune de Monségur, S., 3, 50. Op. cit
- دكتـــور/ محمود عاطف البنا، مبادئ القانون الإداري، وسائل وأساليب النشاط الإداري، المرجع السابق، ص ١١٥.

(٢) راجع :
- C.E., 13 février 1942, Cne de Sarlet et Sac. La mutuelle genérala Française.
- يـــتعلق هـــذا الحكـــم بكنيسة قديمة مؤجرة لمصلحة البريد، مشار إليه بمرجع الدكتور/ سليمان الطماوي، العقود الإدارية، هامش (١)، ص ١١٨.

(٣)
- C.E., 31 juillet 1912, Sté des granits des Vasges, Rec., 912.
(يتعلق بتوريد أحجار لرصف الشوارع).

(٤)
- C.E., 7 novembre 1920, Meunier, D., 1913, 3, 29.
- C.E., 28 mai 1935. Quignard, Rec., P. 627.

(٥)
- C.E., 28 février 1919, Bariller, Rec., 222; C.E., 15 décembre 1950, Mathiot, Rec., 812.

(٦)
- C.E., 14 mai 1943, Cne de Joinville le-pont, D., 1943, P. 74;
- C.E., 18 juin 1948, Ste hgdro électriqu du Verdon, Rec., 278.

الفصل في المنازعات المتعلقة به لمحاكم مجلس الدولة صاحب الولاية العامة في هذا الشأن دون المحاكم المدنية. مثال ذلك تعهد بالمشاركة بقطعة أرض في نفقات مشروع من مشروعات الأشغال العامة مقابل قيام الإدارة بتنفيذ هذا المشروع، توافر مقومات عقد المساهمة في مشروع ذي نفع عام في هذا التعهد واعتباره عقد إداري ينأى عن القواعد المألوفة في مجالات القانون الخاص ولا يتقيد في شأنه بأوضاع الهبة المقررة في القانون المدني، خضوع المنازعات المتعلقة بتنفيذه أو النكول عنه في اختصاص القضاء الإداري بحسبانها منازعات متفرعة عن عقد إداري[1].

خامساً : يخضع عقد الأشغال العامة لكافة القواعد الضابطة والمميزة للعقد الإداري :

وتبرر سلطة الإدارة في تعديل العقود وفرض رقابتها على التنفيذ إلى حد كبير بصدد عقد الأشغال العامة، ويُعترف للإدارة بهذه السلطة حتى دون حاجة إلى النص عليها صراحة بحيث إذا وجدت مثل هذه الشروط فهي شروط كاشفة ومنظمة وليست منشئة، وأساس هذه السلطات هو دائماً اتصال العقد بالمرفق العام وتحقيق مقتضيات سيرد بانتظام واطراد، كما أساسها النظرة القانونية إلى وضع المقاول باعتباره نائباً عن الحكومة في القيام بأعمال الإنشاءات العامة باعتبار أن مسئولية القيام بهذه الإنشاءات واقعة أولاً على عاتق الحكومة. وهى إذ تنيب عنها مقاولين في مناقصة عامة إنما تستهدف بذلك الحصول على المواد الأولية. واليد العاملة بأحسن سعر لتحقيق المصلحة العامة بغير مساس بجودة العمل[2].

وتتدخل الإدارة في هذا المجال بمقتضى الأوامر المصلحية لدى مقاول الأشغال العامة بقصد تحديد أوضاع تنفيذ العقد، أوتكملة الناقص منها، أو التعديل فيها كلما وجدت ضرورة لذلك، فالعمل يختلف تماماً أثناء التنفيذ عما هو مقرر في الخرائط والتصاميم الهندسية، لأن الكثير من التفاصيل تكون غير واضحة فيها، وبسبب توضيحها وتنفيذها تطرأ تغييرات وتعديلات على كميات العمل المتعاقد عليها[3].

---

(١) راجع :
- حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٠٢٥ لسنة ١٥ ق، بجلسة ١٩٧٨/١/٧ س ١٥، ص ١٨٤.

(٢) راجع :
- حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٥٢/٤/٨، س ٦، ص ٨١٢.

(٣) راجع :
- دكتور/ رياض عيسى، أحكام الأعمال الإضافية في عقود الأشغال العامة، بحث منشور بمجلة الحقوق، كلية الحقوق - جامعة الكويت، العدد الرابع، السنة الحادية عشرة، ديسمبر ١٩٨٧، ص ١١٧.

ولقـــد وضع المشرع أصلاً عاماً في مجال تنفيذ العقود الإدارية مقتضاه إلـــزام المـــتعاقد مع الجهة الإدارية بقبول طلبات تعديل كميات أو حجم العقد المـــبرم معهـــا زيادة أو نقصا في الحدود الواردة بالنص، فإذا باشرت جهة الإدارة حقهـــا هذا فلا خيار أمام المتعاقد معها من الخضوع للطلب والالتزام بتنفيذه سواء كان بالزيادة أو النقص بذات الشروط والأسعار المتفق عليها[1].

وتصـــدر الأوامر المصلحية عادة من بعض الأعضاء الفنيين في الإدارة، لاســـيما المهندسين المنوط بهم الإشراف على تنفيذ الأشغال العامة. ويتعين علـــى المقاول احترام هذه الأوامر، وتنفيذ ما جاء بها، فإذا كان لـــه عليها اعـــتراض فيجب أن يسلك السبيل المشروع لتحقيقه، إما بالتظلم الإداري أو بســـلوك الطـــريق القضـــائي. فإذا لم يفعل عرض نفسه للمسئولية وتوقيع الغرامات عليه[2].

سادساً : يتقاضى المقاول مقابلاً للأعمال التي قام بها :

يتمـــيز عقد الأشغال العامة عن عقد الامتياز في المقابل الذي يتقاضـــاه المـــتعاقد، فالملتزم يتقاضى المقابل في صورة رسوم من المنتفعين بخدمات المـــرفق أما في عقد الأشغال العامة فهو ثمن يحدد في العقد ويتقاضاه من الإدارة المتعاقدة أو التي يتم العمل لحسابها.

ويحدد المتعاقدان في عقد الأشغال العامة سعراً إجمالياً للعملية كلها، وقد يحـــددان ســـعراً لكل نوع من الأعمال التي يقوم عليها المشروع، وقد يحدد الســـعر بحســـب وحـــدة معينة من وحدات القياس كالمتر المربع. والقاعدة العامـــة أن دفـــع المقابل لا يكون إلا بعد أداء الخدمة، وبالتالي يتعين على المـــتعاقد مـــع الإدارة أن ينجز جميع التزاماته قبل المطالبة بمستحقاته قبل الإدارة، ولكن الملاحظ عملاً أن المتعاقد قد ينفق مبالغ طائلة في سبيل إتمام العمـــل المتفق عليـــه، وقد يستغـــرق التنفيذ مدداً طويلة، ومن ثم فقد لطف

---

(١) راجع :
- فـــتوى إدارة الفتوى لوزارة الأشغال في ١٠/٣/١٩٩١، ملف ٣/٢/٥٩٢، الوسيط في شـــرح اختصاصـــات مجلس الدولة المصري، للدكتور/ محمد ماهر أبوالعينين، الجزء الثاني، ص ٨٥٤.

(٢) راجع :
- دكتور/ سليمان الطماوي، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٤٧٦.

العمـــل مـــن حـــدة هذه القاعدة السابقـــة، فأحياناً تنص العقود على التزام الإدارة بدفع جزء من الثمن مقابل جزءٍ من العمل الذي تم إنجازه[١].

هـــذا واتفاق طرفا العقد على سعر إجمالي لمقاولة الأعمال لا يستنهض للمقـــاول حقاً في تقاضي أية زيادة في الأجرة المتفق عليها ولو بلغ إرتفاع أسعـــار المـــواد الأولية وأجـــور الأيـــدي العاملة وغيرها من التكاليف حداً يجعـــل تنفـــيذ العقـــد عسيراً، فبهذا يجري نص المادة (٦٥٨) من القانون المدنـــي المصـــري، وبمـــثل ذلك نص المادة (٦/٥٤) من لائحة المناقصات والمزايدات[٢].

وكمـــا يســـتفيد المتعاقد مع الإدارة بارتفاع هذه المواد الخاضعة لقيود التوزيع، فان الإدارة تستفيد بما يرد على هذه الأسعار من خفض بناء على قرارات تتخذها الجهة المتعاقدة، فتتحدد مستحقاته بمراعاة قيمة هذا الخفض تبعاً لنسبته[٣].

---

(١) راجع :
- حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقـم ٤٤٨٣ لسنة ٤١ ق، بجلسة ١٩٩٧/٥/٦ الوسيط في شرح اختصاصات مجلس الدولة المصري، للدكتور/ محمد ماهر أبوالعينين، الجزء الثاني، ص ٨٤٧.
غـير أن المحكمة الإدارية العليا ذهبت إلى رأي مغاير في حكمها الصادر في ٨ يونية ســنة ١٩٩٣ بقولها : (ومن حيث إن شروط المناقصة قد نصت في مادتها الثالثة على أن أي زيـــادة تطـــرأ على أسعار مواد البناء الخاضعة لعقود التوزيع والتي تصرف بتصاريح وهـــي حديد التسليح... بعد فتح المظاريف والمسعرة بواسطة الدولة تضاف للمقاول هذه الـــزيادة مـــع إضافة علاوة قدرها ١٥% وأي نقص في الأسعار يتم خصمه، وهذا الشرط يـــنطوي علـــى حكمـــة مؤداها عدم إلحاق الضرر بالمتعاقدين مع الحكومة في حالة زيادة الأســـعار من قبل الدولة بعد التعاقد وحتى لا يؤدي عكس ذلك إلى إحجامهم عن المساهمة في المشاريع التي تطرقها الدولة، وهذه الحكمة قد حرصت على إعمالها اللائحة التنفيذية للقـــانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ الخاص بالمناقصات والمزايدات في أكثر من موضع وصولاً إلـــى تحقـــيق العدالة بين طرفي العقد، وأن ذلك يجد سنده الطبيعي في اعتبارات التوازن المالـــي للعقد وعدم الحاق الضرر بالمتعاقدين مع الحكومة، كل ذلك مرهون بأن تكون هذه الـــزيادة فـــي الأســـعار طرأت بعد التعاقد تأسيساً على أن المتعاقد لم يكن قد وضعها في حسبانه عند التعاقد.
ومـــن حيث وقر في وجدان هذه المحكمة أن الطاعن لم يعلم بقرار وزير الإسكان رقم ٢٤ لســـنة ١٩٨٥ المشـــار إليه للظروف المشار إليها، الأمر الذي يؤكد أنه لم يضعه في حســـبانه عند تقديم العطاء، ومن ثم فإنه إعمالا للحكمة من نص المادة الثالثة من شروط المناقصـــة يتعيـــن القضـــاء بأحقية الطاعن في محاسبته بأسعار حديد التسليح طبقا لقرار وزير الإسكان المشار إليه بالإضافة إلى علاوة ١٥% التي قضت بها شروط المناقصة في هـــذه الحالة). حكـــم المحكمـــة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢٥١٥ لسنة ٣٤ ق، بجلسة ١٩٩٣/٦/٨ الوسيط في شرح اختصاصات مجلس الدولة، المرجع السابق، ص ٨٣٩.
(٢) فـــتوى الجمعـــية العمومية للفتوى والتشريع ملف رقم ٢٧/٢/٢٨، بجلسة ١٩٩٣/٤/٢٤ الموسوعة الإدارية الحديثة – الفكهاني، الجزء ٣٥، ص ٤٨٢،
(٣) راجع :
- حكـــم المحكمة الإدارية العليا في الطعنين رقمي ١٥١١ و ١٦٢٥ لسنة ٣١ ق، بجلسة ١٩٨٩/٤/٤، الموســـوعة الإداريـــة – الفكهانـــي – الجـــزء ٣٥. ص ٣١٨. أن العقد موضوع الطعن كان بشأن عملية بناء فرع مصلحة الكيمياء في أسيوط.

الفصل الثالث

عقـــد التوريـــــد

يعــد عقــد التوريد من أهم العقود التي تبرمها الإدارة في سبيل تسيير مـــرافقها العامة، ولهذا جعلها المشرع موضوعاً للتنظيم الإجرائي بمقتضى القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٦٤ بإنشاء لجنة المناقصات المركزية في الكويت، ولذلـــك أخضعها للرقابة القانونية لإدارة الفتوى والتشريع بمقتضى القانون رقـــم ١٢ لسنة ١٩٦٠ والرقابة المالية لديوان المحاسبة بالقانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٦٤، كما جعل الاختصاص بنظر منازعاته للدائرة الإدارية.

ويمكن تعريف عقد التوريد بأنه : (اتفاق يتم بين الإدارة وأحد الأفراد أو الشـــركات يـــتعهد بمقتضـــاه الطرف الثاني بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي يحتاج إليها مرفق عام مقابل ثمن يحدد في العقد).

وقد عرفته محكمة القضاء الإداري بأنه : (اتفاق بين شخص معنوي من أشـــخاص القـــانون العـــام وفرد أو شركة يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بـــتوريد مـــنقولات معيـــنة للشخص المعنوي لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معيـــن)[١]. فموضوع عقد التوريد هو باستمرار أشياء منقولة، كالبضائع أو مواد التموين أو الفحم أو السفن والمواد الحربية للجيش.

ويتميز عقد التوريد بالخصائص التالية :

<u>أولاً</u> : أن موضوع عقد التوريد هو توريد منقولات، فقد يكون موضوعه توريـــد بضـــائع أو مـــواد تموينية فهو لا يمكن أن يرد على عقار أو عقار بالتخصيص وإلا اعتبر عقد أشغال عامة.

<u>ثانـياً</u> : أن عقـــد الـــتوريد يخـــتلف عـــن عقد الاستيلاء على المنقولات المملوكـــة للأفراد، فالمورد في العقد الإداري يسلم المنقولات المتعاقد عليها برضـــاه دون أن يكون مضطراً إلى ذلك، بينما الاستيلاء إنما يكون بمقتضى قرار إداري بتسليم المنقولات المطلوبة جبراً[٢].

---

(١) راجع :
- حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٥٢/١٢/٢، س ٧، ص ٧٦.

(٢) راجع :
- حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٥٢/٢/٢، س ٧، ص ٧٦.

ثالثاً : عقـود التوريد كسائر العقود الإدارية في مصر هى عقود إدارية بطبيعـتها وخصائها الذاتية لا بتحديد المشرع. وعقد التوريد هو من العقود التـي قـد تكـون إداريـة أو مدنية وفقاً لخصائصها الذاتية. ولهذا حرص المشرع المصري في القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ على أن يقصر اختصاص محكمة القضاء الإداري على الفصل في المنازعات التي تتعلق بعقود التوريد الإداريـة. فاستبعد من اختصاص المحكمة المنازعات المتعلقة بعقود التوريد غـير الإدارية. وأن المادة العاشرة من القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ فقد ذكـرت العقود الثلاثة (عقود الالتزام، عقود الأشغال العامة ، عقود التوريد) علـى سـبيل المـثال ونهاية المادة صريحة في أن مناط اختصاص القضاء الإداري هو كون العقد إدارياً[١].

وإذا عقـدت المـادة الثانية من المرسوم بالقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ المعـدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٢ للدائرة الإدارية وحدها الاختصاص بـنظر المنازعات التي تنشأ بين الجهات الإدارية والمتعاقد الآخر في (عقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو أي عقد إداري آخر)، فيكون البين منه أن تعـداد تلك العقود بالنص سالف الذكر إنما جاءت على سبيل المثال – لا الحصـر – باعتـبارها مـن أهـم العقود، بل يمتد إلى كافة العقود الإدارية بطبيعتها وفقاً لخصائصها الذاتية[٢].

ومـن عقود التوريد التي اعترف لها القضاء الإداري المصري بالطبيعة الإدارية : الاتفاق على توريد شعير[٣]، وتوريد بطاطين[٤]، والتصريح للأفراد

---

(١) قضـى مجلـس الدولـة الفرنسي بأن العقد الذي بمقتضاه تعهد شركة معينة قبل الحكومة الفرنسية بتنفيذ طلب توريد طائرات لدولة أجنبية وفقا للشروط والأوضاع المحددة في دفاتر الشـروط الخاصـة بـوزارة الحربية والطيران الفرنسية، يعد عقدا إداريا نظرا إلى ما كان يتضمنه من شروط استثنائية مستمدة من دفاتر الشروط.
راجع في ذلك :
- C.E., 12 décembre 1930, Soc. Des moteurs Gnome – et – Rhône, S., 1931, 3, 117.

(٢) راجع :
– حكم محكمة الاستئناف العليا/ دائرة التمييز في الطعن رقم ١٩٨٨/١٢٢ (تجاري)، بجلسة ١٩٨٩/١/٢٣، مجلة القضاء والقانون، العدد الأول، سنة ١٧، ص ٧١.

(٣) راجع :
– حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٥٢/١٢/٢، س ٧، ص ٧٦.
"ومـن حيـث إن الـوزارة عندما عرضت شراء الشعير من المدعين بالثمن والشروط والمواصفات التي قررتها، إنما قصدت تخصيصه لنشاط مرفق التموين.. فيكون قد انعقد عقد إداري لا عقد مدني".

(٤) راجع :
– حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٥٢/٣/١، س ٦، ص ٦٠٤.
"أن العقد المبرم بين الحكومة والمدعي بشأن توريد بطاطين يعد من عقود التوريد وكل نزاع يترتب على هذا العقد.. يدخل في اختصاص هذه المحكمة".

باستيراد بعض صفقات الصفيح بشروط معينة[١]، وتوريد كميات من الدقيق لوزارة التموين[٢]، وتوريد بوابات معينة[٣].

رابعاً: ويميز مجلس الدولة الفرنسي بين التوريد الذي يتم مرة واحدة، وبين أن يتم التوريد على دفعات، ويعتبر العقد في الحالة الأولى عقداً من عقود القانون الخاص، أما في الحالة الثانية فيكون عقداً من عقود القانون العام[٤]. إلا أن هذه التفرقة لا مبرر لها لأن العقد في الحالة الأولى من الممكن أن يكون عقداً إدارياً إذا ما احتوى على شروط العقود الإدارية[٥].

هذا ويستوي في تحديد طبيعة عقد التوريد الإداري، طالما توافرت عناصره المميزة، أن يكون موضوعه التوريد لمرة واحدة أو أن يتم التوريد على دفعات[٦]. كما أن عقد التوريد امتد ليشمل صوراً جديدة من التوريد وهي عقود التوريد الصناعية حيث يلتزم المتعاقد ليس بتسليم المنقولات المتفق على توريدها فحسب وإنما صناعتها كذلك. ومن ثم يكون للإدارة

---

(١) راجع :
- حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٥٤/٦/٨، س ٨، ص ١٥٥١.
"أن المستفاد بما تم من إجراءات في شأن صفقات الصفيح أن عمليات الاستيراد تتمخض في الواقع عن عقد توريد، فعناصر العقد قد توافرت من حيث السلع ومواصفاتها وأسعارها..".

(٢) راجع :
- حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٥٦/١٢/١٦ في القضية رقم ١٦٠٦ لسنة ١٠ ق، س ١١، ص ٧٦.
"ومن حيث إن هذه المنازعة خاصة بعقد توريد، وهو من العقود الإدارية التي لا تخضع لأحكام القانون الخاص، وإنما يفصل فيها على مقتضى القانون العام في شأن العقود الإدارية، ولما كانت هذه العقود تختلف عن العقود المدنية في أنها تستهدف مصلحة عامة في تسيير المرافق العامة.. فإنه من أجل تحقيق هذا الهدف خولت جهة الإدارة سلطات استثنائية، وحق تطبيق قواعد غير مألوفة في عقود القانون الخاص بقصد الوفاء بحاجة المرافق العامة".

(٣) راجع :
- حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٥٩/١/٤، السنتان ١٢، ١٣، ص ١٦١.

(٤) راجع :
- C.E., 31 juill 1912, Société des granits porphyroides des Vosges, Rec., 909, concl Blum; S., 1917, 3, 15, concl. Blum; D., 1916, 3, 35, concl. Blum; R.D.P., 1914, 145, note Jéze.

(٥) راجع :
- C.E., 6 novembre 1913, Ste des Forges Chantiers de la Méditerrnée, Rec., P. 104.

(٦) راجع :
- دكور/ سليمان الطماوي، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ١٢٦.
- دكتورة/ عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري وتطبيقاتها في الكويت، المرجع السابق، ص ١٣٠.

حـــرية كبـــيرة في التدخل أثناء إعداد تلك البضائع[1]. كما يشمل عقد التحويل والـــذي بمقتضاه تقوم الإدارة بتسليم منقولات إلى إحدى الشركات لتحويلها إلى مادة أخرى على أن يعاد تسليمها إليها.

خامساً : ينظم عقود التوريد الإدارية قواعد تنظيمية عامة :

إن عقـــد التوريد يخضع إجرائياً لقانون المناقصات والمزايدات رقم ٣٧ لسنة ١٩٦٤، كما يخضع لرقابة إدارة الفتوى والتشريع ولديوان المحاسبة فـــي الكويت. وقد نظمه المشرع المصري تفصيلاً في لائحة خاصة للمخازن والمشـــتريات وأيضـــاً قـــانون المناقصات والمزايدات رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ ولائحـــته التنفـــيذية الملزمة للمتعاقدين والصادرة برقم ١٥٧ لسنة ١٩٨٣ وقـــانون المناقصـــات والمـــزايدات الحالـــي رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية.

وخارج حدود التنظيم التشريعي يخضع عقد التوريد لمبادئ القانون العام التـــي تحكـــم العقود الإدارية والتي من أبرزها - كما سبق أن أشرنا - سلطة الإدارة فـــي الرقابة وتعديل العقد، ولكن يلاحظ أن مدى هذه السلطة يختلف فـــي عقد التوريد عنه في عقد الامتياز والأشغال العامة، إذ أن عقد التوريد يتصـــل بالمرفق بصورة غير مباشرة، ومن ثم فإن المورد يحتفظ بقدر كبير من الحرية في اختيار وسيلة التنفيذ وأسلوبه ما لم يقيده شرط في العقد[2].

ولقـــد احـــتفظ المشـــرع في مصر لجهة الإدارة بالحق في تعديل العقد بالزيادة أو النقصان في حدود النسب المقررة قانوناً في هذا الشأن. وذهبت محكمة القضاء الإداري في توضيحها لهذا المبدأ قولها : (إن سلطـــة الإدارة

---

(١) راجع :
- حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ١٩٦٨/٥/١١، س ١٣، ص ٨٩٧.
- دكتـــور/ سليمان الطماوي، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٤٨٧ وما بعدها.

(٢) راجع :
- دكـــتـــورة/ عزيـــزة الشـــريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، المرجع السابق، ص ١٣١.
ويؤكـــد الـــبعض على سلطة الإدارة في تعديل شروط عقد التوريد، غير أنها سلطة مقيدة بقـــيام ظـــروف ملحـــة تســـتدعي هذا التعديل كإلغاء المرفق أو إعادة تنظيمه بشكل يجعل ظروفه الجديدة لا تتفق مع شروط عقد التوريد.
راجع في ذلك :
- De Laubadére, Traité Theorique et Pratique des contrats administratifs, Paris, 1956, P. 405.

في تعديل عقود التوريد من حيث الزيادة أو النقص في الكميات المتفق على توريدها قد ضمنتها لائحة المخازن والمشتريات المصدق عليها من مجلس الوزراء في ٦ يونية ١٩٤٨، إذ نص البند السادس من المادة (١٣٧) من هذه اللائحة تعني ما يأتي "تحتفظ المصلحة لنفسها بالحق في زيادة الكميات المعينة لأي صنف كلّ نسبة ١٠% على الأكثر، وتضاعف هذه النسبة في عقود توريد الأغذية بالزيادة أو النقص" ومن ذلك يبين أن هناك قاعدة تنظيمية مقررة بالنسبة للحد الأقصى للكميات التي تكون محلات للتوريد وهي ألا يجاوز تعديل العقد بشأنها نسبة مئوية معينة زيادة أو نقصاً، وأن أقصى هذه النسبة فيما يتعلق بعقود توريد الأغذية ٢٠% وبذلك وضعت معياراً مادياً للحد الطبيعي المعقول الذي يستطيع المتعاقد مع الإدارة حمل أعبائه ويلتزم بتنفيذه)[١].

ولقد أكدت المحكمة الإدارية العليا وجهة النظر هذه بقولها : (ومن حيث إنه بالرجوع إلى لائحة المناقصات والمزايدات يبين أن المادة (٨٣) تنص على أنه تحتفظ الوزارة أو المصلحة أو السلاح بالحق في تعديل العقد بالزيادة أو النقص في حدود ١٥% في عقد التوريد و ٣٠% في عقود توريد الأغذية و ٢٥% في عقود الأعمال دون أن يكون للمتعهد أو المقاول الحق في المطالبة بأي تعويض عن ذلك... والمستفاد من أحكام هذا النص فيما يتعلق بحق الإدارة في تعديل العقد زيادة أو نقصاً أن الوعاء الذي يحسب عليه هذا التعديل هو قيمة العقد المبرم مع المقاول نظراً لما يترتب عليه من انصراف آثار هذا التعديل سواء بالزيادة أو النقصان إلى هذا المتعاقد تلك الآثار التي يفترض أن المتعاقد قد أخذها في حسبانه وارتضاها عند تقديم العطاء وإبرام العقد)[٢].

ولما كانت سلطة التعديل تستند إلى مقتضيات سير المرافق العامة، والتي أهمها قابلية المرفق العام للتغيير والتعديل، بقصد أداء الخدمة العامة على أتم وجه، فيجب أن تكون قد استجدت ظروف بعد إبرام العقد تبرر هذا التعديل بحيث لا تستطيع الإدارة أن تلجأ إلى تعديل شروط العقد زيادة أو نقصاً بإرادتها المنفردة دون تغير الظروف التي تم إبرام العقد في ظلها،

---

(١) انظر :
- حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ١٦٠٩ لسنة ١٠ ق، بجلسة ١٩٥٦/١٢/١٦، س ١١، ص ٩٠.

(٢) انظر :
- حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٥٥٦ لسنة ٣١ ق، بجلسة ١٩٨٦/٣/١، الموسوعة الإدارية الحديثة – الفكهاني، الجزء ٣٥، ص ٣٦٥.

وذلـــك دون أن تتجاوز في التعديل حداً معيناً من شأنه قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب، إذ يجب أن يكون التعديل في الحدود الطبيعية المعقولة من حيث نوعها وأهميتها، لا أن يكون من شأنه فسخ العقد الأصلي[١].

وقد أقر مجلس الدولة الفرنسي بحق الإدارة في أن تطلب من الموردين زيادة مقدار التوريدات المتفق عليها أو إنقاصها[٢].

ومـــن الملاحـــظ أن سلطة الإدارة في الرقابة والتعديل فيما يتعلق بعقود الـــتوريد العادية أو الجارية ليست بذات أهمية، وعلى العكس من ذلك تزداد سلطة الإدارة في الرقابة والتعديل بالنسبة لعقود التوريد الصناعية، لأنها لا تتفق على مجرد التوريد ولكن على نوع الصناعة وجودتها، لاسيما إذا تعلق موضوع التعاقد على توريد أشياء ذات أهمية خاصة بتوريد مهمات حربية، وبذلك فإن القضاء الإداري يعترف للإدارة بسلطة التدخل لتعديل وسائل تنفيذ العقد[٣].

وفي هذا الصدد أصدرت محكمة القضاء الإداري حكماً لها في ٢٧ يناير سنة ١٩٦٣ بخصوص عقد توريد أسلحة للحكومة لاستخدامها بقصد الدفاع الوطنـــي، بقولهـــا : (مما لا جدال فيه أن الدفاع عن الوطن أهم مرفق في الدولـــة، وأن عقد (٩ أبريل ١٩٤٩) قد أبرم لخدمة هذا المرفق في ظروف غير عادية، كانت البلاد فيها في أشد الحاجة إلى تلك المهمات الحربية، وقد تضـــمن العقـــد شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص، وذلك بتحميل نفس المـــورد (شـــركة أورلـــيكون) فحص الأسلحة نيابة عن جهة الإدارة كسباً للوقت... ومن حيث أنه فوق ما تقدم فإن تدبير واختيار وفحـــص الأسلحـــة

---

(١) راجع :
- دكتور/ سليمان الطماوي، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٤٥٨.

(٢) راجع في ذلك:
- فيما يتعلق بحق الإدارة في طلب زيادة التوريدات.
- C.E., 14 novembre 1905, Olmer et Hesbert, Rec., P. 664.
- وفيما يتعلق بحق الإدارة في طلب إنقاص التوريدات.
- C.E., 30 octobre 1951, Société Citroen, Rec., P. 507.

(٣) راجع :
- C.E., 28 décembre 1927, Société Augustin Normand, Rec., P. 1284.
- وهذا الحكم يتعلق بتعديل بناء إحدى السفن.
ويلاحـــظ أن هـــذه العقـــود تتشـــابه إلى حد كبير مع عقود الأشغال العامة مما دعا إلى الاعتراف للإدارة بسلطة إصدار الأوامر المصلحية لتوجيه التنفيذ في هذه العقود.
راجع في ذلك :
- دكـــتور/ محمد عبدالعال السناري، مبادئ وأحكام العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ١٩٤، هامش ٣.

اللازمـــة للجـــيش المحارب واجب أساسي من واجبات الدولة الأولى، ومن المتعين أن يدور كل ذلك بمعرفتها وإشرافها المطلق ورقابتها الصارمة..)[1].

سادساً : يتقاضى المتعاقد مع الإدارة مقابل المنقولات التي يقوم بتوريدها:

يتقاضـــى المتعاقد مع الإدارة في عقود التوريد المقابل المتفق عليه فيما بينهما والمحدد في العقد أو بمقتضى وثائق مستقلة تلحق بالعقد. وقد يحدد الســـعر للكمية المطلوب توريدها كلها، وقد يحدد وفقاً لنوع السلعة المطلوب توريدهـــا بحيـــث يحدد سعر كل سلعة على حدة، ويعتبر السعر قد حدد منذ اللحظة التي تم فيها إبرام العقد[2].

ولكن استقرار السعر المتفق عليه في العقد، لا يعني جموده المطلق، بل يجـــوز تعديـــل السعر الأصلي بإحدى وسيلتين : **الأولى** : باتفاق بين الإدارة والمتعاقد، وحينئذ يجب أن تكون نية التعديل قاطعة، وأن توافق على التعديل السلطة المختصة بإبرام العقد[3]. وفي الحالة **الثانية** أن يصدر قانون بتعديل الأسعار أو بتخويل أحد الطرفين المتعاقدين الحق في المطالبة بتعديل السعر المتفق عليه أصلاً[4].

---

(١) انظر :
- حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٦٣/١/٢٧، س ٩، ص ١٦٦.
راجع في ذات المعنى :
- حكمها الصادر في ١٩٦٩/١/١٢، س ١٦، ص ٤٨٤.

(٢) راجع :
- C.E., 17 janvier 1951, Ville de Joinville la Pont, Rec., P. 24.

(٣) راجع :
- C.E., 12 janvier 1922, Leroy, Rec., P. 23.
- كمـــا ذهبـــت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في ١٩٧٠/١/٧ في هذا المعنى بقولهـــا : (أن الثمن الذي يتحدد باتفاق المتعاقدين في العقود الإدارية، وإن كان لا يقيد كأصل عام طرفيه، إلا أن ذلك لا يمنع قانوناً الاتفاق على تعديله.. وإذ صدر هذا التعديل عن السلطة المختصة التي أبرمت العقد الأصلي، فإن التعديل يكون قد استوفى شرائطه القانونـــية وواجب النفاذ... وأنه ليس ثمة حظر من قانون أو نظام عام على أن ينطوي الثمـــن في العقود الإدارية على فروق علاوة تحويل العملة أو ما في حكمها، فلا مخالفة – والحالة هذه – في اتفاق طرفي العقد على زيادة الثمن بما يوازي قيمة هذه العلاوة)، س ١٥، ص ١٤٦.
وكـــان هـــذا الحكم بصدد تعاقد وزارة التربية والتعليم مع إحدى الشركات على توريد آلات من الخارج. وخلال المدة التي يجوز فيها التوريد، تقررت فروق علاوة تحويل العملة بنسبة ٢٠%.

(٤) راجع :
- دكتور/ سليمان الطماوي، العقود الإدارية، ص ٥٨٦.

والقـاعدة العامـة أن المتعاقد قد لا يستحق الثمن إلا إذا وفى بالتزامه كـاملاً، وعلـى الوجـه السـليم، وفقاً للقواعد المقررة، وذلك بعد أن يقوم المـتعهد بتسليم الأصناف المتعاقد عليها إلى مخازن الوزارة أو المصلحة أو السـلاح أو المكان المتعاقد على التوريد عليه، خالصة جميع المصروفـات والرسـوم، ومطابقة لأمر التوريد عداً أو وزناً أو مقاساً طبقاً للمواصفات أو العيـنات المعتمدة والموقعة منه، على أن يصرف ثمن الأصناف الموردة في أقـرب وقت ممكن بعد إتمام إجراءات التحليل أو الفحص الفني، وبمراجعتها وقبولها بمعرفة مدير المخازن[1].

ولكـن الملاحظ عملاً أن المتعاقد قد يلتزم بإنفاق مبالغ طائلة في سبيل اسـتيراد البضائع موضوع التعاقد والمطلوب توريدها، وقد يستغرق التنفيذ مدداً طويلة، ومن ثم فقد لطف العمل من حدة القاعدة السابقة، فأحيانا ينص في العقد على التزام الإدارة بدفع جزء من الثمن مقابل البضائع التي وردت فعلاً.

وفي حالة عدم اتفاق المتعاقدين على سعر قبل التوريد فإن المحكمة هى التي تتولى تحديده بمعرفتها[2].

---

(١) انظر :
- حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٦٠٠ لسنة ٢٤ ق، بجلسة ١٩٨٥/١٢/٢٨، الموسـوعة الإداريـة الحديـثة - الفكهاني، الجزء ٣٥، ص٤٨٨. (العبرة في استلام الأصناف المتعاقد عليها بالفحص الذي تجريه لجان الفحص والتسليم النهائي - الفحص المؤقـت لا يعـد قـبولا من الجهة الإدارية للأصناف الموردة أو إقرار منها بمطابقتها للمواصفات والشروط المتفق عليها).

(٢) وفـي هـذا المعـنى قررت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها بأنه (... وإذ لم يتفق الطـرفان قـبل التوريد على السعر الواجب المحاسبة بمقتضاه، ولم تنطو الأوراق على ما يفيد قبول المدعي صراحة أو ضمنا توريد اللبن المبستر بسعر نصف الجملة، ومن ثم فلا وجه لما ذهبت إليه الإدارة وسايرها فيه الحكم المطعون فيه من وجوب الأخذ بسعر نصف الجملـة في هذه الحالة وترى المحكمة أن تكون المحاسبة بسعر... على أساس أن الفرق بيـن هـذا السـعر وسعر نصف الجملة يمثل الربح المناسب الذي تقدره المحكمة للمدعي باعتبار أنه قد اشترى اللبن بسعر نصف الجملة).
- حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٥٦٠ لسنة ١٣ ق، بجلسـة ١٩٧٢/١/٧، س ١٧، ص ٥٦٧.

الفصل الرابع

عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية طبقاً لنظام الـ B.O.T

تعتبر عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية من العقود الحديثة نسبياً في المعاملات الاقتصادية الجديدة المحلية والدولية[1]. وقد بدأ الاهتمام بهذه العقود في إطار التغير الذي يشهده العالم في ظل المتغيرات الاقتصادية الجديدة، وقد ارتبط ظهور هذا النظام وانتشاره في الآونة الأخيرة بقيام الكثير من الدول بخصخصة المرافق العامة والحد من دور الدولة في النشاط الاقتصادي. فهو أحد الوسائل الحديثة في تمويل البنية الأساسية والمرافق العامة التي تحتاج إلى استثمارات مرتفعة القيمة، ومن ثم اتجهت الكثير من الدول إلى إعطاء الفرصة للقطاع الخاص الوطني والأجنبي بالاستثمار في هذه المجالات وفق ضوابط معينة، وذلك من أجل تخفيف الأعباء التي تقع على كاهل الموازنة العامة للدولة ودون أن تضطر إلى اللجوء للاقتراض أو فرض مزيد من الأعباء على مواطنيها.

وعلى ذلك فإن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية إنما يرجع ظهورها أساساً إلى فكرة اقتصادية باعتبارها آلية من آليات تمويل مشروعات البنية الأساسية. على أن اللجوء إليها في إقامة مشروعات البنية الأساسية لا يقتصر على الدول التي تعاني عجزاً أو اضطراباً في موازنتها العامة. وإنما يمتد إلى الدول الصناعية الكبرى نظراً لمزاياه الاقتصادية الكثيرة، فهو يوفر أساليب تمويلية جديدة لتمويل مشروعات البنية الأساسية لتحقيق التنمية الاقتصادية. كما أنه يؤدي إلى تخفيض الإنفاق الحكومي ويساعد الدولة على توجيه مواردها إلى قطاعات أخرى أكثر أهمية[2].

---

(١) والملاحظ أن هذا النظام ليس جديداً تماماً، ذلك أن نشأته ترجع إلى منتصف القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين.
راجع :
- خالد بن محمد عبدالله العطية، النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية – رسالة ماجستير – كلية الحقوق – جامعة القاهرة، ص ٤.
ولقد نشأ هذا النظام في فرنسا على شكل عقود امتياز (بيرية إخوان)، كما أن مشروع قناة السويس يعد أول مشروع بناء وتشغيل ونقل ملكية في مصر، حيث بلغت مدته تسعاً وتسعين سنة، وتبعه مشروعات أخرى كثيرة.
راجع :
- المستشار/ محمود محمد فهمي، عقود الـ B.O.T وتكييفها القانوني – مؤتمر البناء ونقل الملكية – B.O.T – ٢٧ ، ٢٨ يناير ٢٠٠١، ص ٣.

(٢) دكتور/ جابر جاد نصار، عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ص ٤٥.

ولكـــن لا ينبغي أن يفهم من ذلك أن عقد الـــB.O.T ليس لـــه عيوب، لاسيما إذا كان المستثمر أجنبياً، فهذا العقد يستمر لمدة طويلة من الزمن قد تصـــل إلى تسعة وتسعين عاماً، كما هو الحال في مصر، ومن ثم فإنه يقيد أجيالاً، وقد يرتب أوضاعاً سياسية واقتصادية يصعب التعامل معها فيما بعد، إذ مـــن شأنه أن يفتح باب التدخل الأجنبي في شئون الدولة، ومثال ذلك ما حدث لمصر من جراء امتياز شركة قناة السويس.

هذا بالإضافة إلى أن المستثمر قد يلجأ إلى السوق المحلية للحصول على الـــتمويل اللازم للمشروع بدلاً من تحويل هذه الأموال من الخارج، ثم يقوم بعـــد ذلك باستخدام هذا التمويل الداخلي لاستيراد المعدات والأجهزة اللازمة للمشـــروع مـــن الخارج، مما يؤدي إلى زيادة الطلب على العملات الأجنبية والضـــغط علـــى السيولة المتاحة في السوق الداخلي الأمر الذي يؤدي إلى انخفـــاض قيمة العملة الوطنية وزيادة الطلب على العملات الأجنبية. وهو ما حـــدث بشـــأن إنشـــاء محطتي كهرباء سيدي كرير في مصر. حيث حصلت شـــركة المشـــروع من بعض البنوك الوطنية على قرض قدره ٤٠٠ مليون دولار بـــدلاً من تحويل هذه الأموال من الخارج. بالإضافة إلى ارتفاع أسعار الخدمة التي تقدم للأفراد بشكل مبالغ فيه في بعض الأحيان.

ورغـــم الانـــتقادات التـــي توجه إلى الأخذ بعقود البناء والتشغيل ونقل الملكـــية، فإن جانباً مـــن الفقه يرى – **وبحق** – أن ذلك لا يعني إغلاق الباب أمـــام هـــذه العقود، وإنما يجب أن تتضافر جهود الفقه والمشرع في إصدار قانون يؤمن اللجوء إلى مثل هذه العقود ويعظم إيجابياتها ويحد من السلبيات التـــي تنـــتج عـــنها، وذلـــك للمصـــلحة العامة ولتحقيق التنمية الاقتصادية المنشـــودة[١]. وتعضيد ذلك بإنشاء جهاز إداري متخصص يقوم على إعداد الأعمـــال التحضـــيرية ودراسات الجدوى للمشروعات المستقبلية والإشراف على تنفيذ مشروعات البنية الأساسية[٢].

وأن هناك ارتياحاً كبيراً من جانب دولة الكويت للأخذ بعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، فهى لا تفقد صلتها بالمشروع تماماً، وتعمل فيه عمل المراقب

---

(١) راجع :
– دكـــتور/ جابر جاد نصار، عقود البوت والتطور الحديث لعقد الالتزام، المرجع السابق، ص ٦١.

(٢) راجع :
– دكـــتور/ محمـــد المتولي، الإتجاهات الحديثة في خصخصة المرافق العامة بين النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص ٥٩.

بـــدلاً من المشغل أو المدير، وهذا الانتقال النوعي لدور الحكومة هو محور الأســـاس لفلســـفة الخصخصة والغاية المقصودة لكل اقتصاد متطور وفعال. ولقد قدمت دولة الكويت عدة مشاريع في هذا المجال منها مشروعات خاصة بالبنية التحتية كالمياه والكهرباء والصرف الصحي.

١ـ تعريف عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T :

يمكن تعريف عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية بأنه : (عقد بمقتضاه تعهد الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة إلى إحدى الشركات وطنية كانت أو أجنبية بإنشاء مرفق عام لإشباع حاجة عامة على نفقتها وتشغيله لحسابها مدة من الزمن تحت إشراف الدولة ورقابتهـــا على أن تنقل ملكيته في نهاية المدة إلى الدولة أو الجهة الإدارية بحالة جيدة قابلة لاستمرار تشغليه)[١].

وقد عرفت لجنة الأمم المتحدة للقانون النموذجي (الانسترال) عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية بأنها شكل من أشكال تمويل المشاريع تمنح بمقتضاه حكومـــة ما لفترة من الزمن أحد الاتحادات المالية الخالصة، ويدعى شركة المشروع امتيازاً لتنفيذ مشروع معين، وعندئذ تقوم شركة المشروع ببنائه وتشغيله وإدارته لعدد من السنوات وتسترد تكاليف البناء وتحقق أرباحاً من تشـــغيل المشـــروع واستغلاله تجارياً، وفي نهاية مدة الامتياز تنتقل ملكية المشروع إلى الحكومة[٢].

---

(١) راجع في تعريف عقد الـ B.O.T :
- دكـــتور/ جابر جاد نصار، عقود البوت والتطور الحديث لعقد الالتزام، المرجع السابق، ص ٣٨.
- دكـــتور/ عمرو أحمد حسبو، التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام الـ B.O.T، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠١، ص ١٠١.
- دكـــتور/ محمـــد المتولي، الاتجاهات الحديثة في خصخصة المرافقة العامة بين النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص ٥٦.
- دكتورة/ نجلاء حسن سيد أحمد خليل، التحكيم في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص ٢٦٦.

(٢) راجع :
- دكـــتور/ جمـــال الديـــن نصار، تنفيذ مشروعات البنية الأساسية باستخدام نظام البوت، ٢٠٠٠ ، ص ١٠.
- دكتور/ محمد ماهر أبو العينين، انتشار الإتجاه إلى رقابة مشروعات البنية الأساسية في الـــدول النامـــية عـــن طريق نظام البوت B.O.T، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي عن مشـــروعات البناء والتشغيل ونقل الملكية (البوت) ومقومات نجاحها في مصر – مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي – القاهرة ١٤ – ١٦ نوفمبر ١٩٩٩ ص ٣.
- دكتور/ محمد المتولي، التنظيم التشريعي لعقود البناء والتشغيل والتمويل B.O.T بحث منشـــور فـــي كـــتاب إدارة مشروعات البنية الأساسية باستخدام نظام البناء والتشغيل والتمويل B.O.T، تحرير دكتور/ محمد المتولي – الجزء الأول – ٢٠٠١ ص ٥.

٢ـ أنواع وصيغ نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية :

لقد تم تطوير صيغ وأنواع عديدة لمساهمة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية. وهناك العديد من الاعتبارات والعوامل المحددة لاختيار نوع معين تتجاوز الإطار البسيط لحسابات التكلفة والعائد، وتشمل الاعتبارات الاقتصادية المتعلقة بالتشابك الاقتصادي والتنمية عموماً.

فعلاوة على الصورة الرئيسة التي تعني البناء والتشغيل ونقل الملكية، فإن الواقع العملي أفرز صوراً جديدة ومغايرة في بعض أو كل العناصر التي يتكون منها العقد. ومن هذه الصور :

أ ـ عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T :

وهى العقود التي تبرمها الدولة مع شخص من أشخاص القانون الخاص في مجالات إنشاء مشروعات البنية الأساسية للدولة. وفي هذه الصورة يتولى المستثمر – فرداً كان أو شركة – تمويل إنشاء وتشييد مرفق من المرافق العامة لحساب الجهة الحكومية لتقديم منفعة عامة، على أن يكون لهذا المستثمر الحق في تشغيل المرفق على أساس تجاري وتحصيل الأرباح لحسابه لفترة محدودة، ثم تنتقل بعد ذلك أصول المرفق وإدارته إلى الدولة في حالة جيدة تسمح باستمرار تشغيله عند انتهاء فترة التعاقد.

وهذا يعني أن ملكية أصول المشاريع تظل للدولة طوال مدة التعاقد، ومن أمثلة هذا النوع من العقود في الكويت، بناء مواقف السيارات وتطوير الأسواق في المطار الدولي.

