جامعة القاهـرة
كليـة الحقـوق

رقابة القضاء الإدارى الكويتى على أعمال الإدارة

(دراسة مقارنة)

جامعة البحرين
المكتبة
LIBRARY
University of Bahrain

رسالة مقدمة من

ناصر غنيم الزيد

للحصول على درجة الدكتوراه فى الحقوق

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة :

- الأستاذ الدكتور / **أنور أحمد رسلان** مشرفاً ورئيساً
  (أستاذ القانون العام -العميد السابق لكلية الحقوق -جامعة القاهرة)
- المستشار الدكتور/ **محمد ماهر أبو العينين** عضواً
  (نائب رئيس مجلس الدولة)
- الأستاذ الدكتور/ **جابر جاد نصار** عضواً
  (أستاذ القانون العام - كلية الحقوق - جامعة القاهرة)

مايو ٢٠٠٤م

بسم الله الرحمن الرحيم

University of Bahrain

" إن الله يأمر بالعدل "

"صدق الله العظيم"

إهـــداء

إلـــى أبـــي

* أطـــــال الله عمـــــره
* وأحســـــــن عملـــــه
* وخـــتـــم له بالسعـــادة

شكـــــر .. وثنـــــاء .. وتقـــديـــــــر

الحمـــد لله . . ثـــم الحمـــد لله . . ثـــم الحمـــد لله

الذي علـم بالقلـم . . علـم الإنسان ما لم يعلـم

والصلاة والسلام على المعلـم الأمي وعلى آله وأصحابه وسلـم تسليماً كثيراً

حُقَّ لله السجود شكراً وعرفاناً فقد كان لي عوناً وإسناداً منـذ اختيـاري لموضوع الرسالة ، ومروراً بقبول أستاذي ومشرفي الأشراف عليها ، وانتهـاءً بإعدادها ... فالحمد لله .

وأبـــدأ شكـــري، وثنـــائـــي وتقديـري لأستـاذي ومشرفـي **الأستاذ الدكتور / أنور أحمد رسلان** لقبوله الأشراف على الرسالة رغم ضيق وقته لإنشغاله بمسؤولياته الجسام ، فلم يبخل على بالوقت وأتحفني بالنصح والإرشاد ، فهو من أضاء لي الطريق .. فجزاه الله الخير .

* ولا يفوتني أن أتقدم بالشكر لكل من الأساتذة الأفاضل وهم :

الأستاذ الدكتور / محمد ماهر أبو العينين (نائب رئيس مجلس الدولة)

الأستاذ الدكتور/ جابر جاد نصارـ أستاذ القانون العام ـ كلية الحقوق ـ جامعة القاهرة

لتشريفي مناقشتهم للرسالة جعل الله ذلك في ميزان أعمالهم .

"ونســـأل الله عـــز وجـــل التـوفيـــق والســـــداد "

قال المزني - رحمه الله :-

"قرأت كتاب الرسالة على صحابه ثمانين مرة ، فما من مرة إلا وقد وقف على خطأ ، وفي المرة الحادية والثمانين ، قال حسبك أبي الله أن يكون هناك كتاب صحيح غير كتابه" .

منهجية الدراسة وخطة البحث

مقدمـــة :

إذا كان القانون في كل مجتمع هو سوره وسياجه، به يحمى حماه، ويحافظ على كيانه كمجتمع جدير بالاحترام، فإن القضاء في مجال القـانون هـو العمـود الفقري لـه ، يحمي حمى القانون ويصون تطبيقه ويعمل على بسط نفوذه علـى مستوى الأفراد والجماعات، وأعمال المؤسسات والمنظمات والهيئات[١] في المكان والزمان بحيث تبدو الصلة وثيقة بين القانون وبين القضاء، مثلما هي وثيقة بـين القانون والمجتمع، وإذا قيل لا مجتمع بلا قانون، ولا قانون بغير مجتمع، فكذلك لا قانون بغير قضاء ، ولا قضاء بغير قانون، فكلاهما متلازمان مترابطان يعملان معاً من أجل صون المجتمع وحماية الأفراد والمؤسسات واستقرار الحياة وحفظ النظام.

وإذا كان القانون الإداري بصفة خاصة ضرورى لتنظيم علاقات الإدارة فيما بينها وكذلك بينها وبين الأفراد، فإن وجود القضاء الإداري[٢] يبدو كضرورة حتمية للفصل فى المنازعات التى تكون الإدارة طرفاً فيها[٣] ، فالقضاء الإداري من أهـم المؤسسات القضائية المعاصرة لحماية المشروعية[٤] والدستورية وإرساء دعـائم العدالة وبناء دولة القانون[٥].

---

(١) أعمال الإدارة أو تصرفات الإدارة هى نوعان ، عمليات مادية تتمثل فى شكل وقائع وحوادث قد تضر بالأفراد وتجعل لهم حـق على الإدارة، وأعمال قانونية تتمثل فى الأوامر والقرارات الإدارية التى يراد بها ترتيب المراكز القانونية القائمة علما أن العمل القانوني الإداري إما أن يكون منفرداً أى عمل قانونى قاعدى كاللوائح ، أو عملاً شرطياً كقرار تعيين أحد الموظفين ، وإما أن يكون نتيجة لتوافق إرادتين كالعقد . يراجع حول هذه المفاهيم ،الدكتور مصطفى أبو زيد فهمى – القضـاء الإدارى ومجلـس الدولة ، ج ١ دار المطبوعات الجامعية – إسكندرية – ط ١٠ – ١٩٩٨ – ص ١٠ وما بعدها .

(٢) حول القضاء الإداري ومفهومه وأهميته ومجاله يراجع الدكتور أنور أحمد رسلان – وسـيط القضـاء الإداري – دار النهضـة العربية – القاهرة – ١٩٩٩ – ص ١٥ وما بعدها .

(٣) الأصل أن الفرد هو المدعى فى الدعوى الإدارية ألا أنه فى بعض الأحيان تبادر الإدارة إلى القضاء جبـزاً أو اختيـاراً متخـذة موقف المدعى – وظهور الإدارة مدعية وهذه الحالات معدودة ومنها الدعاوى التأديبية والدعاوى الجزائية وبعـض الـدعاوى الإدارية فى نطاق المسائل العقدية يراجع الدكتور- أحمد كمال الدين موسى – دعاوى الإدارة أمام القضـاء الإداري – مجلـة العلوم الإدارية العدد الثالث ١٩٧٧ – ص ٨ وما بعدها .

(٤) يطلق بعض فقهاء القانون على هذا المبدأ مصطلح الشرعية ، والمقصود بمبدأ المشروعية فى القـانون الإداري سـيادة حكـم القانون ، أى أن تكون جميع تصرفات الإدارة فى حدود القانون بمدلوله العام أى جميع القواعد الملزمة فى الدولـة ، مكتوبـة كانت أم غير مكتوبة ، ومهما كان مصدرها ، مع مراعاة التدرج فى قوتها الإلزامية بدءاً من القاعـدة القانونيـة الدسـتورية ومروراً بالقاعدة القانونية العادية الصادرة عن السلطة التشريعية العادية ، ثم اللوائح الصادرة عن السلطة التنفيذية ثم القـرار الإدارى ، يراجع الدكتور سليمان الطماوى – القضاء الإداري – الكتاب الأول – دار الفكر العربى – القـاهرة ١٩٩٦ ص ١٩ وما بعدها . أيضاً الدكتورأحمد كمال أبو المجد – الدور الإنشائي للقضاء الإداري بين المذاهب الشكلية والمذاهب الموضـوعية فى القانون – مجلة القانون والاقتصاد للبحث فى الشئون القانونية والاقتصادية – السنة الثانية والثلاثون سنة ١٩٦٢ العددين الثالث والرابع ص ١ وما بعدها.

(٥) يعتبر الدستور القاعدة السياسية لكافة القواعد القانونية فى الدولة ، والأداة المنظمة لشؤون الحكم وحقوق وحريات الآخرين – يراجع الدكتور عادل الطبطبائى – النظام الدستوري فى الكويت – ط ٣ – ١٩٩٨ ص ١١ وما بعدها .

وإذا كانت وظيفة القضاء بصفة عامة هى فض المنازعات بالعدل والقسط على نحو ملزم من خلال تحقيق الوقائع وتفسير القانون ، والمطابقة بين الوقائع والقانون[1] . فإن وظيفة القضاء الإداري لا تخرج عن هذا النطاق اللهم إلا إذا كان يؤكد دعمها ويثبتها مستهدفاً ترجمة مبدأ حق التقاضي ترجمة فعلية على صعيد الواقع .

ومبدأ حق التقاضى [2] الذى يحظى بالتقديس هو الذى دفع بالمشرع الدستورى فى الكويت لأن يكرسه فى المادة ١٦٦ من دستور الكويت [3] بالنص على أن (حق التقاضى مكفول للناس ، ويبين القانون الإجراءات والأوضاع اللازمة لممارسة هذا الحق) .

وتختلف الدول عن بعضها فى مجال المركز الذى ينبغى أن يحتله القضاء الإدارى فى المؤسسات القضائية من حيث كونه جزءاً لا يتجزأ من القضاء العادى أو من حيث كونه قضاء يتميز باستقلالية تجعل منه جهازاً قائماً بذاته يمتلك سلطة الحكم القضائى الإدارى دون منازع .

ولكل دولة مستقلة استقلالية ، فى اختيار النظام القضائى الذى يناسبها حسب ما يراه المشرع الدستورى لديها بحيث يمكن تصنيف تلك الدول فى مجموعتين تمثل كل مجموعة اتجاهاً دستورياً محدداً :

الاتجاه الأول ــ النظام القضائى الموحد

تبنت هذا النظام مجموعة من الدول أخذت بالنظام القضائى الموحد الذى يجعل الفصل فى المنازعات الإدارية ضمن القضاء العادى بشكل كامل نهائى ، ومن هذه الدول مصر قبل سنة ١٩٤٦ وإنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية.

الاتجاه الثانى ــ النظام القضائى المزدوج

أخذت مجموعة من الدول بالنظام القضائى المزدوج[4] وبرز لديها نظام القضاء الإدارى واضحاً وقوياً يتربع على هرمه مجلس الدولة . من هذه الدول فرنسا ومصر بعد سنة ١٩٤٦ تاريخ إنشاء مجلس الدولة .

---

(١) يراجع الدكتور محمود سامى جمال الدين – القضاء الإداري فى الكويت ، الطبعة الأولى ١٩٩٨ – ص ٥ وما بعدها .

(٢) يعتبر حق التقاضى من الحقوق الأساسية للإنسان فى دولة الكويت حسب نص الدستور وهو حق لا يجوز تقييده ولا تحديده من قبل أحد حتى أن الدستور لم يفوض المشرع العادى فى تقييده أو تحديده إنما فقط سمح له بتنظيمه من خلال الإجراءات والأوضاع اللازمة لممارسته . يراجع الدكتور – عثمان عبد الملك الصالح – التنظيم الدستورى للرقابة على أعمال الإدارة فى الكويت ومحاولات وضعه موضع التنفيذ – مجلة الحقوق – السنة العاشرة – العدد الثانى – يونيو ١٩٨٦ – ص ٣٤ – كلية الحقوق – جامعة الكويت – ١٩٨٦ .

(٣) انظر ذلك فى دستور الكويت الصادر فى ١٩٦٢/١١/١١ – النسخة الصادرة عن إدارة الفتوى والتشريع – مجلس الوزراء – ط٣ – الكويت ٢٠٠٠ م .

(٤) يحاول بعض فقهاء القانون إجراء مفاضلة بين النظام القضائي المزدوج والنظام القضائي الموحد – يراجع الدكتور محمد كمال ليلة – الرقابة على عمال الإدارة – الكتاب الثاني – دار النهضة العربية – بيروت – ١٩٧٠ ص ٢٤١ وما بعدها، وأيضا

- *فما هو الوضع بالكويت ..؟*

إن المتتبع لمسيرة التشريعات القضائية بدولة الكويت سوف يستنتج بأن المشرع الدستورى قد تبنى الموقف الأول مع تخويل المشرع العادى التحول إلى النظام القضائى المزدوج بإنشاء (مجلس الدولة) عند كثرة المنازعات الإدارية وتعقدها .

وقد لا أكون مجانباً للصواب إن أكدت بأن هذا الموقف الذى تبناه المشرع الدستورى الكويتى ينم عن ذكاء وبعد نظر ، فهو من جانب لم يرد أن يرهق الدولة بوجود نظام قضائى إدارى مستقل ومنفصل مسايرة منه للأوضاع والأحوال الإدارية التى لم تكن فى حاجة إلى ذلك، لا سيما وأن المنازعات الإدارية لم ترق من حيث عددها إلى مستوى تخصيص قضاء مستقل للنظر فيها .

وهو من جانب آخر لم يرد أن يقف ضد سنة الحياة وحركة التطور فيغلق الباب نهائياً ويفرض نظاماً قضائياً موحداً كما فعلت الكثير من الدول ، إنما اتخذ موقفاً متوازناً فبدأ من خلال عدد من القواعد بالأخذ بالنظام القضائى الموحد وترك الباب مفتوحاً للأخذ بالنظام القضائى المزدوج ، فكأنه بذلك قد راعى بنظرته المرنة الماضى والحاضر والمستقبل ، ووضع المشرع العادى فى الكويت على عتبة الأخذ بالنظام القضائى الإدارى المستقل عندما تكون المبررات قد تحققت . ولا سيما أن الأرضية القانونية والقضائية قد استكملت جاهزيتها بدءاً من إصدار الدستور الكويتى ومروراً بإنشاء إدارة الفتوى والتشريع[1] وأنشاء لجنة المناقصات المركزية، وتتويجاً بإنشاء المحكمة الدستورية[2] .

وهكذا يندرج القضاء الإدارى الكويتى تحت مظلة الاتجاه الدستورى الذى يأخذ بالنظام القضائى الموحد والذى بموجبه يكون القضاء الإدارى فى الكويت ضمن هيكلية القضاء العادى إلى جانب تمتعه بوضع استثنائي متميز متجهاً نحو استكمال استقلاليته كنتيجة طبيعية للتطورات التشريعية والقانونية .

إن التطور التاريخى والفقهى والقانونى الذى أحاط بالقضاء الإداري فى الكويت ، واهتمام المشرع العادى بهذا القضاء على وجه الخصوص كتلبية لنداء المشرع الدستورى من خلال إصدار العديد من القوانين بشأن تنظيم القضاء الإدارى ، وما رافق ذلك التطور القانونى من دراسات فقهية وتحليلات علمية وموضوعية تمثل فى نظر الباحث الأرضية الأولية التى تشجع على اختيار موضوع الدراسة ويرتبط بالدعوة إلى تطوير القضاء الإدارى بل واستقلالية هذا

الدكتور – محمد ال ياسين – القانون الإداري – الطبعة الأولى ١٩٧٣ المكتبة الحديثة للطبع والنشر – بيروت ص ١٩٩ وما بعدها، وايضاً الدكتور – داوود العيسى – مذكرات في المبادئ العامة للقضاء الإداري – مذكرات لطلبة الحقوق – جامعة الكويت – مذكرات غير منشورة.

(١) تأسست إدارة الفتوى والتشريع بالمرسوم الأميرى رقم ١٢/ ١٩٦٠.

(٢) أنشئت المحكمة الدستورية بالقانون رقم ١٤/ ١٩٧٣ .

القضاء ليحمل الكويت إلى قمة العدالة ويرقى بها كى تكون من أوائل الدول التى تحمى فعلاً حقوق الأفراد وتصون حرياتهم فى مواجهة الإدارة .

ويأمل الباحث أن يوفقه الله سبحانة وتعالى – بإختياره هذا البحث – إضافة لبنة جديدة تساهم فى تعميق قواعد البحث العلمى فى القانون الكويتى[1] خاصة ، والعربى والعالمى عامة ، وذلك لكونها الأولى فى موضوعها من حيث سبر أغوار التجربة الكويتية فى القضاء الإدارى ومن حيث استجابة المشرع لما هيأه له الدستور من أرضية قانونية قوية وصلبة لاستبدال النظام القضائى الموحد بنظام قضائى مزدوج يستقل فيه القضاء الإدارى عن القضاء العادى بشكل واضح وإن كان كلاهما يعملان معاً بحزم وجدية ونزاهة وموضوعية لإرساء قواعد العدالة وتثبيت مبادئ العدل واستقرار دولة القانون .

فكرة الدراسة وتحديد المشكلة :

شهدت السلطة القضائية فى الكويت تطورات كبيرة[2] فى مجال القضاء الإداري على وجه الخصوص، حيث توالت القوانين التى منحت هذا القضاء نسبة هامة من الرقابة القضائية على القرارات والعقود الإدارية وغيرها من القضايا التى تكون الدولة طرفاً فيها باعتبارها ذات سلطة ، ولكن هذه النسبة الهامة لا تزال فى مسيس الحاجة إلى تطويرها بحيث لا يقف اختصاص ولاية القضاء الإداري عند مستوى النظر فى بعض المنازعات الإدارية إلغاءً وتعويضاً على سبيل الحصر، بل يتطور إلى أن تشمل ولاية القضاء الإداري الكويتى جميع المنازعات الإدارية التى تكون الدولة طرفاً فيها لتشمل كافة الأعمال والأوامر والتصرفات الإدارية . وبحيث يكون القضاء الإداري صاحب الاختصاص الأصيل بها وذا ولاية عامة ، عليها، دون إفراط وتعد عليه بتحصين بعض أنواع المنازعات الإدارية من أن تنطوى تحت جناحيه .

وحيث لا تزال المواجهة مستمرة بين اتجاه قديم سعى ولا يزال يسعى إلى تحجيم وتقييد مؤسسات القضاء الإدارى بحجج[3] قد تكون مقبولة فى زمانها ، أثبت الواقع عدم كفايتها وعدم جدوى الاستمرار بالعمل بجانب من الرخصة الدستورية والمتمثلة بالاكتفاء بإنشاء دائرة إدارية داخل النظام القضائي العادى مع تجاهل الجانب الآخر من الرخصة الدستورية والمتمثل فى إنشاء مجلس دولة

---

(١) وتزداد أهمية التجربة الكويتية بالنسبة لدول الخليج العربى حيث يعتبر القانون الإدارى فى الكويت سابقاً فى نشأته لبقية دول الخليج وأكثر تقدماً من حيث النمو والنضوج هذا بالإضافة إلى أن دول الخليج العربى تأخذ فى كثير من الأحيان من القانون الإدارى الكويتى ، يراجع الدكتور بكر القباني – القانون الإدارى فى دول الخليج العربى – مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية – السنة السادسة والاربعون ١٩٧٦ العددان الأول والثانى – ص ٨١ .

(٢) سوف نتناولها بالشرح فى ظل الإطار التاريخى لتطور مفاهيم القضاء الإدارى والتنظيم القانوني والتشريعي في المبحث التمهيدي .

(٣) ومن هذه الآراء الساعية إلى عدم الأخذ باستقلالية القضاء الإدارى الخبير الدستورى الدكتور عبد الفتاح حسن فى كتابه مبادئ القانون الإدارى ١٩٦٩ – دار النهضة العربية بيروت – ص ١٩٠، حيث يقول سيادته ان الوضع فى الكويت لا يحتمل قيام جهتين قضائيتين– راجع في أنتقاد هذه الآراء الاستاذ فهد مرزوق فهد العنزي – النظام القانوني للترخيص الإداري في دولة الكويت – رسالة ماجستير – جامعة الدول العربية – ٢٠٠٢ – ص٢٣٩ وما بعدها .

ليتربع على قمة قضاء إداري مستقل ، وبين اتجاه سعى ولا يزال يسعى حثيثاً إلى تفعيل المواد الدستورية التى أجازت استقلال القضاء الإداري وسمحت بالتوسع بولاية القضاء الإداري وبسطها على جميع المنازعات الإدارية [1].

من هذا المنطلق وفى ظل هذا المناخ القانونى القضائى المثير، لاحت للباحث فكرة دراسة تطور ولاية القضاء الإداري الكويتى ومدى طبيعة وحقيقة الرقابة القضائية التى تمارس على أعمال الإدارة ، وذلك من خلال تشخيص علمي وتحليل موضوعى لهذه الولاية وتلك الرقابة على القرارات والعقود الإدارية وغيرها من أعمال الإدارة .

فما هى حقيقة مشكلة الرقابة وجوهرها ؟!

إن التطور التاريخى الفقهى والقانونى لولاية القضاء الإدارى فى دولة الكويت وما شهدته السلطة القضائية من صدور مراسيم وقوانين تستهدف تطوير مرفق القضاء عامة والقضاء الإدارى خاصة، مثل المرسوم رقم ١٩ / ١٩٥٩ بشأن تنظيم القضاء والقانون ٢٠ / ٨١ المعدل بالقانون ٦١ / ٨٢ بشأن إنشاء الدائرة الإدارية ، والقانون رقم ٢٣ / ٩٠ بشأن إعادة تنظيم القضاء والمعدل بالقانون رقم ١٠ / ٩٦ فضلاً عن نصوص دستور دولة الكويت ١٩٦٢[2] ، والتى بمجموعها تمثل مراحل تطور اختصاصات القضاء الإدارى ونطاقه لكونها تحتوى على قواعد قانونية تمنح القضاء الإدارى اختصاصات بالنظر في المنازعات الإدارية ، وبالخصوص فى مجال قضاء الإلغاء وقضاء التعويض من الناحية النظرية والتطبيقية ، مما يجعل الباحث ملزماً بتحليل التطور القضائى للرقابة القضائية على أعمال الإدارة فى الكويت ومقارنته مع نظيره فى القانون المصرى ، للوصول إلى عدد من الاستنتاجات العلمية التى تدفع بأصحاب السلطة إلى إصدار المزيد من القوانين لمنح القضاء الإداري ولايته الكاملة على جميع المنازعات الإدارية سواء كانت هذه الولاية داخل النظام القضائى الموحد أو كانت ولاية مستقلة فى نظام قضائى مزدوج .

---

(١) يضم هذا الاتجاه أغلب الفقهاء في الكويت ومنهم المرحوم إستاذنا الدكتور . عثمان عبد الملك الصالح، وأستاذنا الدكتور عادل الطبطبائي والمرحوم الدكتور داود العيسى والدكتور محمود سامي جمال الدين والدكتور محمد المقاطع والدكتور يسري العصار والدكتور داود الباز وينضم إليهم الباحث .

(٢) وبالاخص المواد التى نظمت السلطة القضائية عامة فى الفصل الخامس من المادة ١٦٢ إلى المادة ١٧٣ ، أما المواد ١٦٩ و ١٧٠ و ١٧١ فقد نظمت القضاء الإدارى تحديداً .

أهداف الدراسة :

تهدف هذه الدراسة إلى عدة أهداف منها :

١- التعرف على حقيقة التطور الذى شهده القضاء الإدارى فى دولة الكويت فقهاً وقانوناً ، ومدى اختصاص القضاء الإداري الكويتى فى النظر بالمنازعات الإدارية .
٢- الإسهام فى إثراء وتفعيل الفكر القضائى والقانونى المقارن لمزيد من حماية حقوق الأفراد وحرياتهم وإرساء دعائم دولة القانون .
٣- دعم مسيرة القضاء الإداري فى دولة الكويت للوصول إلى استقلال كامل له وإنشاء مجلس دولة حسب ما تخوله نصوص الدستور .
٤- الإسهام في تزويد المكتبة العربية ببحث عن تطور القانون العام بدولة الكويت .

أهمية الدراسة وما تثيره من تساؤلات للمستقبل :

إن المتتبع لمسيرة القضاء الإدارى فى دولة الكويت سوف يصل إلى نتيجة مفادها بأن هذا القضاء وعلى الرغم مما ناله من اهتمام قانونى إلا إنه فى مسيس الحاجة لكثير من القوانين التى تمنحه حرية التصرف وشمولية الاختصاص واستقلالية الحكم.

إن دعوتنا إلى تبنى القضاء المزدوج ليس إلا رغبة فى امتداد ولاية القضاء الإدارى على جميع المنازعات الإدارية بصفته صاحب الاختصاص الأصيل بها .

فهل سيبقى النظام القضائى فى دولة الكويت نظاماً واحداً أم نظاماً مزدوجاً؟ وهل يمكن للقضاء الإداري أن يشمل بولايته جميع أعمال الدولة وتصرفاتها سيادية كانت أم إدارية ؟ وكيف يمكن حماية حق التقاضى كى يكون حقاً للفرد لا يمس ولا ينتقص منه ؟

هذا ما تثيره الدراسة من تساؤلات للمستقبل .

منهج الدراسة :

استخدم الباحث المنهج الوصفى والتاريخى فى بيان تطور القضاء الإدارى من خلال تحليل هذه الموضوعات تحليلاً علمياً يقوم على التعليل والمقارنة مع الأحكام القضائية والفقه القانونى المصرى والكويتى مستهدفاً الوصول إلى عدد من النتائج العلمية التى تثري الفكر القضائى الإدارى خاصة والفكر القضائى عامة .

وسبب اقتصار الباحث على المقارنة فقط بالنظام القضائى المصرى ممثلاً بمجلس الدولة إنما يرجع لثقته المطلقة فى أن الفكر القانونى الإدارى فى مصر قد نضج واستوى على سوقه ، بحيث أصبح – وبحق ــ مثلاً يحتذى به ، وأثراً يقتفى وقبساً يضىء الطريق لباقى الدول العربية ومنها الكويت لإنشاء قضاء إداري متميز .

إن تجربة جمهورية مصر العربية متمثلة بتاريخ مجلس الدولة الطويل المثير للجدل والثرى بإنتاج أبنائه والتى هى تجربة محصتها السنون وطرقتها استقلالية المجلس طرقاً حبكت صوائغها فأنتجت عقداً يتلألأ فى سماء العدالة والمشروعية ، لذلك اقتصر الباحث – مزهواً مختالاً – على النظام القضائى الإدارى المصرى متيقناً فى إجابة هذه التجربة عن أغلب أسئلة الباحثين عن الحقيقة وفى إرواء المتعطشين للفكر القانونى الرصين .

بالإضافة إلى أن التطور الذى وصل إليه مستوى القضاء الإدارى فى مصر يعد اختزالاً للتجربة الفرنسية بكل عمقها وأبعادها ، وخلاصة ما وصل إليه القضاء الإدارى فى فرنسا.

غير أن ذلك لم يمنع الباحث من التعرض لمدرسة النظام الإداري الحديث[1] فى العالم وهى فرنسا وذلك فى حالتين :

١- عندما يستلزم الأمر ذكر تاريخ المبدأ لمعرفة مصدره وتطوره .
٢- عندما لا يعرف النظام المصرى حكماً مماثلاً أو مشابهاً وتقتضى ضرورة البحث العلمى الإشارة إليه لاكتمال البناء القانوني [2].

وكي لا ينطلق الباحث من فراغ كان عليه أن يراجع الدراسات السابقة التى بحثت فى موضوع القضاء الإداري ، للاستنارة بالاستنتاجات العلمية والإدارية والمقترحات التى تضفي جديداً على موضوع القضاء الإداري ، فضلاً عن مراجعة الأحكام القضائية الصادرة عن القضاء العادى والقضاء الإداري ، وما تضمنته تلك الأحكام القضائية من مبادئ وقواعد قانونية تساهم فى مسيرة تطوير ولاية القضاء الإداري فى دولة الكويت .

وعلى الرغم من كثرة هذه الدراسات القضائية الإدارية ، إلا أن القليل منها من تطرق إلى موضوع ولاية القضاء الإداري فى دولة الكويت وكيفية تطور هذه الولاية سواء على مستوى قضاء الإلغاء أو قضاء التعويض أو غير ذلك من الموضوعات ذات الصلة مقارنة بالقانون المصرى .

---

(١) اسميناها مدرسة باعتبار أن النظام الإسلامى قد عرف مبادىء القانون الإدارى قبل فرنسا – يراجع الدكتور داود الباز – اصول القضاء الاداري في النظام الاسلامي – دار النهضة العربية ١٩٩٦ – ص ٩ وما بعدها .
(٢) كما سيأتي لاحقاً في الباب الثالث والمتعلق بإتجاهات القضاء الإداري الكويتي في مجال المسئولية غير العقدية .

خطة البحث :

بدأ الباحث دراسته بمقدمة منهجية صور من خلالها المشكلة ونطاق البحث ومنهجه وأهداف الدراسة وأهميتها وتنظيمها ، إلى جانب الفصل التمهيدى الذى استعرض فيه الإطار المفاهيمى والتطور التاريخى والواقع التشريعى والفقهى لاختصاص المحاكم بنظر المنازعات الإدارية فى دولة الكويت سواء قبل إنشاء الدائرة الإدارية أو بعدها ، ومن ثم فإن هذه الدراسة اشتملت على فصل تمهيدي وثلاثة أبواب ثم أنتهت بخلاصة وخاتمة كما يلي :

- فصل تمهيدي – تطور الأختصاص على المنازعات الإدارية في الكويت .

- المبحث الأول – الأختصاص بنظر المنازعات الإدارية قبل إنشاء الدائرة الإدارية .

- المبحث الثاني – الأختصاص بنظر المنازعات الإدارية بعد إنشاء الدائرة الإدارية .

- الباب الأول – رقابة القضاء الإداري الكويتي على القرارت الإدارية .
  - الفصل الأول – شروط قبول دعوى الإلغاء .
  - الفصل الثاني – أوجة الطعن بالإلغاء .
- الباب الثاني – رقابة القضاء الإداري الكويتي على العقود الإدارية .
  - الفصل الأول – تمييز العقد الإداري .
  - الفصل الثاني – تنفيذ العقد الإداري .
- الباب الثالث – أتجاهات القضاء الإداري الكويتي في مجال المسئولية غير العقدية .
  - الفصل الأول – مسئولية الإدارة على أساس الخطأ .
  - الفصل الثاني – مسئولية الإدارة على مستوى المخاطر .

الفصل التمهيدي

تطور الإختصاص بالمنازعات الإدارية

في الكويت

الفصل التمهيدي

تطور الإختصاص بالمنازعات الإدارية

في الكويت

لم يكن القضاء الإداري في دولة الكويت وليد الصدفة أو بدعا من القول ، إنما جاء بعد سلسلة متعددة من المحاولات والاقتراحات التي قدمت منذ بدايات الاهتمام بالنظام القضائي ليكون نظام متكاملا ، سواء على مستوى القضاء العادي من جانب أو القضاء الإداري .

وإذا كان نظام القضاء العادي في دولة الكويت قد مر بمراحل عديدة منذ فجر وجود هذه الدولة ، وخضع لتطورات مستمرة تزامنت وولدت مع أول أمير للكويت بل وترافق زمنا مع السلطة التنفيذية في نشأته و قراراته وأحكامه حتى عام ١٩٥٩ قبيل الاستقلال السياسي حيث بدأ يتبلور كنظام قضائي قائم بذاته ، يتمتع بنسبة كبيرة من الاستقلالية القضائية نتيجة صدور المرسوم بقانون ١٩ لسنة ١٩٥٩ الخاص بتنظيم القضاء[١] ثم إستمر يزداد قوة على قوة ، فان القضاء الإداري هو الآخر تناولته يد التطوير والتغيير منذ بداية التبشير به في ظل المرسوم بقانون ١٩ لسنة ١٩٥٩ ، وإستمر نموه يشب ويقوى باستقلال الدولة وولادة الدستور[٢] عام ١٩٦٢، والذي أشار بشكل واضح إلى أسلوب التخيير في النظام القضائي المناسب للمنازعات الإدارية ، ثم تبلور بصورة أوضح بصدور القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ الخاص بإنشاء الدائرة الإدارية للنظر في المنازعات الإدارية[٣] ، ثم توج بصدور القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٠ بإعادة تنظيم القضاء والذي فتح الباب للقضاء الإداري خاصة والقضاء عامة في النظر في كافة

---

(١) صدر بتاريخ ١٩٥٩/١٢/١٩ في الجريدة الرسمية الكويت اليوم - السنة السادسة العدد ٢٥٥ الصادر في ٢٨ جمادى الآخر الموافق ١٩٥٩/١٢/٢٨.

(٢) كان تركيز الدستور الكويتي الصادر في ١٩٦٢/١١/١١ على السلطة القضائية واضحاً حيث خصص لها فصلا كاملا من خمس مواد أكد في مواده من ١٦٩ إلى١٧٣ على أهمية القضاء الإداري ووضع الأسس و الركائز من أجل استقلاله و قوة ولايته.

(٣) بدأت ولاية القضاء الإداري بدولة الكويت بعد إنشاء الدائرة الإدارية عام ١٩٨١ بدائرة واحدة إلى أن وصلت عام ٢٠٠١ إلى دائرتين تعقد جلساتها يومياً ووصلت الآن في عام ٢٠٠٤ إلى تسع دوائر لكل دائرة ثلاث قضاة، و الآن العمل جار على إنشاء دائرة للنظر بالطلبات المستعجلة.

المنازعات الإدارية، سواء على مستوى قضاء الإلغاء أو التعويض، ما لم يتم استثناء بعض المنازعات بنص خاص ، ليكون القضاء الإداري فعلا قضاء قادر على حماية الحريات وصيانة الحقوق، يواجه بكل جدارة أي اعتداء من الإدارة على الأفراد .

ولربما يتعذر فهم رقابة القضاء الإداري على أعمال الإدارة فهماً صحيحا ، ولا سبر أغواره لإدراك مراحله سواء قبل ولادة الدائرة الإدارية بالقانون ٢٠ لسنة ١٩٨١ أو بعدها إلا إذا توضحت الصورة ولو بشكل مختصر للنظام القضائي الكويتي منذ بداياته على اعتبار أنه الأم التي أنجبت القضاء الإداري الكويتي ومصدر النماء الذي يتغذى منها ، والأرضية التي وقف عليها .

فمن جانب سنتعرض لتطور الإختصاص بنظر المنازعات الإدارية قبل إنشاء الدائرة الإدارية حيث نتناول التطور التاريخي له، فنتعرض للمراحل التي مر بها النظام القضائي والقضاء الإداري في دولة الكويت سواء في مرحلة غياب مفاهيم القضاء الإداري قبل صدور قانون تنظيم القضاء رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ ، أو عند وجودها وانتشارها بعد صدور قانون تنظيم القضاء رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ .

ومن جانب آخر ، نتعرض لمضمون التنظيم القانونى أيضاً من خلال قانون تنظيم القضاء رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ وما إستحدثه من إختصاصات، ثم للتنظيم التشريعي الذي شمل ولاية القضاء الإداري بدءا بالقواعد الدستورية التي نصت على ولاية القضاء الإداري وفتحت الباب على مصراعيه لتثبت أركان القضاء الإداري من خلال إلزام المشرع العادي بإنشاء محكمة إدارية مختصة ومحكمة دستورية فضلا عن جواز إنشاء قضاء إداري مستقل من خلال مجلس دولة يختص بالولاية الشاملة للقضاء الإداري.

ثم التعرض للقوانين المنظمة لولاية القضاء الإداري بعد إنشاء الدائرة الإدارية مرورا بالقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ الخاص بإنشاء الدائرة الإدارية والممثلة بمنازعات الأفراد والعقود ومنازعات الموظفين ومنازعات القضاء الكامل فضلاً عن التعديلات التي طرأت في ظل القانون ٢٣ لسنة ١٩٩٠ بشأن تنظيم القضاء على المنازعات الإدارية باختصاص المحاكم للفصل في جميع المنازعات الإدارية والجرائم إلا ما استثنى بنص خاص وغير ذلك من قواعد رقابة القضاء الإداري على أعمال الإدارة.

ومن ثم ينقسم هذا الفصل إلى مبحثين وذلك كما يلي :

المبحث الأول ــ الأختصاص بنظر المنازعات الإدارية قبل أنشاء الدائرة الإدارية .

المبحث الثاني ــ الاختصاص بنظر المنازعات الإدارية بعد أنشاء الدائرة الإدراية .

المبحث الأول
الإختصاص بنظر المنازعات الإدارية
قبل إنشاء الدائرة الإدارية

قبل أن يتخذ المجتمع الكويتي شكله السياسي الحالي كدولة مستقلة ذات سيادة معترف بها كعضو في منظمة الأمم المتحدة تميز منذ بداية وخلال مسيرته التاريخية بأوضاع داخلية وسمات محلية واضحة تعبر عن إعلاء مبادئ الشورى والتعاون بين الحكام والمحكومين والوعى بأهمية العدالة وصون حقوق الأفراد والمؤسسات وإنصاف المظلوم وحماية الحريات مما يدل دلالة واضحة على وجود أرضية يمكن أن يقوم عليها البناء القانوني تجعل المجتمع الكويتي يحتل مكانة في العالم من حيث كونه مجتمع قانون بكل ما تحمله هذه العبارة من معنى ، ومناخاً صالحاً فيما بعد لصدور الدستور الكويتي الذي قرر مجموعة من الحقوق والحريات العامة وأكد احترام مبدأ المشروعية ومبدأ سيادة القانون واستقلال القضاء ، مما ارسي به دعائم الدولة القانونية[1].

ويتضمن هذا المبحث الحديث عن مرحلتين تتمثل الأولى بأنها تاريخية نتحدث فيها عن التطور التاريخي لمفاهيم القضاء الإداري قبل إنشاء الدائرة الإدارية من حيث غيابها ومن ثم انتشارها، وتتمثل المرحلة الثانية في بيان التنظيم القانوني من خلال قانون تنظيم القضاء رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩، والتنظيم التشريعي بصدور الدستور الكويتي.

---

(١) حسب تعبيرات المرحوم الدكتور. عثمان عبد الملك الصالح -النظام الدستوري و المؤسسات السياسية في الكويت -الطبعة الأولى -١٩٨٩ص ٨٠ وما بعدها .

المطلب الأول
التطور التاريخي لمفاهيم القضاء الإداري
قبـــل إنشـــاء الدائـــرة الإداريـــة

مرت مفاهيم القضاء الإداري فى بدايات نشأة الدولة القانونية فى الكويت قبل إنشاء الدائرة الإدارية بمرحلتين تاريخيتين : الأولى كان واضحاً فيها غياب مفاهيم القضاء الإدارى وبساطة التنظيم القانونى والقضائى ، ثم فى مرحلة تالية ــ وبعد صدور قانون تنظيم القضاء رقم ٥٩ لسنة ١٩٥٩ ــ بدأت تظهر مفاهيم القضاء الإدارى وتنتشر مما يستتبع منا لتوضيح طبيعة هذه المرحلة أن نعود بالذاكرة إلي بدايات نشأة الدولة القانونية فى الكويت في عرض تاريخي نبين فيه التطور التاريخى لمفاهيم القضاء الأدري من غياب ثم إنتشار، مستعرضين الأحقاب التاريخية والأدوار المختلفة التي لبث فيها النظام القضائي بشكل عام والقضاء الإداري بشكل خاص ، مع بيان الخصائص العامة التى تميز بها النظام القضائي فى دولة الكويت فى تلك الفترة .

وعلى ذلك ينقسم هذا المطلب إلى فرعين هما :

- الفرع الأول – غياب مفهوم القضاء الإداري والخصائص العامة للنظام القضائي قبل صدور قانون تنظيم القضاء لسنة ١٩٥٩ .
- الفرع الثاني – ظهور وإنتشار مفهوم القضاء الإداري بعد صدور قانون تنظيم القضاء لسنة ١٩٥٩ .

الفـــرع الأول

غيـــاب مفهـــوم القضـــاء الإداري
والخصائص العـــامة للنظـــام القضائى
قبل صـــدور قانون تنظيم القضاء سنة ١٩٥٩

نعرض في الصفحات التالية لشرح هذه المرحلة حسب التقسيم الآتي :

أولاً ــ غياب مفاهيم القضاء الإدارى فى هذه المرحلة .

ثانيا – الخصائص العامة للنظام القضائي .

أولاً ــ غياب مفاهيم القضاء الإدارى فى هذه المرحلة :

اتسمت هذه المرحلة بغياب شامل لمفهوم القضاء الإداري فـــي المؤلفـــات الفقهية ، والوثائق القانونية كمفهوم المنازعة الإدارية وولايـــة القضـــاء الإداري وقضاء إلغاء القرارات الإدارية وغير ذلك ، ولكن هذا الغياب أو الانعدام الشـــكلي لايعنى غياب العدالة وانعدامها بل هو نتيجة طبيعية لنوعية الحياة وبساطتها وعدم وجود علاقات ومؤسسات إدارية متشابهة ومعقدة في مجتمع تميـــز منـــذ بدايـــة وجوده وخلال تطوره التاريخي بنوع من الخصوصية في العلاقـــات بـــين الحـــاكم والمحكوم وخاصه في المجال السياسي والقضائي قلما يعرفه مجتمع آخـــر علـــى مستوى العالم العربى وغيره من المجتمعات الحديثة والتي تمثلت في روح التفاهم وحسن التعامل وممارسة الشورى وإدراك مقتضيات العدالة وصون حقوق الأفراد وإنصاف المظلوم وغير ذلك، مما ينم عن مستوى قانوني وقضائي ترشحه – وإن كان يفتقر إلى عدد من الشكليات والترتيبات القانونية ، وتقع فيه بعض الأخطـــاء على مستوى التطبيق ، ويتسم بغياب المفـــاهيم القانونيـــة المرتبطـــة بالمنازعـــة

الإدارية والقضاء الإداري – أقول ترشحه لأن يكون مجتمعاً يتجه نحو الدولة القانونية – وهذا ما حدث فعلاً – بخطى ثابتة مستنداً إلي تاريخ مشرف في العدالة أن لم يكن مجتمع قانون بالمفهوم المعاصر لهذه الكلمة ، وبحيث كانت هذه العلاقات الأرضية الصالحة لإصدار الدستور الكويتي الذي إلى جانب مساندته لما جاء في تنظيم القضاء رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ وغيره من القوانين قد قرر مجموعة من الحقوق والحريات العامة ، وحرص على تضمين مواده وبنوده نصوصاً مرتبطة بمبادئ تؤكد إحترام المشروعية وسيادة القانون واستقلال القضاء وغير ذلك مما آرسى به دعائم دولة القانون.

وتصنيفاً لهذا التاريخ الهام يمكن تمييز فترتين من أهم فترات التطور القضائي في ظل غياب مفاهيم القضاء الإداري ، الأولى تمثل فترة التطور القضائي في الكويت إلى ما قبل ١٩٣٨ والثانية تمثل التطور القضائي في الكويت من عام ١٩٣٨ حتى عام ١٩٥٩.

ففى فترة ما قبل ١٩٣٨[1] وفى نهايتها على وجه الخصوص بدا التمييز واضحاً بين السلطات التشريعية والقضائية والتنفيذية رغم خضوعها التام للحاكم وتبعيتها له.

ففى المجال القضائى حيث السلطة فيها للحاكم يمارسها بنفسه بالنسبة لرعاياه من الكويتيين والمسلمين المقيمين فيها ، أما بالنسبة للأجانب فقد انتقلت السلطة القضائية إلى المعتمد البريطانى فى الكويت.

وفى المجال التشريعى تم تكوين مجلس شورى مؤلف من أثنى عشر عضواً معيناً يعاون الحاكم فى ممارسة سلطته التشريعية وإصدار القوانين ، إلى جانب ممارسته للسلطة التنفيذية بالكامل.

---

(١) يراجع الدكتور. عبدالرسول عبدالرضا – موجز عن النظام القانونى والقضائى لدولة الكويت ، مجلة الفتوى والتشريع يوليو ١٩٩٨ ص٧ وما بعدها، وأيضاً الدكتور. سليمان خالد المطوع- لمحات من تطور القضاء والتشريع فى الكويت مجلة المحاماه – العدد ٧ – يناير ١٩٧٤ ص ٩٤ ومابعدها .

نخلص من ذلك إلى أن السلطة القضائية كانت موجودة ، وأن القضاء فـى تلك الفترة كان قضاء موحداً لا يبدو فيه آثار التمييـز بـين المنازعـة العاديـة والمنازعة الإدارية نظراً لغياب مثل هذه المفاهيم الإداريـة ، وعلـى العمـوم إذا حصلت منازعة قام الحاكم بالنظر فيها بالأصالة أو بالإحالة إلى قاض شـرعى، إذا كان موضوع الخصومة جنائياً أو أحوال شخصية يتم الفصل فيهـا طبقـاً لأحكـام الشريعة الإسلامية أو إحالتها إلى لجنة أعضاؤها مـن ذوى الخبـرة وإذا كـان موضوع المنازعة يرتبط بمعاملات تجارية، ليقضى فيها طبقاً للأعراف التجاريـة السائدة.

أما الفترة الثانية من هذه المرحلة فقد امتدت من ١٩٣٨ إلى ١٩٥٩ ، فإنه على الرغم من استمرار غياب مفاهيم القضاء الإداري ، لاقت السـلطة القضـائية اهتماماً واضحاً حيث أن الوثيقة الدستورية التى وضعها أعضاء المجلس التشريعى قد أخذت ضمنياً بمبدأ استقلال القضاء وإن كانت تبـرر للمجلـس مؤقتـاً القيـام باختصاصات محكمة الاستئناف لحين تشكيل تلك المحكمة ، فضلاً عن العديد مـن الإصلاحات من حيث عضوية المحكمة بجعل القضاء الشرعى لقاضـيين رسـميين بدلاً من قاض واحد مع إلزام القضاة باستنباط أحكامها من مجلة الأحكام العدليـة الشرعية ، وإنشاء محكمة صغرى للنظر فى القضايا المدنيـة التـى تقـل عـن الخمسين روبية لتتفرغ المحكمة الكبرى للفصل فى المنازعات الهامة، مع محاولة تشكيل محكمة استئناف مستقلة ،إلى جانب إصلاحات أخرى تمس القضاة أنفسـهم من حيث مضاعفة المرتبات، ومعاقبة المسيء، وإنشاء مكـان للقضـاء يتوسـط المدينة.

نخلص من ذلك إلى أن القضاء فى الكويت فى الفتـرة الثانيـة قـد شـهد إصلاحات عديدة وظهر فيها قانون للقضاء يعتمد على الأحكام الشرعية، والعرفية ويحقق نظاماً يكفل العدالة بين الناس ، ويدفع من خلالها المشرع لتشـكيل هيئـة مستقلة لاستئناف الأحكام فضلاً عن قيام المجلس التشريعى فى تلك الفترة بمهـام

محكمة الاستئناف وغير ذلك مما مهد بشكل أكيد لإصدار المرسوم ١٩ لسنة ١٩٥٩ المتضمن تنظيم القضاء والذى اعتبر نقطة مضيئة فى تاريخ القضاء الكويتى.

وعلى الرغم من استمرار غياب مفاهيم القضاء الإداري فى تلك الفترة التى اتسمت فيها السلطة القضائية بالخضوع المطلق للحاكم ، والتبعية الوثيقة للسلطة التنفيذية فإن من السهل تمييز هيئتين قضائيتين تتمثل الأولى فى هيئة المحاكم القضائية العليا والشرعية ، وتتمثل الثانية فى لجان التحكيم الدائمة والمؤقتة.

ثانياً ــ الخصائص العامة للنظام القضائى الكويتى فى هذه المرحلة :

تميز النظام القضائى فى دولة الكويت فى المرحلة التى سبقت صدور القانون ١٩ لسنة ١٩٥٩ بشأن تنظيم القضاء ، بعدد من الخصائص التى تعتبر مؤشراً على الاتجاه الصحيح لمسيرة القضاء فى المجتمع الكويتى وقبل ولادة الدولة من الناحية السياسية والدولية .

وعلى الرغم من أن السلطة القضائية وما يتبعها من جهات قضائية فى الفترة ما بين ١٩٤٨ حتى ١٩٥٩ بقيت خاضعة للحاكم وتابعة للسلطة التنفيذية التى يرأسها ولم تحظ باستقلاليتها ، إلا إنها تميزت برسم الخطوط الأولى نحو تنظيم قضاء صحيح حتى توجت بصدور القرار رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ الذى كفل استقلال القضاء نسبياً والذى اعتبره فقهاء القانون ورجاله نقلة نوعية فى حياة القضاء فى تاريخ الكويت والقانون القضائى .

وتتمثل هذه الخصائص فيما يلى:

١ - تعدد هيئات الجهاز القضائى :

تميز الجهاز القضائى فى تلك الفترة بوجود هيئتين قضائيتين : تتمثل الأولى فى المحاكم القضائية العليا والشرعية، والثانية في لجان التحكيم ، فعلى مستوى المحاكم والتى يرأسها رئيس المحاكم برز واضحاً دور المحكمة العليا التنفيذية التى تستقبل الدعاوى ليقوم رئيس المحكمة بالفصل فيها ودياً أو إحالتها إلى المحاكم الشرعية المختصة[١] برئاسة رئيس القضاء الشرعى والتى تتكون من ثلاث هيئات قضائية أو محاكم أولها المحكمة الشرعية الكبرى وثانيها محكمة الأحوال الشخصية وثالثها محكمة الجنح الصغيرة ،وإذا كان اختصاص هذه الأخيرة النظر فى الجنح الصغيرة فإن اختصاص الأولى النظر فى الدعاوى المتصلة بالميراث والجنايات والمسائل المدنية ،وتنظر الثانية فى الأحوال الشخصية للمسلمين السنة[٢].

أما الأحوال الشخصية الخاصة بالمسلمين الشيعة فى الكويت فقد تم تخصيص محكمة مكونة من قاضيين جعفريين للفصل فى تلك المنازعات حسب المذهب الجعفرى[٣].

أما على مستوى لجان التحكيم التى تعتبر مكملة لهذا الجهاز القضائى والتى كانت تنشط بين الحين والآخر حسب كثرة المنازعات فقد اتخذ بعضها شكلاً تميز

---

(١) كانت المحاكم الشرعية تطبق خلال نظرها للمنازعات القضائية القواعد التى نظمتها مجلة الأحكام العربية الشرعية أو أحكام الفقه المالكى عند عدم وجود حكم أو نص فى مجلة الأحكام يتم تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية يراجع الدكتور عبد الرضا على اسيري - النظام السياسي في الكويت - مبادئ وممارسات - مطابع دار الوطن - الكويت - الطبعة السادسة معدلة - ٢٠٠٢ - ص ١٤٨ وما بعدها والدكتور . عثمان عبدالملك الصالح - النظام الدستورى والمؤسسات السياسية فى الكويت - مرجع سابق ص ١٢٦ .

(٢) حسب مذهب الإمام مالك الذى كان واجب التطبيق فى مسائل الأحوال الشخصية للمسلمين .

(٣) يراجع الدكتور. عثمان عبدالملك الصالح - النظام الدستورى والمؤسسات السياسية فى الكويت - مرجع سابق ص ١٢٨ .

بالديمومة نظراً لطبيعة القضايا وخصوصيتها ، كلجان التحكيم التجارية[1] ، التى تنظر فى المنازعات التجارية، بينما اتخذ البعض الآخر وهو النوع الثانى فيها شكلاً مؤقتاً يتم تشكيل القضاة من ذوى الخبرة وحسب الحاجة إلى ذلك ، ويكون من مهامها عند انعقادها النظر فى المنازعات التى ترتبط بمشاكل الحرفيين والمهن اليدوية والفنية مثل مهنة الخزف والبناء وغيرها.

٢ - إجراءات الدعوى القضائية :

من المبادىء الدستورية العامة أن حق التقاضى مكفول للجميع بحيث يمكن للمجنى عليه أو المتضرر أن يرفع دعوى تمثل خصومة قضائية للحصول على حقوقه، حيث تبدأ الدعوى بالشكوى أو التظلم إلى رئيس المحكمة كتابياً أو شفوياً يتم بعدها إخطار الخصوم لسماع دفاع الطرف الثانى ، أمام رئيس المحكمة الذى يحيل الدعوى إلى المحكمة الشرعية المختصة أو إلى لجنة من لجان التحكيم القضائى إذا لم ينجح فى مساعيه الحميدة للتوفيق بين الطرفين ودياً ، ومن الجدير بالإشارة أنه بعد تطبيق القوانين والأحكام حسب ما تضمنه مجلس الأحكام العرفية أو حسب مذهب الأمام مالك أو أحكام الشريعة الإسلامية أو العادات والأعراف يصدر الحكم باسم رئيس المحكمة الذى يمتلك سلطة تعديل الحكم ،بل وسلطة التصديق عليه بحيث لا يمكن اعتبار حكم صادر من أية هيئة قضائية سواء كانت محكمة أو لجنة تحكيم إلا إذا صدق عليه رئيس المحكمة.

ويمكن عند عدم رضاء أحد الخصوم على الحكم الصادر من رئيس المحكمة أن يتقدم بطلب لتمييز الحكم ، وذلك أمام جهتين مشهود لهما بالعلم والدراية

(١) من المفيد الإشارة إلى أن هذه اللجان التجارية القضائية تربط بين رضا الطرفين المتنازعين وبين النظر فى الخصومة بحيث لا تفصل فى قضية لم يتفق الطرفان على تحويل القضية إلى المحكمة ، ويتم فيها تطبيق الأعراف والعادات عند النظر فى الممارسات المشار إليها مع الاستعانة بالشريعة الإسلامية .

الأولى ويمثلها شخص واحد متميز بالكفاية والعلم ، والثانية يمثلها مجلس برئاسة رئيس القضاء الشرعى ويتكون من عدد من القضاة الشرعيين [1].

٣- وحدة القضاء وتعدد المحاكم وحق التمييز :

من الخصائص التي اتسم بها النظام القضائي الكويتي في تلك الفترة أنه قضاء موحد وأن مختلف المنازعات والخصومات يكون النظر فيها من قبل لجان التحكيم برضاء طرفي القضية المدعي والمدعي عليه، فضلا عن أن المحكمة لا تنظر في أي دعوى قضائية إلا إذا تمت إحالتها من رئيس المحاكم ولا تصير الأحكام الصادرة في تلك المنازعات قابلة التنفيذ إلا بعد مصادقة رئيس المحاكم أي رئيس المحكمة العليا التنفيذية والذي يحق له تعديل جميع الأحكام الصادرة من المحاكم ومن لجان التحكيم ، أضف إلي ذلك أن من حق أي فرد صدرت في حقه أحكام قضائية غير مرضية أن يتقدم بطلب لرئيس المحكمة بهدف تمييز تلك الأحكام الصادرة حيث تتم بعد الموافقة عليها إحالتها إلي جهة التمييز.

وهكذا فإن القضاء في هذه المرحلة لم تبد فيه ثمة وجود دعاوى إدارية ولم يتم استخدام المفاهيم القضائية الإدارية المعروفة اليوم إلي أن ظهرت المرحلة الجديدة التي انتشرت فيها مفاهيم القضاء الإداري خاصة والقانون الإداري عامة.

---

(١) يراجع الدكتور. عثمان عبد الملك الصالح – النظام الدستورى والمؤسسات السياسية فى الكويت – مرجع سابق ص ١٢٨.

الفرع الثانى

ظهور وانتشار مفهوم القضاء الإدارى

بعد صدور قانون تنظيم القضاء سنة ١٩٥٩

ظهرت فى هذه المرحلة الهامة من مراحل تطور مفـاهيم القضـاء الإداري بوادر نهضة قضائية، بل نقلة نوعية قانونية للقضاء الإداري أعلنتهـا النصـوص التشريعية صراحة ، وحماها القانون الذى دعا إلى العمل بها وتطبيقها مثلما يـتم تطبيق القواعد القانونية التى تحكم وتنظم المنازعات غير الإدارية فى المجتمع.

وعليه يمكننا القول بين هذه المرحلة قد شهدت ولادة ونمو مفهوم القضاء الإدارى سواء من خلال المرسوم رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ المتضمن تنظيم القضـاء فى دولة الكويت ، والذى إلى جانب تنظيمه للقضاء بمختلف درجاتـه ودوائـره، وترسيخه حق التقاضى واستقلال القضاء – قد أتاح للمحاكم النظر فى المنازعـات الإدارية لتشمل الاختصاص بالنظر بدعاوى التعويض عن القرارات الإدارية نفسها من قبل دوائر القضايا العادية.

وفى إشارة واضحة إلى الأهمية التى يحتلها القانون رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ م فى كونه مؤرخاً لبداية عهد قضائى جديد تشير إدارة الفتـوى والتشـريع فـى إحدى[1] فتاواها إلى أن "... النظريات الإدارية على اختلافها سواء كانت نظريـات مرتبطة بالعقود الإدارية أو بالقرارات الإدارية من حيث صحتها وسحبها ونقضـها وإلغائها هى نظريات من صنع القضاء، ولم تدخل هذه النظريـات الاداريـة إلـى

(١) يراجع الفتوى رقم ١٣٦٣/٢ بتاريخ ١٩٧١/٤/١١ م – إدارة الفتوى والتشريع – الكويت ١٩٧١ م .

الكويت إلا بعد تنظيم القضاء من خلال القانون رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ وإنشاء إدارة الفتوى والتشريع عام ١٩٦٠"[١].

مما يدفعنا إلى توضيح كيفية تنظيم القضاء بصفة عامة والقضاء الإدارى بصفة خاصة فى ظل هذا القانون بالنسبة للقرارات الإدارية والتى يتمثل بالتعويض فقط ، مع الاستشهاد بالقواعد الدستورية الخاصة بالقضاء الإداري لإعطاء صورة واضحة عن كيفية ظهور،وانتشار مفاهيم القضاء الإداري فى هذه المرحلة المهمة.

وعلى هذا ينقسم هذا الفرع إلى ما يلي :

أولاً : تنظيم القضاء الكويتي في القانون رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ .

ثانياً : الخصائص العامة للنظام القضائي في الكويت في هذه المرحلة .

ثالثاً : الأختصاص بنظر الطعون للتعويض على القرارات الإدارية .

رابعاً : صدور الدستور والقواعد الخاصة بالقضاء الإداري .

أولاً ــ تنظيم القضاء الكويتى فى القانون رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ :

يمثل القانون رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ بشأن تنظيم القضاء مرحلة من أهم مراحل تطور القضاء الموحد فى الكويت ، وعلى الرغم من صدور هذا القانون قبل صدور الدستور الكويتى فى ١٩٦٢/١١/١١ فقد كان أساساً لتنظيم القضاء بمختلف درجاته ودوائره وأداة فاعلة لترسيخ وتثبيت حق التقاضى من جانب وفتح الباب أمام المحاكم للنظر فى المنازعات الإدارية لتشمل الاختصاص بنظر الطعون عن القرارات الإدارية والتعويض عنها من جانب أخر لكن دون أن ينشئ لذلك دائرة إدارية مختصة.

---

(١) مشار إليها في المستشار. فكرى أحمد مغاورى – تطور القانون الإدارى الكويتى – مع عرض لاتجاهات احكام القضاء والمبادئ التي قررتها إدارة الفتوى والتشريع – إدارة الفتوى والتشريع – بدون سنة طبع – ص٦ .

ونظراً لأهمية حق التقاضى باعتباره من أهم الحقوق المرتبطة بحريات الأفراد ومقتضيات العدالة فقد حرص المشرع الكويتى من خلال هذا القانون ١٩ لسنة ١٩٥٩ على التركيز على حق التقاضى وإعمال هذا الحق وتفعيله يؤيده فى ذلك فيما بعد المشرع الدستورى عام ١٩٦٢ الذى حرص هو الآخر على كفالة حق التقاضى لجميع الأفراد معتبراً القضاء هو الملاذ لكل مظلوم والضمان للحقوق والحريات.

وقد أكدت المادة الأولى من القانون رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ على اختصاص المحاكم فى دولة الكويت بالنظر في جميع المنازعات المتعلقة بالقضايا المدنية والتجارية والتى تقع بين الأفراد والدولة عدا الحالات التى ينص فيها القانون على خلافها، وأيضاً تختص بالنظر فى منازعات الأحوال الشخصية، فضلاً عن الاختصاص بالنظر فى جميع الجرائم إلا ما يتم استثناؤه بنص خاص ، فى حين جاءت المادة الثانية من القانون ذاته لتحدد هذه الإستثناءات مؤكدة بأنه لا يحق للمحاكم النظر فى أعمال السيادة أو إلغاء الأوامر الإدارية أو إيقاف تنفيذها أو تأويلها أو تفسيرها ،وإن كان لها من سلطة عليها فتتمثل فى أن تحكم بتعويض المتضرر نتيجة أمر إداري باطل.

وبالنظر إلى المواد التى تضمنها القانون ١٩ لسنة ١٩٥٩ ومكانة المنازعات الإدارية فيها يمكن الوصول إلى استنتاج عام يعبر عن حقيقة هذه المرحلة ، مفاده أن ولاية النظر في المنازعات الإدارية هى من ضمن اختصاص القضاء العادي .

وقد تميز القضاء فى الكويت فى ظل القانون رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ بكونه نظاماً قضائياً موحداً يخضع بشكل مجمل للسلطة التنفيذية ، فلم تكن هناك استقلالية للقضاء ما دام أن رئيس المحاكم معين مباشرة من قبل السلطة التنفيذية ومادام أن رئيس الدولة قادر على حفظ وإلغاء أو تعديل أي حكم يصدره القضاة ،

فضلاً عن أن القضاة أنفسهم كانوا يخضعون للسلطة التنفيذية بشكل مباشر تعيينـاً أو نقلاً أو توجيهاً أو تأديباً أو عزلاً فهم مجرد موظفين عاديين فى دائرة تسـمى دائرة العدل[1].

ثانياً ـ الخصائص العامة للنظام القضائى الكويتى فى هذه المرحلة :

نص القانون ١٩ لسنة ١٩٥٩[2] على عدد من الأحكام التشريعية الهامـة المرتبطة بتنظيم القضاء الكويتى بدءاً من تنظيم المحاكم من حيث الولاية وترتيـب المحاكم ومن حيث الجلسات والأحكام الصادرة ومـن حيـث الأعمـال الإداريـة والكتابية ومروراً بتنظيم القضاء مجلساً وقضاة ،فمن حيث مجلس القضاء ومـن حيث تعيين القضاة ومرتباتهم ومن حيث واجبات القضاة وتأديبهم وانتهاء بتنظـيم النيابة العامة من حيث اختصاصات النيابة وتكوينها وتعيين أعضاءها وما يـرتبط بذلك من مرتبات ودرجات، ومن حيث تأديب أعضاء النيابة العامة.

وقد نظم القانون هذه القواعد والأحكام فى ثلاثة أبواب رئيسية اشتمل كـل باب على أربعة فصول ومن خلال ٦٨ مادة موزعـة علـى عـدد مـن الأبـواب والفصول.

ثالثاً ـ الاختصاص بنظر الطعون للتعويض على القرارات الإدارية :

فى ظل هذا القانون امتدت ولاية القضاء فى الكويت لتشمل حق الفصل فى المنازعات الإدارية بما فى ذلك الطعون فى القرارات الإدارية الصادرة من مختلف الجهات الحكومية بحيث أعطت المادة الأولى والثانية من القانون رقم ١٩ لسـنة ١٩٥٩ دفعة جديدة لحق التقاضى وولاية القضاء، فصار من اختصاص المحـاكم الفصل فى جميع المنازعات المتعلقـة بالقضـايا المدنيـة والتجاريـة والأحـوال الشخصية، فضلاً عن حق المحاكم فى النظر فى جميع الجرائم باستثناء مـا يـراه

(١) يراجع الدكتور. عثمان عبد الملك الصالح – النظام الدستورى والمؤسسات السياسية فى الكويت – مرجع سابق – ص ١٢٩ .
(٢) يراجع نص القانون فى مجموعة التشريعات الكويتية – إدارة الفتوى والتشريع – مجلس الوزراء – دولة الكويت .

المشرع من استثناء بنص خاص ،وكذلك لها الحق فى النظر فى منازعات القرار الإدارى ولها أن تحكم فيه بالتعويض دون أن تلغيه أو توقف تنفيذه أو تفسره ، ودون النظر فى أعمال السيادة[1].

وعلى هذا الأساس فإن جميع القرارات الإدارية الصادرة من مختلف الجهات الحكومية إذا شابها عيب وقام صاحب الشأن بالطعن عليها، فإن القضاء العادى هو الذى ينظر فى هذه القرارات للوصول إلى تكييف قانونى سليم وحكم قضائى يحدد من خلاله حجم الضرر والحكم بالتعويض لمن أصيب بالضرر من جراء قرار إدارى باطل.

ومن الطبيعى القول أنه على الرغم من هذه النقلة القضائية النوعية بجعل ولاية القضاء تمتد للنظر فى الطعون على القرارات الإدارية إلا أن القانون قيد هذه الولاية بالقيود الآتية:

أ- بالنسبة للقرارات الإدارية:

١- ليس لولاية القضاء سلطة إلغاء القرار الإدارى .
٢- ليس لولاية القضاء سلطة وقف تنفيذ القرار الإدارى .
٣- ليس لولاية القضاء سلطة تأويل أو تفسير القرار الإدارى .

ب- بالنسبة لأعمال السيادة:

استثنى القانون أعمال السيادة من ولاية القضاء ومنع المحاكم من أن تنظر فى تلك الأعمال بأى حال من الأحوال ،فضلاً عن الحكم بالتعويض من المحاكم بالنسبة لهذه الأعمال.

---

(١) المادة الثانية من القانون ١٩٥٩/١٩ .

رابعاً ــ صدور الدستور والقواعد الخاصة بالقضاء الإدارى :

كان صدور الدستور الكويتى فى ١٩٦٢/١١/١١ حدث مهم فى هذه المرحلة التاريخية للنظام القضائى بشكل عام وللقضاء الإدارى بشكل خاص.

حيث تناول الدستور الكويتى السلطة القضائية فى اثنى عشر مادة [١] قرر فيها أهمية استقلال القضاء وحيدته ونزاهته ،ورتب حقوق وواجبات القضاء مؤكداً على أن العدل أساس الملك.

وإذا كانت نصوص الدستور لم تحسم موضوع النظام القضائى الإدارى باعتباره نظاماً مستقلاً ، فإنها قد وضعت المشرع أمام خيارين:

أولهما ــ أن يجعل القضاء الإدارى جزءاً من نظام قضائى موحد حسب ما ورد فى المادة ١٦٩ بالقول بأن القانون ينظم الفصل فى المنازعات الإدارية بواسطة غرفة أو محكمة خاصة مختصة بالقضاء الإدارى وشاملة ولاية الإلغاء وولاية التعويض.

وثانيهما ــ أن يجعل القضاء الإدارى قضاء قائماً بذاته موازياً للقضاء العادى من خلال نظام قضائى مزدوج يتربع مجلس الدولة فيه على قمة القضاء الإدارى ،وذلك حسب ما أشارت إليه المادة ١٧١ بالقول بأنه يجوز بقانون إنشاء مجلس دولة يختص بوظائف القضاء الإدارى.

مما يدل على أن صدور الدستور قد ساهم بشكل أساسى فى ازدهار وانتشار مفهوم القضاء الإدارى وكان دافعاً فيما بعد إلى أفراد المنازعات الإدارية ببعض الخصوصية فى ظل النظام القضائى العادى.

---

(١) هى المواد من ١٦٢إلى ١٧٣ .