ب ـ عقود البناء والتمليك والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.O.T :

وفي إطار هذا العقد فان المستثمر يقوم ببناء المرفق، وتملكه أثناء مدة العقد، وحقه في تشغيله وإدارته لحسابه طوال هذه المدة، ثم نقل ملكيته إلى الدولة أو الجهة الإدارية المتعاقدة في نهاية المدة.

ومن ثم فإن هذه العقود تتيح للمستثمر بناء المشروع أو المرفق العام وإقامة هياكله وتزويده بالمعدات والآلات اللازمة وتملكه بواسطة شركة

تابعـــة لـــه والتي تقـــوم بتشغيله وإدارته وتأدية الخدمة لجمهور المنتفعين خلال مدة معينة، وذلك تحت إشراف ورقابة الجهة الإدارية المتعاقدة، وعقب انتهاء هذه الفترة يصبح المشروع أو المرفق ملكية عامة للدولة[1].

ج ـ عقود البناء والتمليك والتشغيل الـ B.O.O :

يـــبرم هـــذا الـــنوع من العقود بين الدولة والمستثمر أو مجموعة من المستثمرين بهدف إقامة المشروع وتأسيسه وتملكه بواسطة شركة امتياز، والتـــي تتولى الإشراف على التشغيل أثناء مدة العقد. ولا ينتهي هذا النوع مـــن المشروعات بتحويله إلى الملكية العامة مثل العقود السابقة، وإنما يتم تجديـــد العقد عند انتهاء مدته أو عند انتهاء العمر الافتراضي للمشروع، أو تقـــوم الدولـــة بـــتعويض المستثمر عن حصص الملكية وفقاً لتقييم أصول وخصـــوم المشـــروع، ويحق للحكومة بعد ذلك التعاقد مع آخرين على إدارة المشـــروع من خلال عطاءات مقدمة يتم اختيار أفضلها. وفي جميع الحالات تحصـــل الحكومـــة علـــى نصيب من الإيرادات التي يحققها المشروع مقابل الامتياز ودعم المشروع أمام الجهات المختلفة.

ويحـــق للجهة الإدارية الإشراف على المرفق خلال مدة تنفيذ العقد، وأن تشغيله وإدارته يقع على عاتق المستثمر.

د ـ عقد البناء والتأجير ونقل الملكية الـ B.L.T :

وفي هذه الصورة تقوم شركة المشروع ببناء المشروع، ثم تقوم الدولة بتأجـــيره لـــــه خـــلال فترة زمنية معينة، بعدها تؤول ملكية المشروع إلى الحكومة. ويحصل المستثمر على إيرادات المشروع خلال تلك الفترة على أن يســـدد القـــيمة الإيجارية المتفق عليها في التعاقد بين الطرفين طوال فترة الامتياز.

هـ ـ عقد البناء ونقل الملكية والتشغيل الـ B.T.O :

بموجـــب هذا النوع من العقود يتولى المستثمر بناء المشروع ثم التخلي عن ملكيته للدولة التي تبرم معه عقداً آخر لإدارته وتشغيل المشروع خلال

---

(١) دكـــتور/ عمـــرو أحمد حسبو، التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام الـــ B.O.T، المرجع السابق، ص ١٠٤.

فـترة الـتعاقد، مقـابل الحصـول على إيرادات التشغيل. ومن الملاحظ أن الحكومة تصبح مالكة المشروع ابتداءً وليس في نهاية فترة الامتياز كما هو الحال في عقد الـ B.O.T.

و- عقد التصميم والبناء والتمويل والتشغيل الـ D.B.F.O :

بموجـب هـذا الـنوع من العقود تتفق الدولة مع المستثمر على إقامة مشروع البنية الأساسية للمرفق العام، وفقاً للشروط الفنية والتصميمات التي تحددهـا لـه بواسطة أجهزتها الاستشارية، ويتولى المستثمر الإنفاق على إقامـة المشـروع وتأسيسه وإمداده بالأجهزة والمعدات اللازمة، كما يتولى تدبير مصادر تمويلية للإنفاق على المشروع، ثم يقوم بتشغيل المشروع وفقاً للضوابط التي تضعها الدولة وتحت إشرافها.

ولا تنـتقل ملكـية المشـروع إلى الدولة عند انتهاء مدة العقد حيث أن الحكومة تحصل على مقابل الأرض وعلى قيمة محددة أو نسبة من الإيرادات مقابل منح الامتياز، وعلى الدولة إما تجديد العقد، أو منحه إلى مستثمر آخر بشروط أفضل بشرط تعويض المستثمر تعويضاً عادلاً عند ملكيته للمشروع.

ز- عقود التحديث والتملك والتشغيل ونقل الملكية الـ M.O.O.T :

بموجـب هـذا الـنوع من العقود يتعهد المستثمر بتحديث أحد المرافق العامة أو أحد مشروعات البنية الأساسية وتطويره تكنولوجياً وفقاً لأحـدث المسـتويـات العالمية، ويصبح مالكاً للمشروع، ويتولى تشغيله طوال فترة العقد، ثم يتنازل عن ملكيته للدولة في نهاية مدة العقد دون مقابل، وبطبيعة الحال يحصل المستثمر على إيرادات تشغيل المشروع طوال فترة التعاقد.

ر- عقود التجديد والتملك والتشغيل الـ R.O.O :

تصـلح هذه الصيغة من العقود لمشروعات قائمة، ولكنها أصبحت غير اقتصـادية بحكم هلاك وتآكل أصولها واحتياجها إلى عمليات إحلال وتجديد وصـيانة وتطويـر لخطوط الإنتاج. لذلك تقوم الدولة بعرضها على شركات خاصة للقيام بهذه العمليات مقابل عقود امتياز تتضمن الامتلاك والتشغيل.

وفـــي هـــذه الحالـــة يتم التعاقد بين الدولة والمستثمر على قيام الأخير بالإنفـــاق علـــى تجديـــد أحـــد المشروعات العامة التي تحتاج إلى التجديد والتحديـــث سواء من حيث المباني أو الأجهزة أو المعدات والأثاث ووسائل الـــنقل والتكنولوجـــيا المـــتقدمة وغيرها، ويصبح المستثمر مالكاً للمشروع ويـــتولى تشـــغيله والحصول على إيراداته، وذلك مقابل القيمة المالية التي تحددهـــا الدولة مقابل انتقال الملكية من الدولة إلى المستثمر. وتستخدم هذه العقود في إطار برامج الخصخصة للمشروعات العامة المتعثرة والتي تعجز إيراداتها عن الإنفاق على التجديد والإحلال.

وفـــي جمـــيع الأحـــوال تضع الدولة الضوابط المناسبة لحماية المجتمع والاقتصاد الوطني والمستهلكين والعاملين في المشروع سواء بصفة مطلقة أو لفترة محدودة.

ويتضـــح ممـــا سبق أن هذه الصور تجمع عقود البناء والتشغيل ونقل الملكـــية فضلاً عن عقود الخدمات والإدارة والتأجير. وهى تقوم في مجملها على فكرة أساسية، وهى أن يتحمل القطاع الخاص أو شركة المشروع عبء التمويل سواء تعلق الأمر بتجديد المرفق وتشغيله أم تعلق بإنشائه وتشغيله، وإعادة تمليكه مرة أخرى إلى الدولة[1].

٣ـ الطبيعة القانونية لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T :

علـــى الـــرغم مـــن أن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـــ B.O.T بـــتعريفاتها المختلفة خرجت من رحم عقد التزام المرافق العامة، ويعرف التطبـــيق العملي هذه العقود منذ منتصف القرن التاسع عشر ومن ذلك عقد امتـــياز قناة السويس في مصر. بيد أن شيوع تطبيق هذه العقود في الآونة الأخيرة أدى بالبعض إلى التشكك في طبيعة هذه العقود واعتبرها من عقود القانون الخاص.

الـــرأي الأول : أن عقـــد البـــناء والتشغيل ونقل الملكية من عقود القانون الخاص :

يرى جانب من الفقه أن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـــ B.O.T من عقود الإدارة العادية التي تخضع منازعتها للقانون الخاص. ذلك أن هذه

---

(١) دكـــتـــور/ جابر جـــاد نصار، عقود البوت والتطور الحديث لعقد الالتزام، المرجع السابق، ص ٤٨.

العقـــود شـــأن عقـــود الاستثمار لا تقبل بحسب طبيعتها أن تضمنها الإدارة شـــروطاً اســـتثنائية. فمتطلبات التجارة الدولية تفرض على الدولة أن تنزل للتعاقد شأنها في ذلك شأن الأفراد العاديين[١]. فمثل هذه العقود لا تقبل تميز الإدارة بالســـلطات التـــي تمـــيزها في العقود الإدارية، ويترتب على ذلك أن العقـــود التـــي تبرمها الدولة لإنشاء المرافق العامة بنظام البوت هى عقود تـــتعاقد فـــيها الإدارة بأسلوب القانون الخاص. ولا تستطيع الدولة أو إحدى الهيـــئات التابعة لها أن تضمن هذا العقد شروطاً استثنائية. فإذا كانت الدولة أو الجهـــة الإدارية التابعة لها تستطيع أن تضمن عقودها في الداخل أساليب القـــانون العام التي تقوم على تمييز جهة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، فـــإن ذلـــك لا يمكـــن تطبيقه على العقود التي طرفها أجنبي باعتبار أن ســـيادة الدولـــة محددة داخل إطار إقليمها الجغرافي، ومن ثم يجب أن تقف على قدم المساواة مع المتعاقد معها إذا كان أجنبياً[٢].

وفي ذات الإتجاه ذهب البعض إلى أن عقود البوت يمكن أن تكون عقود إلتزام إدارية تخضع لقواعد القانون الإداري في فرنسا أما في مصر فإن هذا العقـــد يعتـــبر عقداً مدنياً يخضع لقواعد القانون المدني وليس عقداً إدارياً. علـــى سند من القول مرده اختلاف المعيار المميز للعقد الإداري في القضاء الإداري فـــي مصـــر عنه في فرنسا. ففي حين يشترط القضاء الإداري في مصـــر توافـــر معايـــير ثلاثة لذلك، وهى : أن تكون الإدارة طرفاً فيه، وأن يتضـــمن شـــروطاً غـــير مألوفة، وأن يتصل بنشاط مرفق عام. فإن مجلس الدولة الفرنسي يكتفي بأحد هذه العناصر، لإصباغ الصفة الإدارية على العقد الإداري. ولما كانت هذه العقود لا تتضمن شروطاً استثنائية، فإن العقد يكون مدنـــياً في مصر وإدارياً في فرنسا نظراً لاتصاله بنشاط مرفق عام أو بحكم وجود الجهة الإدارية طرفاً فيه[٣].

---

(١) راجع :

Weil (P.), Droit international public et Droit Administratif, Melanges, tratafas, P. 527.

(٢) راجع :

Le Boulanger (ph), les contrats enter Etats et éntreprises étrangers, Ed, Economica, 1985, P. 229.

(٣) راجع :

ABD EL BAKI (Samy), les projts internationaux de Construction menés selon la Farmule B.O.T (Build, operdte, Transfer) thése, 2000, Paris, PP. 262-266.

ولقد عنى أستاذنا الدكتور/ جابر جاد نصار بالرد على هذه الحجج وتفنيدها بقوله (وفي الحقيقة نرى أن هذا الرأي ينطلق من جوانب خاطئة. فليس صحيحاً إرتباط الشروط غير المألوفة التي تتضمنها العقود الإدارية بمبدأ سيادة الدولة. فهذه الشروط مردها ارتباط العقد بنشاط مرفق عام. فضلاً عن أنها لا تتضمن في كل الأحوال تمييزاً لجهة الإدارة في مواجهة المتعاقد وإنما تضمن للمتعاقد معها حقوقاً أكثر مما يتضمنها العقد العادي.

وفضلاً عن ذلك فإن العقود الإدارية تضمن تقييد حرية الإدارة في اختيار المتعاقد معها بأساليب معينة وهو ما يعرف بتقييد الحرية التعاقدية للإدارة، مما يعني تحقيق حرية المنافسة بين الراغبين في التعاقد مع الإدارة.

أما القول بأن عقود البوت الـ B.O.T هى عقود مدنية في مصر نظراً لعدم احتوائها على الشروط الاستثنائية، ومن ثم يتخلف بشأنها أحد العناصر المميزة للعقد الإداري، هو قول مردود بأن عقد التزام المرافق العامة هو عقد إداري بطبيعته، أي أنه عقد إداري بمجرد أن تكون الإدارة طرفاً فيه وأن يتصل بنشاط مرفق عام. لأنه حين تعهد جهة الإدارة لفرد أو شركة بإدارة وتشغيل مرفق عام، ومن باب أولى إنشائه يعتبر أمراً استثنائياً يثبت به العقد صفته الإدارية)[1].

الرأي الثاني : أن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية هى عقود التزام مرافق عامة :

يذهب الرأي الغالب في الفقه إلى اعتبار عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T هى عقود التزام مرافق عامة[2]. وذلك لاحتوائها على

---

(١) انظر :
- دكتور/ جابر جاد نصار، عقود البوت والتطور الحديث لعقد الالتزام، المرجع السابق، ص ٥١ ، ٥٢.

(٢) لمزيد من التفصيل يراجع :
- دكتور/ جابر جاد نصار، عقود البوت والتطور الحديث لعقد الالتزام، المرجع السابق، ص ٥٣.
- دكتور/ عمرو أحمد حسبو، التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام B.O.T، المرجع السابق، ص ١٠١.
- دكتور/ محمد المتولي، الاتجاهات الحديثة في خصخصة المرافق العامة، المرجع السابق، ص ٧٤.
- المستشار/ محمود محمد فهمي، عقود البوت وتكييفها القانوني، المرجع السابق،ص ٤.
- دكتور/ مصطفى عبدالمقصود سليم، معيار العقد الإداري وأثره على اختصاص مجلس الدولة، دراسة في أحكام القضاء الإداري في مصر وفرنسا، دار النهضة العربية، ١٩٩٥، ص ٣٤ وبعدها.

الشروط الثلاث اللازم توافرها في العقود الإدارية، ذلك أن الطرف الأول في إبرام عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T هوالدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة، وهو ما يتحقق به الشرط الأول، كما أن موضوع العقد هو عملية إنشاء مرفق عام ثم التخلي عنه للدولة، وهو ما يتحقق به الشرط الثاني، أما بالنسبة للعنصر الثالث وهو وجود شروط غير مألوفة أو استثنائية فهو تحقق أيضاً في عقد البوت، ذلك أن الإدارة حينما تبرم هذا العقد فإنه يتولد عنه امتيازات لجهة الإدارة وأخرى للمتعاقد لا مثيل لها في عقود القانون الخاص، وتعتبر هذه الامتيازات بنوداً غير مألوفة. فمن ناحية نجد أن منح الإدارة للالتزام لا يعني بحال تخليها عن دورها في تسيير المرفق العام وتقديم الخدمة العامة للجمهور، وعليها لكي تضمن للأفراد الحصول على الخدمة أن تراقب تنفيذ العقد وتتدخل عند الضرورة، ولها - تحقيقاً للصالح العام - أن تعدل في الشق اللائحي من شروط العقد أو أن تقوم باسترداد المرفق قبل نهاية مدة العقد مع تعويض المتعاقد معها تعويضاً كاملاً. ومن ناحية أخرى فإن عقد البوت كثيراً ما يتضمن امتيازات تعطي لشركة المشروع الحق في نزع الملكية أو منحها تخفيضات أو إعفاءات ضريبية. ولا شك أن هذه الامتيازات التي يرتبها العقد الإداري لشركة المشروع تعد شروطاً استثنائية لا مثيل لها في عقود القانون الخاص.

وقد عرفت محكمة القضاء الإداري عقد الالتزام في حكمها الصادر بتاريخ ٢٥ مارس سنة ١٩٥٦ بأن (... التزام المرافق العامة ليس إلا عقداً إدارياً يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته وتحت مسئوليته المالية بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية وطبقاً للشروط التي توضع له بأداء خدمة عامة للجمهور وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستيلائه على الأرباح.

فالالتزام عقد إداري ذو طبيعة خاصة، وموضوعه إدارة مرفق عام، ولا يكون إلا لمدة محدودة ويتحمل الملتزم بنفقات المشروع وأخطاره المالية ويتقاضى عوضاً في شكل رسوم يحصلها من المنتفعين..)[1].

وإذا كانت الصورة التقليدية لعقد الالتزام اعتباره أسلوباً لإدارة المرافق العامة، إذ ترى الدولة لأسباب كثيرة أن تتخلى عن إدارة المرفق وتعهد به

---

(١) انظر :
- حكم محكمة القضاء الإداري في ١٩٥٦/٣/٢٥، س ١٠، ص ٢٥٩.

إلـــى الملـــتزم، فإن هذا لا يمنع أن يقوم الملتزم – بداءة – بإنشاء المرفق وتشـــغليه مـــدة العقد ثم رده إلى الجهة الإدارية. وهو الأمر الذي كانٍ عليه عقـــد الـــتزام قناة السويس ولم يمار أحد في طبيعته. ومن ذلك أيضاً عقود البترول[1].

٤ـ التنظيم القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T :

ارتـــبط نظـــام الـــبوت بالاتجاه إلى الخصخصة باتخاذه آلية لتحقيق نقل وإنشاء وإدارة وتشغيل المرافق العامة إلى القطاع الخاص، ورفع أعباء هذه المـــرافق عـــن كاهل الدولة لما تحمله من أعباء مالية كبيرة على الخزانة العامـــة فهـــو وسيلة لتمويل مشروعات البنية الأساسية كبديل عن استخدام القـــروض الحكومـــية الخارجية أو استخدام موارد الخزانة العامة في تمويل هذه المشروعات ونقل التكنولوجيا الجديدة إليها، وقد اتجهت العديد من دول العـــالم إلى خصخصة مرافقها العامة باستخدام نظام الـــ B.O.T، منها مصر والكويـــت والسؤال الذي يثور ما هو التنظيم التشريعي الحاكم للمشروعات المـــنفذة بنظام الـــ B.O.T وما هى ضوابط تخصيص المرافق العامة بصفة عامـــة ونظـــام الـــ B.O.T بصفة خاصة في مصر والكويت؟ وسنجيب على ذلك كما يلي:

أولاً : التنظيم التشريعي لنظام الـ B.O.T في مصر والكويت :

التنظـــيم التشريعي لعقود الـــ B.O.T في مصر يختلف عنه في الكويت ففي مصر صدرت عدة قوانين تسمح للقطاع الخاص باستغلال مرافق عامة حيوية وهي :

١– القـــانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٦ في شأن هيئة كهرباء مصر[2].

---

(١) راجع :
– دكتور/ جابر جاد نصار، عقد البوت والتطور الحديث لعقد الالتزام، المرجع السابق، ص ٥٣.

(٢) دكـــتور/ محمد المتولي، الاتجاهات الحديثة في خصخصة المرافق العامة، المرجع السابق، ص ٧١.

٢- القانون رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٦٨ بشأن الطرق العامة[١].

٣- القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ في شأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة المطارات وأراضي النزول[٢].

٤- القانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٨ بإضافة مادة جديدة إلى القانون رقم ١ لسنة ١٩٩٦ في شأن المواني التخصيصية[٣].

والتشريعات السابقة استثناها المشرع من تطبيق أحكام قانون التزام المرافق العامة رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ والذي ينص على عدم جواز أن تزيد مدة الالتزام عن ثلاثين عاماً، وأن يصدر منح الالتزام بقانون، ولجهة الإدارة الحق في إعادة النظر في قوائم الأسعار بإرادتها المنفردة، ولا يجوز أن تتجاوز حصة الملتزم السنوية في صافي أرباح استغلال المرفق العام عن ١٠% من رأس المال الموظف والمرخص به مانح الالتزام وذلك بعد خصم مقابل استهلاك رأس المال[٤].

---

(١) وفقاً لذلك قامت هيئة كهرباء مصر والتي تم تحويلها بمقتضى القانون رقم ١٦٤ لسنة ٢٠٠٠ إلى شركة خاضعة للقانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ بإبرام إتفاقية مع شركة انترجن سيدي كرير لتوليد الكهرباء وهى شركة توصية بالأسهم بمقتضاها تقوم الأخيرة ببناء وامتلاك وتشغيل محطة توليد قوي بخارية من وحدتين كل وحدة ذات قدرة إنتاجية صافية ٣٢٥ ميجاوات بمنطقة سيدي كرير بالإسكندرية، كما أبرمت الهيئة أيضا اتفاقية مماثلة مع هيئة كهرباء فرنسا لبناء وتملك وتشغيل وتمويل محطتين لتوليد الكهرباء هى مشروع محطة توليد خليج السويس بقدرة ٦٥٠ ميجاوات ومشروع محطة توليد شرق بورسعيد بقدرة ٦٥٠ ميجاوات تم التعاقد علها في ١٩٩٩/١٠/٣ وبسعر شراء ٢,٣٧ سنت/ كيلو وات ساعة، لمزيد من التفصيل يراجع دكتور/ محمد المتولي، خصخصة مشروعات الكهرباء بنظام البناء والتشغيل والتحويل B.O.T مجلة البحوث الإدارية، مركز البحوث، أكاديمية السادات للعلوم الإدارية العدد الأول يناير ٢٠٠١، ص ٢٠ وما بعدها.

(٢) تم الاتفاق على إنشاء شبكة طرق حرة في مصر بنظام الـ B.O.T مثل طريق حلوان - الكريمات، طريق القاهرة - العين السخنة، لمزيد من التفصيل يراجع مهندس/ محمدطلعت خطاب، تجربة وزارة النقل في تنفيذ مشروعات بنظام الـ B.O.T في مجال الطرق، كتاب إدارة مشروعات البنية الأساسية بنظام الـ B.O.T محرر (دكتور/ محمد المتولي)، الجزء الأول، ص ٢٠٧.

(٣) قرار مجلس الوزراء رقم ٢ لسنة ١٩٩٨ بمنح التزام إنشاء وتشغيل واستغلال وإعادة مطار العلمين بنظام لشركة كاتو للاستمار - شركة مساهمة مصرية، الصادر في ١٩٩٨/٩/٢.

(٤) وفقاً لذلك القانون تم إبرام إتفاقية الالتزام بموجب قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٢٣٥ لسنة ٢٠٠١ بمنح التزام إنشاء وتشغيل وإعادة تسليم رصيف مجرى بترولي متخصص بميناء دمياط بنظام الـ B.O.T.

ووفقاً للتشريعات الجديدة أجاز المشرع المصري منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المحليين والأجانب لإدارة وتشغيل وصيانة المرافق العامة الحيوية الكهرباء والطرق العامة والمطارات والموانئ دون التقيد بأحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ والقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ بشأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمارات موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة وتعديل شروط الامتياز وذلك بمراعاة :

أ- أن يتم اختيار الملتزم في إطار من المنافسة والعلانية.

ب- ألا تزيد مدة الالتزام على تسع وتسعين سنة.

ج- تحديد وسائل الإشراف والمتابعة الفنية والمالية التي تكفل حسن سير المرفق بانتظام واضطراد.

د- يصدر بمنح الالتزام قرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح الوزير المختص، ولذلك فإن منح الالتزام أصبح من اختصاص السلطة التنفيذية ولم يعد ضرورياً تدخل السلطة التشريعية، والاختصاص أصبح لمجلس الوزراء وليس لرئيس الجمهورية.

وقد صدر قرار رئيس الجمهورية رقم ٢٣١ لسنة ٢٠٠٤[١] بتنظيم وزارة خاصة بالاستثمار في مصر وحدد من ضمن أولويات الوزارة توفير حوافز الاستثمار المشجعة والجاذبة للقطاع الخاص للدخول في مجالات النشاط الاقتصادي المختلفة، وتشجيع القطاع الخاص المحلي والأجنبي على تمويل المشروعات الاقتصادية والتنموية في مصر باستخدام طرق التمويل غير المصرفية وتطبيق أساليب التمويل المشترك للمشروعات بين القطاع العام والقطاع الخاص، كما نص قرار رئيس مجلس الوزراء المصري رقم ١٢٤٧ لسنة ٢٠٠٤[٢] والذي بين شروط وحدود مجالات الاستثمار كما يلي:

---

(١) القرار الجمهوري رقم ٢٣١ لسنة ٢٠٠٤ بتنظيم وزارة الاستثمار، الجريدة الرسمية، العدد ٣١ (تابع) في ٢٩ يوليو سنة ٢٠٠٤، السنة السابعة والاربعون ص ١٩.

(٢) قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ١٢٤٧ لسنة ٢٠٠٤ بتعديل بعض أحكام اللائحة التنفيذية لقانون ضمانات وحوافز الاستثمار الصادرة بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٢١٠٨ لسنة ١٩٩٧، الوقائع المصرية، العدد ١٥٢ تابع (ج) في ٨ يوليو ٢٠٠٤، السنة ١٧٧ هـ، ص ٢.

في مجال البنية الأساسية :

أ- إقامـــة وتشغيل وإدارة وصيانة محطات الصرف الصحي أو الصرف الصناعي والتنقية وتوصيلاتها.

ب- تصميم وإنشاء وإدارة وتشغيل وصيانة محطات توليد الكهرباء على اختلاف مصادرها وشبكات توزيعها.

ج- إنشاء الطرق الحرة والسريعة والرئيسة وإدارتها واستغلالها.

د- إقامـــة وإدارة وتشغيل وصيانة محطات وشبكات الاتصالات السلكية واللاســـلكية والأقمـــار الصـــناعية بعد الحصول على ترخيص من الجهات المعنية وفقاً للقوانين المعمول بها، ولا يشمل ذلك الإذاعة والتليفزيون.

هـــــ- تصميم وإنشاء وإدارة وتشغيل وصيانة خطوط مترو الأنفاق أو أجزاء منها وإدارة وتشغيل وصيانة ما هو قائم من هذه الخطوط.

و- تصميم أو إنشاء وإدارة وتشغيل أنفاق السيارات.

ز- إقامة أو تشغيل وإدارة الجراجات المتعددة الطوابق بنظام الـــ B.O.T ســـواء كانـــت تحـــت سطح الأرض أو فوق الأرض وعدادات تنظيم انتظار السيارات بنظام الـــ B.O.T.

٢- تصـــميم أو إنشـــاء وإدارة وتشـــغيل أو استغلال أو صيانة خطوط السكك الحديدية، وخطوط المترو بالداخل والخارج.

وغـــير ذلـــك مـــن المرافق الحيوية التي سمح فيها هذا القرار للقطاع الخاص بالمشاركة في تنفيذها.

ويستبين لنا مما سبق أن المشرع المصري أصدر العديد من التشريعات المنظمة لنظام الـــ B.O.T **وإن كنا نرى** أنه يمكن وضع كل هذه التشريعات في قانون موحد ينظم جميع الأنشطة والمرافق العامة ومشروعات البنية التحتية التي تنفذ بنظام الـــ B.O.T في مصر.

وبالنسبة لدولة الكويت فالتنظيم التشريعي يختلف حيث ينص الدستور في المادة (١٥٢) على أن : (كل التزام باستثمار مورد من موارد الثروة الطبيعية أو مرفق من المرافق العامة لا يكون إلا بقانون ولزمن محدد) إلا أن الواقع العملي الحالي في تطبيق نظام الـ B.O.T يجري على إبرام هذه العقود دون صدور قانون خاص بكل حالة على حده، وفي تفسير لجنة الشئون التشريعية والقانونية في مجلس الأمة الكويتي للمادة (١٥٢)[١] وهل يلزم صدور قانون خاص في كل حالة أم يكفي صدور قانون عام ينظم قواعد نظام الـ B.O.T في دولة الكويت؟. أجابت اللجنة بأن الدستور لا يتطلب صدور قانون خاص، إذا عهدت الدولة لجهة خاصة بإدارة مرفق عام تملكه أو قامت بتأجيره لها أو عهدت الدولة إلى جهة خاصة بإنشاء وإدارة مرفق عام مستحدث على أن تؤول ملكيته إلى الدولة بعد انقضاء مدة معينة بطريقة الـ B.O.T إلا في الحالات التي يتوافر فيها عقد الالتزام بعناصره الأساسية وأن يكون المرفق من المرافق القومية الرئيسة.

ويرى الباحث أنه يستفاد من رد اللجنة وتفسيرها أن اشتراط صدور قانون خاص لنظام الـ B.O.T في دولة الكويت توافر شرطين :

الأول: أن يتوافر في عقد البوت ما يتوافر في عقود الالتزام من عناصر أساسية ومنها :

أ- تخويل الملتزم امتيازات وحقوق السلطة العامة فيما يقتضيه المرفق العام واستغلاله.

ب- أن الملتزم في إدارته للمرفق العام إنما ينوب عن الدولة في أمر هو من أخص خصائصها.

ج- إن مسئولية الدولة تقتضي تدخلها في شئون المرفق العام الذي يدار ويستغل بطريق الالتزام طالما اقتضت المصلحة العامة ذلك[٢].

---

(١) في ١٨ ابريل ٢٠٠٠ أحال رئيس مجلس الأمة بالنيابة كتاباً إلى رئيس لجنة الشئون التشريعية والقانونية في مجلس الأمة يتساءل فيه عن تفسير المادة (١٥٢) من الدستور بشأن إمكانية إصدار قانون عام ينظم الـ B.O.T أو قانون خاص في كل حالة على أن يتم انتقال المرفق بموجب أداة أدنى كقرار من مجلس الوزراء أو قرار وزاري أو قرار من أي جهة يحدد القانون، لمزيد من التفصيل يراجع : أحمد سليمان العتيبي، عقود خصخصة إدارة المرافق العامة وتجربتها في الكويت، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الكويت، الكويت ١٤٢٤ هـ، ٢٠٠٢، ص ١١٠.

(٢) لمزيد من التفصيل يراجع رأي لجنة الشئون التشريعية والقانونية حول مدلول بعض المصطلحات التي وردت بنص المادة (١٥٢) من الدستور، الأمانة العامة لمجلس الأمة، لجنة الشئون التشريعية والقانونية، بتاريخ ١٥ ربيع الأول ١٤٢١ هـ، غير منشور.

أما الشرط الثاني كون المرفق من المرافق العمومية الرئيسة[1] وللرد على ذلك نرى أن العقود التي أبرمتها الحكومة مع القطاع الخاص لإنشاء وإدارة وتشغيل المرافق العامة كلها عقود إلتزام حيث يتوافر في نصوصها شروط عقد الالتزام وتعد المرافق التي نفذت بهذا الأسلوب مرافق عامة رئيسة قومية وان كان ينبغي تفسير المرفق القومي هل يقتصر على المرافق العامة القومية التي تشمل إقليم الدولة كله أم المرافق السيادية وما هو معيار التفرقة بين المرافق العامة الرئيسة والمرافق الأخرى الثانوية أو المحلية لذلك **فإننا نرى ضرورة** التنظيم التشريعي لنظام الـ B.O.T في دولة الكويت من خلال إصدار قانون موحد يشمل جميع الأنشطة والمشروعات والمرافق التي تنفذ بنظام الـ B.O.T[2].

والواقع العملي يبين أن عقود البوت تبرم دون تدخل من السلطة التشريعية في الكويت من ذلك عقد بناء وتشغيل ونقل ملكية محطة معالجة مياه الصرف الصحي في الصليبية[3] حيث أبرمته وزارة الأشغال العامة مع شركة تنمية المرافق ذات المسئولية المحدودة دون صدور قانون يعطيها الإذن بذلك ومدة العقد ثلاثون سنة وتم طرح المشروع عن طريق وزارة المالية بالإشتراك مع معهد الكويت للأبحاث العلمية، وقد كانت مهمة الأخير وضع الشروط والضوابط والمعايير الفنية والتقنية للمشروع والمقاييس المطلوبة للمياه المنتجة وتم إبرام العقد من قبل وزارة الأشغال العامة ويهدف هذا المشروع إلى بناء وتشغيل محطة ومعالجة لمياه الصرف الصحي، حيث يتم معالجة مياه الصرف الصحي وتحويلها إلى مياه نظيفة، لتعزيز المياه الصليبية (المياه قليلة الملوحة) الموجودة في الكويت، بالإضافة إلى إمكان استعمال المياه المعالجة في إعادة ملء الآبار الجوفية.

---

(١) استشهدت لجنة الشئون التشريعية والقانونية بمجلس الأمة، بما انتهى إليه قسم الرأي مجتمعا بمجلس الدولة المصري عام ١٩٥٤ بوجود عرف دستوري مستقر، بعد صدور دستور ١٩٢٣ يقضي بقيام نوع من الرقابة البرلمانية بخصوص منح التزامات المرافق العامة، غير أن هذه الرقابة ليست مطلقة بل تقتصر على المرافق القومية الرئيسة، والموارد الطبيعية الهامة، ويجب صدور تشريع يحدد اختصاص كل من السلطتين التشريعية والتنفيذية في هذا الشأن، وتطبيقا لهذا العرف لا ينصرف نص المادة (١٥٢) من الدستور إلا للمرافق الرئيسة دون المرافق الثانوية.

(٢) لمزيد من التفصيل يراجع الدكتور/ محمد المتولي، التنظيم القانوني لخصخصة المشروعات العامة بنظام BO.T في الكويت، مؤتمر دور القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية خلال الفترة من ١٩- ٠ يناير ٢٠٠٢، الكويت، ص ٨.

(٣) عقد رقم (١٢ - ٩٩/٢٠٠٠) بناء وتشغيل ونقل ملكية محطة معالجة مياه الصرف الصحي في الصليبية ٧ مايو ٢٠٠١.

ومـــن المشـــاريع الأخرى التي طبقت نظام الـــ B.O.T مشروع إنشاء واســـتثمار مبنى مواقف السيارات في مطار الكويت الدولي والمرافق التابعة لـــــه والـــذي تـــم إبرامه في ١٩ مايو ١٩٩٩ بين الإدارة العامة للطيران المدني والشركة الكويتية المتحدة لإدارة المشاريع (Kucm)، وتشهد الكويت حالياً طفرة في إقامة وتنفيذ مشروعات البنية التحتية بنظام الـــ B.O.T في ظـــل صدور القانون رقم ٨ لسنة ٢٠٠١ في شأن الاستثمار الأجنبي بدولة الكويـــت وتشجيع الحكومة للقطاع الخاص على المشاركة في هذه المشاريع وتشـــكيل الحكومـــة أخـــيراً لجـــنة برئاسة وزير المالية تضم في عضويتها ممثليـــــن عن بعض الجهات المعنيـــة لتتولى وضع ضوابط لإقامة مشاريع الـــB.O.T في دولة الكويت في ظل غياب التنظيم التشريعي لهذه العقود[١].

ثانياً : ضوابط تخصيص المرافق العامة :

أجـــاز الدستور الفرنسي الصادر عام ١٩٥٨ في مادته الرابعة والثلاثين للدولـــة أن تـــنقل ملكية المشروعات من القطاع العام إلى القطاع الخاص، ولكن كلاً من الدستور المصري والكويتي لم ينصا على مثل هذا التخصيص.

ويـــرى جانـــب مـــن الفقـــه أن لجـــوء الدولـــة إلى تخصيص عدد من المشـــروعات العامـــة عن طريق نقل ملكيتها إلى القطاع الخاص جائز في مصر والكويت حيث أن المشرع لم يحظر على الدولة القيام بهذا الإجراء[٢].

ويـــرى جانب آخر من الفقه – **ونحـن نؤيده** – أن الخصخصة بصورتها التـــي تتضـــمن بـــيع وحدات القطاع العام ونقل ملكيتها إلى القطاع الخاص تخـــالف نـــص الدســـتـــور، وعلـــى ذلـــك يجب تعديل الدستور حتى يساير الـــتحولات الاقتصادية وهو أمر لا يخلو من فائدة تضمن ضرورة ضبط هذا التحول بنصوص دستورية وتشريعية[٣].

---

(١) قرار مجلس الوزراء بتاريخ ٢٠٠٥/١/١٩ بشأن تشكيل لجنة لوضع تنظيم وشروط نظام B.O.T في دولة الكويت.

(٢) راجع :
- دكـــتورة/ عزيزة الشريف، دكتور/ يسري العصار، القانون الإداري، مؤسسة دار الكتاب للطباعة والنشر والتوزيع، الكويت، الطبعة الأولى، ١٩٩٩، ص ١٢٦.
- دكـــتور/ محمـــد محمد عبداللطيف، النظام الدستوري للخصخصة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص ٢٧.

(٣) راجع :
- دكـــتور/ جابر جاد نصار، عقود البوت والتطور الحديث لعقد الالتزام، المرجع السابق، ص ٦٨ ، ٦٩.
- دكـــتورة/ سعاد الشرقاوي، مبادئ القانون الإداري، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، ٢٠٠١، ص ٣٥٤، ٣٥٥، وأيضـــا مقالهـــا بعـــنوان : نقلة حضارية بأساليب متنوعة لتحرير الاقتصاد، جريدة الأهرام، بتاريخ ١٩٩٤/٧/١٩.

وفي هذا الشأن قضى المجلس الدستوري الفرنسي – في قراره الصادر بتاريخ ٢٥ – ٢٦ يونية ١٩٨٦ – بأن الدولة يجوز لها أن تنقل ملكية عدد من المشروعات العامة من نظام الملكية العامة إلى القطاع الخاص، ولكنها تلتزم – وفقاً للدستور – باحترام عدد معين من الضوابط الهدف منها حماية الملكية العامة[١].

ولقد أثيرت أمام المحكمة الدستورية في مصر مسألة دستورية إجراءات تخصيص المشروعات العامة، حيث انتهت المحكمة إلى اتفاق سياسة تخصيص المشروعات العامة مع نصوص الدستور وفقاً لمذهب (تطور التفسير بتطور الظروف الاجتماعية والاقتصادية)[٢]، وهو منهج معيب من حيث إنه – في حقيقته – يعتبر تعديلا لنصوص الدستور، فهو لا يقتصر على التفسير بل يتعداه إلى خلق قواعد قانونية جديدة تخالف ما يثبته النص، فهذا التفسير يقوم بتعديل وإلغاء نصوص التشريع وخلق قواعد قانونية جديدة وفي هذا توسيع غير مأمون العاقبة لسلطة المفسر[٣]. كما أجاز للدولة تخصيص المرافق والمشروعات العامة دون أي قيد ودون أن يلزمها بأية ضوابط تهدف لحماية الملكية العامة[٤].

ومن ثم يتعين مراعاة الضوابط التالية في حالة خصخصة المرافق العامة:

أ- ضرورة تعديل الدستور في مصر حتى يساير التحولات الاقتصادية، وبعد ذلك تتدخل السلطة التشريعية بإصدار قانون يحدد القواعد التي يتم بناءً عليها نقل ملكية المشروعات العامة إلى القطاع الخاص.

---

(١) راجع في ذلك :
– دكتورة/ عزيزة الشريف، دكتور/ يسري العصار، المرجع السابق، ص ١٢٧.

(٢) راجع :
– حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر بتاريخ ١٩٩٧/٢/١ في الدعوى رقم (٧) لسنة ١٦ ق.د، منشور في الجريدة الرسمية العدد ١٧ (تابع) في ١٩٩٧/٢/١٣.

(٣) راجع :
– دكتور/ رمزي طه الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، ١٩٨٣، ص ٣٣٠ ، ٣٣١.
وراجع في ذلك أيضاً :
– دكتور/ جابر جاد نصار، عقود البوت والتطور الحديث لعقد الالتزام، المرجع السابق، ص ٧٣ ، ٧٤.

(٤) راجع:
– دكتورة/ عزيزة الشريف، دكتور/ يسري العصار، القانون الإداري، المرجع السابق، ص ١٢٨.

ونرى ضرورة صدور تشريع شامل في كل من مصر والكويت يعالج خصخصة المرافق العامة مبيناً مجالات الخصخصة وأساليبها.

ب- أن تلتزم الدولة في سياستها لتخصيص المرافق العامة ضرورة الحفاظ على الاستقلال الوطني، وذلك بوضع حد أقصى للنسبة التي يجوز للأجانب تملكها من أسهم المشروعات التي تنقل الدولة ملكيتها من القطاع العام إلى القطاع الخاص.

ج- أن يتم نقل ملكية المشروعات من القطاع العام إلى القطاع الخاص نظير ثمن عادل لا يقل عن القيمة الحقيقية لهذه المشروعات، وذلك استناداً إلى تقييم شامل للمشروعات والأصول التي تملكها وقيمة الأرباح التي تحققها وفرص الاستثمار المتاحة أمامها، كما ينبغي أن تعهد الدولة بمهمة التقييم الشامل لهذه المشروعات إلى خبراء متخصصين مستقلين عن الأشخاص الذين يحتمل شراؤهم للمشروعات المعروضة للبيع[1].

وأخيراً فإن عقود البوت هى تطور حديث لعقود التزام المرافق العامة، ومن ثم فإن القواعد التي تحكم عقد التزام المرافق العامة تطبق على عقود البوت بالقدر الذي يتفق مع هذا التطور، وتنتهي بانتهاء مدة العقد وتنفيذ الالتزامات التي تترتب عليه كاملة لاسيما ما تعلق منها بنقل ملكية المرفق إلى الجهة الإدارية.

ومما لا شك فيه أن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية لها بريق حيث تتضمن قيام شركة المشروع ببناء المرفق وتشغليه مدة العقد ثم تنقل ملكيته إلى الدولة. وهذا البريق يمثل الخلفية الاقتصادية لهذه العقود إذ أنها توفر التمويل اللازم لإنشاء المرافق العامة مما يخفف الأعباء عن ميزانية الدولة. على أن هذا البريق لا ينفي المخاوف التي ترتبط بهذه العقود سواء من الناحية الاقتصادية أم من الناحية السياسية.

ولذلك كان لابد عند اللجوء إلى هذه العقود أن يتوافر الإطار التشريعي الفعال الذي يستطيع أن يضبط هذا اللجوء وبالتالي يعظم فوائد هذه العقود ويمنع أو يحد على الأقل من هذه المخاوف [2].

---

(١) راجع :
- دكتورة/ عزيزة الشريف، دكتور/ يسري العصار، القانون الإداري، المرجع السابق، ص ١٣٠.

(٢) انظر :
- دكتور/ جابر جاد نصار، عقود البوت والتطور الحديث لعقد الالتزام، المرجع السابق، ص ٢٢١.

الفرع الرابع

منازعات العقود الإدارية

تنحصر الأعمال القانونية للإدارة في الأعمال التي تقصد الإدارة من القيام بها إحداث آثار قانونية معينة، تتمثل في إنشاء مراكز قانونية جديدة أو تعديل أو إلغاء مراكز قانونية قائمة، وتنقسم تلك الأعمال القانونية إلى قسمين هما القرارات الإدارية والعقود الإدارية.

ولما كانت عقود الإدارة بصفة عامة، سواء تلك التي تخضع للقانون الخاص أو التي تخضع للقانون الإداري تمر بعدة مراحل سابقة على إبرامها، ثم تأتي بعد ذلك مرحلة الإبرام وأخيراً مرحلة التنفيذ، وفي خلال تلك المراحل المختلفة يصدر عن الإدارة عدة قرارات إدارية، اصطلح على تسميتها بالقرارات الإدارية المنفصلة عن العملية التعاقدية.

ولقد أخذ القضاء الإداري في فرنسا ومصر والكويت بنظرية القرارات الإدارية المنفصلة في مجال عقود الإدارة حيث أجاز لطرفي العقد ولغير طرفي العقد الطعن بالإلغاء أمام القضاء الإداري في القرارات المنفصلة عن العقد بشروط معينة، ولكن القضاء لم يسمح بالطعن بالإلغاء في العقد ذاته.

وإلى جانب ولاية إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة، للقضاء الإداري في مجال العقود الإدارية توجد ولاية القضاء الكامل، واختصاصه في هذا الشأن اختصاص مطلق وشامل لأصل تلك المنازعات وما يتفرع عنها. وبهذه المثابة تنظر المحكمة ما يكون قد صدر بشأن تلك العقود من إجراءات أو قرارات وذلك باعتبارها من العناصر المتفرعة عن المنازعات الأصلية في حدود اختصاصها الكامل بالنسبة إلى هذه المنازعات، دون حاجة إلى أن تقتصر في شأنها على الإلغاء، ويكون لها تفريعاً على ذلك أن تراقب مطابقة القرار للقانون وأن تجاوز هذا الحد إلى رقابة الوقائع[1].

هذا ونتناول بالدراسة منازعات العقود الإدارية وفقاً للتقسيم التالي:
الفصل الأول: القضاء الإداري الكامل في مجال العقود الإدارية.
الفصل الثاني: الطعن بالإلغاء في مجال العقود الإدارية.

---

(١) راجع :
- حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ١١٨٠ لسنة ١٠ ق، بجلسة ١٩٥٦/١١/١٨، س ١٧، ص ٢٣.

الفصل الأول

القضاء الإداري الكامل في مجال العقود الإدارية

من المسلم به أن قضاء العقود الإدارية ينتمي أساساً إلى القضاء الكامل (قضاء التعويض)، باعتبار أن هذا القضاء أصبح وحده هو صاحب الولاية غير المتنازع عليها في المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية[١].

ويرجع السبب في اختصاص القضاء الإداري الكامل بمنازعات العقود الإدارية إلى أن طبيعة دعوى القضاء الكامل تستجيب للطبيعة الذاتية لمنازعات العقود، بعكس الحال في دعوى الإلغاء الذي يؤسس على مخالفة مبدأ المشروعية.

كما أن المنازعات الخاصة بالعقود هى منازعة شخصية بين أطراف العقد، ويتمتع القاضي بسلطات واسعة عند نظر النزاع مثل القيام بتعيين خبير أو فسخ العقد أو الحكم بتعويض أو إبطال بعض التصرفات أو تعديل بعض الأعمال[٢].