المطلب الثانى
التنظيم القانونى والتشريعى لولاية القضاء قبل إنشاء الدائرة الإدارية

تعتبر الرقابة القضائية[1] على أعمال الإدارة وتصرفاتها فى رأى رجال القانون والقضاء الإدارى من أهم أنواع الرقابة التى تقوم بالحماية الحقيقة لمبدأ المشروعية وتطبيقاته على مستوى الواقع ،فضلاً عن الأعمال الفعلية لمبادئ العدالة التى تصون للفرد حقوقه عند منازعته للإدارة العامة فى واقعة معينة من جانب ، وتدفع بالإدارة العامة إلى مزيد من التفكير ملياً قبل الإقدام على القيام بتصرفاتها كى تكون قراراتها وتصرفاتها مطابقة للقانون وغير مخالفة لأحكامه وضوابطه وحتى لا توصم قراراتها بأنها بمخالفة للمشروعية.

وقد مر التنظيم القانونى والتشريعى لولاية القضاء الإدارى فى الكويت قبل إنشاء الدائرة الإدارية بتطورات عديدة نتيجة للتطور التشريعى بمعناه الواسع لولاية القضاء الإدارى ونظام المنازعات الإدارية منذ صدور القانون رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ بشأن تنظيم القضاء مروراً بالقواعد الدستورية التى نظمها دستور الكويت بصدورها عام ١٩٦٢.

وتأسيساً على ذلك ينقسم هذا المطلب إلى فرعين هما :

الفرع الأول : التنظيم القانوني لولاية القضاء الإداري من خلال قانون تنظيم القضاء لسنة ١٩٥٩ [2].

الفرع الثاني : التنظيم التشريعي لولاية القضاء الإداري .

---

(١) فى حقيقة الأمر لم تأخذ الرقابة القضائية فى دولة الكويت حقها من الدراسة من حيث أن الدراسات قليلة فى مجال القضاء الإدارى بالقياس إلى موضوعات القانون الأخرى رغم ظهور عدد من الأبحاث والمؤلفات حول القضاء الإدارى الكويتى ، ويشير الدكتور. عثمان عبد الملك الصالح — إلى هذا المعنى مؤكداً أن الرقابة القضائية فى دولة الكويت لم تحظ بما تستحق من اهتمام مع أن الرقابة الإدارية من أعمال الإدارة وكذلك الرقابة السياسية من أعمال الإدارة والتي قد حظيت باهتمام أكبر . يراجع الدكتور- عثمان عبد الملك الصالح – التنظيم الدستورى للرقابة القضائية على أعمال الإدارة فى الكويت ومحاولات وضعه موضوع التنفيذ – مجلة الحقوق – السنة العاشرة – العدد الثانى – يونيو ١٩٨٦ – جامعة الكويت – ص ١٢ وما بعدها .

(٢) سبق وأن أشرنا في المبحث الأول الذي ضم التطور التاريخي للنظام القضائي وولاية القضاء الإداري إلى هذه الموضوعات، لكن الإشارة إليها أتسمت بالعمومية والتاريخية وليس بأعتبارها تحليلاً قانونياً حيث أفردنا هذا المبحث للتطور التشريعي الدستوري لولاية القضاء الإداري – راجع المبحث الأول من هذا الفصل التمهيدي – ص ١٣ وما بعدها .

الفرع الأول

التنظيم القانونى لولاية القضاء الإدارى

من خلال قانون تنظيم القضاء رقم ١٩ سنة ١٩٥٩

توالت القوانين المنظمة للقضاء الإداري فى تناغم يسير نحو توسيع رقعة ولاية القضاء الإداري على المنازعات الإدارية مدللاً على تفهم المشرع للطبيعة الخاصة للقضاء الإداري فصدر قانون تنظيم القضاء رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ ثم أعقبه قانون إنشاء الدائرة الإدارية رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ فى خطوة تدل على بدء الاستقلال الجزئي للقضاء الإداري ثم انتظم هذا العقد بصدور قانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٠ بشأن تنظيم القضاء ، مما يوجب علينا التعرض لهذا التنظيم القانوني بشرح هذه القوانين وخصائصها والجوانب التى تميزت بها ، ونوجه أنظار المشرع لاستكمال هذه القوانين بما ينقصها لتتوسع ولاية القضاء الإداري وتصبح أكثر شمولاً.

يمثل قانون تنظيم القضاء لسنة ١٩٥٩مرحلة من أهم مراحل تطور القضاء فى الكويت بشكل عام ، وللقضاء الإداري أيضاً بشكل خاص حيث استحدث جواز الطعن على الأمر الإداري ولكن لطلب التعويض فقط ،مما يدل على أن ولاية القضاء على المنازعات الإدارية مقيدة بعدة قيود تمنعها من أن تكون ذات ولاية عامة ،هذا على الرغم من وجود حالات فى ظل هذا القانون تسمح بإلغاء القرار الإداري المعيب.

وعليه فسوف نتناول هذا الفرع حسب التقسيم التالي :

أولاً : استحداث اختصاص المحاكم بنظر دعاوي الطعون للتعويض عن القرارات الإدارية .

ثانياً : الحالات المحددة للطعن بإلغاء قبل إنشاء الدائرة الإدارية .

ثالثاً : القيود الواردة على إختصاص المحاكم بنظر المنازعات الإدارية .

أولاً – إستحداث اختصاص المحاكم بنظر دعاوى الطعون للتعويض فى القرارات الإدارية :

لأول مرة فى تاريخ النظام القضائي الكويتى تمتد ولاية القضاء لتشمل حق نظر المحاكم فى الطعون على القرارات ، مما يعنى أن القانون رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ فى مادته الأولى قد أعطى حق التقاضى دفعة جديدة لصالح العدالة والقضاء معاً ، علماً بأن الدستور لم يكن قد ظهر للنور ، ولم يكتمل بناء الدولة القانونية بعد.

وقد نصت المادة الأولى من القانون رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ بشأن تنظيم القضاء على أن (تختص المحاكم بالفصل فى جميع المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية والمسائل المدنية والتجارية وبالنظر فى جميع الجرائم إلا ما استثنى بنص خاص)[1].

(١) يراجع نص القانون رقم ١٩/١٩٥٩ في مجموعة التشريعات الكويتية الصادرة عن إدارة الفتوى والتشريع بدولة الكويت – مجلس الوزراء .

كما نصت المادة الثانية من القانون نفسه ١٩ لسنة ١٩٥٩ [١]على أنه (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.

نخلص من ذلك أن المشرع قد حجب عن ولاية المحاكم عددا من الأعمال الإدارية سواء كانت أعمال إدارة أو كانت تحت بند استثناء خاص بحيث يبدوا واضحاً ما حجبة القانون على المحاكم من حقها في نظر جميع المنازعات متدخلاً في الرقابة القضائية بل ومنتزعاً منها أهم أشكال الرقابة القضائية على أعمال الإدارة وهو قضاء الإلغاء مكتفياً منها بقضاء التعويض فضلاً عن منع المحاكم من التمعن الدقيق في تأويل القرار الإداري وتفسيره ، بل انه حتى في قضاء التعويض اشترط المشرع من خلال المذكرة الإيضاحية أن يكون التعويض نتيجة لأمر إداري باطل أو معيب ، وكيف يمكنه التحقق من بطلان القرار إذا لم يبحث في مشروعيته ؟ فإذا تحقق من ذلك فانه ممنوع عليه الحكم بإلغائه وليس في وسعه سوى تقرير التعويض عنه، وجاءت أحكام محكمة التمييز[٢] لتؤكد ذلك بالضرورة باعتبار أن القضاء ينفذ ويطبق ويجتهد[٣] لكنه لا يشرع عند وجود النص ، لهذا قررت محكمة التمييز بالنص على أن "...المحاكم لا يمكن وفق نص المادة الثانية من المرسوم بقانون ٩ لسنة ١٩٥٩ بشأن تنظيم القضاء أن تتعرض للأمر الإداري بأي تأويل أو إلغاء أو وقف تنفيذ ".

---

(١) تم إلغاء القانون رقم ١٩٥٩/١٩ من خلال المرسوم بقانون رقم ١٩٩٠/٢٣ بشأن تنظيم القضاء حيث نصت المادة الرابعة من القانون على ما يلي : (يلغى المرسوم الأميري رقم ١٩٥٩/١٩ بقانون تنظيم القضاء و القوانين المعدلة له وتلغى المادة ١٠٨ من خلال الإجراءات و المحاكمات الجزائية الصادرة بالقانون رقم ١٧لسنة ١٩٦٠ والمادة ١٦ من القانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٢ في شأن حالات الطعن بالتمييز و إجراءاته كما يلغي كل النص يتعارض مع أحكام القانون المرفق) . يراجع القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٩٠ في مجموعة التشريعات الكويتية – الجزء ٨ الطبعة الرابعة –١٩٩٨– إدارة الفتوى والتشريع – مجلس الوزراء ص٨.

(٢)حكم محكمة التمييز رقم ٨٠/٤٠ – مستعجل جلسة ١٩٨٠/٧١٦ مجموع القواعد القانونية – التي قررتها محكمة التمييز خلال الفترة من ١٩٧٩/١٠/١ حتى ١٩٨٥/١٢/٣١ – القسم الأول – المجلد الثاني بند ٣ ص٤٥٩ .

(٣) على الرغم من أن القضاء الإداري خاصة هو قضاء مبتكر يبدع الحلو ل ويبتكر القواعد القانونية إلى جانب قيامه بمراقبة المشروعية و الشرعية ، و لهذا ينبغي للقانون ألا يقيده أو يمنعه من ذلك لأن هذا المنع أو التقييد هو اعتداء على المشروعية . يراجع حول مبدأ المشروعية كل من – الدكتور. مجدي المتولي السيد يوسف – أثر الظروف الاستثنائية على مبدأ المشروعية – ١٩٩٠ القاهرة . أيضاً .الدكتور. عبد الجليل محمد على – مبدا المشروعية في النظام الإسلامي والأنظمة القانونية المعاصرة –الطبعة الأولى ١٩٨٤ عالم الكتب .

بمعنى أنه يحق للمحاكم الفصل في جميع المنازعات المرتبطة بالقضايا المدنية والتجارية والأحوال الشخصية فضلاً عن حقها في النظر في جميع الجرائم باستثناء ما يرى المشرع استثناءه بنص خاص ، بالإضافة إلي حق المحاكم في النظر في جميع المنازعات المدنية والتجارية التي تقع بين الأفراد وبين الحكومة ، ثم يمتد اختصاصها بموجب نص المادة الثانية والتي نصت على أنه (ليس للمحاكم أن تنظر في أعمال السيادة ولها دون أن تلغى الأمر الإداري أو توقف تنفيذه أو تؤوله أن تفصل في المنازعات المدنية والتجارية التي تقع بين الأفراد والحكومة عدا الحالات التي نص فيها القانون على غير ذلك) فيشمل حق النظر في منازعات القرار الإداري للحكم بالتعويض دون أن تلغى القرار المخالف أو توقف تنفيذه أو تفسيره[1] أو تأويله ، ودون النظر في أعمال السيادة الصادرة من الحكومة وهيئات الدولة الرسمية.

ومن المعلوم أن دعوى التعويض[2] تعتبر أهم صورة من صور دعاوى القضاء الكامل التي تتبع سلطة القاضي لتشمل التعويض عن الضرر الناشئ عن تصرفات الإدارة فضلاً عن حق القاضي في إلغاء القرارات الإدارية وبعض التصرفات القانونية[3] إلى جانب الحق في تعديل القرار الإداري في حالات استثنائية ، مع ملاحظة أن السلطة لا تصل إلي حد إصدار أوامر للإدارة سواء في دعوى القضاء الكامل أو الإلغاء[4].

---

(١) و من المؤكد أن مهمة حق القضاء أصلاً تفسير القرارات الإدارية للتعرف على حقيقة ما تستهدفه لكن المشرع العادي حرمها هذا الحق من خلال القانون ١٩٥٩/١٩ بشأن التنظيم القضائي . يراجع الدكتور . محمد صبري السعدي – تفسير النصوص في القانون و الشريعة الإسلامية – النظرية العامة وتطبيقها في الفقهيين الوضعي والإسلامي –الطبعة الأولى-١٩٧٩- دار النهضة العربية –مصر ، و حول تفسير العقد يراجع الدكتور- عبد الحكيم عبد البصير فوده – النظرية العامة في تفسير العقود في القانون المدني المصري والقانون –جامعة الإسكندرية – كلية الحقوق – ١٩٨٣ ص٧ وما بعدها

(٢) تعرف دعوى التعويض بأنها تلك الدعوى التي رفعها الأشخاص إلى القضاء للمطالبة بتضمين ما أصابه من ضرر نتيجة تصرف الإدارة كتلك القرارات التي وقعت الإدارة بمقتضاها جزاءات على المتعاقد . يراجع الدكتور. ماجد راغب الحلو – القضاء الإداري – مرجع سابق – ص٤٤٧.

(٣) كتلك التي لا يصدق عليها القرار الإداري مثل إبطال الانتخابات أو العقود الإدارية .

(٤) مثل تخفيض مبلغ ربط الضريبة أو إعادة انتخاب ترشيح أحد غير الذي انتخبه المجلس .

وعند إجراء مقارنة حول حق التعويض عن الضرر بين القانون رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ وبين نصوص الدستور الكويتي ١٩٦٢ فيمكن القول بأنه إذا كان القانون ١٩ لسنة ١٩٥٩ المتضمن تنظيم القضاء قد أعطي المحاكم حق النظر في المنازعات الإدارية وبالفصل في جميع القرارات الإدارية المعيبة ، شرط الاكتفاء بإصدار أحكام التعويض بعيداً عن إلغاء القرارات الإدارية أو إيقاف تنفيذه أو تفسيره من جانب آخر ، فان دستور الكويت ١٩٦٢ قد قرر عددا من القواعد القانونية التي تكفل حق التقاضي وتمنح القضاء حق الرقابة[١] على أعمال الإدارة ومن خلال حق النظر في المنازعات الإدارية وهذه هي:

١- كفالة حق التقاضي. (المادة١٦٦من الدستور) .

٢- القضاء ضمان للحقوق والحريات. (المادة ١٦٢ من الدستور) .

٣- تقرير نظام للفصل في المنازعات الإدارية من خلال غرفة أو محكمة خاصة يبين القانون نظامها وكيفية ممارستها للقضاء الإداري[٢].(المادة ١٦٩ من الدستور) .

٤- حق القضاء في ولاية الإلغاء وولاية التعويض بالنسبة للقرارات الإدارية المخالفة للقانون. (المادة ١٦٩ من الدستور) .

مما يؤكد عدم دستورية المادة الثانية من هذا القانون والتي كانت عائقاً يمنع المحاكم من نظر دعوى إلغاء القرارات الإدارية لمخالفتها النصوص الدستورية السابقة .

---

(١) تعتبر الدعوى الإدارية هي الوسيلة الأساسية لممارسة الرقابة القضائية حيث لا يستطيع القاضي الإداري النظر في المنازعات الإدارية من تلقاء نفسه.

(٢) تشمل ولاية القضاء الإداري عادة عدداً من الدعاوى الإدارية وهي قضاء الإلغاء وهو قضاء موضوعي والذي يتم توجيهه إلى ذات القضاء الإداري، ومدي مشروعيته، والقضاء الكامل وهو قضاء موجه إلى الإدارة للبحث في مشروعيته وقضاء العقاب المتمثل في سلطة توقيع العقاب على مرتكبي الجرائم التأديبية من الموظفين وقضاء التفسير المتمثل في حصر دور القضاء في تفسير القرارات الإدارية ،وان من أهم الدعاوى الإدارية هي دعوى الإلغاء ودعوى القضاء الكامل . يراجع الدكتور. ماجد راغب الحلو – القضاء الإداري – دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية (بلا تاريخ) . ص٢٦٠ –٢٦١.

ثانياً ـ الحالات المحددة للطعن بالإلغاء قبل إنشاء الدائرة الإدارية :

على الرغم من صراحة القانون رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩، في تقييد ولاية القضاء عامة والقضاء الإداري خاصة في نظر المنازعات الإدارية فان ثمة حالات عديدة قد أجازت قبول الطعن بالإلغاء قبل إنشاء الدائرة الإدارية، يمكن تحديدها على الرغم من كف يد القضاء في التدخل لإلغاء القرار الإداري المعيب في هذه المرحلة ، وعليه فقد وجدت حالات عديدة تقضي بجواز الطعن بالإلغاء في ظل هذا القانون مثل :

أ – قانون الوظائف العامة المدنية رقم ٧ لسنة ١٩٦٠[١] :

حيث نصت المادة رقم ١٣٢منه على جواز الطعن بالإلغاء في قرارات مجلس التأديب بالنسبة للموظفين أمام محكمة الاستئناف العليا في دائرتها الجزائية والتجارية لعيب الاختصاص أو الخطأ[٢] في الإجراءات أو الخطأ في تطبيق القانون أو تفسيره.

ب – قانون ديوان المحاسبة رقم ٣٠ لسنة ١٩٦٤ :

حيث تضمنت المادة ٦٥ منه ، جواز الطعن في القرارات في مجالس التأديب بالطرق المقررة بالطعن في القرارات الإدارية بطلب إلغائها أو التعويض عنها لأي وجه من أوجه مخالفتها للقانون .

---

(١) تم إلغاء هذا القانون و حل محله قانون الخدمة المدنية رقم ١٥ لسنة ١٩٧٩م.

(٢) يعتبر الخطأ أساس للعديد من النظريات القانونية سواء من حيث التعويض الذي يترتب على الخطأ ان أحدث ضررا ، وسواء من حيث الإجراءات حيث إن الخطأ في الإجراءات قد يؤدى إلى حفظ النازعات أو عدم قبولها أو ما شابه ذلك . يراجع.الدكتور. محمد إبراهيم دسوقي –تقرير التعويض عن الخطأ –الإسكندرية أيضا مفهوم الخطأ في المسؤولية التعاقدية في الشريعة الإسلامية و القوانين اللبناني والفرنسي – منشورات الجامعة اللبنانية – لبنان ١٩٩٦ . وحول قانون المرافعات المدنية وتطبيقاته وإجراءات الدعاوى المدنية يراجع : المستشار محمد عزمي البكري – الدفوع في قانون المرافعات فقها وقضاء – دار محمود للنشر والتوزيع –١٩٩٦– أيضا . الدكتور. عبد الحكيم فوده – الدفوع والدفاعات في المواد المدنية و الجنائية في ضوء الفقه وقضاء النقض – دار المطبوعات الجامعية – الإسكندرية . ١٩٩٨، أيضا الدكتور أنور العروسي – أصول المرافعات ومذكرات الدفاع في الدعاوى والطعون – دار الفكر الجامعي –الإسكندرية – ١٩٩٩ . أيضا الدكتور. عدلي أمير خالد –الإرشادات العملية في إجراءات الدعاوى المدنية – منشأة المعارف طبعة ١ ١٩٩٨ . أيضا الدكتور.وجدي راغب فهمي – مبادئ القضاء المدني من قانون المرافعات – دار الفكر العربي – الطبعة الاولى ١٩٨٦.

جـ- القانون الخاص بالمحافظة على الثروة البترولية رقم ١٩ لسنة ١٩٧٣:

حيث أجازت المادة ١١ منه للمفوض بالعمل ، الطعن ضد قرارات وزير المالية والنفط بغرض الجزاء الإداري والتعويض خلال ٢١ يوماً من تاريخ إخطاره بذلك أمام محكمة الاستئناف العليا .

د - الأمر الأميري ٦١ لسنة ١٩٧٦ بإصدار قانون التأمينات الاجتماعية :

حيث حددت المواد(١٠٧-١٠٨-١٠٩-١١٠-١١١) بعض المواعيد والإجراءات والتنظيمات التي يتعين اتخاذها قبل تحريك دعوى للمطالبة بحق من الحقوق المقررة بمقتضى أحكام قانون التأمينات الاجتماعية والطعن عليها بإلغاء، وتحديد المحكمة المختصة بالفصل في تلك المنازعات.

هـ- المرسوم بقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ بشأن قانون التجارة :

حيث نصت المادة ٣١٧٣ منه على أنه يجوز " لكل ذي شأن حق الطعن على قرار المسجل أمام المحكمة الكلية على مهلة عشرة أيام من تاريخ إخطاره به ، وللمحكمة أن تؤيد القرار أو تلغيه ، وتناولت المادة (٧٨ - ٧٩) منه إعطاء المحكمة حق سلطة فحص قرار السجل التجاري ".

و- المرسوم بقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٧٩ في شأن نظام الخدمة المدنية :

حيث تناولت المادة رقم ١٦ بوضوح إجراءات التظلم من تقرير تقييم كفاءة الموظفين ، وجواز الطعن عليه بالإلغاء.

ز- القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٦٤ بشأن نزع الملكية والاستيلاء المؤقت للمنفعة العامة :

حيث أكدت المواد (١٦ــ ١٧ــ ١٨) منه حق اعتراض الملاك وأصحاب الحقوق على ما ورد بقوائم أو خرائط نزع الملكية وقيمة التعويض المقابل لنزع الملكية [١] أمام لجة الاعتراضات التي ينبغي أن يكون أحد أعضائها قاضياً من المحكمة الكلية كما أشارت هذه المواد إلى اعتبار قرار اللجنة نهائيا بالنسبة لتقدير قيمة التعويض المقابل لنزع الملكية بعد أن بينت تلك المواد الإجراءات الواجب إتباعها عند تقديم الاعتراض وهو ما أكدته محكمة التمييز في أحكامها [٢].

ح- القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٧٣ بشأن إنشاء المحكمة الدستورية[٣] :

حيث أشارت المادة (٦) منه إلي تقرير حق المحكمة الدستورية في فحص مشروعيه اللائحة إلى حين إنشاء القضاء الإداري ، وباعتبار أن هذا الفحص اختصاصاً أصيلاً ومباشرا بصورة مستقلة عند الدفع بعدم الدستورية[٤].

---

(١) يشار إلى التعويض عن القرارات المعيبة الصادرة عن الإدارة العامة باسم التضمين وهي التي تتمثل في اختصاص المحاكم بالحكم في دعاوى المسئولية التي يرفعها الأفراد – مطالبين بتعويض ما أصابهم من ضرر بفعل الموظفين العموميين أو من جراء سير المرافق العامة . يراجع الدكتور. محمد عاطف البنا – الوسيط في القضاء الإداري – مرجع سابق ص٢١٨.

(٢) تأسيساً على ذلك فان محكمة التمييز بدولة الكويت قد قضت 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 ، ونوعه ، ويكون قرار اللجنة نهائيا بالنسبة لتقديره.

(٣) يراجع نصوص القانون رقم ١٤لسنة ١٩٧٣ بشأن المحكمة الدستورية –ويعتبر إنشاء المحكمة الدستورية واهتمام المشرع الدستوري بها من حيث التأكيد عليها في المادة ١٧٣ من دستور الكويت مؤشرا على إرتقاء الفكر الدستوري في الكويت – يراجع الدكتور – عثمان عبد الملك الصالح – الرقابة القضائية أمام المحكمة الدستورية – إصدار مجلة الحقوق – كلية الحقوق – جامعة الكويت – الطبعة الأولى – سنة ١٩٨٦ . أيضا يراجع الدكتور. محمد عبد المحسن المقاطع – دراسة في اتجاهات القضاء الدستوري الكويتي – دراسة تحليلية مقارنة – الكويت –جامعة الكويت الطبعة الأولى ١٩٩٩. وحول الدستور والنظم الدستورية :انظر الدكتور.محمود حلمي – دستور الكويت والدساتير العربية المعاصرة – ذات السلاسل ١٩٨٩- الكويت .أيضا الدكتور.يحيى الجمل النظام الدستوري في الكويت مع مقدمة في دراسة المبادئ الدستورية العامة ، ١٩٧٠ – جامعة الكويت . أيضا الدكتور. مصطفي أبو زيد فهمي – الدستور المصري فقها وقضاء ، طبعة ٩ -١٩٩٦- دار المطبوعات الجامعية . وحول القضاء والحدود بين السلطة التشريعية يراجع : الدكتور. عادل الطبطبائي – الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية –دراسة مقارنة ٢٠٠٠- جامعة الكويت الطبعة الأولى – أيضا الدكتور. على عبد العال سيد أحمد – دور القضاء في تفسير القاعدة الدستورية دراسة مقارنة في النظامين المصري والكويتي –الكويت – مؤسسة دار الكتب – الطبعة الثانية ١٩٩٧.

(٤) يقول بهذا الرأي الدكتور. عثمان عبد الملك الصالح – السلطة اللائحة للإدارة في الكويت في الفقة وأحكام القضاء – إصدار مجلة الحقوق والشريعة – جامعة الكويت – سنة ١٩٧٧ –ص١٠٢ . وأيضا. الدكتور. عادل الطبطبائي في عرضه لهذه المسألة في كتابة النظام الدستوري في الكويت – مرجع سابق – ص١٠٦٢وما بعدها .

ثالثاً ــ القيود الواردة على اختصاص المحاكم بنظر المنازعات الإدارية:

عند التمعن الدقيق بنصوص المادتين الأولي والثانية من القانون ١٩ لسنة ١٩٥٩ اللتين فتحتا الباب لأول مرة أمام ولاية القضاء الإداري داخل النظام القضائي الموحد للنظر في المنازعات المدنية والتجارية التي تقع بين الأفراد و الحكومة ، وتلك التي تكون الدولة طرفا فيها ، يمكن أن نستنتج نوعية هذه القيود وطوائفها المختلفة التي قيدت ولاية القضاء الإداري بشكل كامل أو جزئي وحددت دون شك اختصاصه .

فما هي نوعية هذه القيود وطبيعتها ، وما هي أشكالها وطوائفها المتعددة ؟

نوعية القيود الواردة وطبيعتها في مواجهة ولاية القضاء الإداري:

من المؤكد ــ ابتداء ــ أن هذه القيود تخالف النصوص الواردة في دستور الكويت ١٩٦٢مما يسهل مهمة رجال الفقه والقانون في استمرار المطالبة بإلغائها كي تتحرر ولاية القضاء الإداري خاصة والقضاء عامة من كل قيد يمنعه من ممارسة دورة في إقامة العدل مهما كانت أطراف النزاع.

وانطلاقا من معيار طبيعة هذه القيود يمكن تصنيفها إلى ثلاثة أنواع أحدها القيد الكامل و ثانيهما القيد النسبي وثالثهماً القيد الاستثنائي.

١- القيد المطلق (أعمال السيادة) :

المقصود بالقيد المطلق تلك الموانع التي تقف حاجزا في وجه ولاية القضاء الإداري عن التعرض الي ذلك التصرف، مهما ظهرت مخالفاته وبدت تعدياته.

ويتمثل هذا القيد الكامل في أعمال السيادة التي أشار إليها هذا القانون مستثنياً إياها بشكل مطلق من ولاية القضاء عموماً لاتصالها بسيادة الدولة ،وهو

مبدأ حسب ما يراه البعض مستقر في الفقه والقضاء منذ أمد بعيد ، ومن ثم على القضاء أن لا ينظر طلباً في أعمال السيادة سواء قصد به إلغاء العمل أو تفسيره أو وقف تنفيذه أو التعويض عنه .

مما دفع فريق من الفقهاء لإطلاق مصطلح "التحصين المطلق" عليه في مواجهة القضاء الإداري .[1]

ومن المتعارف عليه فقها وقانونا أن أعمال أن الدولة وتصرفاتها تتعدد بناء على الوظيفة المزدوجة التي تقوم بها والمتمثلة في الوظيفة السياسية والوظيفة الإدارية .

وهذا الازدواج في الوظيفة الرسمية للدولة كان معياراً للتمييز بين القانون والدستور والمؤسسات السياسية والقانون الإداري، فإذا كان الأخير ينظم نشاط الدولة وهى تمارس وظيفتها الإدارية فإن الأول ينظم نشاط الدولة وهي تمارس وظيفتها السياسية التي تعتبر أعمال السيادة من أهمها وأولاها.

وأعمال السيادة بالمفهوم القانوني[2] وحسب ما نصت عليه المذكرة الإيضاحية لقانون رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ هي تلك الأعمال التي تقوم بها الحكومة مدفوعة باعتبارات تتعلق بالسياسة العليا للدولة كإعلان الأحكام العرفية أو الإجراءات التي يتم اتخاذها للدفاع عن سلامة البلاد وغير ذلك من الأعمال التي تبتعد عن مفهوم التصرفات والأعمال الإدارية للدولة مثل القرار الإداري الذي يتعلق بأعمال السيادة والذي تتخذه الهيئات والمؤسسات الإدارية العامة باعتبارها

---

(١) يراجع الدكتور محمود سامي جمال الدين – القضاء الإداري في دولة الكويت – مرجع سابق – ص٣٤ حيث يستخدم مصطلح التحصين الجزئي .

(٢) لم يرد في القانون رقم ١٩/١٩٥٩ أو في مادته الثانية تعريفا لأعمال السيادة كمعيار لتمييزها عن الأعمال الإدارية ، ولكن المشرع أوضح في المذكرة الإيضاحية مفهوما مقتضبا لهذه الأعمال مع الإشارة إلى عدد من الشواهد، (وتؤكد المادة الثانية خروج أعمال السيدة عند ولاية القضاء عموما لأتصالها بسيادة الدولة، وهو مبدأ أستقر في الفقة والقضاء منذ أمد بعيد، ومن ثم فليس للقضاء أن ينظر طلبا يمس أعمال السيادة سواء قصد به إلغاء العمال أو تفسيره أو وقف تنفيذه أو التعويض عنه).

تمثل السلطة التنفيذية و العقد الإداري الذي تبرمه الدولة مع أفراد أو شركة أياً كان نوع العقد وصيغته سواء كان مدنيا أو تجاريا أم كان من العقود الإدارية[1].

وإذا كان الدستور الكويتي الصادر في عام ١٩٦٢ قد نص صراحة في المادة (٦٦) منه على كفالة حق التقاضي دون أن يستثنى أي عمل من أعمال الدولة سواء كانت أعمال سيادة أو كانت تصرفات إدارية كالقرار الإداري والعقد الإداري ، وبحيث يفهم منه أن لا منازعة خارج دائرة القضاء وأن ولايته تشمل كل تصرف سواء كان مدنيا أو تجاريا أو إداريا ،فثمة تساؤل يدور حول مدى مخالفة القانون ١٩ لسنة ١٩٥٩ في مادته الثانية فيما يتعلق بأعمال السيادة لأحكام الدستور[2] ؟.

إنقسم فقهاء القانون في الرد على هذا التساؤل إلى فريقين ، الفريق الأول يري –وبحق – أن تحصين أعمال السيادة من رقابة القضاء ، وعدم شمولية ولاية القضاء الإداري في النظر في هذه الأعمال من إلغاء أو تفسيراً أو وقف تنفيذا أو الحكم بالتعويض ، هو مبدأ مخالف للدستور من جانب ، وأنه إذا كان هذا التحصين لأعمال السيادة ضد الرقابة القضائية مقبولا عند صدور القانون رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ نظرا للظروف التي كان يعيشها المجتمع الكويتي حيث لا دستور للبلاد ، وحيث إرهاصات الاستقلال السياسي ،فقد فقدت هذه الظروف مبرر وجودها من جانب آخر ،و بالتالي فان نص المادة الثانية من المرسوم رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ يعتبر قيدا على حق التقاضي المكفول دستورياً ومخالف لأحكام الدستوري الكويتي.

---

(١) يراجع المستشار. عادل ماجد بور سلي – إجراءات المنازعة الإدارية وفقا للنظام القانوني الكويتي مع التركيز على قانون إنشاء الدائرة الإدارية رقم ١٩٨٠/٢٠ المعدل بالقانون رقم ١٩٨٢/٦١ . أطروحة ماجستير – قسم القانون – كلية الدراسات العليا –جامعة الكويت – ١٩٩٥ – ص٦ ، وأيضا الأستاذ المرحوم . ذهيان خالد العجمي– القيود الواردة على حق التقاضي ومدي مخالفتها لنصوص الدستور – دراسة مقارنة – بحث لإستكمال (متطلبات الماجيستير في القانون – كلية الدارسات العليا – قسم القانون العام –جامعة الكويت – ١٩٩٧ص١١١.

(٢) من المفيد التأكيد على مبدأ سمو الدستور وعدم مخالفة القانون الأدنى للقانون الأعلى، من المفيد التأكيد على أن دستور الكويت من الدساتير الجامدة التي تحتاج تعديل أية مادة فيه إلى إجراءات وشروط أشد من الإجراءات التي تحتاجها القوانين العادية حسب ما نصت عليه المادة ١٤٧ بحيث يمكن القول بأن من الضروري إلغاء جميع القوانين والمراسيم واللوائح وما في حكمها ، والتي صدرت مخالفة للدستور سواء قبل صدوره أو بعد صدوره حفاظا على مكانته وعلوه وهذا ينطبق على نظرية أعمال السيادة التي جعلها المشرع العادي خارج دائرته الرقابية القضائية مخالفا بذلك نصوص الدستور .

ويضيف هذا الفريق مدللاً على رأيه بأن تحصين هذه الأعمال من ولاية القضاء يتعارض مع العديد من النصوص الدستورية الأخرى مثل نص المادة (١٦٣)[١] ، وكذلك نص المادة (١٦٦)[٢] ونص المادة (١٦٩)[٣] فضلا عن (أن المشرع الدستوري لم يدر في خلده الأخذ بنظرية أعمال السيادة وإخراج المنازعات المتعلقة بها من ولاية القضاء ، وذلك أن هذه النظرية كانت معروفة قبل صدور الدستور الكويتي بما يزيد على مائة سنة)[٤] و بالتالي فليس من المعقول مطلقا استمرار مخالفة القوانين للنصوص الدستورية بحجة استقرار الفقه والقضاء أو بأية حجة ،حتى لا يفتح الباب أمام المخالفات الدستورية ،وكي يبقي للدستور السمو.

أما الفريق الثاني فيري بقاء هذا القيد وذلك التحصين على اعتبار أن المشرع الدستوري قدر ما استقرت على ذلك القوانين التي كانت نافذة وقت صدور الدستور فخصص المادة (١٨٠)[٥] التي أكدت سريان جميع ما قررته القوانين واللوائح والمراسـيم والأوامر والقرارات المعمول بها عند العمل الدستوري ما لم يتم تعديلها أو إلغاؤها وفقا للنظام المقرر بالدستور وعدم التعارض مع نصوصه.

وعلي الرغم من أن قانون تنظيم القضاء رقم ١٩لسنة ١٩٥٩ قد صدرت بعده عدة قوانين ترتبط بإعادة النظر في النظام القضائي وإدخال تغييرات وتعديلات على بعض قواعده إلا أن شيئا منها لم ينل ولم يبطل أعمال السيادة التي بقيت حصنا منيعا تتحصن وراءه الإدارة حتى لا تمسها رقابة القضاء.

---

(١) و نصها الصريح : (لا سلطان لأي جهة على القاضي في قضائه ، ولا يجوز بحال التدخل في سير العدالـة ، ويكفـل القـانون استقلال القضاء وبين ضمانات القضاة والأحكام الخاصة بهم وأحوال عدم قابليتهم للعزل) .

(٢) ونصها الصريح : حق التقاضي مكفول للناس ، ويبين القانون الإجراءات والأوضاع اللازمة للمارسة هذا الحق) .

(٣) ونصها الصريح : (ينظم القانون الفصل في الخصومات الإدارية بواسطة غرفة أو محكمة خاصة يبين القانون نطاقها وكيفيـة ممارستها للقضاء الإداري شاملا ولاية الإلغاء وولاية التعويض بالنسبة إلى القرارات الإدارية المخالفة للقانون).

(٤) يراجع في عرض هذه المسألة الدكتور.ذهبيان خالد العجمي رحمة الله – القيود الواردة على مبدأ التقاضـي – مرجـع سـابق ص١١٣.

(٥) تنص المادة ١٨٠ على ما يلي : (كل ما قررته القوانين واللوائح والمراسم والأوامر والنظريات المعمول بها عند العمـل بهـذا الدستور يظل ساريا ما لم يعدل أو يلغ وفقا للنظام المقرر عند الدستور ويشترط ألا يتعارض مع نص من نصوصه).

وهو ما استقر في الأحكام القضائية، ومنها ما ورد وفي أحد الأحكام الحديثة لمحكمة التمييز الكويتية جاء فيه أنه "... وأن كان مقرر في قضاء هذه المحكمة أن المشرع وأن لم يورد تعريفاً أو تحديداً لأعمال السيادة التي نص عليها في المادة الثانية من قانون تنظيم القضاء الصادر بالمرسوم بقانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٠ مع منع المحاكم من نظرها فأن يكون قد ترك أمر تحديدها للقضاء إكتفاءاً بإعلان مبدأ وجودها ومن ثم تكون المحاكم هي المختصة بتقرير الوصف القانوني للعمل الصادر من الحكومة وما إذا كان يعد من أعمال السيادة وحينئذ لا يكون للقضاء أي اختصاص للنظر فيها أنه و أن كان يتعذر وضع تحديد جامع مانع لهذه الأعمال أو حصر دقيق لها إلا أن ثمة عناصر تميزها عن الأعمال الإدارية العادية أهمها تلك الصبغة السياسية البارزة فيها فهي تصدر من الحكومة بوصفها سلطة حكم وليس بوصفها سلطة إدارية فينعقد لها في نطاق وظيفتها السياسية بسلطة عليا في اتخاذ ما ترى فيه المحافظة على كيان الدولة في الداخل والذود عن سيادتها في الخارج وذلك دون تعقيب من القضاء أو بسط رقابته عليها[1] ".

٢ – *القيد النسـبي :*

المقصود بالقيد النسبي تلك الموانع التي تقف حاجزا في وجه ولاية القضاء الإداري عن النظر في أعمال الإدارة بشكل جزئي أو نسبي بحيث يسمح القانون لولاية القضاء في النظر ببعض أعمال الإدارة كالقرارات والأوامر الإدارية والفصل فيها على مستوي تقدير التعويض [٢] مع منع القضاء ذاته من الحكم بإلغاء القرار أو وقف تنفيذه أو تأويله مما يبدو معه واضحاً كف يد القضاء عن جوانب معينة في القرارات الإدارية كان ينبغي للقضاء أن ينظر إليها دون حائل أو مانع ، ويطلق

---

(١) حكم محكمة التمييز رقم ٢٠٠٢/٥٧٧ – أداري– جلسة – ٢٠٠٣/١/٢٣ حكم غير منشور .

(١) أن القانون رقم ١٩٥٩/١٩ قيد القضاء بشكل كبير بالنسبة للكثير من القرارات الإدارية ولم يترك له سوى التعويض ، وقد جاء بالمذكرة التفسيرية لهذا القانون أن (الأوامر الإدارية التي لا تتعلق بأعمال السيادة . فهذه تنظر المحاكم المنازعات التي تقـوم بشأنها ، ولكنها لا تستطيع إلغائها أو وقف تنفيذها أو تأويلها ، بل كل ما تملكه في شأنها هو أن تحكم بتعويض لمـن أصـيب بضرر من جراء أمر إداري باطل...).يراجع المذكرة التفسيرية للقانون رقم ١٩٥٩/١٩– مجموعة التشريعات الكويتية إدارة الفتوى والتشريع – مجلس الوزراء – دولة الكويت .

فريق من فقهاء القانون مصطلح التحصين الجزئي على هذه القيود النسبية التي حددها القانون في ثلاثة أنواع أو أشكال وهي:

- *القيد النسبي الأول* ــ يتمثل هذا النوع في منع ولاية القضاء الإداري من سلطة إلغاء القرار الإداري، فالقرار الإداري الصادر من الإدارة باق لا يمكن إلغاؤه قضائيا ،والمقصود بالإلغاء في القانون انعدام الآثار التي يرتبها وبمعني أن القانون كأن لم يكن، وهذا الإلغاء في الأصل من أهم وظائف القضاء الإداري [1].

- *القيد النسبي الثاني* ــ ويتمثل هذا النوع في منع ولاية القضاء الإداري من سلطة وقف تنفيذ القرار الإداري وذلك في الأمور المستعجلة مؤقتا لحين رفع دعوى إلغاء بشأنه والفصل فيه لأن هذا القرار محصن من تدخل القضاء كذلك وقف تنفيذه مهما كانت نسبة العيوب أو مخالفته الصريحة للقانون.

**القيد النسبي الثالث* ــ ويتمثل هذا النوع في منع ولاية القضاء الإداري من سلطة تفسير القرار الإداري وتأويله .فهذا التفسير والتأويل وقف للإدارة صاحبة القرار بالأصل ، وهي التي تفسره وتؤوله كما تريد ، بمعني أن ولاية القضاء الإداري ممنوعة قانونا من تفسير أي قرار إداري أو تأويله على الرغم من كونه قرارا مخالفا ، وعلي الرغم من أن القضاء بطبيعته ووظيفته مكلف بتفسير النصوص وتطبيق ما يراه مناسبا من هذه التفسيرات لضمان أكبر قدر من العدالة التي تسعي القوانين أصلا إلى تحقيقها من خلال ما تضعه من قواعد قانونية تستمد أصولها وجذورها من مصادر عامة للقاعدة القانونية تستهدف هي الأخرى تحقيق العدالة حيث العدل غايتها مثل المبادئ العامة للعدالة، ومبادئ القانون الطبيعي ، وأحكام الشريعة الإسلامية وغي ذلك من المصادر الأساسية والاحتياطية للقاعدة القانونية[2].

---

(١) وذلك عندما يتحرر القضاء الإداري من تلك القيود ويصبح مستقلا في نظام قضائي مزدوج يعترف بولاية القضاء الإداري الكاملة .

(٢) يراجع الدكتور : سيد محمد السيد عمران –الأسس العامة في القانون . جامعة الإسكندرية –مجلة الحقوق ١٩٩٩. أيضا الدكتور.سمير عبد السيد تناغو – النظرية العامة للقانون – منشاة المعارف – الإسكندرية – أيضا الدكتور. عبد الحي حجازي – الدخل لدراسات العلوم القانونية – جامعة الكويت– كلية الحقوق والشريعة ١٩٧٢. أيضا الدكتور. رمضان أبو السعود

٣- القيد المستقبلي[١] :

المقصود بقيد الاستثناءات والقوانين الخاصة هو ما يصرح به المشرع من خلال القوانين الصادرة من السلطة التشريعية بصريح العبارة (إلا ما استثني بنص خاص)[٢]، أو القول بشيء من التفصيل (إلا إذا نص القانون على أن يكون النظر في بعض الدعاوى من اختصاص جهات أخرى كلجان إدارية ذات اختصاص قضائي).

ومن الطبيعي أن يفهم [٣]من هذه النصوص المتضمنة استثناءات أو إحالة إلى قوانين خاصة ينظمها فيما بعد المشرع العادي هو تقييد الرقابة القضائية على أعمال الإدارة لصالح الرقابة الذاتية أو الإدارية [٤] وبالتالي تقييد القضاء الإداري من اختصاصه ومنعه من حقه في النظر في المنازعات الإدارية.

وآخرين – المبادئ الأساسية في القانون – منشأة المعارف – الإسكندرية – ١٩٩٦. وحول مصادر الالتزام في القانون المدني الكويتي –الدكتور. عبد الفتاح عبد الباقي ١٩٨٣- العقد والإرادة المنفردة –بدون تاريخ .وحول أحكام التقادم في ضوء الفقه و القضاء الدكتور. عبد الحميد الشواربي وأسامة عثمان –أحكام التقادم في القانون الإداري– منشأة المعارف –الإسكندرية – ٦٤٥وما بعدها .

(١) يراجع الدكتور. محمود سامي جمال الدين – القضاء الإداري –مرجع سابق ص٣٤.

(٢) يراجع نصوص القانون ١٩٥٩/١٩ حيث يتضمن مثل هذه الاستثناءات .

(٣) لا يزال الفقه القانوني في الكويت يبذل المساعي من أجل إلغاء مثل هذه الاستثناءات : يراجع حول ذلك مؤلفات الدكتور. عثمان عبد الملك الصالح ، الدكتور. عادل الطبطبائي ، الدكتور. داود العيسى .الدكتور. محمود سامي جمال الدين وآخرين .

(٤) للمزيد حول الرقابة الإدارية يراجع الدكتور. أحمد السيد عوضين حجازي – الرقابة الذاتية للإدارة العامة على أعمالها –جامعة القاهرة – مجلة الحقوق . دعائم الرقابة الإدارية ص٨٧٦- الرقابة القضائية والإدارية ٨٦٢ الشرعية الإدارية ص٥١٧.

الفرع الثانى

التنظيم التشريعى لولاية القضاء الإدارى[1]

يعتبر تنظيم دستور الكويت للرقابة القضائية[2] على أعمال الإدارة من خلال تفعيل ولاية القضاء الإداري، وإرساء نظام قانونى للمنازعات الإدارية، والاهتمام بالرقابة على دستورية القواعد واللوائح، من الأهمية بمكان، نظراً للمكانة التى تحتلها المواد الدستورية فى النظام القانونى عامة حيث السمو والعلو لهذه المواد الدستورية من جانب ،ومن حيث أنه لا تجوز مخالفتها بأى شكل من الأشكال من جانب ثان.

وحيث أن صدورها عام ١٩٦٢ فى وقت مبكر كانت فيه الدولة فى بداية استقلالها ،مما يدل على فطنة المشرع الدستورى الكويتى الذى أدرك منذ الوهلة الأولى لولادة الدولة أهمية إيجاد الأسس والركائز لبناء القانون والقضاء الإدارى فى الدولة.

وعند التمعن فى نصوص دستور الكويت لعام ١٩٦٢ وبالخصوص المواد الدستورية من ١٦٩ إلى ١٧٣ يمكن الوصول إلى عدد من النتائج الهامة فى مجال الرقابة القضائية على أعمال الإدارة من جانب، وإفساح المجال أمام ولاية

---

(١) مما يثلج الصدر أن القضاء الإدارى الذى كان يُعتقد أنه قضاء يميل إلى محاباة الإدارة ضد الأفراد وقد أثبتت الممارسة القضائية الإدارية فى دولة الكويت وغيرها من الدول أنه أحرص من غيره على حماية الأفراد ، ومن الشواهد على ذلك الكثير من الأحكام الصادرة من المحكمة الإدارية فى الكويت والتى كان منطوقها لصالح الأفراد فى مواضيع القرارات الإدارية المعيبة أو تصرفات الإدارة العامة المخالفة للمشروعية . كما أن من الشواهد أن إنشاء القضاء الإدارى ومجلس الدولة فى مصر كان نزولاً على مطالب الرأي العام المصرى بينما كانت العديد من الحكومات تسعى إلى إعاقة وجود قضاء إدارى مستقل . يراجع الدكتور. بكر القباني – القانون الإداري فى دول الخليج العربى – تنظيم الإدارة العامة وعمالها وقراراتها ، دراسة مقارنة – مجلة القانون والاقتصاد – العددان الأول والثانى – سبتمبر وديسمبر ١٩٧٦ – السنة ٤٦ – القاهرة ص ٣٥ وما بعدها .

(٢) حول الرقابة القضائية على أعمال الإدارة ، يراجع الدكتور. محمود سامى جمال الدين – الرقابة على أعمال الإدارة فى دولة الكويت – دراسة مقارنة – الطبعة الأولى ١٩٩٩– مؤسسة دار الكتب – الكويت – ص ٢٤٣، وأيضاً الدكتور. عادل الطبطبائى – النظام الدستورى فى الكويت – مرجع سابق – ص ١٩١ وما بعدها ، أيضاً الدكتور. محمود عاطف البنا – الوسيط فى القضاء الإداري – مرجع سابق – ص ٨٦ وما بعدها . أيضاً الدكتور. محمد محمد بدران – رقابة القضاء على أعمال الإدارة – مرجع سابق – ص ٦١ وما بعدها .

القضاء الإدارى كى تكون ولايته عامة فى ظل مجلس دولة يمثل القضـــاء الإدارى المستقل من جانب آخر[1].

وعلى هذا الأساس فإن التنظيم الدســتورى لولايــة القضــاء الإدارى فــى الكويت وتفعيل الرقابة القضائية على أعمال الإدارة قد شمل ثلاثة جوانب أساســية وهامة:

أولهما ــ ضرورة إنشاء دائرة إدارية أو محكمة خاصة للقضاء الإداري يكون لها حق النظر فى المنازعات الإدارية.

وثانيهما ــ جواز إيجاد قضاء إدارى يتمتع باستقلالية كاملة وفى ظل مجلس دولة يتربع على قمة القضاء الإداري المستقل.

وثالثهما ــ إنشاء محكمة دستورية يكون من أهم مهامها الرقابة على دســتورية القوانين واللوائح.

وعلى الرغم من اتسام المواد الدستورية المنظمة لولاية القضاء الإدارى فى الفصل فى المنازعات الإدارية بالمرونة من حيث تخيير المشرع العادى فى إنشاء مجلس دولة يختص بوظائف القضاء الإدارى والإفتاء والصياغة ، فإنها أيضاً قــد اتسمت بالإلزام والإجبار من حيث دعوى المشرع العادى بضرورة وجوب إنشــاء محكمة خاصة يكون لها الولاية الكاملة فى الفصل فى المنازعات الإدارية.

---

(١) المادة ١٦٩ ونصها الصريح (ينظم القانون الفصل فى الخصومات الإدارية بواسطة غرفة أو محكمة خاصة يبين القانون نظامها وكيفية ممارستها للقضاء الإدارى شاملاً ولاية الإلغاء وولاية التعويض بالنسبة إلى القرارات الإدارية المخالفة للقانون) والمادة ١٧١ ونصها الصريح (يعين القانون طريقة البت فى الخلاف على الاختصاص بين جهات القضاء وفى تنازع الأحكام) والمادة ١٧٣ ونصها الصريح (يعين القانون الجهة القضائية التى تختص بالفصل فى المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين واللــوائح وبين => => صلاحياتها والإجراءات 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 أو لائحة يعتبر كأن لم يكن) .

أولاً ـ التنظيم الدستورى لولاية القضاء الإدارى من خلال وجوب إنشاء محكمة إدارية خاصة :

نصت المادة ١٦٩ من دستور الكويت على غرار ما فعلته دساتير العديد من الدول[١]، على أنه (ينظم القانون الفصل فى الخصومات الإدارية بواسطة غرفة أو محكمة يبين القانون نطاقها أو كيفية ممارستها للقضاء الإداري شاملاً ولاية الإلغاء وولاية التعويض بالنسبة إلى القرارات الإدارية المخالفة للقانون).

ومن نافلة القول وصف هذا النص الدستورى بالوجوب من حيث إلزام المشرع العادى بضرورة تنظيم المنازعات الإدارية ووضع قواعد قانونية تنظيمية لولاية القضاء الإدارى ونظام المنازعات الإدارية من خلال إنشاء[٢] محكمة إدارية مختصة يتعين الإسراع فى إنشاءها ووضعها موضع التنفيذ نظراً لأهميتها ودورها فى حماية العدالة وتطبيق مبدأ المشروعية.

أضف إلى ذلك أن المشرع الدستورى قد حدد بالنص الصريح أن ولاية القضاء الإدارى من خلال هذه المحكمة المختصة هى ولاية كاملة تشمل قضاء الإلغاء وقضاء التعويض فضلاً عن الولاية العامة لكافة المنازعات ذات الطبيعة الإدارية المخالفة للقانون ، بشكل مطلق ودون قيد أو حدود بحيث لا يجوز للمشرع العادى الانتقاص من هذه الولاية الكاملة باصداره قوانين تنتقص من تلك الولاية وفقاً لمبدأ قانونى وقاعدة أصولية مفادها أن العام يؤخذ على عمومه ما لم

---

(١) ومن هذه الدول التى أخذت بنظام إنشاء محكمة إدارية داخل القضاء العادى للنظر والفصل فى المنازعات الإدارية سوريا ولبنان والأردن وليبيا ، ففى سوريا صدر القانون رقم ١٩٣٨/٢٦ الخاص بإلغاء مجلس الشورى وتم نقل اختصاصاته القضائية إلى الغرفة الإدارية لدى محكمة التمييز باستثناء دعاوى طلب إلغاء المراسيم الصادرة من رئيس الجمهورية التى كانت تنظر فيها محكمة التمييز بهيئتها العامة . وفى لبنان صدر القانون الصادر فى ١٩٤٨/٣/٢٤ بإلغاء مجلس شورى الدولة وعهد بصلاحيته إلى الغرفة الإدارية بمحكمة التمييز . أما فى الأردن فقد صدر القانون رقم ١٩٥٢/٢٦ بشأن تشكيل المحاكم النظامية حيث حددت إحدى مواد من القانون أن نظر المنازعات الإدارية يكون من اختصاص محكمة التمييز . وفى ليبيا صدر القانون رقم ٨٨ فى شأن القضاء الإدارى بتاريخ ١٩٧١/١٠/٣١ والذى نص على إنشاء دائرة للقضاء الإدارى فى كل محكمة من محاكم الاستئناف المدنية . يراجع الدكتور. عثمان عبدالملك الصالح – التنظيم الدستورى للرقابة القضائية من أعمال الإدارة فى الكويت ومحاولات وضعه موضع التنفيذ – مرجع سابق ص ١٥،١٦ .

(٢) يبدو أن المشرع العادى الكويتى استفاد من التخيير الذى وضعه المشرع الدستورى ، فقام بتفعيل المادة ١٦٩ من دستور الكويت من حيث إنشاء دائرة إدارية خاصة للفصل فى المنازعات الإدارية داخل النظام القضائى الموحد وإن كانت هذه الاستجابة جاءت متأخرة تسعة عشر عاماً عن صدور الدستور .

يخصص ، ثم أن المشرع العادى يلتزم باحترام القواعد الدستورية وفقاً لمبدأ تدرج القواعد القانونية وإلا كان تشريعه مشوباً بعدم الدستورية.

ثانياً ــ التنظيم الدستوري لولاية القضاء الإداري من خلال الإجازة بإنشاء مجلس دولة مستقل :

لم يكتف المشرع الدستورى فى الكويت عام ١٩٦٢ من التصريح وبشكل ملزم بوجوب إنشاء محكمة تفصل فى المنازعات الإدارية تمتلك ولاية القضاء الإدارى شاملاً ولاية الإلغاء وولاية التعويض فحسب، وإنما انطلق إلى أبعد من هذا مرسياً بذلك دعائم القانون ومثبتاً ركائز العدالة، فأجاز بكل وضوح فى المادة ١٧١ إنشاء مجلس دولة يختص بوظائف القضاء الإدارى والإفتاء والصياغة طالباً من المشرع العادى القيام بهذه المهمة عند الحاجة إليها.

وقد أكدت أيضاً فى المادة ١٧٢ أهمية تنظيم طريقة البت فى التنازع الاختصاص بين جهات القضاء مما يستفاد منه أن المشرع الدستورى قد مهد الطريق ووضع الركائز والأسس بشأن إقامة قضاء إداري مستقل تكون له الولاية الكاملة على المنازعات الإدارية يختلف بمبادئه ونظرياته وقواعده وأحكامه عن القضاء العادى بهدف حماية حريات وحقوق الأفراد فى مواجهة طغيان الإدارة وتعسفها فى قراراتها وأعمالها وتصرفاتها كى تلتزم بالقانون وتحترم المشروعية وتحقق العدالة.

ثالثاً ـ التنظيم الدستورى للرقابة على دستورية اللوائح من خلال إنشاء محكمة دستورية[1] مختصة:

تأكيداً من المشرع الدستورى على تحقيق أسس التنظيم القانونى الراسخ لولاية القضاء الإداري فإنه لم يقف عند إلزام المشرع العادى بإنشاء محكمة إدارية مختصة ودعوته إلى ذلك من خلال التخيير وبطريق غير مباشر إلى إنشاء مجلس دولة يمثل قضاء إدارياً مستقلاً فحسب، إنما توسع فى هذا التنظيم القانونى وإرتقى به إلى مستوى رفيع من حيث دعوته الملزمة للمشرع العادى بإنشاء جهة قضائية يكون من أهم مهامها الفصل فى المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين واللوائح حسب ما نصت عليه المادة ١٧٣ من الدستور ، والتى سمحت لكل من الحكومة وذوى الشأن فى الطعن لدى تلك الجهة فى دستورية القوانين واللوائح .

مما يعتبر ذلك حرصاً من المشرع الدستورى على إرساء مبادىء العدالة وتفعيل مبدأ المشروعية ومنعاً للاجتهادات المنفردة والآراء المتعددة كى تبقى للدستور حصانته باعتباره وثيقة من أعلى وثائق المشروعية.

ومن المؤكد أن هذا التنظيم الدستورى للرقابة القضائية على اللوائح والقوانين من حيث مدى دستوريتها وتطابقها مع المشروعية إنما يكون قد منح القضاء الإدارى بعداً خاصاً ،وبالخصوص أنه قد أخذ بمبدأ المركزية[2] فى الرقابة القضائية عندما أوكل القيام بمثل هذه الرقابة إلى جهة تكون مختصة دون غيرها بالقيام على هذا التنظيم الدستورى للرقابة على القضاء القانوني واللوائح مما يترتب على ذلك عدد من النتائج القانونية.

---

(١) ومن الملاحظ أن المشرع الدستورى لم يستخدم مصطلح المحكمة الدستورية وإنما استخدم مصطلح الجهة القضائية والتى يكون اختصاصها الفصل فى المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين واللوائح ، وربما أنه أراد بذلك أن يراعى فى تشكيلها طبيعة هذه المهمة الكبيرة بدلاً من أن يترك ذلك لاجتهاد كل محكمة على حدة حيث قد تتعارض معه الآراء فى تفسير النصوص الدستورية ، وفقاً لهذا التوجه يكون الباب مفتوحاً لإشراك مجلس الأمة والحكومة إلى جانب رجال القضاء العالى فى تشكيل تلك الجهة القضائية . يراجع الدكتور. عثمان عبدالملك الصالح – التنظيم الدستورى للرقابة القضائية على أعمال الإدارة فى الكويت – مجلة الحقوق – مرجع سابق – ص ٢٢ .

(٢) وإن كان ينتقص من هذه المركزية فى الرقابة حق المحاكم فى تقدير جدية الدفع بعدم الدستورية وحق الرفض حال رأت عدم الجدية وعدم اللجوء إلى المحكمة الدستورية بطريق أصلي .

فمن جانب، أن هذه الرقابة هى رقابة إلغاء لاحقة تتم ممارستها عن طريق الدعوى الأصلية فى مواجهة تشريع قد صدر فعلاً ، وإنها من جانب ثان قد ساوت بين القانون واللائحة عند قيام أي منهما بمخالفة نص دستور قائم أو الخروج على روحه ومقتضاه مما يؤكد حماية الدستور باعتباره القانون الأسمى ، وصيانة العدالة باعتبارها المبدأ الأعلى ، وإنها من جانب ثالث لا تتعلق بالرقابة على مشروعية اللائحة ولا الرقابة على دستورية الأمر الإدارى الفردى ، بل أن اختصاصها واضح فى مدى مطابقة اللوائح والقوانين للدستور ، وبمعنى آخر مدى مطابقة القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية العادية للقواعد الدستورية ومدى مطابقة اللوائح الصادرة عن السلطة التنفيذية للقواعد الدستورية أيضاً ، دون التدخل فى مشروعية اللوائح من حيث الأوامر الإدارية الفردية ومن حيث مدى مخالفتها للقوانين العادية، لأن مخالفة المشروعية تختص بها المحاكم الإدارية وليس المحكمة الدستورية كما إنها من جانب رابع تتميز من حيث إمكانية إشراك كل من الحكومة ومجلس الأمة فى تشكيلها ، وإنها من جانب خامس قد كفلت حق كل من الحكومة والأفراد فى اللجوء إلى تلك الجهة القضائية المختصة عند وجود قانون ولائحة تخالف نصوص الدستور ، وأما من جانب سادس فتتميز أحكامها بالحجية القضائية العامة ويمكن أن يكون لها أثر يمتد إلى وقت صدور القانون أو اللائحة من حيث تصفية النزاع حول الدستورية مرة واحدة تتوضح بها الشرعية.

وقد صدر قانون إنشاء المحكمة الدستورية رقم ١٤ لسنة ١٩٧٣ والذي بشر به الدستور الكويتي في المادة ١٧٣ منه ــ كما أشرنا آنفاً ــ وأشارت المادة السادسة منه على أنه (إذا قررت المحكمة عدم دستورية قانون أو مرسوم بقانون أو لائحة أو عدم شرعية لائحة من اللوائح الإدارية لمخالفتها لقانون نافذ).

ونضم صوتنا إلى جانب من الفقه الذي قام بتفسير هذا النص على نحو يعطي للمحكمة الدستورية حق فحص مدى مشروعية اللوائح بإعتباره إختصاصاً أصيلاً ومباشراً بصورة مستقلة عن الدفع بعدم الدستورية من ذلك الوقت وحتى إنشاء الدائرة الإدارية[1].

(١) يراجع الدكتور. عادل الطبطبائي – النظام الدستوري في دولة الكويت – مرجع سابق- ص ٩٠٢ وما بعدها.

المبحث الثانى
الإختصاص بنظر المنازعات الإدارية
بعـــد إنشاء الدائـــرة الإداريـــة

إن إنشاء الدائرة الإدارية عام ١٩٨١ كان حقاً علامة فارقة ومرحلة جديدة في مسيرة القضاء الإداري الكويتي، من حيث أنها تعتبر استجابة – وأن كانت جزئية ومتأخرة – لنصوص الدستور، وأيضاً بداية حقيقته للقضاء الإداري من حيث تبلور مفهوم المنازعة الإدارية والاختصاص بنظرها، تم تطوير الحال بصدور القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٠ بشأن تنظيم القضاء ومن ثم ينقسم هذا المبحث إلى مطلبين هما :

١- تنظيم ولاية القضاء الإداري من خلال قانون إنشاء الدائرة الإدارية رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ .

٢- تنظيم ولاية القضـــاء الإداري مـــن خـــلال قانون تنظيم القضـــاء رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٠ .

المطلب الأول
تنظيـــم ولايـــــة القضـــــــاء الإداري
من خلال قانون إنشاء الدائرة الإداريةرقم ٢٠ سنة ١٩٨١

صدر الدستور الكويتي سنة ١٩٦١متضمنا دعوته بوجوب إنشاء قضاء إداري مفوضا إياه بما يلي :

١- إنشاء غرفة أو دائرة إدارية.

٢- أو إنشاء محكمة إدارية خاصة.

٣- أو إنشاء مجلس دولة.

وبعد تسعة عشر عاما من الانتظار - الغير مبرر - اختار المشرع العادي الخيار الأول بإنشاء دائرة إدارية ضمن المحكمة الكلية، بموجب القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١[١] المعدل بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٨٢[٢] والتي يتبين لنا بعد التمعن في قراءته الملاحظات التاليـــة:

١- تشكيل هذه الدائرة ثلاثي وقد كان ذلك على خلاف دوائر المحكمة الكلية أحادية التكوين[٣] ، وذلك نظرا لما يتميز به قضاء الإلغاء من مقومات أهمها انه ليس قضاء تطبيقياً، وإنما هو قضاء إنشائي يبتدع الحلول المناسبة للمنازعات التي تنشأ بين الإدارة والأفراد ،وهي تختلف بطبيعتها عن منازعات القانون الخاص[٤].

---

(١) صدر هذا القانون بمرسوم أميري بتاريخ ١٧/٢/ ١٩٨١ ، ونشـر بالجـريـــدة الرسـمية (الكـويـــت اليـوم) بتـاريخ ٢٢/٢/١٩٨١م (العدد رقم ١٣٤٤/ السنة ٢٧) ليعمل به من أول أكتوبر ١٩٨١م وفقا لنص المادة ١٧منه .

(٢) صدر هذا القانون في ١٢/١٢/ ١٩٨٢ ونشر بالجريدة الرسمية (الكويت اليوم العدد ١٤٤٩السنة التاسعة والعشرين) وذلـك بتاريخ ١٩ /١٢/ ١٩٨٢ م ليعمل به بعد ستة شهور من تاريخ نشره (المادة الثانية) أي من ١٩يونيو ١٩٨٣م.

(٣)أصبحت دوائر المحكمة الكلية الان ذات تشكيلة ثلاثية وليس فقط الدائرة الإدارية .

(٤) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ .

٢- المحكمة الكلية هي محكمة مدنية لأول درجة كقاعدة عامة، إلا أنها تنظر بعض المنازعات الإدارية كاستثناء وتفصل فيها بأحكام نهائية - كقاعدة عامة - لا يجوز الطعن فيها إلا استئناف أمام غرفة خاصة بمحكمة الاستئناف[١].

٣- يسري قانون المرافعات المدنية والتجارية على الدعاوى التي تنظرها هذه الدائرة فيما عدا ما نص عليه في هذا القانون[٢] ، مما يعني جواز الطعن بالتمييز في الأحكام الصادرة من الدائرة الإدارية[٣].

وسوف نحاول فيما يلي بيان سمات هذه المرحلة النوعية من تاريخ ولاية القضاء الإداري من حيث محدودية اختصاص الدائرة الإدارية وبسط ولايتها على منازعات العقود الإدارية، مع بيان خصوصية تعريفها للموظف المدني لورود أغلب اختصاصاتها بالنظر في طعون الموظفين ، بالإضافة إلى توضيح عدم رجعية هذا الاختصاص على القرارات الإدارية الصادرة قبل قانون إنشاء الدائرة.

أولاً ـ الإختصاص المقيد لولاية القضاء الإدارى :

لم يكن اختصاص الدائرة الإدارية في هذه الفترة مطلقاً في نظر المنازعات الإدارية وانما كان مقيداً بنظر بعض القرارات الإدارية دون البعض منها ، وذلك على النحو التالي :

---

(١) المادة ١٢ ، ١٣من قانون رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩.

(٢) المادة ١٥من قانون رقم ٢٠لسنة ١٩٨١، تنص على ما يلي (فيما عدا ما نص عليه هذا القانون يسري على الدعاوي المنصوص عليها والأحكام الصادرة فيها وفرض الطعن عليها الأحكام والقواعد والإجراءات المنصوص عليها في القانون المرافعات المدنية والتجارية. وتكون للأحكام الصادرة بإلغاء دعوة عينية في مواجهه الكافة، وتكون صورتها التنفيذية مشمولة بالصيغة الآتية " على الوزراء ورؤساء المصالح المختصين تنفيذ هذا الحكم وإجراء مقتضاه " أما الأحكام الأخرى فتذيل صورتها بالصيغة التنفيذية المقررة لسائر الأحكام .

(٣) المذكرة الإيضاحية في التعليق على المادة ١٥من قانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨٢.

١ - القرارات الإدارية المشمولة بقضاء الإلغاء :

نصت المادة الأولي من هذا القانون على أن الدائرة تختص دون غيرها بالمسائل الآتية ، وتكون لها ولاية التعويض:

أولاً ــ المنازعات الخاصة بالمرتبات والمعاشات والمكافآت والعلاوات المستحقة للموظفين المدنين أو لورثتهم.

ثانياً ــ الطلبات التي يقدمها ذوو الشأن بإلغاء القرارات الإدارية الصادرة بالتعيين في الوظائف العامة المدنية.

وينظم هذا البند الطعون التي ترفع ضد قرارات التعيين في الوظائف العامة المدنية ولا يشترط أن يكون الطالب موظفاً لإستخدام المشرع عبارة " ذوو الشأن " على خلاف مصطلح " الموظفون المدنيون " في البند ثالثاً ورابعاً من ذات المادة[١].

ثالثاً ــ الطلبات التي يقدمها الموظفون المدنيون بإلغاء القرارات الصادرة بالترقيه.