واختصاص القضاء الإداري الكامل بمنازعات العقود الإدارية يشمل أصل تلك المنازعات، وما يتفرع عنها، سواء اتخذت صورة القرار الإداري أو لم تأخذ هذه الصورة طالما توافرت في المنازعة حقيقة التعاقد الإداري[٣].

وقد أشارت إلى ذلك محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في ١٨ نوفمبر سنة ١٩٥٦ بقولها: (... أصبح اختصاص محكمة القضاء الإداري بنظر المنازعات الخاصة بجميع العقود الإدارية اختصاصاً مطلقاً وشاملاً لأصل تلك المنازعات وما يتفرع عنها، وبهذه المثابة تنظر المحكمة ما يكون قد صدر بشأن تلك العقود من إجراءات أو قرارات وذلك باعتبارها من العناصر المتفرعة عن المنازعة الأصلية في حدود اختصاصها الكامل بالنسبة إلى هذه المنازعات طالما لم يسقط أصل الحق بمضي المدة، ذلك لأن

---

(١) راجع :

- Auby (J-M) et drago (R), traité de contentieux administratif, Paris, 1962, T.2, P. 380.

- دكتور/ سليمان الطماوي، قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص ٢٢٨.

- دكتور/ محمد عبدالعال السناري، مبادئ وأحكام العقود الإدارية في مجال النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص ٥٦.

(٢) راجع :

- دكتور/ سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص ١٧١.

(٣) دكتور/ محمد عبدالعال السناري، المرجع السابق، ص ٥٧.

واضـــع التشريع أراد أن يجعل لمحكمة القضاء الإداري ولاية القضاء الكامل في عناصر العملية بأسرها، يستوي ما يتخذ منها صورة قرار إداري وما لا يـتخذ هـذه الصورة، طالما توافرت فيه حقيقة التعاقد الإداري. وعلى هذا الـنحو يكـون لمحكمـة القضاء الإداري في هذه المنازعات أن تفصل في القرارات الإدارية التي تتصل بعملية إبرام العقد بمقتضى ولايتها الكاملة دون حاجة إلى أن تقتصر في شأنها على الإلغاء، ويكون لها تفريعاً على ذلك أن تراقب مطابقة القرار للقانون وإن تجاوز هذا الحد إلى رقابة الوقائع.

ومـــن حيـــث إنه على مقتضى ما تقدم، فإنه متى توافرت في المنازعة حقيقة العقد الإداري، سواء أكانت المنازعة خاصة بانعقاد العقد أو صحته أو تنفـــيذه أو انقضـــائه، فإنها كلها تدخل في نطاق ولاية القضاء الكامل دون ولاية الإلغاء...)[1].

وتلتزم المحكمة الإدارية العليا ذات التفسير، ففي حكمها الصادر في ٢٨ ديســـمبر سنة ١٩٦٣ تقول إن محكمة القضاء الإداري تختص دون غيرها بالنظر في المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية في نطاق ولاية القضاء الكامل (... فتفصل المحكمة فيما يطرح عليها منازعات أصلية أو منازعات متفرعة عـــنها، اعتـــباراً بـــأن محكمة القضاء الإداري أصبحت وحدها دون غيرها المختصـــة بالمنازعات الخاصة بالعقود الإدارية، ولم تعد هناك جهة قضائية أخـــرى تخـــتص بالفصل في هذه المنازعات، سواء أكانت أصلية أو فرعية. واختصـــاص محكمـــة القضـــاء الإداري بالفصـــل في المنازعات المذكورة اختصاص شامل مطلق لأصل تلك المنازعات وما يتفرع عنها، ويستوي في ذلك ما يتخذ منها صورة قرار إداري وما لا يتخذ هذه الصورة طالما توافرت في المنازعة حقيقة التعاقد الإداري...)[2].

وذهبـــت دائـــرة التمييز فـــي حكمها الصادر بتاريـــخ ١٤ فبراير سنة ١٩٨٨ إلى (أن القرار الذي تصدره الإدارة تنفيذاً لعقد من العقود الإداريـــة

---

(١) انظر :
- حكـــم محكمـــة القضـــاء الإداري فـــي القضيـــة رقـــم ١١٨٠ لسنة ١٠ ق، بجلسة ١٩٥٦/١١/١٨، س ١١، ص ٢٢.
وراجع في ذات المعنى :
- حكمها الصادر في ١٩٦٠/٣/٢٤، س ١٤، ص ٢٢.

(٢) انظر :
- حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١١٠٩ لسنة ٨ ق، بجلسة ١٩٦٣/١٢/٢٨، س ٩، ص ٣٢٤.

واستناداً إلى نصوصه هو من القرارات التي لا تدخل المنازعة في شأنه في نطـاق قضـاء الإلغاء بل تدخل في نطاق القضاء الكامل. فإذا كان القرار قد صـدر بمجازاة الموظف مرتكز على نص اتفاقي بالعقد يخول الإدارة توقيع هـذا الجزاء فإن هذا القرار تنتفي عنه صفة القرار الإداري بالمعنى المقرر لهـذا الاصـطلاح لأنه لم يجئ استناداً لنصوص قانون الخدمة المدنية وإن انطوى على عقوبة تأديبية والمنازعة في شأنه لا يكون بدعوى الإلغاء التي تقتصـر على القرارات الإدارية وإنما بالدعوى العقدية في ظل ولاية القضاء الكـامل، ومـن ثم فإن الدعوى تعتبر منازعة منشؤها عقد إداري ولا يلزم لقبولها وجوب سبق التظلم من القرار إلى الجهة الإدارية أو الرئاسية)[1].

ويمكن إجمال صور المنازعات التي تثور بصدد العقود الإدارية فيما يلي :

أولاً : صورة المنازعة التي تستهدف إبطال العقد :

لـيس للمتعاقد الذي يريد أن يتوصل إلى إبطال العقد إلا دعوى القضاء الكـامل، وذلك لعيب في تكوينه، فهى تتيح للقاضي الإداري بحث مدى قيام أركـان العقـد ومدى سلامة الإرادة وخلو العقد من العيوب الجوهرية التي تـؤدي إلـى عـدم قيامه أصلاً[2]. وهذه الدعوى لا يمكن لغير المتعاقد أن يرفعها بطبيعة الحال، لأن الأجنبي عن العقد (.. لا يجـوز لـه إلا أن يطعن بالإلغاء لأنه أجنبي ليس للعقد في مواجهته أية قوة في الإلزام)[3].

ثانياً : صورة المنازعة التي تستهدف المطالبة بمبالغ مالية :

وذلك إما في صورة ثمن البضائع التي قام طرف العقد بتوريدها أو عن جزء من هذا الثمن أو قيمة شحن البضائع إذا كان منصوصاً في العقد على أن الإدارة تـتحمل الشحن أو قيمة التأمين أو مطالبة بأجر متفق عليه أو قد يكـون تعويضاً عن أضرار لحقت بالطالب نتيجة خطأ قامت به الإدارة أثناء تنفيذ العقد أو لامتناعها عن تنفيذ العقد أو لأي سبب آخر من الأسباب التي تحدث في مجال العقود الإدارية، والتي تؤدي إلى الحكم بمبلغ مالي[4].

---

(١) انظر :
- حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨٧ (تجاري)، بجلسة ١٩٨٨/٢/١٤
- موسوعة مبادئ القضاء الإداري - الكتاب الأول - الجزء الأول، ص ٢٦٧.

(٢) راجع :
- دكتور/ يحيى الجمل، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ٢٤٧.

(٣) راجع :
- حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٥٦/١١/١٨، س ١١، ص ٢٢.

(٤) راجع :
- دكتور/ سليمان الطماوي، قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص ٢٣٠.

وفي هذا المعنى ذهبت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر بتاريخ ١٦ مارس سنة ١٩٩٣ إلى أنه (وحيث أنه متى كان الثابت على النحو المتقدم أنه قد حيل بين المتعاقد والبدء في تنفيذ العملية في الوقت المحدد في العقد بسبب عدم قيام الجهة الإدارية بتنفيذ التزاماتها في الوقت الملائم الأمر الذي ما كان يجب معه أن تبادر من قبلها بمصادرة الضمان وما أعقبته من إجراءات أخرى وخاصة أن الأوراق أجدبت عن قيام الجهة الإدارية بتسليم الموقع خالٍ من الموانع ورسم الشبكة.

ومن حيث أنه متى ثبت ذلك فإن الجهة الإدارية يتعين عليها رد قيمة خطاب الضمان الذي صادرته دون سند من القانون، كما أن بمسلكها الخاطئ هذا يتعين عليها كذلك تعويض الشركة المطعون ضدها عما تكبدته من مصاريف في هذا الخصوص)[1].

ثالثاً : صورة دعوى إبطال بعض التصرفات الصادرة من الإدارة على خلاف التزاماتها التعاقدية :

تنفيذ العقد له مقتضيات معينة والتزامات على كل من طرفيه، فإذا صدر من الإدارة المتعاقدة تصرفات مخالفة لالتزاماتها التعاقدية، فإنه يحق للمتعاقد معها أن يرفع دعوى عن طريق القضاء الكامل يطلب فيها الحكم بإبطال تلك التصرفات، لأنه لا يستطيع أن يلجأ إلى قضاء الإلغاء.

وبهذا المعنى تقول المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٦٣/٦/١ إن رفض الإدارة قبول التوريد، أو إعادة التحليل، هو قرار نهائي (... وذلك كله بقطع النظر عن تكييف الإجراء الذي تم به الرفض، سواء وصف بأنه مجرد إجراء أو تصرف قانوني أو قرار إداري، إذ أن المنازعة القائمة بشأنه... إنما هى منازعة تتصل بالعقد برمته، وما ينشأ عن تنفيذه ويتفرع منه، ولا يمكن الفصل فيها أياً كان وصفها وتكييفها استقلالاً عن العقد بتحريرها منه وإطراح ما تضمنه من شروط وأحكام وهى المرجع في تقدير سلامة التصرف موضوع المنازعة أو تقرير عدم مشروعيته)[2].

---

(١) انظر :
- حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢٤٥٥ لسنة ٣٤ ق، بجلسة ١٩٩٣/٣/١٦، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء ٣٩، ص ١٥٩.

(٢) أبو شادي، ص ١٣٥٥.

وقـد أكدت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر بتاريخ ٢٢ مارس ١٩٩٤ علـى أن الخصـومة في دعوى الإلغاء هى خصومة عينية مناطها اختصـام القرار الإداري في ذاته استهدافاً لمراقبة مشروعيته – يخرج عن نطـاق القـرار الإداري الـذي يكون محلا لدعوى الإلغاء كل ما يصدر عن الإدارة اسـتناداً إلـى أحكـام العقود التي تبرمها – الإجراءات التي تتخذها الإدارة استناداً إلى العقود التي تبرمها تدخل المنازعات التي تتولد عنها في ولاية القضاء الكامل... طلب وقف تنفيذ وإلغاء القرار الصادر بإنهاء التعاقد ومصـادرة التأميـن النهائي هو طلب يستند إلى أحكام العقد، وأن المنازعة التـي تثار بشأنه هى من المنازعات الحقوقية التي تدخل في ولاية القضاء الكامل وتخرج من نطاق ولاية الإلغاء[١].

رابعاً : صورة دعوى فسخ العقد :

لأي من المتعاقدين سواء كانت الإدارة أو الطرف الآخر أن يرفع دعوى فسـخ العقد إذا وجدت الأسباب المبررة لذلك، وتعتبر هذه الدعوى من قبيل دعاوي القضاء الكامل، وعادة ما يكون طالب الفسخ قد طلب أيضاً في نفس الدعوى التعويض لما لحقه من أضرار[٢].

---

(١) انظر :
– حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٦٤٥ لسنة ٣٦ ق، بجلسة ١٩٩٤/٣/٢٢، الوسيط في شرح اختصاصات مجلس الدولة – الجزء الثاني – دكتور/ محمد أبوالعينين، ص ٨١٢.

(٢) وفـي ذات المعـنى ذهبـت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في ٢٥ فبراير سنة ١٩٩٧ بقولهـا (ومـن حيـث أنـه لما سبق وكان الحكم المطعون فيه قضى بفسخ العقد الإداري المبرم بين الشركة التي يمثلها الطاعنين وبين الهيئة المطعون ضدها تأسيساً على أن تلـك الهيئة قد ارتكبت خللاً جسيماً بالتزاماتها وذلك بعدم تمكين تلك الشركة من القيام بالأعمال المتعاقد عليها حيث لم تقم بتسليمها موقع العملية خاليا من الموانع وبالتالي فإن لـتلك الشركة الحق في المطالبة بالتعويض فيما فات عليها من كسب إذا ما نفذت الأعمال المـتعاقد عليها فضلاً عن أن تلك الشركة قد أصيبت بخسارة تمثلت أصلاً فيما تحملته من نفقـات إعـداد العـرض المقـدم منها في المناقصة، كما وأن الثابت بالأوراق أن الهيئة المطعون ضدها قد أصدرت أمرا للشركة للتشغيل بتاريخ ١٩٨٤/٤/١٢ وهو ما يقضي أن تلـك الشـركة قد هيأت نفسها لتنفيذ التزاماتها باختيار من يمثلها في استلام موقع العمل وبالتالـي فـإن تلـك الشركة قد تحملت بلا مجادلة نفقات في هذا الشأن كما وأن الشركة أجـبرت علـى اللجوء إلى القضاء للمطالبة بفسخ العقد بحسباتها لا تملك هذا الفسخ من تلقاء نفسها وهو ما يعني أنها تحملت نفقات التقاضي فضلاً عن تحمل الشركة مصروفات خطابـي الضـمان كتأمين للعقد الذي قضى بفسخه، ومن ثم فإن المحكمة تقدر التعويض الـذي تسـتحقه الشركة التي يمتلكها رافعي الطعن بمبلغ ٣٠٠٠٠ جنيه (ثلاثون ألفاً من الجنـيهات) كتعويض إجمالي جبرا لكافة الأضرار التي أصابت الشركة الطاعنة، وإذ ذهب الحكم المطعون فيه على غير هذا المذهب فإنه يكون مخالفا للقانون جديرا بالإلغاء في هذا الشـق والقضـاء مجـددا بأحقـية الشـركة الطاعنة في تعويض مقداره ثلاثون ألفا من الجنيهـات).
والفسخ في هذه الحالة هو الذي يتعين أن ينطق به القاضي بناءً على طلب أحد طرفي العقد، وترتد آثار هذا الفسخ إلى تاريخ رفع الدعوى.
– حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١١٠١ لسنة ٣٧ ق، بجلسة ١٩٩٧/٢/٢٥، الوسيط في شرح اختصاصات مجلس الدولة، المرجع السابق، ص ٨٥٨، راجع :
– دكتور/ سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجـع السابق، ص ٧٦٣.

ويرد الفقه الفسخ القضائي إلى ثلاثة أسباب وهى الغالبة، وتتمثل في : فسخ العقد بسبب قوة قاهرة وكجزاء الإخلال بالالتزامات العقدية وكميزات لحق الإدارة في تعديل العقد والتي من أجلها يحكم القضاء بفسخ العقد[1].

أ ـ فسخ العقد بسبب قوة قاهرة :

القوة القاهرة هى حادث خارجي مستقل عن إرادة المتعاقدين من شأنه أن يجعل تنفيذ العقد مستحيلاً. فإذا ما وجد هذا الحادث فإن أثره يتمثل في تحرير المتعاقد من تنفيذ التزامه.

ولقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا في هذا المعنى في حكمها الصادر في ١٩٦٩/١٢/١ بقولها: (أن أحكام المسئولية العقدية تقتضي أن يكون هناك خطأ وضرر وأن تقوم علاقة السببية بين الخطأ والضرر وأنه إذا استحال على المدين أن ينفذ التزامه عيناً كان مسئولاً عن التعويض لعدم الوفاء ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، واستحالة التنفيذ إما أن تكون فعلية أو استحالة قانونية وذلك في الوقت الذي يجب فيه التنفيذ. وغني عن القول أن الاستحالة الفعلية هى من مسائل الواقع الذي يقدره القاضي ويختلف هذا التقدير حسب ظروف الأحوال وملابساته، وإذا كانت الاستحالة راجعة إلى خطأ المدين لا ينقضي الالتزام وإن أصبح تنفيذه العيني مستحيلاً ووجب التنفيذ عن طريق التعويض. وتبقى مدة التقادم سارية، أما إذا كانت الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبي فان الالتزام ينقضي أصلاً سواء من حيث التنفيذ العيني أو التنفيذ بالتعويض. والسبب الأجنبي هو الحادث الفجائي والقوة القاهرة أو خطأ الدائن أو فعل الغير. ويجب أن تكون القوة القاهرة والحادث الفجائي أمراً غير ممكن التوقع ومستحيل الدفع، فإن توافر هذان الشرطان كان الحادث أجنبياً عن الشخص لا يد له فيه ويجب أن يكون عدم استطاعة التوقع لا من جانب المدين بل من جانب أشد الناس يقظة وبصراً بالأمور، فالمعيار موضوعي لا ذاتي فلا يكفي فيه بالشخص العادي.

ولكن يجب أن يكون عدم الإمكان مطلقاً كما يجب أن تكون القوة القاهرة والحادث الفجائي مستحيل الدفع فإن أمكن دفع الحادث حتى ولو استحال توقعه ولم يكن تحت قوة قاهرة أو حادث فجائي، كما يجب أن يكون من

---

(١) راجع :

- C.E., 27 octobre 1944, Soc. d'État à défence, Rec., P. 276.

شـــأنه جعـــل التنفيذ مستحيلاً استحالة مطلقة لا بالنسبة للمدين وحـــده بل بالنســـبة إلـــى أي شخص يكون في موقف المدين. وهذا هو ما يميز القوة القاهـــرة والحـــادث الفجائي عن الحوادث الطارئة التي تجعل تنفيذ الالتزام مـــرهقاً لا مســـتحيلاً، ويختلف أثر القوة القاهرة أو الحادث الفجائي بحسب الأحوال فإذا كان هو السبب الوحيد في وقوع الضرر انعدمت علاقة السببية فـــلا تـــتحقق المسئولية، وقد يكون من أثره لا الإعفاء من تنفيذ الالتزام بل وقـــف تنفيذه حتى يزول الحادث فيبقى الالتزام موقوفاً على أن يعود واجب التنفـــيذ بعـــد زوال الحـــادث. وغني عن القول أنه يجوز للطرفين أن يعدلا اتفاقهمـــا مـــن أثـــر القوة القاهرة أو الحادث الفجائي فيتفقان مثلاً على أن المديـــن لا يخلـــي من التزامه ويتحمل بذلك تبعة السبب الأجنبي فلا ينقضي الالـــتزام حـــتى ولو استحال تنفيذه بسبب أجنبي ويتحول محله إلى تعويض ويكـــون المدين في هذه الحالة إزاء الدائن بمثابة المؤمن يؤمنه من الحادث الـــذي يـــرجع إلـــى القوة القاهرة. وكل ما تقدم من قواعد قد قننه المشرع المصـــري في القانون المدني. ولئن كان مجال تطبيق هذه القواعد في مجال روابـــط القـــانون الخـــاص إلا أن القضـــاء الإداري قد اطرد على الأخذ بها باعتـــبارها مـــن الأصول العامة التي يجب النزول عليها في المرافق العامة وتكفـــل التوفـــيق بيـــن ذلك وبين المصالح الفردية الخاصة، وقد ردد البند الخامس من العقود الثلاثة المبرمة مع المطعون عليه النص على إعفائه من المسئولية عند وقوع القوة القاهرة)[1].

وذهبـــت محكمة الاستئناف العليا (دائرة التمييز) في حكمها الصادر في ١٥ يـــناير ١٩٨٦ إلـــى هذا المعنى بقولها: (من المقرر قانوناً أنه يشترط لاعتبار الحادث قوة قاهرة ترفع به مسئولية الناقل وعلى ما جرى به قضاء هـــذه المحكمة أن يكون من غير الممكن توقعه ومن المستحيل دفعه وتقدير قيام الدليل على توافر القوة القاهرة بهذا المعنى من عدمه من سلطة محكمة الموضـــوع. لمـــا كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أورد بمدوناته دفاع الطاعـــنة القائم على تقرير ربان السفينة المقدم إلى البحرية لميناء الشويخ والـــذي أشـــار فـــيه إلى أن حوادث غير عادية وقعت للسفينة أثناء الرحلة البحرية تمثلت في رداءة الجـــو وهبـــوب رياح عاصفـــة وأمواج عالية مما غطى سطح الباخرة بالماء ثم أقام قضاءه بمسئولية الطاعنة عن التلف الذي

---

(١) انظر :
- حكم المحكمة الإدارية العليا فـــي الطعن رقم ٦٨٩ لسنة ١٤ ق، بجلسة ١٩٦٩/١٢/١، س ١٥، ص ١٠٦.

أصـــاب البضاعة على قوله أن البند الثاني من مشارطة الإيجار صريح في قـــيام مســـئولية ملاك السفينة الخط الملاحي عن تلف البضاعة الناجم عن رصـــها بطـــريقة غـــير سليمة أو عن إهمال في تجهيز السفينة، وثابت من تقرير المعاية التي أجرتها شركة... لرسالة الدعوى أن ما لحق بها من تلف يرجع إلى دخول المياه إلى داخل السفينة وتأثيرها على أكياس الأرز المستفة في مواضع من العنبرين (٤ ، ٥) وأسفرت المعاينة عن عدم وجود منصات خشبية لرص الأكياس عليها حماية لها من التلف وأن الاحتياط الوحيد الذي اتخذته الإدارة الملاحية للسفينة الناقلة هو وضع حصر تحت الأكياس فرشت علـــى الأرضية الفولاذية للسفينة وعلى حوافها الجانبية لتدرأ عنها ملامسة المعـــدن العادي، وترى المحكمة في عـــدم رص أكياس الأرز القابل بطبيعته لفقـــد خواصه بالماء والرطوبة على منصات خشبية ترتفع عن الأرض هو ســـبب الـــتلف الـــذي أصاب الرسالة نتيجة التلوث والتعفن إلى درجة بالغة الســـوء بعـــد تســـرب المياه داخل السفينة واستقرارها بكميات كبيرة على أرضية العنبرين التي ألقيت عليها الأكياس فوق حصيرة لا تحقق أي حماية من الماء دافقاً وراكداً، وهذا ولا دليل في الدعوى على تعرض السفينة إبان رحلـــتها لحـــادث يصدق عليه وصف القوة القاهرة تنتفي به المسئولية عن الضـــرر وهي تقديرات موضوعية سائغة لا مخالفة فيها للقانون ولها أصلها الثابـــت بـــالأوراق وتؤدي إلى ما انتهى إليه الحكم ومؤداها أن المحكمة في حدود سلطتها التقديرية لم تر فيما تضمنه تقرير الربان ما ينهض دليلاً على تعـــرض الســـفينة لحـــادث يصـــدق عليه وصف القوة القاهرة أثناء الرحلة الـــبحرية، ومن ثم يكون النعي بهذا السبب لا يعدو أن يكون جدلاً موضوعياً فيما ينحسر عنه ولاية هذه المحكمة بغية الوصول إلى نتيجة أخرى غير تلك التي انتهى إليها الحكم المطعون فيه)[1].

ب ـ فسخ العقد كجزاء الإخلال بالالتزامات العقدية :

يرتـــب على الاخلال بالالتزامات العقدية أن للمتعاقد المضرور أن يطالب بفســـخ العقـــد قضـــائياً، إذا بلغت المخالفة حداً كبيراً لا تجدي في مواجهة الجـــزاءات الأخرى. ولكن موقف الإدارة يختلف عن موقف المتعاقد في هذا الخصوص على النحو التالي :

---

(١) انظر :
– حكـــم المحكمـــة الاســـتئنافية العليا (دائرة التمييز) في الطعن رقم ٧٤ لسنة ١٩٨٥ (تجـــاري)، بجلســـة ١٩٨٦/١/١٥، مجموعـــة القواعـــد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، القسم الثاني – المجلد الثالث – يونية ١٩٩٦، ص ٤٩٢.

١ ـ بالنسبة للمتعاقد :

يتعين على المتعاقد أن يلجأ إلى القضاء للحصول على حكم بفسخ العقد في جميع الحالات، ولا يحكم القضاء بفسخ العقد إلا إذا أخطأت الإدارة خطأ جسيماً باعتبار أن الجزاء الأصيل في مجال مسئولية الإدارة التعاقدية هو التعويض. وإذا حكم بفسخ العقد، فإن آثاره ترتد إلى يوم رفع الدعوى، كما أنه يتم على مسئولية الإدارة[١].

٢ ـ بالنسبة إلى الإدارة :

تستطيع الإدارة أن تلجأ إلى فسخ العقد بقرار إداري منها استناداً إلى خطأ المتعاقد في تنفيذ التزاماته العقدية، ولكن القضاء يستثنى من ذلك حالة امتياز المرافق العامة، فيجعل إنهاءها من اختصاص القضاء الإداري إلا إذا تضمن العقد حكماً يقضي بغير ذلك.

وللإدارة بطبيعة الحال، أن تتنازل عن استعمال حقها في فسخ العقد، وتسلك سبيل التقاضي كالمتعاقد الآخر، حتى تضمن عدم رجوع المتعاقد عليها بالتعويض إذا ثبت أنها قد أساءت استعمال هذا الحق أو استعملته استعمالاً غير مشروع.

ج ـ فسخ العقد كميزات لسلطات الإدارة :

من المسلم به أن الإدارة تملك حق التدخل في مجال العقود الإدارية، وزيادة التزامات المتعاقد أو انقاصها، بيد أن ذلك مشروط بألا تتجاوز تلك التعديلات حدوداً معينة، وألا تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب، أو إلى تغيير جوهره بحيث يصبح المتعاقد وكأنه أمام عقد جديد ما كان ليقبله لو عرض عليه عند التعاقد لأول مرة. فإذا تخطت الإدارة تلك الحدود، فإن للمتعاقد – إذا وجد عدم جدوى التعويض في مواجهة هذه الظروف الجديدة – أن يلجأ إلى القضاء للمطالبة بفسخ العقد.

وإذا حكم القاضي بفسخ العقد، فإن آثاره ترتد إلى تاريخ رفع الدعوى، ويصحب هذا النوع من الفسخ تعويضاً باستمرار، يغطي جميع ما يلحق المتعاقد من أضرار، وما يفوته من كسب، بسبب الحكم بفسخ العقد[٢].

---

(١) راجع :
– دكتور/ سليمان محمد الطماوي، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٧٦٧.
(٢) دكتور/ سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص ٧٦٩.

وأخـيراً فإذا كان القاضي الإداري هو صاحب الولاية العامة فيما يتعلق بمـنازعات العقود الإدارية، فإنه هو الذي يختص دون غيره بنظر الطلبات المستعجلة المتعلقة بالعقود الإدارية.

وفـي هـذا المعنى ذهبت محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في ١٨ نوفمبر ١٩٥٦ بقولها أن (.. اختصاص محكمة القضاء الإداري بالفصل في الطلبات المستعجلة متفرعاً من اختصاصها بنظر الموضوع الأصلي. وما دامـت مختصـة بـنظر الأصـل، فهى مختصة بنظر الفرع، أي في الطلب المسـتعجل، دون أن يحـتج أمامهـا بـأن الفصل فيه يمس أصل الحق أو موضـوع النزاع، لأنها وحدها مختصة بالفصل في هذا الموضوع... وغاية الأمـر أن المحكمة تفصل في الطلب المستعجل في الحدود والضوابط مقررة للفصـل في الطلبات المستعجلة، فتنظر أولاً في توافر الاستعجال على حسب الحالـة المعروضة والحق المطلوب للمحافظة عليه، ثم تظهر جدية الأسباب وعـدم جديـتها بالنسـبة إليها في ظاهرها، فتحكم على مقتضى هذا النظر حكمهـا المؤقـت فـي الوجه المستعجل للنزاع باتخاذ الإجراء المطلوب أو رفضـه دون المسـاس بالناحية الموضوعية للنزاع، وهو الذي تفصل فيه المحكمـة بعد ذلك فصلاً نهائياً على مقتضى ما تتبينه من دلائل موضوعية يقدمها كل من طرفي الخصومة)[١].

وقـد حرصت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في ٢٨ نوفمبر سـنة ١٩٦٣ علـى أن توضـح أن القضاء الإداري حين يفصل في الوجه المسـتعجل من المنازعة الموضوعية المستندة إلى العقد الإداري إنما يفعل ذلـك (.. لا علـى اعتبار أنه من طلبات وقف التنفيذ المتفرعة مـن طلبات الإلغاء، بل على اعتبار أنه من الطلبات الفرعية المستعجلة التي تعرض على قاضي العقد لاتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية لا تحتمل التأخير، وتدعو إليها الضرورة لدفع خطر أو نتائج يتعذر تداركها إلى أن يفصل في موضوعه، ولا يهم في هذا الصدد أن يصف صاحب الشأن طلبه بأنه وقف تنفيذ. إذ العبرة في وصف الطلب بحقيقته وجوهره وهدفه حسبما يظهر من أوراق الدعوى، وعلى حسب التصوير القانوني الصحيح المستفاد من وظائفها..)[٢].

---

(١) انظر :
- حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٥٦/١١/١٨، س ١١، ص ٢٢.

(٢) انظر :
- حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١١٠٩ لسنة ٨ ق، بجلسة ١٩٦٣/١٢/٢٨، س ٩، ص ٣٢٤، وفـي الطعـن رقـم ٦٠٥ لسـنة ٢٣ ق، بجلسـة ١٩٨٠/١/٢٦، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء الثاني، ص ٤٠١.

الفصل الثاني

الطعن بالإلغاء في مجال العقود الإدارية

كـــان القضاء الفرنسي بصفة عامة (الإداري والمدني) حتى أوائل القرن الحالـــي يطبق نظرية الاندماج بمقتضاها يرفض فصل القرارات التي تساهم في تكوين العقد تمسكاً بوحدة العملية العقدية، حيث اعتبر أنه بمجرد الانعقاد النهائي للعقد، تصبح كافة القرارات المساهمة في تكوينه جزءاً لا يتجزأ من بنـــيانه، فتكون العملية التعاقدية وحدة أو كتلة لا تقبل عناصر الانفصال أو التجزئة[١].

وقد ترتب على هذا المسلك أمران :

الأمر الأول : عـــدم قبول مجلس الدولة الفرنسي الطعن بالإلغاء ضد أي قـــرار خـــاص بالعملـــية العقديـــة، ســـواء كان هذا الطعن موجهاً من أحد المتعاقدين أو من الغير[٢].

الأمر الثاني : أنـــه إذا كـــان أمام المتعاقد فرصة للطعن في العقد أو في القـــرارات المرتـــبطة به أمام قاضي العقد، فإن غير المتعاقد لا يجوز لـــه مطلقاً أن يطعن في العقد أو في أي من القرارات المرتبطة به.

أما القضاء الإداري المصري فقد استقرت أحكامه منذ نشأته على رفض الطعن بالإلغاء ضد العقد الإداري، على أساس أن العمل القانوني الذي يصلح محلاً لدعوى الإلغاء هو القرار الصادر عن الإدارة وحدها، وليس العقد الذي يستلزم توافق إرادتين أو أكثر[٣].

ولقـــد أفســـح القضاء الإداري في فرنسا ومصر لبعض الاستثناءات من القاعدة السابقة، يمكن حصرها في حالتين تتميزان بخصائص ذاتية هما :

أولاً : القرارات الإدارية المنفصلة عن عمليات التعاقد.

ثانياً : طعون المستفيدين في حالة عقود الامتياز.

---

(١) راجع :

Laferriér, Traité de la juridiction animistrative et des recours contentieux, 1896, P. 470.

وراجع أيضاً :

- دكـــتور/ محمـــد عبدالعال السناري، مبادئ وأحكام العقود الإدارية في مجال النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص ٦١.

(٢) راجع :

C.E., 14 novembre 1879, Dumant, Rec., P. 703;
C.E., 21 novembre 1890, Mas d'Azil, Rec., P. 850.

(٣) راجع :

- حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٤٦/١١/١٢، المجموعة، ص ٥٦٠.

وراجع أيضا :

- دكتور/ محمد عبدالعال السناري، مبادئ وأحكام العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٦٤.

أولاً : إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة :

بـــدأ مجلـــس الدولة الفرنسي منذ مطلع القرن العشرين في هجر نظرية الاندماج وأحل محلها نظرية مناقضة لها تماماً وهى نظرية القرارات الإدارية المنفصلة.

ومضـــمون نظرية القرارات الإدارية المنفصلة في مجال العقود الإدارية تقـــوم علـــى أن العملـــية العقدية تمر بالعديد من المراحل، وقد تتطلب هذه المـــراحل صدور قرارات إدارية منفصلة عن العقد ذاته، هذه القرارات وإن كانـــت تسهم في العقد وإتمامه، فإنها تنفرد عنه ويجوز الطعن فيها بالإلغاء استقلالاً وطلب التعويض عنها[1].

١ـ طلب إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة المقدم من الغير :

لقـــد ترتب على رفض مجلس الدولة الفرنسي قبول الطعون الموجه ضد القـــرارات المتصلة بالعقود الإدارية، باعتبارها مندمجة مع العقد بصورة لا تقبل الانفصال عنه نتائج سلبية منها أن غير المضرور لا يستطيع الطعن في القـــرارات المـــتعلقة بالعقد الإداري، ولا الطعن في العقـــد الإداري نفســـه، باعتـــبـــاره أجنبـــياً عـــنـــه، لأن هـــذا العقد يتميز بخصوصيته من ناحية، ونسبية الآثار المتولدة عنه من ناحية أخرى.

ولكـــن مجلـــس الدولة الفرنسي سرعان ما هجر نظرية الاندماج لصالح نظـــرية أخـــرى مؤداهـــا أن العقد الإداري إذا كان يتكون من عدة عمليات مركـــبة، فـــإن بعضاً منها يمكن فصله عن العقد، وبالتالي يمكن الطعن فيها بالإلغـــاء مـــتى اكتســـبت شـــكل القرار الإداري، وبهذا فتح الباب أمام غير المضـــرور لكي يطعن في القرارات الإدارية المتصلة بالعقد الإداري والقابلة للانفصال عنه متى أضرت بمصالحه، سواءً بعد ذلك أن تعلقت هذه القرارات بالمـــرحلة الســـابقة علـــى إبـــرام العقـــد، أو تلـــك التي تتعلق بإبرامه أو تنفيذأحكامه، أو إنهاء وجوده[2].

---

(١) راجع في ذلك :
- دكـــتور/ محمد عبدالعال السناري، مبادئ وأحكام العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٦٤ وما بعدها.

(٢) راجع :
- دكتور/ عادل الطبطبائي، الطعن بتجاوز السلطة في مجال العقود الإدارية، دراسة خاصة بقضـــاء مجلـــس الدولة الفرنسي، مجلة الحقوق – كلية الحقوق ، العدد الثالث، السنة الحادية عشرة – سبتمبر، ١٩٨٧، ص ١٢.

ولقد بدأت معالم هذا الإتجاه في الظهور في قضاء مجلس الدولة الفرنسي خلال الفترة الواقعة ما بين عام ١٩٠٣ - ١٩٠٤ إذ صدر عن المجلس خلالها ثلاثة قرارات تحدثت لأول مرة عن التمييز بين عقود الإيجار التي تبرمها الإدارة والقرارات الإدارية المتصلة بها، وضرورة التأكد من أن هذه القرارات التي اتخذتها جهة الإدارة ضمن نطاق سلطاتها، متميزة عن تلك المتعلقة بشرعية عقود الإيجار التي أبرمتها[١].

والواقع أن هذه الأحكام قد مهدت السبيل إلى التغيير الذي طرأ على موقف مجلس الدولة بعد ذلك في عام ١٩٠٥ في قضية Martin والذي تبنى على أساس مطالعة مفوض الحكومة Romieu والذي نادى بضرورة الطعن في القرارات الإدارية المتصلة بالعقد والقابلة للانفصال عنه[٢].

ويلاحظ البعض أنه لم يكن هناك ثمة سبب قانوني يدعو مفوض الحكومة إلى تبني مطالبة المجلس بتغيير موقفه من عدم قبول الطعن بتجاوز السلطة في القرارات المتصلة بالعقد، ولكن السبب الحقيقي وراء ذلك يكمن فيما يمكن أن يطلق عليه بالسياسة القضائية الرامية إلى مد نطاق اختصاص قاضٍ تجاوز السلطة إلى بعض المجالات التي بقيت بعيدة عن ميدان رقابته من ناحية، وجعل رقابته أكثر فاعلية وسهولة من ناحية أخرى. وإذا كان الغير لا يملك الطعن في القرارات المتصلة بالعقد الإداري، وفقاً للنظرية القديمة، فإن في مكنته القيام بذلك بموجب الاتجاه الجديد الذي اعتنقه المجلس، وبذلك أصبح الطعن أكثر سهولة وفاعلية[٣].

ولقد توسع مجلس الدولة الفرنسي في تطبيقات هذه النظرية في مجال العقود الإدارية، فلم يقتصر نطاقها على تلك القرارات السابقة على إبرام العقد الإداري، وإنما شملت في حكمها أيضاً القرارات المتعلقة بتنفيذ العقد أو إنهائه.

---

(١) راجع في ذلك :

- Colliard (C.A), la notion d'acte d'étachafle et son role dans la jurisprudence du conseil d'État, en (l' evolution du droit public) études en l' honneur d'Achille Mestre Sirey; 1956, P. 118. 119.

(٢) راجع :

C.E., 4 aout 1905, Martin, Rec., P. 749, concl Romieu, S., 1906, 49, note Hauriou.

(٣)

Colliard, op. cit., P. 118.

- دكتور/ عادل الطبطبائي، الطعن بتجاوز السلطة في مجال العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٢٤.

ولا مـــراء، فـــي هـــذا المقام، أن حرمان الغير من الالتجاء إلى دعوى الإلغاء فيه انكاراً للعدالة، نظراً لعدم وجود سبيل آخر لهذا الغير يستطيع عن طـــريقه الدفاع عن حقوقه التي أدى العقد إلى المساس بها، فهو لا يستطيع قانوناً الطعن بدعوى القضاء الكامل أمام قاضي العقد لكونه من غير أطراف العقد[1].

وإذا ما تم قبول الطعن وحكم بإلغاء القرار الإداري لبطلانه، فإن الرابطة العقديـــة نفسها لا تتأثر تلقائياً، وإن كان يمكن أن يستخدم كوسيلة للوصول إلى بطلان العقد نفسه، ولكن ذلك لا يتم إلا بتحريك دعوى بطلان العقد أمام قاضية ومن قبل أحد أطرافه.

ولقـــد ســـاير مجلس الدولة المصري نظيره الفرنسي في الأخذ بنظرية القرارات الإدارية المنفصلة، وأجاز لغير المتعاقد في الطعن فيها بالإلغاء متى توافرت شروطه. وفي هذا المعنى ذهبت محكمة القضاء الإداري في حكمها الصـــادر فـــي ٢٥ نوفمـــبر سنة ١٩٤٧ بقولها : (ومن حيث إنه مما يجب التنبـــيه إلـــيه أن من العمليات التي تباشرها الإدارة ما قد يكون مركباً لـــه جانـــبان : أحدهمـــا تعاقدي بحت تختص به المحكمة المدنية، والآخر إداري يجب أن تسير فيه الإدارة على مقتضى النظام الإداري المقرر لذلك، فتصدر بهـــذا الخصـــوص قـــرارات مـــن جانب واحد، تتوافر فيه جميع خصائص القـــرارات الإدارية وتتصل بالعقد من ناحية الإذن به أو إبرامه، أو إعتماده، فتخـــتص محكمـــة القضـــاء الإداري بإلغاء هذه القرارات إذا وقعت مخالفة للقوانيـــن أو اللوائـــح، وذلك دون أن يكون لإلغائها مساس بذات العقد الذي يظل قائماً بحالته إلى أن تفصل المحكمة المدنية في المنازعة المتعلقة به).

هذا وبعد أن أقر الحكم مبدأ جواز الطعن في القرارات الإدارية المنفصلة التـــي تســـاهم في تكوين العملية العقدية، على النحو المشار إليه، استطرد قـــائلاً: (ومـــن حيـــث إنه لا يقدح فيما تقدم ما قد يخيل بادئ الرأي من أن الطعن بالإلغاء يكون في مثل هذه الحالة غير مجد ما دام لا ينتهي إلى إلغاء العقد ذاته. وذلك لأن مناط الاختصاص هو ما إذا كان ثمة قرار إداري يجوز أن يكون محلاً للطعن بالإلغاء أم لا فحيثما يمكن فصل هذا القرار من العملية

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري في القضية ١١٨٠ لسنـــة ١٠ ق، بتاريـــخ ١٩٥٦/١١/١٨، س ١١، ص ٢٣.
حيـــث أوضحت المحكمة في حكمها أن غير المتعاقدين ليس لهم سوى الطعن بالإلغاء على القرارات المتعلقة بالعقد، وليس لهم الطعن بدعوى القضاء الكامل أمام قاضي العقد.

المركـــبة، فإن طلب إلغائه يكون والحالة هذه من اختصاص محكمة القضاء الإداري. علـــى أن وجه المصلحة في الطعن ظاهر، إذ لوحظ أن قرار الإلغاء قـــد يكون محل تقدير المحكمة المدنية أو (الإدارية)، كما أن الأغيار الذين لا يســـتطيعون الطعـــن علـــى العقد مدنياً لفقدان الحق الذي يخولهم ذلك على اعتبار أنهم ليسوا أطرافاً في العقد، يمكنهم الطعن بالإلغاء في القرار الإداري المتصـــلة به، متى كانت لهم مصلحة شخصية ومباشرة في هذا الطعن، وقد يؤدي إلغاء القرار الإداري إلى تسوية الأمر على نحو يحقق مصلحتهم..)[1].

كمـــا قضـــت المحكمة الإدارية العليا في هذا الشأن بأنه (ومن حيث إنه ينبغي للتمييز في مقام التكييف القانوني بين العقد الذي تبرمه الإدارة، وبين الإجـــراءات التي تمهد بها الإجراء هذا العقد أو تهيئ لمولده. ذلك أنه بقطع الـــنظر عـــن كـــون هذا العقد مدنياً أو إدارياً فإن من هذه الإجراءات ما يتم بقـــرار من السلطة المختصة له خصائص القرار الإداري ومقوماته... ومثل هذه القرارات وإن كانت تسهم في تكوين العقد وتستهدف إتمامه فإنها تنفرد في طبيعتها عن العقد مدنيا كان أو إدارياً وتنفصل عنه، ومن ثم يجوز لذي الشأن الطعن فيها بالإلغاء استقلالا، ويكون الاختصاص والحال كذلك معقوداً لمحاكم مجلس الدولة دون غيرها..)[2].

ولا مـــراء أن تلك القرارات الإدارية المنفصلة، سواء أسهمت في تكوين عقـــد خاص من عقود الإدارة أو عقد إداري يكون الطعن فيها أمام القضاء الإداري باعتباره جهة الاختصاص العام في قضاء الإلغاء.

٢ـ طلب إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة المقدم من المتعاقد :

القـــاعدة العامـــة بالنســـبة لعقـــود الإدارة – مدنية أو إدارية – هى أن القرارات التي تصدر عن الإدارة في مرحلة تنفيذ العقد تكون جزءاً لا يتجزأ

---

(١) انظر :
– حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ١٤٣ لسنة ١ ق، بجلسة ١٩٤٧/١١/٢٥، س ٢، ص ١٠٤.

(٢) انظر :
– حكـــم المحكمـــة الإدارية العليا في الطعنين رقمي ٤٥٦ ، ٣٢٠ لسنة ١٧ ق، بجلســـة ١٩٧٥/٤/٢٥، مجموعـــة الإداريـــة العلـــيا في ١٥ سنة، الجزء الثاني، ص ١٨٤٣، وراجع في هذا الشأن أيضاً :
– فتوى الجمعية العمومية للفتوى والتشريع الصادرة بجلسة ١٩٧٩/٢/٢١، ملـــف رقـــم (٢٤/١/٦٨)، منشـــورة فـــي الموســـوعة الإدارية الحديثة، الجزء الخامس عشر، ص ٢٩٧.

من العملية العقدية، ومن ثم لا يجوز الطعن عليها بالإلغاء استقلالاً عن العقد ذاتـــه، فالعملية التعاقدية بكاملها وما يلحقها من قرارات تدخل في اختصاص قاضي العقد وحده دون مشاركة من قاضي الإلغاء[١].

وأن الـــتجاء المـــتعاقد إلى دعوى الإلغاء لطلب إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة والتي ساهمت في تكوين العقد، لا يكون بطبيعة الحال إلا بعد إبرام العقـــد، وحينئذ لا يكون للمتعاقد مصلحة في الالتجاء إلى قضاء الإلغاء، لأن القضاء الكامل أجدى بالنسبة له من قضاء الإلغاء، لأنه لو حصل على الحكم بإلغاء القرار الإداري المنفصل، فإنه يتعين عليه بعد ذلك أن يعود مرة أخرى إلى قاضي العقد لكي يرتب له النتيجة التي تترتب على حكم الإلغاء. ومن ثم فإنه يكون من الأفضل له أن يلجأ إلى قاضي العقد مباشرة[٢].

وقـــد ســـار مجلس الدولة الفرنسي على عدم قبول الطعن بالإلغاء ضد قـــرارات جهـــة الإدارة المـــتعاقدة والخاصة بالأسعار والرسوم، أو المبالغ المستحقة للمتعاقد بموجب العقد، أو المتعلقة بالجزاءات التي توقعها الإدارة علـــى المـــتعاقد معهـــا نتيجة إخلاله بشروط العقد أو دفتر الشروط، أو تلك المـــتعلقة بـــرفض تعديـــل العقد أو إنهائه، وبصفة عامة كل القرارات التي تصدرها جهة الإدارة وتتعلق بحقوق المتعاقد[٣].