سواء تعلق بقرار سلبي بالامتناع عن الترقية أو بسبب تخطيه في الترقية ، وبفضل اجتهاد القضاء الإداري المحمود فتندرج الطعون بتقارير الكفاية أيضاً تحت هذا البند لارتباطه وتأثيره على المرتب.

---

(١) مستبدلة بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٢ وكان يجري نصها قبل استبدالها على النحو التالي (رابعـا: الطلبـات التـي يقـدمها الموظفون المدنيون بإلغاء القرارات الصادرة بإنهاء خدمتهم أو بتوقيع جزاءات تأديبية عليهم ، ويستثني من ذلك إنهاء الخدمة بقرار من مجلس الوزراء) فأصبحت قرارات إنهاء الخدمة بقرار من مجلس الوزراء والتي تصدر اعتبارا مـن ١٩٨٣/٦/١٩ جائز الطعن عليها ثم حظر الطعن عليها مرة أخري في ١٩٨٩/١/١٥ عملا بالمرسوم بقانون رقم ٢ لسنة ١٩٨٩م بتعـديل بعض أحكام قانون الخدمة المدنية.

رابعاً ــ الطلبات التي يقدمها الموظفون المدنيون بإلغاء القرارات الصادرة بإنهاء خدماتهم او بتوقيع جزاءات تأديبية عليهم[1].

ونشير إلى أن طلبات الإلغاء الخاصة بالموظفين المدنيين بأنها لا تقبل طلبات وقف التنفيذ عملاً بالمادة السادسة من قانون إنشاء الدائرة الإدارية ، ذلك أن طلب وقف التنفيذ خاص بالقرارات المنصوص عليها في البند خامساً من المادة الأولى ، ولكن يجوز طلب استمرار صرف الراتب بصفة مستعجلة عند طلب إلغاء قرار إنهاء الخدمة.

خامساً ــ الطلبات التي يقدمها الأفراد والهيئات بإلغاء القرارات الإدارية النهائية عدا القرارات الصادرة في شأن مسائل الجنسية وإقامة وأبعاد غير الكويتيين وتراخيص إصدار الصحف والمجلات ودور العبادة ، وهذا النص أضيف بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٢ ، ومن الجائز طبقاً للمادة السادسة أن يقترن طلب الإلغاء بطلب وقف التنفيذ بصفة مستعجلة.

ونص القانون أيضا في المادة الخامسة منه على أن تكون للدائرة الإدارية وحدها ولاية الحكم بإلغاء القرارات الإدارية المشار إليها في البنود (ثانيا وثالثا ورابعا وخامسا) من المادة الأولي (قرارات التعيين والترقية وإنهاء الخدمة وتوقيع جزاءات تأديبية والقرارات النهائية) ،كما تكون لها وحدها ولاية الحكم في طلبات التعويض عن الأضرار الناشئة عن تلك القرارات ،سواء رفعت إليها بطريقة أصلية أو التبعية.

---

(١) حكم محكمة الإستئناف – الدائرة الإدارية رقم ٣٤، ٤٨ لسنة ١٩٩٧ إداري – جلسة ١٩٩٨/١/٥ –حكم غير منشور.

٢- القرارات الإدارية المحصنة من قضاء الإلغاء :

وهي التي لا تنضوي تحت ولاية القضاء الإداري ،فلا تتعرض لها الدائرة الإدارية ،إلا أنها ليست نوعاً واحدا وإنما هناك قرارات محصنة بحكم القانون تضمنها قانون إنشاء الدائرة وأخرى تحصنت بسبب عدم تنظيمها وبيان أنواعها كما يلى :

أ- القرارات المحصنة قانوناً :

وهذه القرارات التى تم تحصينها بحكم القانون أي التي وردت في قانون إنشاء الدائرة الإدارية في مسائل الجنسية وأبعاد غير الكويتيين وتراخيص إصدار الصحف والمجلات ودور العبادة.

وبالإضافة إلى تلك القرارات الوارده في القانون، توجد هناك بعض القرارات المحصنة والتي جاءت في قوانين متفرقة، ونذكر منها [١] قرارات وزارة التربية المتعلقة بإجراءات نتائج الامتحانات والتي لا تقبل الطعن أمام محاكم القضاء الكويتي حسب نصوص القانون رقم ٤ لسنة ١٩٧٤ بشأن التعليم العام[٢] كذلك الأمر على مستوي إشهار الأندية وجمعيات النفع العام حيث نص القانون[٣] رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٢ على عدم جواز الطعن في القرارات الإدارية التي يعتمدها وزير الشؤون الاجتماعية والعمل برفض تسجيل[٤] الجمعيات ورفض التظلم من القرار بأية طريقة من طرق الطعن.

---

(١) يراجع نص المادة الأولي من القانون رقم ١٩٨١/٢٠ والمعدل بالقانون رقم ٨٢/٦١ البند خامسا ، وأيضا في نقد هذا النص حول مسائل الجنسية في بحث بعنوان مدى اختصاص لجة حقوق الإنسان في مجلس الأمة الكويتي بنظر شهادتي سحب الجنسية يراجع الدكتور.محمد المقاطع – مجلة الحقوق – عدد ١/٢٥س٧ مارس ص٢٢٦.

(٢) يراجع نص المادة ١٧ من المرسوم بالقانون رقم ١٩٨٤/٤في شأن العام ،و أيضا نصوص هذا القانون في الجريدة الرسمية لدولة الكويت – العدد ١٧٠٧ بتاريخ ١٩٨٧/٢/٢٢ السنة ٣٣- الكويت اليوم.

(٣) يراجع المادة٩ من القانون رقم ١٩٦٢\٢٤ والمعدل بالقانون رقم ١٩٨٨/٧٥ بشأن الأندية وجمعيات النفع العام .

(٤) حدد القانون رقم ١٩٦٢/٢٤ عدد من الإجراءات التي ينبغي للوزير القيام بها عند رفض التسجيل وذلك من خلال إخطار المؤسسين بالرفض خلال ٩٠ يوما من تاريخ عدم العمل، وتجدر الإشارة إلى أنه مع رفض القانون لأي تظلم قضائي فتح الباب أمام المؤسسين للتظلم الإداري بحيث يجوز لأصحاب الطلب المرفوض من قبل الوزير التظلم من قرار الرفض خلال ٣٠ يوما لمجلس الوزراء من تاريخ الإخطار .

كما يضاف إلى ما سبق [1] ، القرارات التي يصدرها مجلس الوزراء في حل[2] الجمعية العامة لأي ناد أو جمعية ذات نفع عام، حيث لا يجوز الطعن في تلك القرارات أمام القضاء رغم محاولات تعديله من قبل مجلس الأمة[3] .

وقد كان القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٧٩ في شان الخدمة المدنية في المادة ٢٣ (البند خامسا) والذي كان يمنع الموظف المعزول من الطعن أمام القضاء بعد صدور قرار مجلس الوزراء في التظلم الإداري[4] ، حيث تم إلغاء هذه المادة التي تمنع القضاء من التصدي لها بالإلغاء.

ب- *القرار المحصن واقعا (بحكم عدم التنظيم) :*

إذا كان المشرع العادي ــ ورغم مخالفة ذلك لنصوص الدستور ــ قد قام بعملية التحصين القانوني لأنواع من القرارات بحيث جعلها خارج دائرة نظر القضاء بحكم القانون ، فإن ثمة قرارات إدارية لا تزال واقعة خارج دائرة الرقابة القضائية وذلك بحكم عدم التنظيم لهذه القرارات بسبب الأسلوب الحصرى الذي تبناه المشرع العادي عند إصدار القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ بإنشاء الدائرة الإدارية .

---

(١) أضاف القانون ١٩٦٢/٢٤ إلي تلك القرارات المحصنة بالقول (وكذلك القرارات المنصوص عليها في المادتين ٣٧ مكرر). يراجع المادة ٩من القانون رقم القانون رقم ٦٢/٢٤ في شان الأندية العامة وجمعيات النفع العام .

(٢) يراجع نص المادة ٢٧ والمادة ٩ من القانون رقم ١٩٦٢/٢٤.

(٣) تمت محاولات لتعديل القانون ١٩٨٨/٤٢ بشأن الأندية وجمعيات النفع العام من قبل مجلس الأمة من خلال تقديم المرسوم بالقانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٨٨ بشأن تعديل بعض أحكام القانون ٦٢/٢٤.إلا أنها لم تكمل للأسف .. يراجع وثائق مجلس الأمة- جلسة ١٩٩٢/١١/١٧.

(٤) يراجع المادة ٣٢ المتضمنة أسباب إنهاء خدمة الموظف من القانون رقم ١٩٧٩/١٥ للاطلاع ومقارنتها بالمادة التي تم تعديلها بحيث خرجت تلك القرارات من التحصين ، حيث تم إلغاء البند الخامس من المادة ٣٢ بإصدار القانون ١٩٩٢/٢٢ يراجع الجريدة الرسمية العدد ٤٣ لسنة ٤١ الكويت اليوم .

انطلاقا من ذلك تتمثل القرارات الإدارية المحصنة بحكم الواقع و بحكم عدم التنظيم لتقع خارج ولاية القضاء الإداري[1] في القرارات الآتية :

١- القرارات الإدارية المتعلقة بندب الموظفين أو إعارتهم ووقف الموظفين عن العمل.
٢- القرارات الإدارية المتعلقة بمنح البعثات والإجازات الدراسية أو وقفها أو رفض منح إجازة دراسية للموظف بدون مرتب.
٣- القرارات الإدارية المتعلقة بالإجازات عموما (كاجازة الحج ، أو مرافقة مريض للعلاج وإجازة المعتدة للموظفة) ومقابل الإجازة السنوية عند انتهاء الخدمة.
٤- القرارات المتعلقة بفصل الموظفين للصالح العام من قبل مجلس الوزراء والقرارات المتعلقة بإحالة الموظفين إلي مجالس التحقيق.
٥- القرارات الإدارية المتعلقة بإنشاء الدرجات أو التخصيص جزء من اعتماد إجمالي يدرج في الميزانية لمواجهه حركة الترقيات الحتمية.
٦- القرارات المتعلقة بـ (التقارير السنوية واستبدال المعاش ، والبدالات الممنوحة للموظفين والمميزات المادية والمعنوية في بعض الأحوال ، وتقدير سن الموظف وغيرها) هذه الأصل فيها خروجا من اختصاص الدائرة الإدارية إلا إنها تعتمد على توسيع الدائرة الإدارية وإدراجها ضمن اختصاصها لبسط نفوذها على اكبر قدر من القرارات الإدارية ضمانا لمبدأ المشروعية وهذا هو القائم عملا بالدوائر الإدارية في الكويت وهو ما سندلل عليه لاحقا.
٧- أصبح العزل بقرار من مجلس الوزراء غير خاضع للطعن القضائي منذ ١٩٨٩/١/١٥ عملا بالمرسوم بقانون ٢ لسنة ١٩٨٩ بتعديل بعض أحكام قانون الخدمة المدنية رقم (٣٣).

---

(١) ثمة إجماع فقهي في دولة الكويت حول أن الدستور قد جعل ولاية القضاء الإداري في الكويت خلال الدائرة الإدارية أو المحكمة أو مجلس الدولة أو غير ذلك من الهيئات هي ولاية شاملة لكافة المنازعات الإدارية دون قيد أو شرط ما دام لا يوجد نص دستوري يخصص ، وذلك حسب القاعدة المعروفة (يؤخذ العام على إطلاقه ما لم يوجد ما يخصصه) يراجع في عرض هذا الإجماع أ. ذهيبان خالد العجمي – القيود الواردة على حق التقاضي – مرجع سابق ص١٩٩.

ثانياً ـ ولاية القضاء الإداري على منازعات العقود الإدارية :

إذا كانت الإدارة خلال ممارستها لنشاطها ترتبط مع الأفراد أو الأشخاص المعنوية الخاصة بعقود إدارية تمثل الإدارة فيها طرفا أساسيا وترتبط هذه العقود بفكرة المرفق العام والسلطة العامة ، فإن النظر في منازعات العقد الإداري- مهما كان نوعه إنما قد بات خاضعاً لاختصاص القضاء الإداري، وذلك منذ العمل بالقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ الذي أنشأ الدائرة الإدارية وعقد اختصاصها في نظر المنازعات الإدارية[١].

ومن نافلة القول أن إسناد الفصل في منازعات العقود الإدارية لولاية القضاء الإداري في الكويت ممثلا بالدائرة الإدارية إنما هو إعادة المياه إلي مجاريها الطبيعية ، فهذه الدائرة بما لها من اختصاص قضائي إداري إنما تلتقي مع مفهوم العقد الإداري الذي يتصل بنشاط مرفق عام ويرتبط بفكرة السلطة العامة التي يحق لها في العقد عند إنشائه أو عند إلغائه وتعديله القيام بتصرفات لا يمكن أن يقوم بها الأفراد عندما ينشئون فيم بعد بينهم عقودا خاصة ، وذلك لأن روابط القانون العام تختلف عن روابط القانون الخاص.

حيث أن القضاء الإداري يختلف عن القضاء العادي، حيث أن القضاء الإداري يمتلك مساحة من الحرية والاستقلال تسمح له ابتداع الحلول المناسبة للروابط القانونية التي تنشأ في مجال القانون العام حيث يحق للقضاء أن يطبق من القواعد المدنية ما يتلاءم معه ، فضلا عن أن القواعد التي تنظم العقود الإدارية لا تمنح الإدارة ترتيباً أعلي من ترتيب الطرف الآخر فحسب ، بل وتهدف أساسا إلي معالجة مراكز تنظيمية عامة تتفوق فيها المصلحة العامة على المصالح الخاصة ،نظرا لتميز قواعد القانون الإداري باعتبارها قواعد آمرة ولأن جهة الإدارة وهي تنشأ العقود الإدارية إنما تتعاقد باسم المجتمع وتحت راية المصلحة العامة مما

---

(١) يراجع الدكتور - فكري أحمد مغاوري – مبادئ القانون الإداري الكويتي – مرجع سابق ص ١٢٦.

يجعلها تتمتع في العقود الإدارية بحقوق وسلطات واسعة مرتبطة بالنظام العام للعقود الإدارية مثل إنهاء العقد من طرف واحد أو تعديله دون الحاجة إلي موافقة الطرف الآخر[1].

وهكذا جاءت المادة الثانية من القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ تنص على مايلي :(تختص الدائرة الإدارية وحدها بنظر المنازعات التي تنشأ بين الجهات الإدارية والمتعاقد الآخر في عقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو أي عقد إداري آخر) ثم جاء القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٢ ويضاف لهذه المادة عبارة (وتكون لها ولاية القضاء الكامل).

مع ملاحظة أن اختصاص الدائرة الإدارية قاصر على أن تثور المنازعة فقط بين الإدارة والمتعاقد معها كأطراف للعقد، دون تلك التي قد تثور مثلا بين المنتفعين من مرفق عام يدار بطريق وبين الملتزم.

ثالثا ــ خصوصية تعريف الموظف المدني :

أما الخاصية الثانية من خصائص القضاء الإداري ما ورد في القانون رقم ٢٠ لسنة ٨١ بإنشاء الدائرة إدارية أن المشرع استخدم مصطلح الموظف المدني كبديل عن مصطلح الموظف الحكومي[2] الذي كان مستخدما في الكثير من التشريعات القانونية وفقه القانون الإداري ، ويبدو أن هذا الاستخدام جاء ملائما للتعريف الذي ورد في قانون الخدمة المدنية رقم ١٥ لسنة ١٩٧٩ بأن الموظف[3] هو كل من شغل وظيفة مدنية من وظائف الجهات الحكومية أيا كانت طبيعة عمله

---

(١) سيأتي الحديث لاحقا في الباب الثاني من هذه الدراسة بالتفصيل عن العقود الإدارية .

(٢) يراجع الدكتور فكري أحمد مغاوري -تطور القانون الإداري الكويتي -مرجع سابق -ص١٢١.

(٣) وحول الفصل التأديبي و المخالفة لتأديبية فقها قضاء في فرنسا ومصر ، للمزيد يراجع الدكتور.عناد رضوان محمود جـراح- فصل الموظف العام وتعريفه -رسالة دكتراه -جامعة القاهرة -كلية الحقوق -ص٢٤ وما بعدها .

أو مسمى وظيفته[1] ، أما قانون الجزاء الكويتي رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠ فلم يستخدم سوي تعبير الموظف العام[2] .

ويعتبر بعض الفقه – وبحق ــ أن تعبير الموظف المدني الوارد في القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ ، المتضمن إنشاء الدائرة الإدارية مشابه لتعبير الموظف العام في مفهوم أحكام الوظيفة العامة وانطباق قانون الخدمة المدنية عليه[3].

وقد رأى فقهاء القانون عند دراستهم للقانون الإداري الكويتي ، وفي ظل أحكام قانون الوظائف العامة المدنية الذي تم إلغائه أن الشخص الذي يشغل وظيفة معينة من الوظائف المبنية في نظام الوظائف العامة أو أحد الأنظمة الوظيفية الخاصة ووفقا للإجراءات القانونية السلمية، اعتبر هذا الشخص من العاملين بالدولة يستوي بعد ذلك أن يعمل الشخص في الإدارة المركزية أو لدى الأشخاص المعنوية العامة اللامركزية إقليمية أو مرفقيه ، وأن تكون الوظيفة التي يشغلها دائمة أو مؤقتة ، أو يخضع لنظام الوظائف المدنية العامة ، أو لأحد الأنظمة الوظيفية الخاصة ، أو يتقلد وظيفته بالانتخاب أم بالتعيين[4] ويستوي ذلك أن يعين بمرسوم أو بقرار من وزارة أو بأداة أدنى من ذلك ،أو أن يكون متقاعد أو غير متقاعد كويتي أو غير كويتي حيث أن هؤلاء جميعا يقومون بوظيفة إدارية دون أن يؤثر ذلك في اختيار بعضهم عن طريق الانتخاب ولذلك السبب ذاته يعتبر الموظفون بالأمانة العامة لمجلس الأمة موظفين مدنيين[5].

---

(١) حدد القانون رقم ١٩٧٩/١٥ بشأن الخدمة المدنية الجهات التي تسري أحكام هذا القانون عليها بخصوص تعريف الموظف وهي الجهات الحكومية، وكذلك الجهات التي تنظم شؤون الخدمة فيها قوانين خاصة فيما لم يرد بشأنه نص خاص في هذه القوانين ،ولا تسري أحكامه على العسكريين من رجال الجيش والشرطة والحرس الوطني .

(٢) بالنسبة لجرائم الرشوة والاختلاس .

(٣) يراجع فكري أحمد مغاوري – مرجع سابق – ص١٢٢.

(٤) ينطبق ذلك على أعضاء المجلس البلدي وأعضاء مجالس الإدارات في الهيئات والمؤسسات العامة حيث يعتبر هؤلاء موظفين عموميين بالمفهوم الموسع لهذا المصطلح ، يراجع الدكتور. عبد الفتاح حسن – مبادىء القانون الإداري الكويتي – مرجع سابق ص٢٢٨.

(٥) لا يعتبر أعضاء مجلس الأمة موظفين عموميين لأنهم يقومون بخدمات إدارية بل يمثلون الأمة الإدارة العامة داخل المجلس التشريعي – الدكتور. عبد الفتاح حسن – مبادئ القانون الإداري –مرجع سابق –ص٢٢٨ وما بعدها .

وقد اعتبرت إدارة الفتوى والتشريع ـ في تفسيرها للمادة الثانية من القانون الخدمة المدنية رقم ١٥ لسنة ١٩٧٩ ـ أن هذا القانون يسري على الجهات الحكومية التي تدخل ميزانيتها ضمن الميزانية العامة للدولة أو ملحقة بها ،كما يسري على التأمينات الاجتماعية أو المؤسسات العامة التي تحكمها قوانين خاصة فيما لم يرد فيه نص في هذه القوانين وذلك تأسيسا على أن الأصل هو سريان هذا القانون على الموظفين العموميين الذين تربطهم بالحكومة رابطة لائحية مردها بالقوانين و اللوائح[١] ، وهذا ما يتوافق مع ما أخذت به محكمة النقض المصرية بخصوص تحديد علاقة العاملين بالبنك الأهلي المصري والذي تحول إلي مؤسسة عامة[٢].

وهنا يثور التساؤل عن اختصاص المحكمة الإدارية في مجال دعاوى الإلغاء للقرارات الإدارية هل يقف اختصاصها عند القرارات التي ترتبط بالموظفين المدنيين أم بالمصطلحات الأخرى للموظف المدني كالموظف الحكومي والعام وغيره ؟.

ومن الطبيعي القول بأنه بالنسبة للقرارت الخاضعة لإختصاص الدائرة الإدارية فإن (اختصاص المحكمة الكلية يشمل دعاوى الإلغاء في الأمور المحددة في المادة الأولى من القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ والتي ترفع من موظفي الوزارات والمصالح العامة والهيئات العامة والمؤسسات العامة بنوعيها الإدارية والاقتصادية ، وذلك بصرف النظر عما إذا كان موظفو الهيئة أو المؤسسة يخضعون للائحة خاصة بهم ،لأنه وإن كان هؤلاء مستقلين عن موظفي الدولة فهم

---

(١) يراجع فتوى إدارة الفتوى والتشريع رقم ٣٥٥٩/٢ تاريخ ١٩٨١/٣/١٩ حول مدى سريان الحظر المفروض على موظفي الحكومة من مزاولة الأعمال التجارية المنصوص عليها في المادة ٦ من قانون الخدمة المدنية على موظفي الخطوط الكويتية .

(٢) جاء في حكم محكمة النقض المصرية بأنه إذا كان البنك الأهلي المصري مؤسسة عامة وقت صدور قرار الفصل بفصل الطاعن في ١٩٦٤/٦/٣٠ وكان الطاعن وقتذاك من الموظفين العموميين بحكم تبعيته لشخص معنى عام فإن مجلس الدولة يكون هو المختص دون غيره بالطعن الذي قدمه الطاعن على القرار الصادر بفصله وذلك عملا بالفقرة الرابعة من المادة ٨ من القانون رقم ٥٩١٥٥ بشأن تنظيم مجلس الدولة .

يعتبرون موظفين بحكم تبعيتهم لجهة أو مؤسسة عامة تقوم على مرفق عام من مرافق الدولة وفق المادة الثالثة من القانون١٥ لسنة ١٩٥٩)[1].

رابعاً ـ عدم رجعية الاختصاص الجديد للدائرة الإدارية على القرارات الصادرة قبل إنشائها :

إذا كان صدور القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ الخاص بإنشاء الدائرة الإدارية والتي تتمثل في ولاية القضاء الإداري على المنازعات الإدارية في دولة الكويت يعتبر نقلة نوعية كبيرة، فإن ما تضمنه هذا القانون من نصوص ترتبط بإلغاء بعض القرارات الإدارية ، واختصاص الدائرة الإدارية بقضاء الإلغاء على سبيل الحصر لا يمكن أن ينسحب على القرارات الإدارية الصادرة قبل صدور القانون ، وبمعني آخر إذا كانت قواعد هذا القانون مستحدثة وجديدة وتمس أوضاعا معينة فإنه لا يمكن أن تطبق أحكامه على القرارات الإدارية التي تمت قبل صدوره ، مما يعني أنه ليس من اختصاص هذه الدائرة الإدارية الجديدة النظر في القرارات الإدارية المخالفة للقانون والتي أنتجت آثارها قبل العمل بالقانون استنادا لمبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية من جهة، وأعتباراً للأثر الفوري المباشر للقانون من جهة أخرى.

(١) يراجع الدكتور. فكري أحمد مغاوري – تطور القانون الإداري – مرجع سابق –ص١٢٤.

المطلب الثاني
تنظيـــم ولايـــة القضـــــاء الإداري
من خلال قانون تنظيم القضاء رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٠

جاء القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٠ الـذي أزال شـبهة عـدم الدسـتورية المتمثلة في الأسلوب الحصري لولاية القضاء الإداري في القانون رقم ٢٠ لسـنة ١٩٨١ ليعدل بعض الأحكام الصادرة في القوانين السابقة المرتبطة بتنظيم القضاء ، فعلي سبيل المثال ،تم بواسطتة إلغاء القانون الأميري رقـم ١٩ لسـنة ١٩٥٩ بالأخص المادة الثانية[1] منه التي كانت قد أكدت محدودية القضاء الإداري بعـدم الاختصاص بالنظر في أعمال السيادة .

وسوف نتناول هذا المطلب على النحو التالي :

أولاً ــ الجوانب القانونية الجديدة في القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٠ وتعديلاته.

ثانياً – المأخذ القانونية على القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٠ .

---

(١) المادة الثانية – القانون رقم ١٩٩٠/٢٣ حيث نصت على أنه(ليس للمحاكم أن تنظر في أعمال السيادة).

أولاً ــ الجوانب القانونية الجديدة في القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٠ :

إذا كان التطور القانوني لولاية القضاء الإداري في الكويت يتمثل في صدور العديد من القوانين والتشريعات التي نظمت وأفسحت المجال للقضاء الإداري في التواجد والظهور والاتساع تدريجيا ، بدءا من القانون ١٩ لسنة ١٩٥٩ ومرورا بالدستور ، ثم القانون ٢٠ لسنة ١٩٨١ وتعديلاته وانتهاء بصدور القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٠ و تعديلاته، فإن ثمة عددا من الجوانب الأساسية الهامة التي برزت واضحة من خلال القانون الأخير بتعديل النظام القضائي رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٠ والتي حسمت العديد من القضايا سواء بالنسبة للقضاء العادي او القضاء الإداري.

وتتمثل هذه الجوانب الإيجابية فيما يلي :

١- إلغاء القانون رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ :

يعتبر إلغاء قانون القضاء رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ نقله نوعية في مجال التنظيم القضائي لدولة الكويت ، بل هو من أهم التطورات التي طرأت في المجال القانوني تلبية للنداءات المستمرة لرجال الفقه واستجابة للواقع والظروف الجديدة، والتي حملها القانون الجديد مثبتا في ذلك دعائم القضاء وركائزه باسطا ولايته. .

وقد تضمنت نصوصه صراحة اختصاص المحاكم بالفصل في جميع المنازعات والجرائم إلا ما استثنى منها بنص خاص، مما سمح للقضاء أن ينظر في جميع المنازعات على وجه العموم وجميع أشكال المنازعات الإدارية دون الادعاء بعدم الاختصاص الولائي وهذا يعني نهائية التحصين الوارد في قانون تنظيم القضاء رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩.

لكن القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٠ لم يكتف بذلك بل نص صراحة في مادته الرابعة بإلغاء المرسوم الأميري رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ الخاص بتنظيم القضاء والقوانين المعدلة له ، فضلا عن إلغاء كل نص يتعارض مع أحكام القانون الجديد.

والحق يقال أن النظام القضائي في دولة الكويت كي يمارس صلاحيته ويحقق أهدافه ويعمل على إرساء قواعد العدالة وإقامة دولة القانون كان في مسيس الحاجة لإلغاء مثل هذا القانون – الذي كان يعتبر في زمانه حدثا قانونيا وقضائيا جديدا – فهو بعد أكثر من ربع قرن قد أكل الدهر عليه وشرب ، وكان إلغاؤه عملا موفقا من قبل المشرع العادي في دولة الكويت أعاد للقضاء جزءا هاما من مكانته وهيبته وإن كان لا يزال في مسيس الحاجة لنقله نوعية جديدة تمنح القضاء الإداري ولايته الشاملة واستقلاليته المنشودة.

٢ – شمول ولاية القضاء لكافة أنواع المنازعات الإدارية إلغاء وتعويضا إلا ما استثني بنص خاص:

عندما تعرضنا آنفا لشرح قانون الدائرة الإدارية رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ رأينا الأسلوب الحصري الذي أستحدثه هذا القانون مع ما ينطوي عليه من شبهه دستورية تتعلق بتقييد حق التقاضي المنصوص عليه دستوريا ، ورأينا مناشدة الفقه في المطالبة بتعديل هذه الاختصاصات لينطوي تحتها جميع أشكال المنازعات الإدارية المعروفة في محيط القضاء الإداري ، وعليه فقد جاء القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٠ بتنظيم القضاء وتعديلاته ليمنح المحاكم حق الفصل في جميع المنازعات متماشيا مع إقراره لحق التقاضي نسبيا، عدا إجازته للاستثناء بنص خاص.

ومن المعلوم أن الأسلوب الحصري لولاية لقضاء الإداري قد قيد بنظر منازعات معينة ومحددة لا يحق بعدها للقضاء الإداري النظر في منازعة ليست ضمن تلك المحددة حتى وإن كانت منازعة إدارية فقد كان ملزماً بالحكم بعدم الاختصاص الولائي وبالتالي بالحكم بعدم قبول الدعوى مما يعني خروج هذه المنازعات من نطاق القضاء وحرمان أصحابها من اللجوء إلى قاضيهم الطبيعي أما الأن فالمفترض أنه حينما يعرض عليه منازعة إدارية غير وارده في قانون إنشاء الدائرة فإنه يحكم بعدم اختصاصه النوعي فقط ويلتزم بالإحالة إلى الدوائر الأخرى.

انطلاقا من ذلك كان صدور هذا القانون نقلة نوعية ألزمت القضاء بالنظر في المنازعات جميعها وبالخصوص المنازعات الإدارية التي إن لم تكن ضمن اختصاصها فإن للمحاكم المدنية أن تنظر فيها وتفصل بين خصومها وتصدر حكمها دون تحفظ أو الادعاء بعدم الاختصاص النوعي أو الولائى.

وقد جاء نص المادة الأولي من هذا القانون حاسما للأمر عندما أكد على أنه (تختص المحاكم بالفصل في جميع المنازعات والجرائم إلا ما استثني بنص خاص ، ويبين القانون قواعد اختصاص المحاكم) بحيث يبدو واضحا كيف أن هذا القانون في مادته الأولي قد جاء مؤيدا لحق التقاضي بخلاف القوانين السابقة.

وعلي هذا الأساس فإن ولاية القضاء أصبحت بمقتضى هذا القانون تشمل المنازعات الإدارية كافة ،(وأن هذه الولاية تشمل قضاء الإلغاء إلي جانب قضاء التعويض تجاه كافة القرارات الإدارية ما لم يستثنى منها بنص خاص، وبحيث تتوزع هذه الولاية وفقا لقواعد الاختصاص التي بينها القانون على محاكم ودوائر القضاء المختلفة وبذلك تختص الدائرة الإدارية بتشكيلها المتميز من ثلاثة قضاة بالمنازعات الإدارية المنصوص عليها في المواد الأولي والثانية والخاصة من قانون إنشائها على أن تختص الدوائر الأخرى بتشكيلها العادي من قاض واحد

بالفصل في تلك المنازعات الإدارية المحددة حصرا ، فإذا كانت المنازعة الإدارية تتصل بقرارات إدارية مطعون في مشروعيتها فإنه يحق الحكم بإلغاء هذه القرارات أو التعويض عنها ، وليس من شان المادة الخامسة من قانون إنشاء الدائرة الإدارية أن تنفي ولاية الإلغاء للدوائر الأخرى إذ إنها تشير إلي اختصاص هذه الدائرة بصدد القرارات المشار إليها في البنود ثانيا وثالثا ورابعا وخامسا من المادة الأولي في القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ وبالتالي يتعين تفسيرها بمفهوم المخالفة والمقصود بمفهوم المخالفة بأنه لا يحق للدائرة الإدارية منع الدوائر الأخرى المدنية والتجارية من بسط ولايتها على المنازعات الإدارية التي لا تدخل في اختصاص الدائرة الإدارية وبالتالي فإن لهذه المحاكم المدنية أو القضاء العادي حق إلغاء القرارات الإدارية الأخرى أو التعويض عنها[1].

ثانياً ــ المآخذ القانونية على القانون ٢٣ لسنة ١٩٩٠ :

على الرغم من الإيجابيات العديدة التى تميز بها القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٠ وتعديلاته وبالخصوص إلغاؤه للقانون رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ وإلزام المحاكم على إختلافها بالنظر في المنازعات والجرائم على إختلافها إلا ما إستثنى من بنص خاص، فإن ثمة العديد من المآخذ والعيوب التي تحيط بهذا القانون والتي ينبغي تداركها بتعديل آخر أو بقانون جديد يعيد تنظيم القضاء العادي عامة والقضاء الإداري خاصة بشكل بعيد عن الشبهات الدستورية والعيوب القانونية ومن هذه المآخذ والعيوب :

---

(١) يراجع الدكتور. محمود سامي جمال الدين – القضاء الإداري في دولة الكويت – مرجع سابق ص ٣٥.

١- إستمرار إستبعاد بعض المنازعات الإدارية من ولاية القضاء الإداري تحت مبدأ الإستثناء القانوني :

من الملاحظ أن المشرع العادي لا يزال يصر على مخالفة النصوص الدستورية وبالخصوص في المادة ١٦٦ من الدستور والتي تكفل حق التقاضي للناس دون قيد أو شرط ، وبمعنى آخر فإن المشرع العادي بدلاً من أن يستثمر إصدار القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٠ لينهي أية شبهة دستورية أو أية مخالفة لحق التقاضي المكفول دستورياً إذ به يؤكد المخالفة ويثبت الشبهة الدستورية بالنص في المادة الأولى منه على أنه (تختص المحاكم بالفصل في جميع المنازعات والجرائم إلا ما إستثنى بنص خاص ويبين القانون قواعد إختصاص المحاكم).

ويؤكد الدكتور محمود سامي جمال الدين ــ وبحق ــ هذا الإستثناء بنص خاص يحمل في طياته معنى جواز إستبعاد بعض المنازعات الإدارية من ولاية القضاء وبالتالي فإن هذا الإستثناء المبني على إصدار نص خاص يمنع القضاء من النظر في نوع محدد من أنواع المنازعات، إنما هو ضرب من غل يد القضاء وتقييده عن ممارسة حقه في النظر بجميع المنازعات دون إستثناء سواء بنص صريح أو بنص ضمني أو أي شكل من أشكال الإستثناء لأن ذلك يعني المساس بالدستور والتحدي للمادة الستورية رقم ١٦٦ التي كفلت حق التقاضي دون إستثناء للناس جميعاً في المجتمع الكويتي[١].

من جانب آخر إن هذا الإستثناء الذي ورد في المادة الأولى لا يقل خطورة من الناحية الدستورية عن الإستثناءات التي وردت في قانون تنظيم القضاء الملغي رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ وتلك التي وردت في قانون إنشاء الدائرة الإدارية رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ وتعديلاته حيث كان كل واحد من هذه القوانين يحمل إستثناءات تقيد القضاء وتمنعه من ممارسة حقه.

---

(١) يراجع الدكتور. محمود سامي جمال الدين – القضاء الإداري في دولة الكويت – مرجع سابق ص ٣٥.

ومن جانب ثالث ، فإن هذه الإستثناءات سواء طالت أو إستطالت وسواء وردت على شكل إختزال أو إختصار ، هي في حقيقتها إستثناء ، وهي في حقيقة الأمر تعد على الدستور ، وتدخل في السلطة القضائية ، وإعتداء على حدود القضاء المدني الذي خوله الدستور الفصل في جميع القضايا دون إستثناء بناء على كفالة الدستور لحق التقاضي بإطلاق عام لا إستثناء عليه ولا قيد.

٢ – استمرار استبعاد أعمال السيادة من ولاية القضاء الإداري :

لم يكتف المشرع العادي في هذا القانون بأن مارس الاستثناء دون وجه حق ، بل وقيد – في الوقت الذي ينبغي ألا يقيده من خلال ما نص علية القانون ٢٣ لسنة ١٩٩٠ في المادة الثانية منه وبكل صراحة بالقول (ليس لها أن تنظر في أعمال السيادة).

وإذا كان استبعاد السيادة هو من المبادئ التي استقر الفقه والقضاء عليه منذ أمد بعيد نظرا لارتباطه بسيادة الدولة– فإن هذا الاستبعاد في حقيقته يحمل شبهه دستورية ويقيد القضاء من النظر في تصرفات الإدارة قد تصيب الإدارة قد تصيب الإدارة فيها أو تخطئ ولا يجوز استبعادها حتى وإن ارتبطت بأعمال السيادة لأن هذا الاستبعاد يعتبر مخالفة للدستور ولحق التقاضي الوارد في المادة ١٦٦منه.

إن إستبعاد أعمال السيادة وتصرفاتها الحكومية في هذا المجال يضع القضاء في موقف لا يحسد عليه حيث يمنع من النظر في طلب يمس أي عمل من أعمال الحكومة وأي تصرف من تصرفاتها السيادية سواء كان المقصود هو وقف تنفيذ تلك الأعمال السيادية أو إلغائها ومنع العمل بها سواء كان المقصود منها تفسيرها أو تأويلها التعويض عنها.

وتبدو أيضا خطورة هذا الاستبعاد لأعمال السيادة وتحصينها من نظر القضاء في قيام الحكومة بالتوسع في تفسير وتأويل فكرة أعمال السيادة وإضافة أعمال لا شك في أنها أعمال إدارية تحت اعتبار أنها أعمال سيادية مما يجعلها خارج ولاية القضاء فهذا التوسع في تفسير أعمال السيادة هو ممكن الخطورة . مما يعني سحب البساط من تحت القضاء ومنعة من رقابة أعمال الدولة.

لأن القضاء هو السلطة المحايدة التي تفصل في القضايا والمنازعات والخصومات على اختلافها بهدف تحقيق العدالة وإرساء دولة القانون وبسط نفوذه في كل زاوية من زوايا المجتمع دون قيد أو شرط ، وفي هذا مخالفة للمبادئ العامة للقانون التي تمنع تحصين أي عمل من الأعمال من رقابة القضاء عليها وإذا كانت أعمال السيادة تمس آمن الدولة ومصالحها فلماذا لا يجعل المشرع كفالة مراقبة هذه الأعمال بواسطة لجان قضائية أخرى متخصصة تراقب صحة هذه الأعمال ومدى مساسها بحقوق وحريات المواطنين.

٣- عدم تعرضه للأسلوب الحصري لإختصاصات الدائرة الإدارية الواردة في قانون إنشائها رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ :

يعتبر سكوت المشرع في هذا القانون عن الأسلوب الحصري لإختصاصات الدائرة الإدارية خلال إصداره قانون إنشاء تلك الدائرة رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ أحد أهم المآخذ والعيوب الموجهة لهذا القانون الجديد في سلسلة القوانين التي صدرت بهدف تنظيم القضاء في الكويت ومنح القضاء الإداري ولايته على المنازعات والدعاوى الإدارية.

وإذا كانت الظروف التي ولد فيها قانون إنشاء الدائرة الإدارية قد بررت للمشرع العادي – كإفتراض – تقييد ولاية القضاء الإداري تقييدا واضحاً وصريحاً يتمثل في ذلك الأسلوب الحصري لإختصاصات الدائرة الإدارية المحددة في المادة

الأولى والمتضمنة أربعة إختصاصات قبل التعديل وخمسة إختصاصات بعد التعديل ،فأية ظروف تبرر للمشرع العادي إستمرار سكوته عن هذه المخالفة الدستورية لمبدأ حق التقاضي المكفول دستورياً في المادة ١٦٦ ، حيث كان من المفترض على القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٠ وتعديلاته أن يلغي كلا القانونين السابقين الخاصين بتنظيم القضاء ، وبمعنى آخر أنه مثلما ألغى القانون رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ أن يلغي أيضاً القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ وينهي هذا الحصر لإختصاصات الدائرة الإدارية إلى الأبد من جانب ثم يمنح القضاء الإداري ولايته الشاملة على جميع القضايا والمنازعات الإدارية ودون إستثناء من جانب ثان ،بل ويحمل بين توسعاً في مجال القضاء الإداري ومؤسساته.

وقد كانت المادة الأولى من القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ والتي تم تعديلها بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٠ قد أشارت إلى الأسلوب الحصري المقيد لولاية القضاء الإداري حيث أكدت أن الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية تختص دون غيرها بالمسائل الآتية وتكون لها ولاية قضاء الإلغاء والتعويض وهذه المسائل تنحصر في خمسة أنواع من المنازعات الإدارية أولها المنازعات الخاصة بالمرتبات والمعاشات والمكافئات والعلاوات المستحقة للموظفين المدنيين أو لورثتهم ،ثانياً الطلبات التي يقدمها ذوو الشأن بإلغاء القرارات الإدارية الصادرة بالتعيين في الوظائف العامة المدنية ،ثالثها الطلبات التي يقدمها الموظفون المدنيون بإلغاء القرارات الصادرة بالترقية ، رابعها الطلبات التي يقدمها الموظفون المدنيون بإلغاء القرارات الصادرة بإنهاء خدماتهم أو بتوقيع جزاءات تأديبية عليهم ، خامسها الطلبات التي يقدمها الأفراد أو الهيئات بإلغاء القرارات الإدارية النهائية عدا القرارات الصادرة في شأن مسائل الجنسية وإقامة أو إبعاد غير الكويتيين وتراخيص إصدار الصحف والمجلات ودور العبادة ، وللعلم فإن هذه المادة الأولى من القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ كان قد تم تعديلها بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٢ ، وكان نصها قبل التعديل لا يختلف عن الآخر إلا في البندين رابعاً

وخامساً، فعلى مستوى البند الرابع كان نص البند يضم عبارة "...ويستثنى من ذلك إنهاء الخدمة بقرار من مجلس الوزراء..." ، وعلى مستوى خامساً لم تكن موجودة قبل التعديل.

وبرغم إيجابيات هذا القانون، وإطلاقة دون أدنى شك – لحق التقاضي وإعتبار أن المحاكم ذات ولاية عامة على كافة أنواع الدعاوي، وبالتالي فأن القضاء الإداري – وهو ما يعنينا – ليس له أن يحكم بعدم الأختصاص الولائي وبإخراج المنازعات من مظلة القضاء، وإنما يتصدى لها ويقضي بها أن كانت من ضمن اختصاصات الدائرة الإدارية والحكم بعدم الاختصاص النوعي وإحالها إلى الدائرة المختصة .

وكان هذا هو المتوقع، لاسيما بعد الغاء القانون رقم ١٩٥٩/١٩ وما تضمنته المادة الثانية منه والتي كان اجماع الفقه على انها تعتبر قيد على حق التقاضي، وما يحيط بها من عدم دستورية.

إلا انه بإستقرار أحكام محكمة التمييز المتضاربة في هذا الشأن – لم نجد أن هذه الرؤية واضحة تماماً، فقد نقضت في أحد أحكامها حكم إحدى الدوائر الإدارية بعدم إختصاصها نوعياً وإحالة الدعوى إلى الدائرة المختصة وأيدت حكم الأستئناف بعدم ولاية القضاء، حيث قالت أن "...ولاية إلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة وللتعويض عن الأضرار الناشئة عنها مقصورة فقط على الدوائر الإدارية المنشأة بالقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ المعدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٢ وفي حدود اختصاصها المنصوص عليها في المادة الأولى من القانون، أن دعاوى إلغاء القرارات الأخرى والتعويض عنها لا تخرج فقط عن اختصاص الدائرة الإدارية بل وعن اختصاص الدوائر الأخرى بالمحكمة الكلية التي هي أصلاً محجوبة عن نظر دعاوي ألغاء القرارات الإدارية.."[1].

---

(١) حكم محكمة التمييز رقم ١٩٩٦/٢٩ مدني – جلسة ١٩٩٩/١٢/٢٧ – حكم غير منشور .

ثم عادت في حكم أخر بعده ونقضت حكم إحدى الدوائر الإداريـــة، والتـــي حكمت بعدم اختصاصها الولائي بنظر الدعوى، وتأيد هذا الحكم اســـتئنافياً، حيـــث قالت بأنه "...من المقرر أن المحاكم هي صاحبة الولاية العامة للقضـــاء فتخـــتص بالفصل في جميع المنازعات... ما لم يكن الدستور أو القانون قد قصر الاختصاص بالفصل فيها بنص خاص من جهة أخرى دون غيرها... ومن مقتضى قصر هـــذا الأختصاص على تلك الدائرة (الإدارية) أن اختصاصها بالفصل في تلك المنازعات نوعي ويتعلق الدفع به بالنظام العام... أما ما عداها من منازعـــات فـــي الراتـــب للعسكريين فإنها وأن خرجت عن نطاق اختصاص القضاء الإداري إلا أنها تـــدخل في عموم أختصاص القضاء العادي لما له من ولاية عامة في الحكـــم فـــي كافـــة المنازعات... وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر ولم يحل الـــدعوى علـــى سند من أن المنازعة المطروحة تخرج عن اختصاص المحاكم عامة فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه بما يوجب تمييزه..." (٢).

وليتها وقفت عند هذا النظر، وإنما عادت في حكم حديث لها ونقضت حكـــم إحدى الدوائر الإدارية عندما حكمت بعدم الاختصاص النوعي لعدم انطـــواء قـــرار النقل (موضوع النزاع) على عقوبة مبطنة وبإحالتهـــا إلـــى الـــدائرة التجاريـــة والمدنية بالمحكمة الكلية التي رفضت الدعوى، وعند الإستئناف قضـــت المحكمـــة بإلغاء الحكم المستأنف وبعدم أختصاصها ولائيا بنظر الدعوى، وعندما طعن علـــى هذا الحكم بالتمييز قالت بشأنه المحكمة بأن "...دعاوي إلغاء القـــرارات الإداريـــة الأخرى لا تخرج فقط عن اختصاص الدائرة الإدارية بل وعن اختصـــاص الـــدوائر الأخرى بالمحكمة الكلية التي هي أصلاً محجوبة عن نظر دعاوي إلغاء القـــرارات الإدارية.. إن قرار النقل المذكور لا ينطوي على ثمة جزاء تأديبياً مقفعاً وتنحســـر عنه رقابة القضاء الإداري وخروجة عـــن أختصـــاص الـــدائرة الإداريـــة وعـــن أختصاص الدوائر الأخرى بالمحكمة الكلية وإذ وقف الحكم المطعون فيـــه قضـــائه

(٢) حكم محكمة التمييز رقم ١٩٩٩/٤٦٦ تجاري ١ – جلسة ٢٠٠٠/٥/١ – حكم غير منشور .

عند حد القضاء بعدم اختصاص المحكمة ولائياً بنظر الدعوى فإنه يكون قد التـزم التطبيق الصحيح للقانون ويضحي النعي عليه في هذا الصدد على غير أساس ولما تقدم يتعين رفض الدعوى "[1] .

وكان المتوقع من محكمة التمييز إزاء هذا التضارب في الأحكام أن تعمـل نص المادة (٤) من قانون تنظيم القضاء رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٠ والتي تقضي بأنه (إذا رأت إحدى الدوائر العدول عن مبدأ قانوني قررته أحكام سابقة صادرة منهـا او من الدوائر الأخرى أحالت الدعوى إلى دوائر المحكمة مجتمعة للفصـل فيهـا، وتصدر الأحكام بأغلبية الأراء) ، وبالتالي فواجبها هو إحالة الدعوى إلى دائـرة توحيد المبادئ لإقرار مبدأ في الاختصاص يقضي على هذا التضارب.

والواضح من هذه الأحكام التمادي في مخالفة النصوص الدستورية المقررة لحق التقاضي، وذلك عكس ما كان يأمله الفقه من أن حق التقاضي سيصبح مطلقاً ومكفولاً للجميع بعد إلغاء المادة (٢) من القانون رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩، ولعل ذلك مما يدفع بإتجاه وجوب عدم حصر إختصاص الدائرة الإدارية أولاً وبتبني إنشـاء محكمة قضاء إداري أو مجلس دولة استجابة للنصوص الدستورية الداعيـة إلـى ذلك، واستجابة لجعل المحاكم ذات ولاية عامة، وكفالة حق التقاضي للأفراد .

---

(١) حكم محكمة التمييز رقم ٢٠٠١/٣٨٤ مدني – الدائرة المدنية الثانية – جلسة ٢٠٠٢/٦/١٠ – حكم غير منشور.

الباب الأول

رقابـــة القضاء الإداري الكويتي

على القرارات الإداريـــة

مقدمة

مفهوم دعوى الإلغاء وخصائصها :

إن دعوى الإلغاء هي بلا مراء دعوى إختصام قرار إداري أتسم بمخالفته لمبدأ المشروعية ، وذلك لمجاوزته الحدود المرسومة له بعيوب قد تنال من الإختصاص، أو من الشكل أو السبب ، أو مخالفة القانون أو إساءة استعمال السلطة.

ومن ثم فإن دعوى الإلغاء[1] هى منازعة هدفها إحترام مبدأ المشروعية وعدم إختراقه من قبل " الخصم الشريف " [الإدارة] عن طريق وسيلة الإدارة الفعالة لأداء أعمالها وتسيير أمورها وهى إصدار القرارت ، وبالتالى فدعوى الإلغاء مناطها إختصام القرار الإدارى بهدف إصدار حكم بإلغاء القرار المعيب تكون له حجية فى مواجهة الكافة.

وينحصر دور القاضى فى دعوى الإلغاء فى مراقبة مشروعية القرار الإدارى النهائى فإذا تبين له مشروعيته حكم برفض الدعوى ، وأما إذا تبين له أن القرار المختصم قد أصيب بعيب من عيوب عدم المشروعية المذكورة آنفاً فإنه يحكم بإلغائه فقط دون أن يعنى بتصحيحه أو تعديله أو إلزام الإدارة بأى أمر آخر.

غير أن تطوراً لحق فى دور القضاء فى دعوى الإلغاء حيث لم يعد مقصوراً على مراقبة المشروعية ، وإنما تعداها لمراقبة الملائمة.

---

(١) أنظر فى تعريف الفقه لدعوى الإلغاء كل من الدكتور.مصطفى كامل – مجلس الدولة طبعة ١٩٥٤ – دار النهضة العربية ص٢١٣ ، الدكتور.أحمد كمال ابو المجد – رقابة القضاء على أعمال الإدارة وأيضاً الدكتور.محمد فؤاد مهنا دروس فى القانون الإدارى – الجزء الثالث ١٩٥٦- ١٩٥٧ ص ١٦٠، وأيضا الدكتور.مصطفى كمال وصفى — أصول أجراءات القضاء الإدارى – الكتاب الأول التداعى طبعة القاهرة ١٩٦١ ص ١٢٧ ، وأيضاً الدكتور.سليمان الطماوى القضاء الإدارى – الكتاب الأول – قضاء الإلغاء طبعة ١٩٩٦ م – ص ٢٨٠ ، وأيضا الدكتور.ماجد راغب الحلو القضاء الإدارى طبعة ١٩٩٧ – دار المطبوعات الجامعية ص ٢٢١ ، وأيضا الدكتور.أنور أحمد رسلان – وسيط القضاء الإداري- مرجع سابق – ١٩٩٩- ص٣٤٣ وما بعدها.

وفى مصر فقد نشأت دعوى الإلغاء كدعوى قضائية ، وقد أكد مجلس الدولة المصرى فى العديد من أحكامه تلك الصفة القضائية لدعوى الإلغاء حيث قررت المحكمة الإدارية العليا بأن " ... الخصومة في دعوى الإلغاء هي خصومة قضائية في منازعة قضائية لا تقوم بين أطرافها إلا لو كان موضوعها ومناطها هو القرار الإداري في ذاته المستهدف مراقبة مشروعيته وتوصلاً إلى وقف تنفيذه أو إلغائه ... " (١).

وقالت أيضاً فى حكم آخر بأنه"... طبقاً لأحكام الدستور والقانون فإن رقابة القضاء الإداري ومحاكم مجلس الدولة على القرارات الإدارية هي رقابة مشروعية تسلطها على القرارات المطعون فيها لتزنها بميزان القانون والشرعية والمصلحة العامة فتلغيها او توقف تنفيذها ..."(٢) .

أما فى الكويت فقد قضت محكمة التمييز بأنه " ... إذا كان الأصل أن دور القضاء الإدارى يقتصر على مراقبة المشروعية بالنسبة للسبب فى شقه الواقعى والقانونى دون مراقبة مدى ملائمة هذا السبب إلا أنه فى بعض المجالات مثل مجال الحريات العامة والمجال التأديبى قد تختلط الملائمة بالمشروعية بحيث لايكون القرار مشروعاً إلا إذا كان ملائماً فتمتد الرقابة القضائية إلى الملائمة باعتبارها جزءاً من المشروعية" (٣).

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣٠١٤ س ٢٤ق – جلسة ١٩٩٠/١٢/١ – الموسوعة الإدارية الحديثة – الفكهاني – ج٣٣ -٧٤٨ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٢١٥٥ س٥٧ق – جلسة ١٩٩٢/٢/٢ ، وأيضاً حكمها رقم ٦٨٨٧ س٤٣ق – جلسة ٢٠٠١/١٢/٢٣- مجلة المحاماه العدد الثالث س٢٠٠٣ .

(٣) حكم محكمة التمييز رقم ٣٣١ س١٩٩٨ تجاري – جلسة ١٩٩٠/٣/٢٥- موسوعة مبادئ القضاء الإدارى التي أقرتها محكمة التمييز الكويتية من عام ١٩٨٢ إلى عام ١٩٩٩ – إدارة الفتوى والتشريع – إعداد الاستاذان . جمال المحلاوي و ناصر معلا – الكتاب الأول ٣٩٠- القاعدة٢٤٨ .

خصائص دعوى الإلغـــاء :

١- دعوى الإلغاء دعوى قضائية :

الدعوى القضائيـــة هي تلك التي يصدر القضاء فيها حكماً واجـــب التنفيـــذ، دون توقف على تصديق جهة أخرى[١].

ومن المعروف أن دعوى الإلغاء فى فرنسا نشأت – فى البداية – كتوصـــية تصـــدر من جانب مجلس الدولة الفرنسى يحتاج تنفيذها إلى صدور قرار بالتنفيذ سواء من جانب رئيس الدولة أو الوزير أو المحافظ المختص.

ومنذ سنة ١٨٧٢ أستقر الوضع فى فرنسا حيـــث تقـــرر لمجلـــس الدولـــة الفرنسي ســـلطة القضاء البات بمقتضى قانـــون ٢٤ مايو سنة ١٨٧٢ فانتقلـــت دعوى الإلغاء بذلك من مرحلة القضـــاء المحجوز إلى مرحلة القضاء المفـــوض ، ويختلف الوضع في مصر عنه في فرنسا حيث كانت دعوى الإلغاء منـــذ تقريرهـــا لأول مرة دعوى قضائية تصدر بشأنـــها أحكام قضائية لها كل خصـــائص الحكـــم القضائي وذلك وفقاً للنصوص الصريحة لقوانين مجلس الدولة المتعاقبـــة قـــانون ١١٢ لسنة ١٩٤٦ وقانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ ، وقـــانون ١٦٥ لســـنة ١٩٥٥ وقانون ١٩٥٩ والقانون الحالي رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢.

أما فى الكويت فقد نشأت دعوى الإلغاء مثلما نشـــأت فـــى مصـــر كـــدعوى قضائية بموجب المادة ١٦٩ من الدستور الذى نصت على ولاية القضـــاء الإدارى فى إلغاء القرارات الإدارية المخالفة للقانون والتعويض عنها.

والتزاماً من المشرع بهذا النص الدستوري ، صدر القانون رقـــم ٢٠ لســـنة ١٩٨١ بإنشاء دائرة بالمحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية وتضمن في المـــادة الأولى منه بالنص على اختصاص الدائرة دون غيرها بالفصل في الطلبـــات التـــي

(١) ورد هذا التعريف للدعوى القضائية فى كتاب الدكتور.أنور أحمد رسلان ــ وسيط القضاء الإدارى – مرجع سابق –ص٣٨٠.

يقدمها الموظفون المدنيون بإلغاء بعض القرارات الإدارية الصادرة في شـؤونهم الوظيفية وكذلك الطلبات التي يقدمها الأفراد أو الهيئات بإلغاء القرارات الإداريـة النهائية ، عدا بعض القرارات المحددة استثناء على سبيل الحصر.

٢- دعوى الإلغاء دعوى عينية :

تعتبر الدعوى شخصية إذا كان هدف رافع الدعوى حماية مركز فـردى لـه والدفاع عنه ، وتعتبر عينيه (موضوعية) إذا كان الهـدف منهـا الـدفاع عـن مصلحة عامة ومما لاشك فيه أن دعوى الإلغاء تنتمي إلـى القضـاء العينـي أو الموضوعي حيث تكون المنازعة متعلقة بفحص المشـروعية.

ودعوى الإلغاء ماهى إلا اختصام للقرار الإداري وليست نزاعاً بين أطـراف فهي تتعلق بفحص المشروعية بصرف النظر عـن الحقـوق الشخصـية لرافـع الدعوى.

وقد أستقر القضاء الإداري في مصر على اعتبار دعوى الإلغاء دعوى عينية ومن الأحكام الحديثة في هذا الشأن حكم المحكمة الإدارية العليـا حيـث قـررت بأن "... الخصومة في دعوى الإلغاء هي خصومة عينية مناطها رقابـة شـرعية القرار الإداري في ذاته ووزنه بميزان القانون فإما ان يسفر الفحص عن شرعيته فترفض الدعوى أو تقرر عدم مشروعيته فيحكم بإلغائه ..." [١].

وفى الكويت قضت محكمة التمييز بأن "...دعوى الإلغاء هي دعوى عينيـة تحمى المراكز القانونية العامة تبنى أساسـاً علـى التصـدي للقـرار المخـالف المشروعية ولا تثير خصومة شخصية ولكنها مخاصمة للقرار غير المشروع فـي ذاته إلى حكم القانون الصحيح حماية لمبدأ المشروعية"[٢].

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٥٩٤٢ س٤٨ق – جلسة ٢٠٠٢/٤/٢ – المجموعـة مـن أول ابريـل ٢٠٠٢ إلـى آخـر يونيو٢٠٠٢ ص٩ .

(٢) حكم محكمة التمييز رقم ١٩٩٧/٢٣٣ تجاري – جلسة ١٩٩٨/٤/٢٠ – موسوعة مبادئ القضـاء الإداري– الكتـاب الأول – ج٢– القاعدة رقم ١٦٠–ص٣٠٥ ،وكذلك حكمها رقم١٩٩٦/٢٦ تجاري– جلسة ١٩٩٧/١/٦ الموسوعة نفسها – القاعـدة رقم ١٦٣–ص٣٢١.

كما قضت بأن "... قضاء الإلغاء وفي الأساس قضاء مشروعية وذلك من وجهة تسليط رقابة القضاء الإداري على القرارات الإدارية المطعون فيها استظهاراً لمدى مطابقتها لأحكام القانون فيلغيها إن تلمس مجاوزة القرار للمشروعية ، ووجه ذلك إما مخالفة احكام القانون ، أو تجاوز ما يتعين استواء تصرفات الإدارة على هدى من شرعته ، وأما إنحرافه عن جادة الصالح العام الذي هو الغاية لعمل الإدارة وتدخلها ، ومن هذه الوجهة تتحدد الطبيعة العينية للخصومة التي تنطوي عليها دعوى الإلغاء إذا يتجلى القرارالإداري موضوع الخصومة أصلاً وجوهراً ومحلاً للمنازعة فتتحدد بنطاقه وتدور معه فتلتحم به ولا تنفك عنه " (١).

٣- *دعوى الإلغاء تنتمي إلى قضاء المشروعية:*

تعتبر دعوى الإلغاء أو الطعن بسبب تجاوز السلطة هي الطريق الأصلي لإلغاء القرار غير المشروع سواء ورد في نص صريح أو في حالة عدم وجود نص صريح بها ، فهدف دعوى الإلغاء هو حماية الشرعية وتقرير سيادة القانون، وذلك بإلغاء أي قرار يخالف الشرعية ويعد خروجاً عليها.

وبهذا المفهوم تعتبر دعوى الإلغاء من النظام العام ، فهي دعوى يجوز تحريكها ضد أي قرار إداري غير مشروع ، حتى في الحالات التي ينص فيها على عدم جواز الطعن في القرار ، فلا يجوز منع رفع دعوى الإلغاء إلا بنص خاص وصريح، وفى مصر لا يجوز حظر دعوى الإلغاء لمخالفة ذلك للنصوص الصريحة للدستور المصري الصادر سنة ١٩٧١ ويترتب على ذلك عدم جواز التنازل عن دعوي الإلغاء ولكن يجوز التنازل عن الحق فقط في دعوى الإلغاء(٢).

أما في الكويت ــ فإن دعوى الإلغاء تمثل اختصاص أهم وأخطر سبل حماية للمشروعية ، والذي تمارسه محاكم القضاء الإداري بصدد الرقابة على أعمال

---

(١) حكم محكمة التمييز رقم ٢٠٠٢/٤٣٧ إداري – جلسة ٢٠٠٣/٢/٣ حكم غير منشور ، وحكمها رقم ٢٠٠٢/٦٤٦ إداري – جلسة ٢٠٠٣/٥/٢٦ – حكم غير منشور .

(٢) راجع فى ذلك الدكتور.أنور أحمد رسلان – وسيط القضاء الإدارى – مرجع سابق – ص٣٨٣.

الإدارة بهدف حماية الحقوق والحريات في مواجهة احتمالات تعسف السلطة الإدارية وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز بأن "...دعوى الإلغاء هي دعوى عينية موضوعها اختصام القرار الإداري في ذاته ووزنه بميزان القانون ...."[1].

وأوضحت ذات المحكمة طبيعة دعوى الإلغاء بقولها أن "...قضاء الإلغاء هو في الأساس قضاء مشروعية ..." [2]

وعلى ذلك ينقسم هذا الباب إلى فصلين هما :

الفصل الأول ــ شروط قبول دعوى الإلغاء.

الفصل الثاني ــ أوجه الطعن بالإلغاء.

---

(١) حكم محكمة التمييز رقم ٢١٣ /١٩٨٥ تجارى - جلسة ١٩٨٦/٥/٢١ - موسوعة مبادئ القضاء الإداري - الكتاب الأول - القاعدة ١٦٢- ص ٣١١ .

(٢) حكم محكمة التمييز رقم ٢٠٠٢/٦٨٨ إداري - جلسة ٢٠٠٣/٤/٢١- حكم غير منشور .

الفصل الأول
شـــروط قبول دعوى الإلغـــاء

نظراً لطبيعة دعوى الإلغاء بأنها دعوى عينية تختصم قـــرار إداري مشـــوباً بشائبة العيب القانوني سواء من ناحية الاختصاص أو الشكل أو المحل أو المخالفة لأحكام القانون على النحو الذي سوف نبينه في موضعه فقـــد أحاطهـــا المشـــروع بشروط محددة يجب توفراها حتى تكون مقبولة أمام القضاء .

ومن ثم يجب أن تتوافر شروط شكلية لقبول دعوى الإلغاء هذا بالإضافة إلى ضرورة توافر شروط موضوعية .

وســـوف نتناول شروط قبول دعوى الإلغاء في مبحثين:

المبحث الأول ــ الشروط الشكلية لقبول دعوى الإلغاء .

المبحث الثاني ــ الشروط الموضوعية لقبول دعوى الإلغاء .

المبحث الأول
الشروط الشكلية لقبول دعوى الإلغاء

سبق لنا البيـــان في مفهوم الطبيعة العينية لدعوى الإلغـــاء بأنهـــا تختصـــم قراراً إدارياً وليس حق شخصي لذلك فلابد من توافر شروط شكلية لقبـــول هـــذه الدعوى أمام جهة القضاء الإداري ، فلابد أن يكون محل الدعوى قـــراراً إداريـــاً بالمفهوم القانوني له ، كما يجب أن ترفع الدعوى خلال الميعاد القانوني المحـــدد لها حتى تستقر المراكز القانونية التي تنشأ عن القرار الإداري محل الطعن .

ومن ثم يحتم الأمر علينا بيان ماهية القرار الإداري الذي يمكـــن أن يكـــون محلاً للطعن بالإلغاء على أن نعقب ذلك ببيان ميعاد رفع دعوى الإلغاء .

وعلى ذلك فسوف نتناول الشروط الشكلية لدعوى الإلغاء في مطلبين :

المطلب الأول ــ القـــرار الإداري محل دعوى الإلغاء .

المطلب الثاني ــ ميعـــاد رفـــع دعـــوى الإلغـــاء .

المطلب الأول
القرار الإداري محل دعوى الإلغاء

حينما نبحث عن تحديد لمفهوم القرار الإداري نجد أن المشرع يعطى للقضاء الإداري الاختصاص بنظر طلبات إلغاء القرارات الإدارية المشوبة بأحد أوجه البطلان وأجملها في عدم الاختصاص أو عيب الشكل أو مخالفة القوانين أو اللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها أو إساءة استعمال السلطة ، ولم يضع تعريفاً محدداً لمصطلح القرار الإداري .

والحقيقة أن عملية وضع تعريف لتصرف ما أو عملاً من اهتمامات الفقه وليس من اهتمامات المشرع ، ولذلك أحسن المشرع صنعاً حينما لم يقصد لوضع تعريف للقرار الإداري ، والقول بغير ذلك يحكم على فكرة متطورة بالجمود والثبات ويصادر على أهم خصائص القانون الإداري وهى مرونته وقابليته للتطور السريع مع الظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية ، والقاضي الإداري متى أراد وضع تعريف لعمل ما أو لمشكلة ما فأنه يهتدي في ذلك بالحصيلة العملية التي أنتجها الفقه بكتاباته ومناقشاته .

ومن هنا يتناول بحثنا تحديد مقومات وجود القرار الإداري ببيان مفهومه فقهاً وقضاءً ، ثم بالتعرض للعناصر التي لا يتواجد إلا بها ، وذلك على النحو التالي :

الفرع الأول ــ مفهوم القرار الإداري.

الفرع الثاني ــ عناصر القرار الإداري.

الفرع الأول

مفهوم القرار الإداري

تنوعت الآراء الفقهية والأحكام القضائية حول بيان مفهوم القرار الإداري وعليه فسوف نقوم ببيان الاتجاه القضائي ثم الاتجاه الفقهي حول تحديد مفهوم هذا المصطلح القانوني الهام:

١- الاتجاه القضائي :

تعددت أحكام القضاء الإداري المصري التي تعرف القرار الإداري ونذكر منها:

حكم المحكمة الإدارية العليا التي تعرف فيه القرار الإداري بأنه "...إفصاح جهة الإدارة في الشكل الذي يحدده القانون عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة عامة بمقتضى القوانين واللوائح ،وذلك بقصد إحداث مركز قانوني معين متى كان ممكناً وجائزاً قانوناً ،وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة..."(١).

وفى حكم أحدث لهذه المحكمة تؤكد لنا فيه أنه لم يطرأ أي تعديل أو تغيير على تعريف القرار الإداري وذلك بقولها "...ومن حيث أن من المستقر عليه أن القرار الإداري هو إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة بمالها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح ، وذلك بقصد إحداث مركز قانوني معين متى كان ذلك ممكناً وجائزاً قانوناً وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة...."(٢).

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٦٠٢١، ٦١٠٣ س٤٥ق-جلسة ٢٠٠١/١٢/٨-منشور بمجلة المحاماه – العدد الثالث لسنة٢٠٠٣ – قاعدة ١٢٦- ص٣١٥ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا ٥١٤٤ س٤٣ق -جلسة ٢٠٠٢/٥/٤- المجموعة من أول ابريل ٢٠٠٢ إلى آخر يونيو ٢٠٠٢ ص٦٨ .