ويـــأخذ بهذه القاعدة مجلس الدولة المصري وذلك بالنسبة لعقود الإدارة الخاصة وكذا عقودها الإدارية، ذلك لأن مخالفة النصوص التعاقدية لا يمكن أن يكون عقابها الطعن بالإلغاء[٤].

---

(١) راجع :
C.E., 26 novembre 1954, Syndicat de raffinerie de soufre francais, R.P.D.A., 1955, P.2, concl. Mosset, R.D.P., 1954, P. 260, note Jez.

(٢) انظر :
- دكـــتور/ سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص ١٩٠ ، ١٩١.

(٣) راجع :
- حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ ١٩٨٣/١٢/٩ في قضية (Ville de Paris et société des mobiliers Urbains)، المجموعة، ص ٤٩٨.
حيـــث رفض مجلس الدولة الفرنسي الطعن بالإلغاء ضد قرارات الإدارة الخاصة بتعديل العقد.

(٤) راجع :
- حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ١٢٤٧ لسنة ٥ ق، بجلسة ١٩٥٢/٤/١٥، س ٦، ص ٨٣٥.
حيـــث رفضـــت المحكمة الطعن بالإلغاء المقدم من المتعاقد ضد قرارات الإدارة بفسخ عقودها المدنية.
- حكـــم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٠٩ لسنة ٨ ق، بجلسة ١٩٦٣/١٢/٢٨، س ٩، ص ٣٢٤.
حيـــث رفضـــت المحكمة قبول الطعن بالإلغاء ضد القرارات الصادرة بتوقيع الجزاءات العقدية على المتعاقد مع الإدارة.

ومـــع ذلـــك فإن مجلس الدولة الفرنسي يستثني من هذه القاعدة العامة نوعيـــن من القرارات الخاصة بتنفيذ العقد الإداري أو إنهائه، ويقبل الطعن فيهما بالإلغاء من قبل المتعاقد وهما :

أ ـ الطعون الموجهه ضد القرارات الخارجة عن نطاق العقد :

قـــد تتخذ جهة الإدارة بعض القرارات الإدارية بصفة أخرى غير صفتها التعاقدية، ولكن هذه القرارات ترتبط بتنفيذ العقد بصورة أو بأخرى. فحينئذ يكـــون للمـــتعاقد، كســـائر المواطنيـــن، أن يطلب إلغاء تلك القرارات إذا ما استوفى شرط المصلحة، وكان القرار المطلوب إلغاؤه غير مشروع.

وهـــذه القرارات لن تكون ذات علاقة مباشرة بالعقد، وإلا لانطبق عليها المـــبدأ العام المتمثل في عدم قبول الطعن فيها بالإلغاء. ومن أوضح الأمثلة علـــى ذلك من قضاء مجلس الدولة الفرنسي أن تصدر الإدارة – بناء على سلطاتها البوليسية التي تسمح بها القوانين واللوائح – قرارات إدارية يكون لهـــا أثـــر علـــى المـــتعاقد ليس بصفتها التعاقدية، فهذه القرارات لا يمكن اعتـــبارها بمثابة قرارات خاصة بالعقد، ويترتب على ذلك أنه يمكن للمتعاقد مع الإدارة الطعن فيها بالإلغاء[1].

ويـــثور التســـاؤل في هذا الشأن حول كيفية التمييز بين القرارات التي تصـــدر عن الإدارة باعتبارها متعاقدة وبالتالي لا يجوز الطعن فيها بالإلغاء، وبين القرارات التي تصدر عنها باعتبارها سلطة عامة ومن ثم يجوز الطعن فيها بالإلغاء.

أجـــاب علـــى هذا التساؤل مفوض الحكومة Tradieu في تقريره المقدم إلى مجلس الدولة في قضية Cie du Nord et autres بتاريخ ١٩٠٧/١٢/٦ حيث قرر (أن الأوامر التي توجهها الدولة للشركات تختلف آثارها حسبما إذا كانـــت مـــتخذه بناءً على كراسة الشروط أو بناءً على اللوائح : ففي الحالة الأولـــى يجـــب على الشركة أن تقيم دعواها أمام قاضي العقد. وفي الحالة الثانية، فإن شرعية هذه الأوامر يجب أن تبحث في حد ذاتها، مع تجريدهـــا

---

(١) راجع :

C.E., 6 decembre 1906, Cie du Nord et autres, Rec., P. 913, concl. Tradieu.

مـــن العقد، ولذلك فإن طريق الطعن بالإلغاء هو الطريق الذي يجب أن تلجأ الشركة للطعن على قرارات السلطة العامة)[1].

كذلك أجاب على هذا التساؤل أيضاً مجلس الدولة المصري حيث قضـــت محكمـــــة القضـــــاء الإداري بـــأن القرار يكون متعلقاً بتنفيذ العقد إذا كان صادراً من جهة الإدارة استناداً إلى نصوص العقد أو تنفيذاً له[2].

ب ـ الطعون المقدمة من المتعاقدين ذوي المراكز اللائحية :

إن عقـــد الـــتوظف هو من العقود الإدارية التي تتوافر فيها كل عناصر ومميـــزات العقد الإداري، فهو عقد يسهم به الطرف المتعاقد مع الإدارة في إدارة مـــرفق عام يدار بطريق مباشر ويقوم الموظف بتمثيل الإدارة في هذه المهمـــة، ويحوي هذا العقد جانبين : جانب تعاقدي وجانب لائحي، فهو عقد ذو طبيعة مركبة يحوي نوعين من النصوص : نصوص يحتويها العقد ذاته ونصوص أخرى يصدرها القانون أو اللوائح.

ويتمثل الجانب التعاقدي في النصوص الخاصة بمدة العقد ومقدار المرتب والمكافآت ونوع العمل، أما الجانب اللائحي أو التنظيمي فيتمثل في إجراءات العمـــل والقواعـــد الخاصـــة بتنظيمه. ويترتب على الطبيعة المختلطة للعقد الإداري المبرم بين الموظف والإدارة وجود نوعين من الطعن هما :

الأول : الطعـــن أمـــام قاضي العقد، وذلك بالنسبة للقرارات التي تصدرها الإدارة استناداً إلى النصوص التعاقدية[3].

---

(١) راجع :
تقريـــر مفوض الحكومة Tradieu على حكم مجلس الدولة الصادر في قضية Cie du Nord et autres بـــتاريخ ١٩٠٧/١٢/٦، منشـــور فـــي مجلة سيري، سنة ١٩٠٨، القسم الثالث، ص ١.

(٢) راجع :
- حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٨٦٧ لسنـــة ١١ ق، بجلسة ١٩٥٧/١٢/٢٩، س ١٢ ، ١٣، ص ٣٦، وراجـــع أيضا حكمها في القضية رقم ١٩٧ لسنة ١١ ق، بجلسة ١٩٥٧/١/٢٧.
(.. إذا كـــان الإلغاء (إلغاء العقد) مستنداً إلى نصوص القانون فقط وبالتطبيق لأحكامه كان القـــرار الصـــادر بالإلغاء قرارا إداريا ويطعن فيه أمام محكمة القضاء الإداري بدعوى الإلغاء ويدخـــل فـــي نطاقهـــا.. أمـــا إذا كان إلغاء العقد مستندا إلى نصوص العقد وتنفيذا لـــه، فإن المـــنازعة بشأنه تكون محلا للطعن أمام محكمة القضاء الإداري على أساس استعداء الولاية الكاملة لهذا القضاء...).
لمزيد من التفاصيل راجع :
- دكـــتور/ محمد عبدالعال السناري، مبادئ وأحكام العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٩١ وما بعدها.

(٣) راجع :
- دكتورة/ عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري وتطبيقاتها في الكويت، المرجع السابق، ص ١٣٩ ، ١٤٠.
- دكتور/ محمد عبدالعال السناري، مبادئ وأحكام العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٩٥.

الثاني : الطعـــن بالإلغاء أمام قاضي الإلغاء وذلك بالنسبة للقرارات التي تتخذها الإدارة بناءً على سلطتها المستمدة من النصوص اللائحية[١].

ثانياً : طعون المستفيدين في حالة عقود الامتياز :

ممـــا لا شك فيه أن المنتفعين بالخدمات التي يؤديها المرفق العام، وإن كـــانوا مـــن الغير بالنسبة لعقد التزام المرافق العامة إلا أن لهم مصلحة في أداء المـــرفق للخدمات المنوطة به وبصفة منتظمة وعلى نحو يتفق مع ما نصت عليه وثيقة الالتزام من ناحية ويتفق مع القانون من ناحية أخرى[٢].

ومن أجل هذا أباح القضاء الإداري في فرنسا ومصر للمنتفعين بخدمات المرفق العام الطعن بالإلغاء ضد القرارات المتعلقة بالتنفيذ استقلالاً عن عقد الامتـــياز، إذ خالفـــت تلـــك القرارات النصوص اللائحية الواردة في وثيقة الامتياز أو خالفت قاعدة قانونية[٣].

وعلـــى ذلـــك إذا ما خرج الملتزم على النصوص اللائحية الواردة بعقد الامتـــياز والتي تنظم كيفية أداء الخدمة للمنتفعين، فإن للمنتفعين أن يطلبوا مـــن الإدارة أن تـــتدخل لاستعمال الحقوق المقررة لها تجاه الملتزم لإجباره على احترام شروط العقد. فإذا رُفضت الإدارة التدخل صراحة أو ضمناً، حُق للمنـــتفع أن يطعن أمام قاضي الإلغاء في هذا القرار لمخالفته للقانون، وحُق لمحكمـــة القضاء الإداري إلغاؤه، وحينئذ يتحتم على الإدارة أن تتدخل لدى الملتزم – تنفيذاً لحكم الإلغاء – وتلزمه باحترام شروط العقد.

---

(١) راجع :

- C.E., 9 juin 1948, Cousin, Rec., P. 254; C.E., 3 mai 1982, Mme Vidy, Rec., P. 166.

– حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعـــن رقم ٧٩٢ لسنة ٤ ق، بجلسة ١٩٦٠/٥/١٤، س ٥، ص ٩٣٥.

– حكـــم محكمة القضاء الإداري في القضية ١٠٥ لسنـــة ٤ ق، بجلســـة ١٩٥٢/١/٢٤، س ٦، ص ٣٧٧.

ويراجع أيضاً :

– دكتور/ محمد عبدالعال السناري، مبادئ وأحكام العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٩٥.

(٢) انظر :

– دكـــتور/ محمـــود عاطف البنا، الوسيط في القانون الإداري، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، ١٩٩٢، ص ٥٢٣.

وراجع أيضاً :

– دكـــتور/ محمد عبدالعال السناري، مبادئ وأحكام العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٩٩.

(٣) راجع :

C.E., 28 mai 1909, Bruzzo, Rec., P. 561.

المبحث الثالث

ولاية القضاء الإداري في ظل قانون تنظيم القضاء رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٠

قبل إنشاء الدائرة الإدارية كان الفقه يشير إلى أن نظام الشرعية في الكويت لا ينقصه سوى نظام الإلغاء، بما يسمح للأفراد الحق في المطالبة بإلغاء القرارات الإدارية المعيبة وليس فقط لمجرد التعويض عنها. وهذا يمكن تحقيقه بأحد طريقين :

١- إما إلغاء المادة الثانية من قانون تنظيم القضاء رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩، وهي التي تمنع القضاء من التعرض للقرار الإداري بإلغائه أو بوقف تنفيذه أو بتأويله، وهكذا يسترد القاضي سيادته على القرارات الإدارية، وأن يستبدل بهذه المادة مادة أخرى تجيز له صراحة بسط رقابته عليها وذلك قطعاً لكل شك.

٢- أو إنشاء دائرة خاصة بالمحكمة الكلية تختص بالنظر في المنازعات الإدارية عموماً، إلغاءً وتعويضاً، وتستأنف أحكامها أمام محكمة الاستئناف العليا[١].

والواقع أن الأخذ بالطريق الأول وحده لم يكن كافياً لبسط ولاية القضاء الكويتي على كافة المنازعات الإدارية وذلك بملاحظة صياغة المادة الأولى من قانون تنظيم القضاء رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩، والتي حصرت ولاية القضاء في منازعات الأحوال الشخصية والمسائل المدنية والتجارية والقضاء الجنائي أو الجزائي، مما يثير التساؤل حول الاختصاص بالفصل في المنازعات الإدارية التي لم تذكر إلا في المادة الثانية المقترح استبدالها[٢].

ولذلك كان لاعتناق المشرع الطريق الثاني ميزة لا تنكر في هذا الشأن، وإن اتسم منهجه بالقصور وشبهة عدم الدستورية لإصراره على التحديد الحصري لولاية القضاء الاداري في المنازعات الادارية، إذ ورد نص المادة (١٦٩) من الدستور على أن يكون اختصاص الدائرة الإدارية (.. شاملاً

---

(١) راجع في ذلك :
- دكتور/ عبدالفتاح حسن، مبادئ القانون الإداري الكويتي، المرجع السابق، ص ١٩٠، ١٩١.

(٢) راجع :
- محمود سامي جمال الدين، القضاء الإداري في دولة الكويت، المرجع السابق، ص ٣٣.

ولايـــة الإلغاء والتعويض بالنسبة إلى القرارات الإدارية المخالفة للقانون). وقد وردت عبارة (القرارات الإدارية) في النص بشكل مطلق أيضاً دون تقييد أو اســـتثناء، بمـــا يفيد أن اختصاص الغرفة أو الدائرة الإدارية يشمل كافة القرارات الإدارية دون تقييد، سواء أكانت قرارات فردية أو قرارات تنظيمية وســـواء تعلقت بشئون الموظفين أو غيرهم[1]. واستمر الأمر على ذلك إلى أن صـــدر المرســـوم بقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٠ الذي أزال إلى حد كبير شبهة عدم الدستورية المشار إليها، بإلغاء المرسوم الأميري رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ بقانون تنظيم القضاء وبالأخص المادة الثانية منه.

كمـــا أنـــه خـــلال هذه الفترة صدر القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ بشأن التحكـــيم القضائي في المواد المدنية والتجارية، والذي أثار جدلاً واسعاً من جانـــب الفقه والقضاء بشأن اختصاص الدائرة الإدارية بالعقود الإدارية في ظـــل الأخذ بهذا النظام، الأمر الذي جعلنا نضع له موضع من الدراسة خلال هذه المرحلة.

وسوف نتناول هذا المبحث على النحو التالي :

المطلب الأول: تنظيم ولاية القضاء الإدارية وفق قانون تنظيم القضاء رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٠ وتعديلاته.

المطلب الثاني: مدى جواز الأخذ بالتحكيم في منازعات العقود الإدارية.

---

(١) راجع :
- دكـــتور/ عـــثمان عـــبدالملك الصالح، ولاية الدائرة الإدارية في نظر طعون الموظفين، المرجع السابق، ص ٢٧.

المطلب الأول

تنظيم ولاية القضاء الإداري وفق قانون تنظيم القضاء رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٠ وتعديلاته

لا مـراء فـي أن إلغـاء قانون القضاء رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ يعد نقلة نوعـية فـي مجـال التنظـيم القانوني لدولة الكويت، وجاء تلبية للنداءات المستمرة لرجال الفقه، وضرورة ملحة للمتغيرات السياسية والاقتصادية في البلاد.

وقد ورد نص المادة الرابعة من المرسوم بقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٠[١] بشأن تنظيم القضاء على أن (يلغى المرسوم الأميري رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ بقـانون تنظيم القضاء والقوانين المعدلة له، .. كما يلغى كل نص يتعارض مع أحكام القانون المرافق)، أي أن هذه المادة فضلاً عن أنها ألغت المرسوم الأميري رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ والقوانين المعدلة له، ألغت كل نص يتعارض مع أحكام القانون الجديد.

ولقـد ورد نص المادة الأولى من قانون تنظيم القضاء على أن (تختص المحـاكم بالفصل في جميع المنازعات والجرائم إلا ما استثنى بنص خاص. ويبيـن القـانون قواعـد اختصاص المحاكم)، وبذلك اتفقت هذه المادة مع مقتضـيات حق التقاضي فيما عدا إجازاتها للاستثناء بنص خاص، وهو ما يعني جواز استبعاد بعض المنازعات الإدارية من ولاية القضاء، وذلك على سـبيل الاسـتثناء بنص صريح في القانون. بيد أن هذا الاستثناء يثير بحق شبهة مخالفة أحكام الدستور حيـث ورد بالمخالفة لما ورد بنـص المـادة (١٦٦) والتـي تـنص على أن (حق التقاضي مكفول للناس، ويبين القانون الإجـراءات والأوضـاع اللازمـة لممارسـة هذا الحق)، وهو ما يعني أن الدسـتور لم يقيد حق التقاضي باستبعاد بعض أعمال الإدارة من حق الأفراد فـي الطعن عليها، ولكنه فقط أعطى للمشرع تنظيم ممارسته دون الانتقاص منه. ومن ثم تعين أن تجري على هذا الاستثناء قواعد التفسير الضيق وعدم جواز التوسع فيه أو القياس عليه[٢].

---

(١) صـدر المرسوم بقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٠ بشأن تنظيم القضاء بتاريخ ١٩٩٠/٣/١٠، وبـدأ العمـل بـه اعتباراً من أول سبتمبر ١٩٩٠ وفقاً لنص المادة الخامسة منه. ونشر بجريدة الكويت اليوم – العد ١٨٦٧ السنة السادسة والثلاثون.
وعدل بالقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٩٦ الصادر بتاريخ ١٩٩٦/٣/٢٥ والمنشور بجريدة الكويت اليوم بالعدد ٢٥١ السنة الثانية والأربعون.

(٢) راجع في ذلك :
– دكـتور/ محمود سامي جمال الدين، القضاء الإداري في دولة الكويت، المرجع السابق، ص ٣٤.

كمـــا ورد نـــص المادة الثانية من قانون تنظيم القضاء على أنه (ليس للمحاكم أن تنظر في أعمال السيادة)، والواضح اختلاف نص هذه المادة في صياغتها عن سياق المادة الثانية من المرسوم رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ الملغي والتـــي كانـــت تســـلب المحـــاكم صراحة ولاية الإلغاء ووقف تنفيذ وتفسير القـــرارات الإداريـــة. ومـــن غير شك فإن لهذا الموقف من المشرع دلالته الواضـــحة فـــي إزالة هذا الحظر أو التحصين، بحيث يسترد القاضي ولايته على كافة القرارات الإدارية، خاصة مع الصياغة الجديدة للمادة الأولى والتي أشارت إلى امتداد هذه الولاية إلى جميع المنازعات دون استثناء.

وهكـــذا أخـــذ المشـــرع بالطريق الأول الذي نادى به الفقه[١] لمواجهة القصـــور الذي شاب قانون إنشاء الدائرة الإدارية عام ١٩٨١ وما لحقه من تعديل عام ١٩٨٢، بحيث تشمل ولاية القضاء كافة المنازعات الإدارية، وأن هـــذه الولايـــة تشـــمل قضـــاء الإلغاء إلى جانب قضاء التعويض تجاه كافة القرارات الإدارية، ما لم يستثنى منها بنص خاص.

ويفهـــم مـــن ذلـــك أن اختصـــاص الدائرة الإدارية بالمنازعات الإدارية المنصوص عليها في المواد الأولى والثانية والخامسة من قانون إنشائها، لا يحـــول دون اختصـــاص الدوائـــر الأخرى بالفصل في غير تلك المنازعات الإدارية المحددة حصراً[٢].

ويـــرى الباحث أن هذا التحول في موقف المشرع يؤدي عقلاً ومنطقاً إلى رفع الحجر الواقع على المحاكم بمقتضى المادة الثانية من المرسوم الأميري رقم ١٩/١٩٥٩ وإزالة أية محظورات تشريعية تحد من حق المحاكم المدنية العادية في التصدي بولاية القضاء الكامل في كل ما لم يـــرد حصراً ضمـــن اختصاصات الدائرة الإدارية بموجب قانون إنشائها المعدل.

---

(١) دكـــتور/ عبدالفـــتاح حسن، مبادئ القانون الإداري الكويتي، المرجع السابق، ص ١٩٠ ، ١٩١.

(٢) ممـــا يؤكد هذا القول ما أورد المشرع في قانون القضاء في المادتين السابعة والثامنة من أنـــه يلـــزم أن تعيـــن الجمعـــية العامـــة للمحكمة الكلية دائرة أو أكثر فيها، وفي المحاكم الجزائية، تختص بنظر القضايا التي تكون الحكومة أو إحدى الهيئات العامة أو المؤسسات العامـــة طـــرفا فـــيها، وبذلك تختص هذه الدوائر على وجه التحديد بالفصل في المنازعات الإدارية وفقا لقانون إنشائها. راجع في ذلك :
- دكـــتور/ محمود سامي جمال الدين، القضاء الإداري في دولة الكويت، المرجع السابق، ص ٣٥.

إلا أن محكمة الاستئناف الكويتية لها قول مختلف حيال هذه المسألة[1]، إذ أنهـا ترى أنه (ولئن كان المرسوم بقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ المعدل بالقانون رقم ٦١لسنة ١٩٨٢ قد خول الدائرة الإدارية اختصاصاً محدوداً في مجال نظر طلبات إلغاء القرارات الإدارية في البنود من ثانياً إلى خامساً من المـادة الأولى، إلا أن ذلك لا يعني أن طلبات إلغاء ما عدا ذلك من القرارات الإداريـة يـرتد الاختصاص بنظرها إلى الدوائر المدنية والتجارية بالمحكمة الكلية، أخذاً بعموم ما نصت عليه المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٠ بشأن قانون تنظيم القضاء على أن "تختص المحاكم في جميع المـنازعات والجـرائم إلا ما استثنى بنص خاص، ويبين القانون اختصاص المحـاكم"، ذلك أن قضاء إلغاء القرارات الإدارية – وعلى ما ورد بالمذكرة الإيضـاحية للمرسـوم بقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ المشار إليه استحدث ولأول مـرة بالكويت بمقتضى هذا المرسوم، اعتباراً من بداية العمل به في الأول من أكتوبر ١٩٨١، أما قبل ذلك فلم يكن التنظيم القضائي فـي الكويت

---

(١) تبدأ وقائع النزاع بصدور قرار نقل لموظف عام، وإذ رأى هذا الموظف أن القرار يحمل في طـياته شـبهة الجزاء التأديبي المقنع أو المستتر، فقد طعن بعدم مشروعيته أمام الدائرة الإداريـة إسـتناداً إلى اختصاصها وفقاً للبند الرابع من المادة الأولى من قانون إنشائها، غـير أن الدائرة رأت أن القرار لا يحمل شبهة الجزاء التأديبي المقنع، ومن ثم فهو قرار نقـل مكانـي لا يدخـل بالتالي ضمن اختصاصاتها المحددة على سبيل الحصر، وحيث أنه يتعيـن علـيها وفقاً للمادة ٢/٧٨ من قانون المرافعات إحالة الدعوى بحالتها إلى الدائرة المختصـة، فقـد أمرت بإحالتها إلى الدائرة المدنية بالمحكمة الكلية للاختصاص بنظرها، وأسست قضاءها على أن المرسوم بالقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ بإنشاء دائرة بالمحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية المعدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٢، وقد أورد اختصاص هـذه الدائـرة في المادتين (١ ، ٢) منه على سبيل الحصر، ولم يقرر لها الولاية العامة بـنظر كافـة المـنازعات الإدارية، وما أورده المشرع في اختصاص الدائرة الإدارية على سـبيل الحصر ليس من بينه الطعن في قرارات النقل مثل القرار المطعون فيه، كما أنه لا يعـد جـزاءً تأديبيا مقنعا حتى يمكن أن تختص به هذه الدائرة طبقاً للبند رابعاً من المادة الأولـى من القانون المشار إليه، مما يتعين معه القضاء بعدم اختصاص دائرة المنازعات الإداريـة نوعـيا بـنظر الدعوى. ولما كان النص في المادة (١) من قانون تنظيم القضاء يقضـي باختصـاص المحاكم للفصل في جميع المنازعات إلا ما استثنى بنص خاص وأن القـانون يبيـن قواعـد اختصاص المحاكم، وقد بين القانون على سبيل الحصر اختصاص الدائـرة الإدارية مما يكون الاختصاص بنظر باقي المنازعات للقضاء العادي دون القضاء الإداري ممـا يحتم إحالة الدعوى إلى الدائرة المدنية بالمحكمة الكلية للاختصاص بنظرها (حكمها في ١٩٩٣/٢/٢، القضية ١٩٩٢/١٢٣ إداري كلي).

وقد أيدت الدائرة المدنية موقف الدائرة الإدارية، ومن منطلق تقريرها اختصاصها بنظر الدعـوى، قبلـتهـا شكلاً، ورفضتهـا موضوعـا (حكمها في ١٩٩٣/٦/٢٨، القضية ١٩٩٣/٣٦٠ مدني).

لم يقبل المدعي بالحكمين فطعن عليهما بالاستئناف متمسكاً باختصاص الدائرة الإدارية تأسيسـا علـى تسـتر الإدارة بإجـراء النقل لتوقيع جزاء تأديبي مقنع، غير أن محكمة الاسـتئناف رفضـت هذا التكييف لقرار النقل، مما يجعله بمنأى عن رقابة الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية حسب الاختصاص النوعي المحدد لها.

يعرف قضاء إلغاء القرارات الإدارية، وكانت هذه القرارات تولد حصينة من الطعـــن بالإلغاء، ولذلك كانت المادة الثانية من قانون تنظيم القضاء رقم ١٩ لســـنة ١٩٥٩تنص على أن للمحاكم، دون أن تلغي الأمر الإداري أو توقف تنفـــيذه أو تؤوله، أن تفصل في المنازعات المدنية والتجارية التي تقع بين الأفـــراد والحكومة عدا الحالات التي ينـــص فيها القانون علـــى غير ذلك، فلمـــا صـــدر المرسوم بقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ المشار إليه، استحدث قضـــاء الإلغـــاء وعهد به إلى دائرة إدارية تشكل من ثلاثة قضاة – وليس قاضياً فرداً كما هو الحال بالنسبة للدوائر المدنية والتجارية بالمحكمة الكلية – موضـــحاً فـــي مذكرته الإيضاحية أنه قد روعي في هذا التشكيل الثلاثي ما يتميز به قضاء الإلغاء من مقومات أهمها أنه ليس قضاءً تطبيقياً وإنما هو قضاء يبتدع الحلول المناسبة للمنازعات التي تنشأ بين الإدارة والأفراد وهى تخـــتلف بطبيعـــتها عن منازعات القانون الخاص، ولما صدر هذا المرسوم أصـــبح لقضاء إلغاء القرار الإداري قاض طبيعي يتمثل في الدائرة الإدارية المنشـــأة بذلك المرسوم، ولما كانت هذه الدائرة لم يعتبرها المشرع محكمة قضـــائية مســـتقلة، وإنما لا تعدو أن تكون دائرة من دوائر المحكمة الكلية ولكنها ذات اختصاص نوعي وتشكيل خاص، مما يدرجها في مجمل التنظيم القضائي للمحاكم، فقد رؤي عند إعداد قانون تنظيم القضاء الصادر بالقانون رقـــم ٢٣ لســـنة ١٩٩٠ حـــذف النص الوارد في المادة (٢) من المرسوم بقـــانون رقـــم ١٩ لســـنة ١٩٥٩ الذي كان يحظر على المحاكم إلغاء الأمر الإداري أو وقـــف تنفـــيذه أو تأويله لأن بقاءه لا يتسق ونشأة قضاء إلغاء القرارات الإدارية منذ أول أكتوبر ١٩٨١ والعهد به للدائرة الإدارية المنشأة بالقانون ٢٠ لسنة ١٩٨١.

ومـــن ثم لا يعني حذف هذا النص من القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٠ أن يصبح لجميع المحاكم والدوائر إلغاء القرارات الإدارية ووقف تنفيذها، وإنما يتعيـــن الوقوف عند نص المادة الأولى من قانون تنظيم القضاء المشار إليه التـــي نصت على أن (تختص المحاكم بالفصل في جميع المنازعات والجرائم إلا مـــا استثنى بنص خاص ويبين القانون قواعد اختصاص المحاكم) فالأمر إذن مـــرده إلى القانون في قواعد الاختصاص للمحاكم، فإذا كان قضاء إلغاء القـــرارات الإدارية قد استحدث وعهد به إلى الدائرة الإدارية بمقتضى قانون خـــاص وروعـــي فـــيه تشـــكيل خـــاص لهـــذه الدائرة، بل وبعض الأحكام والإجـــراءات الخاصة، يظل المنع قائماً بالنسبة إلى ما عدا ذلك من قرارات، ســـواء بالنسبة للدائرة الإدارية التي هى القاضي الطبيعي في الإلغاء، ومن باب أولى بالنسبة للدوائر الأخرى بالمحكمة الكلية.

وحيث أنه، ولما سبق ذكره فإنه كان يتعين على الدائرة الإدارية - وقد بـــان لهـــا أنّ القرار المطعون فيه بالإلغاء قرار نقل مكاني بحت ولا ينطوي علـــى عقوبـــة مقنعة بما لا يخرج عن نطاق اختصاصها المحدد في المادة الأولى من قانون إنشائها - أن تقف في قضائها عند عدم اختصاصها بنظر الدعـــوى دون أن تحـــيلها إلـــى الدائرة المدنية لأن هذه الدائرة بدورها لا تخـــتص بنظر طلبات إلغاء القرارات الإدارية على وجه العموم، ومن ثم فإن الحكـــم الصـــادر مـــن الدائرة الإدارية في هذا الخصوص يكون قد أخطأ في تطبـــيق القـــانون ويتعيـــن إلغاؤه، ومتى كان ذلك يصبح الحكم الصادر من الدائـــرة المدنية الذي نظر الدعوى وقضى فيها بالرفض صادراً من محكمة غير مختصة حقيقاً بدوره بالإلغاء)[1].

وقد استقرت فيما بعد أحكام الاستئناف الكويتية على هذا المبدأ وتوالت، ودرجت على الإحالة إلى هذا الحكم في الطعون اللاحقة[2].

كمـــا أن مـــا خلصت إليه محكمة الاستئناف قد صادف قبولاً من محكمة التمييـــز التي اعتمدت ما تم إقراره دون أن تلج في التفصيلات، وأكدت هذا الاتجاه في العديد من أحكامها[3].

---

(١) حكم محكمة الاستئناف في الطعن رقم٩٣/٢٤٣ مدني/ إداري، جلسة ١٩٩٣/١١/١١ غير منشور.

(٢) حكـــم محكمة الاستئناف في الطعن رقم ٩٣/٦١ مدني/ إداري، جلسة ١٩٩٣/١١/٢٥ غير منشور.

(٣) الطعـــن بالتمييـــز رقـــم ٩٣/٢١٦ تجاري، جلسة ١٩٩٤/٥/٢، موسوعة مبادئ القضاء الإداري التي أقرتها محكمة التمييز في سبعة عشر عاماً - إدارة الفتوى والتشريع، الكتاب الأول - الجزء الأول، الطبعة الأولى، ١٩٩٩، ص ١٥٧، قاعدة ١٩.

ويـــبدو أن الدائـــرة الإداريـــة قد عدلت عن نهجها بإحالة الدعوى إلى الدائرة المدنية بالمحكمـــة الكلية متى ثبت لها أن قرار النقل لم يكن متوحشاً بالجزاء ناضجاً بالسخط على الموظف لنفس السبب الذي جوزي من أجله، وقضت بعدم اختصاص بإلغاء قرار النقل.

وراجع في نفس المعنى :

- حكمهـــا في الطعن رقم ٢١٧ لسنة ٩٣ تجاري، جلسة ١٩٩٤/٣/٢٢، موسوعة مبادئ القضاء الإداري، الكتاب الثاني - الجزء السادس، ص ٣٨٧ (حيث أقام الطاعن الدعوى رقـــم ١٣٩ لسنـــة ٩٢ أمام الدائـــرة الإدارية بالمحكمـــة الكلية والتي حكمت بجلسة ١٩٩٣/٤/١٤ بقبول الدعوى شكلاً وفي الموضوع بإلغاء قرار نقله من منطقة الأحمدي الصحية للعمل لدى ديوان عام الوزارة مبنى الشئون الإدارية والقانونية وما ترتب عليه مـــن آثار، طعنت الوزارة في الحكم أمام محكمة الاستئناف والتي قضت في الطعن رقم ١٥٠ لسنـــة ٩٣ (إداري مدنـــي) بـــتاريخ ١٩٩٣/١١/٢٦ بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به من إلغاء قرار النقل المستأنف عليه وبعدم اختصاص المحكمة بنظر طلب إلغاء هـــذا القـــرار، طعن الطاعن في هذا الحكم بطريق التمييز، وأقرت ما ذهبت إليه محكمة الاســـتئناف فـــي حيثات حكمها، وأوردت (.. ومن ثم يخرج عن اختصاص تلك الدائرة طلبات إلغاء قرارات ندب ونقل الموظفين إلا أن تكون هذه القرارات منطوية على عقوبة مقنعة مما تختص الدائرة بنظره).

وفي حكمهـا الصادر في ٢٠٠٢/٦/١٠ ذهبـت محكمة التمييز إلى أن (.. دعـاوي إلغـاء القرارات الإدارية الأخرى لا تخرج فقط عن اختصاص الدائرة الإدارية بل وعن اختصاص الدوائر الأخرى بالمحكمة الكلية التي هى أصـلاً محجوبـة عن نظر دعاوى إلغاء القرارات الإدارية.. إن قرار النقل المذكور لا ينطوي على ثمة جزاء تأديبي مقنعاً وتنحسر عنه رقابة القضاء الإداري بالمحكمة الكلية وإذ وقفَ الحكم المطعون فيه عند حد القضاء بعدم اختصاص المحكمة ولائياً بنظر الدعوى فانه يكون قد التزم التطبيق الصحيح للقـانون ويضـحى النعى عليه في هذا الصدد على غير أساس، ولما تقدم يتعين رفض الدعوى)[1].

وكـان من المتوقع من محكمة التمييز إزاء هذا التضارب في الأحكام أن تعمل نص المادة (٤) من قانون تنظيم القضاء رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٠ والتي تـنص على أن (.. وإذا رأت إحدى الدوائر العدول عن مبدأ قانوني قررته أحكـام سابقة صادرة منها أو من الدوائر الأخرى أحالت الدعوى إلى دوائر المحكمة مجتمعة للفصل فيها، وتصدر الأحكام بأغلبية الآراء). وذلك بإحالة الدعـوى إلـى إدارة توحيد المبادئ لإقرار مبدأ في الاختصاص يقضي على هذا التضارب، ولكنها لم تفعل وتوالت أحكامها على هذا المنوال.

إلا أننا نتردد فـي قبول ما انتهت إليه محكمة الاستئناف وبعدها محكمة التميـيز، ونتمسـك بأن صدور قانون بتنظيم القضاء رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٠ أثمـر نتـيجة مؤداهـا رفع أية حواجز تشريعية كانت تعترض سبيل ولاية المحاكمة المدنية الكاملة في نظر الطعون الإدارية بأنواعها، في الحدود التي لا تـندرج فـي نطـاق الاختصاص الحصري المقرر بقانون إنشاء الدائرة الإدارية المعدل ولنا في ذلك الحجج التالية :

١- الاتجـاه الفقهي الذي يؤكد عدم دستورية الاتجاه التشريعي بحصر اختصاصات الدائرة الإدارية وفقاً لما نص عليه قانون إنشائها.

٢- الأصـل أن حـق التقاضـي مكفـول للكافـة وأن عبـارة (إلا ما اسـتثنى بـنص خـاص) التي نصت عليها المادة الأولى من قانون تنظيم القضـاء رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٠ ليس لها سند من نصوص الدستور التي لم تفوض المشرع العادي في تقرير أي استثناء على حق التقاضي[2].

---

(١) حكـم محكمة التمييز في الطعن رقم ٢٠٠١/٣٨٤ مدني - الدائرة المدنية الثانية -، جلسة ٢٠٠٢/٦/١٠، حكم غير منشور.

(٢) دكتور/ محمود سامي جمال الدين، القضاء الإداري في دولة الكويت، المرجع السابق، ص ٣٤.

٣- فضلاً عن الريبة والتوجس من دستورية استثناء بعض المنازعات من اختصاص القضاء، فإن هذا الاستثناء لا يتقرر إلا بنص خاص، ولا يتوسع في تفسيره مثل الاستثناءات الموضحة في الفقرة الخامسة من المادة الأولى من قانون إنشاء الدائرة الإدارية، والمادة (١٧) من المرسوم بقانون رقم ٤ لسنة ١٩٨٧، في شأن التعليم العالي، التي نصت على أنه (لا تخضع قرارات الوزارة المتعلقة بإجراءات ونتائج الامتحانات للطعن أمام القضاء، كما أن قانون إنشاء الدائرة الإدارية كان يستبعد صراحة من اختصاصها النظر في قرارات إنهاء الخدمة الصادرة عن مجلس الوزراء في المادة (٤/١)، ولم نقف على ثمة نص يمنع المحاكم المدنية من التصدي والفصل في باقي المنازعات الإدارية التي لم يدرجها القانون ضمن ولاية الدائرة الإدارية.

٤- إن ما تضمنته حيثيات حكم الاستئناف من أن المشرع استحدث قضاء الإلغاء وعهد به إلى دائرة تشكل من ثلاثة قضاة وليس قاضياً فرداً كما هو الحال بالنسبة للدوائر المدنية والتجارية لم تعد له قيمة تذكر بعد التعديل الذي طرأ على قانون تنظيم القضاء إذ تنص المادة السابعة حالياً على أن (تؤلف المحكمة الكلية من رئيس وعدد كاف من وكلاء المحكمة والقضاة وتشكل فيها دوائر حسب الحاجة وتصدر أحكام المحكمة الكلية من ثلاثة قضاة عدا القضايا التي ينص القانون على صدور الحكم فيها من قاض واحد)[1].

٥- إن ما حملته أسباب حكم الاستئناف من أن المشرع لم يعتبر الدائرة الإدارية محكمة إدارية مستقلة، وإنما لا تعدو أن تكون دائرة من دوائر المحكمة الكلية، هو حجة عليه وليس له، لأنها إذا كانت كذلك فإنها ملزمة بتطبيق نص المادة (٢/٧٨ ، ٣) من قانون المرافعات، التي توجب الإحالة إلى المحكمة المختصة عند القضاء بعدم الاختصاص النوعي أو القيمي، وبأن تلتزم المحكمة المحال إليها الدعوى بنظرها.

٦- إن حكم محكمة الاستئناف قد سلب اختصاص المحاكم المدنية المقرر منذ العمل بقانون تنظيم القضاء الملغي رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ بالفصل في منازعات التعويض عن القرارات الإدارية الباطلة، بما مفاده أن قانون إنشاء الدائرة الإدارية قد فرض قيداً جديداً على التقاضي بالنسبة للدوائر المدنية ويصعب التسليم بأن إرادة الشارع قد قصدت هذا التوجه.

---

(١) تم هذا التعديل بموجب القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٩٦.

٧- إن المـــادة الثانية من قانون تنظيم القضاء السابق كانت هى العقبة الكـــؤود أمام اختصاص المحاكم المدنية بكل ما يتعلق باختصاصات القضاء الإداري وأن إلغاءهـــا يمـــنح الاختصاص تلقائياً لهذه المحاكم، وبالتالي فإن إلغـــاء هـــذه المادة يعني اختصاص المحاكم المدنية في كل ما لا تختص به الدائرة الإدارية[١].

ومما يؤسف أن محكمـــة التمييز في أحكامها المتلاحقة أخذت بهذا الاتجاه وقـــررت عـــدم اختصـــاص الدائرة الإدارية بالمنازعات الإدارية إلا بما ورد بنصـــوص قانون إنشائها والقانون المعدلة لـــه، ولم تقف عند هذا الحد بل قـــررت عدم اختصاص الدائرة المدنية بنظر المنازعات الإدارية التي تخرج عن اختصاص الدائرة الإدارية.

نخلص مما سبق إلى أن النصوص القانونية السارية حالياً لا تقف حائلاً أمـــام تحقق الولاية الكاملة لدوائر المحكمة الكلية المدنية، في نظر منازعات إلغـــاء ووقف تنفيذ القرارات الإدارية التي لا تدخل ضمن اختصاص الدائرة الإدارية[٢].

ومن الملاحظ أنه كان من المتوقع أن يتعرض المشرع في قانون تنظيم القضـــاء إلى مسألة الأسلوب الحصري لاختصاصات الدائرة الإدارية، ولكنه آثـــر الســـكوت، رغم تغير الظروف عند إصدار قانون تنظيم القضاء الجديد عنه حين صدر قانون إنشاء الدائرة الإدارة وتعديله، وذلك بجعل الاختصاص عـــام وشـــامل كافة المنازعات الإدارية، ومن ثم فإننا ننضم إلى الفقه الذي يـــنادي بإنشـــاء مجلس دولة على غرار مجلس الدولة المصري يكون لـــه الاختصاص الشامل بالمنازعات الإدارية.

---

(١) دكتور/ عبدالفتاح حسن، مبادئ القانون الإداري الكويتي، المرجع السابق، ص ١٩١.
(٢) دكتور/ محمود سامي جمال الدين، القضاء الإداري في دولة الكويت، المرجع السابق، ص ٤٢ ، ٤٣.

المطلب الثاني

مدى جواز الأخذ بالتحكيم في منازعات العقود الإدارية

مما لا شك فيه أن المنازعات التي ترفع أمام جهة القضاء الإداري سواء في فرنسا أو مصر أو الكويت تزداد باطراد، ومن شأن ذلك إعاقة القيام بمهمة الفصل في المنازعات بسرعة وهو ما يؤدي إلى بطء العدالة، وهذا ما أشارت إليه الدراسة التي أعدها مجلس الدولة الفرنسي والتي كانت تتصدر التعديل الذي تضمنته المادة (١٣) من القانون رقم ٨٧ - ١١٢٧ الصادر في ٣١ ديسمبر سنة ١٩٨٧ والذي أعطى أساساً قانونياً لبعض الوسائل البديلة للقضاء لحل المنازعات، حيث أحالت هذه المادة إلى مراسيم تصدر من مجلس الدولة يحدد فيها شروط خضوع الدولة، والهيئات المحلية، والمؤسسات العامة للوسائل البديلة لحل منازعاتها في مجال العقود والمسئولية غير العقدية، وذلك بهدف تخفيف العبء عن القضاء ومساعدته في القيام بمهمته بنجاح وفي وقت قصير[1].

هذا فقد تضطر الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الأخرى إلى التدخل في إبرام عقود التنمية الاقتصادية، ومن المتوقع أن تثور منازعات بشأن هذه العقود، ويعتبر التحكيم هو الوسيلة المثالية لحسم مثل هذه المنازعات ومن ثم بدأ الاهتمام بموضوع التحكيم من جانب المشرع، فعمل على تنظيمه، وبيان قواعده وأحكامه.

وأن المستثمرين الأجانب في مختلف الدول يميلون عند تطبيق العقود التي يكون أحد أطرافها شخصاً عاماً إلى محاولة التخلص من قواعد القانون الداخلي وذلك لتجنب المخاطر الناجمة عنه، ويفضلون النص على آليات التسوية التي تؤدي إلى إخراج العقد من نطاق القانون الوطني وخضوع النزاع بشأنه للتحكيم.

وإذا كان التحكيم لا يثير أية مشكلة في اللجوء إليه في عقود الإدارة ذات الطابع الخاص، إلا أن الأمر على خلاف ذلك في العقود الإدارية، لما له من أثر سلبي على خصائصها الذاتية، والتي تميزها عن العقود المدنية

---

(١) راجع :

drbitrage 1992, P. 241.

- دكتور/ مجدي عبدالحميد شعيب، التحكيم في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، ١٩٩٨، ص ٥.

خاصة في فحوى الامتيازات التي تمنحها للإدارة في مواجهة المتعاقد معها. إذ يترتب على التحكيم امتناع القضاء عن نظر المنازعات التي أبرم الأطراف بشأنها اتفاق التحكيم، كما أن لأطراف النزاع – في حالة اتفاقهم على اللجوء إلى التحكيم – اختيار القانون الواجب التطبيق، سواء على إجراءات التحكيم، أو على موضوع النزاع.

ولهذا اختلفت الآراء حول مدى جواز اللجوء إلى التحيكم في العقود الإدارية بين مؤيد ورافض، إلى أن تدخل المشرع تحت تأثير التحولات الاقتصادية الجديدة، ومتطلبات التجارة الدولية، ودخول الدول أطرافاً فيها، ورغبة من الدول النامية في تشجيع استثمار رأس المال الأجنبي بإجازتها للتحكيم في العقود الإدارية، وذلك وفقاً لشروط وضوابط معينة يختلف مداها من تشريع إلى آخر.

تعريف التحكيم :

عرفه البعض بأنه (اتفاق على طرح النزاع على شخص معين، أو أشخاص معينين، ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به)[1].

وعرفه جانب آخر من الفقه بأنه (الاتفاق على عرض النزاع أمام محكم أو أكثر ليفصلوا فيه بدلاً من المحكمة المختصة وذلك بحكم ملزم للخصوم شريطة أن يقر المشرع هذا الاتفاق، شرطاً كان أم مشارطة)[2].

أو هو (الوسيلة القانونية التي تلجأ إليها الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية الأخرى لتسوية كل أو بعض المنازعات الحالية أو المستقبلية الناشئة عن علاقات قانونية ذات طابع إداري عقدية أو غير عقدية فيما بينها أو بين إحداها وأحد أشخاص القانون الخاص الوطنية أو الأجنبية سواء كان اللجوء إلى التحكيم اختيارياً أو إجبارياً وفقاً لقواعد القانون الآمره)[3].