ويلاحظ ـ على التعريفات الواردة والأحكام السابقة أن كلا منهما يتطلب عناصر معينة في القرار الإداري مع اختلاف في الحكم الأول عن الثاني ،فالحكم الأول استلزم عنصر الشكل حيث جاء به " في الشكل الذي يحدده القانون " في حين لم يتطلبه الحكم الثاني.

وهناك أحكاماً أخرى لذات المحكمة قد أغفلت في تعريفها للقرار الإداري عنصر الغاية" ابتغاء المصلحة العامة إذ تقول المحكمة " ... أن القرار الإداري هو إفصاح الجهة الإدارية المختصة في الشكل الذي يتطلبه القانون عن إرادة ملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القانون واللوائح بقصد إحداث أثر قانوني معين يكون ممكناً وجائزاً "[1].

وفى الكويت تعرف محكمة التمييز القرار الإداري في أحد أحكامها بأنه " ... من المقرر أن القرار الإداري هو ذلك الذي تفصح به الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إحداث مركز قانوني معين متى كان ممكناً وجائزاً قانوناً وكان الباعث عليه مصلحة عامة ، ويكفى حتى يستوفى هذا القرار مقوماته وعناصره أن يكون نافذاً بمجرد صدوره من السلطة الإدارية التي تملك حق إصداره دون الحاجة إلى تصديق عليه من سلطة أعلى ، أما القرار التنفيذي الذي لا يخضع لقضاء الإلغاء فهو ذلك الذي يكون مردداً أو منفذاً لقرار سابق عليه أفصحت به الإدارة عن إرادتها ومن ثم لا يضيف شيئاً إليه بعد أن تحدد المركز القانوني للمعنى بالأمر ،بموجب القرار الأول "[2].

---

(١) جلسة ٣٠ مارس ١٩٧١ السنة الخامسة والعشرين قضية رقم ٢٦٩ لسنة ٢٥ من بند ٩٠ ص ٣٣٥ .
(٢) حكم محكمة التمييز رقم ٢٣٤ /١٩٩٠ - تجارى - جلسة ١٩٩٢/١/١٣ ، وحكمها رقم ١٩٩٧/١٢٩ تجارى -إدارى جلسة ١٩٩٩/٣/١ مجلة القضاء والقانون السنة السابعة والعشرون - ج١ ص١٣٨ .

وعلى ما سبق تواترت أحكام محكمة التمييز في تعريف مفهوم القرار الإداري بأنه "...هو ذلك القرار الذي تفصح به الجهة الإدارية عن إرادتها الملزمة في الشكل الذي يتطلبه القانون بما لها من سلطة مستمدة من القوانين واللوائح بقصد إحداث أثر قانوني يكون ممكناً وجائزاً ، وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة ..."[1].

٢- الاتجاه الفقهي:

لم يؤيد جانب من الفقه [٢] ما ذهب إليه القضاء بتعريف القرار الإداري على هذا النحو ، بمقولة أن هذه التعريفات اشتملت على عناصر وجود القرار وعلى عناصر صحته أو مشروعيته ، وأنه يستحسن تعريف القرار من زاوية عناصر وجوده فقط ، ويلاحظ على هذا التعريف أنه يعزل شروط صحة القرار الإداري ، لأنه لا يشترط لقبول دعوى الإلغاء بطبيعة الحال أن يتعلق الأمر بقرار صحيح .

ولذا فأنه يكفى تعريف القرار الإداري – في مجال شروط قبول الدعوى – بأنه تعبير جهة الإدارة عن إرادتها المنفردة والملزمة بقصد إحداث أثر قانوني.

ويعلق البعض عل هذه التعريفات القضائية بقوله أنه لم يقتصر على تحديد المقصود بالقرار الإداري وذلك ببيان أركانه فحسب وهى التي من شأنها انعقاد القرار الإداري ، وإنما تعدى ذلك إلى بيان شروط صحته أو بالأحرى مشروعيته في حين أن هذه الشروط يجب أن تخرج عن ماهية القرار ذاته [٣].

---

(١) حكم محمكمة التمييز رقم ٢٠٠٢/١٩٧ – إداري – جلسة-٢٠٠٣/٣/١٠ – حكم غير منشور، وأيضا حكمها رقمي ١٩٣، ٢٠٠١/١٩٠-تجاري – جلسة ٢٠٠٣/٥/٢٦ – حكم غير منشور .

(٢) للمزيد يراجع الدكتور.محمد فؤاد مهنا – مبادئ أحكام القانون الإدارى فى كل الإتجاهات الحديثة ١٩٧٨ ص٦٥٨ والدكتور.محمد فؤاد عبد الباسط – أعمال السلطة الإدارية- القرار الإدارى – ١٩٨٩ ص٧ وما بعدها ، وأيضاً الدكتور.محمود عاطف البنا – الوسيط فى القضاء الإدارى ١٩٩٠ – دار الفكر العربى ص ١٣٩ .

(٣) يراجع الدكتور.مصطفى أبو زيد فهمى – القانون الإدارى – الطبعة الثالثة ١٩٩٠ ص٦٠٠ ، وأيضاً الدكتور.محمد سامى جمال الدين – أصول القانون الإدارى ، نظرية العمل الإدارى ١٩٩٣ ص ٢٤٨،وأيضاً الدكتور.محمود أسماعيل علم الدين – تطوير فكرة القرار الإدارى ، مجلة العلوم الإدارية س١٠ العدد الثانى أغسطس ١٩٦٨ ص٣٧ ١٠٦ – ١٦٢ .

وقد قام فريق من رجال الفقه ممن يتبنون الرأي بالاجتهاد في إيجاد تعريف منضبط للقرار الإداري فمنهم من نص على تبنى التعريف القضائي السابق مع إسقاط شروط صحة القرار بقولهم أن القرار هو تصرف قانوني من جانب واحد يتصل بالوظيفة الإدارية ويتضمن إستعمالاً لأحد إمتيازات السلطة العامة[1] ، ومنهم من رد مقومات القرار الإداري إلى عنصر واحد وهو الإرادة وقال " أن الإرادة هي الركن الوحيد للقرار الإداري " بمعنى أنه جعل العناصر الأخرى أوصافا لركن الإرادة وفضل أن يعرف القرار الإداري بقوله أنه " تعبير عن الإرادة المنفردة لسلطة إدارية بقصد إحداث أثر قانوني معين..."[2].

٣- وفي رأينا :

أنه لا يمكن الاهتداء إلى مفهوم القرار الإداري إلا ببيان عناصر وجوده، فمتى طرحنا جانباً أوجه الطعن التي نص عليها المشرع وهى عيب عدم الاختصاص وعيب الشكل وعيب السبب وعيب مخالفة القانون وعيب إساءة استعمال السلطة فما يتبقى لنا بعد ذلك هو عناصر القرار الإداري.

فالأحكام سالفة الذكر عرفت القرار الإداري المشروع أي المشتمل على عناصر الوجود وعناصر الصحة ، وهذه الأخيرة نص عليها المشرع سالفاً فيتبقى لنا أربع مقومات للقرار الإداري هي:

أ - تعبير عن إرادة.

ب - صدور من جهة إدارية وطنية.

ج - صدوره بالإرادة المنفردة لجهة الإدارة.

د - أن يحدث أثر قانوني.

---

(١) الدكتور.عبد الفتاح حسن - مبادئ القانون الإدارى الكويتى - مرجع سابق- ص٣٥٦ ، وأيضا الدكتور.رأفت فودة عناصر وجود القرار الإدارى - مرجع سابق ص٣١ وما بعدها .

(٢) رأي الدكتور. محمود سامي جمال الدين ــ القضاء الإداري في دولة الكويت ــ مرجع سابق ــ ص ٥٥ وما بعدها .

وحيث أن الخصومة في دعوى الإلغاء هي خصومة عينية مناطها اختصـــام القرار الإداري في ذاته استهدافاً لمراقبة مشروعيته فهنا نتحدث عن قــرار قــائم عند إقامة الدعوى (دعوى الإلغاء) ولا نتحدث عن شروط صحة هذا القرار لأن هذا الأمر متروك لقبلة القضاء تحديده.

ومن ثم فإن التعريف الذي نبتغيه للقرار الإداري هو " تعبير جهة الإدارة عن إرادتها الملزمة بقصد إحداث أثر قانوني "، وهذا هو تعريف القرار الإداري محــل الطعن بالإلغاء.

الفرع الثاني

عناصر وجود القرار الإداري

ذكرنا فيما سبق أن للقرار الإداري عناصر محددة لا يتواجد إلا بها ويفرض علينا البحث أن نتعرض لهذا الموضوع تبعا للنقاط الآتية:

الغصن الأول ــ القرار الإداري هو تعبير بإدارة منفردة.

الغصن الثاني ــ صدور القرار من سلطة إدارية وطنية.

الغصن الثالث ــ أن يحدث القرار أثراً قانونياً .

الغصن الأول ــ القرار الإداري تعبير بإرادة منفردة :

الإفصاح عن الإرادة أو التعبير عنها عنصر جوهري لا غنى عنه حتى نكون بصدد قرار إداري بصفة خاصة أو أي عمل قانوني بصفة عامة ، ودون هذا الإفصاح لا نكون بصدد عمل قانوني وإنما بصدد أعمال مادية في إحدى صورها غير الإرادية[1] .

فغياب الإرادة يعنى عدم وجود العمل القانوني وذلك لانعدام عنصر القصد ، فإن وجدت آثار لعمل ما رغم ذلك كنا بصدد آثار مادية لا يمكن أن تكون محلاً لدعوى الإلغاء وإن كان يمكن رفع دعوى التعويض بصددها أن يحدث أضراراً لشخص ما[2] ، وإظهار الإدارة لما تبطنه وإخراجه إلى حيز الوجود لا يعنى بالضرورة أن يكون قرار الإدارة إيجابياً دائماً فكل ما يتطلب لوجود هذا العنصر هو الإفصاح عن إرادة الإدارة .

---

(١) يراجع الدكتور.محمود عاطف البنا – الوسيط في القضاء الإداري– مرجع سابق ص١٤١ ، وايضاً الدكتور.فتحى فكرى – الوجيز فى قضاء الإلغاء ١٩٩٦ ص٩٦ وأيضاً الدكتور. رأفت فودة عناصر وجود القرار الاداري – مرجع سابق ، ص٤٧ .

(٢) راجع الدكتور. سليمان الطماوى – القضاء الإداري – مرجع سابق– ص٢٠٤ وما بعدها .

ومن الأحكام القضائية في هذا الصدد حكم محكمة القضاء الإداري بأنه "...لا يشترط في القرار الإداري أن يصدر في صيغة معينة أو بشكل معين ، بل ينطبق هذا الوصف ويجرى حكمه كلما أفصحت جهة الإدارة أثناء قيامها بوظائفها عن إرادتها الملزمة بقصد إحداث أثر قانوني"(١).

وأكدت ذلك المحكمة الإدارية العليا عندما قررت بأن "... العبرة في تحديد طبيعة القرار الإداري ليست بألفاظه ومبانيه ولكن بمضمونه وفحواه ... لا تتقيد المحكمة في تكييف القرار بعباراته وإنما بالأثر القانوني المترتب عليه فتعطيه وصفة القانوني الصحيح ..." (٢) .

البند الأول ــ التعبير عن القرار :

وعلى ذلك فيستوى في التعبير عن الإدارة أن يكون القرار إيجابي أو قرار سلبي أو قراراً ضمنياً.

١ – *فالقرار الإيجابي أو الصريح* ــ يقصد به القرار الإيجابي في مظهره وشكله الخارجي وليس في المضمون الذي قد يكون بالإيجاب أو بالرفض ويعبر عنه شفاهة أو كتابة ، وفى هذا قضت محكمة التمييز "... بأن القرار الإداري الإيجابي هو القرار الذي تكشف فيه الإدارة عن موقفها بالمنح أو بالمنع وقد يكون صريحا أو ضمنياً تدل ظروف الحال دون إفصاح على موقف الإدارة ورأيها..."(٣).

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ١٩٤ س٢ق – جلسة ١٩٤٨/١٢/٧ المجموعة س٣ ص١٣٧ – مشار اليه في المستشار حمدي ياسين عكاشة- موسوعة القرار الإداري فى قضاء مجلس الدولة طبعة ١٩٨٧ وطبعة ٢٠٠٠ – دار أبو المجد للطباعة بالهرم – ص٣٥٢ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٥٤٦٢ س٤٣ق-جلسة ٢٠٠٢/٦/١٦ – المجموعة من أول ابريل ٢٠٠٢ الى آخر يونيو ٢٠٠٢–ص١٩٥ .

(٣) حكم محكمة التمييز رقم ١٥٦ /١٩٩٣ – تجاري – جلسة ١٩٩٤/٤/١١–موسوعة مبادئ القضاء الإداري – الكتاب الأول ج٢–ص٧٦٨ ، وحكمها رقم٢٠٠١/٤٩ – تجاري–جلسة٢٠٠١/٦/٢٥ – حكم غير منشور .

٢ - *أما القرار السلبي* ـ فهو نقيض القرار الإيجابي ، ويكون القرار سلبياً متى التزمت الجهة الإدارية الصمت إزاء موقف معين ولم تعبر عن إرادتها بوسيلة خارجية في الوقت الذي الزمها فيه المشرع باتخاذ هذا القرار.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة القضاء الإداري بأنه "...لا يكون ثمة قرار سلبي بالامتناع إلا عند رفض السلطات الإدارية اتخاذ قرار كان يجب عليها اتخاذه وفقاً للقوانين واللوائح ، فإذا لم تكن جهة الإدارة ملتزمة قانوناً باتخاذ قرار أو كانت تتمتع بسلطة تقديرية في اتخاذ هذا القرار فلا محل لوجود قرار سلبي(١).

وقضت المحكمة الإدارية العليا بأنه "... من المستقر عليه أن القرار السلبي لا يصح القول بقيامه وإمكانية مخاصمته بدعوى الإلغاء .... إلا اذا ثبت أن جهة الإدارة قد امتنعت أو قعدت عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه طبقاً للقوانين واللوائح- فإن لم يكن إصدار هذا القرار واجباً عليها فأن إمتناعها عن إصداره لا يشكل قراراً سلبياً بما يقبل الطاعن عليه بالإلغاء ..." (٢).

وفي حكم آخر لها تقول أن "... القرار قد يكون ضمنياً أو سلبياً وذلك عندما ترفض الجهة الإدارية أو تمتنع عن اتخاذ إجراء كان من الواجب عليها اتخاذه بحكم القانون بمعنى انه يتعين لقيان القرار السلبي أن يكون ثمة إلزام على الجهة الإدارية باتخاذ قرار معين وأن تقصد إلى تحقيق آثار قانونية ومن ثم لا يكون من القرارات الإدارية النهائية التي يختص مجلس الدولة بنظرها الأعمال المادية التي لا يقصد بها تحقيق أثار قانونية وإن رتب عليها القانون أثاراً معينة لأن هذه الأثار يكون مصدرها إرادة المشرع مباشرة لا إرادة الإدارة ..." (٣) .

---

(١) حكم محكمة القضاء الإدارى رقم ٤٦٣٣ لسنة ٤٧ من جلسة ١٩٩٤/٦/٣- حكم غير منشور ، وكذلك رقم ٦٥٩ لسنة ١٦ من جلسة ١٩٦٥/٢/٩ مجموعة الخمس سنوات ص٤٩٢ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣٥٨٧ س٤٣ق-جلسة ٢٠٠١/٤/٧ - المجموعة - هيئة قضايا الدولة ، س٢٠٠٢،٢٠٠١ ص٥١ .

(٣) حكمها رقم ١٨٩٠ س٣٢ق - جلسة ١٩٩٣/٢/٢٨ - المجموعة ص٣٠٩ ، وأيضا حكمها رقم ١٢٧٦ س٤٥ق- جلسة ٢٠٠٢/١/٢٦ - المجموعة من أول يناير ٢٠٠٢ إلى اخر مارس ٢٠٠٢ ص٥٩ .

أما في الكويت وفقاً للمادتين الأولى والرابعة من قانون إنشاء الدائرة الإدارية أن القرارات التي تصلح لأن تكون محلاً للطعن هي (.....القرارات الإدارية النهائية ويعتبر في حكم القرارات الإدارية رفض السلطات الإدارية أو امتناعها عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه وفقاً للقوانين واللوائح...) فالقرار السلبي يوجد فقط في حالة إلزام الإدارة باتخاذ إجراء معين ولكنها لم تقم به [1].

وهو ما أكدته محكمة *التمييز* حينما قررت بأن " ... التوصية التي أصدرها المجلس الطبي العام بإعفاء المستأنف عليه المطعون ضده من نظام دوام المناوبات وإعطائه دواماً نهائياً ثابتاً... منبثق من اختصاص أصيل للمجلس الطبي العام يجد سند أصله في نص المادة ٥٢ من نظام الخدمة المدنية في تقرير الأجازات المرضية للموظفين، ومن باب أولى فيما يتفرع عن ذلك من التوصية بإسناد أعمال خفيفة أو تحديد ساعات الدوام للموظف أو المريض أو الابتعاد عن إسناد أعمال معينة إليه... مما تراه الهيئة المختصة لازماً عن تنفيذها وإلا فإن هذا الامتناع يشكل قرار سلبياً بالامتناع عن اتخاذ قرار كان يجب على جهة الإدارة اتخاذه وفقاً للقوانين واللوائح ..."[2].

والعكس صحيح إذا لم تكن الإدارة ملزمة باتخاذ إجراء معين وصمتت فإن سكوتها لا يشكل قرارا إداريا بالرفض مستوجباً الطعن عليه بالإلغاء.

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بأن " ... القرار السلبي في مفهوم الفقرة الأخيرة من المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة – يتحقق قيامه في حالة رفض السلطات الإدارية أو امتناعها من اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه وفقاً للقوانين واللوائح – إذا لم تكن الإدارة ملزمة قانوناً باتخاذ

---

(١) يراجع الدكتور.عادل الطبطبائي – نشأة القرار السلبي وخصائصه القانونية – دراسة مقارنة – مجلة العلوم الإدارية – العدد الأول – يونيو ١٩٩٤ ص٧ وما بعدها .

(٢) حكم محكمة التمييز رقم ١٩٩٧/١٥٧ تجارى جلسة ١٩٩٨/٥/٤ –حكم غير منشور.

القرار كان مما تترخص في إصداره وفقاً لسلطاتها التقديرية فإن رفضها اتخاذه أو الامتناع عن ذلك لا تقوم معه للقرار السلبي قائمة – التعيين هو من صحيح إطلاقات الإدارة التي تترخص في وزن وتقدير مناسباته إلا أن تكون ملزمة بإجرائه بنص صريح على خلاف الأصل " (١).

وقررت محكمة *التمييز* أيضا بأن " ... مفاد نص المادة الأولى والرابعة من المرسوم بقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ بإنشاء الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية يدل على أن المشرع اعتبر امتناع السلطة الإدارية عن اتخاذ قرار استلزم قانون أو لائحة اتخاذه في حكم القرار الإداري ، أما سكوت تلك السلطة عن إتخاذ قرار يترك القانون اتخاذه لمحض تقديرها فلا يعتبر قراراً إدارياً سلبياً ، يجوز لذوى الشأن الطعن فيه بالإلغاء ... " (٢).

وتطبيقاً لهذا المبدأ صدرت عنها أحكاماً عديدة تؤكد هذا المبدأ في تطبيقات مختلفة ، فلقد اعتبرت محكمة التمييز عدم ممارسة الإدارة لسلطتها التقديرية أمراً لا ينشىء قراراً إدارياً سلبياً وذلك بقولها "... ولما كان نص المادة ٢٧ من المرسوم بقانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٧٩ الصادر في شأن الجمعيات التعاونية صريح العبارة في الدلالة على أن المشرع ترك حق الوزارة في وقف تنفيذ القرارات التي تصدرها الهيئات القائمة بإدارة الجمعية لمطلق تقديرها ، إن شاءت أوقفتها وإن سكتت لم يكن ذلك عن أمر واجب عليها ومن ثم لا يعتبر هذا السكوت بمثابة قرار سلبي منها يجوز الطعن عليه بالإلغاء..." (٣) .

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣٤٧٩ س٣٦ق – جلسة ١٩٩٦/٥/٤- الموسوعة الإدارية الحديثة -الفكهاني-ج٤٩- القاعدة-ص٥٧٩ .

(٢) حكم محكمة التمييز رقم ١٦٤ /١٩٩٩- تجارى – جلسة ١٩٩٢/٢/٣ وايضا رقم ٢٠٠٢/٤٢٤-إداري -جلسة ٢٠٠٣/١/٦، ورقم ٢٠٠١/٥٧١-إداري -جلسة ٢٠٠٢/٥/٢٧ ورقم ٢٠٠٠/٦٩٥-تجاري-جلسة ٢٠٠١/٤/٩ -أحكام غير منشورة .

(٣) حكم محكمة التمييز رقم ١٩٩٠/١٦٤ تجاريى – جلسة – ١٩٩٢/٢/٣ – موسوعة مبادئ القرار الإداري – الكتاب الأول- ج٢٢ -القاعدة ٢٢٩ -ص٧٧٩٠ .

كما قررت أن الامتناع عن إصدار قرار الندب لا يعد قراراً سلبياً فقالت "...أن امتناع الإدارة عن تثبيت الطاعن في الوظيفة الذي ندب لشغلها لا يعد قراراً إدارياً سلبياً لإنتفاء الإلزام على الإدارة بإصداره مما يستوجب القضاء بعدم قبول الدعوى شكلاً لانتفاء القرار الإداري..."[1].

وقضت أيضاً "...بأن امتناع الجهة الإدارية عن سحب قرار الإحالة للتحقيق لا يعد قراراً إداريا سلبيا..."[2].

موقف الفقه:

أيد جانب من الفقه هذا المسلك القضائي [3] لكونه ينطوي على تقييد لسلطة الإدارة التقديرية حينما ينطوي القرار على مخالفة لقواعد القانون ، في حين أن جانب آخر من الفقه [4] انتقد هذا المسلك القضائي وقال أن هذا أمر غير صحيح في تلك الأحوال لأن الرفض يكون في بعض الحالات أمر غير مشروع وقد يترتب على الأقل مسئولية الإدارة .

ونحن نؤيد هذا الرأي لأنه غالباً ما تتخذ جهة الإدارة من السلطة التقديرية المخولة لها في الرد على بعض التصرفات القانونية بالسكوت للفرار من مراقبة القضاء على مشروعية أعمالها وفى هذا غبن لحق الأفراد ويمثل اعتداء على حرياتهم وحقوقهم.

---

(١) حكم محكمة التمييز رقم ١٩٩٣/١٢٦ – تجاري – جلسة ١٩٩٤/٢/٢١ – موسوعة مبادىء القضاء الإدارى – الكتاب الأول – ج٢–القاعدة ٢٣٠– ص ٧٦٩ .

(٢) حكم محكمة التمييز رقم ١٩٨٨/٢٨٢–تجاري –جلسة١٩٨٩/٥/١–موسوعة القضاء الإداري –الكتاب الأول –ج٢– القاعدة٢٣١–ص٨٠١ .

(٣) يؤيد جانب من الفقه هذا المسلك أنظر بالتفصيل الدكتور.رأفت فوده ــ عناصر وجود القرار الإداري ــ مرجع سابق ص٨١ وما بعدها فى رده على أساتيد الفقه المنتقد لمسلك القضاء وتعريفه للقرار السلبى فى ص٨٨ وأيضاً الدكتورمحمد فؤاد عبد الباسط ــ القرار الإداري ــ مرجع سابق ص١٤١ وما بعدها.

(٤) من هؤلاء الفقهاء الذين قالوا بهذا الرأى الدكتور.مصطفى أبو زيد فهمى – القضاء الإدارى ١٩٨٦ – مرجع سابق ــ ص ٥٠٠ وما بعدها وأيضاً حول هذا المعنى ، بترتيب مختلف الدكتور.محمود سامى جمال الدين ــ القضاء الإداري فى الكويت مرجع سابق ص٦٩ وما بعدها .

٣ – القرار الضمني أو الحكمي:

هو ذلك الموقف الذي تكشف فيه ظروف الحال – دون إفصاح – على أن الإدارة تتخذ حيال أمر معين".

ويستدل على وجود هذا القرار " من الظروف والملابسات التي تعتبر من القرائن القانونية أو القضائية الدالة على اتجاه معين لإرادة الإدارة "[١].

فالقرار الضمني نقيض للقرار السلبي الذي يكون دائماً سلبياً في مظهره وجوهره ، أما القرار الضمني الناجم عن سكوت الإدارة قد يكون بالمنح أي بالموافقة أو بالمنع أي الرفض ، حسبما يفترضه المشرع أو القضاء ومن الحالات التي يعتبر فيها سكوت الإدارة عن ممارسة اختصاصها التقديري موافقة ، نذكر منه ما قضت به المادة رقم ٧ من القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ بشأن تنظيم أعمال البناء المصري على أنه (يعتبر بمثابة موافقة على طلب الترخيص انقضاء المدد المحددة للبت فيه ،دون صدور قرار مسبب من الجهة المختصة بشئون التنظيم برفضه أو طلب استيفاء بعض البيانات) .

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن (سكوت الإدارة لا يمكن أن يفسر دائماً بأنه قرار حكمي أو مفترض أو اعتباري، وإنما يلزم أن ينص على ذلك القانون صراحة لنكون أمام ما يسمى بالقرار الضمني ، وهو القرار الذي يفترضه المشرع استناداً إلى سكوت الإدارة سكوتا ملابساً) [٢].

وهو ما عرفه قانون مجلس الدولة المصري الصادر بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بما نصه (إذا انتفى وجود القرار تخلف مناط قبول دعوى الإلغاء – القرار الإداري قد يكون صريحاً تعبر به جهة الإدارة في الشكل الذي يحدده القانون عن

---

(١) يراجع القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة – المستشار.حمدي ياسين عكاشة ١٩٨٧ ــ مرجع سابق ــ ص٢٨٧ وما بعدها .

(٢) يراجع الدكتور.ماجد راغب الحلو – القانون الإداري ١٩٩٤ -مرجع سابق – ص٥٠١ .

إرادتها الملزمة بما لها من سلطة عامة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إحداث مركز قانوني ، وقد يكون القرار ضمنياً أو سلبياً وذلك عندما ترفض الجهة الإدارية أو تمتنع عن اتخاذ إجراء كان من الواجب علينا اتخاذه بحكم القانون) .

وفى الكويت قضت محكمة التمييز في أحدى أحكامها بأن " ... من المقرر أن القرار الإداري الإيجابي هو القرار الذي تكشف به الإدارة عن موقفها بالمنح أو بالمنع وقد يكون صريحاً أو ضمنياً تدل ظروف الحال – دون إفصاح – على موقف الإدارة ورأيها..."(١).

وفي تطبيق حديث قررت محكمة التمييز بأن "... القرار الإداري الإيجابي قد يكون صريحاً أو ضمنياً تدل ظروف الحال دون إفصاح على موقف جهة الإدارة ورأيها ومن ثم فإن موقف الوزارة هنا لا يعد منها تريثاً أو سكوتاً عن اتخاذ القرار بل هو حسبما تنبئ عنه قرائن وظروف الحال قرار ضمني برفض الموافقة على إقتراح مجلس إدارة البنك المركزي الصادر في ١٩٩٥/٤/١٦ بشطب الشركة الطاعنة من سجل شركات الاستثمار ، وليس إبرام إتفاقيتي التسوية المشار إليهما مع الشركة يحمل طياته الدليل القاطع الواضح على قصد الجهة الإدارية بأن ما تمر به الشركة من مصاعب مالية لم يصل إلى الحد الذي يعرض أحوالها للخطر فلا تستأهل بالتالي مؤاخذتها بجزاء الشطب ..." (٢) .

ويلاحظ أن للقاضي الإداري أن يحدد هذه الحالات حسب الظروف وملابسات كل واقعة يتعين فيها على جهة الإدارة التدخل لإصدار قرار إدارياً معيناً ، ولكن لم تأخذ هذه الحالة (تدخل القاضي لتحديد حالات تدخل الإدارة) كقاعدة عامة وإلا أعتبر ذلك تدخلا في اختصاصات الإدارة وتنصيبه نفسه رئيساً إدارياً أعلى ، منتهكا بذلك حدود الفصل بين السلطات(٣).

---

(١) حكم محكمة التمييز – موسوعة مبادئ القضاء الإدارى – الكتاب الأول –ج ٢ –رقم ١٠٣، ١٠٤ /١٠٥/١٩٨٧السنة ١٩٨٧– تجارى جلسة ١٩٨٧/٢/١٨ القاعدة رقم ٢٢٦–ص٧٧٠ .

(٢) حكم محكمة التمييز رقم ٥٨٣،٦٥٩،٦٦٢/٢٠٠٠–إداري – جلسة ٢٠٠١/١١/١٢ حكم غير منشور.

(٣) راجع فى تفصيل هذا القول حكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ١٤٨ لسنة ٧ من جلسة ١٩٥٤/٣/١٤.

ونخلص من كل ما تقدم إلى :

أن التعبير عن الإدارة لا ينتج أثره إلا إذا كان هذا التعبير متطابقا ومضمون هذه الإرادة ، فما تم التعبير عنه ينبغي أن يكون نابعاً من إرادة الإدارة ونيتها أيا كانت صورة هذا التعبير بالإيجاب أو بالسلب أو ضمنياً.

البند الثاني ــ صدور القرار بالإرادة المنفردة :

المقصود بصدور القرار الإداري بالإرادة المنفردة هو يتعلق بالتعبير عن الإرادة ولا يتعلق بعدد من شاركوا في هذا التعبير الإرادي .

فقد يشارك في إصدار القرار الإداري أكثر من موظف أو أكثر من هيئة إلا أنهم يعبرون لا عن إرادتهم الخاصة بل عن إرادة واحدة وهى الخاصة بالشخص القانوني العام الذي يعملون فيه ويمثلونه .

ومعنى ما تقدم أن العبرة في تحديد الإرادة المنفردة تكمن في جانب إرادة الشخص العام نفسه المعبر عنها بغض النظر عن عدد الأفراد الممثلين له.

وتطبيقاً لذلك إذا أصدر المحافظ قراراً معيناً بعد موافقة وزير معين أو رئيس مجلس الوزراء فهذا القرار صدر تعبيراً عن أكثر من إرادة ، ألا أنه يظل قراراً إدارياً داخلاً في المعنى العام للقرار الإداري الذي هو تعبير عن إرادة الإدارة المنفردة .

وتنطبق ذات القاعدة على القرارات الصادرة من المجالس بصفة عامة كمجلس إدارة أو مجلس محلى أو مجلس وزراء ، فرغم تعدد الإدارات الخاصة المساهمة في هذا القرار ، إلا أنه يظل العمل الصادر عن هذه الإدارات قراراً صادراً بالإرادة المنفردة للإدارة ، وإذا كان الأمر بهذه السهولة ، فماذا لو تعلق

صدور القرار الإداري على إرادة أخرى غير التي أصدرت القرار ، كما هو الحال في تقديم الفرد طلب بالتعيين في الوظائف العامة .

في الواقع أن إرادة المستفيد من القرارات لا ترقى إلى مستوى المشاركة في وجود هذا القرار فيظل القرار صادراً بالإرادة المنفردة ، وقد أكدت ذلك المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها حيث قالت " ... أن رضا الموظف وإن كان لا ينهض ركناً على إنشاء المركز القانوني إلا أنه بطبيعة الحال يلزم لتنفيذ القرار ، فلا يجبر الموظف على قبول الوظيفة العامة " [1] .

أما الأعمال الإدارية التي تختلف فيها الإدارات عن بعضها ، فهي تختلف بحسب ما إذا كانت تدخُل الإدارات الأخرى للتفاوض نحو تحديد شروط معينة أو وضع قواعد تنظيمية محددة ، ففي الحالة الأولى لا يعد ذلك قراراً إدارياً إنما هو عقد إداري يدخل في مظلة القضاء الكامل وتحت قبلة قضاء الإلغاء إذا كان الطعن فيه على قرار إداري منفصل وهذا ما سوف نعرض له في القسم الخاص بالعقد الإداري بشيء من التفصيل ، والحالة الأخرى فهي تندرج تحت مسمى اللائحة وهى وإن صدرت بأكثر من إرادة إلا أنها تعبر عن إرادة واحدة منفردة ولكنها ليست قراراً إدارياً .

واستلزام صدور القرار بالإرادة المنفردة لا يتغير إذا كان نفاذه معلقاً على موافقة المعنى بآثار القرار الإداري ، كقرار منح الجنسية التي لا تمنح إلا إذا تقدم الشخص بطلبها ، وكذلك القرار الصادر بتعيين شخص أو إعطائه ترخيصاً[2] .

---

(١) حكم مشار إليه في الدكتور.محمد فؤاد مهنا – مبادئ وأحكام القانون الإرادى فى ظل الإتجاهات الحديثة ١٩٧٨ ص٦٧٢ .
(٢) حكم الدائرة الثالثة الإدارية رقم ١٩٩٦/١٠١٣ بتاريخ ١٩٩٧/١٠/٢٢ ، وحكم الدائرة الخامسة رقم ١٩٩٦/٨٤ بتاريخ ١٩٩٧/١١/٣٠ – أحكام غير منشورة.

وفى الكويت تشير المادتين الأولى والرابعة من قانون إنشاء الدائرة الإدارية إلى القرارات الإدارية التي يمكن الطعن فيها بالإلغاء بأنها (القرارات الإدارية النهائية ويعتبر في حكم القرارات الإدارية رفض السلطات الإدارية أو امتناعها عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه وفقاً للقوانين واللوائح).

ومقتضى ذلك هو توافر الشرط الأول من شروط ركن الإدارة ، وهو أن يكون هناك تعبيراً وإفصاحاً عن إرادة منفردة للإدارة سواء كان التعبير إيجابياً أو سلبياً.

إلا أنه قد تدق التفرقة أحياناً في تكييف موافقة الطرف الآخر على التصرف ، فإذا تشكك القضاء في النظام القانوني للتصرف ، وتبين له أن الموافقة الطرف الآخر من الشروط الجوهرية لقيام التصرف، كان له أن يعتبره من قبيل العقود الإدارية دون تقيد بظاهر الألفاظ ، وهو ما يقع كثيراً بصدد التراخيص الصادرة عن الإدارة ، إذ منها ما يعد من القرارات الإدارية ، ومنها ما يأخذ طابع العقد الإداري[1].

وإذا كانت عملية إصدار القرار تتم على مراحل متعددة جاز الطعن على هذه القرارات استقلالاً كل على حدة لتوافر صفة القرار فيها ، وهذا ما أكدته *محكمة التمييز* حينما قررت أن "... العبرة في التكييف القانوني بفحوى القرار الإداري ومعناه لا بصبغته ومبناه ، لما كان ذلك وكان القرار من القرارات الإدارية المندمج الذي يدخل في تكوينه عملية قانونية مركبة على مراحل تستلزم كل منها اتخاذ القرارات المناسبة لها بما يسمح بفصل القرار الإداري إذ يسهم في تكوين هذه العملية القانونية المركبة والطعن فيه مستقلا بقصد إلغائه متى أشتمل على عيب يشوبه باعتبار أنه حلقة في سلسلة متصلة من القرارات يجب أن تتسم جميعاً بالشرعية ....." [2]

---

(١) يراجع الدكتور.محمود سامى جمال الدين – القضاء الإدارى فى الكويت –١٩٩٨مرجع سابق– ص٦٧ وما بعدها.
(٢) حكم محكمة التمييز رقم ٨٩ /١٩٩٥ الصادر بجلسة ١٩٩٦/١٠/٢٨ – موسوعة القضاء الإدارى – الكتاب الأول – ج ٢ – القاعدة رقم ٢٢٨ –ص٧٨٦ .

الغصن الثاني ــ صدور القرار من سلطة إدارية وطنية :

حتى يصبح العمل القانوني قراراً يصح الطعن عليه بالإلغاء ، يجب أن يكون منسوباً إلى سلطة إدارية وطنية وصادراً منها ، مما يوجهنا إلى التعرض أولاً إلى مفهوم السلطة الإدارية ، ومن ثم نحتاج إلى تمييز هذه السلطة وتحديدها بأنها سلطة وطنية .

البند الأول ــ مفهوم صدور القرار من سلطة إدارية :

الدولة ككيان تقوم بعدة أنشطة مختلفة كي تؤدى مهامها الموكولة إليها ، ويتم توزيع هذه المهام على مؤسساتها وأجهزتها المختلفة – فتضطلع بالمهمة التشريعية وأيضا التنفيذية والقضائية.

وفى معرض بيان السلطة الإدارية يعنينا هنا المهمة التنفيذية والمسندة للسلطة التنفيذية وهى ذات جانبين :

الأول ــ يتعلق بدورها وعملها الحكومي الظاهر في رسم السياسة العامة للدولة بالمشاركة مع السلطة التشريعية عن طريق رئيس الدولة ورئيس مجلس الوزراء والوزراء.

الثاني ــ يتمثل في إدارة المرافق العامة في الدولة والتنفيذ اليومي للقوانين عن طريق موظفيها على اختلاف مستوياتهم.

ففي مصر ــ تتألف السلطة التنفيذية من رئيس الجمهورية ورئيس الوزراء والوزراء ووحدات الإدارة المحلية والهيئات العامة ، و تختص وحدات الإدارة المحلية والهيئات العامة بالوظيفة الإدارية ، أما رئيس الجمهورية والوزراء أو الحكومة فلهم وظيفتان مزدوجتان هما ، رسم السياسة العامة للدولة ، والإشراف على تنفيذها كما هو مبين في نص المادة ١٣٨ من دستور ١٩٧١.

أما في الكويت فـتأخذ بثنائية الجهاز التنفيـذي حيـث يتشـارك فـي إدارة الوظيفة الحكومية كل من الأمير ومجلس الوزراء في رسم السياسة العامة للدولة.

أما الأمير فله ممارسة اختصاصات معينة منفرداً عن طريق الأمر الاميـرى المتعلق بأمور قد تكون متصلة بالدولة ومرتبطة بشخصه أو بالأسرة الحاكمة[1] ، وله أيضا إختصاصات يباشرها عن طريق الوزارة ، ومنها إصدار اللوائح سـواء كانت تنفيذية أو لوائح الضبط أو اللوائح التنظيمية بنص المـادتين ٧٢،٧٣ مـن الدستور ، وكذلك يختص بتعيين وعزل الموظفين المدنيين والعسكريين والممثلين السياسيين لدى الدول الأجنبية بنص المادة ٧٦ من الدستور ، ويمارس الأمير هذه السلطات بواسطة وزرائه بنص المادة (٥٥) من الدستور ،لأن (ذاته مصـونة لا تمس) كما قررت المادة (٥٤).

ويقوم مجلس الوزراء أيضا بدوره في الوظيفة الحكوميـة بموجـب المـادة ١٢٣ التي تنص على أنه ــ (يهيمن مجلس الوزراء على مصالح الدولة ، ويرسم السياسة العامة للحكومة ،ويتابع تنفيذها ويشرف على سير العمـل فـي الإدارات الحكومية) .

وبالنسبة للوزراء فان المادة ١٣٠ من الدستور تنص على أن (...يتولى كل وزير الأشراف على شئون وزارته ويقوم بتنفيذ السياسة العامة للحكومة فيها ،كما يرسم اتجاهات الوزارة ويشرف على تنفيذها) .

---

(١) للمزيد حول الإختصاصات التى يباشرها الأمير منفردا أو بالأشتراك مع الوزارة – يراجع الـدكتورعادل الطبطبـائى – النظـام الدستورى فى الكويت – مرجع سابق– ص٥٣٩ وما بعدها .

فالبادي من خلال النصوص السابقة أن الأمير بالاشتراك مع مجلس الوزراء يقومون بممارسة جانب من الوظيفة الإدارية إلى جانب وظيفتهم الحكومية ، ويكمل باقي أعضاء السلطة الإدارية (الموظفون) ممارسة الوظيفة الإدارية وحدها[1].

بناء على ما تقدم فانه يشترط في القرار الإداري محل الطعن أن يكون صادرا عن السلطة التنفيذية بمناسبة أدائها لوظيفتها الإدارية بإستعمال أحد إمتيازات السلطة العامة بوصفها أحد السلطات الثلاث العامة في الدولة.

ونلاحظ أنه يجب أن يصدر القرار بصدد مرفق وطني فإذا صدر القرار من سلطة إدارية وطنية بصدد مرفق عام أجنبي فإن القضاء الإداري لا يختص بطلب إلغائه.

ويلاحظ أنه على السلطة الإدارية عند إصدار القرار الإداري أن تستخدم فيه أحد إمتيازات السلطة العامة التي خولها إياها القانون العام ، أما إذا إنطوى تصرفها على أحكام القانون الخاص فلا تكون من قبيل القرارات الإدارية التي تصلح أن تكون محلاً لدعوى الإلغاء ، وكذلك إذا قامت بالتصرف في أموالها الخاصة...[2].

وفي ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بأن "... مجرد صدور القرار من الجهة الإدارية لا يخلع عليه في كل الأحوال وبحكم اللزوم وصف القرار الإداري بالمعنى المقرر قانوناً – يلزم حتى يتحقق له هذا الوصف أن يكون كذلك بحسب موضوعه وفحواه – إذا ما دار القرار حول مسألة من مسائل القانون الخاص أو تعلق بإرادة شخص معنوي خاص خرج عن عداد القرارات الإدارية مهما كان موقعه في مدارج السلم الإداري ومن ثم ولما كان قرار محافظ الإسكندرية رقم

(١) يراجع الدكتور.محمد عبد المحسن المقاطع ، والدكتور.أحمد الفارسي ، القانون الإداري الكويتي ج١ – الطبعة الأولى س١٩٩٧– ص٧٨ وما بعدها ، وأيضاً الدكتور.ماجد راغب الحلو – القانون الإداري الكويتي وقانون الخدمة المدنية الجديد – ذات السلاسل – الطبعة الأولى س١٩٨٠ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا جلسة ١٩٥٧/٢/٢ – المجموعة السنة الثامنة ص٤٤٨ .

٢٩٦ لسنة ١٩٨١ المطعون فيه قد صدر منه بوصفه رئيس الجمعية العمومية لشركة المعمورة للإسكان والتعمير ، ويتعلق بإدارة هذه الشركة فإن هذا القرار لا يعد قراراً إدارياً " [١] .

وقضت محكمة *التمييز* ، بأن القرارات التي بشأن القسائم الصناعية ليست ذات طبيعة إدارية بقولها في أحد أحكامها بأنه "...من المقرر أن القسائم الصناعية المملوكة للدولة لا تعتبر من المال العام لتجردها من عنصر التخصيص للمنفعة العامة وإنما تعتبر من أموال الدولة التي تدخل في ملكها الخاص ومن ثم فهي تخضع بحسب الأصل لأحكام القانون الخاص ويجرى التعامل في شأنها على ذات النمط الذي يجرى به التعامل بين الأفراد، وبالتالي فإن العقود التي تبرمها الدولة بشأن هذه القسائم لا تعد من قبل العقود الإدارية ،ولا تعد القرارات الصادرة بشأنها وبدورها أمرا إداريا لصدورها بشأن تنفيذ العقد بين الطرفين ومن ثم تفتقر إلى مقومات القرار الإداري"[٢].

البند الثاني ــ مفهوم السلطة الإدارية الوطنية :

بداية وإن كان هذا الشرط في القرار الإداري لا نرى له محلا جوهريا لسرده في نظام البحث ، لكونه من المنطقي وطبقا لقواعد سيادة الدولة على أراضيها التي تقتضى الاعتراف فقط للقرارات التي تصدر من الجهة الإدارية الوطنية من حيث الأثر القانوني الفعال لها.

إلا أنه يحدث في كثير من الأحوال تتعرض الدولة لاحتلال أجنبي نظراً لظروف دولية طارئة فما هو موقف القرارات التي تصدرها السلطات الأجنبية على إقليم الدولة ؟

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٢س٣٤ق-جلسة ١٩٩٧/٦/١٤-الموسوعة الإدارية الحديثة -الفكهاني -ج٤٩-قاعدة ١٤٤- ص٥٦٦ .

(٢) حكم محكمة التمييز رقم ٢٣٣ /١٩٩٠ تجارى جلسة ١٩٩٣/٣/٢٩ -موسوعة القضاء الإداري - الكتاب الأول -ج٢- القاعدة٢١٢-ص٦٦٢.

إذن " القاعدة العامة هي أن دعوى الإلغاء إنما تقبل للطعن في القرارات الإدارية الصادرة من السلطات الإدارية الوطنية ، وتطبيقا لذلك لا يقبل الطعن بالإلغاء في قرارات المنظمات الدولية – مثل الأمم المتحدة وجامعة الدول العربية وغيرها من المنظمات الدولية الأخرى – فالطعن في هذه القرارات التي تصدرها المنظمات سالفة الذكر تكون أمام المحكمة الإدارية الخاصة بها إن وجدت ، وكذلك لا يقبل الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية لسلطات الاحتلال ، ولا يقبل الطعن بالإلغاء في القرارات الصادرة من موظفين وطنيين يستمدون سلطاتهم من هيئات أجنبية ، والعكس صحيح إذا كان هؤلاء الموظفون يستمدون سلطاتهم في مباشرة أعمال وظيفتهم من القانون الوطني فتعتبر القرارات بشأنهم قرارات إدارية يمكن الطعن فيها بالإلغاء " (١).

وفى ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا بأن "...منناط اختصاص القضاء الإداري بالنص في طلبات إلغاء القرار الإدارية هو أن يكون القرار الإداري صادرا من جهة إدارية وطنية تطبق قوانين البلاد ،وتستمد سلطاتها منها ،بحيث يكون معبراً عن الإرادة الذاتية لهذه الجهة بوصفها سلطة عامة وطنية " (٢).

ومثال على ذلك القرارات الصادرة من سفارات السلطة الوطنية في الخارج، حيث أجابت الجمعية العمومية للقسم الاستشاري بإدارة الفتوى والتشريع في *دولة الكويت* حول جواز اعتماد شهادة أو بلاغ الوفاة الصادرين من العراق خلال فترة احتلالها الغاشم لدولة الكويت للمتوفين الكويتيين داخل الأراضي العراقية في قيد المتوفين ومنح ذويهم شهادات وفاة كويتية دون أن يكون البلاغ أو شهادة الوفاة مصدقا عليها من قنصلية دولة الكويت بأنه (...إستناداً إلى المادة الخامسة من الأمر الأميري في شأن المقر المؤقت لحكومة الكويت والصادر في ١٩٩٠/٨/٣ قد نصت في فقرتها الأولى على انه (... يقع منعدماً أي تشريع أو نظام أو إجراء

---

(١) حكم محكمة القضاء الإدارى رقم ١٣٠٤س٩ق -جلسة ١٩٥٨/١/٢٨ - المجموعة س ٣١/١٢ ص٦٢.
(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٥٢٧-س٢٢ق - جلسة ١٩٧٧/٥/٢٨ .

يصدر من أي سلطة أو جهة تزعم أن لها ولاية على ارض الكويت أو مـا يمـس سيادتها وإستغلالها ولا يتبع في ذلك إلا ما يصدر عن الحكومة الشـرعية لدولـة الكويت) فإنه لا يجوز للوزارة الاعتداد بهذه الشهادة باعتبارها شهادة صادرة من سلطة كانت تزعم أن لها ولاية على أرض الكويت ومن ثم فلا أثر لها قانوناً فـي مواجهة السلطات الكويتية) [1].

ويستفاد مما سبق أنه يشترط في القرار محل الطعن بالإلغاء أن يكون صادراً عن سلطة إدارية تتمتع بإمتيازات السلطة العامة ، سواء كانـت مـن أشـخاص القانون العام أو من الأشخاص المرفقية والأشخاص المعترف لهم بوصف الشخص العام من قبل القضاء مثل النقابات المهنية الحرة كالأطباء ونقابة المحامين، ونقابة المهن الهندسية.

الغصن الثالث ــ أن يحدث القرار أثراً قانونياً :

يجمع الفقه والقضاء والمشرع على وجوب توافر عنصر الأثر القانوني فـي القرار الإداري ، وهذا العنصر يتوقف عليه قبول الطعن بالإلغاء ضد القرار الإداري وإذا تبحرنا في مجال الأحكام التي تصدت لتعريف القـرار الإداري نجـدها أنهـا حرصت على إبراز هذا العنصر.

وهذا العنصر له أهمية كبرى لتعريف القرار الإداري وبيان ماهيته وتمييـزه عن باقي أعمال الإدارة وتصرفاتها المادية حيث قضت المحكمة الإداريـة العليـا تطبيقاً لذلك بأنه "... يفترق القرار الإداري عن العمل المادي الذي لا تتجه فيـه الإدارة بارداتها الذاتية إلى أحداث أثار قانونية وإن رتب القانون عليها أثاراً معينة لأن مثلا هذه الأثار تعتبر وليدة الإرادة المباشرة للمشرع وليسـت وليـدة الإرادة الذاتية – عملية نقل التكاليف ليست قراراً إدارياً بالمعنى المتقدم إذ لا تتجـه إرادة

---

(١) فتوى رقم ٢/٢١/٩١-٣٨ فى ١٩٩١/٨/١١ – مجموعة مبادئ إدارة الفتوى والتشريع المجموعة العاشرة – إدارة الفتـوى والتشريع – مجلس الوزراء .

جهة الإدارة لإحداث مركز قانوني معين وانما لا تعدو هذه العملية أن تكون رصداً للمكلفين قانوناً بأداء الضريبة الضريبة المفروضة على الأطيان والعقارات المبنية ... " [1] .

ففي مصر ـ استقر القضاء على وجوب أن يحدث القرار قانوني حيث قضت محكمة القضاء الإداري في أحد أحكامها بأن "... بزوال صفة القرار الإداري عن طلب النيابة العامة إدراج أسم في قوائم الممنوعين بعد إحالة الأمر إلى القضاء لعدم إحداثه لأثر قانوني حيث قالت بأنه لم يستكمل مقومات القرار الإداري النهائي إذ انه لا تترتب عليه أحداث أثر قانوني بمجرد صدوره بل هو لا يعدو أن يكون طلب إلى مصلحة الهجرة والجوازات والجنسية لإدراج أسمه في قوائم الممنوعين من السفر ..." [2] .

وقد أكدت هذا المبدأ المحكمة الإدارية العليا في حكم حديث لها تقول فيه أنه "... يقصد إحداث أثر قانوني معين أبتغاء مصلحة عامة ... ومؤدي ذلك : أن العمل الإداري الذي يكون تطبيقاً لنص قانوني ينشئ أو يعدل مركزاً قانونياً بشكل قراراً إدارياً بالمعنى المتعارف عليه " [3].

وفى الكويت ـ كما هو متبع في مصر ـ بخصوص الأثر القانوني للقرار الإداري قضت محكمة التمييز بأن القرار الإداري " ... وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة هو ذلك الذي تفصح الجهة الإدارية عن إرادتها الملزمة في الشكل الذي

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٥١٤٤ س٤٣ق- جلسة ٢٠٠٢/٥/٤ – المجموعة من أول ابريل ٢٠٠٢ – أخريونيو ٢٠٠٢ -قاعدة ٥٩-ص٦٨ .

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ١٦٤س٢٦ق-جلسة١٩٧٣/١/٩-المجموعة- س٢٧-ص٨١ ..

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣٩٤٥- س٣٧ ق جلسة ١٩٩٤/١/٢٩ – مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا -س ٣٩ – الجزء الأول -ص٧٦٩ ، وأيضاً حكم المحكمة الإدارية رقم ٢٦٤٤س٣٤ق- جلسة ١٩٩٠/٢/٢٤ – الموسوعة الإدارية الحديثة – الفكهاني -ج٣٥-ص٨١١.

يتطلبه القانون بما لها من سلطة مستمدة من القوانين واللوائح بقصد إحداث أثر قانوني يكون ممكناً وجائزاً ، وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة ... "[1].

وفى حكم آخر لهذه المحكمة قالت فيه بأن " ... القرار الإداري هو ذلك القرار الذي تفصح به الجهة الإدارية عن إرادتها الملزمة في الشكل الذي يتطلبه القانون بما لها من سلطة مستمدة من القوانين واللوائح بقصد إحداث أثر قانوني يكون ممكنا وجائزا وكان البعث عليه ابتغاء مصلحة عامة ... "[2].

الأمر الذي يعنى أن يقوم القرار الإداري بإعادة ترتيب أو بناء مراكز قانونية أي بمعنى أن هذا الشرط مرتبط بالقرار نفسه وليس بآثاره ولكي يتوافر هذا المعنى ينبغي توافر شرطين :

أولهما ــ أن يكون قد تولد عنه أثر قانوني ما .

ثانيهما ــ أن يكون هذا الأثر ممكنا وجائزاً قانوناً .

ولو نظرنا إلى قانون مجلس الدولة في مصر رقم ١٩٧٢ لوجدناه يتبنى مصطلح النهائية في القرارات الصالحة لتكون محلا للطعن عليها بدعوى الإلغاء ، دون أن يعنى ببيان المقصود بالنهائية تاركا هذه المهمة الأصلية للفقه والقضاء ، فلقد نص في المادة العاشرة منه على ما يأتي :

---

(١) راجع حكم محكمة التمييز رقم ١٩٨٨/١٩٩ - تجارى -جلسة ١٩٨/١١/٢٧- الكتاب الأول - ج ٢ - القاعدة رقم ٢٤١ ص١٧ حكم غير منشور.

(٢) حكم محكمة التمييز رقم ١٩٨٧/٩- إدارى -جلسة ١٩٨٧/٥/٦ - موسوعةمبادئ القضاء الإداري ، القاعدة٢٤٢و ٢٤٣ - الكتاب الأول - ج٢ -ص١٧ .

م/١٠ ثالثاً- الطلبات التي يقدمها ذو الشأن بالطعن في القرارات الإدارية النهائية الصادرة بالتعيين في الوظائف العامة أو الترقية أو بمنح العلاوات.

م/١٠ رابعاً- الطلبات التي يقدمها الموظفون العموميين بإلغاء القرارات الإدارية الصادرة بإحالتهم إلى المعاش أو الاستيداع أو فصلهم بغير الطريق التأديبى.

م/١٠ خامساً- الطلبات التي يقدمها الأفراد أو الهيئات بإلغاء القرارات الإدارية النهائية.

م/١٠ سادساً- الطعون في القرارات النهائية من الجهات الإدارية في منازعات الضرائب والرسوم.

م/١٠ ثامناً- الطعون التي ترفع عن القرارات النهائية الصادرة عن جهات لها اختصاص قضائي.

م/١٠ تاسعاً - الطلبات التي يقدمها الموظفون العموميين بإلغاء القرارات النهائية للسلطات التأديبية.

وقد تناول الفقه والقضاء تحديد معنى نهائية القرار الإداري على النحو الاتى:

أولاً ــ موقف القضاء:

١- موقف محكمة القضاء الإداري في مصطلح نهائية القرار الادارى:

تناولت أحكام محكمة القضاء الإداري مصطلح نهائية القرار الإداري بثلاث أوجه ،ففي أحكام ذكرت نهائية القرار مقروناً بوصف التنفيذية ، وفى أحكام أخرى تناولت وصف النهائية مقرونا بوصف القطعية ، وفى أحكام أخرى أكتفت بالنهائية.

ونورد هذه الأحكام على التوالي:

ففي أحد أحكامها قالت فيه بأن "....العبرة في القرار الإداري هي بصدوره من الجهة التي تختص بإصداره بصفة نهائية دون حاجة إلى تصديق أو اعتماد سلطة أعلى " [١].

وفى حكم آخر قالت فيه بأن "..... المادة ٣١ من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٤ الخاص بنظام العاملين المدنيين بالدولة قد ناطت بلجنة شئون العاملين سلطة وضع التقارير السنوية عن العاملين ، وكانت قراراتها في هذا الشأن لا تخضع لتصديق سلطة أعلى فإن ما تصدره هذه اللجنة من قرارات هي قرارات إدارية نهائية " .

وقالت في حكم آخر أيضاً بأن "..... إن قرار مجلس نقابة الصيادلة بإحالة إحدى أعضائها إلى هيئة التأديب هو قرار إداري نهائي تنفيذي"[٢].

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٥٤٥-٢٧ق-جلسة ١٩٧٣/٢/٦ - المجموعة -س٢٧ - ص١٢٩ .
(٢) الحكم رقم ١٢٧٩ - ١٣ فى ١٩٦٠/١٢/٢٧ ، ١٩٨١/١٢/١٥- مجموعة أحكام محكمة القضاء الإدارى.

٢- موقف المحكمة الإدارية العليا من القرار الإداري[١] :

تبنت المحكمة الإدارية العليا وجهة نظر محكمة القضاء الإداري في الكثير من الأحكام المتعلقة بنهائية القرار فجمعت هذه المحكمة في آن واحد ما قد فصلته محكمة القضاء الإداري ، فقد تطلبت المحكمة العليا في أن القرار حتى يكون نهائيا توافر شرطان هما:

الأول ــ صدوره من مختص بدون معقب من جهة أخرى .

الثاني ــ أن يقصد مصدره إحداث أثر قانوني فوري ومباشر بمجرد إصداره .

وفي ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه "... تتوافر مقومات وخصائص القرار الإداري ، إذا ما اتجهت الإدارة أثناء قيامها بوظائفها إلى الأفصاح عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح وفي الشكل الذي يتطلبه القانون بقصد إحداث أثر قانوني معين متى كان ذلك ممكناً وجائزاً قانوناً وأن يقصد مصدره الذي يملك إصداره تحقيق أثره القانوني فوراً بمجرد صدوره وألا يكون ثمة سلطة إدارية للتعقيب عليه وإلا كان بمثابة اقتراح لا يترتب عليه الأثر القانوني للقرار الإداري النهائي " [٢] .

٣- *أما عن موقف محكمة التمييز من مصطلح نهائية القرار الإداري فهو كالآتي:*

فضل القضاء الإداري الكويتي مصطلح القرار النهائي على مصطلح القرار الإداري التنفيذي وأعتبر أن القرارات التنفيذية لا محل لها للطعن بالإلغاء ، وإنما أشترط في القرار الإداري محل الطعن بالإلغاء أن يكون قرار إداري نهائى وبيان ذلك:

---

(١) للمزيد يراجع الدكتور رأفت فودة – عناصر وجود القرار الإدارى– مرجع سابق – ص٣٦١ وما بعدها.
(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٦٧٣ س٥٤ق –جلسة ٢٠٠٢/٤/١٤ –المجموعة – من أول ابريل ٢٠٠٢ إلى آخر يونيو ٢٠٠٢–ص٢٩ .

ما قررته محكمة التمييز في قضية معيد في جامعة الكويت صدر بحقه قرار بسحب البعثة مع استرداد ما صرف له بغير وجه حق ،قضت محكمة أول درجة بدفع هذه المبالغ ، ثم قضت الاستئناف بتعديل المبلغ المحكوم فيه جزئيا ، ثم طعن عليه بالتمييز فقالت المحكمة في معرض ردها على مذكرة دفاعه بأن "...من المقرر أن القرار الإداري هو ذلك الذي تفصح به الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إحداث مركز قانوني معين متى كان ذلك ممكنا وجائزاً قانونا وكان الباعث عليه مصلحة عامة ، ويكفى حتى يستوفى هذا القرار مقوماته وعناصره أن يكون نافذاً بمجرد صدوره من السلطة الإدارية التي تملك حق إصداره دون الحاجة إلى تصديق عليه من سلطة أعلى ،أما القرار التنفيذي الذي لا يخضع لقضاء الإلغاء فهو ذلك الذي يكون مردداً أو منفذاً لقرار سابق عليه أفصحت به الإدارة عن إرادتها ومن ثم لا يضيف شيئا إليه بعد أن تحدد المركز القانوني للمعنى بالأمر ..... وكان هذا القرار (قرار الجامعة بسحب البعثة)[1]، يكشف عن إفصاح الجامعة عن إرادتها الملزمة بقصد إلغاء مركز قانوني معين يمس مصالح المطعون ضده أو تعديل هذا المركز فإنه يعتبر بذلك في المفهوم القانوني قراراً إدارياً وليس مجرد قرار تنفيذي ..." [2] .

وقررت أيضا بأن "..... القرار التنفيذي لايخضع لقضاء الإلغاء لأنه لا يضيف جديد بعد أن تحدد المركز القانوني للمعنى بالأمر بموجب القرار الذي صدر تنفيذاً له .." [3] .

واعتبرت كذلك محكمة التمييز أن القرار الذي يصدر من الإدارة حينما تستخدم سلطتها التقديرية لا يعتبر قراراً إدارياً يمكن الطعن عليه وإنما قراراً تنفيذاً يخرج من دائرة الطعن بالإلغاء فقررت بأن " ... جهة الإدارة في أدائها لوظيفتها

---

(١) أضيف بمعرفة الباحث .

(٢) حكم محكمة التمييز رقم ١٩٩٠/٢٣٤-تجاري-جلسة ١٩٩٢/١/١٣-موسوعة مبادئ القضاء الإداري -الكتاب الأول -ج٢- القاعدة رقم ١٩٩-ص٥٧٠ .

(٣) حكم محكمة التمييز رقم ١٩٩٣/١٥٦ تجارى - جلسة ١٩٩٤/٤/١١ - موسوعة مبادئ القرار الإداري -الكتاب الأول ج٢- القاعدة رقم ٢٠٠-ص٥٧٧ .

أنما تعبر عن إرادتها بقرارات قد تصدر بناءاً على سلطة تقديرية حيث يخولها لها القانون الحرية ، في أن تتدخل أو تمنع أو أن تختار وقت التدخل وكيفية وفحوى القرار الذي تتخذه وأما أن تكون سلطتها في شأنه مقيدة ويكون ذلك في المجال الذي لم يترك فيه المشرع لها حرية التقدير حيث المنح والحرمان ، فيفرض عليها بطريقة آمرة التصرف الذي يجب عليها اتخاذه متى توافرت الضوابط الموضوعية في خصوصه ، وقرارها الصادر في هذا الشأن ليس قراراً إدارياً منشئاً لمركز قانوني، وإنما هو مجرد قرار تنفيذي يقرر الحق الذي يستمده الفرد من القانون مباشرة وليس من القرار الذي يتعين على الجهة المختصة أن تصدره متى توافرت في صاحب الشأن الشروط المتطلبة قانوناً ويقتصر دورها في التحقق من توافر هذه الشروط ..." [1] .

واشترطت محكمة التمييز في أحكامها أن يحدث القرار أثراً قانونيا بذاته فقالت بأنه " ويشترط في القرار الإداري أن يكون محدثاً بذاته لأثار قانونية تؤثر في المركز القانوني للطاعن ..." [2] .

وعلى هذا فلا تعتبر الأعمال المادية للإدارة قرارات إدارية ، فقد قررت محكمة التمييز بأن " ... القرار الإداري وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة هو عمل تفصح به الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إحداث أثر قانوني معين، بما مؤداه أن القرار الإداري يتميز عن العمل المادي الذى يخرج عن اختصاص الدائرة الإدارية بأن الأول يكون مسبوقاً أو مصحوباً بقصد إحداث تعديل في المراكز القانونية القائمة في حين أن العمل المادي يكون دائماً واقعة مادية وأجراء منشأ لها ولا يقوم به تحقيق آثار قانونية معينة ألا ما كان منها وليد إرادة المشرع مباشرة ..... ولما كان ذلك وكان الحكم

---

(١) حكم محكمة التمييز رقم ١٩٩٢/٢٠٦ تجارى – جلسة ١٩٩٣/٥/٢٤ ، موسوعة مبادئ القضاء الإداري – الكتاب الأول- ج٢ – القاعدة رقم ١٩٧-ص٥٥٤ ، وكذلك حكمها رقم ١٩٩٧/٢١١- تجارى جلسة ١٩٩٨/٦/٢٢-، موسوعة مبادئ القضاء الإداري – الكتاب الأول- ج٢ – القاعدة رقم ١٩٨-ص٥٥٨.

(٢) حكم محكمة التمييز رقم ٢٠٠٠/٥٨٠ – تجاري إداري-جلسة ٢٠٠١/٥/٢٨-حكم غير منشور ، وكذلك أيضا حكمها رقم ٢٠٠٠/٥٢٦ – تجاري -جلسة٢٠٠١/٥/٢١ – حكم غير منشور .

الإبتدائى المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض الدعوى بعدم إختصاص المحكمة بنظر المنازعة تأسيساً على أن امتناع البلدية المطعون ضدها الأولى عن القيام بتحديد العقار هو عمل مادي محض لم تتجه فيه الإدارة بإرادتها الذاتية إلى إحداث آثار قانونية وأن رتب المشرع عليه مباشرة تلك الآثار فإنه يكون قد وافق صحيح القانون ويكون النعي على غير أساس ....." [1] .

ثانياً ــ موقف الفقه:

أما عن موقف الفقه من مصطلح نهائية القرار ، ومصطلح القرار التنفيذي فهو كالآتي:

إختلف الفقه حول مضمون مصطلح " نهائية القرار ، فإذا كان جميعهم متفقون على وجوب توافر شروط النهائية في القرار الإداري حتى يكون قابلاً للطعن فيه بالإلغاء إلا أنهم مختلفون حول فحوى هذا المصطلح " نهائية القرار " فيرى جانب من الفقه أنه لا يكفى أن يكون القرار نهائياً في ولاية البت بل لابد من على إحداث تعديل نهائي في الأوضاع القانونية فيرى البعض أنه يمكن الأخذ باصطلاح النهائية بشرط ألا يكون مقصوداً منه ولاية البت النهائي في إصدار القرار فحسب ، وإنما إحداث تعديل نهائي في الأوضاع القانونية [2].

بينما يرى جانب أخر من الفقه بأنه (إذا كان القرار الإداري الفردي أو التنظيمي يصلح أن يكون موضوعا للطعن بالإلغاء فإنه لا يزال يلزم أن تتوافر فيه المقومات اللازمة التي تجعله قابلا لأن يتضمن اعتداء على المراكز القانونية المقررة للغير) .

---

(١) حكم محكمة التمييز رقم ١٩٩٠/٤٧ تجاري – جلسة ١٩٩٠/٦/١٠– موسوعة مبادئ القضاء الإداري – الكتاب الأول – ج٢ –القاعدة رقم ٢٠٣– ص٥٩٣ ، وأيضاً حكمها رقم ٢٠٠١/٥٤٦ –تجاري – جلسة ٢٠٠٢/٣/٢٥ – حكم غير منشور.

(٢)الدكتور. محمود عاطف البنا – الوسيط في القضاء الإداري مرجع سابق ص١٥١ .

ولا يكون ذلك إلا إذا توافر شرطين :

الأول ــ صدور قرار إدارى منشأ لحالة قانونية جديدة أو معدل لحالة قانونية جديدة ، أو رافض لطلب التعديل حالة قانونية سابقة ، أو بإنها هذه الحالة.

الثاني ــ أن يكون للمدعى مصلحة شخصية مباشرة مادية كانت أو أدبية في إلغاء القرار "[1].

ونعقب على هذا الرأي بأنه قد خلط بين شروط قبول دعوى الإلغاء فيما يتعلق برافع الدعوى بتوافر شرط المصلحة له في رفع الدعوى ، وبين الشروط الواجب توافرها في القرار الإداري محل الطعن بالإلغاء .