---

(١) انظر :
– دكتور/ أحمد أبوالوفا، التحكيم الإختياري والإجباري، منشأة المعارف، ١٩٨٧،ص ١٥.

(٢) انظر :
– دكتور/ عصمت الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، المرجع السابق، ص ٢١.

(٣) راجع :
– دكتور/ شمس مرغني علي، التحكيم في منازعات المشروع العام، رسالة دكتوراة – حقوق عين شمس، ١٩٧٣، ص ٥٥٦ وما بعدها. =

وقــد عرفــته المحكمة الإدارية العليا بأنه (اتفاق على طرح النزاع على شخص معين، أو أشخاص معينين، ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة)[1].

وفي هذا المعنى عرفته الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بأنه (اتفــاق علــى عــرض الــنزاع أمام محكم أو أكثر ليفصلوا فيه – بدلاً من المحكمة المختصة به – وذلك بحكم ملزم للخصوم)[2].

وقــد عرفــته المحكمــة الدستورية العليا بأنه (عرض لنزاع معين بين طرفيــن علــى محكم من الأغيار يعين باختيارهما، أو بتفويض منهما، على ضــوء شروط يحددانها، ليفصل هذا المحكم في النزاع بقرار يكون نائياً عن شبهة الممالاة، مجرداً من التعامل، وقاطعاً لدابر الخصومة في جوانبها، التي أحالهــا الطرفان إليه، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية)[3].

هــذا ويمكن تعريف التحكيم بأنه (اتفاق بين طرفين على عرض النزاع أمام محكم أو أكثر للفصل فيه دون المحاكم المختصة).

صور التحكيم :

يتخذ الاتفاق على التحكيم إحدى صورتين، فهو يرد ضمن العقد الأصلي بصــدد الرابطة القانونية، فيتفق طرفا العقد على أن ما ينشأ من نزاع حول تفســير هــذا العقــد أو تنفيذه يتم البت فيه عن طريق التحكيم ويسمي هذا الاتفــاق (بشرط التحكيم). وقد يتفق الطرفان على التحكيم في العقد الأصلي ولكــن بعــد قيام النزاع بينهما، حيث يبرمان اتفاقاً خاصاً للفصل في النزاع الــذي نشــأ بأســلوب التحكيم. ويطلق على هذا الاتفاق (وثيقة أو مشارطة التحكيم).

=
- دكــتورة/ عزيزة الشريف، التحكيم الإداري في القانون المصري، دار النهضة العربية، ١٩٩٣، ص ٢١ وما بعدها.
- دكتورة/ نجلاء حسن سيد أحمد خليل، التحكيم في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص ٢٢.

(١) انظر :
- حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٨٨٦ لسنة ٣٠ ق، بجلسة ١٩٩٤/١/١٨.

(٢) انظر :
- ملــف رقم ٢٦٥/١/٥٤ في ١٩٨٩/٥/١٧، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء ٣٥، ص ٥٢٨.

(٣) راجع :
- الدعوى الدستورية رقم ١٣ لسنة ١٥ ق، بجلسة ١٩٩٤/١٢/١٧.

والفـــرق بين كل من شرط التحكيم ومشارطة التحكيم يتمثل في أن الأول يتعلق بنزاع سيولد à naitre، بينما يتعلق الثاني بنزاع ولد Litige né[1].

الطبيعة القانونية للتحكيم :

لقد ثار الجدل بين الفقهاء وتعددت مذاهبهم بصدد بيان الطبيعة القانونية للتحكيم، فمن الفقهاء من قال بأنه ذو طبيعة عقدية، ومنهم من قال بأنه ذو طبيعة قضائية، وهناك من قال بأنه ذو طبيعة مختلطة.

١- الطبيعة التعاقدية :

انطلاقـــاً من أن عمل المحكم يتم استناداً إلى عقد التحكيم، ذهب البعض إلـــى القـــول بـــأن التعاقد الذي ينظم التحكيم من بدايته إلى نهايته، أي أن أطـــراف هـــذا الإتفاق يتولون بإرادتهم اختيار النظام الذي يرتضونه لحسم المـــنازعات التي تثور بينهم وتعيين المحكم وبيان اختصاصاته والوقت الذي يـــتم فيه التحكيم ومكانه والاجراءات التي تحكم سيره والقوة الملزمة لحكم التحكـــيم. وهذا يعني أن المحكم يستمد سلطته من اتفاق التحكيم سواء أكان فـــي صـــورة شروط أم مشارطة وليس من القانون، وينعكس ذلك على حكم المحكم الذي يعد كما لو كان منبثقاً عن التعاقد ذاته، ولا يعد المحكم قاضياً، بـــل لا يخرج – وفقاً لوجهة نظر أنصار هذا الاتجاه – عن كونه وكيلاً عن أطراف التحكيم[2].

وأن الأمـــر بالتنفـــيذ الذي يصدره القضاء بعد ذلك، هو الذي يمد قرار المحكمين بقوة السلطة العامة ويرفعه إلى مرتبة أحكام القضاء[3].

ورفـــض اعتـــبار المحكـــم قاضـــياً من جانب هذا الفقه إنما يتأتى من اعتمادهم في المقام الأول على المعيار الشكلي في تحديد من يسبغ عليه هذا الوصف، فهم يؤمنون بأن إقامة العدالة وظيفة حكر على الدولة ولا يمكن أن تمارس إلا من قبل أعضاء السلطة القضائية الذين يتولون مهام وظيفتهم في

---

(١) راجع :
– دكتور/ محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، ١٩٩٧،ص ١٧٢.
(٢) راجع :
– دكتور/ محمد حامد فهمي، تنفيذ الأحكام والسندات التنفيذية، ١٩٥١، ص ٤١.
(٣) راجع :
– دكتور/ محمد حامد فهمي، تنفيذ الأحكام والسندات التنفيذية، المرجع السابق، ص ٤٣.

الدولـــة ذاتها، وبالتالي فلا يمكن وفقاً لوجهة النظر هذه، القول بأن المحكم يعد قاضياً لأن إرادة أطراف العقد تعد أساس توليه مهام عمله[1].

٢ـ الطبيعة القضائية :

يـــرى الـــبعض الآخـــر في تحديد طبيعة التحكيم ليس هو إتفاق أطراف العلاقة وإنما القانون ذاته، فبدون إجازة هذا الأخير لإمكانيـــة الاتفـــاق على التحكـــيم لا يكـــون وجود لشرط أو مشارطة التحكيم. فالمحكم يعتبر قاضيا بحكـــم وظيفته وهى الفصل في المنازعات، وهو يصدر حكماً في المنازعة، أي يـــؤدي عملاً رضائياً يحوز حجية الأمر المقضي، وهو لا يستمد سلطته من عقد التحكيم وحده وإنما من إرادة المشرع التي تعترف به وتجعل لحكمه حجية الأمر المقضي. وهكذا يمكن القول أن القانون ينظم نوعين من القضاء : قضـــاء المحـــاكم وقضـــاء التحكيم، أو بعبارة أخرى قضاء الدولة والقضاء الخاص، والتحكيم يعتبر بذلك نوعاً خاصاً من القضاء[2].

غـــير أن مـــا يؤخـــذ على الطبيعة القضائية للتحكيم أن وظيفة القاضي قانونية بحته تتمثل في حماية الحقوق والمراكز القانونية بصرف النظر عن وجـــود نزاع أو عدم وجوده، وعن أثر حكمه على مستقبل النزاع في حالة وجـــوده، فـــإن وظيفة المحكم الحقيقية وظيفة اجتماعية واقتصادية سلمية بحـــته هـــى حل النزاع بالقانون أو بغير القانون، على نحو يضمن استمرار العلاقات بين أطراف هذا النوع في المستقبل[3].

٣ـ الطبيعة المختلطة :

وانطلاقاً من كون التحكيم يبدأ بعقد سواء تم ذلك في صورة شرط أو في صـــورة مشـــارطة، وينتهي بحكم يخضع لقواعد تشبه القواعد المعمول بها أمام المحاكم فيما يتعلق بآثاره وطرق تنفيذه، ذهب البعض إلى القـــول بأن

---

(١) راجع :
- دكتور/ مجدي شعيب، التحكيم في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٢١.

(٢) راجع :
- دكتور/ أحمد أبو الوفا، التحكيم الإختياري والإجباري، المرجع السابق، ص ١٨ ، ١٩.
- دكتور/ عزمي عبدالفتاح، قانون التحكيم الكويتي، ١٩٩٠، ص ٢٨ ، ٢٩.

(٣) راجع :
- دكـــتور/ وجـــدي راغـــب فهمي، بحث بعنوان (هل التحكيم نوع من القضاء؟)، دراسة انتقادية لنظرية الطبيعة القضائية للتحكيم، منشور بمجلة الحقوق - جامعة الكويت، س ٢٧، العدد الأول والثاني، مارس - يونيو ١٩٩٣، ص ١٤٠.

التحكيم له طبيعة مختلطة أو مركبة عقدية قضائية. فهو يبدأ باتفاق الأطراف وينتهي بحكم قضائي يحوز حجية الأمر المقضي، فهو نظام يرقى مراحل متعددة، يلبس في كل منها لباساً خاصاً ويتخذ طابعاً مختلفاً، فهو في أوله اتفاق، وفي وسطه إجراء، وفي آخره حكم، وينبغي مراعاة اختلاف هذه الصور عند تعيين القانون الواجب التطبيق.

ونظراً لأنه يصعب التسليم بمثل هذا الرأي الذي يرى أن للتحكيم طبيعة مزدوجة، ولما كانت العلوم الاجتماعية تعتمد في تصنيفها على الغالب من الصفات، فإن التحكيم يعد ذا طبيعة قضائية باعتبار أن أغلب مراحله يغلب عليها الطابع القضائي وتتأتى الصفة العقدية من عمل واحد وهو التعاقد[٢]، وهذه الطبيعة القضائية للتحكيم تحظى بتأييد واسع من جانب القضاء.

ولا مراء في أن مسألة قابلية منازعات العقود الإدارية للتحكيم قد حظيت باهتمام كبير من جانب الفقه والقضاء، ويرجع ذلك إلى أن العقد الإداري أحد الوسائل التي تلجأ إليها الإدارة لإنجاز أهدافها، ولتحقيق الصالح العام وذلك بالتعاون مع أشخاص القانون الخاص وطنية أو أجنبية.

وهذا ونتناول بالدراسة مدى جواز الأخذ بالتحكيم في فرنسا ومصر والكويت وفقاً لما يلي :

أولاً : مدى جواز الأخذ بالتحكيم في العقود الإدارية في فرنسا :

يلعب التحكيم دوراً هاماً في حسم منازعات العقود الإدارية خاصة في ظل الظروف الاقتصادية الحالية التي تتطلب تدخل الدولة في مجال النشاط الاقتصادي، بنزولها إلى مجال التجارة. ولقد اصطدمت هذه الأهمية العملية للتحكيم بموقف التشريع والقضاء في فرنسا، فالثابت من التطورات القضائية والتشريعية اتساع دائرة التحكيم في مجال العقود الدولية بالمقارنة بالتحكيم في العقود الإدارية الداخلية، فمازال المبدأ العام في التشريع الفرنسي هو حظر لجوء الدولة وأشخاص القانون العام إلى التحكيم لحسم المنازعات الإدارية، ويستند هذا المبدأ إما إلى النصوص التشريعية

---

(١) راجع :
- دكتورة/ سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، ج ١ (اتفاق التحكيم)، ١٩٨٤، ص ٧٠ ، ٧١.

(٢) راجع :
- دكتور/ مجدي شعيب، التحكيم في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٢٥.

فـــي قـــانون الإجـــراءات المدنية أو القانون المدني، أو إلى المبادئ العامة للقانون[1].

ولقـــد انـــتقد غالبية الفقه هذا الموقف من التشريع والقضاء خاصة بعد الأزمة الاقتصادية التي مرت بها البلاد بعد الحرب العالمية الثانية، التي أدت إلـــى وضـــع تطلـــب تدخـــل الدولة في مجال النشاط الاقتصادي حيث قامت بمصـــادرة وتأميم عدد كبير من قطاعات الانتاج في حقل الأعمال التجارية، مما اضطرها إلى أن تدير هذه المؤسسات المؤممة بواسطة مؤسسات عامة لهـــا طابع صناعي وتجاري وأخضعتها لقواعد السوق التجارية المرنة، ولا شـــك أن الســـماح لهـــذه المؤسسات باللجوء إلى التحكيم لحسم منازعاتها الإدارية يشكل عاملاً هاماً من عوامل نجاحها[2].

وقـــد اضـــطر المشـــرع تحـــت هذا الضغط من جانب الفقه، فضلاً عن الضـــرورات العملـــية المشـــار إليها، أن يورد استثناءات على المبدأ العام الخـــاص بحظـــر لجوء الدولة وأشخاص القانون العام إلى التحكيم في مجال المنازعات الإدارية[3].

ويبدو مـــن الرجـــوع إلى الاستثناءات التشريعيـــة الـــواردة على مبدأ حظـــر اللجـــوء إلى التحكيم يتضح أن الإتجاه متزايد نحو إجازة اللجوء إلى التحكيم في فرنسا، الأمر الذي جعل جانباً من الفقه يرى أنه لا يغالي إذا مـــا

---

(١) راجع :
- دكتورة/ نجلاء حسن سيد أحمد خليل، التحكيم في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص ١١٣.

(٢) راجع :
- دكـــتور/ عبدالحمـــيد الأحدب، التحكيم – أحكامه ومصادره، الجزء الأول، مكتبة نوفل، بدون سنة للطبع، ص ٣٢٠.

(٣) راجع في بيان هذه الاستثناءات :
- دكـــتور/ أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية، رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة القاهرة، ٢٠٠١، ص ٣٥٥.
- دكـــتور/ زكـــي محمـــد الـــنجار، الوسائل غير القضائية لحسم المنازعات الإدارية، دار النهضة العربية، ١٩٩٣، ص ٢٣٦.
- دكـــتور/ عصمت عبدالله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، المرجع السابق، ص ١٩٣.
- دكـــتور/ محمد محمد عبداللطيف، قانون القضاء الإداري، الكتاب الأول – نظام القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص ٧٥ وما بعدها.
- دكتورة/ نجلاء حسن سيد أحمد خليل، التحكيم في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص ١١٨ وما بعدها.

قــرر بــأن شرعية التحكيم في فرنسا تعد في الوقت الحاضر بمثابة القاعدة العامة في حين يعد الحظر هو الاستثناء[1].

ثانياً : مدى جواز الأخذ بالتحكيم في العقود الإدارية في مصر :

إن مسألة قابلية منازعات العقود الإدارية للتحكيم قد حظيت باهتمام كبير مــن جانــب الفقه والقضاء، ويرجع ذلك إلى أن العقد الإداري أحد الوسائل التي تلجأ إليها الإدارة لإنجاز أهدافها، ولتحقيق الصالح العام، وذلك بالتعاون مع أشخاص القانون الخاص وطنية أو أجنبية.

وعلــى الــرغم من أن التحكيم أصبح وسيلة ملحة لحل منازعات العقود الإدارية إلا أنه لاقى هجوماً كبيراً ومعارضة من جانب الفقه والقضاء، حيث انقســمت الآراء بيــن مؤيد ومعارض، وتضاربت فتاوي الجمعية العمومية لقســمي الفتوى والتشريع مع أحكام المحكمة الإدارية العليا والتي تضاربت هــي الأخــرى في هذا الشأن، ولقد ساعد على ذلك غياب النص التشريعي المنظم للتحكيم في العقود الإدارية[2].

ونظــراً لتزايد فرص الاستثمار في مصر، ورغبة الدولة في الدخول في مجال التنمية الاقتصادية، وجذب رؤوس الأموال العربية والأجنبية، كان لابد مــن تدخل المشرع لحسم هذا الخلاف، وبالفعل صدر القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ والذي أورد في المادة الأولى من الباب الأول على جواز التحكيم في جمــيع العلاقات بين أشخاص القانون العام والخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونــية محل النزاع، ورغم ذلك، ثار الجدل حول جواز امتداد نطاق هذه المادة إلى العقود الإدارية.

وفــي محاولة لإنهاء النزاع حول مشروعية التحكيم في حسم منازعات هــذه العقود، تدخل المشرع مرة ثانية باضافة فقرة ثانية للمادة الأولى من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وذلك بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ حيث نص علــى (وبالنســبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقــة الوزيــر المخــتص أو مــن يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ولا يجوز التفويض في ذلك).

---

(١) راجع :
- دكتور/ مجدي شعيب، التحكيم في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ١٠٥.

(٢) راجع :
- دكتورة/ نجلاء حسن سيد أحمد خليل، التحكيم في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص ٦٣.

هــذا ونتناول بالدراسة في هذا المقام موقف الفقه والقضاء بعد صدور القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، والتحكيم في العقود الإدارية في ظل القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧.

١ـ موقف الفقه والقضاء بعد صدور القانون رقم ١٩٩٤/٢٧ :

بعــد أن احــتدم الخلاف بين الفقه والقضاء حول مشروعية التحكيم في مــنازعات العقود الإدارية، تدخل المشرع لحسم هذا الخلاف، فصدر القانون رقم ١٩٩٤/٢٧ بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية، ولقد ورد نص المــادة الأولى من هذا القانون على أنه (مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولــية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النــزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر أو كان تحكيما تجاريا دوليا يجري في الخارج اتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون).

أـ الخلاف الفقهي حول مشروعية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية في ظل القانون رقم ١٩٩٤/٢٧ :

أولاً : الرأي المؤيد للتحكيم في العقود الإدارية[١] :

أجاز أصحاب هذا الإتجاه الأخذ بالتحكيم في العقود الإدارية استناداً لعدة أسباب :

١ - إن القــاعد الأصــولية تقضــي بــأن العام يؤخذ على إطلاقه ما لم يخصص، وأنه لا اجتهاد مع وضوح النص، وحيث أن نص المادة الأولى من قــانون التحكيم قد ورد عاما في سريانه على التحكيم بين أشخاص القانون العــام أو الخاص، أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كــان التحكــيم يجــري في مصر، ومن ثم انتهى أصحاب هذا الرأي إلى إمــتداد نطــاق التحكيم إلى العقود الإدارية باعتبارها إحدى صور العلاقات القانونية بين أشخاص القانون العام أو الخاص[٢].

---

(١) راجع في ذلك :
- دكتور/ أنور أحمد رسلان، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مجلة الأمن والقانون، السنة السادسة، يناير ١٩٩٨، ص ٢٣٦.

(٢) راجع :
- دكتورة/ ناريمان عبدالقادر، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، ١٩٩٥، ص ١٤٨.

٢- حـرص مجلس الشعب على تأكيد هذا الاتجاه، فالمذكرة الإيضاحية أكدت خضوع منازعات العقود الإدارية للتحكيم حيث نصت على (... ويشمل المشروع على سبعة أبـواب تضم ثمان وخمسين مادة، ويتعلق الباب الأول بقواعـد عامـة تتـناول موضوعات متفرقة يأتي في مقدمتها تحديد نطاق تطبـيق أحكـام المشـروع الذي عينته المادة الأولى بعد أن رجحت أحكام الاتفاقـيات المعمـول بهـا فـي مصر. سواء كان أحد طرفيه من أشخاص القانون العام أو أشخاص القانون الخاص. فحسم المشرع بذلك الشكوك التي دارت حـول مـدى خضوع بعض أنواع العقود التي يكون أحد أطرافها من أشـخاص القانون العام للتحكيم فنص على خضوع جميع المنازعات الناشئة عـن هـذه العقـود لأحكـام هذا المشروع أيـا كانـت طبيعـة العلاقـات القانونيـة التي يدور حولها النزاع)[١].

٣- وعندما يكون المقصود منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، فـإن نـص المادة الأولى، ونص المادة الثانية من القانون رقم ١٩٩٤/٢٧ يؤكدان خضوع هذه المنازعات للتحكيم[٢].

٤- أن الهـدف الأساسـي من إصدار قانون التحكيم الجديد هو ما طرأ على السياسة الاقتصادية من تغيير جوهري في مطلع الثمانينات والرغبة في الخـروج مـن العـزلة إلى انفتاح يهدف إلى جذب رؤوس الأموال العربية والأجنبية[٣].

ثانياً : الرأي المعارض للتحكيم في العقود الإدارية :

١- يـرى جانـب من الفقه أن المادة الأولى من قانـون التحكيم رقـم ١٩٩٤/٢٧ لم تأت بجديد فيما يتعلق بمسألة التحكيم في العقـود الإداريـة،

---

(١) ومـن الملاحـظ أن الـتقرير الصـادر عن اللجنة المشتركة من لجنة الشئون الدستورية والتشريعية ولجنة الشئون الاقتصادية بمجلس الشعب قد أشار إلى أن اللجنة عدلت المادة الأولـى من مشروع قانون التحكيم على نحو وسع من نطاق تطبيق أحكام المشروع، فبعد أن رجحـت أحكام الاتفاقيات المعمول بها في مصر، نظمت أحكام المشروع على كل تحكيم يجرى في مصر سواء أكان بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص، وأيا كانـت العلاقة التي يدور حولها النزاع، وقد قصد من هذه العبارة سريان هذا القانون على العقود الإدارية، كي يصبح حكمها تقنينا لما انتهى إليه إفتاء مجلس الدولة في هذا الشأن.

(٢) راجع في ذلك :
- دكتور/ عصمت الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، المرجع السابق، ص ١٧٩.

(٣) راجع :
- دكتورة/ نجلاء حسن سيد أحمد خليل، التحكيم في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص ٨٥.

فهـــى لم تحسم المشكلة التـــي كانـــت مثارة إبان سريان المادة (٥٠١) من قـــانون المـــرافعات المدنـــية والتجارية، وإذا تصور البعض أن هذه المادة أجازت التحكيم في هذا النوع من العقود فهو بالقطع تصور لا يمكن التسليم به، فلم يجز النص ذلك صراحة وإنما هذا القول يعتمد على استنتاج نابع من عمومـــية الـــنص ولا يمكن الاعتماد على هذه العمومية للتقرير بمشروعية التحكيم في العقود الإدارية، خاصة وأن الإدارة عندما تتعاقد بصفتها صاحبة الســـلطة العامـــة تخضع عقودها لقواعد تختلف عن تلك التي تحكم العقود المدنية وغالباً ما تكون هذه القواعد من خلق القاضي الإداري[١].

٢- إن العقبة الأساسية أمام التحكيم في العقود الإدارية هى نص المادة (١٧٢) مـــن الدســـتور، والتي تنص على أن (مجلس الدولة هيئة قضائية مســـتقلة ويخـــتص بالفصـــل في المنازعات الإدارية وفي الدعاوي التأديبية ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى)[٢].

٣- عـــدم الالتزام بعرض مشروع قانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على مجلس الشـــورى إعمـــالاً لنص المادة (١٩٥/٢) مـــن الدستـــور والتـــي تستلزم ضـــرورة عـــرض مشـــروعات القوانيـــن الصادرة بتعديل القوانين المتعلقة بالسلطة القضائية والمحددة لاختصاص المحاكم على المجلس باعتبارها من بين القوانين المكملة للدستور مما يشوبه بعدم الدستورية[٣].

٤- أن المناقشات التي دارت حول نص المادة الأولى في مجلس الشعب وما أوردته المذكرة لا يقطع برأى نهائي في مسألة التحكيم في هذه العقود، كما أن المناقشة البرلمانية لهذه المادة كانت بالغة الضعف ولم ترق أبداً إلى أهمـــية الـــنص باعتباره يحدد نطاق القانون. فمن ناحية أولى استندت إلى معلومـــات خاطئة فالقول بأن موضوع التحكيم قـــد حســـم بإفتـــاء مجلـــس

---

(١) راجع :
- دكـــتـــور/ أكثـــم الخولي، الاتجاهات العامة في قانون التحكيم المصري الجديد، بحـــث مقدم لمؤتمر القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي المنعقد في ١٢ ، ١٣/٩/١٩٩٤.

(٢) راجع :
- دكـــتور/ أكـــثم الخولـــي، الاتجاهات العامة في قانون التحكيم المصري الجديد، المرجع السابق.
- المستشار/ حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية، العقود الإدارية في التطبيق العملي، المبادئ والأسس العامة، بدون دار نشر، ص ١٣٧.

(٣) راجع :
- دكتـــور/ أحمد شرف الدين، سلطة القاضي المصري إزاء أحكام التحكيم (دعوى بطلان حكم التحكيم)، الطبعة الثانية، بدون دار نشر، بدون سنة طبع، ص ٧٥.

الدولـــة غيـــر صحيح، فلقد ذهبت الجمعية العمومية إلى جواز التحكيم في العقـــود الإدارية فـــي فتواها الأولى الصادرة في ١٩٨٩/٥/١٧ إلا أنها في فتواها الثانية قيدت ذلك بعدم استبعاد القواعد الموضوعية التي تحكم العقود الإداريـــة في القانون المصري، هذا فضلاً عن أن المحكمة الإدارية العليا قد رفضـــت فـــي أحكامها الصادرة بعد هاتين الفتوتين التحكيم في هذه العقود وعليه فلم يكن الأمر مستقراً على جواز التحكيم في العقود الإدارية[١].

ب ـ موقف القضاء من مشروعية اللجوء إلى التحكيم في ظل القانون رقم ١٩٩٤/٢٧ :

لقد أبدت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في فتواها الصادرة فـــي ١٩٩٦/١٢/٢٨ الاتجـــاه الـــذي يرفض التسليم بأن المادة الأولى من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ تجيز التحكيم في العقود الإدارية، حيث أعلنت أن : لجـــوء أية جهة عامة للقضاء ذي الولاية العامة في نزاع يتعلق بعقد إداري هـــو الاســـتعمال الطبيعـــي لحـــق التقاضي، أما لجوءها في ذلك إلى التحكيم فهو يفيد الاستعاضة عن القضاء بهيئة ذات ولاية خاصة وهو تحكيم لجهـــة خاصة في شأن يتعلق بصميم الأداء العام الذي تقوم عليه الدولة وما يـــتفرع عنها من أشخاص القانون العام، وهو تحكيم لجهة خاصة في شأن يـــتعلق بتســـيير المرافق العامة وتنظيمها وإدارتها، وكل ذلك لا تملكه جهة عامة ولا تملك تقريره هيئة عامة إلا بإجازة صريحة وتخويل صريح يرد من عمل تشريعي... وإذا كان المشرع لم يشأ أن يخضع المنازعات الناشئة عن العقـــود الإدارية لاختصاص جهة القضاء المدني، وحصر منازعتها بالقضاء الإداري بحسبانه اختصاصاً حاجزاً لمنازعات هذا النوع من العقود، لما تتميز بـــه مـــن أوضـــاع تـــتعلق بسلطات الهيئات العامة وشئون المرافق العامة وتسييرها، فإن منازعات العقود الإدارية تعد بمنأى عن طبيعة نظام التحكيم وهيئاته، ويعتبر شرط التحكيم متنافياً مع إدارية العقد).

وانتقلـــت الجمعـــية العمومية بعد ذلك إلى مناقشة مدى إجازة المشرع للتحكـــيم فـــي العقود الإدارية في ظل قانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤، فاستعرضت المـــادة الأولـــى والثانية من القانون وما ثار حولهما من نقاش في مجلس الشعب، وما تناولته المذكرة الإيضاحية للقانون بصددهما ومناقشات مجلس الشعب لمواد القانون وفي ذلك تقول : نصت المادة الأولى من قانون التحكيم على أن (تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف مـــن أشخاص

---

(١) راجع :
- دكـــتور/ جابـــر جـــاد نصـــار، التحكيم في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربي، ١٩٩٧.

القـــانون العام أو الخاص أياً كانت طبيعة النزاع) وهذا النص لا يفيد حتمية اشتماله على العقود الإدارية. وعليه انتهت الجمعية العمومية إلى أن إجازة التحكـــيم فـــي العقـــود الإدارية تتطلب عمل تشريعي يجيز التحكيم في العقد الإداري بضوابط محددة وقواعد منظمة[1].

وفـــي خضم الجدل الذي ثار حول ما إذا كان الحكم الوارد بالمادة الأولى مـــن قـــانون التحكـــيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ ينطبق على العقود الإدارية أم عرضـــت مـــنازعة على محكمة القضاء الإداري بصدد الدعوى المقامة من وزيـــر الأشـــغال العامـــة والمـــوارد المائية ضد الممثل القانوني لمجموعة الشـــركات الأوربـــية المـــنفذة لمشـــروع قـــناطر إســـنا الجديدة والمسماة الكونســـورتيوم، وقد طلب المدعي في دعواه ببطلان حكم هيئـــة التحكيـــم الصـــــادر بتاريـــخ ١٩٩٤/١/١٥ فـــي قضيـــة التحكيـــم رقم ١٩٩٢/٢٩ المـــرفوعة مـــن المدعي أمام مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي مع ما يترتب على ذلك من آثار.

ولقد استند المدعي في دفعه ببطلان حكم هيئة التحكيم إلى بطلان شرط التحكـــيم وعدم اختصاص الهيئة بنظر الدعوى لتعلقها بعقد إداري وهو عقد أشغال عامة، متضمناً عقد توريد أيضاً مما ينعقد الاختصاص بنظر المنازعة الناشئة عنه لمجلس الدولة دون غيره بهيئـــة قضـــاء إداري عمـــلاً بالمادة (١٧٢) من الدستور، والمادة (١٠) من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢.

ولقـــد انتهت المحكمة إلى أنه متى كان الحكم الصادر برفض الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم لا تنتهي به الخصومة كما أنه من غير الحالات التي يجـــوز الطعـــن فيها استثناءً من القاعدة العامة أثناء سير الدعوى فمن ثم يكون من المتعين الحكم بعدم قبول الدعوى[2].

وعلـــيه لم تلتفت المحكمة للدفع بعدم جواز التحكيم في العقود الإدارية، بل أهملت هذه المسألة مما يدل – في نظر البعض – على جواز التحكيم في هذه العقود.

---

(١) راجع :
– فـــتـــوى الجمعـــيـــة العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، جلسة ١٩٩٦/١٢/١٨، ملف ١٦٠/٣٣٩/١/٥٤ فـــي ١٩٩٧/١٢/٢٢، المخـــتار من فتاوي الجمعية العمومية لقسمي الفـــتوى والتشـــريع في خمسين عاماً، إصدار المكتب الفني بمجلس الدولة بمناسبة العيد الذهبي للمجلس ١٩٤٧ – ١٩٩٧، ص ٧٨٩.

(٢) راجع :
– حكـــم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٤١٨٨ لسنة ٤٨، بجلسة ١٩٩٦/١/٨، حكم غير منشور.

وبـتاريخ ١٩٩٧/٣/١٩ أصدرت محكمة استئناف القاهرة حكمها الذي قـررت فيه رفض الدعوى وإلزام المجلس الأعلى للآثار بالمصروفات، وفي معـرض ردها على الدفع ببطلان شرط التحكيم قالت المحكمـة : (وحيـث أنـه عـن السبب الثاني وهو الإدعاء ببطلان شرط التحكيم لأن العقد محل الـنزاع هو عقد إداري مما لا يجوز التحكيم فيه، فإنه غير سديد، فقد جرت المـادة الأولى من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على أن (.. تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقات القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجرى في مصر، أو كان تحكيماً تجاريـا دولـيا يجـري في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القـانون) والقـاعدة أنـه لا إجتهاد مع وضوح النص، ودلالة عبارة النص واضـحة وقاطعة في إجازة المشرع للاتفاق على التحكيم حتى ولو كان أحد أطـرافه مـن أشخاص القانون العام وأياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع.

ولا يسـوغ الاستشهاد بنص المادة (١٠) من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسـنة ١٩٧٢ علـى أن (تخـتص محـاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصـل في... (حادي عشر) المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامـة أو الـتوريدات أو بـأي عقد إداري آخر...) لأن المقصود من هذا النص، هو بيان الحد الفاصل بين الاختصاص المقرر لمحاكم مجلس الدولة، ومحـاكم القضـاء العـادي، ولـيس القول بحظر الالتجاء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية... وأكثر من ذلك، فقد جرت المادة (٥٨) من قانون مجلـس الدولة على أنه (لا يجوز لأية وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصـالح الدولـة، أن تبرم أو تقبل أو تجيز، أي عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفـيذ قـرار محكميـن، في مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنية، بغير استفتاء إدارة الفتوى والمختصة).

ومفاد ذلك جواز التجاء جهة الإدارة إلى الصلح أو التحكيم في منازعاتها العقديـة (إدارية ومدنية)، وإلا ما كان المشرع قد ألزم تلك الجهة، باستفتاء مجلس الدولة، بشأن الاتفاق على الصلح والتحكيم، بتنفيذ حكم المحكمين في الحـالات الـواردة بالـنص.. ومع ذلك فإنه أياً كان وجه الرأي، في تفسير المـادة العاشرة من قانون مجلس الدولة، فقد نصت المادة الثالثة من مواد إصدار قانون التحكيم، بإلغاء أي حكم مخالف لأحكام القانون الأخير... كذلك فإنه لا يجوز الاحتجاج بنص المادة (١٧٢) من الدستور، والقول بعدم جواز التحكـيم فـي مـنازعات العقود الإدارية، لأن تلك المادة نصت على مجلس

الدولـــة باعتـــباره إحدى الهيئات التي تتكون منها السلطة القضائية، وقصد مـــنها بيان أوجه اختصاصها، تمييزاً لها عن المحاكم العادية صاحبة الولاية العامـــة، والتـــي نصت عليها المادة (١٦٥) من الدستور، ولم يقل أحد أن الـــنص على الاختصاص العام للمحاكم، على اختلاف أنواعها ودرجاتها، أو النص على اختصاص إحدى الهيئات القضائية، بأنواع معينة من المنازعات والدعاوى يتضمن في ذاته حظراً للتحكيم في المنازعات التي تختص بها أي منها).

وقـــد نوهـــت المحكمة إلى أن العقد أبرم ونص فيه على شرط التحكيم وأبرمـــت الشركة مشارطة تحكيم ولم يدفع أثناء نظر التحكيم ببطلان شرط التحكـــيم في العقد ثم دفع به المجلس الأعلى للآثار الآن مما يتنافى مع مبدأ وجوب تنفيذ الالتزامات بحسن نية.

وعلـــيه فقد انتهت المحكمة إلى أنه (وحيث إنه متى استقام كل ما تقدم فـــإن دعـــوى بطلان حكم التحكيم المطعون فيه تكون على غير أساس من القانون أو الواقع وتقضي المحكمة برفضها موضوعاً)[1].

ويظهـــر مـــن حيثات هذا الحكم أن لدى المحكمة بما لا يدع مجالاً للشك قـــناعة كاملة بأن إجازة التحكيم في العقود الإدارية، لا تمثل خرقاً للنصوص القانونـــية التي تولت تحديد اختصاص جهتي القضاء، ومرجع هذه القناعة يـــتأتى مـــن كـــون مشروعية التحكيم لا تعتمد فقط على إرادة الأطراف، بل تـــتوقف بالدرجـــة الأولى على إرادة المشرع، فيجب أن يقر المشرع اتفاق الأطراف بحيث يكون معلوماً لدى الجميع أنه لولا إجازة المشرع اللجوء إلى التحكـــيم ونصـــه على تنفيذ أحكام المحكمين ما كانت إرادة الخصوم بكافية لخلقه[2].

ولكـــن هـــل حســـم حكـــم محكمـــة الاستئناف الخلاف الفقهي الذي ثار بخصوص المادة الأولى من قانون التحكيم والمتعلق بما إذا كانت تطبق على العقود الإدارية أم لا؟. وتنبع أهمية هذا التساؤل من كون هذا الحكم قد صدر مـــن محكمـــة تتبع جهة القضاء العادي في الوقت الذي نعلم فيه جميعاً أن الاختصـــاص بالفصـــل فـــي منازعات العقود الإدارية معقود لجهة القضاء الإداري فقط.

---

(١) انظر :
- الحكـــم الصادر من محكمة استئناف القاهرة في القضية رقم ٦٤ لسنة ١١٣ ق، الدائرة ٦٣، بتاريخ ١٩/٣/١٩٩٧، حكم غير منشور في مصر إلا أنه نشر في
Revue d'arbitrage, 1997, n.2, P. 283, note Philippe leboulanger.

(٢) راجع :
- دكتور/ مجدي شعيب، التحكيم في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ١٢٣.

وفـــي الواقـــع، لم يكن لحكم محكمة الاستئناف أي أثر يذكر فيما يتعلق بوضـــع نهاية للخلاف المشار إليه، فقد سارعت اللجنة الثانية لقسم الفتوى بمجلس الدولة إلى إصدار فتوى في أبريل عام ١٩٩٧، أي في الشهر التالي لصـــدور حكم محكمة الاستئناف، حيث أكدت فيها على انعدام أي حجية لهذا الحكـــم الصادر من محكمة غير مختصة أصلاً بالفصل في النزاع المعروض علـــيها، ونبهـــت الجهـــة الإدارية إلى عدم إدراج شرط التحكيم في عقودها مستقبلاً وعدم الالتجاء إلى جهات غير مختصة لفض المنازعات التي تنشب عن العقود الإدارية[١].

٢ـ التحكيم في العقود الإدارية في ظل القانون رقم ١٩٩٧/٩ :

رغـــبة فـــي وضع نهاية لهذا الخلاف الذي ثار حول مدى تطبيق الحكم الوارد من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ علـــى العقـــود الإداريـــة، وهو الخلاف الذي ثار بصورة جدية عقب الفتوى الصـــادرة عـــن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة والتـــي أعلنـــت فـــيها عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية، وحكم محكمة استئناف القاهرة والذي قضى بجواز ذلك، اضطر المشرع لأن يتدخل ويصدر القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ مقرراً في مادته الأولى بأن (تضاف إلى المادة (١) من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجاريـــة الصـــادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ فقرة ثانية، نصها (وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكـــون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص ومن يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، ولا يجوز التفويض في ذلك)[٢]. وبهذا الـــتعديل وضع المشرع نهاية للجدل الذي ثار حول مدى إمكانية قيام الدولة وأشخاص القانون العامة الأخرى بتضمين العقود الإدارية التي تبرمها شرط يقضي بحسم المنازعات المتعلقة بهذه العقود عن طريق التحكيم.

ومما هو جدير بالتنويه في هذا المقام أنه بعد صدور القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ المعـــدل لأحكام قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ فلقد تأكد اتجـــاه المشرع فـــي مصـــر إلى إمكان اللجوء إلى

---

(١) راجع :
- فـــتوى اللجـــنة الثانية لقسم الفتوى بمجلس الدولة ملف رقم ١٦٠/١/٢٢ ثقافة وإعلام وسياحة وقوى عاملة، سجل اللجنة ملف ٥٠/١٦٥ في ١٩٩٧/٤/٩.

(٢) راجع :
- دكتور/ صلاح الدين فوزي، العقود الإدارية، عرض تحليلي لأحكام القانون رقم ٩٨/٨٩ فـــي شـــأن المناقصات والمزايدات – مجلة البحوث القانونية والاقتصادية الصادرة عن كلـــية الحقوق – جامعة المنصورة – العدد ٢٣ – أبريل ١٩٩٨، ص ١٢١ وما بعدها، وراجع لنفس المؤلف/ قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.

التحكيم في العقود الإدارية، وذلك فيما ورد في المادة (٤٢) من الباب الرابع من قانون المناقصات والمزيدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ والذي ألغي القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ على أنه (يجوز لطرفي العقد عند حدوث خلاف أثناء تنفيذه الاتفاق على تسويته عن طريق التحكيم، بموافقة الوزير المختص مع التزام كل طرف بالاستمرار في تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد). ويستفاد من النص السابق أن المشرع قد جعل من الوزير المختص السلطة الإدارية الوحيدة التي يمكنها إجازة الاتفاق على التحكيم، ومن ثم لم يعد بإمكان من يقوم مقامه بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة إجازة الإتفاق على التحكيم.

وينتقد البعض هذا التنظيم ذلك أن المشرع قد أورد حكما عاما يطبق على كافة العقود الإدارية دون تمييز، كما يطبق على كافة المنازعات التي تثيرها. وهو مسلك منتقد، فلقد كان من الأوفق لو أنه قصر مشروعية اللجوء إلى التحكيم على عقود معينة، ولم يفتح الباب على مصراعيه ويجيز التحكيم في كافة العقود، خاصة وأن هناك البعض منها قد يمس بالمصالح العليا للبلاد وهو ما ينبغي ألا يعهد بأمر الفصل في المنازعات المتعلقة بتفسيرها وتنفيذها إلى محكم أجنبي، كما هو الشأن بالنسبة لعقود استغلال الموارد الطبيعية والتي لا يقتصر آثارها على جيل بعينه وإنما قد تستمر فترات طويلة، فاحتكام الدولة إلى محكم أجنبي عنها للفصل في منازعات عقد كهذا ينطوي على خطورة قد تتعارض مع المصلحة التي يمكن أن تتحقق من وراء اللجوء إلى التحكيم[١]. ولا يخفي خطورة هذا الوضع الراهن إذ أصبح الطرف الأجنبي الخصم والحكم وهو وضع يهدد المصالح الاقتصادية للعالم العربي في عالم التحكيم ولا يبرأ من بعض النزعات العنصرية ولا يسلم من الشبهات العنصرية حيناً ولا يسلم من الشبهات أحياناً كثيرة[٢].

ثالثاً : مدى جواز الأخذ بالتحكيم في العقود الإدارية في الكويت :

إن المنازعات التي تثار بصدد الحقوق أو المراكز القانونية (عند الاعتداء عليها أو عند التهديد بالاعتداء) قد تطرح على القضاء (أي المحاكم) وهذا هو الأصل، وقد تطرح على هيئات تحكيم (خاصة أو قضائية) وهذا هو الاستثناء[٣].

---

(١) راجع :
- دكتور/ مجدي شعيب، التحكيم في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ١٠٣.

(٢) راجع :
- دكتور/ أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، ٢٠٠٢، ص ٩.

(٣) لقد قضت دائرة التمييز بأن التحكيم طريق استثنائي لفض الخصومات بشرط أن يكون تنفيذه ممكنا، الطعنان رقما ٤٣ ، ٨٦/٤٩، تجاري، جلسة ١٩٨٦/١١/١٥، مجلة القضاء والقانون، السنة الرابعة عشرة، العدد الثاني، ص ١٤١.

ولقد ارتبط نمو المعاملات الدولية والمحلية في القرن الحالي بتزايد اللجوء إلى التحكيم كطريق لحل المنازعات حتى أصبح سمة بارزة في المعاملات المحلية والدولية، وقد ساعد على انتشار التحكيم رغبة المتعاملين في التحرر بقدر الإمكان من القيود التي تفرضها النظم القانونية للتقاضي بالقدر الذي يحقق لهم سرعة الفصل في المنازعات عموماً وخاصة المنازعات التجارية[1].

ولقد أدركت دولة الكويت هذه الحقائق، فحرصت على أن يكون لهذا النظام أهميته الخاصة وأن يدرج في نصوص التشريعات المتعاقبة وأن يعترف القضاء بأحكام المحكمين وفق قواعد وضوابط معينة. وكان أول بروز للتحكيم القضائي ما نص عليه في المادة (٣٩) من المرسوم الأميري رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ ثم توالت بعد ذلك التشريعات التي تهتم بذلك النظام حتى صدور القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ بشأن التحكيم القضائي في المواد المدنية والتجارية.

ولقد حددت المادة الثانية من هذا القانون اختصاص هيئة التحكيم بالمسائل الآتية :

١- الفصل في المنازعات التي يتفق ذوو الشأن على عرضها عليها. كما تختص بالفصل في المنازعات الناشئة عن العقود التي تبرم بعد العمل بهذا القانون، وتتضمن حل هذه المنازعات بطريق التحكيم، ما لم ينص في العقد أو في نظام خاص بالتحكيم، على غير ذلك.

ومن الملاحظ أن التحكيم في هذا البند هو تحكيم اختياري اتفاقي.

٢- الفصل دون غيرها في المنازعات التي تقوم بين الوزارات أو الجهات الحكومية أو الأشخاص الاعتبارية العامة وبين الشركات التي تملك الدولة رأس مالها بالكامل، أو فيما بين هذه الشركات. واللجوء إلى التحكيم هنا كما هو واضح اختصاص إجباري ملزم[2].

---

(١) راجع :
- دكتور/ سيد أحمد محمود، خصومة التحكيم القضائي (التحكيم المختلط) وفقاً للقانون الكويتي رقم ١١ لسنة ١٩٩٥، مؤسسة دار الكتاب للطباعة والنشر والتوزيع - الكويت، الطبعة الأولى ١٩٩٧، ص ٨ ، ٩.

(٢) وإن كان ما يؤخذ على النظام الكويتي أخذه في تشكيل هيئة التحكيم الجبري بذات تشكيل هيئة التحكيم الاختياري الذي يجمع بين العنصر القضائي والعنصر الفردي الخارجي، وهو أمر شديد الغرابة وخاصة في مجال علاقات الحكومة بالشركات العامة، وهي في النهاية أشخاص تتبع الدولة عضوياً وإن أخضعها المشرع لمبادئ القانون الخاص في ممارسة نشاطها الإقتصادي، وخاصة بعد أن أصبح الأسلوب الجبري الذي لا سبيل آخر غيره لحل هذه المنازعات، وبذلك يكون المشرع في الكويت تبنى نظام التحكيم الجبري في العلاقات بين أشخاص القانون العام الإدارية والأشخاص الاقتصادية.
راجع :
- دكتورة/ عزيزة الشريف، تطور الاختصاص بنظر منازعات القانون العام في أعقاب صدور القانون رقم ١١/١٩٩٥ بشأن التحكيم القضائي، بحث منشور بمجلة الحقوق سنة ٢٢ - العدد الثاني - يونيو ١٩٩٨، ص ٢٤.