وهناك فريق آخر من الفقهاء استخدموا معاني مختلفة في الظاهر لتحديد المعنى الحقيقي للنهائية على النحو التالي:

فيرى البعض من الفقهاء أن المشرع غير موفق في استخدامه كلمة "نهائي" لأن القرار قد يكون نهائيا بالنسبة لسلطة معينة وغير نهائي بالنسبة لغيرها مثل القرارات الصادرة من مجلس التأديب الإبتدائى وكذا القرارات التمهيدية والقرارات التي لا تري الإدارة أن يترتب عليها أثراً معيناً [2] .

ونعقب على الرأي الفقهي السابق بمقولة أن القرار الذي يحتاج إلى تصديق سلطة أخرى بعد توقيع السلطة الأدنى عليه ليس قرار إداري نهائي بل هو قرار تمهيدي أو تحضيري وليس بقرار نهائي كما هو مقصود منه ، فالمقصود بالنهاية ليس استثناء الجهة الإدارية ولايتها وإنما هي استكمال الخصائص اللازمة لوجود

---

(١) الدكتور.طعيمة الجرف – قضاء الإلغاء مرجع سابق- ص٧٧ .

(٢) الدكتور سليمان الطماوي – النظرية العامة للقرارات الإدارية س١٩٨٤-ص٤٧٠ وما بعدها ، ونفس المعنى الدكتور. محمد كامل أبو ليلة -الرقابة على أعمال الإدارة "الرقابة الإدارية" س١٩٦٧، ١٩٦٨- ص٩١٩،٩٤٦ .

القرار قانوناً ، وبالتالي فقد إختلط الأمر على هؤلاء الفقهاء الذين قالوا بأن القرار قد يكون نهائي لسلطة وغير نهائي لسلطة أخرى. [1].

بينما يرى فريق آخر من الفقه أن نهائية القرار هو قابليته للتنفيذ وبعد استنفاذ جميع مراحل الإصدار ، أى أن يكون قابلا للتنفيذ بدون أى إجراء لاحق[2].

ونحن نرى أن كافة المحاولات الفقهية حول تحديد مضمون نهائية القرار الإداري محل الطعن بالإلغاء والتي دارت حول مصطلحات القرار التنفيذي والقرار البات والقرار النهائي كلها تدور حول بوتقة واحدة ألا وهى نهائية القرار الإداري وكافة المصطلحات الأخرى من تنفيذي ، قطعي ، باتت كلها مترادفات لمعنى واحد ولا تأتى بجديد ، ونحن نحبذ مصطلح نهائية القرار الإداري [3] لكون هذا المصطلح واضح الدلالة على أن القرار الإداري أصبح على أهبة الاستعداد لتوليد أثاره القانونية على المراكز الفردية أو التنظيمية دون الحاجة إلى إجراء آخر ، أما مصطلح التنفيذي أو القطعي فقد يحتوى على معاني أخرى تجعل القرار الإداري في مرحلة مهد الإنشاء وعدم الاستواء.

البند الأول ــ الأعمال التي ليس لها أثر قانوني:

وإذا كنا سردنا فيما سبق جوهر القرار الإداري محل الطعن بالإلغاء بان يكون ذا اثر قانوني ، ينبغي أن نتناول بالشرح والتفصيل بعضا من الأعمال التي ليس لها أثر قانوني أو تلك التي لا ترقى إلى مصاف القرار الإداري ،فمن المسلم به أن القرار الإداري قبل صدوره تسبقه أعمال تمهيدية وتحضيرية تهيئ الأوضاع المناسبة لصدوره ، والإدارة أثناء هذه الإجراءات التحضيرية لإصدار قرار معين ليست ملزمة بإصدار هذا القرار فلها أن تعدل عنه ،مما يدل على أن هذه الأعمال غير منتجة بذاتها لأي أثر قانوني ، وإنما أثرها مرتبط بصدور القرار الإداري الذي

---

(١) راجع فى ذلك الدكتور.فؤاد العطار – القضاء الإدارى –دار النهضة العربية –ص٥٢٠ ، ص٥٢١ .
(٢) الدكتور.ماجد راغب الحلو– القضاء الإدارى – مرجع سابق – ص٢٣٠ ، الدكتور.عبد الغنى بسيونى– مرجع سابق ص٤٦٥.
(٣) للمزيد حول عرض هذه الآراء يراجع الدكتور . أنور أحمد رسلان ــ وسيط القضاء الإداري ــ مرجع سابق ــ ص ٤٣٥ .

تمهد له لذا ليس من الحكمة السماح بالطعن على هذه الأعمال قبل صدور القرار ، لأن الإدارة قد تعدل عن اتخاذ هذا القرار.

أولاً ــ الأعمال التحضيرية لصدور القرار الإداري:

يقصد بها الأعمال التي تمهد لإصدار قرار إداري نهائي فهي أعمال تنحصر آثارها القانونية في تهيئة الأوضاع الملائمة والمناسبة لميلاد قرار إداري نهائي.

ومن الأمثلة على هذه الأعمال ما يلي[1] :

١- أعمال إثبات الحالة :

مثل قرار القيد على الدرجة وقرار إلغائه ، فقد قررت محكمة القضاء الإداري بأن " ... قرار القيد يوصف بأنه من قبيل الإجراءات التمهيدية أو الوقتية التي لا ترقى إلى مرتبة القرار الإداري النهائي ".[2]

وقضت أيضاً المحكمة الإدارية العليا بأن" ..... القرار الصادر بالإحالة إلى المحكمة التأديبية لا يعد في مرتبة القرار النهائي الذي يختص القضاء الإداري بالفصل في طلب إلغائه ..... لأن الإحالة ليست هدفا نهائيا مقصودا لذاته في هذا المجال ، وإنما مجرد تمهيد للنظر في أمر موظف والتحقق مما إذا كان هناك ما يستوجب مؤاخذته تأديبياً من عدمه و بهذه المثابة فإن القرار المذكور لا ينطوي على تعديل نهائي في المركز القانوني للموظف ولا يعد بالتالي قراراً إدارياً نهائياً مما يجوز الطعن فيه على استقلال"[3] .

---

(١) للمزيد يراجع الدكتور.أنور أحمد رسلان – وسيط القضاء الإداري ــ مرجع سابق ص٤٤٨ وما بعدها .
(٢) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٦٧٨س ١٦ق -جلسة ١٩٦٥/٤/٨- المجموعة س ١٦- ص ٥٣٦ .
(٣) مجموعة الأحكام والمبادئ التى قررتها المحكمة الإدارية العليا فى الحكم رقم ٩٩٦ س ٢٥ق – جلسة ١٩٨٤/٥/١٢، جلسة ١٩٨٤/٣/٢٦ – مجموعة خمسة عشرة عاماً (١٩٦٥ – ١٩٨٠) ج ١، وكذلك الحكمان رقم ٥١٠ س ٩ق ، ٢٧٣ لسنة ١٢ ق جلسة ١٩٦٧/١/٢١ المجموعة س١٢ ص٥٦٢ .

وأيضاً أعتبرت من قبيل ذلك قرار الإحالة للقومسيون الطبي الذي لا يعتبر قراراً نهائياً[1] ، ومنها أيضاً اعتبار جميع الإجراءات السابقة على قرار التجنيد إجراءات تحضيرية[2].

٢ - مقترحات الإدارة:

من أمثلتها اقتراح مجلس إحدى كليات الجامعة بترقية أحد المدرسين إلى درجة أستاذ[3] فلا يعتبر قراراً إدارياً بل هو قرار تمهيدي ، وكذلك اقتراح المجلس الأعلى للقضاء بإحالة أحد القضاة للتقاعد ، والاقتراح بنقل بعض الموظفين من إدارة إلى أخرى.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز بأن " ... ما جاء بتأشيرة وكيل الوزراء المساعد لشئون طب الأسنان(بأحقية أحد الأطباء لشغل وظيفة استشاري)[4] فهو لا يعدو أن يكون توصية لا ترقى إلى القرار الإداري ،ولا تنشئ للمدعية حقاً أو مركزاً قانونياً ".

كما قضت محكمة التمييز في حكم آخر بأن " ... من المقرر أن المعلومات التي تتبادلها الجهات الإدارية فيما بينها والاقتراحات التي تمثل خطوة من خطوات إصدار قرار تنفيذي لا تولد آثاراً قانونية بذاتها إذ أن القرار الإداري هو ذلك الذي تفصح به الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إحداث مركز قانوني معين متى كان ممكناً وجائزاً قانوناً .....[5]

يضاف إلى ما سبق ما تبنته سابقاً محكمة التمييز من أنه "... إذا رأت المحكمة بأسباب صحيحة أن قرار المجلس البلدي بتخصيص القسيمة المعينة

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٢٧٣ س١٢ ق جلسة ١٩٦٧/١/٢١ المجموعة س١٢ص ٥٦٢.
(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٩٩٨ - س ١٣ ق- بتاريخ ١٩٦٠/٦/١٤.
(٣) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٦١٤٨ س ٨ق -جلسة ١٩٥٧/٦/٢٧-المجموعة س١١ ص٦٠٤ .
(٤) أضيف بمعرفة الباحث.
(٥) حكم محكمة التمييز رقم١٩٩٤/٤ -جلسة ١٩٩٦/٥/٢٤-موسوعة المبادئ القضاء الإداري -الكتاب الأول -ج٢ القاعدة رقم ٢٠٧ ص٦١٦ ، وأيضاً الحكم رقم ٢٠٠٠/٥٧١- إداري جلسة ٢٠٠٣/٤/١٤ حكم غير منشور .

لإقامة مخازن تبريد عليها فأنه يتعين التزامه وعدم استغلال أجزاء من القسيمة ، في غير الغرض الذي خصصت من أجله وإذا فعلت ذلك فأنه يتعين التزامه وعدم استغلال أجزاء من القسيمة في غير الغرض الذي خصصت من أجله ، وإذ فعلت ذلك فإنه يكون من حق الجهة الإدارية أن تتخذ ما تراه لمنع هذه المخالفة ، وما خلصت إليه المحكمة من عدم قبول ما تتحدى به الطاعنة من أوراق استهدفت استطلاع الرأي في جواز استغلال تلك المخازن كمخازن لتوزيع المواد الغذائية لأنها صادرة ممن لا ولاية لهم بتعديل قرار المجلس بالتخصيص إنما يتفق وصحيح القانون ذلك أن المعلومات التي تتبادلها الجهات الإدارية فيما بينها والاقتراحات التي تمثل خطوة من خطوات إصدار قرار تنفيذي كل ذلك لا يولد آثاراً قانونية ومن ثم لا ترقى إلى مرتبة القرارات المعدلة أو الملغية للقرار الصادر من البلدية بالتخصيص وأنه وإذ خالف الطاعن الغرض الذي من أجله خصصت القسيمة بالقرار الإداري الصادر بذلك فأنه يحق للإدارة الامتناع عن ترخيص المحلات .." (١)

٣- التحقيقات:

قبل أي قرار يصدر بتوقيع جزاء على الموظفين لتقرير ثبوت مسؤولية من عدمها ، ينبغي القيام – إستجابة لحق الدفاع المقدس – ببعض الإجراءات ومنها التحقيقات التي اعتبرت أعمالاً تحضيرية ، وعلى ذلك لا يقبل الطعن بالإلغاء في محاضر التحقيق ومذكرة نتائج التحقيق والوثائق والمستندات المرفقة بالتحقيق ، وإقتراحات المحقق وإبلاغ التحقيق للرئيس الإداري ،مع ملاحظة أنه يقبل الطعن بالإلغاء في القرار المبني على نتائج التحقيق قبل قرار توقيع جزاء على الموظف الذي تم التحقيق معه بعد ثبوت مسؤوليته.

---

(١) حكم محكمة التمييز رقم ١٩٨٥/١٠٣ – تجاري-جلسة – ١٩٨٦/١/١٥- موسوعة مبادئ القضاء الإداري – الكتاب الأول ج٢ –القاعدة رقم ٢٠٨ ص ٦٢٥ وأيضا الحكم رقم ٢٠٠٠/٢٠٥-تجاري –إداري جلسة ٢٠٠١/٤/١٦-حكم غير منشور .

ثانياً ــ بالنسبة لتقارير كفاية العاملين المدنيين بالدولة :

يعرف تقدير الكفاية أو قياس الأداء بأنه تقييم أداء الموظف للعمل ومسلكه وعلاقاته الوظيفية وتقدير مدى قدرته وصلاحيته للقيام بأعمال وظائف ذات مستوى أعلى[1].

ونحن نتعرض لهذه التقارير في هذا الموضع كونها تمر بمراحل عديدة لكي تصبح في عداد القرارات الإدارية النهائية التي تقبل الطعن عليها بالإلغاء فهي تبدأ بوضع تقارير الكفاية بواسطة الرئيس المباشر ثم الرئيس الأعلى ثم تعرض على لجنة شئون العاملين.

وكان لمجلس الدولة المصري السابقة الأولى على نظيره الفرنسي في اعتبار هذه القرارات من قبيل القرارات الإدارية ومن ذلك ما قضت المحكمة الإدارية العليا في ذلك " ... تقدير الدرجة التي يستحقها العامل في كل عنصر من العناصر الواردة بالتقرير هو أمر يترخص فيه الرئيس المباشر ومن بعده المدير المحلي ورئيس المصلحة ثم لجنة شئون العاملين كل في حدود اختصاصه – لا رقابة للقضاء عليهم في ذلك ولا سبيل الى التعقيب على التقدير ما دام لم يثبت أن تقديراتهم كانت مشوبة بالانحراف وإساءة استعمال السلطة – أساس ذلك تعلق وضع التقدير بصحيح اختصاص الإدارة " [2].

وكذلك قضت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها بأن "... تقدير الكفاية بصفة عامة في أي عنصر من عناصر التقدير هو من الأمور التي تترخص فيها الإدارة إلا أن ذلك ليس طليقاً من كل قيد بل مشروط بأن يكون مستنداً إلى عناصر ثابتة مستخلصاً استخلاصاً سائغاً من وقائع تنتجها " [3].

---

(١) للمزيد يراجع الدكتور.أنور أحمد رسلان – تقارير الكفاية – مرجع سابق – ١٩٨٣ ص ١٧ وما بعدها.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٢٨٣٤ س٤١ق – جلسة ٢٠٠١/١٢/٩ – منشور بمجلة المحاماه – العدد الثالث لسنة ٢٠٠٣ –ص٣٢٠.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٤٩٩ س٣٨ – جلسة ٢٠٠١/١٢/١– منشور بمجلة المحاماه العدد الثالث لسنة٢٠٠٣ – ص٣٠٦ .

كما قررت المحكمة الإدارية العليا ــ وبحق ــ قبول دعـوى الإلغـاء ضـد تقارير الكفاية حتى ولو لم يسبقها التظلم الوجوبى المنصوص عليه بقانون مجلس الدولة ، وذلك اكتفاء بسبق التظلم منها وفقاً لما يقرره قانون العـاملين المـدنيين بالدولة في هذا الشأن ، وقد قررت هذا صراحة بقولها " ... إن التظلم المنصوص عليه في قانون مجلس الدولة غير مجد الأمر الذي يقتضى قبول الدعوى شكلاً ولو لم يسبقها التظلم المنصوص عليه في قانون مجلس الدولة اكتفاء بتقـديم الـتظلم المنصوص عليه في قانون العاملين المشار إليه وأن تقرير هذه القاعدة لا يقـوم على أساس إلغاء أحكام التظلم المنصوص عليها في قانون مجلس الدولة بل يستند إلى الحكمة التشريعية من استحداث نظام التظلم الوجوبى "[1].

وفى دولة الكويت ــ تستقل الجهة الإدارية بوضع التقرير عن حالة الموظف دون مشاركة منه ولم يخول المشرع الكويتي الموظف حق الإطلاع على التقريـر المقدم عنه إلا في حالة واحدة هي حالة وضع التقرير بدرجـة ضـعيف ، حيـث ألزمت المادة (١٦) من مرسوم نظام الخدمة المدنية وحدة شئون الموظفين بإبلاغ موظف بصورة من هذا التقرير خلال سبعة أيام من اعتماده من قبل لجنة شـئون الموظفين.

ويجوز للموظف أن يتظلم من التقرير أمام لجنة شـئون المـوظفين خـلال عشرين يوماً من تاريخ إبلاغه إليه ، ويجب على اللجنة أن تنظر في التظلم خلال ثلاثين يوماً من تقديمه إلى وحدة شئون الموظفين ، فإذا قـررت قبولـه أعتبـر الموظف لم يقدم عنه تقرير ويجوز للجنة عند نظر التظلم سماع أقـوال الموظـف وتحقيقها إذا رأت لزوما لذلك ويترتب على الطعن في التقرير المقدم عن الموظف بدرجة ضعيف عدم جواز ترقيته أو منحه العلاوة الدورية إذا حل ميعاد أيهما قبـل البث في التظلم المقدم عنه مروراً من النظام ...[2] .

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٩٧٤/١٢/١٥ المجموعة السنة العشرين صـ٥٥ – مشار إليه في الدكتور.أنـور أحمـد رسلان – تقارير الكفاية ــ مرجع سابق ــ ص٢١٧.

(٢) براجع الدكتور.عادل الطبطبائى – الوسيط فى قانون الخدمة المدنية الكويتى١٩٩٨ – طبعة الثالثة ــ مرجع سابق– ص١٨٧.

وقد قضت محكمة التمييز في أحد أحكامها بأنه " ... أنه ولئن كانت قرارات تقدير الكفاية التي توضع عن الموظفين العموميين لم ترد ضمن اختصاصات الدائرة الأولى الإدارية التي أعددتها المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ بإنشاء دائرة بالمحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية ألا أنه لما كانت تقارير الكفاية بعد استيفاء مراحلها القانونية هي قرارات إدارية نهائية تؤثر مآلاً في الترقية والفصل المنصوص عليها في الفقرة الثالثة والرابعة من المادة الأولى فأنه بذلك تختص تلك الدائرة – ودون غيرها بالفصل فيها مع وجوب شرط مسبق بالتظلم من القرار النهائي الصادر بتقرير الكفاية بحيث إذا رفعت الدعوى قبل تقديمه فأنها تكون غير مقبولة ..." (١)

وهذا الحكم يعتبر تأييد من محكمة التمييز لقضاء الدوائر الإدارية المحمود في حمل الاختصاصات المقيدة على التفسير الواسع وضم ما يمكن ضمه من المنازعات الإدارية غير المنصوص عليها صراحة في قانون إنشاء الدائرة الإدارية.

البند الثاني ــ الإجراءات الداخلية :

وهى القرارات التي يكون فيها الباعث عليها رغبة الإدارة في تنظيم العمل المنوط بها داخلياً ، فهي ضمن نطاق السلطة التقديرية للإدارة لا تنتج آثاراً قانونية وبالتالي فهي لا ترقى إلى مصاف القرارات الإدارية التي تصلح أن تكون محلاً للطعن عليها بالإلغاء.

ومن الأمثلة عليها – قرارات تنظيم أعمال الامتحانات داخل الجامعة ، والجزاءات العسكرية التي توقع على الجنود لارتكابهم مخالفات عسكرية داخل وحداتهم وقرارات العمل وتوزيعه على موظفي إحدى الإدارات.

---

(١) حكم محكمة التمييز رقم ١٩٩٠/٢١٠ إدارى جلسة ١٩٩٢/٦/٢٢ – موسوعة مبادئ القضاء الإدارى– الكتاب الأول – ج٢– القاعدة رقم ١٣٤ –ص١٤٢.

ومن ذلك ما قررته المحكمة الإدارية العليا بأن " ... المواد أرقام ٢٣، ٢٤، ٢٥ من القانون رقم ١٢٢ لسنة ١٩٨٢ بشأن إنشاء المدارس الفنية الأساسية العسكرية- مؤداها أن المشرع أناط بمجلس إدارة المدارس وحده دون سواه سلطة توقيع عقوبة الفصل النهائي من المدرسة وإلزام الطالب ووليه الطبيعي بنفقات التدريب والأعاشة عن السنوات التي قضاها بالمدرسة أو جزء منها " (١).

وأيضا قررت ذات المحكمة بأن "... توجيهات رئيس الوزراء بما تضعه من شروط للترقية بالإضافة إلى تلك المقررة بنصوص صريحة لا تعدو مجرد توجيهات إدارية لا ترقى إلى مرتبة القانون ولا تشكل قيدا على حق الإدارة في إجراء الترقيات مادامت مطابقة "(٢)

وفي الكويت ــ اعتبرت محكمة التمييز كذلك قرارات وتوجيهات مجلس الوزراء ليست قرارات إدارية ، وقررت أن مفاد نص المادة ١٢٣ من الدستور أن السلطة التنفيذية ممثلة في مجلس الوزراء هي الجهة المهيمنة الأولى على مصالح الدولة و المجلس هو الذي يرسم سياسة الحكومة ويتابع تنفيذها وأن الإشراف على وزارات الدولة وسير العمل في الإدارات الحكومية ويرسى بقراراته وتوجيهاته الأسس والركائز التي ترتئيها السلطة التنفيذية لازمة لإدارة شئون الدولة وأملاكها ومرافقها العامة ، لاسيما تلك التي تقتضيها دواعي النظام العام والأمن العام والسكينة والصحة العامة وهذه التوجيهات هي في حقيقة الأمر إنما تخاطب الوزراء المختصين كل في حدود اختصاصه لإصدار ما يلزم من قرارات لتنفيذها والعمل بمقتضاها ومن ثم لا يترتب على هذه التوجيهات تلقائيا آثار قانونية مباشرة في مراكز الأفراد كي يسوغ اعتبارها قرارات إدارية أو تصرفات قانونية أخرى من الوزراء المختصين بترتيب الآثار القانونية المباشرة في حق الأفراد ومراكزهم القانونية (٣).

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٧٤٥١ س٤٥ق -جلسة ٢٠٠١/١١/٢٠- مجلة المحاماه العدد الثالث٢٠٠٣- ص٢٩٩.
(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٢٨٩ س ١٦ ق ــ المجموعة ــ ص١٨٠.
(٣) حكم محكمة التمييز رقم ١٩٩٨/٥١٧ - تجارى- جلسة ١٩٩٩/٥/٣١ - موسوعة مبادئ القضاء الإدارى - الكتاب الأول- ج ٢ - القاعدة ٢١٣- ص٦٧٦.

واعتبرت قرارات مجلس القضاء الأعلى في دولة الكويت والمتعلقة بالشؤون الوظيفية لرجال القضاء والنيابة العامة من الأعمال التحضيرية كما في حكم محكمة التمييز التي قالت فيه " ... وحيث أنه تختص دائرة التمييز المنوط بها نظر إلغاء الطعون الإدارية النهائية المتعلقة بأى شأن من شئونهم الوظيفية .. ولما كان ذلك وكان النص في المادة ١٧ من القانون المشار إليه على أن يختص مجلس القضاء الأعلى بالنظر بناء على طلب وزير العدل في كل ما يتعلق بتعيين القضاء وأعضاء النيابة العامة ونقلهم وندبهم لعمل أخر غير عملهم الأصلي ." ذلك على الوجه المبين في هذا القانون ، وللمجلس أن يبدى رأيه في المسائل المتعلقة بالقضاء و النيابة العامة ، وله اقتراح ما يراه في شأنها من تلقاء نفسه أو بناء طلب وزير العدل يدل على أن رأى المجلس فيما يطلب الوزير مشورته فيه من أمور تتعلق برجال القضاء والنيابة لا يكون ملزما للوزير أو مؤثراً بذاته في مراكزهم الوظيفية ولا يعدو من قبيل الأعمال التحضيرية التي تسبق قرار الوزير بما ينتهي إليه رأيه غير مقيد بالرأي الذي أبداه مجلس القضاء العالي فيها ، ذلك أن صفة النهائية لا يكفى لإضفائها على القرار الإداري أن يكون صادرا من صاحب اختصاص بإصداره وإنما ينبغي أن يقصد مصدره الذي يملك إصدار تحقيق أثره القانوني فوراً أو مباشرة بمجرد صدوره وألا تكون ثمة سلطة إدارية أخرى للتعقيب عليه وإلا كان بمثابة اقتراح أو إبداء رأى يترتب عليه الأثر القانوني للقرار الإداري ، ولما كان ذلك ، وكان ما اتخذه وزير العدل من إجراءات استطلاع رأى مجلس القضاء الأعلى وصرف مرتبه عن المدة حتى ١٩٩٢/١١/٨ مع إرجاء البت في الرغبة التي أبداها الطالب في مباشرة العمل ... لا يعدو أن يكون عملاً تحضيرياً من الأعمال التي تسبق قرار الوزير ولا تؤثر على المركز القانوني للطالب فلا تتوافر فيه مقدمات القرار الإداري السلبي بوقف الطالب ، فأن طلب الطالب وقف القرار السلبي بوقفه عن العمل يكون غير مقبولا " [1] .

---

(١) حكم محكمة التمييز رقمي ٣٠٥ /١٩٩٤ - رجال قضاء - جلسة ١٩٩٥/١٠/٢٥- موسوعة مبادئ القضاء الإدارى - الكتاب الأول - ج١ - ص٣٣٦ . .

وتجدر الإشارة إلى أن مجلس الدولة الفرنسي منذ ١٩٩٥ قد بدأ العمل على التضييق من فكرة عدم جواز الطعن بالإلغاء على الإجراءات الداخلية فبدأ يراقب ملائمة هذه الإجراءات للأفعال الموجه لها ، ومن ذلك حكمه في قضية MARIE فقد قبل مجلس الدولة تجاوز السلطة المرفوعة من سجين ضد الإجراء الذي اتخذته إدارة السجن بمعاقبته ثمانية أيام حبس انفرادي مع إيقاف التنفيذ ، وقرر بطلان هذا الإجراء لأن العقوبة غير متناسبة مع الأفعال التي أرتكبها السجين ومغالى في تقديرها وان طبيعة الإجراء وخطورته تحتم علينا الاعتراف له بصفة القرار الإداري .

أيضاً ما قرره في قضية أخرى عرفت باسم HARDOUIN مشروعية الإجراء الذي أتخذه قائد الجيش ضد أحد الأفراد بوقفه عشرة أيام بعد أن قبل دعوى تجاوز السلطة المرفوعة منه لأن العقوبة تتلاءم والأفعال التي ارتكبها الجندي فهي غير مشوبة بخطأ ظاهري في التقدير .

الأمر الذي يعنى أن مجلس الدولة بدأ ينظر إلى الإجراءات الداخلية بنظرة متفاوتة فبعضها لا يزال يعتبرها إجراءات داخلية لا ترقى إلى مصاف القرارات الإدارية والأخرى اعتبرها قرارات إدارية أخضعها لرقابة المشروعية .

البند الثالث ــ المنشورات :

وهى التي تتضمن تعليمات وإرشادات متعلقة بتنفيذ القوانين واللوائح للقائمين على التنفيذ ، وكأصل عام لا تعتبر قرارات إدارية طالما لم تتضمن تغييراً أو تعديلاً في المراكز القانونية ،والجدير بالذكر أن المنشورات ليست ذات طبيعة واحدة تأخذ حكماً واحدا ، وإنما يتوقف الحكم فيها بناءاً على تكييف طبيعتها ، وهى تنقسم إلى قسمين :

*الأول ــ المنشورات اللائحية*ــوهذه تتضمن قواعد قانونية تنال المراكز القانونية بالتغيير والتبديل فتعتبر قرارات إدارية تصلح لأن يطعن عليها بالإلغاء .

*الثاني ــ المنشورات التفسيرية*ــوهى التي تقتصر على مجرد تفسير نصوص القانون المراد تطبيقه دون التأثير على المراكز القانونية ولا تعتبر قرارات إدارية.

وقد أشارت المحكمة الإدارية العليا في حكم لها في الطعن على حكم محكمة القضاء الإداري التي قررت حيال أمر إداري صادر من السيد الأستاذ المستشار رئيس محكمة الجيزة الابتدائية بفرض نظام الميكروفيلم بكافة جزئياته ، وقررت أنه يعد منشوراً تفسيرياً لا يرتب آثار قانونية في مواجهة المتعاملين مع المرفق وإنما يلزم فقط العاملين بالمحكمة وقضت بعدم قبول الدعوى إلا أن المحكمة الإدارية العليا قررت الصفة الإدارية لعمل رئيس المحكمة بأنه قد "... تبدى أن الإفصاح عن الإرادة الملزمة الصادرة من رئيس المحكمة سواء صاغها في شكل منشور أم تعليمات أم أوامر إدارية في حقيقته قرار إداري تنظيمي ومن ثم يخضع لرقابة المشروعية أمام محاكم مجلس الدولة وإذا قضى الحكم للقرار المطعون فيه بعدم قبول الدعوى لانعدام القرار الإداري فإنه يكون قد صدر مخالفاً للقانون خليقاً بالإلغاء" (١).

البند الرابع ــ الإجراءات التنفيذية :

هي التي تتخذها الإدارة تنفيذا للقوانين واللوائح ويكون لها أثر قانوني على المراكز القانونية ، فالآثار القانونية قد تترتب مباشرة من هذه القوانين وتلك اللوائح (٢).

ومن ذلك ما قررته محكمة القضاء الإداري بان " ... القرار الصادر بتنفيذ حكم ليس قراراً إدارياً لأن ذلك لا يعدو أن يكون إجراءاً تنفيذياً لهذا الحكم ولا

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٢٧٤٨ س ٣٢ق جلسة ١٢/١/ ١٩٩١ .
(٢) للمزيد يراجع الدكتور رأفت فودة-عناصر وجود القرار الإداري – مرجع سابق-ص٤٣٨.

يرتفع إلى مرتبة القرارات الإدارية التي تفصح إرادة الجهة الإدارية عنها بقصد إحداث مراكز قانونية بالنسبة لمن صدرت بشأنهم ، الأمر الذي يترتب عليه عدم قبول الطعن بالإلغاء بالنسبة لهذه القرارات .." (١).

وفى دولة الكويت قررت محكمة التمييز أن الأعمال التي تتخذ بعد صدور القرار وتتعلق به لا تعد قرارات إدارية فقررت أنه " ... يشترط في القرار الإداري المطعون فيه أن يكون محدثاً بذاته آثار قانونية تؤثر في المركز القانوني للطاعن ، وليس من هذا القبيل الأعمال التي تتخذ بعد إصدار القرار وتتعلق به سواء لتطبيقه وتنفيذه أو لتأكيده ، طالما أنها لم تتخذ آثاراً جديدة أو لم تضف عناصر جديدة إلى القرار الأصلي تؤثر في المركز القانوني للطاعن " (٢).

وإذا أرتبط العمل المادي بالقرار الإداري برابطة سببية أدى ذلك إلى اعتبار القرار الإداري مطروحاً على المحكمة ولو لم يكن مطعوناً عليه ، وهذا ما أكدته محكمة التمييز بقولها " ... من المقرر أنه إذا كانت الأعمال المادية تستند إلى قرار إداري وتعتبر تنفيذاً له فلا يجوز النظر إليها مستقلة عن هذا القرار إذ ترتبط به برابطة السببية وتستمد كيانها منه فلا يدخل الطلب المتعلق بها في ولاية المحاكم إلا كان القرار مما يدخل في ولايتها ، وإذا كان الطلب استصدار شهادة الجنسية وجواز السفر يعنى حتماً إصدار قرار بمنح الجنسية فهو يعد حينئذ من مسائل الجنسية التي تنأى عن ولاية القضاء "(٣).

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٨٩٣٦ س ٤٧ ق-مشار إليه في الدكتور رأفت فودة -عناصر وجود القرار الإداري -مرجع سابق ص٤٣٩ .

(٢) حكم محكمة التمييز رقم ١٩٨٨/٢٤٠ - تجاري-١٩٨٩/٣/١٣-موسوعة مبادئ القضاء الإداري -الكتاب الأول-ج٢ القاعدة رقم ٢٠١ص٥٧٩ ، وحكمها رقم ٢٠٠٠/٥٨٠ -تجاري -إداري جلسة ٢٠٠١/٥/٢٨-حكم غير منشور .

(٣) حكم محكمة التمييز رقم ١٩٨٧/١٠٧ - تجاري - جلسة ١٩٨٧/١١/٢٥ - موسوعة مبادئ القضاء الإداري -الكتاب الأول -ج٢- القاعدة رقم ٢٠٥- ص٦٠١ .

ومن ذلك ما اعتبرت محكمة التمييز بأن "... الامتناع عن تنفيذ قرار لجنة قيد المواليد والوفيات بتصحيح اسم الطاعن في سجلات جهة عمله بوزارة الدفاع عملاً مادياً وليس قراراً إدارياً " (١).

وكل ما سبق ما هو إلا بيان للأصل العام للقرارات الإدارية ذات الأثر القانوني وبحكم إنها من قبيل المنازعات الإدارية فهي لا تعتبر مبادئ لا تقبل التغيير أو التبديل لصالح المشروعية ومبادئ العدالة ، بل هي من قبيل الأمثلة وليست على سبيل الحصر ، ويقع على القاضي مهمة مراجعة طبيعة كل عمل على حدة فإن توافرت في العمل شروط القرار الإداري النهائي قبل القاضي نظر النزاع لدخوله في ولايته ، وإلا رفض الطعن بالإلغاء شكلياً .

أيا كان الأمر *فإننا نرى* وجوب تطوير مفهوم القرار الإداري بما يتلاءم مع روح القانون وتطور دور الدولة من الدولة الحارسة إلى الدولة القانونية الحامية لحقوق وحريات الأفراد ومن ثم فالتقيد بعناصر القرار الإداري بحرفيتها يخرج الكثير من التصرفات التي تصدر من جهة الإدارة من نطاق دعوى الإلغاء التي هي بمثابة الحارسة على تطبيق مبدأ المشروعية .

ولماذا نحرم المواطنين من الالتجاء إلى قضاء الإلغاء للطعن على ما يشوب تصرفات الإدارة من أوجه البطلان ، بزعم أن هذا التصرف لا يرقى إلى درجة القرار الإداري بمفهومه المحدود ، ولذلك قد أحسن المشرع صنعاً بعدم وضع تعريف مقيد للقرار الإداري وترك الأمر للقاضي للتحري عن وجود قرار إداري في الدعوى المرفوعة أمامه ، وهذا ما يتسق مع مرونة القانون الإداري بصفة خاصة والقضاء الإداري بصفة عامة لكونه قضاءاً إنشائياً يقرر المبادئ العامة للقانون .

---

(١) حكم محكمة التمييز رقم ١٩٨٨/١١٩ – تجاري – جلسة ١٩٨٩/٢/١٢ – موسوعة مبادئ القضاء الإداري – الكتاب الأول ج٢ – القاعدة رقم ٢٠٦ – ص٦١١.

المطلب الثانى
ميعاد رفع دعوى الإلغاء

رغبة من المشرع في استقرار المراكز القانونية ، وعدم ترك المنازعات بين الإدارة والفرد إلى ما لانهاية تحقيقاً للتوازن بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة حدد المشرع ميعاداً للطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية ، وهو ميعاد قصير روعيت فيه مصلحة الإدارة والأفراد .

فقد حدد المشرع المصري ، ومن بعده المشرع الكويتي[1] مدة ستون يوماً كميعاد لقبول دعوى الإلغاء دون دعوى القضاء الكامل ، لما لدعوى الإلغاء من آثار قانونية مباشرة على مراكز قانونية نشأت أو قد تنشأ حينما يقضى بإلغاء القرار الإداري المشوب بعيب البطلان ، بالإضافة إلى ذلك فإن لدعوى الإلغاء حجية مطلقة على الكافة بخلاف دعوى القضاء الكامل التي تقتصر حجية أحكامها على طرفي النزاع فقط.

وتطبيقاً لذلك نصت المادة السابعة من قانون إنشاء الدائرة الإدارية بدولة الكويت على أن (ميعاد رفع دعوى الإلغاء ستون يوماً من تاريخ نشر القرار الإداري المطعون فيه في الجريدة الرسمية أو النشرات الصادرة عن المصالح الحكومية أو إعلان صاحب الشأن به أو ثبوت علمه به علماً يقيناً ....).

وعليه سوف نتناول موضوع ميعاد الطعن بالإلغاء على فرعين فيما يلي:

الفرع الأول ــ بدء سريان ميعاد الطعن بالإلغاء وامتداده.

الفرع الثاني ــ أحكام ميعاد الطعن بالإلغاء.

---

(١) المادة السابعة من قانون إنشاء الدائرة الإدارية بدولة الكويت رقم ٢٠ س ١٩٨١ .

الفرع الأول

بدء سريان ميعاد الطعن بالإلغاء وامتداده

استجابة لمبدأ استقرار المراكز القانونية فقد حرص المشرع على أن يقيدها بنظام زمني محدود يتعلق برفعها أمام قضاء الإلغاء و لهذا نص المشرع المصري في المادة ٢٤ من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ المنظم لمجلس الدولة على أن (ميعاد رفع الدعوى أمام المحكمة فيما يتعلق بطلبات الإلغاء ستون يوما من تاريخ نشر القرار الإداري المطعون فيه في الجريدة الرسمية أو في النشرات التي تصدرها المصالح العامة أو إعلان صاحب الشأن به).

ولما كانت مدة رفع دعوى الإلغاء – كما رأينا – قصيرة و يترتب على مرورها استقرار الأوضاع الإدارية بالنسبة للأفراد على أساس أنها قرارات قد تكون معيبة وفي هذا ما فيه من غش للأفراد ، فقد رأى المشرع أن يوازن بين الأفراد و الإدارة في هذا الصدد ، بحيث لا يجوز للإدارة أن تسحب أو تعدل قراراتها إلا في خلال المدة التي يجوز فيها للأفراد طلب إلغائها أمام القضاء حتى لا تكون العلاقة مغلقة من جانب الأفراد ومفتوحة من جانب الإدارة ،وحتى كذلك لا تظل المراكز القانونية التي أنشأها القرار الإداري مهددة لأطول فترة زمنية .

وفي ذلك استقرت المحكمة الإدارية العليا على أن "... القرارات الإدارية التي تولد حقاً أو مركزاً شخصياً للأفراد لا يجوز سحبها في أي وقت متى صدرت سليمة – بالنسبة للقرارات الفردية غير المشروعة فالقاعدة عكس ذلك – إذ يجب على جهة الإدارة أن تسحبها إلتزاماً منها بحكم القانون وتصحيحاً للأوضاع المخالفة – المصلحة العامة تقتضي أيضاً أنه إذا صدر قرار فردي معيب من شأنه أن يولد حقاً، فأن هذا القرار يجب أن يستقر عقب فترة معينة من الزمن ، بحيث يسري عليه ما يسري على القرار الصحيح الذي يصدر في الموضوع ذاته – أتفق

على ان هذه الفترة ستون يوماً من تاريخ نشر القرارأو إعلانه قياساً علـى هـذا الطعن القضائي – انقضاء هذه الفترة يكسب القرار حصانة تعصمه من أي إلغـاء أو تعديل ويصبح لصاحب الشأن حق مكتسب فيما تضمنه القرار" [1] .

لذلك كله كان ميعاد رفع دعوى الإلغاء ستين يوماً – و لكن متى يبدأ سريان هذا الميعاد ؟

وهذا ما سوف نتناوله فيما يلي :-

الغصن الأول ــ بدء سريان ميعاد الطعن بالإلغاء.

الغصن الثاني ــ امتداد الميعاد.

الغصن الأول ــ بدء سريان ميعاد الطعن بالإلغاء :

تنص المادة السابعة من قانون إنشاء الدائرة الإدارية بدولة الكويت رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ على أن (ميعاد رفع دعوى الإلغاء ستون يوماً مـن تـاريخ نشـر القرار الإداري المطعون في الجريدة الرسمية أو النشرات الصادرة عن المصـالح الحكومية أو إعلان صاحب الشأن به أو ثبوت علمه به علماً يقينياً) .

ونعرض الآن لبحث النشر والإعلان المؤديين إلى بدء سريان ميعاد الطعـن بالإلغاء على أن نلحق بهما موضوع العلم اليقيني الذي يحل محلهما.

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٢٢٨٨ س٤٥ق-جلسة ٢٠٠٢/٦/١٥ – المجموعة من أول ابريل ٢٠٠٢ إلى آخـر يونيـو ٢٠٠٢ ص١٨٨ .

أولا ــ النشـــــر:

النشر هو وسيلة للعلم بالنسبة للقرارات التنظيمية أو اللوائح ، ويكون النشر في الجريدة الرسمية (القوانين) أو في النشرات المصلحية (القرارات التنظيمية) ، ويجب أتباع نص القانون إذا كان يحدد وسيلة معينة للنشر ، كأن ينص القـانون على أن لصق القرار في أمكنة معينة في المدينة أو نشره في جريـدة رسـمية أو نشرة مصلحيه ،ولا يغنى عن النشر في الجريدة الرسمية أن ينشر القرار في نشرة أوامر تعدها الوزارة إذا كان القانون لا يرتب على النشر فيها ذلك الأثر.

ويشترط في النشر أن يكون العلم شاملا بكل عناصر القرار الإداري بطريقـة تمكن صاحب الشأن من معرفة حقيقة مركزه القانوني المترتب على هـذا القـرار وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا على أنـه " ... النشـر فـي الجريـد الرسمية ليس إجراء مقصوداً لذاته ، إنما هو في غايته وسيلة لأخبار ذوى الشأن بالقرار وإتصال علمهم به – أثار ذلك : علم ذوى الشأن بهذا القرار إنما يقوم مقام النشر في الجريدة الرسمية لكي يرقى هذا العلم مبلـغ مرتبـة النشـر فـي هـذا الخصوص ينبغي أن يحقق الغاية منه بأن يكون علماً يقينياً لا ظنياً أو افتراضياً ، وأن يكون شاملاً لجميع محتويات القرار جامعاً لكل العناصر التي يسـتطيع علـى هداها أن يتبين طريقة الطعن عليه " [1].

وفي دولـة الكويت ــ نص المشرع في المادة السابعة من قـانون إنشـاء الدائرة الإدارية رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ على أنه (ميعاد رفع دعوى الإلغاء سـتون يوماً من تاريخ نشر القرار الإداري المطعون فيه في الجريـدة الرسـمية أو فـي النشرات التي تصدرها المصالح الحكومية أو إعلان صاحب الشأن بـه أو ثبـوت علمه به علما يقينيا) .

---

(١) راجع مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا رقم ١٧٦٩ س٨ق جلسة ١٩٥٧/٦/١٩ – المجموعةس٨ ص١٣١٨ ، وكـذلك حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٤٤ س٢ق-ص١٢٥٨ ، وقد وردت جميع المبادئ التي تحكم النشر في المبادئ المستقرة في احكام المحكمة الإدارية العليا ومنها رقم ٢٠١س١٨ ق -جلسـة ١٩٧٧/٤/٢٤ – المجموعـة س٢٢ ص٥٨ ، وفي كتب الفقهاء ــ راجع الدكتور. سعد عصفور -القضاء الإداري ص٤٣٧ .

ويبدو أن المشرع الكويتي جعل النشر معادلاً للإعلان من حيث قوة كليهما في إثبات وصول القرار المطعون فيه إلى علم صاحب الشأن و في بدء الميعاد المقرر قانوناً للطعن فيه [1].

وقد قضت محكمة التمييز في أحد أحكامها "... أن ميعاد الطعن بالالغاء في القرارات الإدارية ستون يوماً من تاريخ نشر القرار أو إعلان صاحب الشأن به أو ثبوت علمه به علماً يقينياً " [2].

وقد قضت محكمة التمييز أيضاً بأنه "... إذا استلزم المشرع نشر القرار الفردي في الجريدة الرسمية فإنه بالنظر إلى طبيعته والغرض من ذلك الإعلان فإن النشر لا يعد ركناً في القرار ويكون على القاضي الإعتداد به إذا أقام الخصوم الدليل عليه " [3] .

ثانياً ـ الإعلان :

الإعلان هو الطريقة التي تنقل بها الإدارة القرار إلى علم فرد بعينه أو أفراد بذواتهم من الجمهور ولا تلتزم الإدارة بإتباع وسيلة معينة لكي تبلغ الفرد أو الأفراد بالقرار ، فقد يكون ذلك عن طريق محضر أو عن طريق أي موظف إدارى أخر و قد يكون تبليغ الأفراد بأصل القرار و بصورته .

على أنه في أساس العلم بالقرار يبقى الإعلان هو الأصل والنشر هو الأستثناء وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا بأنه "... وإن كان النص على أن النشر كالاعلان وسيلة لإثبات العلم بالقرار المطعون فيه ، إلا أن هذه المساواة بين الوسيلتين ليست كاملة ، إذ يبقى الإعلان بالقرار هو الأصل ، وأما النشر هو الاستثناء ، بحيث لا يكفي النشر حيث يكون الإعلان ممكناً " [4] .

---

(١) يراجع الدكتور.محمود سامى جمال الدين – القضاء الإداري فى دولة الكويت ص ١٧٣ .
(٢) حكم محكمة التمييز رقم ١٧ / ٩٨ تجارى – إدارى جلسة ٨ / ٢ / ١٩٩٩ – الدائرة التجارية – مجلة القضاء و القانون – س٢٧– ج ١– ص٦ .
(٣) حكم محمكة التمييز رقم ٢٠٠٢/٦٧٣-إداري – جلسة ٢٠٠٣/١١/١٠– حكم غير منشور .
(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٦٣٠٦ س ٤٥ق – جلسة ٢٠٠١/١٢/٨ -منشور بمجلة المحاماه العدد الثالث ٢٠٠٣– ص٣١٥ .

وكما هو الحال بالنسبة للنشر يجب أن يكون الإعلان مؤديا إلى العلم التام بمحتويات القرار و بأسبابه إذا كان الإعلان عن هذه الأسباب لازماً ، فإذا اكتفت جهة الإدارة بملخصه فيجب ألا يكون هناك أي شك حول مضمون القرار ، وإلا تغفل حكماً من أحكامه الرئيسية ، و إلا ظل الطعن بالنسبة إليه مفتوحاً.

ويقع عبء إثبات النشر أو الإعلان على عاتق الإدارة ، وللإدارة إثبات الإعلان بأي وسيلة.

وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا أنه " ... يقع عبء اثبات نشر القرار الإداري أو إعلانه إلى صاحب الشأن أو علمه به في تاريخ معين على عاتق الإدارة إذا دفعت بعدم قبول الدعوى... "(١).

كما أضافت هذه المحكمة أن "... علم صاحب الشأن بالقرار المطعون فيه يقوم مقام اخطاره به – وجوب أن يكون العلم يقينياً لا ظنياً ولا إفتراضياً وأن يكون شاملاً لجميع عناصر القرار – يتعين ثبوت هذا العلم في تاريخ معين يصلح لأن يتخذ أساساً لجريان ميعاد الطعن بالإلغاء " (٢) .

ويترتب على عدم القدرة على إثبات حصول الإعلان عدم بدء مدة سريان ميعاد الطعن بالإلغاء.

وقد يشترط المشرع شكلاً خاصاً في الإعلان فعلى سبيل المثال في *دولة الكويت* ما نصت المادة ١٤ من المرسوم بقانون ١٣ لسنة ١٩٨٠ والتي أوجبت إعلان المخالف بالقرار الصادر بتوقيع الغرامة بموجب كتاب موصى عليه بعلم الوصول ، كما أجازت لأصحاب الشأن التظلم من القرارات الصادرة بتوقيع الغرامة أمام المحكمة الكلية خلال ١٥ يوما من تاريخ إعلانهم بها خروجا على قاعدة

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٦٨٠ س٤٠ق – جلسة ٢٠٠١/١٢/٢ – منشور بمجلة المحاماه العدد الثالث ٢٠٠٣ – ص٣٠٨.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٥٧٣ س٣٨ق – جلسة ١٩٩٤/١١/٢١ – الموسوعة الإدارية الحديثة – الفكهاني – ج٤٦– ص٧٤٧ .

الستين يوما المنصوص عليها في المادة السابعة من قانون إنشاء الدائرة الإدارية . و بذلك يتعين الالتزام بهذا الطريق الخاص في إعلان القرار و ميعاد التظلم منه و إلا تعين الحكم بعدم قبول الدعوى و يصبح القرار بتوقيع الغرامة نهائياً " (١).

ثالثاً ـ العلم اليقيني :

العلم اليقيني هو علم صاحب الشأن علماً يقينياً بالقرار الإداري ، ويشترط أن يكون العلم يقينياً وألا يكون ظنياً أو إفتراضياً وهي نظرية قضائية يأخذ بها القضاء الإداري بها في فرنسا و مصر و الكويت .

ويشترط في العلم اليقيني أن يكون علماً يقينياً ومؤكداً ومحدداً وشاملاً لكل عناصر القرار الإداري ، وأن يكون العلم ثابتا بتاريخ محدد.

وتؤكد المحكمة الإدارية العليا ذلك بقولها بأن الأصل هو أن " ... العلم بالقرار الذي يعول عليه في مجال سريان ميعاد دعوى الإلغاء يتعين أن يكون بالغاً حد اليقين بحيث لا يقوم على ظن أو افتراض " (٢) .

وقالت أيضاً بأن "... مناط بدء سريان ميعاد رفع الدعوى هو واقعة نشر القرار المطعون فيه أو إعلان صاحب الشأن به – ليس ثمة ما يمنع من ثبوت العلم بدون الإعلان والنشر حتى قام الدليل القاطع على صاحب الشأن بالقرار علماً يقينياً لا ظنياً ولا إفتراضياً ، وبحيث يكون شاملاً لجميع محتوياته " (٣) .

وكذلك أضافت ذات المحكمة بأنه "... من المقرر أن العلم اليقيني الذي يبدأ منه ميعاد رفع الدعوى يقوم على ركنين الأول أن يكون يقينياً لا ظنياً ولا

---

(١) حكم محكمة التمييز الطعن رقم ١٤٠ لسنة ١٩٨٨ تجارى جلسة ٣٠ / ١ / ١٩٨٩ .
(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣٩٥٨س٤٤ق-جلسة ٢٠٠٢/٤/٧-المجموعة من أول يناير ٢٠٠٢ إلى آخر يونيو ٢٠٠٢ ص١٧ ، وأيضاً حكمها رقم ٢٢٢٣ س٤٣ق جلسة ٢٠٠٠/٢/١٩-المجموعة من أول أكتوبر ٢٠٠١ إلى آخر فبراير ٢٠٠٢ ص٢٩ .
(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٤١٨٢س ٤٥ق – جلسة ٢٠٠٢/٤/١٦ – المجموعة من أول ابريل ٢٠٠٢ حتى آخر يونيو ٢٠٠٢ – ص٣١ .

إفتراضياً، والثاني أن يكون شاملاً لجميع عناصر القرار بما يمكن صاحب الشأن من تحديد مركزه القانوني بالنسبة لهذا القرار ويستطيع أن يحدد على مقتضى ذلك طريقة في الطعن عليه " [1] .

و تقتصر تطبيقات العلم اليقيني على حالتين [2] :

أ) حالة اعتراف الطاعن بعلمه .

ب) حالة تنفيذ الإدارة للقرار المعيب دون سبق نشره أو إعلانه.

و يعتبر قيام الطاعن بالتظلم هي حالة علم يقيني ضمنيا بالقرار المطعون فيه.

أما *المشرع الكويتي* فقد اخذ عند تحديده لميعاد الطعن بالإلغاء بوسيلتين هما النشر وإعلان ذوى الشأن بالقرارات الإدارية ثم أضاف العلم اليقيني كوسيلة ثالثة و التي تضمنها قانون إنشاء الدائرة الإدارية بموجب ما نصت المادة السابعة منه على أن (ميعاد رفع دعوى الإلغاء ستون يوما من تاريخ نشر القرار المطعون فيه في الجريدة الرسمية أو في النشرات التي تصدرها المصالح الحكومية أو إعلان صاحب الشأن به أو ثبوت علمه به علما يقينيا).

و قد فرق المشرع الكويتي ــ و على غرار ما فعل المشرع المصري ــ بين القرار الإداري التنظيمي والقرار الإداري الفردي معتبرا النشر وسيلة للعلم على مستوى القرار التنظيمي باعتبار هذه القرارات تمس عددا غير محدد من الأفراد بحيث يتعذر أو يستحيل معه إعلام المخاطبين بهذه القرارات شخصيا في مقر إقامتهم ، وفى الوقت نفسه يعتبر النشر قرينه على العلم بالقرار بحيث لا يعذر صاحب المصلحة بجهله بالنشر حيث لا يحق له إثبات عكس تلك القرينة.

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٢٩٦ س٤٥ق-جلسة ٢٠٠١/١٠/٣٠ - منشور بمجلة المحاماه العدد الثالث ٢٠٠٣- ص٢٧٣ .

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ١٦٠٤س٨ ق-جلسة ١٩٥٥/٣/٨ -المجموعة س٩ ص٣٥٣، وأيضا حكمها رقم ٣٧١س٥ق-جلسة ١٩٥١/١١/٢٧-المجموعة س٦- ص٧٠ .

وفي هذه التفرقة قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه "... يسري ميعاد الطعن على القرارات التنظيمية العامة من تاريخ نشرها بالجريدة الرسمية – أما القرارات الفردية التي تمس مراكز قانونية ذاتية فيسري ميعاد الطعن فيها من تاريخ إعلانها إلى صاحب الشأن " [1] .

أما بالنسبة للقرارات الفردية فقد أخذ المشرع الكويتي في شأنها بنظرية الإعلان باعتبارها القاعدة الأصل لإعلام صاحب المصلحة بالقرار وان الاستثناء هو النشر ، لأن الوسيلتين في القرارات الفردية غير متساويتين ، بل إنه لا يعتد بالنشر فيها كوسيلة أساسية للإعلام[2] بل لابد من الإعلان الشخصي[3]، والذي ينبغي أن يتضمن بيانات محددة لم يذكرها القانون ١٩٨١/٢٠ لكنه في المادة ١٥ منه أحال إلي القواعد والإجراءات المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠ حيث نصت على أنه (فيما عدا ما نص عليه في هذا القانون يسرى على الدعاوى المنصوص عليها والأحكام الصادرة فيها وطرق الطعن في هذه الأحكام القواعد والإجراءات المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية) .

وحدد المشرع الكويتي من خلال المادة الثامنة من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠ بشأن المرافعات المدنية والتجارية ،البيانات التي ينبغي أن يشتمل عليها الإعلان مثل اليوم والشهر والسنة والساعة التي حصل فيها الإعلان إلى جانب اسم طالب الإعلان بالكامل ومهنته وموطنه ومحل عمله وأسم من يمثله بالكامل وموطنه إن كان يعمل لغيره ، وكذلك أسم المعلن إليه بالكامل ومهنته وموطنه ومحل عمله ،فإذا لم يكن موطنه أو محل عمله معلوماً وقت الإعلان فأخر موطن أو محل إقامة أو محل عمل كان له في الكويت أو في الخارج ،يضاف إلى ذلك أسم

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٦٨٠ س٤٠ ق – جلسة ٢٠٠١/١٢/٢ – منشور بجريدة المحاماه العدد الثالث٢٠٠٣ – ص٣٠٨.

(٢) ثمة بعض القرارات الفردية التى يكون لها أثر بالنسبة إلي غير صاحب المصلحة من أفراد مما يعتبر النشر لهؤلاء الآخرين هو وسيلة العلم بالقرار ،ولا يبدأ سريان الطعون بالإلغاء بالنسبة لهذه القرارت إلا من تاريخ النشر .

(٣) يراجع الدكتور.داود العيسى – المبادئ العامة للقضاء الإداري – مرجع سابق ص ٤٨٢ .

القائم بالإعلان بالكامل ووظيفته والجهة الإدارية التابع لها ، وتوقيعه على كل من الأصل والصورة وكذلك أسم من يسلم إليه الإعلان بالكامل وتوقيعه على كل من الأصل والصورة بالتسليم فضلا عن موضوع الإعلان[1].

وقرر المشرع الكويتي أيضا بالنسبة لعلم الجهات الحكومية أو المؤسسات العامة أن يكون طريق إعلانها بمقر إدارة الفتوى والتشريع فقد نص من خلال المادة العاشرة من قانون إنشاء الدائرة الإدراية على (...أن يكون إعلان الجهات الحكومية والمؤسسات العامة بمقر إدارة الفتوى والتشريع ...) وذلك عدا ما يتعلق بالبلدية فتسلم الصورة إلى إدارتها القانونية بموجب نص المادة العاشرة من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ٣٨لسنه ١٩٨٠.

كل ذلك يعكس رغبة المشرع في التأكيد على إعلان ذوي الشأن باعتباره مؤثراً في سير الدعوى ويبين ذلك من الاهتمام بكل هذه التفاصيل.

موقف القضاء الكويتي :

أكدت محكمة الاستئناف ما شرعه المشرع الكويتي بشأن بدء سريان ميعاد الطعن بالإلغاء في أحد أحكامها حيث قالت بأن " ... القاعدة العامة التي تحكم نفاذ القرارات الإدارية و سريانها في حق الأفراد هي أن القرارات الإدارية تنفذ منذ صدورها من السلطة المختصة ، و لكنها لا تسرى في حق الأفراد الذين توجه إليهم إلا منذ علمهم بها عن طريق إحدى وسائل العلم المقررة قانونا و هي النشر أو إعلان صاحب الشأن أو علمه اليقيني بها ... " [2]

وأضافت " ... مرتبة على ذلك أمرين أولهما أنه يتعين الرجوع إلى تاريخ صدور القرارات الإدارية ليحكم على مشروعيتها لاسيما من حيث اختصاص مصدر القرار و سببه ثانيهما ومنذ صدور القرار و دون حاجة إلي نشره أو إعلانه يكون

(١) مجموعة التشريعات الكويتية – قانون المرافعات المدنية و التجارية والقوانين المكملة له – مرجع سابق ص٢٢.
(٢) حكم محمكة الإستئناف رقم ١٩٨٤/٤٦٠ – جلسة ١٩٨٤/٤/١٠ – حكم غير منشور.

في وسع الادراة تنفيذه ، و لكن بالقدر الذي لا يلحق ضررا بالأفراد لان القرارات الإدارية لا تسرى في حقهم إلا إذا علموا بها عن طريق وسيلة العلم المقررة قانونيا "[1].

وقد أشار القضاء الكويتي من خلال محكمة التمييز إلى "... أن العلم اليقيني البعيد عن الظنية و الافتراضية ينبغي أن يكون شاملا لجميع عناصر القرار بما يمكن صاحب الشأن من تحديد مركزه القانوني بالنسبة إلى هذا القرار و بمقتضى ذلك يستطيع أن يحدد طريقة الطعن فيه "[2]

كما أشارت المحكمة نفسها في حكم أخر بأن " ... المقصود بالعلم اليقيني بالقرار الإداري و الذي تبدأ معه مواعيد الطعن فيه .. هو علم صاحب الشأن بالقرار و فحواه و أسبابه التي قام عليها علما يجعله على بينة من أمره .. و بجميع عناصره بما يمكنه من تبين حقيقة مركزه القانوني بالنسبة إليه و تحديد طريقة الطعن فيه .. و لا يغير من هذا النظر ما يثيره الطاعن من أن الإخطار المعول عليه في الاستدلال على علمه اليقيني لم يوقع من رئيس لجنة التأديب .. ذلك إن العبرة في العلم اليقيني هو أن يعلم الطاعن بمضمون القرار و فحواه فعلاً أياً كان مصدر علمه به و يقع على الإدارة دوماً عبء إثبات علم صاحب الشأن به[3].

---

(١) يلاحظ الدكتور.محمود سامي جمال الدين أن ميعاد الطعن لا يبدأ في السريان لمجرد تحقق العلم به ، إذ يتعين لبدأ سريانه أن يصبح فيه صاحب الشأن في مركز قانوني يجعل له مصلحة شخصية في الطعن ، أي أن العبرة في حساب بدء ميعاد الطعن بالإلغاء ترتبط كذلك بتاريخ ظهور المصلحة في الطعن ضد القرار ، يراجع مؤلفه في القضاء الإداري بدولة الكويت مرجع سابق ، ص ١٧٦ أيضا تراجع أحكام محكمة القضاء الإداري المصري فى ٢٨ / ٥ / ٥٣ رقم ١١٧٧ / للسنة الخامسة القضائية ، أيضا أحكام المحكمة الإدارية العليا رقم ١٠٠٩ ، ١٠٦٨ س٢٣ ق – جلسة ١٩٨٠/٢/١٦ المجموعة س٢٥ ، وأيضا الحكم رقم ٦٤٣ س١٣ ق – جلسة ١٩٧٢/٢/٢٧ – المجموعة س١٧ ص٢٨٣ ، وأيضا الحكم رقم ١٠س ٢١ق – جلسة ١٩٧٩/٤/٢٨ المجموعة س٢٤.

(٢)حكم محكمة التمييز رقم ١٩٩ لسنة ١٩٨٨ تجارى بتاريخ ١٧ / ١١ / ١٩٨٨ ، و أيضا الحكم رقم ١٠٣ – ١٠٤ – ١٠٥ لسنة ١٩٨٦ تجارى إداري – الصادر في ١٨ / ٢ / ١٩٨٧ ، وأيضا حكمها رقم ٢٠٠٢/١٦٩-إداري -جلسة ٢٠٠٢/٥/٦ – حكم غير منشور ، وأيضا حكمها رقم ٢٠٠٢/١٩٧ – إداري – جلسة ٢٠٠٣/٣/١٠ حكم غير منشور.

(٣) يراجع للمزيد ، حكم محكمة التمييز رقم ٢٨٢ / ١٩٨٨ تجارى الصادر في ١ / ٥ / ١٩٨٩ ، وأيضا حكمها رقم ٢٠٠١/٣٩٧-إداري – جلسة ٢٠٠٢/٥/٦- حكم غير منشور ، وأيضا حكمها رقم ٢٠٠٠/٢٥٣-تجاري – إداري – جلسة ٢٠٠١/٣/١٩ – حكم غير منشور .

وفي حكم للدائرة الإدارية أيضاً قررت فيه بأنه "... من المقرر إن ميعاد رفع الدعوى إلى المحكمة فيما يتعلق بطلبات الإلغاء و هو ستون يوما من تاريخ نشر القرار الإداري المطعون فيه أو إعلان صاحب الشأن به إلا أنه يقوم مقام الإعلان ، علم صاحب الشأن به بأية وسيلة من وسائل الأخبار بما يحقق الغاية من الإعلان و لو لم يقع هذا الإعلان بالفعل ، بيد أن العلم الذي يمكن ترتيب هذا الأثر عليه من حيث سريان الميعاد المقرر لرفع دعوى الإلغاء يجب أن يكون علماً يقينياً لا ظنياً ولا افتراضيا و أن يكون شاملا لجميع العناصر التي يمكن لصاحب الشأن على أساسها أن يتبين مركزه القانوني بالنسبة إلى هذا القرار و يستطيع أن يحدد على مقتضى ذلك طريقه إلى الطعن فيه و لا يجرى الميعاد في حقه إلا من اليوم الذي يثبت فيه قيام هذا العلم اليقيني الشامل...".

وأضافت ذات الدائرة بأن "... ويثبت هذا العلم من أية واقعة أو قرينة تفيد حصوله دون التقيد في ذلك بوسيلة إثبات معينة و للقضاء الإداري في إعمال رقابته القانونية التحقق من قيام أو عدم قيام هذه القرينة أو تلك الواقعة و تقدير الأثر الذي يمكنه ترتيبه عليها من حيث كفاية العلم أو قصوره و ذلك حسبما تستبينه المحكمة من أوراق الدعوى و ظروف الحال ، فلا يؤخذ بهذا العلم إلا عند توافر اقتناعها بقيام الدليل عليه ، كما لا تقف عند إنكار صاحب المصلحة إياه حتى لا تهدر المصلحة العامة المبتغاة من تحصين القرارات الإدارية و لا يزعزع استقرار المراكز القانونية الذاتية التي كسبها أربابها بمقتضى هذه القرارات "[1] .

واعتبرت ذات الدائرة في حكم أخر لها أن مضى المدة الطويلة يعد قرينة قانونية على العلم اليقيني فقالت " أن القرار المطعون فيه صدر بتاريخ ١٤ / ١١ / ١٩٩٣ و إن لم يثبت علم المدعيين به علماً يقينيا إلا أن مرور ما يقرب من سبع سنوات على صدور هذا القرار يعد قرينة قانونية على علمهما به وقد أقاما الدعوى الماثلة بتاريخ ١٩٩٩/١٢/٢٢ أي بعد مضى أكثر من ستين

(١) حكم الدائرة الإدارية الأولى – المحكمة الكلية في الحكم رقم ٢١٣ /٩٩ – جلسة ١٩٩٩/١٢/٢٧ – حكم غير منشور .

يوما ومن ثم فان الدعوى بهذه المثابة تعد مقامة بعد الميعاد ،مما لامنـــاص مـــن القضاء بعدم قبول الدعوى لرفعها بعد الميعاد ".[1]

ويقع عبء الإثبات على من ادعى بحصول العلم اليقيني وهـــى الإدارة عـــن طريق إقرار الطاعن صراحة أو ضمنا بعلمه بالقرار أو من خلال حالة تنفيذ القرار الإداري محل الطعن من جانب الإدارة .

و قد قرر القضاء الإداري في *دولة الكويت* عن طريق أحكام دوائره الإدارية هذه المبادئ ، فقررت إحدى هذه الدوائر بأن " الثابت مـــن الأوراق أن المـــدعيين وقعا على عقد القرض المبرم بينهما و بين البنك المدعى عليه (بنك التســـليف و الادخار)[2] و المتضمن منحهما قرضا قدره ٦٦٤٩١ د.ك ، بتـــــاريخ١٩٩٧/٢/١ الأمر الذي ترى معه المحكمة أنهما علماً يقينيـــا بقرار البنك المطعون فيه .. "[3].

وأيضا اعتبرت التقاعس و التراخي عن متابعة أمر واجب بطبيعة الأمـــور و فوات المدة الطويلة من الأمور المفترض العلـــم بهـــا فقـــررت " ... أن القـــرار المطعون فيه صدر بتاريخ ١٣ / ١٢ / ١٩٨١ ويتضمن إلغاء الطلب المقدم مـــن المدعى للحصول على مسكن مما تتكفل الدولة بتوفيره للمستحقين لهذا النوع من الرعاية ، و الفرض أن المدعى قد تقدم بهذا الطلب نظرا لحاجته إلى هذه الرعاية بما يفترض أنه كان يتابع ما تم فيه ، بل إن ذلك كان واجبا عليه بحسبانه يتعلـــق بحاجة قامت به و يريد إشباعها مستفيدا بما توفره الدولة من ميزة في هذا المجال و كان عنده فسحة من الوقت لذلك كي ينشط لمعرفة قـــرار الإدارة فـــي شـــأنه و يطعن عليه في الميعاد إن رأى وجهاً لذلك ، و لا شك أن فوات هذه المدة الطويلة

---

(١) حكم الدائرة الإدارية الرابعة – المحكمة الكلية في الحكم رقم ١٠٦٤ / ١٩٩٩ – حكم غير منشور .
(٢) أضيفت بمعرفة الباحث .
(٣) حكم الدائرة الإدارية الثانية ، المحكمة الكلية – دولة الكويت في الحكم رقم ٥٣٩ / ١٩٩٩ -جلسة٢٠٠٠/١/٢٥ حكـــم غيـــر منشور ، و أيضا الحكم رقم ٧٤٣ / ٩٧ من الدائرة الإدارية الثالثة بجلسة ٢٧ /١/١٩٩٩ – حكم غير منشور .

و قد قاربت الستة عشر عاما من تاريخ صدور هذا القرار حتى إقامة دعوى إلغائه الماثلة يفترض معها علمه بهذا القرار "[1].

وكان ذلك على غرار ما قررته أحكام القضاء المصري حيث استقر قضاء المحكمة الإدارية العليا على أن "... استطالة الأمد بين صدور القرار وبين سلوك الدعوى بطلب إلغائه يؤكد العلم بالقرار – على العامل أن ينشط دائماً إلى معرفة القرارات التي من شأنها المساس بمركزه القانوني وأن يبادر إلى اتخاذ اجراءات اختصامها في الوقت المناسب – الادعاء بعدم العلم حال استطالة الأمد مؤداه إهدار مراكز أستقرت على مدار سنين ... " [2].

الغصن الثاني ــ كيف يتم احتساب الميعاد ؟

إذا ما تحدد بدء سريان المدة وفقا للنشر أو الإعلان أو العلم اليقيني فإن حساب هذه المدة يتم وفقا للقواعد العامة ، و ذلك لان المشرع المصري و المشرع الكويتي قد أحالا إلى القواعد المقررة في قانون المرافعات للمواد المدنية و التجارية في كل ما لم يرد في شأنه نص خاص .

وبيان لذلك نجد المشرع المصري نص في المادة الثالثة من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ على أنه (في حالة وجود نص تطبق الإجراءات المنصوص عليها في قانون مجلس الدولة ، و في حالة عدم وجود نص تطبق قواعد قانون المرافعات المدنية و التجارية إلى حين صدور قانون بالإجراءات الخاصة بالقسم القضائي) .

أما المشرع الكويتي فقد تضمنت المادة ١٥ من قانون إنشاء الدائرة الإدارية انه (يسرى بخصوص الدعاوى المنصوص عليها في هذا القانون القواعد

---

(١) حكم الدائرة الإدارية الأولى – الحكم رقم ٢١٣ / ٩٩–بجلسة ١٩٩٩/١٢/٢٧ حكم غير منشور .
(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣٩٥٨ س٤٤ق – جلسة ٢٠٠٢/٤/٧ – المجموعة من أول ابريل ٢٠٠٢ إلى آخر يونيو ٢٠٠٢ – ص١٧ .

و الإجراءات المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية و التجارية رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠ الذي أشار إلى احتساب الميعاد بحيث لا يتم احتساب يوم الإعلان أو ما في حكمه إذا كان الميعاد مقدرا بالأيام أو بالشهور أو بالسنين مثلما ينقضي الميعاد بانقضاء اليوم الأخير منه) .

أما عن كيفية احتساب الميعاد في مصر:

يبدأ سريان الميعاد من اليوم التالي الذي تم فيه علم صاحب الشأن به علماً يقينيا أو بإعلانه بهذا الميعاد أو من اليوم التالي للنشر و هذا المبدأ يسرى سواء تعلق الأمر ببداية سريان الميعاد أو انتهائه.

و ينتهي ميعاد الطعن بالإلغاء بحساب اليوم الأخير منه باعتباره ميعاداً ناقصاً و تطبيقا لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها تطبيقاً لقانون المرافعات المدنية و التجارية المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ الذي نصت المادة الخامسة عشر منه على أنه " ... إذا عين القانون للحضور أو الحصول على الإجراء ميعادا مقدرا بالأيام أو بالشهور ، أو بالسنين ، فلا يحسب منه يوم الإعلان أو حدوث الأمر المعتبر في نظر القانون مجريا للميعاد ، أما إذا كان الميعاد مما يجب انقضاؤه قبل الإجراء فلا يجوز حصول الإجراء إلا بعد انقضاء اليوم الأخير من الميعاد " [1] .

هذا على مستوى القاعدة العامة ، أما على مستوى الاستثناءات ، فان القانون المصري وضع عدداً من الاستثناءات التي ترتبط بحساب سريان الميعاد إذا ارتبط اليوم الأخير من الميعاد بعطلة رسمية أو ارتبط الميعاد نفسه بالبعد الجغرافي عن مكان المحكمة .

---

(١) مشار إليه في الدكتور.طعيمه الجرف – قضاء الإلغاء ص ١٩٣ و ما بعدها .

تأسيساً على ذلك فان المشرع قد أضاف فكرة اليوم التالي للعطلة إذ وقع اليوم الأخير للميعاد في يوم عطلة سواء كانت العطلة رسمية يوماً أو أياماً حيث نصت المادة (١٨) من قانون المرافعات المصري على أنه (إذا صادف آخر الميعاد عطلة رسمية امتد الميعاد إلى أول يوم عمل بعدها) .

كما أشار إلى فكرة البعد عن مكان المحكمة ، فأضاف أياماً على الميعاد إذا كان صاحب الشأن مقيما على مسافة معينة ، فنصت المادة ١٦ من قانون المرافعات على أنه (إذا كان الميعاد في القانون للحضور أو لمباشرة إجراء فيه زيد عليه يوم لكل مسافة مقدارها ٥٠ كم بين المكان الذي يجب الانتقال إليه و ما يزيد عن الكسور عن ٣٠ كم يزاد له يوم بشرط ألا يتجاوز ذلك ٤ أيام فقط) .

وحيث أضاف ١٥ يوما إذا كان صاحب الشأن مقيما في مناطق الحدود و ٦٠ يوم إذا كان مقيما في الخارج[١].

أما عن كيفية احتساب وانتهاء ميعاد الطعن بالإلغاء في التشريع الكويتي فذلك يتضح من نص المادة ١٧ من قانون المرافعات حيث ورد فيها أنه (إذا كان الميعاد مقدرا بالأيام أو الشهور أو السنين فلا يحسب منه يوم الإعلان أو اليوم الذي حدث فيه الأمر المعتبر في نظر القانون مجريا للميعاد ، و ينقضي الميعاد بانقضاء اليوم الأخير منه ، إذا كان يجب أن يحصل فيه الأجراء ، أما إذا كان الميعاد مما يجب انقضاؤه قبل الإجراء فلا يجوز حصول الإجراء إلا بعد انقضاء اليوم الأخير من الميعاد ، و إذا صادف أخر الميعاد يوم عطلة رسمية امتد إلى أول يوم عمل بعدها) [٢].

---

(١) للمزيد يراجع الدكتور.عبد الغنى بسيونى عبد الله القضاء الإداري – ص ١٤٢ و ما بعدها ، أيضا الدكتور.رأفت فوده – النظام القانوني – مرجع سابق – ص ١٤٠ / ١٤١ ، وأيضا الدكتور.فؤاد العطار – القضاء الإداري للميعاد –مرجع سابق ص ٥٤٦ وما بعدها .

(٢) قانون المرافعات المدنية و التجارية رقم ٣٨ س ١٩٨٠ و تعديلاته المختلفة .. إدارة الفتوى و التشريع ، الطبعة السادسة – ١٩٩٨ .

مما يعنى انقضاء الميعاد بانقضاء اليوم الأخير منه إذا كان يجب أن يحصل فيه الإجراء ، أما إذا كان الميعاد مما يجب انقضاؤه قبل الإجراء فلا يجوز حصول الإجراء إلا بعد انقضاء اليوم الأخير من الميعاد .. و إذا صادف آخر الميعاد عطلة رسمية امتد إلى أول يوم عمل بعدها[1].

فالقاعدة العامة لحساب بداية الميعاد ونهايته عدم احتساب اليوم الأول الذي تم فيه النشر أو الإعلان أو العلم اليقيني مع احتساب اليوم الأخير.

موقف القضاء في دولة الكويت :

وكذلك فعل القضاء الكويتي في الحكم الصادر عن محكمة التمييز حيث أكدت المحكمة على امتداد الميعاد إلى أول يوم عمل إذا صادف أخره عطلة رسمية موضحة أن مفاد الفقرتين الأولى و الأخيرة من المادة (١٧) من قانون المرافعات المدنية و التجارية يدل على أن المشرع قد قصد بإبرام حكم الفقرة الأخيرة من المادة المشار إليها أن يقرر قاعدة عامة بالنسبة لامتداد الميعاد بسبب العطلة بسبب العطلة الرسمية إذا ما وافقت أخره ، فتسرى هذه القاعدة على جميع المواعيد على اختلاف أنواعها بالنسبة إلى سائر فروع القانون سواء أكان الميعاد أجلا واسعاً للقيام بالإجراء خلاله أم كان آجلا يتعين انقضاؤه قبل اتخاذ الإجراء حيث ابتغى المشرع من ذلك أن يسفيد المقرر الميعاد لمصلحته من موعده كاملاً و هذه الحكمة متحققة بالنسبة للمواعيد التي يجب انقضاؤها قبل أمكان اتخاذ الإجراء إذ لمن تقرر الميعاد لصالحه مصلحة في أن يتقيد من كل يوم في الميعاد بما في ذلك اليوم الأخير ليتهيأ للدعوى و تحضير مستنداتها" [2].

---

(١) الدكتور.داود العيسى المبادئ العامة ، للقضاء الإداري ، مرجع سابق ص ٤٨٦ / ٤٨٧ وعلى سبيل المثال لو أن الإعلان قد تم في ٥ / ١٠ / ٢٠٠١ فان ميعاد الطعن يبدأ في اليوم الثاني ٦/ ١٠/ ٢٠٠١ ، و ينتهي في ٦ / ١٢ / ٢٠٠١ و إذا كان ٢٠٠١/١٢/٦ يوم عطلة رسمية جاز لصاحب المصلحة أن يتقدم بطعنه في ٢٠٠١/١٢/٧ ، إذا كان يوم ٧ / ١٢ / ٢٠٠١ يوم دوام رسمي.

(٢) حكم محكمة التمييز رقم١٩٨٦/٧٦-جلسة-١٩٨٦/١٢/٣١-موسوعة مبادئ القضاء الإداري -مرجع سابق - ص٤٠ وما بعدها .

وقالت ذات المحكمة في حيثيات حكمها " ... فان ميعاد الستين يوماً المحددة للبت في التظلم الوجوبى[1] هي من المواعيد الكاملة التي أوجب القانون انقضاؤها قبل اتخاذ الإجراء فتسرى في شأنها قاعدة امتداد الميعاد إذا صادف أخره عطلة رسمية " .

الغصن الثالث ــ امتداد الميعاد

أن شرط الميعاد للطعن بالإلغاء للقرارات الإدارية المعيبة لا يقف عند موضوع بدء سريان الميعاد وانتهائه ،وإنما يمتد ليشمل العديد من القواعد و الأحكام المنظمة للعديد من الموضوعات الجانبية المرتبطة بهذا الشرط العام مثل إمتداد الميعاد.

وعليه يمكن القول بأنه مع تسليمنا بأن ميعاد الطعن بالإلغاء من النظام العام إلا أن المشرع حدد حالات يمتد فيها الميعاد إلى ما بعد الستين يوماً المحددة للطعن بالإلغاء .

أولاً ــ العطلات الرسمية :

وإذا كان المشرع المصري قد توسع في وضع القواعد المنظمة لامتداد ميعاد الطعن إلا أن المشرع الكويتي إكتفي وفقا للمادة ١٠ من قانون إنشاء الدائرة الإدارية بالإحالة إلى قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠ الذي قد أشار إلى تنظيم امتداد الميعاد في عدد من المواد القانونية ، حيث قرر وجود حالتين لامتداد ميعاد الطعن بالإلغاء أولهما حالة العطلة الرسمية عملا بنص المادة ١٧ / ٤ التي نصت على أنه (.. إذا صادف أخر الميعاد عطلة رسمية امتد إلى أول يوم عمل بعدها) و ذلك تمكينا لأصحاب المصلحة من الطعن للإستفادة من الميعاد حتى اليوم الأخير ، و على سبيل المثال إذا كان ميعاد الطعن ينتهي

---

(١) سيأتي الحديث لاحقا عن التظلم الوجوبى كأحد أنواع التظلم راجع ص ١٨٦.

فى١ / ١ / ٢٠٠١ و كان يوم عطلة فان الميعاد يمتد إلى يـوم ٢ / ١ / ٢٠٠١ لكن ذلك لا ينطبق إذا كانت هذه العطلة وسط الميعاد ، لأن الشرط الرئيسي لإمتداد الميعاد في حالة العطل الرسمية أن تأتى العطلة الرسمية في اليوم الأخير.

واعتبرت الدائرة الإدارية يوم الخميس الذي يعتبر في دولة الكويت يوم راحة يوم عطلة يمتد فيه الميعاد ، فقد قررت في أحد أحكامها "... بقبول الدعوى شكلا من أحد الموظفين الذي كان قد تظلم بتاريخ ٢١ / ٥ / ١٩٩٧ في تاريخ سـابق على إخطاره لسبق إعلانه من رئيس لجنة شئون الموظفين ، و لـم تـرد جهـة الإدارة على تظلم المدعى مما يعتبر معه إنتهاء السـتين يومـاً فـي ٢٠ / ٧ / ١٩٩٧ رفضا حكميـاً له ، مما يتعين على المدعى إقامة الدعوى خلال السـتين يوماً التـالية أي حتى تاريخ ١٨ / ٩ / ١٩٩٧ ولما كان من المقـرر أن هـذا اليوم راحة تعطل فيه المصالح الحكومية و أن اليوم الذي يليه و هو الجمعة عطلة فمن ثم يمتد الميعاد إلى يوم ٢٠ / ٩ / ١٩٩٧ ، و هو تاريخ إقامة هذه الدعوى مما يكون معه المدعى قد راعى المواعيد القانونية للطعن على القرار الجديـد ، و إذا إستوفت الدعوى سائر أوضاعها الشكلية ، لذلك فإنها تكون مقبولة شكلا "[1] .

وقررت أيضاً في حكم آخر لها ذات المبدأ بقولها أنه " ... كان يتعين علـى المدعى حتى تكون دعواه مقبولة أن يبادر برفع دعواه طعناً على ذلك القرار خلال الستين يوماً التالية لتلك التي انقضت ، أي في موعد غايته ١٩٩٩/١/٢٣ باعتبار أن الفترة من ١٨-١٩٩٩/١/٢٠ صادفت عطلة عيد الفطر المبارك وأعقبها راحة الخميس وعطلة يوم الجمعة ... ".

(١) الدائرة الإدارية الثالثة المحكمة الكلية – دولة الكويت الحكم رقم ٥٥١ /١٩٩٧ بجلسة ٢٧ / ٥ / ١٩٩٧ حكم غير منشور .

وهو ما نعتبره صدى لما قررته أحكام المحكمة الإدارية العليا في مصر والتي استقرت أحكامها على أن "... إقامة الدعوى خلال ستين يوماً المقررة للطعن بالإلغاء بحسبان أن يوم الخميس يوافق عطلة رسمية – امتداد الميعاد إلى أول يوم عمل وهو يوم السبت " (١) .

ثانياً ـ مواعيد المسافة :

بداءه علينا أن نتبين الحكمة من تقرير هذه المواعيد وهو ماتراه جلياً في حكم المحكمة الإدارية العليا الذي قضت فيه بأن "... ميعاد المسافة مقرر لتمكين ذوي الشأن من الحضور أو مباشرة الإجراءات القانونية بمنح هؤلاء فسحة من الوقت تجاوز الميعاد المقرر لسائر الأفراد تتمثل في ميعاد مسافة يضاف إلى المواعيد المقررة أصلاً مراعاة لتواجدهم بعيداً عن الجهة التي يتعين الحضور إليها أو مباشرة الإجراء فيها – تدرج المشرع في منح هذا الميعاد بزيادته كلما بعدت المسافة بين موطن الفرد والمكان المتعين الحضور إليه أو مباشرة الإجراء فيه " (٢) .

وقد أوضح قانون المرافعات الكويتي فيما يتعلق بميعاد المسافة لمن يكون موطنه خارج الكويت حيث نصت المادة ١٨ / ٤ منه الذكر على أنه (...إذا كان الميعاد معيناً في القانون للحضور أو لمباشرة إجراء فيه زيد ميعاد مسافة قدرها ٦٠ يوماً لمن يكون موطنه خارج دولة الكويت على ألا يعمل بهذا الميعاد في حق من يعلن لشخصه في الكويت أثناء وجوده بها لأن الحكمة من مد الميعاد غير متوفرة في حقه لأنه يستطيع رفع الدعوى قبل سفره) .

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٤٧٢ س٣٦-جلسة ١٩٩٦/٦/٣٠ -الموسوعة الإدارية الحديثة -الفكهاني -ج٤٦-ص٧٩٦.
(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣١٥٧ س٤٥ق – جلسة ٢٠٠٢/٥/١٤ -مجموعة المبادئ من أول إبريل إلى آخر يونيو ٢٠٠٢- ص١٠١ .

وفي ذلك قررت المحكمة الإدارية العليا بأن "... محل الإقامة الذي يعتد بـه في شأن حساب ميعاد رفع الدعوى وما إذا كان يضاف إليه ميعاد مسافة من عدمه – هو محل الإقامة الثابت في عريضة الدعوى " [1] .

أما عن كيفية احتساب هذه الإضافة فقد أخذت المحكمة الإدارية العليا بالقواعد المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية وكان ذلك في حكمها الذي قضت فيه بأن "... ميعاد المسافة الذي يزاد به ميعاد الطعن بمقدار يوم لكل مسافة تبلغ خمسون كيلو متر وبحد أقصى أربعة أيام – يتقرر للمسافة بين المكان الذي يجب الإنتقال منه والمكان الذي يجب الإنتقال إليه أي بين موطن الطاعن والمكان الذي يوجد به مقر محكمة الطعن " [2] .

ويقترح جانب من الفقه الكويتي أنه (لما كان قانون إنشاء الدائرة الإدارية رقم ٢ / ٨١ المعدل بالقانون رقم ٦١ / ٨٢ ينص في المادة الخامسة عشر منه على أن تسرى على الدعاوى المنصوص عليها فيه القواعد و الإجراءات المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية و التجارية فيما عدا ما نص عليه فيه ، فإننا نرى إضافة مواعيد المسافة المنصوص عليها في قانون المرافعات المذكور بالنسبة لميعاد الطعن بالإلغاء وذلك بالنسبة لأصحاب الشأن المقيمين خارج الكويت أو الذين يقيمون فيها لكنهم موجودين بالخارج عند نشر أو إعلان القرارات الضارة بهم) .[3] .

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣٩٣ س٣٥ ق – جلسة ١٩٩٥/٣/١٩ – الموسوعة الإدارية الحديثة –الفكهاني –ج٤٦ – ص٧٩١ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١١٤٩ س٣٧ ق – جلسة ١٩٩٧/٣/٩ –الموسوعة الإدارية الحديثة– الفكهاني –ج٤٦– ص٧٩٣ .

(٣) يراجع الدكتور داود العيسى – المبادئ العامة للقضاء الإداري مرجع سابق ص ٤٩٠ .

ثالثاً ــ حالة القرارات المستمرة :

المقصود بالقرارات المستمرة [١] تلك القرارات التي تتصف آثارها القانونية بالتجدد إلى الوقت الذي تنقضي فيه بإحدى الطرق المقررة قانوناً لإنقضاء القرارات الإدارية ، وهذا ما يميز هذا النوع من القرارات عن القرارات غير المستمرة والتي تحدث آثارها بصفة نهائية تستنفذ أغراضها بتنفيذها مباشرة مثل القرارات الإدارية المرتبطة بالتعيين أو بالترقية أو ما شابه ذلك [٢] .

ومن الأمثلة على القرارات المستمرة القرارات السلبية المتمثلة في الإمتناع عن إتخاذ موقف معين ، أو إصدار قرار محدد كان يجب على الإدارة أن تتخذه وفقاً للقوانين واللوائح[٣] ، غير أنه ينبغي التمييز بين هذه القرارات السلبية المستمرة والقرارات السلبية غير المستمرة وهي القرارات التي لا تخضع لمبدأ إمتداد الميعاد (حيث لا يجوز الطعن بإلغائها بعد الستين يوماً) كما أنه قد تنتمي بعض القرارات الإيجابية إلى القرارات المستمرة كقرار المنع من السفر هو قرار إيجابي مستمر و ليس قرار سلبي مستمر صفة الإستمرارية مثل قرارات منع السفر[٤].

غير أن تنفيذ مثل هذه القرارات مرتبط بإعلان صاحب الشأن به عند امتناع الإدارة عن اتخاذ قراراً محدداً فان هذا الامتناع لا يعد بمثابة قرار حكمي بالرفض أو بالقبول فحسب بل يمتد الميعاد إلى حالة التنفيذ الفعلي للقرار حيث أنه بتمام هذا التنفيذ يبدأ ميعاد الطعن فيه .

---

(١) يعرف الدكتور.ماجد راغب الحلو ، القرار المستمر بأنه ذلك القرار المتجدد مع الزمن و من أمثلته قرار الاعتقال أو التحفظ أو منع السفر ، وهو نوعان قرار مستمر إيجابي مثل منع السفر ، و قرار مستمر سلبي مثل امتناع الإدارة عن إعلاء بعض المبلغ على خلاف ما يقضى به القانون ، راجع مؤلفه القضاء الإداري – مرجع سابق ، ص ٣٥٧ .

(٢) الدكتور.محمود سامى جمال الدين – القضاء الإداري ، مرجع سابق ص ١٩٧ / ١٩٨٢ .

(٣) شرط ألا يكون المشرع قد حدد مدة معينة يتعين على الإدارة خلالها أن تتخذه حيث يعد الامتناع عن هذه الحالة الأخيرة بمثابة قرار بالرفض كما فى بعض حالات التظلم ، أو قرار بالموافقة كما فى حالة الإستقالة ، وهذه القرارات يطلق عليها مصطلح القرارات الحكمية و التى يتعين الطعن بها خلال ستين يوما .

(٤) وقد تمتد القرارات السلبية بالإمتناع و التى تمثل القرارات المستمرة إلى بعض القرارات الإيجابية مثل القرار الصادر بوضع الشخص فى قوائم الممنوعين من السفر و هذا ما أخذت به محكمة القضاء الإداري فى مصر فى حكمها رقم ١٦٤ سق٢٦ – جلسة١٩٧٣/١/٩ ، حيث قررت " أن القرار الصادر بوضع الشخص فى قوائم الممنوعين من السفر هو بطبيعته قرار ذو أثر مستمر مما يجعل له الحق فى أن يطلب رفع أسمه من القوائم فى محل مناسبة تدعو إلى السفر إلى الخارج ، و كل قرار برفض طلبه يعتبر قرارا جديداً يحق له الطعن فيه بالإلغاء ووقف التنفيذ استقلالاً) يراجع ذلك فى الدكتور.محمود سامىجمال الدين القضاء الإداري – مرجع سابق ــ ص ١٩٩ .

وفي ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بأن "... ومن حيث أن القرار السلبي بإمتناع جهة الإدارة عن إتيان فعل كان يجب عليها ان تفعله وهو في حالة الطعن الماثل تمكين الطاعن من استلام عمله بعد عودته من الإعارة ، يعتبر حالة مستمرة ومتجددة ويمتد الطعن عليه ما بقيت الإدارة على موقفها ومن ثم تكون دعواه قد اقيمت في الميعاد "[1] .

مما دفع بالمحكمة الإدارية العليا أيضاً بأن تقرر في أحد أحكامها "... بأنه بتمام تنفيذ القرارات السلبية يبدأ ميعاد الطعن لأن الأساس القانوني في عدم التقيد بمواعيد الطعن في تلك القرارات يقوم على فكرة إستمرارها وعدم إنتهائها "[2].

رابعاً ــ حالة القرارات المعدومة :

المقصود بالقرارات المعدومة تلك القرارات المفتقدة لركن الإرادة أو المشوبة بعيب جسيم من عيوب المشروعية مما يدرجها ضمن القرارات معدومة الأثر القانوني [3] غير قابلة للحصانة التي تتمتع بها القرارات الإدارية [4] الصحيحة،وبالتالي لا تتمتع تلك القرارات بفوات ميعاد الطعن فيها حيث يمتد الطعن فيها بالإلغاء دون التقيد بالميعاد القانوني للطعن .[5] .

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣٦٨٨س ٣٦ق-جلسة ١٩٩٢/١١/٢٤ -الموسوعة الإدارية الحديثة- الفكهاني-ج٣٥- ص٩٦٦ .

(٢) ورد نص حكم المحكمة الإدارية العليا كالتالي (لما كان الأساس القانوني في عدم التقيد بمواعيد للطعن في القرارات السلبية يقوم على فكرة استمرارها و عدم إنهائها فان الأمر لا يكون كذلك إذا ما كان الوضع قد أخذ طريقه الى التنفيذ الفعلي بالنسبة إلى القرار السلبي إذ انه بتمام هذا التنفيذ يبدأ ميعاد الطعن فيه) _ رقم ٣٥٠س١١ق -- جلسة ١٩٦٨/١/١٣ - المجموعة س١٣ – ص ٤٠٩ .

(٣) حيث يرى القضاء أن هذه القرارات بهذا المعنى لا ترقى إلى مستوى القرار الإداري حتى غير المشروع بل تنحدر إلى مستوى العمل المادي معدوم الأثر القانوني .

(٤) يراجع الدكتور.محمود سامى جمال الدين ، القضاء الإداري ص ٢٠١ و ما بعدها ، و يعترف الفقه و القضاء بأنه متى بلغ العيب في القرار مبلغاً معيناً من الجسامة فان القرار لا يكون باطلاً فحسب و لا تستقر آثاره بعد فوات مواعيد الطعن و السحب بل يكون منعدما أى كأنه لم يوجد أصلا يراجع الدكتور.مصطفى كمال وصفى – إنعدام القرارات الإدارية – مجلة مجلس الدولة المصري القاهرة السنة السابعة – ص٢٤٥ و ما بعدها و أيضا الدكتور.عبد الفتاح حسن – إنعدام القرار الإداري – مجلة العلوم الإدارية السلة الثانية – العدد الثاني من ١٩٦٠ ص ١٧١ و ما بعدها .

(٥) للمزيد حول القرارات المعدومة يراجع الدكتور.عبد الفتاح حسن ، إنعدام القرار الإداري تعليق على حكم المحكمة الإدارية العليا ، مجلة العلوم الإدارية السنة الثانية – العدد الثانى – ديسمبر ١٩٦٠ – القاهرة ص ١٧١ و ما بعدها .

وقد تدرج القضاء المصري في موقفه من شرط الميعاد بالنسبة للقرارات الإدارية المعدومة ومدى إمكانية الطعن فيها بالإلغاء أو عدمه ،ففي المرحلة الأولى قررت المحكمة الإدارية العليا في مصر في أحد أحكامها أنه "... ولا يغير من القول أن قرار الترقية الفاقد لتوافر شرط المدة البينية قرار منعدم يتعين إعتباره كأن لم يكن دون التقيد بمواعيد سحب القرارات الإدراية ، ذلك أن الذي ينحدر بالقرار الإداري إلى درجة الإنعدام هو مدى جسامة العيب فكلما كان العيب الذي شاب القرار بسيطاً كان القرار باطلاً ويتحصن إذا لم يطعن عليه خلال المواعيد المقررة ، أما إذا بلغ العيب درجة كبيرة من الجسامة إتجه بالقرار إلى الإنعدام ولا يتحصن ... وعليه يكون العيب الذي شاب القرار عيباً بسيطاً مؤدي إلى بطلانه وتحصنه على النحو السابق ..." (١) .

وفي المرحلة الثانية إتخذ القضاء المصري موقفاً آخر من خلال محكمة القضاء الإداري حيث قررت جواز الطعن بالإلغاء للقرارات الإدارية المعدومة دون التقيد بشرط الميعاد أو المدة المحددة قانونا حيث لا حصانة لهذه القرارات المعدومة لأنها تعتبر كأن لم تكن ،فالانعدام يهبط بالقرار إلى درك العمل المادي الذي يختص القضاء الإداري بتقرير إنعدامه.

وينبغي التمييز بين القرارات الإدارية المنعدمة حقيقة والقرارات الإدارية المنعدمة حكماً ،حيث يبدو واضحاً تخلف ركن الإرادة في القرارات المنعدمة انعداماً حقيقياً أي منعدمة الأركان ، وفي ذلك قررت المحكمة الإدارية العليا بأن "... القرار الإداري لا يكون منعدماً إلا في حالة انعدام إرادة مصدر القرار ..." (٢) ،أما في القرارات المنعدمة حكماً فلا يتخلف ركن الإرادة في القرار وإنما المخالفة جسيمة للمشروعية فهي قرارات مكتملة الأركان (٣) .

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٢١٣س٣٥ق-جلسة ١٩٩٠/١٢/٢٣ – الموسوعة الإدارية الحديثة – الفكهاني -ج٣٥ ص١٠٥١، ١٠٥٢ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٥٤س ٤٢ق – جلسة ٢٠٠٢/٤/١٣ – المجموعة من أول ابريل ٢٠٠٢ إلى آخر يونيو ٢٠٠٢ -ص٢١ .

(٣) يراجع في تفصيل القرارت المنعدمة لتخلف احد الاركان ص ٢٧٢ من نفس البحث .

وقد يكون لنا الحق في أن نتساءل عما يمكن للأفراد أن يتخذوه من موقف في مجال الطعن بالإلغاء تجاه كل نوع من هذه القرارات سواء منها المنعدمة حقيقة أو المنعدمة حكما ؟ وهل لدى الأفراد حقا أو قدرة على التمييز بين كل نوع من هذه القرارات ؟ ومواجهة الإدارة التي أصدرت القرار بشكل يؤدى إلى إلغائه إداريا[1].

نؤيد إجابة الدكتور.محمود سامي جمال الدين عند مناقشته للقرارات المعدومة وتساؤلاته عن حق الأفراد في تحديد جسامة المخالفة التي شابت القرار الإداري وإعتباره منعدماً أم أنه غير مشروع فقط ؟ بأن تحديد جسامة اللامشروعية والعيب في القرار الإداري هو من اختصاص المحاكم التي لها الحق في الإنفراد بتقرير مدى إنعدام القرار وليس للأفراد الحق في القيام بذلك بعيدا عن القضاء[2] .

وأشارت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها ، إلى اتساع دائرة القرارات الإدارية المنعدمة بحيث تشمل القرارات الصادرة عن الجهات الإدارية والتي تتصف بالغش أو التدليس من صاحب الشأن ، حيث قالت فيه "... بأن ثمة حالات لا يخضع سحبها لميعاد الستين يوماً المقرر لسحب القرار الإداري المعيب وهي تتمثل في حالة ما إذا حصل أحد الأفراد على قرار إداري نتيجة التدليس أو الغش ، فلا يكتسب هذا القرار أية حصانة تعصمه من السحب أو الإلغاء بعد إنقضاء المواعيد المقررة قانوناً بسحب القرارات الإدارية ذلك أن سيادة القانون تعلو على كل إرادة لأي فرد أو لأية سلطة – لايسوغ أن يستمر أي قرار أو تصرف إداري خارج نطاق سيادة القانون قائماً في دولة الشرعية والمشروعية ونتيجاً لإثاره بالتفاوض معها ، فالتدليس أو الغش يفسد دائماً جميع التصرفات

---

(١) يحق للإدارة أن تسحب قرارها الإداري حتى لا تدخل في صراع قضائي ، يراجع الدكتور.حسن درويش عبد الحميد حدود السلطة الإدارية و يحق للإدارة في سحب القرارات الإدارية غير المنشورة – مجلة العلوم الإدارية – العدد الثانى ديسمبر ٨٢ القاهر ص ١٧٩ .

(٢) الدكتور.محمود سامى جمال الدين – القضاء الإداري – مرجع سابق – ص ٢٠٣ .

كقاعدة عامة وأصيلة يوخيها النظام العام الدستوري والقانوني علـــى الشـــرعية ، وسيادة القانون ولا يجوز أن يفيد المدلس من نتائج عمله غير المشروع " [1] .

أيا كان الأمر فالقرارات المعدومة لا تتقيد بميعاد رفع دعوى الإلغـــاء حيـــث يمكن سحبها أو الطعن فيها في أي وقت لأنه إذا كان القرار الإداري في جـــوهره تعبيراً عن إرادة السلطة الإدارية فإن من شأن الغلط أو التدليس أو الغش أن يعدم إرادة تلك السلطة .

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٩٤١س٣٣ ق – جلسة ١٩٩١/١٢/١ – الموسوعة الإدارية الحديثة – الفكهاني –ج٣٥ – ص١٠٥٣،١٠٥٤ ..

الفرع الثـــاني

أحكام ميعاد الطعن بالإلغاء

وتحت هذا العنوان نتعرض للعوارض التي تمر على حيـــاة ميعـــاد الطعـــن بالإلغاء ،فهذا الميعاد قد يقف مؤقتاً ،كما قد ينفتح بابه بعد أن يغلق ،وقد ينقطـــع ،وكل هذه الأحوال لها أحكام سوف نتعرض لها على النحو التالي :

الغصن الأول ــ وقف الميعاد :

الغص الثاني ــ فتح الميعاد :

الغصن الثالث : قطع الميعاد :

الغصن الرابع : إنقضاء الميعاد والآثار المترتبة عليه :

الغصن الأول ــ وقف الميعاد :

المقصود بوقف ميعاد الطعن بالإلغاء وجود أسباب تمنع مؤقتاً سريان مدتـــه إلى حين زوال تلك الأسباب التي تحول دون سريان هذا الميعاد و تســـتكمل المدة الباقية بعد زوال هذه الأسباب .

وقد حدد القانون المصري سببين لوقف ميعاد الطعن في دعوى الإلغـــاء :

أحدهمـــا ــ القوة القاهرة .

و ثانيهما ــ نص القانون .

أولاً ـ حالة القـوة القـاهرة :

تتمثل القوة القاهرة في أي مانع قهري أو عذر طارئ يقـف عائقـاً أمـام صاحب الشأن عند محاولته رفع دعوى الإلغاء إلى المحكمة المختصة .

وقد أخذ القضاء الإداري المصري بنظرية القـوة القـاهرة حيـث أشـارت المحكمة الإدارية العليا في قضية مرفوعة أمامها إلى أن "...المرض يعتبـر مـن الأعذار التي ترقى الى مرتبة القوة القاهرة في مجال منع الطاعن من مباشـرة دعوى الإلغاء في ميعادها القانوني – وقف هذا الميعاد بالنسبة إليه الى حين زوال تلك الحالة المرضية " [1].

وقد أخذ المشرع الكويتي بنظرية القوة القاهرة مثل جنـون ذي الشـأن أو نقص الأهلية أو الإعتقال أو حالة الكوارث الطبيعية كالزلازل و الفيضانات[2] وذلك من خلال نص المادة (٤٤٦) من القانون المدني الكويتي ، و التي نظمت إنقطـاع المواعيد وأعذار صاحب المصلحة إلى حين زوال القوة القاهرة وذلك لإسـتحالة إتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة للمحافظة على الحقوق خلال تلـك الظـروف[3] حيث نصت على أنه:

١- لا تسرى المدة المقررة لعدم سماع الدعوى كلما وجد مانع يتعذر معـه على الدائن أن يطالب بحقه و لو كان المانع أدبياً ،كما أنها لا تسـرى كذلك فيما بين الأصيل و النائب.

٢- ويعتبر مانعا يتعذر معه المطالبة بالحق ،عدم توفر الأهلية في الدائن ، أو غيبته أو الحكم عليه بعقوبة جنائية إذا لم يكن له نائب يمثله قانوناً.

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣٢٠٧ س٣٧ق – جلسة ١٩٩٥/١١/٢١ – الموسوعة الإدارية الحديثة – الفكهاني–ج٤٦– ص٨٣٥ .

(٢) يراجع المستشار. عادل ماجد بورسلى – إجراءات المنازعة الإدارية – مرجع سابق – ص ١٠٨ و ما بعدها .

(٣) تشير إحدى الدراسات إلى أن عامل المرض لا يعتبر من قبيل القوة القاهرة إلا بالنظر الى ظروفه و ما أحاطه مـن ملابسـات تخضع لتقدير المحكمة ، كما أن الميعاد لا يتوقف بسبب المانع الأدبى لأن العلاقة مع اللجنة الإدارية علاقة تنظيمية و ليسـت علاقة مع رب العمل – يراجع ،المستشار.عادل ماجد بورسلى ، إجراءات المنازعة الإدارية ، مرجع سابق ص ١٠٩ .

واعتبر الغزو والإحتلال العراقي الآثم لدولة الكويت إحدى صور القوة القاهرة حيث قررت الدائرة الإدارية في أحد أحكامها أن " ميعاد الطعن قد توقف لهذا القرار (الإستقالة الإعتبارية)[1] وغيره بسبب قوة قاهرة هي الغزو والإحتلال العراقي للبلاد ، وتعطيل مرافق الدولة بالكامل حالت بين المدعى وبين مباشرة الإجراءات القانونية اللازمة ، ومن الثابت أن الميعاد المقرر بالقانون لا يسرى في حق كل من يستحيل عليه أن يباشر الإجراءات القانونية الضرورية للحفاظ على حقوقه ،إذن بسبب القوة القاهرة يتوقف ميعاد الطعن عن الجريان ولا يعود مرة أخرى لإستكمال مدته إلا بعد إنقضائها ومن المعروف أن الإحتلال العراقي للبلاد قد عطل مرافق الدولة كاملة وحال دون المدعى واستكمال إجراءات الطعن وتسبب في وقف ميعاده إلى حين عودة الأعمال كاملة في الدولة ،وإذا تظلم المدعى من القرار المذكور بعد زوال القوة القاهرة واستئناف الوزارة عملها بشكل طبيعي،وكان بتاريخ١٢ /٥ / ١٩٩ أقام هذه الدعوى هذه بتاريخ١٦ /٦ /١٩٩١ فانه يكون قد أقامها في الميعاد المقرر قانونا للطعن بالإلغاء وتكون مقبولة شكلاً " [2].

ثانياً ــ حالة النص في القانون :

إلى جانب القوة القاهرة فقد أخذ المشرع المصري بمبدأ التنصيص من حيث النص صراحة على وقف ميعاد الطعن بالإلغاء في بعض القرارات الإدارية مثل قرارات اللجان القضائية الصادرة بالإستناد إلى قرارات مجلس الوزراء المصري حيث أشارت المادة الرابعة من القانون رقم ٣٧٧ / ١٩٥٣ إلى تلك القرارات بالنص عليها صراحة فقالت أنه (يعتبر موقوفا لمدة سنة من تاريخ العمل بالقانون رقم ٣٧٧ / ١٩٥٣ الخاص بالمعادلات الدراسية ميعاد الطعن في قرارات اللجان القضائية الصادرة بالإستناد إلى قرارات مجلس الوزراء المشار إليها في المادة الرابعة منه).

---

(١) أضيفت بمعرفة الباحث .

(٢) حكم الدائرة الإدارية الأولى – الحكم رقم ١ / ١٩٩١ بجلسة ١٦ / ٣ / ١٩٩٢ حكم غير منشور .

الغصن الثاني ــ فتــح الميعــاد :

المقصود به إعطاء صاحب الشأن بعد انقضاء الميعاد مدة ٦٠ يوم أخــرى من تاريخ ظهور مصلحة له في الطعن ، فمرور المدة المقررة للطعن لا يسقط حق الطاعن في طلب الإلغاء طالما لم يبين حقيقة مركــزه بالنســبة للقــرار و مــدى الأضرار التي ستصيبه إلا بعد إنقضاء ذلك الميعاد مما يفتح له ميعاد آخر للطعــن على القرار .

اجتهادات فقهيــة:

وقد حدد الفقه المصري ست حالات يمكن من خلالها فتح ميعاد مــن جديــد وسريانه كاملا مرة أخرى :

الحالة الأولى ــ صدور قرار إداري فردى يبين من خلاله لصاحب الشأن أن من مصلحته في الطعن في قرار إداري سابق كان قــد إتخذتــه الإدارة للكيــد أو الإنتقام أو الإضرار بصاحب المصلحة كأن تقصد الإدارة من قرارها من نقل موظف هو عدم ترقيته أو تهدف إلى ترقية غيره .

وتطبيقا لهذه الحالة قالت المحكمة الإدارية العليا المصرية " ... إن النقل في حد ذاته قد يســتعصي على صاحب الشأن إدراك مراميه فلا يحاسب على ميعــاد الطعن فيه قبل أن ينكشــف له هدفــه ودواعيه وتســفر الإدارة عن وجهتها فيما كــانت ترمى إليه بالنقل وتبتغيه ، وعلى ذلك إذا تبين أنه لم يتهيأ للمدعى غرض الإدارة الجاثم وراء قرار النقل و انبلج أمام ناظريه مدى تأثر مركزه القانون بذلك القرار إلا حين صدور قرار الترقية فيما تضمنه من تخطيه ، كان مــن الحــق إلا يحاسب على ميعاد الطعن إلا من ذلك الحين "[1].

(١) تراجع أحكام المحكمة الإدارية العليا الصادرة ذلك في حكــم المحكمــة الإداريــة العليــا فــي جلســة ١٩٦٢/٢/١٠ وجلســة ١٩٦٦/١/١٢ ، وجلسة ١٩٧٦/٣/٣١ ووأيضا حكم محكمة التمييز الكويتية الطعــن رقــم ٦٦ /١٩٩٥ - تجــارى جلســة ١٩٩٦/١/٢٩ - موسوعة مبادئ القضاء الإداري - الكتاب الأول - ج٢-القاعدة رقم ١٥٠ .

أما الحالة الثانية ـ فتتمثل في عدم أمكان صاحب الشأن التعرف على حقيقة موقفه من قرار معين إلا بعد أن يصل إلى علمه واقعة جوهرية أخفيت عنه سواء كان الإخفاء قد تم بسوء نية أو حسن نية ، حيث يمكن أن يطلب فتح باب الستين يوما من جديد [1].

ومن تطبيقات هذه الحالة ما أكدته محكمة القضاء الإداري المصري من أن ميعاد الطعن بالإلغاء ينفتح له من تاريخ علمه بهذه الواقعة [2].

وفي الكويت ـ قضت محكمة التمييز في أحد أحكامها " من المقرر أن الموظف إذا إمتنع عليه رفع دعوى الإلغاء عن قرار معين لعدم توافر شرط المصلحة فيه وقت صدور القرار أو وقت العلم به والتي هي شرط أساسي لقبول دعواه ، ثم توافرت له المصلحة بعد فوات ميعاد دعوى الإلغاء فيه لا يحاسب على ميعاد الدعوى إلا من تاريخ تحقق شرط المصلحة فيجوز له من هذا التاريخ الذي تبين فيه مركزه القانوني بالنسبة للقرار أن يطعن عليه بالإلغاء وينفتح له من هذا التاريخ ميعاد الدعوى مما مؤداه إن الموظف كان يجوز له قانوناً إن يطعن بالإلغاء على الترقيات التي تمت أثناء مدة إحالته للتقاعد ورقى فيها من هم أحدث منه أقديمة وأقل كفاءة خلال الميعاد القانوني المقرر لدعوى الإلغاء والذي يبدأ سريانه في حقه من تاريخ إعادته للخدمة وعلمه بتلك الترقيات ".

والحالة الثالثة ـ تبدو في شكل صدور حكم قضائي يرسى المركز القانوني لصاحب الشأن بحيث يستطيع من خلال ذلك الحكم تحديد موقفه من القرارات السابقة .

---

(١) الدكتور.إسماعيل البدوي – القضاء الإداري – الجزء الثالث – مرجع سابق ص ٤٤٤ .
(٢)المحكمة الإدارية العليا مجموعة س ٢٠ ق / المبدأ رقم ٢٢ / ص ٤٢٩ .

وتطبيقاً لذلك فقد قضت المحكمة الإدارية العليا بمصر بأن "... ميعاد الطعن في قرار وزير التموين بالإستيلاء على المحل الذي يمارس فيه الطاعن نشاطه ينفتح بصدور حكم المحكمة الإدارية العليا بإلغاء القرار السابق بإلغاء الترخيص له بممارسة النشاط حيث أضف إلى ذلك إنه إذا كان القضاء قد إستقر على تفسير معين للقوانين و اللوائح ثم عدل عن هذا التفسير و أرسى مبادئ جديدة حاز لكل ذي مصلحة اللجوء للإدارة لتصحيح الوضع وفقا للتفسير الجديد و عند الإمتناع أو الرفض يتوجه إلى مجلس الدولة " [1].

في هذه الحالة قالت المحكمة الإدارية العليا المصرية في عدد أحكامها بأنه "... حينما يصدر حكم و يصير نهائياً ينفتح ميعاد الطعن من جديد منذ وقت صدوره سواء كان الحكم خاصاً بضم مدة خدمة سابقة لموظف أم كان خاصاً بإلغاء قرار تخطاه في الترقية فيكشف عن مصلحته [2] في الطعن في قرارات أخرى بالترقية صدرت بعد صدور القرار المطعون فيه و قبل صدور الحكم بإلغائه " [3] .

أما الحالة الرابعة ــ فتتمثل في صدور تشريع جديد يكشف لصاحب الشأن عن مصلحته في الطعن بإلغاء قرار إداري سابق ، مثل صدور قانون يجعل ممن يشغل وظيفة نائب مدير إدارة أساساً للترقية وكان قد صدر قرار سابق بمنح هذا اللقب دون ربطه بالترقية حيث كان لصاحب المصلحة المطالبة بإلغاء ذلك القرار.

وهو ما قالت به المحكمة الإدارية العليا بأنه "... بصدور القانون المذكور أصبح للمدعى مصلحة محققة في الطعن في قرار منح زملائه الأحدث منه أقدمية ... لا يحتج في مواجهته بفوات مواعيد الطعن لأن مصلحته في ذلك لم تنشأ إلا بصدور القانون المشار إليه"[4]

---

(١) الدكتور.طعيمه الجرف – قضاء الإلغاء – مرجع سابق – ص ٢٣٢ و ما بعدها .
(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم٤١٨ س٨ق – جلسة ١٩٦٥/١١/٢١ – المجموعة س١١ – ص ٢٨ .
(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا رقمي ٢٣٦، ٧٥١ س١٢، ١٥ق – جلسة ١٩٧٥/٥/٢٥ – المجموعة س٢٠ – ص٤٢٩ .
(٤) حكم مشار إليه فى الدكتور.إسماعيل البدوى –القضاء الإدارى – ج٣– مرجع سابق ص٤٤٤ .

أما الحالة الخامسة ــ فتتمثل في التنازع السلبي للإختصاص ، إذ أن الطعن في الحكم الأخير بعدم الإختصاص يفتح باب الطعن في الحكم الأول رغم فوات ميعاد الطعن فيه و هذه الحالة غير متوافرة في الكويت لعدم وجود محكمة تنازع إختصاص ضمن تشكيل المحاكم .

أما الحالة السادسة ــ فتبدو واضحة في تصدى القضاء الإداري لفحص مشروعية لائحة معينة رغم إنقضاء ميعاد الطعن فيها و تحصينها ضد الإلغاء وذلك بمناسبة الطعن في قرار إداري فردى صدر تطبيقاً لهذه اللائحة غير المشروعة .

فلقد قررت محكمة القضاء الإداري في مصر في عدة أحكام لها أنه " ... يجوز الطعن في القرارات الإدارية فيما تضمنته من قواعد تنظيمية عامة بطريق غير مباشر أي بطلب عدم الإعتداد بها على أساس بطلانها لمخالفتها للقانون ، و ذلك عند النظر في المنازعات الخاصة بذوي الشأن و التي قد يتمسك فيها بتطبيق تلك القواعد التنظيمية العامة حيث لا يجوز للحكومة التحدي بالقرارات الباطلة استنادا إلى عدم إلغائها في الموعد القانوني المعين لطلب إلغائها أوهي تقضي في الدعوى لولايتها الكاملة عدم الإعتداد بالقرارات الباطلة و لو لم يطلب صاحب الشأن إلغاءها في الميعاد القانوني "[1].

فإلي جانب الدفع بعدم مشروعية القرار الإداري أثناء نظر قضية معينة بهدف إستبعاد تطبيقه في القضية محل النزاع فإنه بالإمكان الدفع بعدم مشروعية القرار اللائحي المطلوب تطبيقه للتخلص من آثاره ، كما يجوز للأفراد طلب إلغاء القرارات الفردية الصادرة تطبيقا للائحة المعيبة على الرغم من مضى مدة الطعن فيها ، إلى جانب طلب التعويض عن الأضرار المترتبة عن القرار الإداري لأن طلب التعويض يظل مفتوحاً [2].

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٨٥٨ ، س ٧ ق ، جلسة ١٩٥٣/١٢/٢-المجموعة س٨- ص ١٦٥ ، وأيضا حكمها رقم ٥٧٧ س٥ق - جلسة ١٩٥٢/٥/٢٩ المجموعة س٦-ص ١١١٢ .

(٢) راجع الدكتور.طارق فتح الله خضر - دعوى الإلغاء - مرجع سابق - ص ١٢٤ و ما بعدها .

وتطبيقاً على ذلك أكدت المحكمة الإدارية العليا في مصر على أن "... قرار الترقية يرتب آثاراً قانونية من عدة نواح يتعين أن تستقر جميعها بفوات ميعاد الطعن دون رفع الدعوى – وقالت المحكمة ...فإذا مضت تلك المدة فلا يجوز المجادلة في أي أثر من آثار القرار ، و من ذلك المجادلة في الأقدمية "(١).

وفي الكويت قررت الدائرة الإدارية في أحد أحكامها أنه " ... من المستقر قضاءاً أن الموظف إذا إمتنع عليه رفع دعوى الإلغاء من قرار معين لعدم توافر شرط المصلحة فيه وقت صدور القرار أو وقت العلم به ، و التي هي شرط أساسي لقبول دعواه ،ثم توافرت له المصلحة بعد ذلك ، و بعد فوات ميعاد دعوى الإلغاء فانه لا يحاسب على ميعاد الدعوى إلا من تاريخ تحقق شرط المصلحة ، فيجوز له من هذا التاريخ فيه تبين مركزه القانوني بالنسبة للقرار أن يطعن عليه بالإلغاء وينفتح له من هذا التاريخ ميعاد الدعوى الذي يقصد بها قطع الميعاد نشوء حالة أو قيام الطاعن بأجراء يترتب عليه زوال ميعاد الطعن السابق للقرار و سريان مدة جديدة للطعن من تاريخ القيام بهذا الإجراء "(٢) .

ونحن نرى إن ربط المشرع لميعاد رفع دعوى الإلغاء بوسائل العلم بالقرار الإداري مع ما فيه من تحديد واضح للمدد إلا انه قد ينطوي على إهدار لمصالح الأفراد ، ومن ثم فيجب ربط ميعاد الطعن بالإلغاء من تاريخ نفاذ القرار الإداري في حق الفرد ، و هذا النفاذ لا يسرى إلا من وقت نشوء مصلحة شخصية للطاعن في الطعن ومن هنا تبدأ مدة سريان ميعاد الطعن بالإلغاء ، ثم بعد ذلك التحقق من العلم بالقرار وهذا يتأثر بأي وسيلة من وسائل العلم التي تضمنها المشرع في النصوص المنظمة لها .

ومن ثم فوقت نشوء مصلحة للطاعن في الطعن على القرار الإداري هو بدء سريان ميعاد الطعن بالإلغاء (٣).

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا –المجموعة س ٣ ق –جلسة ١٩٥٩/١/٣ .

(٢) حكم محكمة الإستئناف – الدائرة المدنية الإدارية – الحكم رقم ١٩٩٤/٣١ جلسة ١٩٩٥/١/٢٣ – حكم غير منشور .

(٣) تصديقا لصحة رأينا السابق راجع محكمة القضاء الإداري رقم ١١٧٧ س ٥ق –جلسة ١٩٥٣/٥/٢٥ –المجموعة س ٧ ص١٣٤٦ ، راجع حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٠٦٨ س٢٠ق جلسة ١٩٧٢/٢/٢٧ –المجموعة س ٢٥ –ص٦٥ ، و رقم ٦٤٣س١٣ق – جلسة ٢٨ / ٤ / ١٩٧٩ المجموعة س١٧ ص٢٣٨ ، ورقم ١٠٠٩س٢٠ق – جلسة ١٩٨٠/٢/١٦ – مجموعة س٢٥ ص٦٥ ، وأيضا حكمها رقم ١٠س ٢١ق – جلسة ١٩٧٩/٤/٢٨ –المجموعة س ٢٤ص١٠٧ .

الغصن الثالث ــ قطــع الميعـــاد :

يقصد بقطع الميعاد هو وجود إجراء يكشف من خلاله حرص المتضرر على التمسك بحقه إزاء القرار المطعون فيه ، ويترتب على هذا الإجــراء زوال ميعــاد الطعن السابق على القرار و نشوء مدة ستين يوماً جديدة.

ويرى الفقه المصري أن حالات انقطاع الميعاد تنحصر في أربعة :

أولا ــ رفع الدعوى إلى محكمة غير مختصة .

ثانيا ــ طلب الإعفاء من الرسوم القضائية .

ثالثا ــ حالة اعتراض الإدارة على القرار الإداري .

رابعا ــ التظــلم .

أما *المشرع الكويتي* فحصر انقطاع الميعاد في حالتين :

١- التظلم.

٢- رفع الدعوى إلى محكمة غير مختصة.

وسوف نوالى تباعاً شرح كل حالة من هذه الحالات.

البند الأول ــ حالة رفع الدعوى إلى محكمة غير مختصة :

يعتبر رفع الدعوى القضائية إلى محكمة غير مختصة ولائيــاً أو نوعيــاً أو قيمياً أو محلياً سبباً مبرراً لانقطاع ميعاد رفع دعوى الإلغاء .

وحكمة هذا الإجراء هو دلالته على حرص صاحب الشأن على مصلحته وعدم تركها خاضعة لظلم الإدارة و تعنتها و خروجها على المشروعية .

ونجد ذلك المعنى في حكم المحكمة الإدارية العليا حيث قضت فيه انه "... إذا كان رفع الدعوى الى محكمة غير مختصة مما ينقطع به سريان ميعاد رفع دعوى الإلغاء فإن الدعوى والحال كذلك تكون قد أقيمت خلال الميعاد القانوني المنصوص عليه في المادة (٢٤) من قانون مجلس الدولة " [١].

وينقطع الميعاد حسب ما يراه المشرع الكويتي برفع الدعوى إلى محكمة غير متخصصة بالنسبة للدعاوى التي لا يشترط بها التظلم و المقصود بذلك المطالبة القضائية أمام جهة ذات اختصاص قضائي تظهر فيها نية الطاعن في المطالبة بحقه فينقطع التقادم و لو كانت المحكمة غير مختصة عملا بالمادة ٤٤٨ من القانون المدني الكويتي ، حيث يظل قطع الميعاد سارياً حتى صدور حكم بعدم الاختصاص ليبدأ بعدها حساب ميعاد الستين يوماً من جديد ، فإذا أحالتها عملا بالمادة ٧٨ / ٣ من قانون المرافعات المدنية و التجارية الكويتي فيكون التظلم منتجا لآثاره[٢].

البند الثاني ــ طلب الإعفاء من الرسوم القضائية :

يعتبر طلب الإعفاء من الرسوم القضائية أو طلب المساعدة القضائية من بين الأسباب التي أعترف بها القضاء الإداري المصري لقطع ميعاد رفع دعوى الإلغاء تأسيساً على أن مثل هذا الإجراء لا يدع مجالا للشك رغبة صاحب الشأن في مخاصمة القرار الإداري كما ينفى قرينة الإهمال في الدفاع عن حقوقه أو قرينة قبول هذا القرار .

و تطبيقا لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا في حكم حديث لها بأنه "... من حيث أنه بناء على ما تقدم فإن طلب المعافاة لا يخرج عن كونه نوعاً من

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٢٨٣س٣٧ق -جلسة ١٩٩٥/١١/١٢ – الموسوعة الإدارية الحديثة – الفكهاني-ج٤٦- ص٨٢٦ ، ٨٢٧ .

(٢) يراجع المستشار. عادل ماجد بورسلى – إجراءات المنازعة الإدارية وفقا للنظام القانوني الكويتي مرجع سابق – ص ١٠٨ .

التظلم أشد أثراً من شكوى تحمل اعتراض صاحب الشأن على القـرار الإداري ، لأنه يعتبر مظهراً قضائياً للطعن على هذا القرار في الموعد القانوني ..." [1] .

وهو أيضاً ما قررته ذات المحكمة حيث قضت بـأن "... طلـب المسـاعدة للإعفاء من الرسوم القضائية يحل محل التظلم ويغني عنه في قبول دعوى إلغاء القرارات الإدارية التي يشترط القانون التظلم منها قبل طلب إلغائها – يترتب على تقديم طلب المساعدة القضائية خلال ميعاد الطعن – قطع سـريان ميعـاد رفـع دعوى الإلغاء – يظل هذا الأثر قائماً لحين صدور قرار في الطلب سواء بـالقبول أو الرفض – بصدور هذا القرار ينفتح ميعاد جديد للطعن بالإلغاء " [2] .

البند الثالث ـ اعتراض جهة إدارية على القرار :

قياسا على حق الأفراد في الاعتراض على القرارات الإداريـة و تقـديمهم للتظلم الإداري فقد قرر القضاء إن اعتراض جهة إدارية على القرار خلال ميعـاد الستين يوما ينتج أثره في قطع سريان الميعاد المقرر للطعن بالإلغاء .

وعلى ذلك فان هذه الحالة تفترض نوعا من التظلم للإدارة ذلك أنه إذا كـان حق إصدار القرار لجهة إدارية ثم اعترضت عليه جهة إدارية أخرى فأنه يترتـب عليه عين النتائج المترتبة على التظلم [3] .

البند الرابع ـ التظـلم :

أخذ كلاً من المشرع المصري والكويتي باعتبار التظلم من قواطـع الميعـاد وبما أن هذا الإجراء يثير الكثير من المسائل الإجرائية القانونية فآثرنـا تناولـه بشيء من التفصيل.

---

(١) دائرة توحيد المبادئ (المادة ٥٤ مكرر من القانون رقـم ٤٧ لسنـة ١٩٧٢) الطعـن رقـم ٢٦٢٣ لسـنة ٣٦ ق جلسة ٦/٢/ ١٩٩٤ – مجلة هيئة قضايا الدولة العدد الرابع السنة ٣٩ أكتوبر – ديسمبر لسنة ١٩٩٥ ص ١٦٦ ، وما بعدها .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٢٦٢٣س٣٦ق-جلسة ١٩٩٤/١٢/٢٤ – الموسوعة الإدارية الحديثة – الفكهـاني – ج٤٦- ص ٨٢٣ .

(٣) يراجع الدكتور طارق فتح الله خضر – دعوى الإلغاء – مرجع سابق – ص ١٢٣ .

أولاً ــ مفهوم التظلم الإداري و هدفه :

يعتبر التظلم أحد الشروط التي ينبغي توافرها كي تكون دعوى الطعن بإلغاء القرار الإداري مقبولة شكلا ، فهو يعتبر بوابة دعوى الإلغاء الأولى التي يهدف منها صاحب المصلحة بطلبه إلغاء القرار الضار بحقه ، فما هو مفهوم التظلم المسبق ؟ و ما هي أشكاله ؟ و ما القواعد المنظمة له ؟ .

١ – مفهوم التظلم الإداري:

التظلم الإداري هو ذلك الطلب الذي يرفعه صاحب الشأن إلى الجهة الإدارية التي أصدرت القرار أو الرئاسية لها طالبا تعديل القرار أو سحبه [١]. و بمعنى أخر هو تعبير عند عدم رضاء صاحب الشأن بالقرار الإداري الذي مس بحقه و علم به بالطرق القانونية المعروفة [٢] ، و لا يمكن لهذا التظلم أن يكون قانونياً [٣] و ذا أثر في انقطاع الميعاد إلا إذا وافق القواعد و الإجراءات التي يتطلبها القانون في التظلم من حيث الشكل و المضمون معاً [٤].

وقد عرف البعض التظلم بأنه (عرض الفرد لحالته كتابة إلى الجهة مصدرة القرار طالباً منها إنصافه وإعادة الحق له و محله الأصلي هو دعوى الإلغاء) [٥].

---

(١) يراجع الدكتور.محمود عاطف البنا – الوسيط في القضاء الإداري – مرجع سابق ص ٢٠٩ .

(٢) يراجع الدكتور.رأفت فوده – النظام القانوني للميعاد فى دعوى الإلغاء – مرجع سابق ص ١٦٧ .

(٣) يرى البعض أن أي طلب يخرج عن مضمون التظلم القانوني لا يعتبر تظلما و إن التزم فى ظاهره بشكليات التظلم ، مثال ذلك قيام صاحب الشأن بطلب إلى الإدارة للاستعلام عن القرار أو للاحتجاج عليه لافتا نظر الجهة الإدارية إليه ، أو طالبا رعايتها أو رأيها أو التشاور حول ذلك – يراجع الدكتور.رأفت فوده – النظام القانوني للميعاد فى دعوى الإلغاء – مرجع سابق – ص ١٦٨ .

(٤) ثار تساؤل حول مدى اعتبار الطلب الذى يقدمه صاحب الشأن إلى الإدارة طالبا منها توضيح أسباب القرار الإداري الصادر فى حقه ، فالفقه الفرنسي خالف القاعدة العامة التى تقضى باعتبار ذلك الطلب ليس تظلما إداريا ، و اعتبر طلب التسبيب تظلما يؤدى إلى انقطاع الميعاد ، و قد استقر مجلس الدولة الفرنسي على أنه مهما طال سكوت الإدارة حيال الطلب فان هذا السكوت لا يتحول إلى قرار ضمنى بالرفض و يظل الميعاد منقطعا حتى تلبى الجهة الإدارية طلب صاحب الشأن و تنفذ ما يترتب عليها ، تراجع المادة الخامسة من قانون مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ ١١ / ٧ / ٧٩ .

(٥) يراجع المستشار.عادل ماجد بورسلى – إجراءات المنازعة الإدارية – مرجع سابق – ص ٩٣ .

وإذا كان التظلم الإداري وفقا للأصول القانونية اختيارياً حسب المصلحة التي يراها صاحب الشأن فان المشرع المصري صنف التظلم الإداري إلى طائفتين الأولى تتمثل في التظلم الاختياري ، و الثانية في التظلم الإجباري أو الوجوبى .

وفى دولة الكويت ـ أخذ المشرع الكويتي من خلال قانون إنشاء الدائرة الإدارية في المادة السابعة منه في مجال قطع الميعاد بنظرية التظلم الإداري إلى الجهة التي أصدرت القرار أو إلى الجهات الرئاسية شرط أن يكون التظلم الإداري قانونيا موافقا للقواعد و الإجراءات التي يتطلبها القانون حيث ينبغي البت في التظلم خلال الستين يوما من تاريخ تقديمه و ينبغي أن يكون قرار رفض التظلم مسببا .

وقد قام المشرع بتحديد إجراءات التظلم من القرارات الإدارية و البت فيها من خلال المرسوم الذي صدر في ١٩٨١ حيث أشارت المادة الأولى منه إلى التظلم الإجباري ، مبينة وجوب تظلم من القرارات الإدارية المنصوص عليها بالفقرات الثانية و الثالثة و الرابعة من المادة الأولى من القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ ، حيث نصت على الآتي (يكون التظلم من القرارات الإدارية المنصوص عليها بالفقرات الثانية و الثالثة و الرابعة من المادة الأولى من القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ المشار إليه إلى الجهة التي أصدرتها أو الجهة الرئاسية لها ، بطلب يقدم أو يرسل بكتاب مسجل بعلم الوصول) .

وفى مجال تحديد معنى التظلم الإداري أشار القضاء الكويتي من خلال محكمة التمييز في عدد[١] من الطعون إلى أهمية تحديد المشرع لمفهوم التظلم الإداري الذي ينبغي أن ينصب على قرار إداري محدداً تحديداً نافياً لأي غموض بشأنه ، و قاطعا في طلب إلغاء القرار المتظلم منه ، فضلا عن علم المتظلم به بالطريق الذي رسمه القانون ، و هذا التوضيح يدعو للتفريق بين طلب التظلم و غيره من الطلبات[٢].

---

(١) يراجع مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز خلال الفترة من ١ / ١ / ٨٦ إلى ٣١ / ١٢ / ٩١ يونيو ١٩٨٦ – القسم الثانى – المجلد الأول ـ البند التاسع – ص ٢١٢.

(٢) مثل الطلب الذي يقدمه صاحب الشأن للإدارة بهدف استصدار قرار إداري معين ، حيث أن التظلم ينصب على قرار إداري قائم وصادر و موجود يدعو المتضرر منه لتقديم التماس أو طلب بإلغائه نظرا لعدم مشروعيته .

٢- هدف التظلم وغايتـــه :

لا يخرج هدف التظلم و الحكمة منه عن نطاق تحقيـــق العدالـــة و حمايـــة المشروعية و إيجاد وسائل وقنوات متعددة لوصول صاحب الحق إلى حقـــه قبـــل التوجه إلى القضاء ، فضلا عن فكرة تخفيف الأعباء عن القضاء بإعطاء الفرصة للإدارة – الخصم الشريف – لمراجعة قراراتها و توخى العدل و الصـــواب عنـــد إصدارها ، و التراجع بجرأة عنها عند وجود عيب أو انحراف[١].

وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا أن "... إنتظار الميعاد المقرر للبـــت في التظلم قبل إقامة الدعوى إنما أريد بي إفساح المجال أمـــام الجهـــة الإداريـــة لإعادة النظر في قرارها المتظلم منه " [٢] .

على أن ذلك يخفي غاية أبعد أخرى وهي التقليل من المنازعات والتخفيـــف عن كاهل القضاء وفي ذلك تؤكد المحكمة الإدارية العليا بـــأن "... الحكمـــة مـــن التظلم الوجوبي هي الرغبة في التقليل من المنازعات بإنهائها من مراحلها الأولى بطريق أيسر للناس وذلك بالعدول عن القـــرار المـــتظلم منـــه إن رأت الإدارة أن المتظلم على حق في تظلمه " [٣] .

و قد أشار المشرع الكويتي إلى الأهمية التي تكتسبها الغايـــة مـــن الـــتظلم والحكمة من وجوده و تنظيم إجراءاته ، فأكد من خلال شرحه للمادة السابعة من قانون إنشاء الدائرة الإدارية في المذكرة الإيضاحية[٤] على أن الحكمة من التظلم الإداري كشرط مسبق للطعن في دعوى إلغاء القرار الإداري غير المشروع تتمثل

---

(١) التظلم الإداري بالشكل القانوني المتبع حاليا قد يكون من ابتداع القانون الفرنسي لكن الفقه الإسلامي لم تغب عنه فكرة الـــتظلم عموما حيث يمكن أن تشمل فى قول عمر بن الخطاب رضى الله عنه (أصابت المرآة و أخطأ عمر) فهى هذه المقولة تظهـــر فكرة التظلم الولائي لمصدر القرار وأثره فى عدول الإدارة عن قرارها.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٢٤٢س٤٣ق – جلسة ٢٠٠١/١١/٢٠ – منشور بمجلة المحاماه العدد الثالث-٢٠٠٣ – ص٢٩٥ .

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٢٦٢٣س٣٦ق – جلسة ١٩٩٤/٦/٢ .

(٤) تراجع المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٢٠ / ٨١ بإنشاء الدائرة الإدارية ، مرجع سابق .

في تمكين الجهات الإدارية من تدارك ما تقع فيه من أخطاء ، والتقليل قدر الإمكان من المنازعات التي تقع بين الجهات الإدارية و أصحاب الشأن.