٣- الفصل في طلبات التحكيم التي يقدمها الأفراد أو الأشخاص الاعتبارية الخاصة ضد الوزارات أو الجهات الحكومية أو الأشخاص الاعتبارية العامة في المنازعات التي تقوم بينهم. وتلتزم هذه الجهات بالتحكيم ما لم تكن المنازعة قد سبق رفعها أمام القضاء، واللجوء إلى التحكيم في هذه الحالة هو اختيار شبه اجباري أي يتراوح ما بين الاختيار والإجبار.

والباحث يرى أن النص على التزام أحد طرفي النزاع بقبول التحكيم بمجرد طلبه من الطرف الآخر هو أمر يتعارض مع منطق التحكيم وأساسه التراضي. فالتحكيم كما وصفه حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر[١] : (لا يجوز بحال أن يكون إجبارياً يذعن إليه أحد الطرفين إنفاذاً لقاعدة قانونية أمره لا يجوز الاتفاق على خلافها، وذلك سواء أكان موضوع التحكيم نزاعاً قائماً أو محتملاً، وذلك أن التحكيم مصدره الاتفاق، إذ يحدد طرفاه - وفقاً لأحكامه - نطاق الحقوق المتنازع عليها بينهما، أو المسائل الخلافية التي يمكن أن تعرض لهما، وإليه ترتد السلطة الكاملة التي يباشرها المحكمون عن البت فيها. وهما يستمدان من اتفاقهما على التحكيم التزامها بالنزول على القرار الصادر فيه وتنفيذه تنفيذاً كاملاً..).

ووفقاً للبند الثالث من المادة الثانية من قانون التحكيم القضائي إذا كانت هناك منازعة قضائية سبق طرحها (سواء كانت مطروحة على المحاكم وقت طلب التحكيم أو كان قد صدر في المنازعة حكم قضائي ولو كان ابتدائياً، فلا يجبر الشخص الاعتباري العام على اللجوء للتحكيم ما لم يحدث تنازل عن هذه المنازعة القضائية باتفاق ذوي الشأن أو الالتجاء إلى التحكيم طبقاً للبند الأول من المادة الثانية[٢].

ولقد أجاز القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ بشأن التحكيم القضائي في المواد المدنية والتجارية الطعن في الأحكام التي تصدرها هيئات التحكيم بالتمييز، وفي الحالات التي تجيز ذلك قانوناً، كما أجاز التماس إعادة النظر أمام تلك المحكمة.

---

(١) راجع :
- حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم ١٣ لسنة ١٥ ق، بجلسة ١٩٩٤/١٢/١٧، الجريدة الرسمية، العدد ٢ في ١٩٩٥/٢/١٢، منشور في مجلة هيئة قضايا الدولة، العدد الثاني، السنة ٣٩ - أبريل/ يونيو ١٩٩٥، ص ٧١.

(٢) المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التحكيم القضائي رقم ١٩٩٥/١١ في المواد المدنية والتجارية.

ويـــرى جانب من الفقه أن هيئة التحكيم هى هيئة إدارية ذات اختصاص قضائي، واعتبار ما يصدر عنها بمثابة أحكام قضائية، وأن ما يعزز ذلك، أن القضاء في بعض أحكامه أضفى صفة الحكم على ما يصدر من هذه الهيئات، مع أن بعض شروط الحكم من حيث الإصدار والتسبيب لم تكن متوافرة، هذا مـــن ناحـــية، ومن ناحية أخرى أن هيئة التحكيم لا تتقيد بقانون المرافعات حتى يمكن أن يستوفى ما يصدر عنها من شروط الحكم القضائي الصادر من المحاكم العادية[١].

ويرى جانب آخر من الفقه أن المشرع في الكويت أراد أن يأخذ بأسلوب التحكـــيم فـــي فض المنازعات، وهو الأسلوب الاستثنائي القائم على اتفاق وتراضي أطراف النزاع لعرضه على جهة محايدة يتفقان على اختيارها، وقد بـــدأ ذلـــك بالفعل في البند رقم (١) من المادة الثانية، إلا أن البندين الثاني والثالث حولا الاختصاص من أسلوب تحكيم إختياري إلى جهة قضائية ملزمة واحتكارية، بحيث أصبحت هيئة التحكيم جزءاً من السلطة القضائية المحتكرة لفض المنازعات بين ذوي الشأن، وأكد ذلك التشكيل القضائي الغالب للهيئة، وإمكانـــية الطعن في أحكامها أمام محكمة التمييز، كما أكده انفرادها بالفصل فـــي مسألة اختصاصهـــا كمسألة أوليـــة شأنهـــا شأن الجهـــات القضائيـــة الأخرى[٢].

ويـــثور التســـاؤل في هذا المقام حول أثر تطبيق القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ على اختصاص الدائرة الإدارية بالفصل في المنازعات الإدارية وفقاً لقانون إنشائها. ذلك أن عنوان القانون يتعلق بالتحكيم في المنازعات المدنية والـــتجارية وهـــو مـــا يعنـــي استبعاد المنازعات ذات الطبيعة الإدارية من الخضـــوع لأحكامه. بيد أن الأمر ليس بهذه السهولة، الأمر الذي يستوجب تناولـــه مـــن خـــلال موقـــف الفقه والقضاء للوقوف على مدى جواز الأخذ بالتحكيم في العقود الإدارية.

---

(١) راجع :
- دكـــتـــور/ عـــادل الطبطبائـــي، الجوانـــب الدستورية والقانونية في عملية إنشاء هيئة التحكـــيم، بحث منشور بمجلة الحقوق، السنة السابعة، العدد الرابع – ديسمبر ١٩٨٣، ص ١٣٧ ، ١٣٨.

(٢) راجع :
- دكـــتورة/ عزيـــزة الشريف، تطورات الاختصاص بنظر منازعات القانون العام، المرجع السابق، ص ٢٥.

١ـ موقف الفقه :

أولاً : الاتجاه المعارض للأخذ بالتحكيم في منازعات العقود الإدارية :

ينطلق هذا الاتجاه من الأسانيد الآتية[١] :

١- أن سلطة المشرع مقيدة إزاء إنشاء دائرة أو غرفة أو مجلس دولة يكون الاختصاص فيها قاصراً على الخصومات الإدارية، ومن ثم لا يملك المشرع توزيع الاختصاص بشأن هذه المنازعات أمام أكثر من دائرة أو أكثر من محكمة غير مختصة نوعياً بالمنازعات الإدارية. ومن ناحية أخرى فإن اختصاص الدائرة هو اختصاص منصوص عليه على سبيل الحصر وهو اختصاص احتكاري، وصفة المنازعة وإرادة المشرع هى الفيصل في تحديد هذا الإختصاص. ومن ثم فإن أية منازعة ذات طبيعة إدارية على المشرع إعمالاً لحكم الدستور أن يرجعها إلى الدائرة الإدارية بما لا يسمح بخلق اختصاص مزدوج أو اختصاص مشترك بين الدائرة الإدارية وأية جهة قضائية أخرى.

٢- أن جعل الاختصاص بمنازعة إدارية لغير الدائرة الإدارية يتعارض مع نص المادة (١٦٩) من الدستور الذي دعا المشرع إلى إنشاء جهة قضائية خاصة بالخصومات الإدارية، فضلاً عن اعتبارات الملاءمة التي تدعو أن ينظر نزاع الأشخاص العامة جهة يراعى في تشكيلها التخصص الإداري وعلى أقل تقدير ألا يشارك في الحكم فيه محكمون أفراد، كما هو الحال بالنسبة لتشكيل هيئة التحكيم وفقاً للقانون ١١ لسنة ١٩٩٥، وهذا الاختصاص بذاته هو ما أناط المشرع المصري بالجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة.

٣- أن اسم القانون ونص المادة الخامسة منه والتي ورد نصها : (تفصل هيئة التحكيم في المسائل الأولية التي تعرض لها في المنازعة والتي تدخل في اختصاص القضاء المدني أو التجاري..) ما من شأنه قصر هذا الاختصاص الجديد لهيئات التحكيم في حدود المنازعات ذات الطبيعة التجارية والمدنية.

٤- إن طبيعة المنازعة الإدارية وما تمثله من ظهور الدولة أو الشخص العام فيها بمظهر السلطة العامة يمنع من إمكانية التنازل أو التصالح بشأن

---

(١) دكتورة/ عزيزة الشريف، المرجع السابق، ص ٢٧ وما بعدها.

المصـــلحة العامـــة التـــي تمثلها هذه الأشخاص، ومن ثم لا يجوز أن تكون موضـــوعاً للتحكيم وفقاً لقانون التحكيم ذاته الذي لا يسمح بالتحكيم فيما لا يجـــوز فيه الصلح (مادة ١٧٣ من قانون المرافعات). وهو أمر يسري حتى بالنسبة للمصلحة المالية للدولة، بل إن المصلحة المالية قد تشكل خطراً بالغاً إذا ما تعلق الأمر بأموال عامة يحميها المشرع بقواعد التجريم الجنائي وهى بطبيعـــتها تخرج عن نطاق التفاوض أو التحكيم أو التصالح، فهى وإن كانت ذات طبـــيعة مالـــية إلا أنها ليست ذات طبيعة مدنية. وأن أية منازعة تدور حـــول القرارات الإدارية إلغاءً وتعويضاً تختص الدائرة الإدارية وحدها دون أيـــة هيـــئة قضائية أخرى، ومنها جهاز التحكيم القضائي وهو ما أخذت به محكمة التمييز[١].

٥- إذا تعلق الأمر بالعقود التي تكون الإدارة طرفاً فيها وتستهدف سير المـــرفق العـــام وتظهر بشأنها بمظهر السلطة العامة بتضمين العقد شروطاً غـــير مألوفـــة، فـــإن الأمر يتعلق بعقد إداري، هذا العقد يحوي نوعين من المصـــالح : مصالح عامة تمثلها الدولة، ومصالح مالية للمتعاقد الفرد وهذه المصالح خاصة ووجودها بسبب عقد إداري لا يحولها إلى حقوق ذات طبيعة عامة.

ويبدو أن ظاهـــــر نص قانون التحكيم رقـــم ١١ لسنة ١٩٩٥ يسمح بوجـــود ازدواج في الاختصاص بنظر العقود الإدارية من ناحية الاختصاص الناشـــئ عـــن العقد الإداري، والأمر يتوقف على إرادة المتعاقد وتوجهه في رفـــع الدعوى، فإذا رفعت الدعوى أمام الدائرة الإدارية سقط الحق في رفع تحكـــيم بشـــأن الـــنزاع ذاته. ولكن هذا التوجه الذي وجد في أحكام هيئات التحكيم لم تقره محكمة التمييز في حكمها الصادر في ٧ أبريل ١٩٩٧، وهو ما يعني عدم اختصاص هيئة التحكيم بنظر المنازعات في العقود الإدارية[٢].

ويؤكد جانب من الفقه على رفضه القاطع لمبدأ التحكيم في العقود الإدارية والـــذي يعد أكثر وفاءً لنظرية العقد الإداري والتي هى قضائية النشأة. فهذه الـــنظرية بما تمنحه من سلطات استثنائية للإدارة لا تقبل بحال من الأحوال التجرد منها في مواجهة المتعاقد الآخر وأن يكون على قدم المساواة معه إذا ما قبلت الخضوع للتحكيم[٣].

---

(١) حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ١٥٥ لسنة ٩٦ (تجاري)، بجلسة ١٩٩٧/٤/٧.

(٢) دكـــتـــورة/ عزيـــزة الشريف، تطورات الاختصاص بنظر منازعات القانون العام، المرجع السابق، ص ٢٩.

(٣) دكـــتور/ ناصـــر غنـــيم الـــزيد، رقابة القضاء الإداري الكويتي على أعمال الإدارة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٤٧٠.

ثانياً : الاتجاه المؤيد للأخذ بالتحكيم في منازعات العقود الإدارية :

يذهب اتجاه فقهي آخر في تأييد التحكيم في منازعات العقود الإدارية ويستندون في تأييد وجهة نظرهم إلى الأسانيد الآتية :

١- أن اختصاص الدائرة الإدارية بنظر العقود الإدارية ليس من شأنه حظر اللجوء إلى التحكيم، حيث لم تتضمن المادة الثانية من القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ بإنشاء الدائرة الإدارية نصاً يقضي بعدم جواز لجوء الجهات الإدارية للتحكيم الاختياري في حال المنازعات المتعلقة بالعقد الإداري.

٢- أنه إذا كانت القاعدة أن المسألة التي تتعلق بالنظام العام لا تخضع للتحكيم لأنه لا يجوز فيها الصلح (وفقاً للمادة ٥٥٤ من القانون المدني)، فإن الحقوق المالية المترتبة على هذه المسائل يجوز فيها الصلح وفقاً لصراحة نص المادة (٥٥٤) من القانون المدني والتي تنص على أنه (لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام ولكنه يجوز على الحقوق المالية المترتبة عليها). وبالتالي يجوز خضوع الحقوق المالية المترتبة على المسائل المتعلقة بالنظام العام للتحكيم كالتعويض عن القرار الإداري[١].

ويخضع التعويض عن القرار الإداري لاختصاص هيئة التحكيم القضائي وفقاً لصراحة البند ثالثاً من المادة الثانية من قانون التحكيم رقم ١١ لسنة ١٩٩٥[٢].

٣- أن المرسوم بالقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ بإنشاء الدائرة الإدارية والمعدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٢ قد جاء بنصوص عامة تخول الاختصاص بمسائل معينة للدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية، أما القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ بإنشاء هيئة التحكيم القضائي يمكن اعتباره قانوناً خاصاً يقيد نصوصاً عامة جاءت في قانون إنشاء الدائرة الإدارية والقاعدة (أن الخاص يقيد العام) إذ المتفق عليه أن القواعد الخاصة لا تؤثر في القواعد العامة إلا في حدود ما يتعلق بالقطاع الذي أعدت هذه القواعد الخاصة لتعمل

---

(١) راجع :
- دكتور/ محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، الجزء الأول، اتفاق التحكيم، دراسة مقارنة بين التشريعات الوضعية والفقه الإسلامي، ١٩٩٠، ص ١٤٧.

(٢) راجع :
- دكتور/ سيد أحمد محمود، خصومة التحكيم القضائي، المرجع السابق،ص ١٤٩.

فيه أي أن القواعد القديمة تظل قائمة لتحكم العلاقات التي لا تشملها القواعد الخاصة[1].

٤- القـاعدة عند التعارض بين قانونين أن يعمل بالقانون اللاحق على القانون السابق بصدد الموضوع الذي جاء به ونظمه.

ونظراً لأن قانون التحكيم القضائي قد صدر في سنة ١٩٩٥ في حين أن قـانون إنشـاء الدائـرة الإداريـة قد صدر في ١٩٨١، فإن قانون التحكيم القضائي يعمل به في خصوص اختصاص التعويض عن القرار الإداري لهيئة التحكـيم إذا ما لجأ الفرد (أو الشخص الاعتباري الخاص) إليها في مواجهة الحكومة أو أي شخص اعتباري عام وفقاً للمادة (٣/٢) من قانون التحكيم[2].

٥- أنه بالنسبة للعقود التي تخضع لأحكام القانون العام لما تتضمنه من شـروط اسـتثنائية غير مألوفة ولما تنظمه من مرافق عامة لعقود الامتياز والأشغال العامة وغيرها. فلا تخضع لأحكام القانون الخاص ما لم تقبل جهة الإدارة أن تخضـعها للتحكـيم خصوصاً في العقود الدولية. فهنا تكون جهة الإدارة قد تنازلت عن هذا الأمر، وأن التعويض عن فسخ العقود الإدارية من الممكـن أن يخضـع للتحكـيم[3]. **والباحث إذ يؤيد هذا الاتجاه فهو يرى** ان الحكمـة التـي تغـياها المشـرع من قانون التحكيم في مصر كانت مواكبة الجهـود الكبـيرة التي تبذلها الدولة من أجل تهيئة مناخ الاستثمار وجذب رؤوس الأموال المستثمرة بتنظيم أحكام التحكيم على نحو يتلاءم مع طبيعة المنازعات التجارية ومتطلبات فضها، وقد توسع المشرع المصري في المادة الثانية من قانون التحكيم ليشمل معيار تجارية التحكيم أعمالاً مدنية وأعمالاً إداريـة بطبيعتها فضلاً عن الأعمال التجارية بالمفهوم التقليدي في القانون المصـري وحسـناً فعل المشرع المصري حينما تدخل بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ بـتعديل أحكام قانون التحكيم حينما نص على أن تضاف إلى المادة الأولى من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم

---

(١) راجع :
- دكتـور/ سيد أحمد محمود، خصومة التحكيم القضائي، المرجع السابق، ص ١٥١.
- دكتور/ عبدالحي حجازي، المدخل لدراسات العلوم القانونية، الجزء الأول، القانون، وفقاً للقـانون الكويتـي، دراسة مقارنة، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٢، ص ٥٨٧ وما بعدها.

(٢) راجع :
- دكتور/ سيد أحمد محمود، المرجع السابق، ص ١٥١.

(٣) راجع :
- دكتور/ سيد أحمد محمود، خصومة التحكيم القضائي، المرجع السابق،ص ١٥٢.

٢٧ لسنة ١٩٩٤ فقرة ثانية كما سبق القول **ونرى** ضرورة استفادة المشرع الكويتي من هذا النص حتى يتلاءم ذلك مع بيئة الاستثمار في الكويت خصوصاً والدولة تتجه نحو مشاركة القطاع الخاص في العديد من مشروعات البنية الأساسية وأصدرت قانوناً بتشجيع الاستثمار الأجنبي في الكويت وأجازت اللجوء إلى التحكيم وفقاً لما جاء بنص المادة (١٦) من قانون تشجيع الاستثمار الأجنبي رقم ٨ لسنة ٢٠٠١ التي تنص على أن (تكون المحاكم الكويتية وحدها هي المختصة بنظر أي نزاع ينشأ بين مشروعات الاستثمار الأجنبي والغير أياً كانت، ويجوز الاتفاق على الالتجاء في هذا النزاع إلى التحكيم)، **ونحن نؤيد** اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لفض المنازعات الإدارية حيث أصبح مألوفاً لدى العديد من دول العالم والدول العربية وبصفة خاصة في عقود الـ B.O.T والذي يجد رواجاً كبيراً في الوقت الحاضر بدولة الكويت.

٢ـ موقف القضاء :

بداية ننوه إلى أن هيئات التحكيم ذهبت إلى التفرقة في مجال العقد الإداري ما بين أمور تتعلق بطبيعة العقد وشروطه وما ينطوي عليه من امتيازات وسلطات للإدارة وبكل ما يتعلق بتسيير المرفق العام، وهى لا تدخل في اختصاص التحكيم وما بين الحقوق المالية الناشئة عن العقد وهى ذات طبيعة مدنية يقبل بشأنها التحكيم، وقد جاء في أحد الأحكام ما يلي : (ذلك أنه إذا كان صحيحاً أن المسائل المتعلقة بالنظام العام لا تخضع للصلح وبالتالي لا تخضع للتحكيم فإن العكس صحيح، وهو أن ما يخضع للصلح يمكن أن يكون محلاً للتحكيم، وعلى ذلك، لئن كان من غير الجائز التحكيم فيما يمس طبيعة العقد الإداري وشروطه وبما يكون فيه للجهة الإدارية من امتيازات لا يحظى بها المتعاقد الآخر إيثاراً من المشرع للصالح العام على الصالح الخاص، فإن ما يترتب على العقد الإداري من حقوق مالية صرفة لا يتأبى عن التحكيم القضائي، وخاصة أن المحظور هو ما يمس حق الإدارة في المزايا التي يخولها العقد الإداري، أما الحقوق المالية التي تنشأ عن العقد فإنه ليس هناك ما يحول دون أن تكون محلاً للتحكيم..... .

يضاف إلى ذلك، أن المشرع الكويتي حسم أمر التحكيم بالنسبة للوزارات والجهات الحكومية والأشخاص الاعتبارية العامة بجعله إلزامياً بمقتضى القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥، ومن ثم، فإن طلبات التحكيم ضد الأشخاص

الاعتبارية العامة ليس فيها أية مخالفة للنظام العام ولا تتعارض مع جوهر العقد الإداري فيما يولده من حقوق مالية ويقتصر طلب التحكيم عليها)[1].

هذا ولقد صدرت أحكام كثيرة من الدائرة الإدارية[2] ومن محكمة الاستئناف[3] (الدائرة الإدارية) تؤكد فيها على الاختصاص الأصيل للدائرة الإدارية بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية، وأن هيئات التحكيم ليست ذات ولاية على هذه المنازعات فلا يجوز أن تتعرض لها، ويقع باطلاً كل حكم عقدت فيه الاختصاص لنفسها.

وقد أكدت محكمة التمييز هذا التوجه في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٩٩/٣/١٤ بقولها : (أن اختصاص القضاء الإداري بالعقود الإدارية مرجعه ما تتضمنه من روابط هى من مجالات القانون العام، وإذ عقدت المادة الثانية من المرسوم بقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ للدائرة الإدارية وحدها الاختصاص بالمنازعات التي تنشأ بين الجهات الإدارية والمتعاقد الآخر في عقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو أي عقد إداري آخر... ولما كان ذلك وكان البين من الرجوع إلى العقد محل النزاع... أنه عقد توريد عمالة أبرم بين وزارة الدفاع الطاعنة والشركة المطعون ضدها... مما يبين معه أن العقد محل النزاع قد توافرت له مقومات العقد الإداري واتسم بالطابع المميز له إذ أنتهج فيه أسلوب القانون العام بما تضمنه من شروط استثنائية، ومن ثم فإن المنازعات بشأن هذا العقد سواء ما تعلق منها بتفسير نصوصه للتعرف على قيمته الحقيقية المختلف عليها بين الطرفين أو البحث في مدى مسئولية الوزارة الطاعنة عن التعويض الذي تطالب به المطعون ضدها كل ذلك مما ينعقد الاختصاص به للدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية دون سواها طبقاً للمادة الثانية من القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ وهو اختصاص يتعلق بالنظام العام، وإذ خالف الحكم المطعون فيه.. برفض الدفع المبدي من الطاعنة بعدم إختصاص هيئة التحكيم ولائيا بنظر النزاع وقضائه باختصاصها بنظره تأسيساً على أنه لا يتعلق بعقد إداري فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه مما يستوجب تمييزه لهذا السبب..)[4].

---

(١) راجع :
- قضية التحكيم رقم ١٢ لسنة ١٩٩٥. مشار إليه بمرجع الدكتورة/ عزيزة الشريف، المرجع السابق، ص ٣١.

(٢) حكمها في القضية رقم ٩٧/١٦١، الصادر بتاريخ ١٩٩٨/٣/١٠، غير منشور.

(٣) حكمها في الطعن رقم ٩٨/١٠٣، الصادر بتاريخ ٢٠٠٠/٢/٢١، غير منشور.

(٤) انظر :
- حكم محكمة التمييز في الطعنين رقمي ٤٤٤ ، ٤٥٠ لسنة ٩٨ (تجاري)، بجلسة ١٩٩٩/٣/١٤، موسوعة مبادئ القضاء الإداري، الكتاب الأول - الجزء الأول، ص ٢٩٧.

الخـــاتمـــة

انتهينا – بعون الله وتوفيقه – من عرض دراسة ولاية القضاء الإداري في دولـــة الكويت "دراسة مقارنة"، حيث يعد التقاضي حقاً دستورياً أصيلاً فهو دعامة الحريات الأساسية التي تتطلبها طبيعة الدولة القانونية، وركيزة كـــل حكـــم ديمقراطـــي، وأضحى لازماً أن يكون حق التقاضي مكفولاً بنص صريح في الدستور باعتباره المدخل الطبيعي إلى حماية الحقوق والحريات، لذلـــك حـــرص المشـــرع الدستوري الكويتي على صياغة القواعد القانونية الدســـتورية التي يتحقق من خلالها أبعاد المشروعية وسيادة القانون، فنص في المادة (١٦٦) من الدستور على أن (حق التقاضي مكفول للناس، ويبين القـــانون الإجـــراءات والأوضاع اللازمة لممارسة هذا الحق)، ومن ثم فقد استعرضـــت الدراســـة ولايـــة القضاء الإداري في دولة الكويت بتناول مبدأ المشـــروعية والعمـــل الإداري وتنظيم القضاء الإداري في الأنظمة القانونية المعاصـــرة وولايـــة القضـــاء الإداري في دولة الكويت من خلال النصوص الدستورية والقانونية وآراء الفقهاء وأحكام القضاء.

وقد انتهت الدراسة إلى العديد من النتائج والتوصيات نوردها على النحو التالي :

أولاً : استعرضـــت الدراســـة مـــبدأ المشـــروعية من خلال بيان تعريفه وأساســـه ومصادره ونتائجه وانتهينا إلى أن المقصود بمبدأ المشروعية أن تخضـــع تصـــرفات الإدارة في ممارستها للسلطة العامة حال تحقيق الصالح العـــام لأحكام القانون بمفهومه الواسع الأمر الذي جعل لزاماً على **الباحث** أن يتناول الأمور الآتية :

١- مصـــادر المشـــروعية فـــي الأنظمة القانونية، سواء المكتوبة منها وغـــير المكـــتوبة، حيث تم حصر المصادر المكتوبة في الدستور والتشريع والمعـــاهدات والاتفاقـــيات الدولية واللوائح بأنواعها المختلفة، وقد أظهرت الدراســـة بالنســـبة للوائـــح التفويضية في دولة الكويت أن إصدار السلطة التنفـــيذية مراسيم بقوانين تفويضية لا يجد له سنداً في الدستور، وإنما يجد سنده في المذكرة التفسيرية التي تعتبر جزءاً لصيقاً به وأن صدور هذا النوع من اللوائح يتطلب توافر عدة ضوابط وشروط معينة.

بـــيد أنـــه من الملاحظ أن المراسيم التفويضية لم يقدر لها الانتشار في الكويـــت، لأن مراســـيم الضـــرورة التي تصدر استناداً إلى المادة (٧١) من الدســـتور قد توسعت السلطة التنفيذية في الأخذ بها بصورة تكاد تغني عن اللوائح التفويضية.

وقـــد حدد **الباحث** مصادر المشروعية غير المكتوبة في العرف والمبادئ العامة للقانون.

ولا مـــراء فـــي أن لقواعـــد العـــرف مكانـــةً هامـــةً بين مصادر مبدأ المشـــروعية، كمـــا تظهر أهمية المبادئ العامة للقانون في أعقاب الأزمات التـــي تتســـم بعدم الاستقرار والثبات التشريعي، وهو ما يجعل القضاء يتجه إلـــيها لتحقـــيق الاستقرار، وكفالة الأمن الذي تتطلبه الحياة الاجتماعية من القـــانون، ومـــن أمثلة المبادئ القانونية العامة الملزمة لجهة الإدارة : مبدأ المســـاواة أمام القانون، والمساواة أمام الوظائف والمساواة أمام الأعباء أو التكاليف العامة، ومبدأ سمو القانون، ومبدأ الدفاع في المحاكمات... إلخ.

ولا يمكنـــنا أن نغفـــل دور الشـــريعة الإسلامية الغرَّاء كمصدر أساسي للمشـــروعية في الدول العربية والإسلامية، وللشريعة الإسلامية مكانة عليا، وهامـــة بالنســـبة لتشريعات دولة الكويت كالقانون المدني، وقانون الأحوال الشخصية، وقانون الجزاء، وقانون الإثبات... إلخ.

وأظهـــرت الدراسة أن نتائج تدرج القواعد القانونية يعني أن بعض هذه القواعـــد يتمتع بقوة إلزامية أعلى مما تتمتع به القواعد الأخرى التي تليها فـــي المرتـــبة، وبالتالـــي يجـــب على كل سلطة عند قيامها بانشاء القواعد القانونـــية أن تراعي أحكام القواعد القانونية الأعلى، حيث لا يجوز للقاعدة الأدنـــى مرتبة تعديل أو إلغاء القاعدة الأعلى مرتبة وإلا كانت مخالفة لمبدأ المشروعية.

٢- حـــق التقاضـــي لمـــا يمثله من أهمية خاصة، فبدونه يستحيل على الأفـــراد أن يأمـــنوا علـــى حـــرياتهم أو يردوا الاعتداء عليها، فكفالة حق التقاضي تبعث في نفوسهم الرضا والإحساس المطمئن بالعدل، وأن حرمانهم من هذا الحق يبعث في نفوسهم الاستياء والاحساس بالقلق والشعور بالظلم.

ولا مـــراء فـــي أن حق التقاضي يفترض – إبتداءً وبداهةً – تمكين كل مـــتقاض من النفاذ إلى القضاء نفاذاً ميسراً لا تثقله أعباء مالية، ولا تحول دونـــه عوائق إجرائية، وبناءً على ذلك، فإن أية مصادرة لحق التقاضي تعد عملاً غير مشروع، وأي نص تشريعي يمس هذا الحق هو نص باطل وغير دستوري لخروجه على النصوص الدستورية التي تؤكد هذا الحق، ومخالفته لمـــواد الدستور التي تحمي المساواة بين جميع المواطنين في التجائهم إلى القضاء بلا تفرقة أو تمييز في ممارستهم لهذا الحق.

٣- ولتحديد طبيعة العمل الصادر عن السلطات العامة المختلفة، نجد أن الفقه يتردد بين معيارين : المعيار الشكلي أو العضوي وهو الذي يستند في تحديـــد نوع العمل إلى الشكل الذي يصدر فيه، أو الإجراءات التي اتبعت في إصـــداره، أو الجهة التي أصدرته، والمعيار الموضوعي هو الذي يبحث في مضـــمون العمـــل أو فحـــواه وذلـــك بغض النظر عن الجهة التي أصدرته والإجراءات التي اتبعت في إصداره.

وقـــد أفصحت الدراسة عن أنه لا سبيل إلى تحديد العمل الإداري بالنظر إلى أحد المعنيين العضوي أو الموضوعي للسلطة الإدارية دون الآخر، ومن ثـــم يقصد بالأعمال الإدارية تلك الأعمال الصادرة عن الجهات الإدارية بشأن وظيفتها الإدارية، وتحدد الجهات الإدارية والوظائف الإدارية وفقاً لنصوص الدستور في الدولة.

ثانياً : وقـــد أفرد **الباحث** الباب الأول من الرسالة لدراسة ولاية القضاء الإداري في القانون المقارن، وذلك من خلال تناول مدلول المنازعة الإدارية، وأنـــواع ولايـــة القضـــاء الإداري، لمعرفة أين يصطف القضاء الإداري في الكويت من أنظمة القضاء الإداري المختلفة.

والمنازعة هى المسألة التي تثير نزاعاً بين الأفراد أو بينهم وبين إحدى السلطات العامة في الدولة، واستناداً إلى حق التقاضي يتم حملها إلى القضاء من خلال مباشرة الحق في الدعوى، وهى الحلقة الأولى من حلقات التقاضي حيث يتم نظرها من خلال إجراءات الخصومة القضائية، وهى الحلقة الثانية مـــن حلقـــات حق التقاضي، إلى أن تصل إلى خاتمة المطاف بصدور الحكم النهائـــي البات فيها والذي يمثل التسوية أو الترضية باعتبارها الحلقة الثالثة

والأخـــيرة من حلقات التقاضي الأمر الذي جعل لزاماً على **الباحث** أن يتناول الأمور الآتية :

١- التطور التاريخي للقانون الإداري في كل من فرنسا ومصر والكويت كمقدمة ضرورية قبل البحث في معيار المنازعة الإدارية.

وأفرد دراسة متأنية لنشأة القانون الإداري في الكويت، ذلك أنه في بداية الأمـــر لم تكن الدولة تتدخل في نشاط الأفراد، ومن ثم لم يكن هناك نزاعات تنشـــأ بيـــنها وبين الأفراد تبرر وجود قانون إداري لحلها، ولكن مع تدخل الدولـــة فـــي ممارســـة الأنشطة الشبيهة بنشاط الأفراد نشأت مشاكل جديدة ونـــزاعات مختلفة، فكان لابد من ظهور قواعد قانونية تحكم هذه الخلافات، وكانـــت الحاجـــة ملحـــة لوجـــود قضاء إداري يضع الحلول لهذه المشاكل والمنازعات والفصل فيها.

وقد أظهرت الدراسة أن صدور قانون تنظيم القضاء بالمرسوم رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ كان بمثابة طفرة كبرى في تاريخ التنظيم القضائي في الكويت، فقـــد أنشأ هذا القانون لأول مرة جهة قضاء موحد ومتكامل أيا كانت جنسية المتقاضـــي وأيـــاً كـــان نـــوع القضية، كما أنشئت إدارة الفتوى والتشريع بالمرســـوم رقـــم ١٢ لســـنة ١٩٦٠، حيـــث أسند إليها صياغة مشروعات القوانيـــن والقـــرارات الإدارية التنظيمية، ومراجعة العقود والاشتراكات في لجـــنة المناقصات المركزية، وتحضر نيابةً عن الحكومة أمام القضاء بكافة درجاته، وخلال هذه المرحلة عرف النظام القضائي القانون الإداري بمفهومه الواســـع، كما تقرر للأفراد الحق في تعويضهم عن الأضرار التي لحقت بهم مـــن جـــراء قـــرار إداري غير مشروع دون الحق في إلغائه أو تعديله أو تأويله.

وبصـــدور القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ المعدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٢ بإنشاء الدائرة الإدارية عرف النظام القضائي طلبات إلغاء القرارات الإداريـــة بشـــكل واضـــح وصريح ومباشر، ومن ثم أصبح النظام القضائي الإداري في الكويت يعرف طلبات الإلغاء والتعويض عن القرارات الإدارية.

غير أن ما يؤخذ على قانون إنشاء الدائرة الإدارية الالتجاء إلى الأسلوب الحصري لبيان اختصاصها، وهو ما يتعارض مع صياغة نص المادة (١٦٩)

من الدستور الذي يفيد بيقين أن ولاية الدائرة الإدارية هى ولاية عامة تشمل كافة المنازعات الإدارية على اطلاقها دون استثناء.

وخـــلال تلـــك المرحلة بدأت الدائرة الإدارية في تفعيل القانون الإداري بتطبـــيقه علـــى المـــنازعات التي تعرض عليها، والاعتراف للجهة الإدارية بامتـــيازات لا يتمـــتع بهـــا الأفراد، ومن ثم عرفت الكويت القانون الإداري بالمعنى الضيق.

٢- وكـــان من الضروري أن يتناول **الباحث** في هذا المقام المعايير التي أخـــذ بهـــا الفقـــه والقضاء لتحديد وضع معيار دقيق لتطبيق قواعد وأحكام القـــانون الإداي، وليكـــون في ذات الوقت أساساً لتحديد اختصاص القضاء الإداري، والتـــي تمثلـــت فـــي المعيار العضوي أو الشكلي، ومعيار السلطة العامة ومعيار المرفق العام، ومعيار المنفعة العامة، ومعيار القانون الواجب التطبيق على النزاع، ومعيار السلطة العامة الحديثة.

وقد نوه **الباحث** إلى أن الحاجة إلى إيجاد معيار مميز للقانون الإداري لا تـــثور عند تحديد ما يختص القضاء الإداري بنظره من منازعات على سبيل الحصـــر، ومـــن ثم فإن الحاجة إلى مثل هذا المعيار لا تكون ملحة كما هو الحال بالنسبة لقانون إنشاء الدائرة الإدارية.

كمـــا أن الخـــلاف الفقهي وتعدد المعايير في هذه المسألة يتعلق بتطور القانون الإداري ومرونته.

وأظهـــرت الدراســـة أن تحديـــد معيار المنازعة الإدارية ونطاق تطبيق القـــانون الإداري يعـــود إلـــى الخصائص التي تضفيها الجهة الإدارية على نشـــاطها وليســـت الطبيعة الذاتية لهذا النشاط أو الهدف منه، أي أن الأمر يخضـــع لإرادة الجهـــة الإداريـــة عـــندما تمارس نشاطها، بمعنى أن العمل الإداري يتميز من حيث موضوعه بأنه يتصل بمسائل ليس لأشخاص القانون الخـــاص أن يتولونها، كما يتميز من حيث وسائل تحقيقه بأنها أيضاً وسائل مخـــتلفة عن وسائل الأشخاص الخاصة في تحقيق أعمالهم وممارسة أوجه نشاطهم.

ومن ثم فإن معيار تحديد المنازعة الإدارية وأيضاً نطاق تطبيق القانون الإداري يتحدد بالعمل الإداري، أي العمل الصادر من سلطة إدارية بصدد مباشرة وظيفتها الإدارية، وتعد المنازعة بشأنها من المنازعات الإدارية التي يختص بالفصل فيها القضاء الإداري.

٣- وقد استعرضت الدراسة أنواع ولاية القضاء الإداري، حيث أمكن تقسيمها إلى قسمين : الأول منها يرتبط بالتقسيم التقليدي لولاية القضاء الإداري والذي يعتمد على سلطة القاضي الإداري التي يمارسها عند الفصل في الدعاوى، وعلى هذا الأساس يوجد قضاء الإلغاء، وقضاء التعويض، وقضاء التفسير وفحص المشروعية، وقضاء الزجر أو العقاب.

ويدعو الباحث المشرع الكويتي إلى الأخذ بقضاء الزجر أو العقاب خاصة بالنسبة للمخالفات الجسيمة التي ترتكب من قبل فئة معينة من الموظفين، حتى لا تكون الإدارة خصماً وحكماً وهي بصدد مساءلة موظفيها.

وإزاء تعرض التقسيم التلقيدي للنقد يرى الفقه الحديث أن أشهر التقسيمات الحديثة التي لقيت تأييداً فقهياً واسعاً هو تقسيم ولاية القضاء الإداري إلى قضاء موضوعي وقضاء شخصي، بيد أن النظام القضائي في كل من مصر والكويت يعتمد بصفة أساسية تقسيماً ثنائياً للدعاوى التي يختص بها القضاء الإداري (قضاء الإلغاء وقضاء التعويض).

ثالثاً : وأخيراً ينتقل الباحث إلى الباب الثاني من هذه الرسالة لتناول ولاية القضاء الإداري في دولة الكويت، وحتى يبلغ غايته، حاول جاهداً التغلغل في النصوص الدستورية والقانونية لتبيان هذه المسألة مستعيناً بالتطبيقات العملية وأحكام القضاء التي تجسد واقع الدور الذي يقوم به القاضي الإداري.

وقد استعرضت الدراسة ولاية القضاء الإداري في دولة الكويت من خلال التنظيم الدستوري للرقابة على أعمال الإدارة والتنظيم التشريعي للرقابة على هذه الأعمال، وكان لزاماً على الباحث أن يتناول الأمور التالية.

١- أظهرت الدراسة أن نصوص الدستور الخاصة بإنشاء جهة قضائية تقوم بالرقابة على أعمال الإدارة في الكويت من خلال ممارستها للقضاء

العادي وفق المواد (١٦٩ ، ١٧٠ ، ١٧١ ، ١٧٢) من الدستور، حيث بقيت معطلة لمدة طويلة، ولم توضع موضوع التنفيذ إلا بصدور القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ بإنشاء دائرة في المحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية، وذلك بتاريخ ١٧ فبراير سنة ١٩٨١، أي بعد فوات أكثر من سبعة عشر عاماً من تاريخ العمل بالدستور. إلا أنه قد سبقت ذلك مقدمات ومحاولات لوضع تلك النصوص موضع التنفيذ، وهدف البعض الآخر إلى إنشاء دائرة إدارية في كنف القضاء العادي تختص بالنظر في المنازعات الإدارية وتقوم بالرقابة على أعمال الإدارة. وهى محاولات انتهت بصدور القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ بشأن إنشاء دائرة بالمحكمة الكلية للنظر في المنازعات الإدارية وهو القانون المعمول به في الوقت الحاضر بعد أن عدلت بعض أحكامه بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٢. وقد أوردت المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ بإنشاء الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية قولها: (وقد قامت الحكومة بدراسة مختلف الآراء والمشروعات التي طرحت للبحث في هذا الشأن وتبين لها أن الأغلبية تتجه إلى العهود بقضاء الإلغاء إلى إحدى دوائر القضاء العادي دون إنشاء محكمة إدارية مستقلة عن القضاء العادي).

ومما لا شك فيه أن ذلك أمر مثير للأسف والحيرة، رغم جميع ما أوردته المذكرة الإيضاحية للقانون المذكور من تبرير تقول فيه أن: (هذا النظر يتفق مع واقع البلاد التي سيمر فيها قضاء الإلغاء في دور التجربة وحتى لا ينشأ جهاز جديد ضخم لعدد محدود من القضايا، فإذا ما أسفرت التجربة عن نجاح هذا القضاء وتزايد عدد القضايا المنظورة أمامه أمكن إعادة النظر في الموضوع واختيار الحل الملائم في ضوء ما يستجد من ظروف).

ويتضح من ذلك أن المشرع الكويتي لم يشأ أن يقيم قضاء يكون صاحب الاختصاص الشامل في المنازعات الإدارية كما هو مقرر في فرنسا لمجلس الدولة والمحاكم الإدارية، وفي مصر بعد صدور القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢، وإنما أراد المشرع أن يأخذ بالأسلوب الحصري في بيان اختصاص الدائرة الإدارية بنص القانون، وذلك على النهج المتبع في بعد الدول العربية، وهو بيان اختصاص القضاء الإداري بأسلوب الحصر أو التحديد بدلاً من الشمول والتعميم.

٢- وقد تناولت الدراسة اختصاص الدائرة الإدارية والتي حُددت تحديداً دقيقاً بحيث لم يشمل سوى ثلاث طوائف من المنازعة الإدارية :

الأولى : هى المنازعات الخاصة بشئون الموظفين :

لقد أدى تحديد المسائل التي تختص بها الدائرة الإدارية في خصوص طعون الموظفين على سبيل الحصر، أن بقيت بعض المنازعات الخاصة بشئونهم خارجة عن اختصاصها، وبالتالي بقى الموظف بخصوصها دون حماية.

وما يحمد للدائرة الإدارية أنها نهجت نهج مجلس الدولة المصري، وذلك بتفسير نصوص قانون إنشائها تفسيراً واسعاً، حتى يشمل النزاع في ذاته وطبيعته فتحقق للموظفين أكبر قدر من الضمانات والحماية، ذلك أن تأمين الموظفين على وظائفهم وبث روح الطمأنينة في نفوسهم من شأنه القيام بما يعهد إليهم من شئون ويوطد لهم من سلطانٍ دون مراعاة لغير أحكام القانون، فلا ينحرفون عنها خوفاً من بطش أو توقياً لانتقام.

والثانية : هى الخاصة بالطلبات التي يقدمها الأفراد أو الهيئات بإلغاء القرارات الإدارية النهائية :

وقد أوضحت الدراسة أن المشرع أخرج عن رقابة الدائرة الإدارية بعض القرارات المحصَّنة، والمتمثلة في المنازعات المتعلقة بالجنسية، وإبعاد غير الكويتيين، والقرارات المتصلة بتراخيص إصدار الصحف والمجلات ودور العبادة، وأعمال السيادة، والطعون الخاصة بانتخابات المجلس البلدي، وبعض طلبات التعويض.

والبين من أحكام قضاء محكمة التمييز أنه توسع في مفهوم أعمال السيادة لدرجة أنه اعتبر الاستثناءات التي وردت في قانون إنشاء الدائرة الإدارية وهى القرارات المحصنة تشريعاً (المسائل المتعلقة بالجنسية وإبعاد الأجانب وتراخيص إصدار الصحف والمجلات ودور العبادة) من ضمن أعمال السيادة، وهذا توسع من جانب القضاء ما كان لمحكمة التمييز أن تذهب إليه.

وقد تناولت المادة السادسة من قانون إنشاء الدائرة الإدارية تنظيم وقف تنفيذ القرارات الإدارية إذا رأت أن نتائج التنفيذ قد يتعذر تداركها وكان من بين القرارات المنصوص عليها في البند خامساً من المادة الأولى، أو أن تأمر (الدائرة الإدارية) باستمرار صرف المرتب كله أو بعضه لحين الفصل في طلب إلغاء قرار إنهاء الخدمة إذا رأت من ظروف الدعوى ما يبرر ذلك.

وإذا كان المشرع قد أعطى للأفراد الحق في الطعن على القرارات المنصوص عليها بشأنهم، نجد أن طلبات وقف تنفيذ القرارات الإدارية الخاصة بالموظفين تكاد تكون معدومة، ولم يتح لها سوى الحكم باستمرار صرف الراتب في أحوال الطعن على قرارات إنهاء الخدمة إذا رأت من ظروف الدعوى ما يبرر ذلك.

ولا شك أن منهج المشرع في تنظيم وقف تنفيذ القرارات الإدارية على هذا النحو يتضمن قصوراً تشريعياً ندعو إلى تلافيه.

والثالثة : هى المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية :

وقد استعرض **الباحث** في هذا المقام أهم صور العقود الإدارية : عقد امتياز المرافق العامة، وعقد امتياز البحث عن البترول واستغلاله، وعقد الأشغال العامة، وعقد التوريد، وأخيراً عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية طبقاً لنظام الـ B.O.T.

وأظهرت الدراسة أن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية تعد من العقود الحديثة نسبياً وخاصة في المعاملات الاقتصادية الجديدة المحلية والدولية، وقد بدأ الاهتمام بهذه العقود في اطار التغير الذي شهده العالم في ظل المتغيرات الاقتصادية الجديدة، وأنه قد ارتبط ظهور هذا النظام وانتشاره في الآونة الأخيرة بقيام الكثير من الدول بخصخصة المرافق العامة والحد من دور الدولة في النشاط الاقتصادي.

وأظهر الواقع العملي أن عقود البوت تُبرم دون تدخل من السلطة التشريعية في الكويت ومن ذلك عقد بناء وتشغيل ونقل ملكية محطة معالجة مياه الصرف الصحي في الصليبية، والذي أبرمته وزارة الأشغال العامة مع

شـــركة تنمـــية المرافق ذات المسئولية المحدودة دون صدور قانون يعطيها الإذن بذلك ومدة العقد ثلاثون سنة.

وممـــا لا شك فيه أن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية لها بريق حيث تتضمن قيام شركة المشروع ببناء المرفق وتشغليه مدة العقد ثم تنقل ملكيته إلـــى الدولة. وهذا البريق يمثل الخلفية الاقتصادية لهذه العقود إذ أنها توفر التمويل اللازم لإنشاء المرافق العامة مما يخفف الأعباء عن ميزانية الدولة، علـــى أن هـــذا البريق لا ينفي المخاوف التي ترتبط بهذه العقود سواء من الناحية الاقتصادية أم من الناحية السياسية.

ولذلك ندعو المشرع الكويتي إلى مراعاة أنه عند اللجوء إلى هذه العقود أن يـــتوافر الاطار التشريعي الفعال الذي يستطيع ضبط هذا اللجوء بدلاً من تـــرك الأمـــر لقيام الوزارات أو الإدارات التابعة لها بالتعاقد مع الغير، وذلك للحد من المخاوف التي قد يثيرها عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية.

٣- واستعرضـــت الدراسة صدور قانون تنظيم القضاء الجديد رقم ٢٣ لســـنة ١٩٩٠، والـــذي كان **الباحث** يأمل من صدوره ليس فقط إلغاء قانون القضاء السابق الصادر بالمرسوم الأميري رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ والقوانين المعدلة له، ولكن إقامة مجلس دولة يختص بالفصل في كافة المنازعات، أو على أقل تقدير تقرير الاختصاص الشامل في الفصل في المنازعات الإدارية للدائرة الإدارية، بيد أنه لم يفعل.

ولعـــل إلغـــاء قانون تنظيم القضاء السابق يؤدي - عقلاً ومنطقاً - إلى رفع الحجر الواقع على المحاكم وإزالة أية محظورات تشريعية تحد من حق المحـــاكم المدنية العادية في التصدي لولاية القضاء الكامل في كل ما لم يرد حصـــراً ضـــمن اختصـــاص الدائرة الإدارية بموجب قانون إنشائها. بيد أن القضـــاء الكويتي كان له قول مختلف حيال هذه المسألة، حيث ذهبت محكمة الاستئناف وتابعتها في ذلك محكمة التمييز بقولها : (.. فإذا كان قضاء إلغاء القـــرارات الإدارية قد استحدث وعهد به إلى الدائرة الإدارية بمقتضى قانون خـــاص وروعـــي فيه تشكيل خاص لهذه الدائرة وبعض الأحكام والإجراءات الخاصة، يظل المنع قائماً بالنسبة إلى ماعدا ذلك من قرارات، سواء بالنسبة للدوائر الأخرى بالمحكمة الكلية).

وهكـــذا فإن ما يؤسف لـــه على هذا النحو أن القضاء حرم الأفراد من حق التقاضي فيما يخرج عن اختصاص الدائرة الإدارية، وهو ما كان مقرراً لهم بمقتضى قانون تنظيم القضاء السابق، في حقهم بالتعويض عما يصيبهم من جراء قرار إداري غير مشروع، ولا شك أن في مسلك القضاء على هذا النحو مخالفة صارخة لحق التقاضي الذي كفله الدستور، ولذا ندعو القضاء في الكويت إلى تلافيه تطبيقاً لمبدأ المشروعية، أو تدخل المشرع لإقرار هذا الاختصاص صراحة لجميع المحاكم في الكويت.

٤- وكـــان لـــزاماً على **الباحث** أن يتناول مدى جواز الأخذ بالتحكيم في العقـــود الإدارية، لما لهذا الموضوع من أهمية في هذا المجال، فقد تضطر الدولـــة أو أحـــد أشخاص القانون العام الأخرى إلى التدخل في إبرام عقود التنمـــية الاقتصـــادية، ومـــن المتوقع أن تثور منازعات بشأن هذه العقود، ويعتـــبر التحكيم هو الوسيلة المثالية لحسم مثل هذه المنازعات ومن ثم بدأ الاهـــتمام بموضـــوع التحكيم من جانب المشرع المصري فعمل على تنظيمه وبيان قواعده وأحكامه بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ المعدل بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧.

٥- وفي الكويت احتدم الجدل فـــي الفقه حـــول أثر تطبيق القانون رقم ١١ لســـنة ١٩٩٥ علـــى اختصاص الدائرة الإدارية بالفصل في المنازعات الإداريـــة وفقـــاً لقانون انشائها، ذلك أن عنوان القانون يتعلق بالتحكيم في المـــنازعات المدنية والتجارية وهو ما يعني استبعاد المنازعات ذات الطبيعة الإدارية من الخضوع لأحكامه.

ولقـــد حســـم القضاء هذا الجدل الفقهي سواء في أحكام الدائرة الإدارية بالمحكمـــة الكلـــية أو محكمة الاستئناف، حيث انتهت إلى أن هيئات التحكيم ليســـت ذات ولاية على هذه المنازعات فلا يجوز أن تتعرض لها ويقع باطلاً كل حكم عقدت فيه الاختصاص لنفسها، وقد أكدت محكمة التمييز هذا التوجه في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٩٩/٣/١٤.

ويـــرى **الباحث** ضرورة استفادة المشرع الكويتي من النظام الذي أرساه المشـــرع المصري بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ وذلك بتعديل نص القانون رقـــم ١١ لســـنة ١٩٩٥ بما يتلاءم مع بيئة الاستثمار في الكويت خصوصاً وأن الدولـــة تـــتجه نحو مشاركة القطاع الخاص في العديد من مشروعات

البنـــية الأساســـية وأصـــدرت قانون بتشجيع الاستثمار الأجنبي في الكويت وأجـــازت اللجـــوء إلـــى التحكيم وفقاً لما جاء بنص المادة (١٦) من قانون تشـــجيع الاستثمار الأجنبي رقم ٨ لسنة ٢٠٠١ التي تنص على أن : (تكون المحـــاكم الكويتية وحدها هى المختصة بنظر أي نزاع ينشأ بين مشروعات الاســـتثمار الأجنبـــي والغـــير أياً كان، ويجوز الاتفاق على الالتجاء في هذا الـــنزاع إلـــى التحكـــيم)، ويؤيـــد الباحث اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لفض المـــنازعات الإداريـــة حيث أصبح التحكيم مألوفاً لدى العديد من دول العالم والـــدول العربية وبصفة خاصة في عقود الـــ B.O.T والذي يجد رواجاً في الوقت الحاضر بدولة الكويت.

ويؤكـد الباحث على أن نظام القضاء المزدوج هو الأفضل لدولة الكويت، التـــي تـــتطلع وهـــى في مسيرتها نحو الأفضل إلى استكمال عناصر تقدمها ونهضتها، وعلى رأسها دون شك العمل على توطيد دعائم مبدأ المشروعية وسيادة أحكام القانون، والذي من أهم ضماناته قيام قضاء إداري متخصص قـــادر علـــى محاسبة الإدارة وردها إلى جادة الصواب إن هى حادت عنها، فإنشـــاء مجلـــس دولة أضحى ضرورة ملحة لتثبيت دعائم الشرعية وسيادة القـــانون، وغـــرس شجرة العدالة الوارفة الظلال، الناشرة للسلام والمثبتة لكيان أي نظام.

ومـــن غرائـــب الأمـــور أن يقـــوم المشرع عام ١٩٧٣ بإنشاء محكمة دستورية لتقوم بالرقابة على دستورية القوانين واللوائح رغم اعترافه بقلة المـــنازعات الدســـتورية، ثـــم يأتـــي المشرع نفسه ليأخذ من افتراض قلة المـــنازعات الإدارية مبرراً لعدم إقامة قضاء إداري مستقـــل على الرغم من كـــثرة المنازعات الإدارية مقارنة بالمنازعات الدستورية، التي دفعت ندرتها بالمشـــرع إلـــى أن يقـــرر قـــيام أعضـــاء المحكمـــة الدستورية الأصليون والاحتياطـــيون بعملهـــم بهـــا إلى جانب عملهم بمحكمة التمييز أو محكمة الاستئناف العليا؟.

ومما يساعد على إقامة قضاء إداري مستقل في الكويت وييسره، وجود إدارة الفـــتوى والتشـــريع التي أنشئت، قبل صدور الدستور، بالمرسوم رقم ١٢ لسنة ١٩٦٠، وهى تقوم فعلاً بجانب من رسالة مجلس الدولة، كالافتاء والصـــياغة التشريعيـــة لمشروعـــات القوانيـــن واللوائح، ومراجعة العقود وإبداء الرأي فيها، وهو ما أشار إليه الدستور في مادته (١٧١) عندما نص

على أنه: (يجوز بقانون إنشاء مجلس دولة يختص بوظائف القضاء الإداري والافتاء والصياغة...).

فـــلا يبقى حتى تصبح إدارة الفتوى والتشريع **مجلس دولة** سوى أن ينشأ قســـم قضائي فتلحق به أو يلحق بها بالشكل المؤدي إلى تحقيق الغاية منها فيتكون من القسمين مجلس الدولة الكويتي.

وفي ختام هذه الدراسة يأمل الباحث أن تكون هذه الدراسة بداية ونقطة انطلاقـــة للمشرع الكويتي ليخرج عن ترددد الطويل، ويرسي صرح القضاء الإداري فـــي الكويت، بإنشاء مجلس الدولة المقترح بالدستور، والذي نرجو أن يحقق الآمال الكبار التي علقها الجميع عليه وأن يكون لوجوده صداه في نوعية التشريع ومسيرة الحكم كله.

إن مجلـــس الدولـــة الذي دعا الدستور إلى إنشائه أصبح ضرورة ملحة لتوطـــيد دعـــائم مـــبدأ المشروعية، المانع للفوضى، الناشر للعدالة، الخادم للسلام، والمثبت لأي نظام.

ولله الحجة البالغة، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين،،

تم بحمد الله،،،،

قائمة المراجع

١- المراجع العربية :

أولاً : المؤلفات العامة :

١- **الدكتور/ إبراهيم طه الفياض :**
* العقـود الإداريـة – النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي – مكتبة الفلاح، الكويت، ١٩٨١.
* القـانون الإداري – نشـاط وأعمـال السـلطة الإدارية بين القانون الكويتي والقانون المقارن – مكتبة الفلاح، الكويت، ١٩٨٨.

٢- **الدكتور/ أحمد أبوالوفا :**
* التحكيم الاختياري والإجباري – منشأة المعارف – الإسكندرية – ١٩٨٧.

٣- **الدكتور/ أحمد السيد صاوي :**
* التحكيم طبقاً للقانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، ٢٠٠٢.

٤- **الدكتور/ أحمد الشرباصي :**
* أيام الكويت، دار الكتاب العربي بمصر، الطبعة الأولى، ١٩٥٣.

٥- **الدكتور/ أحمد شرف الدين :**
* سـلطة القاضي المصري إزاء أحكام التحكيم – دعوى بطلان حكم التحكيم – الطبعة الثانية، بدون دار نشر، بدون سنة طبع.

٦- **الدكتور/ أحمد كمال الدين موسى :**
* نظرية الإثبات في القانون الإداري، مؤسسة دار الشعب، ١٩٧٧.

٧- **الدكتور/ أحمد مسلم :**
* قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٦٦.

٨- **الدكتور/ أحمد يسري :**
* أحكـام المـبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩١ (ترجمة لمؤلف مارسولون، بروسـبيرفي، جي بريبان).
* أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية، الطبعة العاشرة، ١٩٩٥.

٩- **الدكتور/ إسماعيل مرزة :**
* القـانون الدسـتوري، دراسة مقارنة للدستور الليبي ودساتير الدول العربية، منشورات الجامعة الليبية، ١٩٦٩.

١٠- **الدكتور/ السيد خليل هيكل :**
* الـرقابة علـى المؤسسـات العامة الإنتاجية والاستهلاكية – منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٧١.

١١- **الدكتور/ السيد صبري :**
* مبادئ القانون الدستوري، بدون دار نشر، القاهرة ١٩٤٤ ، ١٩٤٩.

١٢- **الدكتور/ الشافعي أبوراس :**
* القضاء الإداري، عالم الكتب، القاهرة، بدون سنة طبع.

١٣- **الدكتور/ أنور أحمد رسلان :**
* مسئولية الدولة غير التعاقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٩٨٢.
* القضاء الإداري، قضاء الإلغاء، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢.
* الحقوق والحريات في عالم متغير، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣.
* تقارير الكفاية، دراسة لتقويم الأداء الوظيفي في القانون المقارن وفي قوانين دول مجلس التعاون الخليجي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨.
* وسيط القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩.
* وجيز القانون الإداري، مطابع الطوبجي التجارية، القاهرة، ١٩٩٩.

١٤- **الدكتور/ أنور الخطيب :**
* الأصول البرلمانية، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٦١.

١٥- **الدكتور/ إيهاب زكي سلام :**
* الرقابة السياسية على أعمال السلطة التنفيذية في النظام البرلماني، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٨٣.

١٦- **الدكتورة/ بدرية جاسر الصالح :**
* قواعد إنهاء خدمة الموظف العام في القانون الكويتي، الكتاب الجامعي، الكويت، ١٩٩٦.

١٧- **الدكتور/ بكر القباني :**
القانون الإداري الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٥.

١٨- **الدكتور/ بكر القباني، والدكتور/ محمود عاطف البنا :**
* الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، مكتبة القاهرة الحديثة، الطبعة الأولى، ١٩٧٠، المجلد الأول.

١٩- **الدكتور/ ثروت بدوي :**
* تدرج القرارات الإدارية ومبدأ الشرعية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٧٠.
* القانون الدستوري وتطور الأنظمة الدستورية في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧١.
* النظرية العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية. القاهرة، ١٩٧٦.
* القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.

٢٠- **الدكتور/ جابر جاد نصار :**
* عقـود الـبوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، بدون سنة طبع.
* التحكـيم فـي العقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧.

٢١- **الدكتور/ جان باز :**
* الوسـيط فـي القـانون الإداري اللبناني، مطبعة فؤاد جهان وشركاه، لبنان، ١٩٧١.

٢٢- **الدكتور/ جمال الدين نصار :**
* تنفـيذ مشـروعات البنـية الأساسية باستخدام نظام البوت، بدون دار نشر، ٢٠٠٠.

٢٣- **الدكتور/ جميل الشرقاوي :**
* نظـرية بطـلان التصـرف القانوني في القانون المدني المصري، مطبوعات جامعة القاهرة، ١٩٥٦.

٢٤- **الدكتور/ حسن الحسن :**
* القانون الدستوري والدستور في لبنان، منشورات دار الحياة، بيروت، ١٩٥٩.

٢٥- **الدكتور/ حسن السيد بسيوني :**
* دور القضاء في المنازعات الإدارية، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٨١.

٢٦- **الدكتور/ حسن الهداوي :**
* الجنسـية ومركز الأجانب وأحكامها في القانون الكويتي، وكالة المطبوعات، الكويت، ١٩٧٣.

٢٧- **الدكتور/ حسن محمد هند :**
* التحكـيم فـي المـنازعات الإدارية، دراسة مقارنة، مؤسسة المرجاح للنشر والتوزيع، الكويت، بدون سنة طبع.

٢٨- **الأستاذ/ حمد يوسف العيسى :**
* الكويت والمستقبل، منشورات دار الطليعة، الطبعة الأولى، بيروت، ١٩٦١.

٢٩- **الدكتور/ حمدي أمين عبدالهادي :**
* الفكر الإداري الإسلامي والمقارن، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٠.

٣٠- **الدكتور/ حمدى محمد شطا :**
* الـنظام القانونـي للأجـور والمرتـبات في الوظيفة العامة، بدون دار نشر، ١٩٧٧.

٣١- **المستشار/ حمدي ياسين عكاشة :**
* موسوعة العقود الإدارية، العقود الإدارية في التطبيق العملي، المبادئ والأسس العامة، بدون دار نشر، بدون سنة طبع.
* المرافعات الإدارية في قضاء مجلس الدولة، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٧.

٣٢- **الدكتور/ خالد سعد زغلول حلمي :**
* النظم القانونية والسياسية للنفط العربي، الكتاب الجامعي، الطبعة الأولى، الكويت، ١٩٩٧.

٣٣- **الأستاذ/ خالد سليمان العدساني :**
* نصف عام للحكم الغيابي في الكويت، ١٩٤٧.

٣٤- **الدكتور/ داود العيسى :**
* المبادئ العامة للقضاء الإداري – ثلاثة أجزاء – مذكرات لطلبة الليسانس، كلية الحقوق – جامعة الكويت، غير منشورة.

٣٥- **الأستاذ/ راشد الفرحان :**
* مختصر تاريخ الكويت، مكتبة العروبة، القاهرة، ١٩٦٠.

٣٦- **الدكتور/ رأفت فودة :**
* مصادر المشروعية الإدارية ومنحنياتها، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤.
* دروس في قضاء المسئولية الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤.
* القضاء الإداري، دعوى الإلغاء، دعوى التعويض، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧.

٣٧- **الدكتور/ رشيد حمد العنزي :**
* الجنسية الكويتية، دراسة للنظرية العامة للجنسية، بدون دار نشر، الكويت، ١٩٩٨.

٣٨- **الدكتور/ رمزي طه الشاعر :**
* النظرية العامة للقانون الدستوري، مطابع دار السياسة بالكويت، ١٩٧٢.
* النظرية العامة للقانون الدستوري، الطبعة الثانية، مطبعة جامعة عين شمس، ١٩٨٠.
* النظرية العامة للقانون الدستوري، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٣.
* القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة، بدون دار نشر، ١٩٨٢.
* قضاء التعويض، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠.

٣٩- **الدكتور/ رمضان محمد بطيخ :**
* الرقابة على أداء الجهاز الإداري، دراسة عملية وعلمية في النظم الوضعية والإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤.

* الوسيط في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧.
* القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨.

٤٠- **الدكتور/ زكي محمد النجار:**
* الوسائل غير القضائية لحسم المنازعات الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣

٤١- **الدكتور/ زكي نجيب:**
* ترجمة لمؤلف/ ول ديورانت، (قصة الحضارات) بدون دار نشر، بدون سنة طبع.

٤٢- **الدكتورة/ سامية راشد:**
* التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول - إتفاق التحكيم - دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤.

٤٣- **الدكتورة/ سعاد الشرقاوي:**
* المسئولية الإدارية، دار المعارف بمصر، الطبعة الثانية، ١٩٧٢.
* القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤.
* الوجيز في القضاء الإداري، مبدأ المشروعية ومجلس الدولة، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١ ، ١٩٨٩.
* مبادئ القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.

٤٤- **الدكتورة/ سعاد الشرقاوي، والدكتور/ عبدالله ناصف:**
* القانون الدستوري والنظام السياسي المصري، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٣ - ١٩٩٤.

٤٥- **الدكتور/ سعد عصفور:**
* النظام الدستوري المصري - دستور سنة ١٩٧١، طبعة ١٩٨٠.

٤٦- **الدكتور/ سعد عصفور، والدكتور/ محسن خليل:**
* القضاء الإداري، منشأة المعارف بالإسكندرية، بدون سنة طبع.

٤٧- **الدكتور/ سليمان محمد الطماوي:**
* مبادئ علم الإدارة، ١٩٦٥.
* مبادئ القانون الإداري، دراسة مقارنة، الكتاب الثالث، أموال الإدارة العامة وامتيازاتها، دار الفكر العربي، ١٩٧٣.
* الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، الطبعة الثالثة، القاهرة، ١٩٧٥.
* السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر الإسلامي، مطبعة جامعة عين شمس، الطبعة الخامسة، ١٩٨٦.
* قضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام، دراسة مقارنة، ١٩٨٦.
* النظم السياسية والقانون الدستوري، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٨.

* النظرية العامة للقرارات الإدارية، مطبعة جامعة عين شمس، الطبعة السادسة، القاهرة، ١٩٩١.
* قضاء التأديب، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٥.
* الوجيز في القانون الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٦.
* القضاء الإداري، الكتاب الأول، قضاء الإلغاء، دار الفكر العربي، الطبعة السابعة، القاهرة، ١٩٩٦.

٤٨- **الدكتور/ سمير عبدالسيد تناغو :**
* القرار الإداري مصدر الحق، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٧٢.

٤٩- **الدكتور/ سيد أحمد محمود :**
* خصومة التحكيم القضائي (التحكيم المختلط) وفقاً للقانون الكويتي رقم ١١ لسنة ١٩٩٥، مؤسسة دار الكتاب للطباعة والنشر والتوزيع، الكويت، الطبعة الأولى، ١٩٩٧.

٥٠- **الامام/ شمس الدين محمد : (المعروف بعبد الرؤوف المناوي) :**
* التيسير "شرح الجامع الصغير" تحقيق الدكتور/ مصطفى محمد الذهبي – الجزء الأول – دار الحديث، ٢٠٠٠.

٥١- **الدكتور/ صبيح بشير مسكوني :**
* القضاء الإداري في الجمهورية العربية الليبية، منشورات جامعة بنغازي، كلية الحقوق، ١٩٧٤.

٥٢- **الدكتور/ صلاح الدين فوزي :**
* قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.
* المبسوط في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨.

٥٣- **الدكتور/ صوفي أبو طالب :**
* مبادئ تاريخ القانون، بدون دار نشر، القاهرة، ١٩٦٥.
* تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، بدون دار نشر، بدون سنة طبع.

٥٤- **الدكتور/ طارق فتح الله خضر :**
* القضاء الإداري، مبدأ المشروعية، تنظيم القضاء الإداري، دعوى الإلغاء، دار أبوالمجد للطباعة بالهرم، القاهرة، ٢٠٠٤ – ٢٠٠٥.

٥٥- **الدكتور/ طعيمة الجرف :**
* شروط قبول الدعوى في منازعات القانون الإداري، مكتبة القاهرة الحديثة، الطبعة الأولى، ١٩٥٦.
* رقابة القضاء لأعمال الإدارة، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، ١٩٧٠ ، ١٩٨٤.
* قضاء الإلغاء، بدون دار نشر، ١٩٧٦.
* مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، القاهرة، ١٩٧٦.
* مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، ١٩٧٦.
* رقابة القضاء لأعمال الإدارة (قضاء الإلغاء)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣.

٥٦- **الدكتور/ عادل الطبطبائي :**
* المبادئ الدستورية العامة، مطابع اليقظة، الكويت، ١٩٨٠.
* النظام الدستوري في الكويت، دراسة مقارنة، مؤسسة دار العلوم للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الكويت، ١٩٨٥.
* الوسيط في قانون الخدمة المدنية الكويتي، الطبعة الثالثة، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٨.

٥٧- **الدكتور/ عادل بهبهاني :**
* العقد الإداري، شركة مطبعة جرير، الكويت، ٢٠٠١.

٥٨- **الدكتور/ عبدالحميد الأحدب :**
* التحكيم – أحكامه ومصادره، الجزء الأول، مكتبة نوفل، بدون سنة طبع.

٥٩- **الدكتور/ عبدالحميد كمال حشيش :**
* مبادئ القضاء الإداري، المجلد الأول، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، ١٩٧١ ، ١٩٧٦.

٦٠- **الدكتور/ عبدالحي حجازي :**
* المدخل لدراسات العلوم القانونية، الجزء الأول، القانون، مطبوعات، جامعة الكويت، ١٩٧٢.

٦١- **الدكتور/ عبدالعزيز خليل بديوي :**
* الوجيز في المبادئ العامة للدعوى الإدارية وإجراءاتها، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، القاهرة، ١٩٧٠.

٦٢- **الدكتور/ عبدالعظيم عبدالسلام عبدالحميد :**
* مصادر الإجراءات الإدارية، دراسة مقارنة، مطبعة حمادة، قويسنا، ج.م.ع، ١٩٩٤.

٦٣- **الدكتور/ عبدالغني بسيوني عبدالله :**
* ولاية القضاء الإداري على أعمال الإدارة، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٣.
* القانون الدستوري، المبادئ العامة، الدستور اللبناني ، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٦.
* مبدأ المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي، ١٩٨٣.
* وقف تنفيذ القرار الإداري في أحكام القضاء الإداري، منشأة المعارف بالإسكندرية، بدون سنة طبع.

٦٤- **الدكتور/ عبدالفتاح أبوالليل :**
* قضاء المشروعية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨.

٦٥- **الدكتور/ عبدالفتاح حسن :**
* مبادئ النظام الدستوري في الكويت، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٦٨.
* مبادئ القانون الإداري الكويتي، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٦٩.
* قضاء الإلغاء، مكتبة الجلاء بالمنصورة، ١٩٨٢.

٦٦- **الدكتور/ عبدالفتاح ساير داير :**
* نظرية أعمال السيادة المعاصرة، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٥٥.

٦٧- **الدكتور/ عبدالفتاح عبدالحليم عبدالبر :**
* النظريات القضائية وأوجه الطعن في القرار الإداري، الغلو في تقدير الجزاء والانحراف في استعمال السلطة، الجزاء التأديبي المقنع، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة طبع.

٦٨- **الدكتور/ عبدالقادر باينة :**
* القضاء الإداري، الأسس العامة والتطور التاريخي، دار توبقال للنشر، المغرب، ١٩٨٨.

٦٩- **الدكتور/ عبدالله إبراهيم ناصف :**
* مدى توازن السلطة السياسية مع المسئولية في الدولة الحديثة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١.

٧٠- **الدكتور/ عبدالله راشد :**
* دليل التشريعات الكويتية المتعلقة بحقوق الإنسان، الكويت، الجمعية الكويتية لحقوق الإنسان، المنظمة العربية لحقوق الإنسان، ١٩٩٧.

٧١- **الدكتور/ عبدالله طلبه :**
* الرقابة على أعمال الإدارة، المطبعة الجديدة، دمشق، ١٩٧٥ - ١٩٧٦.

٧٢- **الدكتور/ عبدالمنعم الشرقاوي، والدكتور/ فتحي والي :**
* المرافعات المدنية والتجارية، الكتاب الثاني، بدون دار نشر، ١٩٧٧.

٧٣- **الدكتور/ عبدالمنعم محفوظ :**
* علاقة الفرد بالسلطة، الحريات وضمانات ممارستها، دراسة مقارنة، المجلد الأول والثاني، دار الهنا للطباعة، الطبعة الأولى، القاهرة، بدون سنة طبع.

٧٤- **الدكتور/ عبدالناصر توفيق العطار :**
* تطبيق الشريعة الإسلامية في العالم الإسلامي، دار النصر للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٩٣.

٧٥- **المستشار/ عبدالوهاب البنداري :**
* القانون التأديبي مقارناً بالقانون الجنائي، بدون دار نشر، ١٩٧٠ - ١٩٧١.

٧٦- **الدكتور/ عثمان خليل عثمان :**
* القانون الإداري، الطبعة الثالثة، بدون دار نشر، ١٩٥٧.
* مجلس الدولة ورقابة القضاء لأعمال الإدارة، دراسة مقارنة، عالم الكتب، الطبعة الخامسة، القاهرة، ١٩٦٢.
* دستور الكويت، دروس لطلبة السنة الأولى بكلية الشريعة والقانون – جامعة الكويت، مذكرات مطبوعة على الآلة الكاتبة، يناير ١٩٧١.
* دستورية القوانين، مذكرات على الآلة الكاتبة لدبلوم الدراسات العليا في القانون، ١٩٧٣ – ١٩٧٤، كلية الحقوق والشريعة _ جامعة الكويت.

٧٧- **الدكتور/ عثمان عبدالملك الصالح :**
* ميكانيكية العلاقة بين السلطات في النظام السياسي الكويتي، دراسة مقارنة، بدون دار نشر، ١٩٧٣ – ١٩٧٤.
* النظام الدستوري والمؤسسات السياسية في الكويت، الجزء الأول، مؤسسة دار العلوم للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الكويت، ١٩٨٥.

٧٨- **الدكتور/ عدنان الخطيب :**
* الإجراءات الإدارية، دراسة علمية وعملية مقارنة (نظرية الدعوى في القضاء الإداري)، من مطبوعات معهد البحوث والدراسات العربية التابع لجامعة الدول العربية، القاهرة، ١٩٦٨.

٧٩- **الدكتور/ عدنان عمرو :**
* القضاء الإداري، مبدأ المشروعية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٠.

٨٠- **الدكتور/ عزمي عبدالفتاح :**
* قانون التحكيم الكويتي، بدون دار نشر، ١٩٩٠.

٨١- **الدكتورة/ عزيزة الشريف :**
* مساءلة الموظف العام في الكويت، المسئولية المدنية والجنائية والإدارية، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٧.
* دراسات في نظرية العقد الإداري وتطبيقاتها في الكويت، مطبوعات جامعة الكويت، الطبعة الأولى، ١٩٩٨.
* التحكيم الإداري في القانون الإداري المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣.

٨٢- **الدكتورة/ عزيزة الشريف، والدكتور/ يسرى العصار :**
* القانون الإداري، مؤسسة دار الكتاب للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الكويت، ١٩٩٩.

٨٣- **الدكتور/ عصمت عبدالله الشيخ :**
* مبادئ أساسية في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧.
* التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٠.

٨٤- **المستشار/ عمر شريف :**
* مذكـرات فـي نظام الحكم والإدارة في الدول الإسلامية، دراسة مقارنة، من مطبوعات معهد الدراسات الإسلامية، القاهرة، ١٩٧٨.

٨٥- **الدكتور/ عمر محمد الشوبكي :**
* القضاء الإداري، دراسة مقارنة، الجزء الأول، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، بدون سنة طبع.

٨٦- **الدكتور/ عمرو أحمد حسبو :**
* الـتطور الحديـث لعقـود الـتزام المرافق العامة طبقاً لنظام B.O.T، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.

٨٧- **الدكتور/ فاروق عبدالبر :**
* دور مجلـس الدولة في حماية الحقوق والحريات العامة، الجزء الأول، بدون سنة طبع.

٨٨- **الدكتور/ فتحي فكري :**
* وجـيز دعـوى الإلغاء طبقاً لأحكام القضاء، شركة ناس للطباعة، ٢٠٠٣ - ٢٠٠٤.

٨٩- **الدكتور/ فهد بن محمد بن عبدالعزيز الدغيثر :**
* رقابة القضاء على قرارات الإدارة - ولاية الإلغاء أمام ديوان المظالم، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢.

٩٠- **الدكتور/ فؤاد العطار :**
* رقابة القضاء على أعمال الإدارة، دار الكتاب العربي، الطبعة الثانية، القاهرة، ١٩٦٠ - ١٩٦١.
* القضاء الإداري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٨.

٩١- **الدكتور/ ماجد راغب الحلو :**
* القانون الدستوري، بدون دار نشر، ١٩٧٦.
* القـانون الإداري الكويتـي وقـانون الخدمة المدنية الجديد، منشورات ذات السلاسل، الكويت، ١٩٨٠.
* القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٤.
* القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٦.
* القضاء الإداري، مطبوعات منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠.

٩٢- **الدكتور/ مجدي عبدالحميد شعيب :**
* التحكيم في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، بدون دار نشر، القاهرة، ١٩٨٨.

٩٣- **الدكتور/ مجدي مدحت النهري :**
* مسـئولية الدولـة عـن أعمالهـا غير التعاقدية، مكتبة العالمية بالمنصورة، ١٩٨٨.
* مـبادئ القـانون الإداري، الجـزء الأول، التنظـيم الإداري، دار أم القـرى بالمنصورة، ١٩٩٥.

٩٤- **الدكتور/ محسن خليل :**
* النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الثانية، ١٩٧١.
* القضاء الإداري اللبناني، بدون دار نشر، بدون سنة طبع.

٩٥- **الدكتور/ محسن شفيق :**
* التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧.

٩٦- **الدكتور/ محمد العتيبي :**
* القانون الإداري، الجزء الثاني، أساليب تنظيم الرقابة القضائية، (دعوى الإلغاء)، مذكرات لطلبة كلية الحقوق - جامعة الكويت، بدون دار نشر، وبدون سنة طبع.

٩٧- **الدكتور/ محمد المتولي :**
* مبدأ المساواة أمام المرافق العامة بالتطبيق على توزيع الخدمات الصحية في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧.
* الإتجاهات الحديثة في خصخصة المرافق العامة بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.

٩٨- **الدكتور/ محمد بدر :**
* تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، بدون دار نشر، بدون سنة طبع.

٩٩- **الدكتور/ محمد بكر حسين :**
* العقد الإداري والتحكيم، مكتبة السعادة بطنطا، ١٩٩٣.

١٠٠- **الدكتور/ محمد حافظ غانم :**
* مبادئ القانون الدولي العام، بدون دار نشر، ١٩٧٦.

١٠١- **المستشار/ محمد حامد الجمل :**
* الموظف العام فقهاً وقضاءً، الطبعة الأولى، بدون دار نشر، ١٩٥٨.

١٠٢- **الدكتور/ محمد حامد فهمي :**
* تنفيذ الأحكام والسندات التنفيذية، بدون دار نشر، ١٩٥١.

١٠٣- **الدكتور/ محمد رفعت عبدالوهاب :**
* القضاء الإداري، الطبعة الأولى، ١٩٨١.

١٠٤- **الدكتور/ محمد رفعت عبدالوهاب، والدكتور/ عبدالغني بسيوني عبدالله :**
* القانون الإداري، ١٩٨٩.

١٠٥- **الدكتور/ محمد سعيد حسين أمين :**
* مبادئ الشئون القانونية، دراسة في أسس التنظيم الإداري، أساليب العمل الإداري، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، ١٩٩٧.

١٠٦- **الدكتور/ محمد عبدالحميد أبوزيد :**
* الطابع القضائي للقانون الإداري، دراسة مقارنة، دار الثقافة العربية، القاهرة، ١٩٨٤.
* القضاء الإداري - مبدأ المشروعية وتنظيم مجلس الدولة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥.
* مبدأ المشروعية وضمان تطبيقه، دراسة مقارنة، بدون دار نشر، ٢٠٠٢.
* سيادة الدستور وضمان تطبيقه، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، بدون سنة طبع.

١٠٧- **الدكتور/ محمد عبدالعال السناري :**
* مبادئ وأحكام العقود الإدارية في مجال النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة طبع.

١٠٨- **الدكتور/ محمد عبدالله مرسي :**
* سيادة القانون بين الشريعة الإسلامية والشرائع الوضعية، بدون دار نشر، ١٩٧٣.

١٠٩- **الدكتور/ محمد عبدالمحسن المقاطع، والدكتور/ أحمد حمد الفارسي :**
* القانون الإداري الكويتي، الجزء الأول - التنظيم الإداري - الأموال العامة - الوظيفة العامة، الكتاب الجامعي، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠.

١١٠- **الدكتور/ محمد عصفور :**
* مذاهب المحكمة الإدارية العليا في الرقابة والتفسير والإبتداع، بدون دار نشر، ١٩٥٧.
* استقلال السلطة القضائية، بدون دار نشر، ١٩٦٩.

١١١- **الدكتور/ محمد علي آل ياسين :**
* القانون الإداري، المكتبة الحديثة للطباعة والنشر، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٧٣.

١١٢- **الدكتور/ محمد فؤاد مهنا :**
* الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، بدون دار نشر، ١٩٥٦ - ١٩٥٧.
* مسئولية الإدارة في تشريعات البلاد العربية، من مطبوعات معهد البحوث والدراسات العربية، التابع لجامعة الدول العربية، القاهرة، ١٩٧٢.
* مبادئ وأحكام القانون الإداري في ظل الاتجاهات الحديثة، دار المعارف بالإسكندرية، ١٩٧٨.
* القانون الإداري العربي، الجزء الأول.

١١٣- **الدكتور/ محمد كامل ليله :**
* الرقابة على أعمال الإدارة، دراسة مقارنة، الكتاب الأول، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٧٠ ، ١٩٧١، ص ٣٢٦.
* القانون الدستوري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧١.
* الرقابة على أعمال الإدارة، الرقابة القضائية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، بدون سنة للطبع.

١١٤- **الدكتور/ محمد ماهر أبوالعينين :**
* الوسيط في شرح اختصاصات مجلس الدولة، من جزئين، دار أبوالمجد للطباعة بالهرم، القاهرة، ٢٠٠٠.

١١٥- **الدكتور/ محمد محمد بدران :**
* رقابة القضاء على أعمال الإدارة، الكتاب الأول – مبدأ المشروعية وتنظيم القضاء الإداري واختصاصاته، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣

١١٦- **الدكتور/ محمد محمد عبداللطيف :**
* الاتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨.
* النظام الدستوري للخصخصة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.
* قانون القضاء الإداري، الكتاب الأول – نظام القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.

١١٧- **الدكتور/ محمد مرغني خيري :** .
* القضاء الإداري ومجلس الدولة، الجزء الأول – مجلس الدولة وقضاء الإلغاء، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢ ، ١٩٩٩.

١١٨- **الدكتور/ محمد يوسف علوان :**
* النظام القانون لاستغلال النفط في الأقطار العربية، الكويت، ١٩٨٢.

١١٩- **الدكتور/ محمود أبوالسعود حبيب :**
* القانون الإداري، امتيازات وسلطات الإدارة، دار الثقافة الجامعية، جامعة عين شمس، القاهرة، ١٩٩١.

١٢٠- **الدكتور/ محمود السقا :**
* فلسفة وتاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، بدون دار نشر، بدون سنة طبع.

١٢١- **الدكتور/ محمود حلمي :**
* القضاء الإداري، الطبعة الثانية، بدون دار نشر، ١٩٧٧.

١٢٢- **الدكتور/ محمود سامي جمال الدين :**
* اللوائح الإدارية وضمان الرقابة الإدارية، دراسة تحليلية لسلطة الإدارة في إصدار اللوائح التنفيذية واللوائح المستقلة ومدى سلطة القضاء في الرقابة عليها بالمقارنة مع فرنسا، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٢.

* دعـاوي التسـوية وولايـة القضـاء الإداري على الطعون المتصلة بشئون الموظفين، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٦.
* الدعـاوي الإداريـة والإجـراءات أمـام القضـاء الإداري، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٢.
* الـرقابة علـى أعمـال الإدارة في دولة الكويت، الطبعة الأولى، مؤسسة دار الكتاب، الكويت، ١٩٩٨.
* القضـاء الإداري، الـرقابة علـى أعمـال الإدارة، مبدأ المشروعية - تنظيم القضاء الإداري، دراسة مقارنة، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٣.
* أصول القانون الإداري، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٤.
* الوسـيط فـي دعوى إلغاء القرارات الإدارية، الطبعة الأولى، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٤.

١٢٣- **الدكتور/ محمود عاطف البنا :**
* العقـود الإداريـة مـع دراسة خاصة لنظام تأمين مشتريات الحكومة وعقود الـتوظف واستغلال الثروة الطبيعية في المملكة العربية السعودية، دار العلوم للطباعة والنشر، السعودية، ١٩٨٤.
* مـبادئ القانون الإداري، وسائل وأساليب النشاط الإداري، دار الفكر العربي، بدون سنة طبع.
* القضـاء الإداري، قضـاء الإلغـاء وقضـاء التعويض، دار الثقافة العربية، القاهرة، ١٩٨٩.
* الوسيط في القضاء الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٠.
* الوسـيط فـي القضـاء الإداري، تنظـيم رقابة القضاء الإداري - الدعاوى الإدارية، دار الفكر العربي، بدون سنة للطبع.
* الوسـيط فـي القـانون الإداري، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، القاهرة، ١٩٩٢.

١٢٤- **الدكتور/ محمود محمد حافظ :**
* مذكـرات فـي القـانون الدسـتوري - على الآلة الكاتبة لطلبة كلية الحقوق والشريعة - جامعة الكويت، ١٩٦٨.
* مذكرات في القانون الإداري، ١٩٧٣.
* القضـاء الإداري، دراسـة مقارنـة، دار النهضـة العربية، الطبعة السابعة، القاهرة، ١٩٧٩.
* نظرية المرفق العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١ - ١٩٨٢.
* القرار الإداري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣.

١٢٥- **الدكتور/ محمود محمد هاشم :**
* الـنظرية العامـة للتحكـيم في المواد المدنية والتجارية، الجزء الأول، اتفاق التحكـيم، دراسة مقارنة بين التشريعات الوضعية والفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٠.

١٢٦- **الدكتور/ مصطفى أبوزيد فهمي :**
* مجلس الدولة والقضاء الإداري، بدون دار نشر، ١٩٦٦.
* الوجـيز فـي القـانون الإداري، الجزء الأول، نظرية المرافق العامة، الطبعة

الأولى، بدون دار نشر، ١٩٥٧.
* القضـــاء الإداري ومجلـــس الدولـــة، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٧٩، الطبعة الرابعة ١٩٩٩، دار المطبوعات الجامعية.
* فن الحكم في الإسلام، بدون دار نشر، القاهرة، ١٩٨٢.
* القانون الإداري، الدار الجامعية ببيروت، ١٩٨٨.

١٢٧- **الدكتور/ مصطفى عبدالمقصود سليم :**
* معـيار العقـد الإداري وأثره على اختصاص مجلس الدولة، دراسة في أحكام القضاء الإداري في مصر وفرنسا، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥.

١٢٨- **الدكتور/ مصطفى كامل :**
* شـــرح القـــانون الدســـتوري، منشورات دار الكتاب العربي، الطبعة الثانية، ١٩٥٢.

١٢٩- **الدكتور/ مصطفى كمال وصفي :**
* أصـــول إجراءات القضاء الإداري، دراسة نظرية تطبيقية في مصر وسوريا، الكتاب الأول، دار الثقافة العربية، القاهرة، ١٩٦١.
* أصـــول اجـــراءات القضـــاء الإداري، الكتاب الثاني، مكتبة الانجو المصرية، ١٩٦٤، ١٩٨٧ - ١٩٨٨.
* مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي، بدون دار نشر، القاهرة، ١٩٧٠.
* النظم الإسلامية، مكتبة وهبة، القاهرة، بدون سنة طبع.
* الـــنظام الدســـتوري في الإسلام مقارناً بالنظم العصرية، مكتبة وهبة، الطبعة الثانية، القاهرة، ١٩٩٤.

١٣٠- **الدكتورة/ ناريمان عبدالقادر :**
* اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥.

١٣١- **الدكتورة/ نبيلة عبدالحليم كامل :**
* الدعاوى الإدارية والدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨.

١٣٢- **الدكتورة/ نجلاء حسن سيد أحمد خليل :**
* التحكيم في المنازعات الإدارية، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة، ٢٠٠٣ - ٢٠٠٤.

١٣٣- **الدكتور/ هشام عبدالمنعم عكاشة :**
* دور القاضي الإداري في الإثبات، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.

١٣٤- **الدكتور/ هشام علي صادق :**
* الجنســـية والموطـــن ومركـــز الأجانـــب، المجلـــد الثانـــي، منشأة المعارف بالإسكندرية، بدون سنة طبع.

١٣٥- **الدكتور/ يحيى الجمل :**
* النظام الدستوري في الكويت، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٠ - ١٩٧١.

* النظام الدستوري في جمهورية مصر العربية، بدون دار نشر، ١٩٧٤.
* القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦.

١٣٦- **الدكتور/ يسري محمد العصار :**
* شرط المصلحة في دعوى الإلغاء وفي دعوى الدستورية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤.

١٣٧- **الدكتور/ يعقوب يوسف صرخوه :**
* الأسس العامة في التحكيم الدولي، الطبعة الأولى، الكويت، ١٩٩٦.

١٣٨- **الشيخ/ يوسف بن عيسى القناعي :**
* صفحات من تاريخ الكويت، دمشق، ١٩٥٤.

ثانياً : الرسائل العلمية :

١- **الأستاذ/ أحمد سليمان العتيبي :**
* عقـود خصخصة إدارة المرافق العامة وتجربتها في الكويت، رسالة ماجستير، كلية الحقوق – جامعة الكويت، ٢٠٠٢.

٢- **الدكتور/ أحمد عبدالحميد عشوش :**
* الـنظام القانوني للاتفاقيات البترولية في البلاد العربية – رسالة دكتوراه، كلية الحقوق – جامعة القاهرة، ١٩٧٥.

٣- **الدكتور/ أحمد كمال أبو المجد :**
* الـرقابة القضـائية علـى دسـتورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقلـيم المصري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق – جامعة القاهرة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٠.

٤- **الدكتور/ أحمد مخلوف :**
* اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق – جامعة القاهرة، ٢٠٠١.

٥- **الدكتور/ أحمد مدحت علي :**
* نظـرية الظروف الاستثنائية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق – جامعة القاهرة، ١٩٧٧.

٦- **الدكتور/ الديداموني مصطفى أحمد :**
* الإجـراءات والأشـكال فـي القرار الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق – جامعة القاهرة، ١٩٨٧.

٧- **الدكتور/ السيد إبراهيم :**
* رقابة القضاء على الوقائع في دعوى الإلغاء، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق – جامعة الإسكندرية، ١٩٦٣.

٨- **الدكتور/ القطب محمد طبلية :**
* العمل القضائي في القانون المقارن والجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي في مصر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق – جامعة القاهرة، ١٩٦٤.

٩- **الدكتور/ بشار جميل يوسف :**
* الـتفويض في الاختصاصات، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق – جامعة عين شمس، ١٩٧٩.

١٠- **الدكتور/ برهان خليل زريق :**
* الـنظرية العامـة للعـرف الإداري، رسـالة دكتوراه، كلية الحقوق – جامعة المنصورة، ١٩٨٤.

١١- **الأستاذ/ خالد بن محمد عبدالله العطية :**
* النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق - جامعة القاهرة.