وعند استقراء أحكام محكمة التمييز في المنازعات الإدارية يبدو واضحاً المبدأ الذي قررته المحكمة في أحد أحكامها بأنه "... استناداً إلى مفاد نص المادتين الأولى والثانية من المرسوم بقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ بشأن إنشاء دائرة بالمحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ، أن طلبات الإلغاء المنصوص عليها في ذات المادة الأولى لا تكون مقبولة إلا بعد التظلم منها إلى الجهة التي أصدرتها أو الجهة الرئاسية لها ، وانتظار المواعيد المقررة للبت في التظلم ، وأن الحكمة من ذلك تكمن في أن تتهيأ للحكومة فرصة دراسة أسباب التظلم وإجابة صاحب الشأن إلى طلبه إذا ما ثبت سلامة التظلم قبل اللجوء إلى القضاء ، وقد أحالت المادة الثامنة في بيان إجراءات التظلم من القرارات الإدارية والبت فيها إلى مرسوم يصدر بهذا الشأن ، وقد صدر بتاريخ ١٩٨٠/١٠/١٥ مرسوم بشأن إجراءات التظلم من القرارات الإدارية والبت فيها ، مؤدى نص المادة الأولى من هذا المرسوم ــ أن المعول عليه في حصول التظلم هو بتقديمه إلى الجهة المختصة للبت فيه ، ولمحكمة الموضوع السلطة التامة في تحصيل فهم الوقائع في الدعوى وفى تقدير ما يقدم لها من البيانات والدلائل وموازنة بعضها بالبعض الآخر وترجيح ما تطمئن إليه منها وطرح ما عداه ما دامت قد أقامت قضاءها على أسباب سائغة ولها صلة بالأوراق وتؤدى إلى ما انتهى إليه حكمها "[1] .

(١) حكم محكمة التمييز رقم ١٩٩٣/١٦٦ تجاري ــ جلسة ١٩٩٤/٧/٢ ــ موسوعة مبادئ القضاء الإداري ــ الكتاب الأول ــ ج ٢ ــ القاعدة رقم ١٢٦ ــ ص ٩١ وما بعدها .

ثانياً ــ شكل التظلم الإداري وأنواعه :

١ – شكل التظلم الإداري:

استلزمت التشريعات على اختلافها أن تكون الكتابة هي الشكل الذي يقدم فيه التظلم الإداري حيث أنه من الأهمية أن يكون للتظلم شكل مكتوب كقاعدة عامة يفرضها المنطق على اختلاف صوره وأنواعه[١].

فالمشرع المصري من خلال قانون مجلس الدولة قد[٢] قرر أن يتم التظلم كتابياً وأن يتضمن البيانات الشخصية وتاريخ التظلم وسببه ، ونص القرار المتظلم منه والتوقيع ، مع جواز التظلم الكتابي إلى الإدارة شخصياً أو من خلال وكيل مثل المحامي أو من في حكمه مع ضرورة تقديم صورة من التوكيل الرسمي ، وهذا بخلاف ما أخذ به المشرع الفرنسي[٣] الذي كان يميل إلى التبسيط في إجراءات التظلم.

موقف المشرع الكويتي ــ أحالت المادة الثامنة إنشاء الدائرة الإدارية بشأن تنظيم التظلم إلى مرسوم صدر لاحقاً في ١٩٨١/١٠/٥ [٤] بشأن إجراءات التظلم من القرارات الإدارية والبت فيها .

وبالتمعن في نصوص وبنود هذا المرسوم نلاحظ انتهاج المشرع الكويتي نهج المشرع المصري ، حيث استلزم الكتابة كشكل أساسي للتظلم المقدم إلى الإدارة ، فقد أشار في المادة الأولى من المرسوم سالف الذكر إلى أن (يكون التظلم .. بطلب يقدم أو يرسل بكتاب مسجل بعلم الوصول) والطلب أو الكتاب يفرض المنطق وجوب وجودهما كتابة .

---

(١) يراجع الدكتور.رأفت فوده – النظام القانوني للميعاد في دعوى الإلغاء – مرجع سابق ، ص ١٨١ .

(٢) يراجع المادة الأولى من قانون مجلس الدولة المصري رقم ٧٢ لسنة ١٩٧٣

(٣) لم يشترط المشرع الفرنسي وكالة رسمية في حالة الإنابة عن الشخص عند التظلم للإدارة حيث أجاز التظلم الإداري من قبل شخص آخر دون حاجة إلى توكيل خاص أو صادر له من صاحب الشأن إلا إذا كان هناك نص خاص يستلزم ذلك ، كما أن المشرع الفرنسي أخذ بمبدأ التخيير حيث يمكن أن يكون التظلم كتابياً أو شفاهة إلا إذا وجد نص خاص يفرض الشكل الكتابي، لكن القانون الصادر في ٨٧/١٢/٣١ بإعادة تنظيم القضاء الإداري أو كل في المادة رقم ١٣ ومن خلال مرسوم ينظم التظلم الإجباري وإجراءات التصالح مع الإدارة فضلاً عن صدور منشورين عن رئيس مجلس الوزراء في ١٩٩٥/٢/٦ يتضمنان مجموعة من الإرشادات الموجهة للإدارة في هذا المجال ، وكان المشرع الفرنسي يستهدف من وراء ذلك بث الثقة في الجهاز الإداري وضمان حقوق المتعاملين والعاملين في الإدارة والتي تؤدي بمجملها إلى تحقق إنسانية الإدارة وتحقق العدالة الإدارية، يراجع الدكتور.رأفت فوده النظام القانوني للميعاد في دعوى الإلغاء مرجع سابق ص ١٨٢ .

(٤) نشر هذا المرسوم بالجريدة الرسمية العدد ١٣٧٨ السنة السابعة والعشرين في ١٩٨١/١٠/١٣ويعمل به من تاريخ نشره .

وهذا التظلم يجب أن يكون مشتملاً على البيانات الشخصية حيث أوضحت المادة الثانية من هذا المرسوم بأن التظلم يجب أن يشتمل على البيانات الآتية :

أ – أسم المتظلم ووظيفته وعنوانه.

ب – تاريخ صدور القرار المتظلم منه ، والأسباب التي بنى عليها التظلم.

ج – موضوع القرار المتظلم منه ،والأسباب التي بنى عليها التظلم.

على أن يرفق بالتظلم المستندات التي يرى المتظلم تقديمها.

ومن الملاحظ أن المرسوم لم يشترط قيام المتظلم بالتوقيع على تظلمه مما يدل على أن خلو التظلم من التوقيع والإمضاء من مقدمه لا يؤثر على صحة التظلم وقيام كيانه القانوني ،فلا أثر لخلو التظلم من التوقيع من حيث دلالته على عدم رضاء مقدمه من تصرف الإدارة ،الأمر الذي حدا به إلى تقديمه لهذا التظلم.

وبالنسبة لدور الجهة الإدارية المقدم إليها التظلم فقد بينته المادة الثالثة من هذا المرسوم التي أوجبت على جهة الإدارة أن تقوم بعد تلقيها التظلم بقيده في سجل خاص – برقم مسلسل – يبين فيه تاريخ تقديمه ،على أن تقوم جهة الإدارة بتسليم المتظلم إيصالاً مبيناً فيه رقم التظلم وتاريخ تقديمه ،أو يرسل إليه بكتاب مسجل بعلم الوصول.

ومن ثم يكون المعتمد في إثبات التظلم وتاريخه على هذا الإيصال وذلك لحساب مواعيد قبول دعوى الإلغاء ،وطرح ما سواه من أوراق أو وثائق[1].

ولقد أشارت المادة الرابعة من ذات المرسوم إلى أنه إذا كان التظلم مقدماً إلى الجهة الرئاسية فعلى هذه الجهة أن تحيل التظلم إلى الجهة التي أصدرت

---

(١) محكمة الإستئناف العليا – قضية رقم ١٩٨٩/٤٥١ – جلسة ١٩٨٩/٦/٦ إداري – حكم غير منشور.

القرار المتظلم منه لتقوم بدورها باتخاذ الإجراءات المنصوص عليها في هذا المرسوم.

ولقد خلا هذا المرسوم من أي نص يقرر أية رسوم على التظلم ، للتسهيل على أصحاب الشأن .

وإلى جانب تلك الشكليات الإجرائية يلتزم المتظلم بتقديم التظلم إلى الجهة الإدارية المصدرة للقرار حيث يخضع المتظلم لعدد من الإجراءات الشكلية المرتبطة بمراحل زمنية منصوص عليها بوضوح ، وهى أربع مراحل تمتد على مدى ٦٠ يوماً[١] حتى يعتبر فوات هذا الميعاد دون إجابة الإدارة عليه بمثابة رفض للتظلم :

المرحلة الأولى ـ مدتها عشرة أيام تلزم فيها الإدارة صاحبة القرار المتظلم منه بتحرير مذكرة بوجهة نظرها خلال عشرة أيام بعد تسلمها التظلم موجهة إلى ديوان الخدمة المدنية ترفق به صورة عن القرار المتظلم منه فضلاً عن جميع الأوراق والمستندات المتعلقة بالموضوع[٢] .

المرحلة الثانية ـ ومدتها عشرون يوماً يلزم ديوان الخدمة المدنية بدراسة التظلم وإرساله إلى إدارة الفتوى والتشريع مشفوعاً برأيها ووجهة نظر الجهة الإدارية التي أصدرت القرار ، وذلك من تاريخ ورود التظلم إلى الديوان.

المرحلة الثالثة ـ ومدتها عشرون يوماً تلزم فيه إدارة الفتوى والتشريع دراسة ملف التظلم من خلال فحصه وموافاة السلطة المختصة أو الجهة الإدارية برأيها وذلك من تاريخ ورود التظلم ومرفقاته إليها[٣] .

---

(١) يراجع المادة السابعة من مرسوم التظلم .
(٢) يراجع المادة الرابعة من مرسوم التظلم .
(٣) يراجع المادة الخامسة من مرسوم التظلم – حيث نصت على المراحل (الثانية والثالثة) وركزت على دور إدارة الفتوى والتشريع في إعطاء الرأي السديد من خلال فحص الملف.

المرحلة الرابعة ــ ومدتها عشرة أيام تلزم فيه الإدارة التي أصدرت القرار المتظلم منه البت في موضوع التظلم قبولاً أو رفضاً وذلك من تاريخ ورود رأي إدارة الفتوى والتشريع إليها ، وعلي الإدارة تبليغ المتظلم بخطاب مسجل بعلم الوصول بالقرار الصادر في التظلم والأسباب التي أدت إلي رفض التظلم[١] .

وتطبيقا لهذه الإجراءات القانونية والشكلية فإن القضاء الكويتي قد التزم إرادة المشرع ،ويبدو ذلك واضحا من خلال الأحكام الصادرة عن محكمة التمييز التي أكدت فيها أهمية الالتزام بالإجراءات الشكلية المنصوص عليها والتأكد علي أن اثر التظلم يتقرر من تاريخ تقديمه إلى الجهة الإدارية التي ينبغي أن تتسلم التظلم وتدرسه وترد عليه وفق الإجراءات التي حددها المرسوم بتاريخ٥/١٠/١٩٨١.[٢]

ومن ثم فيكون المعتمد في إثبات التظلم وتاريخه لحساب مواعيد قبول دعوى الإلغاء على هذا الإيصال وطرح ما سواه من أوراق ووثائق لحساب هذه المواعيد[٣].

٢- أنواع التظلم الإداري :

أخذ جانب كبير من الفقه بمعيار الاختيارية[٤] في التظلم الإداري سواء كان تظلماً ولائياً أو رئاسياً ،بمعنى أن يكون لصاحب الشأن الحق في اختيار التظلم من عدمه ، لأنه أدرى بمصلحته وأكثر حرصاً عليها من غيره ما لم ينص القانون علي غير ذلك ، كما أخذ جانب آخر من الفقه بمعيار الاختيار والوجوب بحيث ينبغي التظلم في أحوال معينة إلى الإدارة التي أصدرت القرار المعيب ومن ثم

---

(١) يراجع المادة السادسة من مرسوم التظلم الصادر في ٨١/١٠/٥ مرجع سابق .
(٢) حكم محكمة التمييز رقم ١٩٩٠/٢٢٢ ــ جلسة ١٩٩٢/٣/١٦ ــ مجلة القضاء والقانون ــ السنة العشرون ــ يناير ١٩٩٧ص٢٥٨.
(٣) محكمة الاستئناف العليا ،قضية رقم ١٩٨٩/٤٥١ بتاريخ ١٩٨٩/٦/٦ إداري ــحكم غير منشور.
(٤) يراجع الدكتورداود العيسى ، المبادئ العامة في القضاء الإداري ــ مرجع سابق ص٤٩٢ .

يمكن القول بأن للتظلم الإداري نوعين ، أحدهما اختياري وثانيهما إجباري[1] ، فكأن القاعدة العامة أو الأصل العام هو الاختيار وكأن الاستثناء هو الوجوب.

أ ـ التظلم الاختياري :

التظلم الاختياري يقدمه صاحب الشأن إلى الجهة الإدارية التي أصدرت القرار الإداري المعيب أو الجهة الرئاسية لها طالباً تعديله أو سحبه ، وعلى ذلك فإن القانون لم يوجب التجاء الطاعن إلى الإدارة بتظلم إداري قبل اللجوء إلى القضاء ومن ثم فللطاعن الخيار بين تظلمه إلى الإدارة أو اللجوء مباشرة إلى القضاء.

وقد أخذ المشرع المصري بالتظلم الاختياري في المادة الرابعة والعشرين من قانون مجلس الدولة المصري رقم١٩٧٢/٤٧ ، حيث ترك الباب مفتوحا لصاحب الشأن لتقديم تظلم إداري إلي الجهة الإدارية ليقطع سريان ميعاد رفع دعوى الإلغاء ، ويكون ميعاد رفع الدعوى ستين يوما من تاريخ انقضاء الستين يوما المرتبطة بالتظلم الإداري والتي ينبغي للإدارة أن تبت فيه من تاريخ تقديمه من صاحب الشأن إن أراد باختياره تقديمه للإدارة مصدرة القرار .

وتطبيقا لهذا النظام القانوني استقر القضاء الإداري [2] في مصر من خلال عدد من الأحكام القضائية علي أن لجوء صاحب الشأن إلي القضاء أمر اختياري ولا إلزام علي الموظفين في ذلك ، كما أن لصاحب الشأن حق الالتجاء إلي الإدارة متظلماً أو إلى القضاء طاعناً يجمع بين هذين الطريقين معاً أو يختار أحدهما .

وعلي مستوى القانون الكويتي فإن المشرع الكويتي أخذ بما استقر عليه المشرع المصري من حيث اعتبار أن الأصل في التظلم الإداري هو الاختيار

---

(١) يراجع الدكتور.رأفت فوده ـ النظام القانوني للميعاد في دعوى الإلغاء ـ مرجع سابق ص١٧١ .

(٢) قالت المحكمة الإدارية العليا في مصر ـ في الطعن رقم٣٠٩٩ لسنة ٣٣ جلسة ١٩٩١/٧/٦ مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا ـ ص١٢٩ إن التظلم الجوازي أو الاختياري هو الذي ترك فيه الشارع لذوي الشأن تقدير مدى تحقيق هذا التظلم لغايته من الطعن علي قرار إداري قبل إقامة دعواه أمام المحكمة المختصة ولا يترتب علي تقديمه عدم قبول الدعوى القضائية .

والجواز حسب ما يراه صاحب الشأن في التظلم أو عدم تقديمه فالأمر متروك لتقديره ورغبته في تقرير التظلم الوجوبي في بعض القرارات .

وعلى مستوى القضاء الكويتي فالتظلم الإداري في الكويت يمكن أن يكون اختيارياً ويمكن أن يكون إجبارياً، لكن مخالفة التظلم الاختياري لأحكام والقواعد المنظمة للتظلم لا يقطع ميعاد رفع الدعوى ، فإذا كان رفع الدعوى بعد فوات الميعاد المقرر قانونا قضت المحكمة بعدم قبول الدعوى لرفعها بعد الميعاد المقرر فقد أشارت الدائرة الإدارية الثالثة في أحد أحكامها أنه "... الأصل هو أن يكون للمتضرر من أي قرار إداري أن يلجأ إلي القضاء الإداري مباشرة دون تقييد ذلك بسبق اتخاذ إجراء معين ، بالتالي فإن الأصل أن يكون التظلم اختياري للمتقاضي ، إذا شاء سلك سبيله قبل إقامة دعواه وإذا شاء نحاه ولجأ إلي قاضيه مباشرة دون سبق ذلك بسلوكه سبيل التظلم ،ومؤدي ذلك إلي التظلم الو جوبي لا يتقرر إلا على سبيل الاستثناء ، وحيث يرى المشرع في ذلك مصلحة عامة ، ومن ثم لا يتقرر بغير نص صريح يقرر وجوب التظلم ويحظر قبول الدعوى قبل تقديمه وانتظار مواعيد الفصل فيه من الجهة الإدارية " [1] وبالتالي ينبغي التفرقة بين نوعين من التظلم في مجال القانون الإداري *أولهما ــ التظلم الو جوبي* ، الذي يفرض المشرع علي المتضرر من القرار الإداري تقديمه إلي جهة إدارية قبل إقامة دعواه كإجراء شكلي جوهري ينبغي مراعاة اتخاذ القرار ولوج طريق الدعوى القضائية ، ويترتب علي عدم تقديمه قبل الدعوى ،وجوب الحكم بعدم قبولها شكلاً لعدم سابقة التظلم إلي الجهة الإدارية التي حددها القانون *وثانيهما : التظلم الجوازي* أو الاختياري ، وهو الذي ترك الشارع لذي الشأن تقدير مدى تحقيق هذا التظلم لغايته من الطعن علي قرار إداري قبل إقامة دعواه أمام المحكمة المختصة ، وهذا النوع من التظلمات مرده ومرجعه إلي تقدير المتظلم حيث يتقدم به اختياراً إلي الجهة الإدارية المختصة إذا قدر أن يلجأ إليها قبل

(١) حكم الدائرة الإدارية الثالثة ــ المحكمة الكلية ــ دولة الكويت ــ في القضية رقم ٩٨/٤٢٣ بتاريخ ٣/ ١٩٩٩/٠٦ حكم غير منشور ، وأيضا حكم الدائرة الإدارية الأولي في القضية رقم٩٧/٧٨٥ بتاريخ ٢٠٠٠/٦/١٩ ــ حكم غير منشور .

ولوج سبيل الدعوى القضائية ، أي إذا وجد أن له مصلحة تحقق غاياته من تعديل أو إلغاء القرار الإداري بواسطة هذا الأسلوب من التظلم الاختياري قبل انقضاء المواعيد الطعن القضائي بالإلغاء في ذات القرار المتظلم فيه، وهذا التظلم الاختياري يرتب قانوناً نفسه أثر الو جوبي فيما يتعلق بقطع الميعاد المحدد قانونياً لإقامة الدعوى القضائية ، إلا أن التظلم الاختياري لا يترتب علي عدم تقديمه عدم قبول الدعوى القضائية ،ومعني ذلك أن كلا من التظلم الو جوبي والتظلم الاختياري يشترك مع الآخر في الأثر الإيجابي (أي أثر قطع الميعاد المقرر لرفع الدعوى) ولكنهما لا يشتركان في الأثر السلبي (أي ترتيب عدم قبول الدعوى علي عدم التظلم) .

ب – التظلم الإجباري:

يقصد بالتظلم الإجباري أو التظلم الوجوبى هو الذي يلزم المشرع به صاحب الشأن بتقديمه إلى الجهة الإدارية التي أصدرت القرار أو الجهة الرئاسية قبل اللجوء إلى القضاء.

فالمشرع المصري من خلال قانون مجلس الدولة رقم ٧٢/٤٧ تبنى التظلم الإجباري في المادة (١٢) التي نصت على أنه (لا تقبل الطلبات الآتية :

(أ) الطلبات المقدمة من أشخاص ليست لهم فيها مصلحة شخصية .

(ب) الطلبات المقدمة رأساً بالطعن في القرارات الإدارية النهائية المنصوص عليها في البنود ثالثاً ورابعاً وتاسعاً من المادة (١٠) وذلك هي :

(ثالثا) الطلبات التي يقدمها ذوو الشأن بالطعن في القرارات الإدارية النهائية الصادرة بالتعين في الوظائف العامة أو الترقية أو بمنح العلاوات .

(رابعا) الطلبات التي يقدمها الموظفين العموميين لإلغاء القرارات الإدارية الصادرة بإحالتهم إلي المعاش أو فصلهم بغير الطريق التأديبي .

(تاسعا) الطلبات التي يقدمها الموظفين العموميين بإلغاء القرارات النهائية السلطات التأديبية) .

وقد أخذ القضاء المصري بالأسلوب الحصري للقرارات المتظلم منها ويبين ذلك من خلال الأحكام التي أصدرتها المحكمة الإدارية المصرية العليا التي أكدت على أن الطعن علي القرارات السلبية بالامتناع عن إنهاء الخدمة تطبيقا لحكم المادة ٩٨ من قانون العاملين المدنيين بالدولة رقم ٤٧ لسنة ٧٨ متي توافرت شروط إعمال قرينة الاستقالة الحكمية ، لا تندرج المنازعات الخاصة بها ضمن المنازعات المنصوص عليها في البنود ثالثا ورابعا وتاسعا من المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة رقم ١٩٧٢/٤٧ وبالتالي لا ينطبق عليها الحكم الوارد بنص المادة ١٢ من قانون مجلس الدولة ولا تخضع لقيد التظلم الوجوبي قبل إلغائها[١].

وأيضاً ما قررته ذات المحكمة بأن "... المادة ١٢ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ مؤداها ان الطلبات المقدمة رأساً بالطعن في القرارات الإدارية النهائية المنصوص عليها في البنود ثالثاً ورابعاً وتاسعاً من المادة (١٠) لا تقبل قبل التظلم منها إلى الهيئة التي أصدرتها أو الهيئات الرئاسية – قرار النقل من وظيفة إلى آخرى ليس من القرارات التي أوجبت المشرع التظلم منها الى الهيئة التي أصدرته أو الهيئات الرئاسية قبل طلب إلغائه " [٢] .

ومن المفيد الإشارة إلي أن المحكمة الإدارية العليا قد خرجت علي هذا التفسير واستعملت القياس الذي انتهي بفرض وجوب التظلم من قرارات لم ينص

---

(١) حكم مشار إليه في الدكتور.رأفت فوده ــ النظام القانون للميعاد ــ مرجع سابق ص١٨١ .
(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٤١٥٥ س٤٥ق-جلسة ٢٠٠١/١٠/٣٠ – منشور مجلة المحاماه العدد الثالث-س٢٠٠٣ – ص٢٧٣ .

عليها صراحة وليست واردة ضمن هذا الحصر ، إذ ألغيت حكم محكمة القضاء الإداري والذي قضت فيه بقبول الدعوى شكلاً لرفعها في الميعاد ضد القرار المبني علي فكرة الاستقالة الضمنية ، بأن هذه القرارات لم تدخل ضمن القرارات المنصوص عليها حصراً في البند رابعاً من المادة العاشرة السالفة الذكر غير أن المحكمة الإدارية العليا قد عادت فنقضت هذا الحكم في أحكام أخري[1].

وكذلك فعل *المشرع الكويتي* عندما أخذ بمبدأ تعددية حالات التظلم الإداري أمام الجهة الإدارية التي أصدرت القرار ، فإلي جانب التظلم الاختياري في دولة الكويت ثمة تظلم وجوبي حسب ما نص عليه قانون إنشاء الدائرة الإدارية رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ في المادة الثامنة التي أكدت علي أن التظلم إلي الجهة الإدارية التي أصدرت القرار أو إلي الجهات الرئاسية واجب بحيث لا يمكن مطلقا قبول طلبات الإلغاء إلا بعد التظلم وانتظار الموعد المقرر للبت في التظلم إداريا ونهائيا.

فقد أوجبت المادة الثامنة من قانون إنشاء الدائرة الإدارية تقديم التظلم قبل رفع دعوى الإلغاء وإنتظار المواعيد المقررة للبت فيه منها ، هذه القرارات المنصوص عليها في المادة الأولي هي :

(١) قرارات التعيين في الوظائف العامة .

(٢) طلبات الموظفين المدنيين بإلغاء قرارات الترقية .

(٣) قرارات إنهاء خدمات الموظفين المدنيين أو توقيع جزاءات تأديبية عليها عدا تلك الصادرة عن مجالس تأديبية .

ومن المفيد الإشارة إلي أن عدداً من التشريعات الكويتية الأخرى توجب التظلم وتجعله إلزامياً مثل قانون التأمينات الاجتماعية رقم ٦١/٧٦ بتعديلاته حيث

---

(١) يراجع مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا ، السنة ٣٢ القضائية ، الجزء الثاني مارس ٨٧ ، سبتمبر ٨٧ ص١٤٤٤ القاعدة ٢٠٤ .

أشارت المادة ١٠٧ من القانون المذكور إلي حظر رفع أية دعوى بشأن الحقوق المقررة بمقتض أحكام هذا القانون إلا بعد مطالبة مكتوبة للمؤسسة خلال خمس سنوات من التاريخ الذي تعتبر فيه الحقوق واجبة الأداء ، فإذا تم رفض طلبه فلا يجوز قبول الدعوى قبل التظلم من القرار الصادر من المؤسسة خلال ٣٠يوما من تاريخ الإخطار به[1] أمام لجنة خاصة ، أو يكون الطعن في قرارات اللجنة خلال ٣٠ يوما من تاريخ إخطار صاحب الشأن بالقرار أو انقضاء الميعاد بالتظلم أيهما أسبق .

وأيضاً ما نصت علية المادة ٧٣ من قانون التجارة رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ والخاصة بالطعن علي قرارات المسجل لقبول أو رفض تسجيل العلامة التجارية من أنه (ولكل ذي شأن الطعن في قرار المسجل أمام المحكمة الكلية في الميعاد عشرة أيام من تاريخ إخطاره به ، وللمحكمة أن تؤيد القرار أو تلغيه أو تعدله) .

أما على مستوى القضاء الإداري الكويتي فإن اشتراط التظلم الوجوبى بات واضحاً وذلك من خلال الأحكام التي أصدرتها محكمة التمييز والتي أكدت فيها "... أن مفاد نص المادة الأولى من القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ بإنشاء دائرة المحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية يدل على ما بينته المذكرة الإيضاحية له على عدم قبول طلبات الإلغاء المنصوص عليها في المادة الأولى – في البنود ثانياً وثالثاً ورابعاً – إلا بعد :

أ – التظلم منها إلى الجهة التي أصدرتها أو الجهة الرئاسية لها.

ب– انتظار المواعيد المقررة للبت في التظلم وهي موضحة في المادة السابعة،والحكمة من ذلك أن تتهيأ للحكومة فرصة دراسة أسباب التظلم وإجابة صاحب الشأن إلى طلبه إذا ما ثبت سلامة التظلم " [2].

---

(١) يراجع المستشار. عادل ماجد بورسلي – إجراءات المنازعة الإدارية وفقا للقانون الكويتي – مرجع سابق ص٩٣ .
(٢) حكم محكمة التمييز رقم ١٩٩٠/٢١٠ -إداري – جلسة ١٩٩٢/٦/٢٢ .

ثالثاً ــ قواعد تنظيم التظلم الإداري :

١- شروط التظلم الإداري :

عند مطالعة القانون المصري و الكويتي يمكن التقرير بأن هذه القوانين قد حددت عدداً من الشروط الواجب توافرها في التظلم الإداري القاطع للميعاد.

يتربع على رأس الشروط التي ينبغي توافرها في التظلم الإداري القاطع للميعاد أن يكون القرار المطعون فيه إدارياً صادراً من سلطة إدارية وطنية ،وأن يكون تنفيذياً من شأنه أن يؤثر في المركز القانوني للأفراد.

وإلى جانب ذلك يشترط أيضاً أن يتم التظلم الإداري بعد صدور القرار الإداري وليس قبل صدوره أو حين إعداده أو تحضيره أو على عمل تمهيدي يدخل في تكوينه وأن يقدم من صاحب الشأن نفسه أو من يمثله قانونا وأن يتم تقديمه إلي الجهة الإدارية المعينة التي أصدرت القرار أو إلي الهيئات الرئاسية الأعلى التي تتبعها تلك الجهة الإدارية ، وأن يتم التظلم في الميعاد الأصلي للطعن بالإلغاء إدارياً، وإن يتم تقديمة إلي الجهة الإدارية التي تملك إلغاءه أو تعديله وإلا فقد التظلم جدواه وأن يكون التظلم لا يستهدف إلا قطع الميعاد مرة واحدة فقط ، وكأن يلتزم بالإجراءات التي يحددها القانون ، وأن لا يخضع التظلم الإداري لحالة من الاستثناءات ، التي لا يترتب علي التظلم بها انقطاع ميعاد الطعن بالإلغاء[1].

تطبيقاً لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بأن "... التظلم الوجوبي – اجراء ليس مقصوداً لذاته – هو إفتتاح للمنازعة الإدارية في مرحلتها الأولى – ينبغي للأعتداد به كإجراء يترتب عليه قبول الدعوى ان يكون من شأنه تحقيق الغرض منه بحيث يتسنى للإدارة أن تستقي منه عناصرالمنازعة في هذه المرحلة على وجه يمكنها من فحصه والبت فيه " [2] .

---

(١) حيث أفسح المشرع المجال للأفراد وسائل أخري لمواجهة أعمال الإدارية المادية وما يترتب عليها من آثار ضارة مثل القضاء الكامل أو القضاء التعويض دون الإلغاء ــ للمزيد يراجع الدكتور.سليمان الطماوي ــ القضاء الإداري مرجع سابق ص٣٨٧.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣٥٤٨ س٣٨ق- جلسة ١٩٩٤/١٢/٣١ – الموسوعة الإدارية الحديثة – الفكهاني –ج٤٦- ص٨٤٥ .

وأما علي مستوي المشرع الكويتي ومن خلال استقراء نصوص القانون فإن: من الشروط التي ينبغي توافرها في التظلم الإداري القاطع للميعاد انصبابه علي قرار معين ، حيث أشارت المادة الثامنة من قانون إنشاء الدائرة رقم٨١/٢٠ إلي ضرورة أن يكون التظلم مرتكزاً علي مبررات معينة تدل علي موضوعه وتوضحه علي نحو تستطيع معه الإدارة الوقف علي عناصره وفحصها وتحليلها مما يعني أن يكون القرار الإداري المتظلم منه بعيداً عن الغموض وغير مجهل[١].

مثلما أشارت المادة الأولي من مرسوم التظلم بتاريخ ٨١/١٠/٥ إلي اشتراط تقديم التظلم الإداري إلي الجهة الإدارية التي أصدرته أو الجهات الرئاسية[٢] لها، وذلك تأكيداً للمادة الثامنة من قانون إنشاء الدائرة الإدارية ٨١/٢٠ والتي بينت أن طلبات الإلغاء المنصوص عليها في البنود ثانياً وثالثاً ورابعاً من المادة الأولي وعدا القرارات الصادرة من مجالس تأديبية لا تقبل إلا بعد التظلم منها إلي الجهة التي أصدرتها أو الجهات الرئاسية وانتظار المواعيد المقررة للبت في التظلم وفق الإجراءات التي حددها مرسوم التظلم [٣] .

فالموظف الصادرة بحقه قرار تأديبي بإنهاء خدمته عليه أن يتظلم صراحة من قرار إنهاء الخدمة أو الفصل التأديبي ، أما إذا قدم طلباً بإعادة تعيينه فلا يكون ذلك من قبيل التظلم ولا تكون دعواه مستوفية لشرط التظلم الوجوبي.

٢- *الآثار القانونية المترتبة علي التظلم الإداري وحساب الميعاد :*

من أهم الآثار القانونية للتظلم الإداري في مجال الطعن بدعوى إلغاء القرار الإداري انقطاع شرط الميعاد الذي حدده المشرع الكويتي بستين يوماً ، تبدأ من اليوم التالي من علم صاحب الشأن أو إعلانه أو نشره بالوسائل القانونية المشروعة.

---

(١) يراجع المستشار. عادل ماجد بور سلي ــ إجراءات المنازعات الإدارية وفقا للقانون الكويتي ــ مرجع سابق ص٩٩ .
(٢) والتي تملك التعقيب رئاسيا علي الجهة المصدرة للقرار الإداري المتظلم منه .
(٣) يراجع نصوص مواد القانون ٨١/٢٠ والمرسوم بتاريخ ٨١/١٠/٥ .

فعلي مستوي القانون المصري أخذ المشرع في المادة (٢٤) من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة١٩٧٤ باعتبار التظلم الإداري أحد أسباب انقطاع ميعاد الطعن بدعوى الإلغاء ، حيث يبدأ ميعاد الطعن من جديد وذلك من تاريخ إعلان صاحب الشأن برفض الإدارة الصريح من تاريخ انقضاء الستين يوماً التي حددها القانون للتظلم الإداري .

وهو ما جرى عليه قضاء المحكمة الإدارية العليا والتي قضت في أحكمها بأن "... ميعاد الطعن في القرارات الإدارية أمام القضاء ستون يوماً يسري هذا الميعاد من تاريخ نشر القرار المطعون فيه أو إعلان أصحاب الشأن به – العلم اليقيني بالقرار المطلوب فيه يقوم مقام نشر القرار أو إعلانه – ينقطع هذا الميعاد بتقديم صاحب الشأن لتظلم من القرار إلى السلطات مصدرة القرار أو السلطة الرئاسية " (١) .

على أن أحكام القضاء قد أوضحت لنا الحكم في حالة تعدد التظلمات وبيان أثر هذا التعدد في قطع الميعاد ، حيث استقرت أحكام القضاء على أنه في حالة تعدد التظلمات فإن الأثر القاطع للميعاد يكون التظلم الأول دون سواه ولا أثر للتظلمات اللاحقة له في قطع الميعاد وهذا تفصح عنه أحكام المحكمة الإدارية العليا حيث قضت في أحد أحكامها بأن "... التظلم الأول هو الذي ينتج أثره من قطع ميعاد رفع الدعوى إذا قدم أثناء الميعاد القانوني – إن التظلم الثاني أو أكثر لا يقطع المواعيد – فلا أثر للتظلمات اللاحقة بعد التظلم الأول في قطع المواعيد في حالة ملاحقة صاحب الشأن للقرارات الإدارية الصادرة من حقه بالعديد من التظلمات " (٢) .

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٤٥٠٩ س٤١ق – جلسة ١٩٩٦/١٠/٨ – الموسوعة الإدارية الحديثة– الفكهاني– ج٤٦– ص٨٠٩ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٧١٩ س٤٤ق – جلسة ٢٠٠٢/٥/٤–مجموعة المبادئ من أول ابريل ٢٠٠٢ إلى آخر يونيو٢٠٠٢ –ص٦٩ .

أما في *القانون الكويتي* فقد أكد المشرع في المادة السابعة [1] من القانون الدائرة رقم (٢٠) لسنة١٩٨١ والمعدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٢ على أنه (بالتظلم الإداري المرفوع من صاحب الشأن ينقطع سريان ميعاد رفع دعوى الإلغاء[٢] ، حيث ينبغي للجهة الإدارية البت في التظلم خلال ستين يوماً ، فإذا فات هذا الوقت فإن سكوت الإدارة بعد فوات الستين يوماً يعتبر رفضاً ، وإذا أجابت الإدارة خلال الستين يوماً ينبغي أن يكون الرفض مسبباً ، وفي جميع الأحوال فإن ميعاد الطعن بالإلغاء يتم حسابه من تاريخ الرفض الصريح أو الضمني بشرط إعلان صاحب الشأن به) [٣].

وقد تطرق *القضاء الكويتي* إلى الآثار القانونية للتظلم ، حيث أشارت محكمة 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 إستناداً 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 أحد الجماعات التي تتمتع بالشخصية الاعتبارية والتي ينتمي إليها المدعى كالجمعيات والإتحادات والنقابات ، لأن هذه الجماعات ليس لها إلا رفع الدعاوى المتعلقة بالمصلحة الجماعية لأعضائها أما المصالح الفردية للأعضاء فهي ملك لأصحابها ولهم الحق في رفع الدعاوى بشأنها " وعلى هذا

---

(١) ورد نص هذه المادة بالشكل التالي(...وينقطع سريان هذا الميعاد بالتظلم إلى الجهة الإدارية التي أصدرت القرار أو الجهات الرئاسية لها ، ويجب أن يبت في التظلم خلال ٦٠ يوماً من تاريخ تقديمه ، وإذا صدر القرار بالرفض وجب أن يكون مسبباً ، ويعتبر فوات ٦٠ يوماً على التظلم دون أن تجيب عنه السلطات المختصة بمثابة رفضه ، ويحسب ميعاد رفع الدعوى من تاريخ الرفض الصريح أو الضمني حسب الأحوال ، يراجع ، قانون إنشاء الدائرة الإدارية رقم ٨١/٢٠ وتعديلاته في مجموعة التشريعات الكويتية ، الجزء الثامن -مرجع سابق ص١٩٩ وما بعدها.

(٢) من الآثار القانونية الأخرى للتظلم قطع التقادم في غير دعاوى الإلغاء مثل دعاوى التسويات ، حيث إن التظلم من شأنه أن يقطع مواعيد التقادم المنصوص عليها في المادة ٢١ من قانون الخدمة المدنية إذا كان صاحب الشأن يريد مزيداً من الوقت للتروي قبل رفع الدعوى ، والتفكير ملياً بين الإقدام والإحجام قبل اللجوء إلى القضاء لأن التظلم شأنه شأن إيداع صحيفة الدعوى يؤدي إلى قطع التقادم وبداية مدة جديدة مساوية للمدة المقطوعة ، حتى في الأحوال التي يتعين تطبيق ميعاد عدم سماع الدعوى المنصوص عليه في المادة ٤٣٨ من القانون المدني .
- ومن الأمثلة عليها ما يتعلق بحقوق العسكريين غير المدنيين العاملين في وزارتي الدفاع والداخلية بمقتضى عقود عمل إدارية تخلو من نص يشير إلى أعمال قواعد قانون الخدمة المدنية فيما لم يتم التعاقد عليه وللعلم فإن التظلم ليس شرطاً لقبول دعوى التسوية ، يراجع المستشار . عادل ماجد بورسلي – إجراءات المنازعات الإدارية وفقاً للقانون الكويتي – مرجع سابق – ص١٠٣/١٠٤.

(٣) يراجع الدكتور داوود العيسى ، المبادىء العامة في القضاء الإداري- الجزء الثالث – مرجع سابق – ص٤٩١.

الأساس أضافت المحكمة قائلة بأن "... التظلم المقدم من الطاعن الثالث لا ينتج أثاره في قطع الميعاد المقرر لرفع دعوى الإلغاء بالنسبة للطاعنين الأول والثاني ، ولا يغير من ذلك ما أورده الطاعن الثالث في تظلمه في أنه يقدمه نيابة عن كافة أعضائه ، مؤكداً أن عدم تقديمهم للتظلم مباشرة مرده اختصار المستندات ، والتفويض له بذلك ، إذ أن هذه العبارة لا تغني عن التوكيل في رفع التظلم إذا أريد له أن ينتج آثاره بالنسبة للموكل " (١).

وفي حكم أحدث قررت محكمة التمييز بأن "... ميعاد رفع دعوى الإلغاء قد حدده المشرع بستين يوماً ، إلا ان هذا الميعاد ينقطع سريانه اذا ما تقدم صاحب الشأن بتظلم الى الجهة الإدارية المصدرة للقرار أو الجهة الرئاسية لها ، حيث يبدأ ميعاد جديد من تاريخ التظلم " (٢) .

٣- موقف جهة الإدارة من التظلم :

الحكمة من التظلم تستدعي من الإدارة أن يكون لها موقف واضح منه ، تسير في هذا الموقف من التظلم بروح الخصم الشريف الذي يبتغي رفع لواء العدالة ، والتزام القانون روحاً ونصاً ، دون أن تعتبر هذا التظلم طعناً في كفاءتها الإدارية ، بل تعتبره تنبيهاً لها لمراجعة قراراتها.

من أجل هذا كله ، وخوفاً ألا تتوافر المعاني السابقة في بعض جهات الإدارة التي تتنكب وجه العدالة ، رأينا كيف أن القانون قد حدد لها تحديداً نافياً للجهالة الإجراءات التي يجب أن تتبعها حال ورود التظلم إليها .

هذا هو دور القانون في وضع الضوابط اللازمة للإدارة لتلتزم بها في شأن التظلم والبت فيه.

---

(١) حكم محكمة التمييز رقم ١٩٩٨/٩٣ - تجاري - جلسة ١٩٨٧/١/١٤ـ موسوعة مبادئ القضاء الإداري ـ الكتاب الأول ـ ج ٢ ـ مرجع سابق ـ ص ١١٠ .

(٢) حكم محكمة التمييز رقم٢٠٠١/٦٤ ق١ - جلسة ٢٠٠١/٦/١١ - حكم غير منشور ، وأيضا حكمها رقم ٢٠٠١/١٤٨ تجاري -جلسة ٢٠٠١/٦/٢٥ -حكم غير منشور .

أما عن واقع الحال في موقف جهة الإدارة ذاتها من التظلم فنجده لا يعدو عن ثلاثة أوضاع هي:

١- أن تفيء إلى الحق إن رأت في قرارها ميلاً عن العدالة ، ومجانبة للصواب والشرعية ، فتستجيب للمتظلم في تظلمه وتقوم برفع الظلم ، فتوأد المنازعة في مهدها.

٢- أن يستبين لها بعد دراسة التظلم صحة موقفها ، وسلامة قرارها وعدالته ، فترى ألا وجه لهذا التظلم فترفضه صراحة كلياً أو جزئياً ، مما يكون للمتظلم الخيار في الاكتفاء بما قام به ، أو اللجوء إلى القضاء الإداري مطالباً بإلغاء القرار.

٣- أن تعلق الأمور ، وتلوذ بالصمت فلا تبت في التظلم لا سلباً ولا إيجاباً حتى تنقضي مدة التظلم ، فماذا يمكن أن نعتبر هذا الموقف ؟ هل نعتبر السكوت رفضاً حكمياً ؟ وهل هذا الرفض الحكمي يعتبر قرينة بسيطة أم هو قرينة قاطعة ؟ وماذا لو تم رفع الدعوى بعد التظلم مباشرة وقبل البت فيه ؟ هل تعتبر الدعوى مقبولة شكلاً ؟ وماذا لو قرر الطاعن أن الإدارة رفضت تظلمات مشابهة ؟

مسائل كثيرة يثيرها هذا السكوت من قبل جهة التظلم يبدو أن من الأهمية توضيحها:

المسألة الأولى:

التكييف القانوني لسكوت جهة الإدارة عن البت في التظلم إلى حين فوات مدته؟

موقف المشرع :

قرر المشرع الكويتي في نص المادة (٧) من قانون إنشاء الدائرة الإدارية أنه (يعتبر فوات ستين يوماً على التظلم دون أن تجيب عنه السلطات المختصة بمثابة رفضه) .

فواضح هنا أنه قد قرر الرفض الحكمي للتظلم بمجرد فوات مدته ، فسكوت جهة الإدارة عن الرد على التظلم سلباً أو إيجاباً إلى حين فوات مدته يعتبر رفضاً له.

وهو في هذا الموقف قد وافق نهج مجلس الدولة المصري الذي أعتبر فوات مدة التظلم دون أن تجيب عنه جهة الإدارة بمثابة رفض له حيث نصت المادة (٢٤) من قانون مجلس الدولة المصري رقم ١٩٧٢/٤٧ على أن (يعتبر مضي ستين يوماً على التظلم دون أن تجيب عنه السلطات المختصة بمثابة رفضه) .

موقف القضاء

تبنى القضاء المصري اعتبار أن فوات مدة التظلم دون أن يرد عليه بمثابة رفض حكمي برفض التظلم ، حيث قررت المحكمة الإدارية العليا في حكم حديث لها بأنه " ... يعتبر انقضاء ستين يوماً على تقديمه دون أن ترد الإدارة على التظلم بمثابة رفض للتظلم ... على صاحب الشأن إقامة دعواه خلال الستين يوماً لإخطاره برفض تظلمه أو في تاريخ انقضاء المواعيد المقررة للبت في التظلم "[1].

وقد تبنى القضاء في الكويت ذات الرأي حيث قررت محكمة التمييز أنه "...كما هو مقرر أنه وفقاً للمادتين السابعة والثامنة من المرسوم بالقانون رقم ١٩٨١/٢٠ بإنشاء دائرة بالمحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية الذي استلزم

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣١٧٢ س ٣٦ ق بتاريخ ١٩٩٥/٥/١٦ – الدائرة الثالثة – الموسوعة الإدارية الحديثة – الفكهاني – الجزء – ص٤٦ -٨٠٢ .

حصوله قبل رفع دعوى الإلغاء خلال الستين يوماً التالية لانقضاء الفترة التي يعتبر فواتها دون إجابة السلطة المختصة عن التظلم بمثابة رفضه ، أي أن القانون افترض في الإدارة أنها رفضت التظلم ضمنياً 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 ما دام أن الميعاد سبق جريانه قانوناً بأمر تحقق هو القرار الحكمي بالرفض ... " [1].

المسألة الثانية:

هل يعتبر الرفض الحكمي للتظلم قرينة مطلقة أم قرينة بسيطة ؟

إن الفقه والقضاء المصري مستقران على اعتبار الرفض الحكمي للتظلم بفوات مدته قرينة بسيطة أي أنه يجوز لصاحب الشأن إثبات عكسها بأن يثبت أن الإدارة كانت جادة في بحث التظلم وأنها في طريقها ــ وإن مضت الستين يوماً المقررة للرد على التظلم ــ إلى الاستجابة لمطالبه.

وبالتالي فإذا كان فوات مدة التظلم بسبب بطء الإجراءات بين الإدارات مثلاً فلا يمكن اعتبار فوات هذه المدة رفضاً حكمياً للتظلم ، وقد أيد بعض الفقه[2] ذلك الاتجاه لسببين:

١- القول بغير ذلك مؤداه دفع المتظلم إلى مخاصمة الإدارة قضائياً في وقت تكون هي جادة في سبيل إنصافه.

٢- ولأنه يوفق بين مصلحة الإدارة و الأفراد على السواء إذا ما احتاجت الإدارة لأكثر من المدة المقررة لفحص التظلم.

---

(١) القاعدة رقم (١٤٠) من موسوعة مبادىء القضاء الإدارى التى أقرتها محكمة التمييز دولة الكويت ، مرجع سابق – الكتاب الأول – الجزء الثانى – ص١٧٨ وما بعدها حكمها رقم ٩ لسنة ٩٦ تجارى جلسة ٩٦/١٠/٢٨، وأيضاً حكم محكمة التمييز رقم ٢٥٣/٢٠٠٠ تجاري جلسة – ٢٠٠١/٣/١٦ – حكم غير منشور .

(٢) يراجع الدكتور سليمان الطماوى – القضاء الإدارى – الكتاب الأول – قضاء الإلغاء – مرجع سابق ص٦٥٤ وما بعدها .

وفي هذه الحالة يكون حساب ميعاد الطعن بالإلغاء خلال الستين يوماً من آخر إجراء اتخذته الإدارة في بحث تظلمه[1].

ومن أحكام المحكمة الإدارية العليا الحديثة في هذا الشأن حكمها الذي عرفت فيه معنى المسلك الجدي ومتى يعتد به لدحض قرينة القرار الحكمي بالرفض حيث تقول " ... ولا محاجة في القول بأن الإدارة سلكت مسلكاً جدياً في بحث التظلم على ما ذهب الطاعن في تقرير طعنه توصلاً إلى القول بعدم استغلاق باب الطعن بالإلغاء ، واستمرار ميعاده مفتوحاً ، لا محاجة في ذلك بحسبان أن هذه النتيجة لا تترتب على مجرد الجدية في البحث بل تترتب (أي أن المحكمة تقرها وتضحد القرينة)[2] على سلوك الإدارة مسلكاً جدياً ينبىء عن أنها بصدد الاستجابة إلى التظلم والفارق بين المسلكين حد كبير "[3].

موقف القضاء في دولة الكويت:

سار القضاء في الكويت على نفس خطى القضاء المصري في تبني اعتبار فوات مدة التظلم مجرد قرينة بسيطة على رفض التظلم.

فلقد قررت محكمة التمييز أنه "...يعتبر فوات ستين يوماً على التظلم دون أن تجيب عنه السلطات المختصة بمثابة رفضه ، ومع ذلك فمن المقرر في مجال القضاء الإداري أن فوات هذه المدة لا يعدو أن يكون قرينة بسيطة على وجود قرار ضمني بالرفض يمكن أن ينفيها مسلك الإدارة ، كما لو استشعرت حق المتظلم واتخذت مسلكاً إيجابياً واضحاً في سبيل الاستجابة إلى تظلمه ، فعندئذ يجوز للمتظلم إرجاء رفع الدعوى لحين صدور قرار الإدارة النهائي ".

---

(١) يراجع الدكتور.عبد الغني بسيوني –مرجع سابق صـ٥٤٥ ، وأيضا الدكتور.فتحي فكري – مرجع سابق صـ١١٢.
(٢) أضيف بمعرفة الباحث.
(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا – رقم ١٨١٩ س ٣٥ ق – الدائرة الثانية – مجلة هيئة قضايا الدولة السنة ٣٩ يوليو – سبتمبر ١٩٩٥– صـ٢٢٧.

وأضافت بأنه " ... ويجب التفرقة بين المسلك الإيجابي الذي ينفتح به ميعاد الطعن في القرار الإداري وبين المسلك الإيجابي في بحث التظلم ، فالمسلك الأخير هو أمر طبيعي وواجب الإدارة الذي يفترض قيامها به بالنسبة لأي تظلم يقدم إليها ، وبالتالي فلا ينفي القرينة المذكورة أما المسلك الإيجابي الواضح في سبيل إجابة الجهة الإدارية المتظلم إلى تظلمه فلا تقوم معه قرينة الرفض للتظلم طالما أن هذا المسلك قائم وإلى أن يحسم بقرار ... "[1].

تقييم هذا النظر:

نحن نؤيد اتجاه القضاء في دولة الكويت باعتبار فوات مدة الطعن (ستين يوماً) على التظلم دون رد جهة الإدارة بأنه يعد بمثابة رفض ضمني قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس.

وأساس ذلك أنه إذا ثبت أن السلطات الإدارية المختصة لم تهمل التظلم وأنها استشعرت حق التظلم فيه واتخذت مسلكاً إيجابياً واضحاً في سبيل الاستجابة له ، وأن فوات مدة الستين يوماً دون رد ، لم يكن راجعاً إلى بطء الإجراءات ، وإن هناك ما يدل على اقتناعها بوجهة نظر المتظلم وإجابته إلى طلباته ، فإن هذه القرينة تنتفي ويستمر الميعاد إلى أن تفصل الإدارة في التظلم بقرار صريح أو يتكشف اتجاه الإدارة إلى عدم الاستجابة بعد أن كانت المقدمات تنبىء بغير ذلك.

١- لقد رأينا فيما سبق كيف أن المشرع قد حدد تحديداً نافياً للجهالة الإجراءات والخطوات التي يجب أن تتبعها الإدارة في التعامل مع التظلم، من كتابة رأيها ومخاطبة ديوان الخدمة المدنية ، ومشاورة إدارة الفتوى والتشريع ، ليصل بها إلى مرحلة تستبين معها موقفها بكل وضوح ، فلا يبقى لها إلا أن تقرر إما الموافقة وإما الرفض ، وهي

---

(١) الطعن رقم ٩٩ لسنة ٨٦ تجارى جلسة ٨٧/١/٢١ - موسوعة مبادئ القضاء الإداري - الكتاب الأول -ج٢ - القاعدة رقم ١٣٨ - ص١٦٧ وأيضاً حكم محكمة التمييز رقم ٢٠٠١/٢١٧ تجاري -إداري -جلسة ٢٠٠١/١١/٥ حكم غير منشور .

إجراءات لا تملك الإدارة تجاهلها والعزوف عنها ، فإن تجاهلتها أو تعاملت معها بمستوى أقل مما كان يجب عليها خلال المدة المحددة وجب اعتبار سكوتها قرينة قاطعة على رفضها للتظلم.

٢- قدر المشرع مدة التظلم ستين يوماً وقسم هذه المدة على مختلف الإجراءات بما يناسبها ، ولا شك في أنه في هذا قد راعى واقع الحال ، وأن هذه المدد كافية لاتخاذ القرار المناسب ، فإطالة هذه المدد رغم تحديد المشرع لها يكون فيه مخالفة لهذه النصوص وإن كانت نصوصاً تنظيمية لا يترتب على مخالفتها البطلان ، إلا أن فيها إشارة لرغبته في تقييد حرية الإدارة في مد أجلها في بحث التظلم خوفاً من عنتها وحماية للطرف الأضعف وهو المتظلم.

٣ – يتسم معيار "المسلك الإيجابي" للإدارة بالاستجابة للتظلم بالغموض والهلامية وعدم التحديد ، والقضاء في تبنيه للمسلك الإيجابي لجهة الإدارة تضاربت فيه الآراء والإجتهادات ، وفيما هو الفرق بين المسلك الإيجابي للإدارة الذي يمحو قرينة الرفض الحكمي للتظلم ، وبين المسلك الإيجابي في بحث التظلم المفترض من جانب الإدارة فلا ينفي قرينة الرفض الحكمي ، وفي هذا الصدد نجد أن الدائرة الإدارية الأولى بالمحكمة الكلية قد قررت في أحد أحكامها أن "...إرسال التظلم من الجهة التي يعمل بها المتظلمون إلى الجهة الرئاسية (وكالة وزارة الدفاع) [1] والكتب المتبادلة بين الإدارات المختلفة للوزارة للاستفسار عن موضوع التظلم لا تعتبر من قبيل المسلك الإيجابي لبحث التظلم وهو واجب الإدارة المفترض تجاه أي تظلم يقدم إليها ولا ينفتح به ميعاد رفع الدعوى وعلى المتظلم الحرص على المواعيد القانونية وعدم الارتكان لهذا المسلك في بحثه تظلمه".

---

(١) أضيفت بمعرفة الباحث.

وأضافت في ذات الحكم أن:

"... إرسال الكتب إلى جهات الفتوى والرأي طبقاً لقانون ونظام الخدمة المدنية لاستطلاع رأيها في المسألة المتظلم منها ، يعد مسلكاً إيجابياً يترتب عليه انفتاح ميعاد الدعوى..." (١).

في حين أن محكمة التمييز لم تعتبر تبادل الكتب مع ديوان الموظفين مسلكاً إيجابياً يترتب عليه انفتاح ميعاد الدعوى.

ومن زاوية أخرى ، فإنه من المفيد لمن أصدر القرار بحقه أن يستفيد من مبدأ حسن نوايا الإدارة برغبتها الصادقة في تصحيح قرارها ورفع الظلم عن المتظلم، فليس من الحكمة أيضاً قطع الطريق على الإدارة بافتراض أن سكوتها يعتبر قرينة مطلقة على الرفض.

من أجل هذا كله ، وإستناداً إلى مبدأ التوازن بين المصالح المتعارضة والحرص على عدم تنازعها إنتصاراً لمبدأ المشروعية نجدنا نجتهد في الموائمة والتقريب بين وجهتي النظر وتبني ما يلي:

اعتبار الرفض الحكمي للتظلم قرينة قاطعة على رفض التظلم ، وبدء ميعاد رفع دعوى للإلغاء ، إلا في حالة انتهاج الإدارة مسلكاً حقيقياً يتمثل في اتخاذ إجراءات مادية فعلية لتصحيح قرارها أو سحبه ، وعلى هذا نرى أن:

١- الأصل العام هو أن السلوك الإيجابي يتم أثناء المواعيد القانونية ، فهذه المواعيد كافية لرفع الظلم لو كان ذلك في حسبان الإدارة ونيتها.

٢- عدم اعتبار الإجراءات المنصوص عليها في مرسوم إجراءات التظلم والبت فيه مثل إرسال كتاب للمتظلم يطلب فيه توضيح طلباته أو وظيفته

---

(١) حكم الدائرة الإدارية الأولى – رقم ١٩٩٣/١٤٨ بتاريخ ١٩٩٤/١/١٠ حكم غير منشور

أو إيضاح تاريخ تظلمه من مظاهر السلوك الإيجابي للإدارة لأنه يعتبر من قبيل الإجراءات الإدارية وليس إجراءاً حقيقياً يمس القرار المعيب.

٣- الإجراء الحقيقي الذي ندعو إليه يتمثل في اتخاذ خطوات مادية تؤدي في النهاية إلى تعديل الوضع المتظلم منه ، على سبيل المثال ـ لو تظلم عشرة موظفين من قرار صدر بحقهم بفصلهم من الخدمة ، وتظلموا دفعة واحدة لتشابه أحوالهم فرأت الإدارة إعادتهم إلى وظائفهم وبدأت فعلياً في إعادتهم واحداً تلو الآخر ، وانتهت فترة التظلم بالنسبة لبعضهم ، ففي هذه الحالة يمكن تكييف تصرف الإدارة على أنه مسلك إيجابي حقيقي ، لأن الإدارة بدأت فعلياً في إعادتهم إلى وظائفهم وأن المسألة مسألة وقت بالنسبة للآخرين ، ومن ثم فليس من روح القانون في شيء أن نحكم على تصرف الإدارة في هذه الحالة بأنه يعتبر رفضاً حكمياً قاطعاً للتظلم.

٤- وجوب التدخل التشريعي لوضع ضوابط على الإدارة في بحث التظلم، حيث يجب أن يتقرر البطلان على مخالفتها للإجراءات الواردة في مرسوم إجراءات التظلم ، لأن الواقع الفعلي يدل بوضوح على عدم تعامل جهة الإدارة مع التظلم وفق هذه الضوابط ، حسب ما هو مرسوم لها لتحقيق الحكمة المتوخاة من تقرير التظلم.

٥- يمكن لجهة الإدارة إذا كانت تتجه فعلاً إلى إجابة المتظلم إلى تظلمه ، ورغبت في تحاشي رفع الأمر إلى القضاء أن تقوم بإصدار تعهد خطي يفيد التزامها بإجابته عن طلباته التي وردت في تظلمه وأنها في طريقها لتصحيح الوضع القائم إلى مصلحة المتظلم ، فهذا من شأنه أن يدخل الأمان إلى قلب المتعامل مع الإدارة ، ويطمئن إلى استقرار مركزه القانوني وحفظ حقه في الدفاع عن حقوقه ومكتسباته.

المسألة الثالثة:

هل رفع الدعوى بعد التظلم الوجوبي وقبل البت فيه يسقط التظلم كشرط شكلي لرفع دعوى الإلغاء ، وتضحي الدعوى مقبولة شكلاً ؟

تبدو في سماء الحالات التي يشترط فيها القانون قبل رفع دعوى الإلغاء وجوب قيام صاحب الشأن بتقديم تظلم إلى جهة الإدارة مصدرة القرار ، التساؤلات التي تحتاج إلى رياح العدالة والحقيقة لتبددها ومنها ، ما مدى إلزامية الفترة التي حددها القانون للبت في التظلم سواء في القانون المصري أو الكويتي وهي الستين يوماً ؟ هل يجب على المتظلم انتظارها وبالتالي تصير معه دعواه إذا رفعها قبل انتهاء هذه الفترة غير مقبولة ؟ وماذا لو عرف المتظلم أن الإدارة قد رفضت تظلمات متشابهة تماماً لحالته وعرف أن مصير تظلمه هو ذات مصير التظلمات السابقة ، فعلم أن لا جدوى من انتظاره لفترة التظلم ؟

تساؤلات مهمة تحتاج إلى التعمق في الإجابة عنها للوصول إلى الوضع القانوني السليم.

بادىء ذي بدء لابد من توجيه الأنظار إلى عدد من المبادىء القانونية التي تحكمنا وتضبط آراءنا في هذه المسألة:

المبدأ الأول :

المبدأ العام الذي يلقي بظلاله على مسألة التظلم هو الاختيار ، فالأصل أن لا عائق يقف أمام المتظلم في أن يلجأ إلى قاضيه الإداري مباشرة دون وساطة أو أن يسبق سلوكه بالتظلم بأي إجراء.

المبدأ الثاني :

إنطلاقاً من المبدأ السابق ، نستطيع أن نقرر أن التظلم الوجوبي هو استثناء من الأصل العام ، ولا يتقرر هذا النوع بغير نص صريح يلزم الأفراد به ، وذلك متى رأى المشرع مصلحة في ذلك ، مما يعني أنه يتقرر في حالة معينة .

المبدأ الثالث:

إذا كان المشرع قد قرر وجوب التظلم من بعض أنواع القرارات ، فمن المهم لفت الأنظار إلى أنه – أي المشرع – لم يمنع التظلم من أية قرارات ، أى أن التظلم رخصة لصاحب الشأن من أي قرار يصدر بشأنه ، فلا توجد قرارات منع المشرع التظلم منها.

تحت حكم هذه المبادىء القانونية نجد أن المشرع بإعتباره أميناً على الدعوى العمومية ، بتقريره ضوابط معينة لرفع الدعاوى فإنه لا يقررها ولا يتطلبها إلا لمصلحة عامة والتي تتمثل هنا في موضوعنا هذا فيما ذكرته المادة الإيضاحية من مرسوم القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨٠ بشأن إنشاء الدائرة الإدارية بأنه:

- حتى تقل المنازعات بين الحكومة وأصحاب الشأن .
- وحتى يمكن للجهات الإدارية تدارك ما تقع فيه من أخطاء.

لذلك قررت المادة (٨) من المشروع عدم قبول طلبات الإلغاء المنصوص عليها في المادة الأولى إلا بعد التظلم منها إلى الجهة التي أصدرتها أو الجهة الرئاسية لها وانتظار المواعيد المقررة للبت في التظلم.

١- إذن التظلم الوجوبي هو إجراء شكلي جوهري ينبغي سلوك طريقه قبل ولوج طريق الدعوى القضائية ، ومخالفة هذا الإجراء يترتب عليه وجوب الحكم بعدم قبولها شكلاً لعدم سابقة التظلم.

٢- التظلم مقرر لمصلحة الطرفين (المتظلم وجهة الإدارة) فمن حق الإدارة أن تنظر في مسلك موظفيها فلعلها تنتصر للمشروعية وتنصف المتظلم ، مما يخفف العبء عن كاهل المحاكم.

٣- مبدأ التيسير على ذوي الشأن في اللجوء إلى القضاء حتى وإن رفع تظلماً ولم ينتظر رد الإدارة ، يقتضي قبول الدعوى دون انتظار فترة البت في التظلم.

لأنه قد يكون خلال نظر الدعوى يتم البت في التظلم ، فإذا كان إيجابياً فيتنازل عن دعواه وإلا فالعكس صحيح.

٤- لا افتئات على حق الإدارة في حالة رفع دعوى دون انتظار فترة التظلم فالدعوى القضائية لا تعتبر حائلاً أمامها ، فيمكنها تعديل موقفها من سحب القرار المتظلم منه أثناء نظر الدعوى ، ويكون على القاضي الحكم برفض الدعوى ، وإن رفضت التظلم أو سكتت فلا ضرر على صاحب الشأن لأن الدعوى قد رفعت أصلاً .

موقف القضاء المصري:

وافق مسلك القضاء الإداري في مصر جوهر العدالة وأصاب عين الصواب حينما قرر أن رفع الدعوى دون انتظار مدة البت في التظلم لا يؤثر على صحة رفع الدعوى ، فقد قررت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها بأن "...انتظار المواعيد قبل رفع الدعوى لم يقصد بذاته ، وإنما أريد به إفساح المجال أمام الإدارة لإعادة النظر في قرارها المتظلم منه ، وعلى ذلك لا ينبغي تأويل عبارة

المشرع (...وانتظار المواعيد المقررة للبت في التظلم) تأويلاً حرفياً يخرجها عن الغرض من وضعها ، إذ لا معنى لانتظار انقضاء فسحته ، وكذلك إذا بكر ذوو الشأن بمراجعة القضاء ، ثم انقضى الميعاد في أثناء سير الدعوى دون أن تجيبهم الإدارة إلى طلباتهم"[1].

وهو المبدأ الذي أستقر قضاؤها عليه والذي أقرته في حكم حديث لها بأن "...دعوى الإلغاء يمكن قبولها قبل انقضاء المدة المقررة قانوناً للجهة الإدارية حتى ترد على التظلم مادام هذا الميعاد قد انتهى بعد إقامة الدعوى وأثناء تداولها – اساس ذلك – أن الغرض من جعل التظلم وجوبياً هو تقليل الوارد من القضايا بقدر المستطاع وتحقيق العدالة بطريقاً أيسر للناس ، وإنهاء تلك المنازعات في مراحلها الأولى إن رأت الإدارة أن المتظلم على حق في تظلمه ، فإن رفضته أم لم تبت فيه خلال الميعاد المقرر ، فله أن يلجأ الى طريق التقاضي ، فالمشرع ولئن استحدث التظلم الوجوبي الذي لا مناص من استنفاذه قبل مراجعة القضاء ، إلا إنه في صدد المواعيد لم يخرج عما قرره في التظلم الإختياري ولما كان انتظار المواعيد مقصوداً به إفساح المجال أمام الإدارة لإعادة النظر في قرارها ، فإن النتيجة الطبيعية لذلك أن الغرض من قبول الشارع وانتظار المواعيد المقررة للبت في التظلم يكون قد تحقق إذا عمدت الإدارة الى البت في التظلم قبل انقضاء فسحة الميعاد التي منحتها أو إذا بكر ذو الشأن بمراجعة القضاء وإنقضى الميعاد أثناء سير الدعوى دون ان تجيبهم جهة الإدارة الى طلباتهم " [2] .

ومن باب أولى ينطبق هذا الحكم على التظلم الإختياري ، فيجوز لصاحب الشأن أن يجمع بين الطريقين في آن واحد ، التظلم ورفع دعوى الإلغاء أثناء مدة البت في التظلم ، وهو ما قررته محكمة القضاء الإداري في أحد أحكامها بقولها

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٧٩٩ س ٧ ق – بجلسة ١٩٦٥/٦/٢٧ – فى القضية رقم ٧٩٩ لسنة ٧ القضائية – المجموعة من ١٠ – القاعدة رقم ١٦٣ ، ص١٧٥٨ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٧٣٩١ س٤٦ق – جلسة ٢٠٠٢/٥/٢٥ – المجموعة من أول ابريل ٢٠٠٢ الى آخر يونيو ٢٠٠٢ – ص ١٢٧ .

بأن "...التجاء صاحب الشأن إلى أحد الطريقين لا يحول دون التجائه إلى الطريق الآخر ،وعلى أن تراعى مواعيد الطعن القانونية" [1].

ونخلص مما تقدم إلى إنه وإن كان المشرع أبتغى من تشريع التظلم كإجراء هو لتخفيف عبء القضايا عن كاهل المحاكم ، إلا أنه لا تعتبر مجاوزة صاحب الشأن ورفع دعواه أمام المحكمة المختصة للطعن على القرار الإداري قبل البت في تظلمه أعتداءاً على الحكمة التي ابتغاها المشرع من التظلم ، بل هو توفير للوقت المستغرق في بحث التظلم ، فإذا سلكت الإدارة مسلكاً ينم عن سحب القرار الطعين فكفا الله المؤمنين شر القتال وعلى صاحب الشأن التنازل عن دعواه ، وإن رفضت الإدارة التظلم فتظل الدعوى قائمة إلى أن يفصل فيها القضاء.