١٢- **الدكتور/ زكي محمد النجار :**
* نظرية البطلان في العقود الإدارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، ١٩٨١.

١٣- **الدكتور/ سراج حسين محمد أبوزيد :**
* التحكيم في عقود البترول، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ١٩٩٨.

١٤- **الدكتور/ سعد أنور سعد قنديل :**
* إجراءات التنظيم الداخلي للإدارة ورقابة القضاء، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة المنصورة، ١٩٩١.

١٥- **الدكتور/ شمس مرغني علي :**
* التحكيم في منازعات المشروع العام، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، ١٩٧٣.

١٦- **الدكتور/ صالح حسن سميع :**
* الحرية السياسية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، ١٩٨٨.

١٧- **المستشار/ عادل ماجد بورسلي :**
* إجراءات المنازعة الإدارية وفقاً للنظام القانوني الكويتي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق - جامعة الكويت، ١٩٩٩ - ٢٠٠٠.

١٨- **الدكتور/ عبدالفتاح عبدالحليم عبدالبر :**
* الضمانات التأديبية في الوظيفة العامة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٧٩.

١٩- **الدكتور/ عبدالمنعم أحمد الشرقاوي :**
* نظرية المصلحة في الدعوى، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ١٩٤٧.

٢٠- **الدكتور/ علي الباز :**
* الرقابة على دستورية القوانين في مصر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية، ١٩٧٨.

٢١- **الدكتور/ علي جريشة :**
* مبدأ المشروعية في الفقه الدستوري الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة.

٢٢- **الدكتور/ فاروق عبدالبر :**
* تقدير كفاية العاملين بالخدمة المدنية في علم الإدارة العامة والقانون الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق – جامعة القاهرة، ١٩٨٣، عالم الكتب.

٢٣- **الدكتور/ محمد جابر عبدالعليم :**
* مفـوض الدولة بين القضاء الإداري المصري والفرنسي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق – جامعة القاهرة، ٢٠٠٥.

٢٤- **الدكتور/ محمد حسنين عبدالعال :**
* فكـرة السبب في القرار الإداري ودعوى الإلغاء، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق – جامعة القاهرة، ١٩٧١، دار النهضة العربية.

٢٥- **الدكتور/ محمد شريف إسماعيل :**
* سـلطات الضـبط الإداري فـي الظـروف الاستثنائية (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق – جامعة عين شمس، ١٩٧٩.

٢٦- **الدكتور/ محمد عبدالحميد أبوزيد :**
* دوام سـير المـرافق العامة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق – جامعة القاهرة، ١٩٧٥.

٢٧- **الدكتور/ محمد عبدالسلام مخلص :**
* نظـرية المصـلحة في دعوى الإلغاء، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق – جامعة عين شمس، ١٩٨١.

٢٨- **الدكتور/ محمد عبدالمنعم :**
* الـرقابة علـى أعمال الإدارة في الشريعة الإسلامية والنظم المعاصرة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق – جامعة القاهرة، ١٩٧٦.

٢٩- **الدكتور/ محمد مصطفى حسن :**
* السـلطة الـتقديرية فـي القرارات الإدارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق – جامعة عين شمس، ١٩٧٤، مطبعة عاطف بالقاهرة.

٣٠- **الدكتور/ محمد مرغني خيري :**
* نظرية التعسف في استعمال الحقوق الإدارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق – جامعة عين شمس، ١٩٧٢.

٣١- **الدكتور/ ناصر غنيم الزيد :**
* رقابـة القضـاء الإداري الكويتـي على أعمال الإدارة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق – جامعة القاهرة، ٢٠٠٤.

٣٢- **نجاة عبدالقادر الجاسم :**
* الـتطور السياسي والاقتصادي للكويت بين الحربين ١٩١٤ - ١٩٣٩، رسالة ماجستير، ١٩٧٣.

٣٣- **الدكتورة/ نهى الزيني :**
* مسئولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ١٩٨٥.

٣٤- **الدكتورة/ هالة أحمد سيد أحمد المغازي :**
* دور المحكمـة الدستورية العليا في حماية الحريات الشخصية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية، ٢٠٠٤.

ثالثاً : المقالات والتعليقات :

١- **الدكتور/ أحمد السيد عوضين :**
* الـرقابة الرئاسـية في مجال الرقابة الذاتية للإدارة العامة على أعمالها، بحث منشور بمجلة العلوم الإدارية، ديسمبر ١٩٩٠.

٢- **الدكتور/ أحمد حافظ نجم :**
* السـلطة الـتقديرية لـلإدارة ودعاوي الانحراف بالسلطة، بحث منشور بمجلة العلوم الإدارية، ديسمبر ١٩٨٢.

٣- **الدكتور/ أحمد كمال الدين موسى :**
* نظـام مفوضـي الدولـة في مصر، مقال منشور بمجلة مجلس الدولة، السنة الحادية عشرة.
* رفقـا بـنظام المفوضين، مقال منشور بجريدة الأهرام اليومية الصادر بتاريخ ١٩٧٧/٨/٣١.

٤- **الدكتور/ أكثم الخولي :**
* الاتجاهـات العامـة فـي قـانون التحكيم المصري الجديد، بحث مقدم لمؤتمر القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي المنعقد في ١٢ ، ١٩٩٤/٩/١٣.

٥- **الدكتور/ أنور أحمد رسلان :**
* التحكـيم فـي مـنازعات العقـود الإداريـة، بحث منشور بمجلة الأمن العام والقانون، السنة السادسة، يناير ١٩٩٨.

٦- **الدكتور/ ثروت بدوي :**
* الدولـة القانونية، مقال منشور في مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة الثالثة، العدد الثالث، ١٩٥٩.

٧- **الدكتور/ حسني درويش عبدالحميد :**
* بعـض الأفكـار العمليـة فـي إجراءات الدعوى الإدارية، مقال منشور بمجلة المحاماة، العددان الأول والثاني، السنة الرابعة والستون، يناير وفبراير ١٩٨٤.

٨- **الدكتور/ رياض عيسى :**
* أحكام الأعمال الإضافية في عقود الأشغال العامة، بحث منشور بمجلة الحقوق – كلـية الحقوق – جامعة الكويت، العدد الرابع، السنة الحادية عشرة، ديسمبر ١٩٨٧.

٩- **الدكتورة/ سعاد الشرقاوي :**
* نقلـة حضارية بأساليب متنوعة لتحرير الاقتصاد، مقال منشور بجريدة الأهرام بتاريخ ١٩٩٤/٧/٩.

١٠- **الدكتور/ صلاح الدين فوزي :**
* العقـود الإداريـة، عـرض تحليلـي لأحكام القانون رقم ٨٩ ، ٩٨ في شأن المناقصات والمزايدات، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية الصادرة عن كلية الحقوق - جامعة المنصورة، العدد ٢٢ - ابريل ١٩٩٨.

١١- **الدكتور/ طعيمة الجرف :**
* مدى التعارض بين طبيعة المنازعات الإدارية وقواعد المرافعات المدنية، مقال منشور بمجلة مجلس الدولة، السنة السابعة.

١٢- **الدكتور/ طلعت الغنيمي :**
* شـروط التحكـيم في اتفاقيات البترول، بحث مقدم إلى مؤتمر البترول العربي الثالث بالإسكندرية، ١٩٦١.

١٣- **الدكتور/ عادل الطبطبائي :**
* الجوانـب الدسـتورية والقانونية في عملية إنشاء هيئة التحكيم، بحث منشور بمجلة الحقوق - جامعة الكويت، السنة السابعة، العدد الرابع، ديسمبر ١٩٨٣.
* الطعـن بتجاوز السلطة في مجال العقود الإدارية، دراسة خاصة بقضاء مجلس الدولـة الفرنسي، بحث منشور بمجلة الحقوق، كلية الحقوق - جامعة الكويت، السنة الحادية عشرة، العدد الثالث، سبتمبر ١٩٨٧.

١٤- **الأستاذ/ عادل عبدالباقي :**
* تنظـيم مجلـس الدولـة الفرنسي، تقرير منشور بمجلة مجلس الدولة، السنة الحادية عشرة.

١٥- **الدكتور/ عبدالحكيم فراج :**
* القضـاء الإداري فـي مصـر وتحول محكمة القضاء الإداري من محكمة ذات اختصـاص محـدد إلـى محكمـة ذات ولاية عامة في المسائل الإدارية، مقال منشور بمجلة مجلس الدولة، السنة الثانية، يناير ١٩٥١.

١٦- **الدكتور/ عبدالحميد كمال حشيش :**
* القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة، بحث منشور بمجلة مصر المعاصرة، السنة ٦٦، العدد ٣٦٢، ١٩٧٥.

١٧- **الدكتور/ عبدالرزاق السنهوري :**
* مجـال الـتفرقة بيـن مجلس الدولة المصري والفرنسي، مقال منشور بمجلة مجلس الدولة، العدد الأول.

١٨- **الدكتور/ عبدالمجيد بدوي :**
* تحـول لجـنة الحكومـة إلى مجلس دولة، مقال منشور بمجلة مجلس الدولة، السنة الأولى، يناير ١٩٥٠.

١٩- **الدكتور/ عبدالمنعم فرج الصده :**
* تطبـيق الشـريعة الإسلامية وأثره في توحيد التشريعات العربية، بحث منشور بمجلـة الحـق الصـادرة عن اتحاد المحامين العرب، السنة ١٩، العدد ١ ، ٢، ١٩٨٨.

٢٠- **الدكتور/ عثمان خليل عثمان :**
* عهـود القـانون الإداري في فرنسا، مقال منشور بمجلة مجلس الدولة، السنة الأولى، عام ١٩٥٠.
* تطـور القضـاء الإداري في الجمهورية العربية المتحدة، مقال منشور بمجلة العلوم الإدارية، السنة الأولى، العدد الأول، يونيو ١٩٥٩.

٢١- **الدكتور/ عثمان عبدالملك الصالح :**
* السـلطة اللائحـية لـلإدارة في الكويت والفقه المقارن وأحكام القضاء، بحث منشـور بمجلـة الحقوق، كلية الحقوق - جامعة الكويت، السنة الأولى، العدد الأول، ملحق خاص، ١٩٧٧.
* الرقابة البرلمانية على أعمال الإدارة في الكويت، دراسة نظرية تطبيقية، بحث منشـور بمجلة الحقوق، كلية الحقوق - جامعة الكويت، السنة الخامسة، العدد الرابع، ديسمبر ١٩٨١.
* التنظـيم الدستوري للرقابة القضائية على أعمال الإدارة في الكويت ومحاولات وضـعه موضـع التنفيذ، بحث منشور بمجلة الحقوق، كلية الحقوق - جامعة الكويت، السنة العاشرة، العدد الثاني - يونيو ١٩٨٦.
* الـرقابة القضائية أمام المحكمة الدستورية في الكويت، دراسة تحليلية نقدية، بحـث منشور بمجلة الحقوق، كلية الحقوق - جامعة الكويت، السنة العاشرة، ملحق للعدد الثالث، سبتمبر ١٩٨٦.
* ولايـة الدائرة الإدارية في نظر طعون الموظفين، بحث منشور بمجلة الحقوق، كلية الحقوق - جامعة الكويت، السنة العاشرة، العدد الرابع، ١٩٨٦.

٢٢- **الدكتورة/ عزيزة الشريف :**
* تطـور الاختصـاص القضـائي بنظر منازعات القانون العام في أعقاب صدور القـانون رقـم ١١ لسنة ١٩٩٥ بشأن التحكيم القضائي، بحث منشور بمجلة الحقوق، كلية الحقوق - جامعة الكويت، السنة ٢٢، العدد الثاني، ١٩٩٨.

٢٣- **الدكتور/ علي حميدان :**
* كـيف نضع دستورنا، مقال منشور بمجلة صدى الأسبوع الصادرة في البحرين بتاريخ ١٩٧١/١/٥.

٢٤- **الدكتور/ عوض المر :**
* حق التقاضي، مركز بحوث الشرطة، أكاديمية الشرطة، وزراة الداخلية، مصر، العدد الثالث عشر، يناير ١٩٩٨.

٢٥- **الدكتور/ فالين :**
* مجلـس الدولـة فـي فرنسا منذ ١٩٤٥ - مقال منشور بمجلة مجلس الدولة المصري، س ١، ص ١٥٢.

٢٦- **الدكتور/ فؤاد العطار :**
* كفالـة حـق التقاضي، مقال منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصاد، السنة الأولى، العدد الثاني، يوليو ١٩٥٩.

٢٧- **الدكتور/ محمد المتولي :**
* التنظيم التشريعي لعقود البناء والتشغيل والتحويل B.O.T، بحث منشور في كتاب إدارة مشروعات البنية الأساسية باستخدام نظام B.O.T، تحرير دكتور/ محمد المتولي، الجزء الأول، ٢٠٠١.
* خصخصة مشروعات الكهرباء بنظام والبناء والتشغيل والتحويل B.O.T، بحث منشور بمجلة البحوث الإدارية، مركز البحوث، أكاديمية السادات للعلوم الإدارية، العدد الأول، يناير ٢٠٠١.
* التنظيم القانوني لخصخصة المشروعات العامة بنظام B.O.T في الكويت، مؤتمر دور القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية ١٩ - ٢٠ يناير ٢٠٠٢ بالكويت.

٢٨- **المهندس/ محمد طلعت خطاب :**
* تجربة وزارة النقل في تنفيذ مشروعات بنظام B.O.T، في مجال الطرق، كتاب إدارة مشروعات البنية الأساسية بنظام B.O.T، محرر (دكتور/ محمد المتولي)، الجز الأول.

٢٩- **الدكتور/ محمد عصفور :**
* ضمانات الحريات، مجلة المحاماة، مارس ١٩٦٨.

٣٠- **الدكتور/ محمد لبيب شنب :**
* تعليق على حكم دائرة التمييز في الطعن رقم ١٩٧٦/٢٤ (تجاري)، جلسة ١٩٧٧/١١/٢٨، مجلة المحاماة، الأعداد ١ - ٣، س ٥، ١٩٨٠.

٣١- **الدكتور/ محمد ماهر أبوالعينين :**
* انتشار الاتجاه إلى رقابة مشروعات البنية الأساسية في الدول النامية عن طريق نظام البوت B.O.T، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي عن مشروعات البناء والتشغيل ونقل الملكية (البوت) ومقومات نجاحها في مصر، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، القاهرة، ١٤ - ١٦ نوفمبر ١٩٩٩.

٣٢- **المستشار/ محمود محمد فهمي :**
* عقود الـ B.O.T، وتكييفها القانوني، بحث مقدم إلى مؤتمر مشروعات البناء والتشغيل وتحويل الملكية، المنعقد خلال الفترة من ٢٧ - ٢٠٠٠/١/٢٩، مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي.

٣٣- **الدكتور/ مصطفى كمال وصفي :**
* انعدام القرارات الإدارية، مجلة مجلس الدولة، السنة السابعة.

٣٤- **الدكتور/ نزار الأتاسي :**
* تطور التشريع في الكويت، مقال منشور في كتاب (الكويت بأقلام نخبة من كتاب العرب).

٣٥- **الدكتور/ وجدي راغب فهمي :**
* هل التحكيم نوع من القضاء؟، دراسة اقتصادية لنظرية الطبيعة القضائية للتحكيم، بحث منشور بمجلة الحقوق، كلية الحقوق - جامعة الكويت، س ٢٧ العدد الأول والثاني، مارس - يونيو ١٩٩٣.

رابعاً : المجلات ومجموعات الأحكام :

في مصر :

١- جريدة الأهرام المصرية عام ١٩٧٧ ، ١٩٩٤.

٢- مجلة المحاماة.

٣- مجلة العلوم الإدارية.

٤- مجلة القانون والاقتصاد.

٥- مجلة هيئة قضايا الدولة.

٦- مجلة مجلس الدولة.

٧- مجلة الوقائع المصرية.

٨- مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية.

٩- مجلة العلوم القانونية والاقتصادية.

١٠- مجلة البحوث القانونية والاقتصادية.

١١- مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا – المكتب الفني.

١٢- مجموعة فتاوى مجلس الدولة – المكتب الفني.

١٣- مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة القضاء الإداري – المكتب الفني.

١٤- الموسوعة الإدارية الحديثة – مبادئ المحكمة الإدارية العليا وفتاوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع منذ ١٩٤٦ – حتى ١٩٩٧ – إشراف نعيم عطية – حسن الفكهاني – الدار العربية للموسوعات بالقاهرة.

١٥- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الجمعية العمومية للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع بمجلس الدولة مجموعة سمير أبوشادي.

١٦- مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

١٧- مجموعة أحكام محكمة النقض – الدائرة المدنية – المكتب الفني.

١٨- مجموعة القوانين والمبادئ القانونية – مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا – هيئة قضايا الدولة – المكتب الفني.

في الكويت :

١- مجلة القضاء والقانون – محكمة التمييز – المكتب الفني.

٢- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة التمييز الكويتية – المكتب الفني.

٣- مجموعة المبادئ القانون التي قررتها إدارة الفتوى والتشريع في شأن التظلمات الوظيفية العامة في الفترة من يناير ١٩٩٥ حتى ديسمبر ٢٠٠٠.

٤- مجلة الفتوى والتشريع – إدارة الفتوى والتشريع – مجلس الوزراء.

٥- مجموعة المبادئ التي أقرتها إدارة الفتوى والتشريع – إدارة الفتوى والتشريع – مجلس الوزراء.

٦- موسوعة مبادئ القضاء الإداري التي أقرتها محكمة التمييز الكويتية من عام ١٩٨٢ إلى عام ١٩٩٩ – إدارة الفتوى والتشريع – إعداد الأستاذين جمال الجلاوي – ناصر معلا.

٧- مجلة معهد القضاء – معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية – وزارة العدل.

٨- مجلة المحامي – جمعية المحامين الكويتية.

٩- الدستور الكويتي.

١٠- وثائق مجلس الأمة.

١١- الجريدة الرسمية (الكويت اليوم).

١٢- محاضر اجتماعات اللجنة التشريعية والقانونية – مجلس الأمة.

١٣- المرجع التشريعي لعقود الأشغال العامة والاتفاقيات الاستشارية ذات الصلة بعمل الوزارة – مجموعة المبادئ القانونية – التي قررتها المحاكم وإدارة الفتوى والتشريع في أربعين عام ١٩٦١ – ٢٠٠١ – وزارة الأشغال العامة – طبعة ديسمبر ٢٠٠٢ – إعداد م. أحمد منصور – أ. نجوى بكر.

٢- باللغة الفرنسية :

A- OUVRAGES :

1- Appletion :
- Traité élémentaire de contetieux administratif, 1927.

2- Auby (J-M) et Drago (R) :
- Traité de contentieux administratif, L.G.D.J., Paris, 1962, 1975.

3- Benoit (F-P) :
- Les fondements de la justice administrative, Melange Waline, 1974.

4- Berthélemy (H) :
- Traité élémentaire de droit administratif, 1 én, éd, 1901.

5- Bonnard (R) :
- Le contrôle juridictionnal de l' administration, 1934.
- Précis du droit Public, 1944.

6- Boulanger (Ph) :
- Les contrats entre Etat et éntreprises étrangers, Ed, Economica, 1985.

7- Chapus (R) :
- Contentieux administratif, Paris, 1979.
- Droit administratif, général, Montchertien, 4 ed., Paris, 1985, 1988.

8- Debbach (Charles) :
- Procédur administrative contentieuse et procédure civil, L.G.D.J., Paris, 1962.
- Droit administrative, 1968.
- Contentieux administrative, Dalloz, Paris, 1975, 1978, 1981.

9- Debeyer (Duez) :
- Taité de droit administratif, 1952.

10- De Laubadére (A) :
- Traité Theorique et Pratique des contrats administratifs, Paris, 1956.
- Actualite juridique de droit administratif, Paris, 1961.
- Traité de droit administratif, L.G.D.J., Paris, 1980, 1984.

11- De Laubadére (A) et autres :
- Traité de droit administratif, T. éd, 11, 1990.

12- Drago (R) :
- La crise de la nation juridique de service public en droit administratif Français, L.G.D.J., Paris, 1954.
- Traité de contentieux administratif, 2 çd., 1975.

13- Duguit (L.) :
- Traité de droit Constitutionnel, 1921, 1927, 1928.
- Leçon de Droit public général, le cairo, 1962.

14- Eisenmann (ch) :
- Cours de droit administratif, L.G.D.J., Paris, 1983.

15- Hauriou (André) :
- Institutions politiques et Droit constitutionnnel, 5 em çd, Paris, 1972.
- Droit Constitutionnel et institutions Politiques, Paris, 1975.

16- Hauriou (M) :
- Précis de droit administratif et de droit public général, 11 ed., Paris, 1927, 12 éd., 1933.
- Precis élémantaire de droit, Paris, 1943.

17- Jaquelin (R) :
- Principes dominants du Contenieux administratif, 1899.

18- Jez (G) :
- Les principes généraux du droit administratif, Paris, 1932.

19- Lafferriér (E) :
- Traité de la juridiction administrative, 1887, 1896.

20- Montagne de la Rouque :
- L' article 38 de la constitution du 4 octobre 1958 et la loi de pouvoirs spécioux de 4 février 1960, Mélanngl Maury, tome. 2.

21- Odent (R.) :
- Contentieux administratif Dactylographie les cours de droit, Paris, 1976 – 1981.

22- Peiser (G) :
- Le recour en cassation en droit administratif français, 1958.

23- Piquemal (M) :
- Le Fonctionnaire, Droit et Garanties, Paris, 1973.

24- Prélot (M) :
- Précis de droit constitution, Paris, 1984.

25- Rivero (J) :
- La Juge administratif gardien de la légalité administrative ou gardien administratif de la légalité. M. Waline, 1974.
- Precis de droit administratf, D., 1983.

26- Silvera (Victor) et Salon (Serge) :
- La fonction publique et ses problemes ses actuels, Paris, 1976.

27- Trotabas (L) :
- La nature juridique du contentieux fiscal en Françe, M. Hauriou, 1929.

28- Vedel (G) :
- Traité de droit administratif, Paris, 1952, 1964, 1976, 1977.
- les bases constitutionnelles de droit administratif, E.D.C.E.F., No. 8, P. 21 ets.

29- Vedel (G) et Delvolve (P) :
- Droit administratif, presses unversitaires de France, Paris, 1980, 1992.

30- Venezia (J-C) :
- Puissance public, puissance privée, M. Eisenman.

31- Waline (M) :
- Precis de droit administratif, Paris, 1969.
- Juris – classeur de droit administratif, 1952.

32- Weil (P) :
- Droit international public et Droit administratif, Melanges, tratafas.

B- THÉSE :

1- ABD EL BAKI (Samy) :
- Les projts internationnaux de Construction menés selon la Farmule B.O.T (Build, Operdte, Transfer), Thése, 2000, Paris..

2- Andreades (Startis) :
- Le contentieux administrative de État modernes, thése sous le dirction de M. Gaston Jeze, 1934 .

3- Chapus (R) :
- Responsabilité publique et responsabilité privée, thése, Paris, 1954.

4- Hamedan (Ali) :
- L' avenir politique de principties du golfe persique, thése en Sciencees politiques, Paris 1967.

C- ARTICLES ET CHRONIQUES :

1- Blumann (claude) :
- L' application de circulaires administratives par le juge judiciaire, A.J.D.A., 1972, P. 263.

2- Colliard (C.A) :
- La notion d' acte d' étachafle et son role dans la jurisprudence du conseil d' État, en (l' evolution du droit public) études en L'honneur d'Achille Mestre Sirey, 1956.
- Debeyer, Le recours pour exces de pouvoir et le contrat, R.D.P., 1938.

3- De Corail (J-L) :
- La distinction entre mesure disciplinaire et mesure hiérachique dans le droit de la fonction publique, A.J.D.A., 1967, P. 3.

4- Debeyer (Duez) :
- le recours pour exces de pouvoir et le contrat, R.D.P., 1938.

5- De Soto :
- La loi et réglement dans la constitution de 1958, R.D.P., 1959, P. 24.

6- Jacques Lambert :
- les orignes du contrôle de la constitutionnalité des lais fédérales aux Etat Union, R.D.P., 1931, P. 5 et s.

7- Jez (G) :
- Exposé critiqué d' une théorie en faveur au C.E., Sur la Classification des recours en annulation et des recours de plein juridiction, R.D.P., 1909, 667.

8- Gandolfi (Alain) :
- Notation, promotion, tableau, d' avancement, J.C.P., 1963, 11, 13111.

9- Kelsen :
- La garanté juridictionnell de la constition, R.D.P. 1928. P. 197.

10- Rivero (Jean) :
- Existe - t- il un critére du droit administratif, R.D.P., 1953, P. 279.

11- Sauvel (T) :
- La Justic Retenue de 1806 à 1872, R.D.P., 1970, P. 237 ets.

12- Silvera (Victor) :
- La reforme du conseil d' État, Reciol Sirey, 1963, P. 56.

13- Waline (M) :
- Vers un reclassement des recours du contentieux administratif, R.D.P., 1935. P. 205.
- Les rapports entre la loi et le réglement, R.D.P., 1959, P. 699 et s.

D- PÉRIODIQUES :

* L' Actualité Juridique. Droit administratif.

* Cahiers Juridiques de l' Electricité du Gaz.

* Code Administratif.

* Code Civil.

* Code de procédure pénal.

* Code pénal.

* Droit Social.

* Etude et Document du Conseil d'État.

* Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative par long, Weil et Braibant.

* Cazette du Palais.

* Journal Officiel de la Republique francaise.

* Juris – classeur Administratif.

* Juris – classeur Périodique (Sommaire Juridique).

* Recueil Dalloz de Doctrine, de Jurisprudence et de Législation. Hebdomadaire.

*Recueil des arrêts du Conseil d'Elat, du Tribunal des Conflits.

* Recueil Dalloz Sirey de Doctrine, de Jurisprudence et de Législation.

* La Revue administratif.

* Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et a l'Etranger.

* Revue Économique.

* Revue Français de Science Politique.

* Revue Générale de l'administration.

* Revue Internationle des Sciences Administratives.

* Revue Pratique de Droit administratif.

* Revue Trimestrielle de Droit Civil

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS :

A.J.D.A.	: Actualité Juridique. Droit Administratif.
Art.	: Article.
C.J.E.G.	: Cahiers Juridique Elect et Gaz.
Cass.	: Cassation.
C.É.	: Conseil d'État.
Concl.	: Conclusions de Commissaire du Gouvernement.
D.	: Recueil Dalloz.
D. Chr.	: Actualite Juridique. Droit Administratif.
D.S.	: Droit Social.
éd.,	: Édition.
Fac.,	: Fascicule.
E.D.C.E.	: Etude et Document du Conseil d'État.
G.A.	: les Grands Arrets de la Jurisprudence Administrative.
Gaz. Pal.	: Gazette du Palais.
J.C.A.	: Juris – classeur Administratif.
J.C.P.	: Juris – classeur Périodique (Sommaire Juridique).
J.O.	: Journal Officiel de la République française.
Leb.	: Recueil Lebon.
L.G.D.J.	: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
Obs.	: Observations.
Op. cit.	: Ouvrage cit.
Rec.,	: Recueil des arrêts du Conseil d'État, du Tribunal des Conflits.
Rev. Adm.	: Revue Administrative.

R.D.P.,	**: Revue de Droit Public et de la Science Politique.**
Rev. Écon.	**: Revue Économique.**
R.F.S.P.	**: Revue Française de Science Politique.**
R.G.A.	**: Revue Générale de L'Administration.**
R.I.S.A.	**: Revue Internationale des Sciences Administratives.**
R.P.D.A.	**: Revue Pratique de Droit Administratif.**
R.T.D.C.	**: Revue Trimestrielle de Droit Civil.**
S.	**: Renue Sirey.**
T.	**: Tome.**
T.A.	**: Tribunal Administratif.**
T.C.	**: Tribunal des Conflits.**
Vol.	**: Volume.**

الفهـــــــرس

الموضـــــوع	رقم الصفحة
مقـــدمـــة :	١
فصل تمهيدي **المشروعية والعمل الإداري**	١١
المبحث الأول : مبدأ المشروعية	١١
المطلب الأول : معنى المشروعية	١٣
المطلب الثاني : مصادر مبدأ المشروعية	١٩
الفرع الأول : المصادر المكتوبة لمبدأ المشروعية	٢٠
١ – القاعدة الدستورية	٢٠
٢ – التشريع	٢١
٣ – المعاهدات	٢٣
٤ – اللوائح	٢٥
أولاً : لوائح الضرورة	٢٩
ثانياً : اللوائح التفويضية	٣٦
الفرع الثاني : المصادر غير المكتوبة للمشروعية	٤٠
١ – العرف	٤٠
٢ – المبادئ العامة للقانون	٤٢
الفرع الثالث : الشريعة الإسلامية مصدر أساسي للمشروعية	٤٥
المطلب الثالث : نتائج مبدأ المشروعية	٤٧
الفرع الأول : تدرج القواعد القانونية	٤٨
١ – مدلول تدرج القواعد القانونية	٤٨
٢ – نتائج تدرج القاعدة القانونية	٥٠
٣ – ضمانات تحقيق النتائج المترتبة على تدرج القواعد القانونية	٥٦
الفرع الثاني : مسئولية الدولة عن أعمال السلطة العامة	٥٧
١ – المسئولية عن أعمال السلطة التشريعية	٥٧
٢ – المسئولية عن أعمال السلطة القضائية	٥٩
٣ – المسئولية عن أعمال السلطة التنفيذية	٥٩

الموضـــــوع	رقم الصفحة
المبحث الثاني : حق التقاضي	٦١
المطلب الأول : مدلول حق التقاضي	٦٣
المطلب الثاني : القيود التي ترد على حق التقاضي ومدى مشروعيتها	٧٤
١- القيد المطلق (أعمال السيادة)	٧٤
٢- القيد النسبي	٨٣
المبحث الثالث : مدلول العمل الإداري	٨٦
أولاً : تمييز العمل الإداري وطبيعته	٨٨
أ- المعيار الشكلي	٨٨
ب- المعيار الموضوعي	٩١
ثانياً : مدلول العمل الإداري	٩٥
أ- المعنى العضوي للسلطة الإدارية	٩٥
ب- المعنى الموضوعي للسلطة الإدارية	٩٦
ثالثاً : أنواع الأعمال الإدارية	١٠١
أ- الأعمال القانونية	١٠١
ب- الأعمال المادية	١٠٣
الباب الأول **ولاية القضاء الإداري في القانون المقارن**	١٠٥
الفصل الأول **مدلول المنازعة الإدارية**	١٠٦
المبحث الأول : التطور التاريخي للقانون الإداري كمقدمة ضرورية قبل البحث في معيار المنازعة الإدارية	١٠٩
المطلب الأول : نشأة القانون الإداري وتطوره في فرنسا	١١١
الفرع الأول : نشأة القانون الإداري في فرنسا	١١٢
الفرع الثاني : تنظيم القضاء الإداري في فرنسا	١٢١
المطلب الثاني : نشأة القانون الإداري وتطوره في مصر	١٢٥
الفرع الأول : نشأة القانون الإداري في مصر	١٢٦

الموضـــــوع	رقم الصفحة

الفرع الثاني : تنظيم القضاء الإداري في مصر ١٣٢

المطلب الثالث : نشأة القانون الإداري في الكويت ١٣٩
المرحلة الأولى : القانون الإداري قبل إنشاء الدائرة الإدارية ١٣٩
المرحلة الثانية : القانون الإداري بعد إنشاء الدائرة الإدارية ١٦٣

المبحث الثاني : معيار المنازعة الإدارية ١٦٦

المطلب الأول : مظاهر التفرقة بين المنازعات الإدارية وغيرها من المنازعات ١٦٧

المطلب الثاني : معيار المنازعة الإدارية ١٨٣
أولاً : المعيار العضوي أو الشكلي ١٨٥
ثانياً : معيار السلطة العامة ١٨٦
ثالثاً : معيار المرفق العام ١٨٧
رابعاً : معيار المنفعة العامة ١٩١
خامساً : معيار القانون الواجب التطبيق ١٩٢
سادساً : معيار السلطة العامة الحديثة ١٩٣

الفصل الثاني
أنواع ولاية القضاء الإداري ٢٠٠

المبحث الأول : التقسيم التقليدي لولاية القضاء الإداري ٢٠١
١- قضاء الإلغاء ٢٠١
٢- قضاء التعويض أو (القضاء الكامل) ٢٠٢
٣- قضاء التفسير وفحص المشروعية ٢٠٤
٤- قضاء الزجر أو العقاب ٢٠٦

المبحث الثاني : التقسيمات الحديثة لولاية القضاء الإداري ٢٠٨
أ- الدعاوى التي تدخل في نطاق القضاء الموضوعي ٢١٠
ب- الدعاوى التي تدخل في نطاق القضاء الشخصي ٢١٢

المطلب الأول : قضاء الإلغاء ٢١٧
أولاً : ماهية قضاء الإلغاء ٢١٧
ثانياً : الخصائص العامة لقضاء الإلغاء ٢١٨

الموضـــــوع	رقم الصفحة
ثالثاً : دعوى الإلغاء	٢١٩
أ ـ شروط قبول دعوى الإلغاء	٢٢٠
الشرط الأول : طبيعة القرار المطعون فيه	٢٢٢
الشرط الثاني : الصفة والمصلحة	٢٢٩
الشرط الثالث : مدة دعوى الإلغاء وأهم إجراءاتها	٢٣٦
الشرط الرابع : عدم وجود طعن مقابل	٢٣٩
ب ـ حالات الإلغاء (أوجه الإلغاء)	٢٤٠
١ – عدم الاختصاص	٢٤٢
٢ – عيب الشكل	٢٤٧
٣ – عيب مخالفة القانون	٢٥١
٤ – عيب الانحراف بالسلطة	٢٥٢
٥ – عيب السبب	٢٥٥
المطلب الثاني : قضاء التعويض أو القضاء الكامل	٢٥٨
أولاً : خصائص قضاء التعويض	٢٥٩
ثانياً : دعوى التعويض	٢٦٢
أ ـ طبيعة دعوى التعويض	٢٦٢
ب ـ شروط قبول دعوى التعويض وخضوعها لقاعدة القرار السابق	٢٦٢
ج ـ مدة دعوى التعويض	٢٦٤
ثالثاً : حكم القاضي في قضاء التعويض وحجيته	٢٦٥
الباب الثاني **ولاية القضاء الإداري في دولة الكويت**	٢٦٦
الفصل الأول **التنظيم الدستوري للرقابة على أعمال الإدارة**	٢٦٨
تمهيـــــد :	٢٦٨
المبحث الأول : موقف المشرع الدستوري	٢٧٤
المطلب الأول : المشرع الدستوري والولاية العامة في المنازعات الإدارية	٢٧٥
المطلب الثاني : المشـــرع الدســـتوري وإنشـــاء مجلس الدولة	٢٧٧

الموضـــــوع	رقم الصفحة

المطلب الثالث : الرقابة على دستورية اللوائح ٢٨١

المبحث الثاني : موقف القضاء الدستوري ٢٨٦

المطلب الأول : موقف القضاء من رقابة دستورية القوانين واللوائح قبل إنشاء المحكمة الدستورية ٢٨٧

المطلب الثاني : موقف القضاء الدستوري بعد إنشاء المحكمة الدستورية ٢٩٣

أولاً : اختصاصات المحكمة الدستورية ٢٩٤

١ - تفسير النصوص الدستورية ٢٩٤

٢ - مراقبة السلطة التشريعية عن طريق الرقابة على دستورية القوانين ٢٩٥

٣ - الرقابة على أعمال الإدارة عن طريق رقابة دستورية اللوائح ومشروعيتها ٢٩٥

٤ - اختصاص المحكمة الدستورية بالفصل في الطعون الانتخابية الخاصة بمجلس الأمة والمجلس البلدي ٢٩٦

ثانياً : طرق الطعن بعدم الدستورية وأصحاب الحق في إثارته أمام المحكمة ٢٩٦

أ- طريق الدعوى الأصلية المبتدأه ٢٩٧

ب- طريق الدفع الفرعي بعدم الدستورية ٢٩٨

ج- طريق الإحالة من احدى المحاكم لموضوع فحص الدستورية من تلقاء نفسها ٢٩٩

ثالثاً : الاختصاص بالرقابة على مشروعية اللوائح ٣٠٠

١ - موقف الفقه ٣٠١

٢ - موقف القضاء ٣٠٢

رابعاً : حكم المحكمة الدستورية وآثاره ٣٠٥

المبحث الثالث : موقف الفقه ٣٠٧

أولاً : حرمان المشرع الأفراد من طلب الإلغاء ٣٠٨

الموضـــــوع	رقم الصفحة
ثانياً : مدى جواز الرقابة على دستورية القوانين واللوائح قبل إنشاء المحكمة الدستورية	٣١٦
الرأي الأول : الامتـناع عن بحث دستورية القوانين واللوائح	٣١٧
الرأي الثاني : امتـناع المحاكم عن تطبيق القوانين غير الدستورية	٣٢٢
الفصل الثاني **التنظيم التشريعي للرقابة على أعمال الإدارة**	٣٣١
تمهيـــــد :	٣٣١
المبحث الأول : الرقابة على أعمال الإدارة قبل إنشاء الدائرة الإدارية	٣٣٤
المطلب الأول : القضـــاء الإداري قبل صدور قانون تنظيم القضاء رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩	٣٣٥
المطلب الثاني : القضـــاء الإداري بعد صدور قانون تنظيم القضاء رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩	٣٤٢
المطلب الثالث : محاولات إنشاء جهة قضائية تمارس القضاء الإداري على أعمال الإدارة	٣٥٧
المبحث الثاني : ولاية القضاء الإداري بعد إنشاء الدائرة الإدارية	٣٦٥
أولاً : تشكيل الدائرة الإدارية	٣٦٦
ثانياً : اختصاص الدائرة الإدارية	٣٦٧
ثالثاً : إجراءات التقاضي	٣٧٠
المطلب الأول : طعون الموظفين	٣٧٣
الفرع الأول : المـنازعات الخاصـة بالمرتـبات والمعاشـات والمكافآت والعلاوات	٣٧٤
١- في مدلول المرتب	٣٧٤
٢- في مدلول المعاش	٣٧٦
٣- في معنى المكافآت	٣٧٨

الموضـــــوع	رقم الصفحة

٤- في معنى العلاوات	٣٨٠
أ- العلاوة الدورية	٣٨٠
ب- العلاوة التشجيعية	٣٨٤
ج- علاوات الترقية	٣٨٤
الفرع الثاني : الطلبات التي يقدمها ذوو الشأن بإلغاء القرارات الإدارية الصادرة بالتعيين في الوظائف العامة المدنية	٣٨٦
الفرع الثالث : الطلبات التي يقدمها الموظفون المدنيون بإلغاء القرارات الإدارية الصادرة بالترقية	٣٩٤
الفرع الرابع : الطلبات التي يقدمها الموظفون المدنيون بإلغاء القرارات الصادرة بإنهاء خدمتهم أو بتوقيع جزاءات تأديبية عليهم	٤٠٢
أولاً : طلبات الموظفين الخاصة بإلغاء القرارات الصادرة بإنهاء خدمتهم	٤٠٢
١- الاستقالة	٤٠٥
٢- الإحالة إلى التقاعد	٤١٣
٣- الفصل بقرار تأديبي	٤١٩
٤- الحكم بعقوبة مقيدة للحرية في جناية أو في جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة	٤٢١
٥- سقوط الجنسية الكويتية أو سحبها	٤٢٨
٦- عدم اللياقة الصحية أو استنفاد الإجازة المرضية	٤٣٤
٧- بلوغ السن المقررة لترك الخدمة	٤٣٦
٨- الفصل لعدم الصلاحية	٤٣٧
٩- انتهاء خدمة الموظف للوفاة	٤٣٨
ثانياً : الطلبات التي يقدمها الموظفون بإلغاء القرارات الصادرة بتوقيع جزاءات تأديبية عليهم	٤٣٩
العقوبة المقنعة :	٤٤٥
المعيار الأول : المعيار الشكلي	٤٤٧
المعيار الثاني : المعيار الموضوعي	٤٤٨
المطلب الثاني : طعون الأفراد أو الهيئات بإلغاء القرارات الإدارية	٤٥٣
الفرع الأول : طعون الأفراد	٤٦٠

الموضـــوع	رقم الصفحة
الفرع الثاني : طعون الهيئات	٤٧٤
الفرع الثالث : الأعمال التي تخرج عن رقابة الدائرة الإدارية	٤٨٢
١ – القرارات الإدارية المحصنة	٤٨٢
٢ – أعمال السيادة	٤٨٨
٣ – الطعون الخاصة بانتخابات المجلس البلدي	٤٩١
٤ – بعض طلبات التعويض	٤٩٢
الفرع الرابع : وقف تنفيذ القرار الإداري	٤٩٤
١ – مجال طلب وقف التنفيذ	٤٩٦
٢ – شروط طلب وقف تنفيذ القرارات الإدارية	٤٩٨
٣ – الحكم في طلب وقف التنفيذ	٥٠١
٤ – آثار الحكم بوقف التنفيذ	٥٠٢
المطلب الثالث : المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية	٥٠٣
الفرع الأول : نشأة العقود الإدارية في دولة الكويت	٥٠٥
الفرع الثاني : المعيار المميز للعقد الإداري	٥٠٩
أولاً : أن يكون أحد طرفي العقد جهة إدارية	٥١١
ثانياً : أن يتصل العقد بنشاط مرفق عام	٥١٥
ثالثاً : أن يتضمن العقد شروطاً غير مألوفة	٥٢٠
الفرع الثالث : التعريف بأهم صور العقود الإدارية	٥٢٨
الفصل الأول : عقد امتياز المرافق العامة	٥٢٩
أولاً : مفهوم عقد امتياز (التزام) المرافق العامة	٥٢٩
ثانياً : عقد امتياز البحث عن البترول واستغلاله	٥٣٨
الفصل الثاني : عقد الأشغال العامة	٥٤٩
الفصل الثالث : عقد التوريد	٥٦١
الفصل الرابع : عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية طبقاً لنظام الـ B.O.T	٥٦٩
١ – تعريف عقود البناء والتشغيل ونقل المنكية الـ B.O.T	٥٧١
٢ – أنواع وصيغ نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية	٥٧٢
٣ – الطبيعة القانونية لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T	٥٧٥

الموضـــــوع	رقم الصفحة

٤ – التنظيم القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T ٥٧٩

أولاً : التنظيم التشريعي لنظام الـ B.O.T في مصر والكويت ٥٧٩

ثانياً : ضوابط تخصيص المرافق العامة ٥٨٥

الفرع الرابع : منازعات العقود الإدارية ٥٨٨

الفصـــل الأول : القضاء الإداري الكامل في مجال العقود الإدارية ٥٨٩

أولاً : صورة المنازعة التي تستهدف إبطال العقد ٥٩١

ثانياً : صـــورة المـــنازعة التي تستهدف المطالبة بمبالغ مالية ٥٩١

ثالثاً : صورة دعوى إبطال بعض التصرفات الصادرة من الإدارة على خلاف التزاماتها التعاقدية ٥٩٢

رابعاً : صورة دعوى فسخ العقد ٥٩٣

الفصـــل الثاني : الطعن بالإلغاء في مجال العقود الإدارية ٥٩٩

أولاً : الغاء القرارات الإدارية المنفصلة ٦٠٠

١- طلـــب إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة المقدم من الغير ٦٠٠

٢ – طلب إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة المقدم من المتعاقد. ٦٠٣

ثانياً : طعون المستفيدين في حالة عقود الامتياز ٦٠٧

المبحث الثالث : ولاية القضاء الإداري في ظل قانون تنظيم القضاء رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٠ ٦٠٨

المطلـب الأول : تنظـــيم ولاية القضاء الإداري وفق قانون تنظيم القضاء رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٠ وتعديلاته ٦١٠

المطلب الثاني : مدى جواز الأخذ بالتحكيم في منازعات العقود الإدارية ٦١٨

أولاً : مدى جواز الأخذ بالتحكيم في العقود الإدارية في فرنسا ٦٢٣

ثانياً : مدى جواز الأخذ بالتحكيم في العقود الإدارية في مصر ٦٢٥

ثالثاً : مدى جواز الأخذ بالتحكيم في العقود الإدارية في الكويت ٦٣٤

الخاتمة : ٦٤٤

المراجـع : ٦٥٧

الفهرس : ٦٩٢

مستخلص الرسالة

تناولت الرسالة ولاية القضاء الإداري في دولة الكويت بدراسة تحليلية مقارنة للوقوف على موضع القضاء الإداري الكويتي من الأنظمة القضائية المختلفة.

ولذلك قسمت الرسالة إلى فصل تمهيدي تناولت فيه مبدأ المشروعية ومصادره والنتائج المترتبة عليه، وحق التقاضي وقيوده، ومدلول العمل الإداري وطبيعته.

ثم تناولت في الباب الأول ولاية القضاء الإداري في القانون المقارن من خلال دراسة التطور التاريخي للقانون الإداري، وخصائص ومعيار المنازعة الإدارية، وكذا التقسيم التقليدي والحديث لولاية القضاء الإداري.

وتناولت في الباب الثاني ولاية القضاء الإداري في دولة الكويت من خلال التنظيم الدستوري والتشريعي للرقابة على أعمال الإدارة مع عرض لاختصاصات الدائرة الإدارية والتي وردت على سبيل الحصر.

واختتمت الرسالة بعدد من النتائج والمقترحات بهدف اصلاح ما شاب نظام القضاء الإداري في دولة الكويت من قصور، وحتى يخرج المشرع عن تردده في انشاء مجلس دولة على غرار مجلس الدولة المصري، إذ لا يخفى أن قضاءه كان ولا يزال المعين الذين يستمد قضاؤنا منه زاده، فهو معين خصب لا ينضب.

والله الموفق،،،