الغصن الرابع ــ انقضاء الميعاد و الآثار المترتبة عليه :

المقصود بانقضاء الميعاد انتهاء الأجل الذي حدده القانون لتقديم دعوى الطعن بإلغاء القرار الإداري بحيث يصبح القرار كما لو كان سليما و يصبح نهائيا لا سبيل بعد ذلك للطعن عليه ولو كان القرار معيباً و سواء تم ذلك على مستوى الأفراد أو الإدارة على السواء .

وقد استقرالفقه والتشريع في مصر والبلاد العربية على هذا المفهوم، لكن اختلاف وجهات النظر ظهر واضحا بالنسبة للآثار المترتبة على انقضاء الميعاد.

و قد رتب المشرع المصري عدداً من النتائج[2] على انقضاء ميعاد الطعن بالنسبة للقرارات الفردية :

---

(١) الدعوى رقم ٢٦١ للسنة ٣ القضائية بتاريخ ١٩٥١/٦/١٢ ، المجموعة السنة الخامسة ص١٠٤٢.
(٢) يراجع الدكتور.إسماعيل البدوي ، القضاء الإداري – مرجع سابق ٤٣٩ و ما بعدها .

أولها ــ تحصين القرار الإداري و عدم جواز الطعن بإلغائه من قبل أية جهة إدارية أو قضائية حيث بات قراراً نهائياً.

*وثانيها*ــ إفساح المجال للدفع بعدم قبول الدعوى بسبب انقضاء ميعاد الطعن بالنسبة للقرار المطعون عليه أمام القضاء في أي حال وجدت الدعوى عليها .

وثالثها ــ صيرورة جميع الحقوق و المراكز القانونية المترتبة على القرارات الإدارية النهائية بمثابة حقوق مكتسبة لا يجوز الانتقاص منها.

*ورابعها*ــ رفض دعوى الإلغاء شكلاً بعد انقضاء ميعاد الطعن ، ولصاحب الشأن المطالبة بالتعويض لأنه لا يسقط إلا بالتقادم الخمسة عشر عاما و لا علاقة له بدعوى الإلغاء ، غير أنه للتخلص من الآثار الضارة للقرار المعيب الذي تحصن بانقضاء الميعاد يمكن لصاحب المصلحة الاستناد إلى نظرية أن الدعاوى تتقادم لكن الدفوع لا تتقادم [١].

أما على مستوى القرارات الإدارية التنظيمية أو اللائحية فان النتائج المترتبة على انقضاء ميعاد الطعن هي استحالة الطعن فيها بعد انقضاء ميعاد الطعن بالإلغاء حتى وإن كانت غير مشروعة أو أن صاحب الشأن تبينت له مصلحة بعد فوات الميعاد وانقضائه [٢].

وعلى الرغم من تلك الاستحالة فان ثمة عددا من الحالات والأوضاع يمكن لصاحب المصلحة أن يطلب تعديل أو إلغاء القرار الإداري فيها ، أما بالنسبة للإدارة فإنها تستطيع أن تلغى القرار التنظيمي صراحة أو ضمنا بقرار تنظيمي أخر من نفس المرتبة أعلى من حيث المرتبة القانونية [٣].

---

(١) يمكن لصاحب المصلحة استنادا إلى قاعدة الدعاوى تتقادم والدفوع لا تتقادم ، اثارة عدم مشروعية القرار الإداري بطريق غير مباشر كأن يدفع بعدم شرعية القرار أثناء نظر قضية أخرى بقصد استبعاد تطبيقة فى القضية المعروضة ، كما يجوز له الاستناد الى عيوب القرار الإداري التنظيمى للطعن بالإلغاء فى القرارات الإدارية الفردية التى تصدر تطبيقاتها ، يراجع الدكتور.اسماعيل البدوى القضاء الإداري -مرجع سابق ص ٤٠٤ .

(٢) يراجع الدكتور.داود العيسى ، المبادئ العامة فى القضاء الإداري – مرجع سابق ص ٤٩٨ .

(٣) يراجع الدكتور.داود العيسى ــ المبادىء العامة فى القضاء الادارى – مرجع سابق ص ٥٠٠ .

وفى الكويت فان المشرع الكويتي من خلال القانون ٢٠/ ١٩٨١ قد أخذ بنظرية انقضاء ميعاد الطعن بالإلغاء بمضي مدة ٦٠ يوماً مرتباً على انقضاء الميعاد عدم قبول الدعوى .

ومن الملاحظ أن تحصين القرار المعيب و ضرورته نهائيا كنتيجة لإنقضاء الميعاد لا يجعل منه قرارا مشروعا ، بل هو يبقى كقرار غير مشروع وان اتصف بالنهائية ، وهذا ما يميز بين القرار الإداري المتحصن بفوات الميعاد و بين الحكم القضائي الذي أصبح نهائيا بفوات مواعيد الطعن ضده ، فهذا الحكم القضائى حتى وان كان يشوبه عيب أو مجانبة للشرعية إلا أنه و بمضي المدة يبقى عنواناً للحقيقة، و بمعنى أخر ان انقضاء ميعاد الطعن في القرار الإداري المعيب و المخالف للمشروعية لا يصبح بانقضاء الميعاد حاملا لشهادة المشروعية.

المبحث الثـــاني
الشروط الموضوعية لقبول دعوى الإلغاء

لا يكفي لقبول دعوى الطعن بإلغاء القـرارات الإداريـة المعيبـة أو غيـر المشروعة توافر مجموعة من الإجراءات والشكليات التي ينبغي مراعاتهـا عنـد تحريك دعوى الإلغاء متمثلة في عدد من الشروط الشكلية التـي تمـت دراسـتها وتحليل أحكامها المنظمة لها في الفصل السابق ،إنما يفرض القـانون مجموعـة أخري من الشروط الموضوعية[1] التي ترتبط برافع الـدعوى وصـاحب الشـأن والمتمثلة في شروط المصلحة وشروط الصفة والتي يفرض القانون مراعاتها عند اللجوء إلي القضاء لرفع دعوى الإلغاء.

وبمعني آخر إنه إذا كان القضاء يرفض قبول دعوى الإلغـاء بـالطعن فـي القرارات الإدارية والمرفوعة من صاحب الشأن المتضرر منها إلا بعد اسـتكمال شروط الميعاد وشروط التظلم الإداري الواجب تقديمه ، فإن القضاء نفسه لا يقبل دعوى الإلغاء إلا إذا توافر شرطان موضوعيان وهما شـرط المصـلحة وشـرط الصفة، وهما شرطان أساسيان ، حيث إن المصلحة شرط لقبـول الـدعوى فـي مخاصمة القرار الإداري ذاته ، والصفة شرط لمباشرة هذه الدعوى أمام القضـاء وإبداء الدفاع فيها ، وبالتالي فإنه إذا كان لا دعوى بغير مصلحة فكذلك لا مقاضاة بغير صفة.

وبناء علي ما تقدم سوف نتناول الشروط الموضوعية لدعوى الإلغـاء فـي مطلبين هما:

المطلب الأول ــ يمس شرط المصلحة .

المطلب الثاني ــ يمس شرط الصفة .

---

(١) يرى الأستاذ الدكتور.أنور أحمد رسلان بأن الشروط الموضوعية لدعوى الإلغاء ليست هي المصلحة والصفة لرافع الـدعوى فهذه شروط شكلية لأن الشروط الموضوعية حددها المشرع المصري من خلال قانون مجلس الدولة ١٩٧٢/٤٧الذى اشـترط في طلبات الإلغاء التي يكون مرجع الطن عدم الاختصاص أو عيبا في الشكل أو مخالفة القوانين أو إسـاءة اسـتعمال يراجـع مؤلفه وسيط القضاء الإداري ــ مرجع سابق ص ٥١٢ .

المطلب الأول
شـــرط المصلحة

المبدأ العام أنه لا دعوى حيث لا مصلحة ، ولا خلاف على ذلك المبدأ فـــإذا انعدمت المصلحة إنعدمت الدعوى ، وتستلزم القوانين[١] علي اختلافها أهمية توافر شرط المصلحة لمباشرة الدعوى .

الفرع الأول

مفهوم المصلحة ووقت توافرها

أولاً ـــ مفهوم المصلحة ووقت توافرها :

فما هو المقصود بشرط المصلحة ؟ وما هي طبيعتهـــا ؟ ومـــا هـــو وقـــت توافرها؟

أختلف الفقهاء في تعريف شرط المصلحة علي النحو التالي :

فالبعض يعرف المصلحة بأنها تلك المنفعة التي يجنيها المدعى عنـــد الحكـــم بطلباته[٢] والبعض الآخر يرى أن المصلحة في أخر الأمر هي منفعـــة[٣] لصـــاحب الشأن يكفل القانون حمايتها من الإعتداء عليها ، وبالتالي فالمصلحة هي الحاجـــة إلي[٤] حماية القانون للحق المعتدى عليه أو المهدد بالاعتداء عليه ، كمـــا انهـــا

---

(١) يشير الأستاذ الدكتور.سليمان الطماوي إلي أن مبدأ حيث لا مصلحة فلا دعوى من المبادئ القانونية المستقرة في فقه القـــانون أوالتي اهتم بها المشرع المصري وطبقها القضاء منذ بداية مسيرتة في مصر ، يراجع مؤلفـــه – القضـــاء الإداري – مرجـــع سابق ، ص ٤٢٨ .

(٢) يراجع الدكتور.محمد فهمي – المرافعات المدنية والتجارية مرجع سابق– ص٨٧.

(٣) يراجع الدكتور.إسماعيل البدوي ، القضاء الإداري ـــ مرجع سابق ص١٦٣.

(٤) يراجع الدكتور.عبد المنعم الشرقاوي نظرية المصلحة في الدعوى – رسالة طبعة ١٩٤٧ ص٥٥ وأيضـــا الـــدكتور.ســـليمان الطماوي – شرط المصلحة في دعوى الإلغاء – ببحث بمجلة مجلس الدولة المصري ـــالسنة الرابعة – ص١٠١.

المنفعة التي يحصل عليها المدعى بتحقيق هذه الحماية القانونية لحقه[1] من خلال ممارسة حق الطعن بإلغاء القرارات الإدارية المعيبة [2] .

وحيث أن فقه القانون مستقر على أنه إذا كان اغتصاب الحقوق والتعدي عليها يولد لصاحب الشأن الحق في أن يلجأ إلي القضاء لطلب الحماية القانونية،إلا أنه لابد لصاحب الشأن هذا ومن اللحظة الأولى التي يحرك فيها دعواه أمام القضاء أن يراعى عدداً من الشروط التي جرى عليها القانون والقضاء كى تؤدى محاولته إلى غايتها من انعقاد الخصومة وإلزام المحكمة بالنظر فيها ،ومن هذه الشروط تحقق المصلحة الشخصية المباشرة وجدية النزاع[3] ، حيث ليس لأحد أن يلجأ إلي القضاء ما لم تكن له صفة وأهلية ومصلحة.

---

(١) حول شرط المصلحة بتوسع يراجع الدكتور.سليمان الطماوي – شرط المصلحة في دعوى الإلغاء – مجلة مجلس الدولة – السنة الرابعة – ص١٠١ وما بعدها ، وأيضا الأستاذ صابر الرماح المحامي – المصلحة بين دعوى الإلغاء ودعاوى القضاء المدني – مجلة المحاماة السنة السبعون سنة ١٩٩٠ العددان ٧و٨ ص٨٦ وما بعدها.

(٢) من المعلوم أن القرارات الإدارية تتدرج قوة وضعفا فثمة قرارات إدارية ، تصيبها عيوب تعدمها كلية ولا تكون قابلة للتنفيذ وتفقد الحصانة التي تتمتع بها القرارات الإدارية حتى يصدر حكم بإلغائها ، تصيبها عيوب تعدمها كلية ولا تكون قابلة للتنفيذ وتفقد الحصانة التي تتمتع بها القرارات الإدارية حتى يصدر حكم بإلغائها و يجوز طلب إعلان انعدام وبطلانه في أي وقت مهما طال عليها الزمن ، من القرارات الإداري القابل للإلغاء يعكس القرار المعدوم يتمتع بقرينة الصحة ويجوز للإدارة تنفيذه، يظل محصنا معتبرا كالقرار الصحيح حتى يحكم بإلغاء ولا يجوز طلب الحكم بإلغائه إلا خلال مدة معينة من علم صاحب الشان به ومن القرارات الإدارية ما لا يحكم بإلغائها رغم عيبها ، ذلك أن القضاء الإداري جري علي عدم الحكم بإلغاء القرارات المشوبة بعيب الشكل إذا لم لا يحكم بإلغائها رغم عيبها ،ذلك أن القضاء الإداري جرى علي عدم الحكم بإلغاء القرارات المشوبة بعيب الشكل إذا لم يكن هذا الشكل جوهريا .يراجع الدكتور. محمود حلمي – القضاء الإلغاء – مرجع سابق ص١٢٨ .

(٣) يراجع الدكتور. طعيمة الجرف – قضاء الإلغاء – مرجع سابق ص١٣٢.

ويرى جانب آخر من الفقه أن المصلحة هي الفائدة المنشودة أمام القضاء عن طريق المطالبة بتقرير الأحقية في الادعاء ، أو أنها القيمة لموضوع المطالبة الذي يتخذ أساسا لإصلاح أو منع خسارة أو اضطراب قائم مؤكد[1] ، فإن مس القرار الإداري مصلحة شخصية مادية كانت أم أدبية للمدعي ، أو كان موضوع الدعوى هو المطالبة بحق أو مركز قانوني أو التعويض عن ضرر أصاب حقاً من الحقوق كانت المصلحة المطالبة بإلغاء القرار [2].

ويشير جانب من الفقه إلي أن المصلحة إذا كانت في القانون المدني يجب أن ترتبط بحق معتدى عليه أو تهدد بالاعتداء ، فإنها في دعوى الإلغاء لا يشترط فيها الاستناد إلي حق معتدى عليه أو مهدد بالاعتداء ، من قبل السلطات العامة[3].

فضلا عن أن مصطلح (المصلحة) قد يختلف معناه بين دعوى الإلغاء ودعوى القضاء الكامل، وإذا كانت دعوى القضاء الكامل تقتضي وجود اعتداء علي حق ذاتي يسعى صاحب الشأن لاقتضائه، فإنه في دعوى الإلغاء يمكن الاكتفاء بوجود مصلحة جدية شخصيه ومباشرة ،إذ يكفي أن يكون صاحب الشأن فيها في حالة قانونية خاصة بالنسبة للقرار الإداري المعيب تجعله متأثرا تأثرا مباشراً في مصلحة شخصية له حتى تكون دعواه مقبولة، وقد أكدت ذلك المحكمة الإدارية العليا من خلال أحد الأحكام قالت فيه إن "...الأصل في قبول الدعوى بصفة عامة أن تكون مقامة من أشخاص لهم فيها مصلحة شخصية مباشرة إلا أنه في دعوى الإلغاء وحيث تتصل الدعوى واعتبارات المشروعية والنظام العام يتسع شرط المصلحة الشخصية لكل دعوى إلغاء يكون رافعها في حالة قانونية خاصة بالنسبة إلى القرار المطعون فيه من شأنها أن تجعل هذا القرار مؤثراً في مصلحة جدية له... أثار ذلك لا يلزم أن يمس القرار المطلوب إلغاؤه حقاً ثابتاً للمدعي على

---

(١) يراجع هذه التعريفات في – الدكتور.محمد عبد السلام مخلص –نظرية المصلحة في دعوي الإلغاء دار الفكر العربي القاهرة بلا تاريخ ،ص١٠ .

(٢) يراجع هذه المعاني الدكتور. محمود سامي جمال الدين – القضاء الإداري مرجع سابق ص١٤٤ أيضا حكم محكمة القضاء الإداري المصري ١٩٥٣/٢/٢٢ قضية ١٢٨ س ق ٥ ، وأيضا حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٧٤٧ و ٩٢٩ بتاريخ ١٩٨٠/١٢/٩ س ق ١٢ ، وحكم المحكمة الكلية بتاريخ ١٩٨٠/١٢/٩ في الدعوى رقم ١٩٨٣/١٠٧ إداري.

(٣) الدكتور.إسماعيل البدوي ، القضاء الإداري – مرجع سابق – ص١٦٤ .

سبيل الاستئثار والإنفراد وإنما يكفى أن يكون في حالة قانونية من شأنها أن تجعل القرار مؤثراً تأثيراً مباشراً في مصلحة شخصية له ولو شاركة فيها غيره " [1].

وفي دولة الكويت ـ فإن المشرع الكويتي قد أخذ بمفهوم المصلحة الشخصية المباشرة التي ينبغي [2] أن تتوافر لدي رافع الدعوى أو صاحب الشأن في دعوى الإلغاء بالطعن على القرار الإداري المعيب حيث نصت المادة الثالثة من قانون إنشاء الدائرة الإدارية على أنه (مع عدم الإخلال بنص المادة الثانية من القانون رقم١٩ لسنة١٩٥٩ لا تقبل الطالبات المقدمة من أشخاص ليست لهم فيها مصلحة شخصية مباشرة) .

وهذا هو المستفاد من المادة الأولى من قانون إنشاء الدائرة الإدارية حيث أن عبارة " ذوي الشأن " تكفي لتحقيق المصلحة ويستوجب توسيع نطاق ولاية القضاء الإداري في الكويت الأخذ بالتفسير الواسع لعبارة " ذوي الشأن " لمد سلطان الدائرة الإدارية على المنازعات التي لا شك في أنها منازعات إدارية.

أما عن موقف القضاء فلقد تبني القضاء الإداري هذا الاتجاه عن طريق الدائرة الإدارية التي قالت في أحد أحكامها بأنه "...يتسع شرط المصلحة لكل دعوى إلغاء يكون رافعها في مركز قانوني خاص ، وحالة قانونية خاصة بالنسبة إلي القرار المطعون فيه من شأنها أن تجعل هذا القرار مؤثراً في مصلحة جدية له سواء أكانت مادية أو أدبية " [3].

وتطبيقا للقانون فقد استقر القضاء الكويتي من خلال الدائرة الإدارية ومحكمة الاستئناف والتمييز على الأخذ بمبدأ أن المصلحة منـاط الدعوى ، وأن المقصود بالمصلحة (تلك الفائدة العملية التي تعود على رافع الدعوى من الحكم

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٠١٧ س ٤٥ق – جلسة ٢٠٠٢/١/٥ منشور بمجلة المحاماه – العدد الثالث س٢٠٠٣– ص ٣٤٦ .

(٢) يراجع الدكتور . داوود العيسى ـ المبادئ العامة في القضاء الإداري ـمرجع سابق ص٤٦٨.

(٣) حكم الدائرة الثانية في القضية رقم ١٩٩٦/١٦٢ في تاريخ ١٩٩٦/١٢/٣١ـحكم غير منشور .

في طلباته) ومن ثم فلا تقبل الدعوى إذا لم يكن المركز القانوني المطلوب حمايته بها قد وقع اعتداء عليه أو حصلت منازعة بشأنه تبرر الالتجاء إلي القضاء.

وقالت محكمة *التمييز* في أحد أحكامها المرتبطة بشرط المصلحة والذي كان قد طلبت فيه الطاعنة استمرار نفاذ العقد المبرم بين الطاعن والمطعون ضده الثالث فقالت "...وحيث إن الطاعنة تنعى بالسبب الثاني علي الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون ، وأن المطعون ضده الأول طلب من المطعون ضده الثالث إنهاء العقد معها بشأن السوق ، وامتنع الأخير عن استلام الأجرة منها ليتذرع بذلك في طلب إخلائها مما يجعل لها مصلحة في طلب الحكم باستمرار نفاذ العقد حتى يمكنها إلزام المطعون ضده الثالث بقبض الأجرة منها وإذا خالف الحكم هذا النظر وقضي بعدم قبول دعواها في هذا الخصوص، على سند من أنها رفعت قبل الأوان فإنه يكون معيباً بما يستوجب تمييزه"[1].

واستطردت المحكمة قائلة "...وحيث إن هذا النعي غير سديد ،ذلك أن المصلحة هي مناط الدعوى ويقصد بالمصلحة الفائدة العملية التي تعود على رافع الدعوى من الحكم له بطلباته ،ومن ثم فلا تقبل الدعوى إذا لم يكن الحق أو المركز القانوني المطلوب حمايته بها قد وقع عليه اعتداء أو حصلت منازعة بشأنه تبرر الالتجاء إلي القضاء ".

وأردفت قائلة "...لما كان ذلك وكان الحكم الابتدائي قد حمل قضاءه بعدم قبول دعوى الطاعنة بالنسبة لطلب استمرار نفاذ العقد المبرم مع المطعون ضده الثالث بصفته علي قوله (إن نزاعاً لم ينشب بين المدعية الطاعنة وبين المدعى عليه الثاني والمطعون ضده الثالث حول هذا العقد أو تنفيذه حسبما جاء على لسان المدعية ذاتها في مذكرتها من أن العقد لا يزال ساريا ومنتجاً لآثاره، ومن ثم فإن

---

(١) نصت هذه المادة أنه (ليس للمحاكم أن تنظر في أعمال السيادة ، ولها أن تنظر الأمر الإداري أو توقف تنفيذه أو تزوله أن تفصل في المنازعات المدنية والتجارية التي تقع الأفراد والحكومات عدا الحالات التي ينص فيها القانون على ذلك)يراجع نص هذه المادة في القانون رقم١٩/١٩٥٩مجموعة التشريعات الكويتية إدارة الفتوى والتشريعات الكويتية إدارة الفتوى والتشريع ، مجلس الوزراء الكويت قد ألغيت هذه المادة بصدور رقم٢٣ /١٩٩٠ بشأن تنظيم القضاء.

طلب المدعية في هذا الصدد يكون قد جاء قبل الأوان ساريا ومنتجا لآثاره ،ومن ثم فإن طلب المدعية في هذا الصدد يكون قد جاء قبل الأوان ، وأضاف الحكم المطعون فيه إلي ذلك قوله ــ إن الأوراق وقد خلت مما يفيد أن وزارة المالية المطعون ضدها الثالثة قد أنهت تعاقدها مع المستأنفة الطاعنة أو امتنعت عن استيفاء الإيجار وكان مفاد ذلك أن الحكم قد أقام قضاءه في هذا الشق من الدعوى على ما استخلصه من أن المركز القانوني الذي تهدف الطاعنة إلي حمايته لم يتعرض لاعتداء عليه ولم يكن محل منازعة من جانب الطرف الأخر في العقد مما تنتفي معه مصلحتها في الطلب المبدي منها بشأنه، وهو ما يكفي لحمل قضاء الحكم بغير مخالفة للقانون فإن النعي عليه في هذا الخصوص يكون في غير محله، لما كان ما تقدم فإن الطعن برمته يكون علي غير أساس متعيناً رفضه" .

ولم يقف القضاء الكويتي عند هذا المفهوم للمصلحة في دعوى الإلغاء إنما أخذ بمبدأ أكثر اتساعاً لمفهوم شرط المصلحة في دعاوى الإلغاء لتشمل المصلحة المادية والمصلحة الأدبية فقد قررت إحدى الدوائر الإدارية في أحد أحكامها في قضية عرفت باسم " قضية أعضاء النيابة العامة "بأنه "...من المقرر طبقا لما جرت عليه أحكام محكمة التمييز من أن شرط المصلحة الشخصية المباشرة اللازم توافرها لقبول دعوى الإلغاء باعتبار أنها دعوى ذات طابع عيني تستهدف صحة القرار الإداري في ذاته تحقيقا لمبدأ المشروعية ،لا يقف عند حد وجود حق يكون القرار المطلوب إلغاؤه قد أهدره كما بالقدر الذي يتفق ويسهم في تحقيق مبادئ المشروعية، فيتسع شرط المصلحة لكل دعوى إلغاء يكون رافعها في مركز قانوني خاص ، وحالة قانونية خاصة بالنسبة للقرار المطعون فيه، من شأنها أن تجعل هذا القرار مؤثرا في مصلحة جدية له سواء أكانت مادية أو أدبية..." [1].

(١) حكم الدائرة الإدارية الثانية في القضية رقم ١٩٩٥/١٦٢ بتاريخ ١٩٩٦/١٢/٣١ حكم غير منشور .

ثانياً ــ وقت توفر المصلحة ومدى تطلب استمرارها :

بينا فيما سبق أنه لا دعوى بلا مصلحة بمعنى أنه إذا إنعدمت المصلحة ابتداءً كان على القضاء الحكم بعدم قبول الدعوى ،هذا بلا خلاف هو مبدأ عام على سائر الدعاوى القضائية ، ولكن هل يجب أن تستمر المصلحة إلى أن يتم الفصل في الدعوى ؟

تباينت الآراء الفقهية والأحكام القضائية حول استمرارية المصلحة في الدعوى لحين الفصل فيها .

١ــ موقف الفقه :

ذهب رأي إلي أن تخلف شرط المصلحة أثناء نظر الدعوى ، وإن كان من شأنه أن يؤثر علي الحكم في الموضوع إلا أنه لا يجوز مطلقاً أن يؤثر في الدعوى ذاتها ،والقول بغير ذلك معناه أن يغلق المجلس عينه علي قرارات إدارية باطلة ولاشك في بطلانها [١]، بمعنى أن هذا الرأي يؤيد اشتراط المصلحة عند رفع الدعوى فقط .

ويضيفون إن إشترط استمرار المصلحة حتى الحكم في الدعوى لا يتفق مع الطبيعة الخاصة لدعوى الإلغاء ولا يتسق مع الأهداف التي تستهدف تحقيقها [٢] .

بينما يرى فريق آخر ضرورة أن تظل المصلحة قائمة حتى الفصل في الدعوى، وذلك على أساس أن دعوى الإلغاء لا تخرج عن كونها خصومه قضائية مناطها توافر شرط المصلحة في رافعها وقت رفعها واستمرار هذا الشرط باستمرار الخصومة إلي أن يفصل فيها وإلا وجب الحكم بعدم قبول الدعوى لعدم قيام سبب لها [٣] .

---

(١) يراجع الدكتور.مصطفي أبو زيد فهمي القضاء إلا دارى ومجلس الدولة ص٣٠٢ ، وأيضاً الدكتور.أحمد أبو الوفا – المرافعات المدنية والتجارية ص١١٤ بند١١١.

(٢) يراجع الدكتور . أنور أحمد رسلان ــ وسيط القضاء الإداري ــ مرجع سابق ــ ص٤٧٤ ، الدكتور.إسماعيل البدوري القضاء الإداري مرجع سابق ص١٩٥ ،الدكتور.محمد كامل ليله ،الدكتور.محسن خليل ، الدكتور.ماجد راغب الحلو وغيرهم.

(٣) يراجع الدكتورة نبيلة كامل ــ الدعاوى الإدارية والدستورية مرجع سابق ص١٢١ ، وأيضاً الدكتور. فؤاد العطار ــ القضاء الإداري ــ مرجع سابق ــ ص ٥٤١ .

٢ــ موقف القضـــاء :

سنتطرق لكل من موقف القضاء المصري وموقف القضاء الكويتي .

- *موقف القضاء المصري*

تعارضت أحكام محكمة القضاء الإداري في هذا الصدد فهناك أحكام اتجاهات عديدة ومتباينة ، فمثلا نرى في حكم لها تقول "...أن المصلحة في إقامه الدعوى تتقرر بحسب الوضع القائم عند رفعها ولا تتأثر بما يجد بعـد ذلـك مـن أمـور وأوضاع" [١] .

وفي حكم آخر قضت بعكس ذلك تماما "...لما كانت المصـلحة هـي شـرط الدعوى فإنه يتعين توافرها وقت رفعها وهو أساس قبولهـا .فـإذا كانـت هـذه المصلحة منتفية من بادي الأمر أو زالت بعد قيامها أثناء سـير الـدعوى كانـت الدعوى غير مقبولة"[٢].

ولكن بمرور الزمن وتطور المجال القانوني قضاءاً وفقهاً أستقر الوضع على ضرورة توافر شرط المصلحة وقت رفع الدعوى وحتى الفصل فيها نهائياً فنجد أن المحكمة الإدارية العليا قضت في هذا الشأن انه "...م١٢ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢.. من المقرر قضاءً أن شرط المصلحة يتعين توافره ابتـداء عند إقامة الدعوى كما يتعين استمراره حتى يقضي فيها نهائياً إن مرحلة الطعـن هي استمرار لإجراءات الخصومة في الدعوى من شأنها أن تطرح النزاع برمتـه شكلاً و موضوعاً أمام المحكمة الإدارية العليا لتنزل فيه حكم القـانون ومـن ثـم يتعين استمرار هذه المصلحة حتى يفصل فيها نهائياً، وإذا كان ذلك وكانت دعوى الإلغاء تستهدف إعادة الأوضاع إلى ما قبل صدور القرار المطلوب إلغاؤه فإذا مـا

---

(١) براجع مجموعة المبادي القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري المصري ــالسنة التاسعة المبدأ رقم٣٥٩ ــالحكم رقـم ١٣٢٣ لسنة ٧ق ــ جلسة ١٩٥٥/٣/٢٤ صـ٣٠٩.

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري في مجموعة السنة التاسعة ص٢٤٣ بند ٢٠٩ وفي نفس المعني حكمها في المجموعـة ص٤٣١ بند٤٢٥ وحكمها في نفس المجموعة ص٥٥ بند٤٩

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 فإن مصلحة الطاعن في الإستمرار في الطعن تضحى منتفية ولا يكون هناك وجه للإستمرار فيه ويتعيين الحكم بعدم قبوله "[1].

وأيضاً قررت في حكم أخر لها بأنه "... المادة ١٢ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ والمادة الثالثة من قانون المرافعات المدنية والتجارية – مؤداهما أنه يشترط لقبول الدعوى أن يكون لرفعها مصلحة شخصية مباشرة وقائمة، ويتعين توافر هذا الشرط للمدعي وقت رفع الدعوى وحتى يفصل فيها نهائيا ..." [2].

وفي ذات الموضوع ذهب مجلس الدولة الفرنسي [3] يؤيده في ذلك الفقه الفرنسي [4] في مجموعه إلي الاكتفاء بتوافر المصلحة عند رفع الدعوى فقط ، أما ما يطرأ عليها بعد ذلك من أحداث قد تؤدى إلي زوالها قبل صدور الحكم ، فلا يكون له تأثير علي الدعوى من الناحية الشكلية فلا يجوز للقاضي الحكم بعدم قبول الدعوى بعد أن سبق له بحث شروطها وقبولها وعليه أن يتصدى للموضوع ويفصل فيه ،وهذا يعنى أن الدعوى لا تكون غير مقبولة ولكنها تعتبر فقط غير قائمة علي أساس سليم .

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٢٨٠٨س٤٠ق – جلسة ٢٠٠١/١٢/٢٥– منشور بمجلة المحاماه – العدد الثالث ٢٠٠٣ – ص٣٣٠ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٦٧٥٦ س٤٣ق – جلسة ٢٠٠١/١٢/٨ – منشور بمجلة المحاماه – العدد الثالث٢٠٠٣ – ص٣١٤ .

(٣) براجع دكتور داوود العيسي – القضاء الإداري – مرجع سابق – ص٤٦٩ .

(٤) براجع الدكتور محمود سامي جمال الدين – القضاء الإداري الكويتي مرجع سابق ص١٥٨ .

موقف القضاء في دولة الكويت

وقد أخذ القضاء الإداري في الكويت بما أخذ به نظيره المصري في ذات الخصوص، فأشترط توافر المصلحة وقت رفع الدعوى، واستمرار وجودها ما بقيت الدعوى قائمة ،وتطبيقا لذلك قضت إحدى الدوائر الإدارية "...من حيث أن المدعى يطلب إلغاء قرار وزير الإعلام بمنع نشر مقال كتبه بعنوان " مفيش فايده " في جريدة القبس وكان قرار وزير الإعلام هذا قد صدر استناداً لقراره رقم ٢٤٨ لسنة ١٩٨٦ في شأن إخضاع جميع المطبوعات الدورية للرقابة المسبقة علي النشر ، وحيث أنه لما كان ما تقدم وكان القرار الوزاري رقم ٢٢ لسنة١٩٩٢ قد ألغي القرار رقم ٢٤٨ لسنة ١٩٨٩ القاضي بفرض الرقابة علي النشر وهو ما يؤدي بالضرورة إلي إلغاء قرار وزير الإعلام بنشر مقال المدعى... فإنه لما كان غاية ما يهدف إليه المدعى من دعواه هذه هو إلغاء قرار منع نشر المقال المذكور تمهيدا لنشره وكان الطريق إلي هذه الغاية ممهداً، بعد أن ألغت الوزارة المدعى عليها في تاريخ لاحق قرار الرقابة المسبقة علي النشر، الذي صدر القرار المطعون فيه بناء عليه وترتب عليه إعدامها معاً منذ صدورهما مما يفرغ هذه الدعوى من مضمونها وتصبح لا مصلحة للمدعي في السير فيها ويكون طلبه فيها غير ذي موضوع فإن الخصومة نتيجة لذلك تصبح غير ذات موضوع ، ويتعين من ثم الحكم باعتبار الخصومة منتهية في الدعوى "[1].

وفي تقديرنا ــ أنه لابد من التفرقة في هذا الخصوص بين الدعاوى الشخصية ودعوى الإلغاء.

(١) حكم الدائرة الإدارية الأولى في القضية رقم ٩١/١٣ بتاريخ ١٩٩٢/٤/٢٠ - حكم غير منشور.

فالدعوى الشخصية تهدف إلى الدفاع عن حقوق شخصية تم الاعتداء عليها ومن المتصور بشأنها اشتراط توافر المصلحة عند إقامة الدعوى واستمرار بقائها إلى مرحلة الحكم ، أى أن صاحب الحق إذا انقضى حقه قبل الحكم سقطت الدعوى لأنه لم تعد هناك فائدة ترجى من الحكم في الدعوى.

أما دعوى الإلغاء فهي دعوى موضوعية تهدف في المقام الأول إلى الدفاع عن مبدأ المشروعية واحترام أحكام القانون ومحاربة التسيب والفساد الإداري وتنقية المجال القانوني من كل تصرف قانوني باطل أو غير سليم ،ومن ثم تحقيق مصلحة المجتمع بهدم القرارات غير المشروعة.

لهذا كله فمن المتصور والمقبول أن يكتفي بشأنها بتوافر شرط المصلحة عند رفع الدعوى وعدم اشتراط استمرار بقاء مصلحة رافع الدعوى إلى مرحلة الحكم لأنه دائماً ستظل هناك مصالح قائمة منها ما يخص الطاعن متمثلة في الجانب المعنوي في الدعوى ومنها ما يخص عموم المجتمع من كفالة مبدأ المشروعية واحترام القانون ردعاً لأي إنحراف .

وعليه فإن المصلحة شرط ابتداء، بمعني انه يجب أن تتوافر عند رفع الدعوى ولا يستلزم استمرارها حتى تمام الفصل في الدعوى، لأنه ليس من المنطق أن نحمل صاحب الشأن أو الطاعن مسئولية انتفاء المصلحة أثناء نظر الدعوى نتيجة ظروفا عارضه نفت المصلحة، فإذا كان انتفاء المصلحة أثناء سير الدعوى سوف يؤثر على الحكم، إلا أنه لا يجوز أن يؤثر على قبول الدعوى.

الفرع الثـــاني

خصائص شرط المصلحـــة

بينا فيما سبق ضرورة توافر المصلحة كشرط لقبول دعوى الإلغاء، إلا أنه لا يكفى مجرد وجود المصلحة لإمكان قبول الدعوى، بـــل لابـــد أن يكـــون لهـــذه المصلحة خصائص معينه، وتفصيل ذلك كما يلي:

أولا ــ المصلحة الشخصية والمباشرة:

يشترط في المصلحة التي تجيز الطعن بالإلغاء أن تكون شخصية وأن تكون مباشرة ، فيجب أن يكون للطاعن مصلحة في إلغاء القرار وأن تكـــون المصـــلحة مستقلة ومتميزة عن المصلحة العامة ، وهو ما يفرق بين دعوى الإلغاء ودعـــوى الحسبة ، ويفرق بين دعوى الإلغاء ودعوى التعويض ، لذلك يشترط في المصلحة المطلوبة في دعوى الإلغاء أن يكون رافع الدعوى في حالة قانونية أثر فيها القرار المطعون فيه تأثيراً مباشراً[1] .

وتأخذ المحكمة الإدارية العليا أيضا بذات الاتجاه حيث قضت في حكم لها بأنه "...يجب لقبول دعوى الإلغاء ، قيام الإرتباط بين الطاعن والقـــرار محـــل الطعـــن بحيث يعود إلغاء القرار عليه بفائده ما- إذا لم يكن للطـــاعن مصـــلحة شخصـــية مباشرة كانت داعواه غير مقبولة – شرط المصلحة يجب توافره من وقـــت رفـــع الدعوى وحتى الفصل فيها بحكم نهائي "[2].

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري في مجموعة السنة السابعة ص٤٥٩ ،وكذلك حكمها في ١٩٥٧/٣/٣١ السـنة الحاديـة عشـرة ص٢٩٣.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣٦٨٥ س ٣٧ ق – جلسة ١٩٩٦/٦/٢٥ – الموسوعة الإدارية الحديثة – الفكهاني – ج٤٦ – ص ٨٩٧ .

وأيضاً قضت في حكم أخر بأن "...شرط المصلحة – يكون يكـون للمـدعي مصلحة شخصية مباشرة – إذا كان القرار يرتب ضرراً يلحـق بالصـحة العامـة وبأهل القرية – ولا تكون دعوى حسبة ..." (١).

وفي دولة الكويت ـ هناك حكمٌ لأحدى الدوائر الإدارية بينت فيه الفرق بـين دعوى الإلغاء ودعوى الحسبة فقد قضت بأن "...المدعية لا مصـلحة لهـا فـي مهاجمة ذلك القرار بطلب إلغائه أو وقف تنفيذه ،وحتى ولئن قيل بإصابته بعوار أو بطلان مطلق، ذلك لأن دعوى الإلغاء ـ ووقف التنفيذ نوع منها ـ ليسـت مـن دعاوى الحسبة التي لا يلزم في رافعها أن يكون صاحب مصلحة فيها، وإنما يلـزم في دعوى الإلغاء كغيرها من الدعاوى المحكومـة بقـانون المرافعـات (المـادة الثانيـة) أن يكون لصاحبها مصلحة فيها " (٢) .

وقضت أيضاً محكمة التمييز في أحد أحكامها بأنه "...مـن المقـرر ـ فـي قضاء هذه المحكمة أن شرط المصلحة الشخصية مباشرة اللازم توافرها لقبـول دعوى الإلغاء ـ باعتبار أنها دعوى ذات طابع عيني تستهدف مخاصـمة القـرار الإداري في ذاته تحقيقاً لمباديء المشروعية ـ لا يقف عند حد وجود حق يكـون القرار المطلوب إلغاؤه قد أهدره أو مس به كما هـو الحـال بالنسـبة لـدعاوى التعويض وسائر الدعاوى الحقوقية ، وإنما يتجاوز ذلك بالقدر الذي يتفق ويسـهم في تحقيق مبادىء المشروعية فيقع شرط المصلحة لكل دعوى إلغاء يكون رافعها في مركز قانوني خاص أو حالة قانونية خاصة بالنسبة إلى القرار المطعون فيـه من شأنها أن تجعل هذا القرار مؤثرا في مصلحة جدية له سواء أكانت مادية أو أدبية، وأن تحرى المصلحة في الدعوى من إطلاقات محكمة الموضـوع طالمـا أقامت قضاءها علي أسباب سائغة لها أصولها الثابت بالأوراق..." (٣).

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٢٨٧٥ ، ٢٩٨٠ ، ٣٠٨١ س٤٠ق-جلسة ١٩٩٦/٩/٢٦- الموسوعة الإداريـة الحديثـة – الفكهاني – ج ٤٦ – ص٢٩٠ .

(٢) حكم الدائرة الإدارية في القضية رقم ١٩٩٠/٢٣ بتاريخ ١٩٩٠/٥/٢٢ – حكم غير منشور .

(٣) حكم محكمة التمييز رقم ٨٧ ، ٩٨/٢٣ تجاري ـ أداري جلسة ١٩٩٩/١/٤ مجلة القضاء والقانون السنة السابعة والعشرون ـ الجزء الأولـ ص ٤٨ .

ثانياً ـ المصلحة المادية والمصلحة الأدبية:

يقصد بالمصلحة المادية ما يترتب على إلغاء القرار الإداري من فائدة مالية تتحقق لصاحب الشأن في دعوى الإلغاء ، أما المصلحة الأدبية فتتمثل فيما يترتب علي إلغاء القرار الإداري من فائدة غير مالية روحية[1] أو معنوية[2].

مع العلم أنه بالإمكان أن تلتقي المصلحة المادية والأدبية ، في دعوى واحدة تعود بالفائدة على رافع الدعوى نفسه ،حيث أخذ المشرع بكلا النوعين من المصلحة سواء باتفرادهما أو باجتماعهما ،إذ يمكن للمتضرر من قرار إداري معين تأثرت منه مصلحته مادياً أو أدبياً أن يرفع دعوى الطعن بإلغاء هذا القرار الإداري.

وقد استقر القضاء الإداري المصري من خلال محكمة القضاء الإداري والمحكمة الإدارية العليا علي الأخذ بالمصلحة المادية إلى جانب المصلحة الأدبية مجتمعين أو منفصلين كشرط من شروط دعوى الإلغاء بالطعن على القرار الإداري.

وقد أكد هذه المبادئ الحكم الصادر عن محكمة القضاء الإداري، وجاء فيه "...إنه لما كانت المصلحة هي مناط الدعوى فإنه يتعين توافرها وقت رفعها واستمرار وجودها ما بقيت الدعوى قائمة لكونها شرط مباشرة الدعوى وأساس قبولها ،فإذا كانت هذه المصلحة منتفية من بادئ الأمر أو زالت بعد قيامها أثناء سير الدعوى كانت الدعوى غير مقبولة ،بيد أن المصلحة الأدبية تكفي وحدها وإن زالت المصلحة المادية" [3].

---

(١) يتمثل الجانب الروحي في المصلحة ما يتصل بالمشاعر والعقيدة مثل إصدار قرار إداري بإغلاق دور العبادة كان الطاعن يمارس بها شعائره ، يراجع الدكتور.مصطفى أبو زيد فهمي – القضاء الإداري ومجلس الدولة – الكتاب الثاني – قضاء الإلغاء – مرجع سابق ص٣٣٥ ، وأيضاً الدكتور.داوود العيسي – المبادىء العامة للقضاء الإداري – مرجع سابق – ص٤٧١ .

(٢) تتمثل المصلحة المعنوية أو الأدبية في قرار إداري بتوقيع جزاء على موظف بخصم من مرتبه ثم نقله إلى موقع آخر حيث ينطوي هذا النقل على جزاء تأديبي مقنع حيث يهدف من إلغاء القرار إلى رفع وصمة الجزاء التأديبي لوضوح أن نقله كان – – يخفي جزاءً تأديبياً وكان له وجه حق في محو هذا الجزاء ، حكم محكمة القضاء الإداري رقم ١٧١٦ س ٧ق – جلسة ١٩٥٥/١/٨ – مجموعة الأحكام الصادرة في ١٥ عاما ص ١٠٢٣ .

(٣) حكم محكمة القضاء الإداري المصري رقم ٦٤ في القضية رقم ١٧١٦ س٧ق – جلسة ١٩٥٥/١/١٨ – ص ١٠٣٢ .

كما أكدت المحكمة الإدارية العليا في حكم حديث لها على وجوب توافر المصلحة المادية أوالأدبية كشرط لقبول الدعوى حيث قالت أنه "...يشترط لقبول دعوى الإلغاء أن يكون لرافعها مصلحة شخصية ومباشرة وقيام شرط المصلحة يعني توافر الصفة في رفع الدعوى حيث يندمج الشرطان معاً في دعوى الإلغاء. يجب أن تتوافر مصلحة المدعي في إقامة الدعوى من وقت رفعها حتى الفصل فيها نهائياً... يكفي أن تكون له مصلحة شخصية مباشرة مادية كانت أم أدبية بأن يكون في حالة قانونية خاصة بالنسبة للقرار من شأنها أن تجعلة يؤثر تأثيراً مباشراً عليه "[1] .

وقد استقر القضاء الكويتي في أحكامه من خلال الدائرة الإدارية ومحكمة الاستئناف والتمييز إلي الأخذ بالمصلحة الأدبية والمادية في دعوى الإلغاء بمعنى أتساع مفهوم شرط المصلحة في دعاوى الإلغاء عن غيرها من الدعاوى الحقوقية الأخرى مؤكداً أنه يكفي لتوافر شرط المصلحة في دعوى الإلغاء أن يكون القرار ذا أثر في مصلحة مادية أو أدبية لرافعها بل وإمتد الأمر إلى الجمعيات والهيئات بحيث إذا توافرت المصلحة لهم أمكن بها رفع دعاوى الإلغاء على القرارات التي تمس الأهداف والأغراض والمصالح الجماعية التي تقوم عليها.

وقد أشارت إلى ذلك محكمة التمييز بقولها "...من المقرر أن شرط المصلحة الشخصية المباشرة اللازم توافرها لقبول دعوى الإلغاء باعتبار أنها دعوى ذات طابع عيني تستهدف مخاصمة القرار الإداري في ذاته تحقيقا لمبادئ المشروعية لا تقف عند حد وجود حق يكون القرار المطلوب إلغاؤه قد أهدره ،كما هو الحال بالنسبة إلي دعوى التعويض وسائر الدعاوى الحقوقية وإنما يتجاوز ذلك بالقدر الذي يتفق ويسهم في تحقيق مبادئ المشروعية فيتسع شرط المصلحة لكل دعوى إلغاء يكون رافعها في مركز قانوني خاص أو حالة قانونية خاصة بالنسبة إلي

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣٠٦٩ – س ٤٥ق – جلسة ٢٠٠٢/١/١٢ – المجموعة من أول يناير ٢٠٠٢ إلى آخر مارس ٢٠٠٢ – ص ٣١ .

القرار المطعون فيه من شأنها أن نجعل هذا القرار مؤثرًا في مصلحة جديدة له سواء أكانت مادية أو أدبية " .

واستمرت المحكمة بالقول في شأن الجمعيات والهيئات التي تتمتع بالشخصية المعنوية أن لها "..الحق في رفع دعاوى الإلغاء طعناً في القرارات الإدارية التي تمس الأهداف الأغراض التي أنشئت من أجلها ، والمصالح الجماعية التي تقوم عليها " [1] .

ثالثا ــ المصلحة المحققة والمصلحة المحتملة :

المقصود بالمصلحة المحققة تلك الفائدة الشخصية والآنية والقائمة [2] والعلاقة المباشرة بين صاحب الشأن وبين القرار الإداري المطعون فيه بالإلغاء[3] ، أما المصلحة المستقبلية أو المحتملة فهي تلك الفائدة التي من شأنها أن تهيء الفرصة لجلب نفع أو دفع ضرر لكنه يفتقر إلى التأكيد [4] ويخلو من المنفعة المباشرة التي تتصف بها المصلحة المحققة.

وقد اخذ المشرع المصري بنظرية المصلحة الشخصية المحققة المباشرة دون المصلحة المستقبلية المحتملة والتي تفتقر إلى التأكيد ، معتبراً أن المصلحة المحققة مادية كانت أو أدبية تبرر الطعن بالإلغاء ،حيث تتوافر المصلحة المحققة متى كان من المؤكد والحادث فعلاً أن القرار المطعون فيه قد اتصل بمركز الطاعن مما ينطوي علي تهديد حال واقع وضرر مباشر بمصالحه[5].

---

(١) حكم محكمة التمييز رقم ١٤ /١٩٨٨ تجاري بجلسة ١٩٨٨/٧/٤ – موسوعة مبادىء القضاء الإداري– مرجع سابق الكتاب الأول الجزء الثاني القاعدة ١٥٧ صـ٢٨٨ .

(٢) الدكتور.محمود سامي جمال الدين ــ القضاء الإداري ــ مرجع سابق ــ ص١٤٦ .

(٣) الدكتور.إسماعيل البدوي ــ القضاء الإداري ــ مرجع سابق ــص١٩٠ .

(٤) انظر حول هذا المعنى الدكتور.ماجد راغب الحلو ــ القضاء الإداري ــمرجع سابق ص٣٢٤ وما بعدها .

(٥) يراجع الدكتور.طعيمة الجرف ــ قضاء الإلغاء ــ مرجع سابق ص١٩٠ .

وتطبيقاً للقانون سالف الذكر قالت محكمة القضاء الإداري في حكم لها "...أن قضاء هذه المحكمة قد جري علي قبول دعاوى الإلغاء متى وجدة مصلحة شخصية محققة لرافعها ، واشترط في قيام هذه المصلحة وجود علاقة مباشرة بين رافع الدعوى وبين القرار المطعون فيه "[1].

لم ينأى المشرع المصري المصلحة المحتملة بشكل مطلق إلا أنه أعتد بها استثناء عند رفع الدعوى إذا كانت تلك المصلحة المحتملة [2] تعنى دفع ضرر محدق ينبغي الاحتياط له أو الإستثياق لحق يُخشي زوال دليله عند النزاع فيه ، حيث نصت المادة الثالثة من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري والمعدل بالقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ علي أنة (تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياطي لدفع ضرر محدق أو الاستيثاق لحق يخشي زوال دليله عند النزاع فيه).

ولئن كان القضاء قد تطلب في بادئ الأمر لقبول دعوى الإلغاء وجود مصلحة شخصية محققة لرافعها إلا أنها سرعان ما عدلت عن قضائها السابق واكتفت بوجود المصلحة المحتملة فقررت المحكمة الإدارية العليا بأن "...يشترط لقبول دعوى الإلغاء أن يكون لرافعها مصلحة شخصية يقرها القانون – لا يلزم لتوافر هذه المصلحة أن يمس القرار المطلوب إلغاؤه حقاً ثابتاً للمدعي – يكفي أن يكون في حالة قانونية خاصة من شأنها أن تجعل هذا القرار مؤثراً تأثيراً مباشراً في مصلحة شخصية له " [3] .

---

(١) مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة القضاء الإداري المصري ، المبدأ رقم ١٧ ص٨ القضية ١٤٤ س ١ ق ١٩٨٤/١١/٢٤ .

(٢) ومن أمثلة هذه الدعاوى ما يكون الغرض منها إقامة الدليل كدعوى إثبات الحالة ودعوى سماع الشاهد حيث ترفع كل منها أمام القضاء المستعجل ،أو ما يكون الغرض منها المحافظة على الدليل كدعوى صحة التوقيع أو تحقيق الخطوط الأصلية أو هدم الدليل كدعوى التزوير الأصلية حيث ترفع كل منها أمام القضاء الموضوعي.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٠٥٧ س٣٩ق – جلسة ١٩٩٧/١٢/٢٠ – الموسوعة الإدارية الحديثة – الفكهاني –ج٤٦ – ص ٣٠٢ .

وقد تباين الفقه في موقفه من التوسع في فكرة المصلحة المحققة المحتملة ، حيث فسر فريق من الفقه[1] توسع المشرع والقضاء في الأخذ بنظرية المصلحة المحتملة في دعوى الإلغاء بعد رفضها بأن حماية مبدأ المشروعية هي الأساس الذي تقوم عليه دعوى الإلغاء ذات الطابع الموضوعي ،المستهدف دائماً المصلحة العامة المحققة التي تقتضي فتح الطريق لأصحاب المصالح المشروعة في مواجهة القرار الإداري المعيب ، فضلا عن أن انتظار المصلحة المحققة قد تؤدى إلي انتهاء الميعاد المحدد لرفع دعوى الإلغاء.

وفريق آخر رأي أن هذا التوسع من شأنه أن يزيد من أعباء القضاء الإداري دون مبررات معقولة فضلا من أن انتظار المصلحة المحتملة هو مسألة تحكمية لا سند لها من القانون إلا في الأحوال التي نص عليها القانون استثناء، مما أوقع القضاء في خلط بين استثناءات المصلحة المحققة وبين المصلحة المحتملة ،ناسيا غافلاً التفريق بين المصلحة المحتملة غير المؤكدة والمصلحة المحتملة مؤكدة التحقق مستقبلاً " [2] .

أما علي المستوي القانون والقضاء الكويتي ــ فقد أخذ المشرع الكويتي بنظرية المصلحة المحتملة إلي جانب المصلحة المحققة بقيود حيث ورد نص المادة الثانية من قانون المرافعات كالآتي (لا يقبل أي طلب أو دفع لا يكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون ،ومع ذلك تكفي المصلحة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محدق أو الأستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه)[3].

ومن الطبيعي أن يتجه القضاء الكويتي تطبيقا للقانون نحو الأخذ بالمصلحة المحتملة وفق الشروط التي حددها قانون المرافعات المدنية والتجارية نظراً لخلو

---

(١) من هذا الفريق الدكتور.مصطفي أبو زيد فهمي ــ القضاء الإداري ــمرجع سابق ــ ص ٥٥٠ وما بعدها .
(٢) يراجع الدكتور. محمود سامي جمال الدين ــ القضاء الإداري ــ مرجع سابق ص١٤٦/ ١٤٧ .
(٣) يراجع نص المادة الثانية من قانون المرافعات المدنية والتجاري الكويتي رقم ١٩٨٠/٣٨ .

قانون إنشاء الدائرة الإدارية من النص على موضوع المصلحة المحتملة والاكتفاء في المادة الثالثة من القانون ذاته بالمصلحة الشخصية المباشرة[1].

ولقد قررت إحدى الدوائر الإدارية بأنة "...لا يلزم لتوافر تلك المصلحة أن يمس القرار المطلوب إلغاؤه حقاً ثابتاً مباشراً في مصلحة شخصية له ، ولا يلزم أن تكون المصلحة القائمة مصلحة عاجلة وإنما يكفي أن تكون مصلحة آجلة مادامت المصلحة في الحالتين مشروعة ولا ينكرها النظام العام أو الآداب..."[2] .

رابعاً ــ المصلحة الجماعية :

تختلف الدعوى المتضمنة مصلحة جماعية عن الدعوى التي يرفعها عدد من الأفراد تكون لكل منهم مصلحة فردية ،حيث إن المقصود بالمصلحة الجماعية [3] في دعوى الإلغاء تلك المصلحة المتعلقة بجماعة تثبت لها الشخصية المعنوية المستقبلية كالاتحادات والنقابات ، والتي ــ أي المصلحة الجماعة ــ تتأثر بالقرار الإداري المطعون فيه لأنها مصلحة مشتركة [4]يمثلها الشخص المعنوي ويدافع عنها دون تعيين لأعضاء معينين بأنفسهم وذواتهم[5] .

من ذلك ما قضت به المحكمة الإدارية العليا في حكم لها بأن "...إذا كانت الإدارية قد أفصحت عن إرادتها بقرار تضمن إستبعاد عطاءات المدعين من المناقصة – هؤلاء المدعين جمعتهم مصلحة واحدة في الطعن على هذا القرار مما يجعل إجتماعهم في صحيفة واحدة للطعن عليه سائغاً قانوناً "[6].

---

(١) ورد نص المادة الثالثة من قانون إنشاء الدائرة الإدارية رقم١٩٨٠/٢١ كالآتي (مع عدم الإخلال بنص المادة الثانية من قانون تنظيم القضاء رقم ١٩٥٩/١٩ لا تقبل الطلبات المقدمة من أشخاص ليس لهم فيها مصلحة شخصية مباشرة).

(٢) حكم الدائرة الثالثة في القضية رقم ٦٢٧/ ٩٧ بتاريخ ١٩٩٨/٥/١٧ ــ حكم غير منشور.

(٣) للمزيد يراجع الدكتورة. نبيلة عبد الحليم كامل ــ الدعاوى الإدارية والدستورية ــ مرجع سابق ص١٤٤ .

(٤) المصلحة المشتركة لا تعني الإضرار بالجميع أو فائدة الجميع بقدر الجميع بقدر ما تعني مصلحة معظم أو أغلبية الأعضاء المنتسبين لهذه الشخصية المعنوية .

(٥) يراجع الدكتور.مصطفي أبو زيد فهمي ــ القضاء الإداري مجلس الدولة ــ الكتاب الثاني ، قضاء الإلغاء ــ مرجع سابق ص٣٦١ وما بعدها.

(٦) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٣٢٦ س٤١ق – جلسة٢٠٠١/١٢/٤ – منشور بمجلة المحاماه – العدد الثالث ٢٠٠٣– ص ٣٠٩.

وقد أخذ القانون والقضاء الفقه المصري معاً بمفهوم المصلحة العامة أو الدعوى الجماعية المرفوعة من إحدى المنظمات أو النقابات دفاعاً عن مصلحة جماعية نص القانون أو النظام الأساسي للمنظمة علي حمايتها [١] ،حيث أشارت المحكمة الإدارية العليا في حكم لها إلي أن "... للنقابات وما في حكمها وباعتبارها شخصاً معنوياً رفع الدعاوى المتعلقة بحقوقها سواء كانت حقوقاً تجاه الغير أو كانت حقوقاً ترتبط بذمة أعضائها مادامت هذه الدعاوى متعلقة بالمصلحة الجماعية أو المشتركة للدفاع عن مصالح المهنة .." [٢] .

ومن ذلك أيضاً ما قضت به المحكمة الإدارية العليا بأن "... أن طبيعة دعوى الإلغاء ذات طابع موضوعي وتستهدف تحقيق مصلحة عامة محققة دائماً وهي حماية مبدأ المشروعية، وهذا يستلزم فتح أبوابها لأكبر عدد ممكن من ذوي المصالح المشروعة .." [٣] .

أما الوضع في *دولة الكويت* فلم يخرج عن المنهج الذي سار عليه القانون والقضاء المصري معتبراً أنه لا بد من أن تتوفر لرافع الدعوى مصلحة شخصية مباشرة ،ومن الطبيعي أن ينسحب ذلك إلى الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين، مثلما فعل مجلس الدولة الفرنسي منذ ١٩٠٦ عندما قبل الدعوى المقامة باسم المصلحة الجماعية سواء كانت مادية أو معنوية ، ضد القرارات التي تمس وجودها أو نشاطها[٤] وقد قضت محكمة التمييز في أحد أحكامها بأنه "...يكفي لتوافر شرط المصلحة في دعوة الإلغاء أن يكون القرار مؤثراً في مصلحة مادية أو أدبية لرافعها..."[٥].

---

(١) يراجع هذا الحكم رقم ٣٧٨ في المبادئ القانونية للجهة الإدارية العليا للسنة الخامسة القضائية جلسة ١٩٦٠/١١/١٢.
(٢) كالقضية المرفوعة في موضوع عزل مجلس إدارة المنظمة أو الجمعية مثلا .
(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٧٤٧، ٩٢٩ س ٢١ ق – المجموعة السنة ٢٦ – ص ١٣٦ .
(٤) يراجع الدكتور داود العيسى المبادئ العامة للقضاء الإداري مرجع سابق ص٤٧٥ .
(٥) حكم محكمة التمييز رقم ١٤ لسنة ١٩٨٨ – تجاري – جلسة ١٩٨٨/٧/٤ – قاعدة رقم ١٥٧ – موسوعةالقضاء الإداري – الكتاب الأول – ج٢ – ص ٢٨٨ .

ونود أن نشير في ختام شرط المصلحة كشرط لقبول دعوى الإلغاء أنه إذا كان القرار الإداري محصناً من الإلغاء ،فأن هذا لا يمنع من الحكم بالتعويض عن القرار المعيب وفي ذلك قضت المحكمة الدستورية بأن "...ولما كانت المادة ١٧ من المرسوم بالقانون رقم ٨٧/٤ في شأن التعليم العام قد حظرت على القضاء التعرض لقرارات وزارة التربية المشار إليه ومن ثم فإذا كان النص المطعون عليه من غير المحتم تطبيقه وكان من الممكن الفصل في ذلك الطلب من غير طريق المسألة الدستورية بأعمال قاعدة قانونية أخرى ... وأنه لما كان النص في المادة الخامسة من المرسوم بالقانون رقم ٨١/٢٠ بإنشاء دائرة بالحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية المعدل بالقانون رقم ٨٢/٢١ أن يكون لها وحدها ولاية الحكم بإلغاء القرارات الإدارية المشار إليها في البنود ثانياً ثالثاً ورابعاً وخامساً من المادة الأولي، كما يكون لها وحدها ولاية الحكم في طلبات التعويض عن الاضرار الناشئة عن تلك القرارات سواء رفعت أليها بطريقة أصلية أو تبعية مؤداه وكما جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون أن المشرع قد خول الأفراد حق الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية المعيبة ، كما خولهم حق طلب تعويض الأضرار التي تلاحقهم من تنفيذ هذه القرارات المعيبة ، سواء رفعت دعوى التعويض بطريقة أصلية أي كدعوى مستقلة أو رفعت إليها كطلب تابع أو احتياطي لطلب إلغاء القرار الإداري ،إذا كان من المقرر أن مسئولية الإدارة عن القرار الإداري غير المشروع تقوم متى ثبتت عدم مشروعيته وترتب عليه ضرر ، فإذا رفعت دعوى الإلغاء والتعويض معاً كان استظهار أوجه عدم المشروعية بمناسبة الإلغاء يغنى عن استظهاره عند النظر في طلب التعويض ،وأما إذا رفعت دعوى التعويض استقلالاً فأن وجه عدم المشروعية للقرار يفحص ابتداء ،ومن ثم فإنه لا تلازم بين دعوى الإلغاء والتعويض ، فإذا أستغلق طريقة الإلغاء فيظل طريق التعويض مفتوحاً ، علي ذلك فإذا تحصن القرار الإداري غير المشروع فإن ذلك لا يحول دون إقامة دعوى التعويض مادام لم يسقط الحق فيها ،ولا تقف هذه الحصانة مانعاً دون استظهار حدود مشروعية القرار عند نظر دعوى التعويض ، إذا يتعين أن تقوم المحكمة بفحص هذا القرار سبب الضرر كلما تتحقق من عدم مشروعيته لتقضي بالتعويض المطلوب ، وهو ما يترتب عليه النظر في مشروعية القرار الإداري بالرغم أنه نهائي غير قابل للطعن فيه..."(١)

(١) حكم المحكمة الدستورية بالكويت في الطعن رقم٢/٢٠٠٠ دستوري جلسة ٢٠٠٠/٤/٨ لجنة الطعون – حكم غير منشور .

المطلب الثاني
شرط الصفة

نفرد هذا المطلب للحديث عن شرط الصفة، كأحد الشروط الموضوعية اللازمة توافرها لقبول دعوى الإلغاء .

لذلك سنتناول هذا المطلب على ما يلي :

الفرع الأول – العلاقة بين الصفة والأهلية .

الفرع الثاني – العلاقة بين الصفة والمصلحة .

الفرع الأول :

العلاقة بين الصفة والأهلية:

وعن مدى العلاقة بين الصفة والأهلية فإن الصفة ترتبط بالأهلية ، لأنه مثلما يشترط في رافع دعوى الإلغاء أن يكون له صفة يشترط أن تكون له أهلية التقاضي أو من ينوب عنه قانوناً[1].

وبيان ذلك يتم من خلال تحديد مفهوم الصفة أولاً ثم تحديد مدي ارتباط الصفة بالأهلية .

---

(١) يراجع الدكتور.أنور أحمد رسلان – وسيط القضاء الإداري – مرجع سابق ص٤٦٠.

أولاً – مفهوم الصفة:

معنى الصفة أن يكون لرافع دعوى الإلغاء شأن في رفع دعواه فإذا لم تكن له صفه لا يقبل منه رفع الدعوى ، فالمستقر عليه فقهاً وقضاءً انه " لا يملك شخص المقاضاة إلا في شأن نفسه ، وليس له أن يتولاها في شئون غيره إلا بنيابة قانونية صحيحة ".

وهذا ما تؤكده المحكمة الإدارية العليا بقولها "... أن الخصومة القضائية وهى مجموعة من الإجراءات التي تبدأ بإقامة الدعوى أمام المحكمة ... ويلزم لصحة هذه الدعوى أن تكون موجهه من صاحب الشأن ذاته أو من صاحب الصفة في تمثيله والنيابة عنه قانوناً أو اتفاقاً.." (١) .

وقد تباينت آراء الفقهاء حول وضع شرط الصفة في دعوى الإلغاء حيث يرى البعض أنه شرط مستقل عن شرط المصلحة ، بينما يتجه الرأي الغالب في الفقه إلى دمج شرط الصفة مع شرط المصلحة في الدعوى.

فيرى البعض أن المصلحة تختلف عن الصفة لأن المصلحة شرط لقبول الدعوى، إذ تقوم على مخاصمة القرار ذاته ، بينما تعتبر الصفة شرط لمباشرة الدعوى أمام القضاء، فإذا انتفت الصفة كانت الدعوى غير مقبولة ، ويجوز إبداء هذا الدفع في أية حالة كانت عليها الدعوى ، فالصفة شرط لازم ومستقل عن شرط المصلحة في طلب الإلغاء، ويتضح ذلك بجلاء بالنسبة للأشخاص المعنوية حيث تكون المصلحة للشخص المعنوي بينما تكون الصفة لمن يمثل هذا الشخص قانوناً.

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا – بتاريخ ١٩٨٠/٢/٢ المجموعة س ١٥ ق ص٩٧٦ ، ٩٧٧.

لكن الرأي الغالب في الفقه [1] يرى أن الصفة مندمجة في المصلحة وأنها وصف من أوصاف المصلحة التي تسمى بالمصلحة الشخصية المباشرة .

وقد قضت محكمة *التمييز* في أحد أحكامها بأن "... شرط توافر الصفة في المدعى عليه أو المطعون ضده في دعاوى إلغاء القرارات الإدارية تعلقه بالنظام العام أثره وللمحكمة أن تتصدى له وتقضى فيه من تلقاء نفسها عند إنزالها حكم القانون في المنازعة الإدارية من حيث الشكل والموضوع معاً وفى أية مرحلة تكون عليها الدعوى وللمحكمة الاستئنافية أن تقضى بعدم قبول الدعوى ما دام قد تحقق لها أسباب عدم القبول وإن فات ذلك على الحكم المستأنف علة ذلك الاختصاص في دعوى الإلغاء إلى من يوجه مثال للقضاء بعدم قبول الدعوى لانتفاء صفة المدعى عليه " [2] .

ثانياً ــ مدي ارتباط الصفة بالأهلية :

ترتبط الصفة بالأهلية ارتباط وثيقاً من حيث إن دعوى الإلغاء هي في الأساس دعوى قضائية تشترط أن يكون لرفعها أهلية التقاضي المطلوبة لرفع الدعوى بصفة عامة.

فعلي مستوى الشخص الطبيعي ينبغي أن يكون موجود حياً وباقياً حتى إقامة الدعوى، من ذلك ما قضت به المحكمة الإدارية العليا بأن "...الخصومة لا تنعقد إلا بين أشخاص موجودين على قيد الحياة – في مواجهة الخصم المتوفي تكون معدومة ولا ترتب أثراً بالنسبة لهذا الخصم " [3] .

---

(١) الدكتور . أنور أحمد رسلان ــ وسيط القضاء الإداري ــ مرجع سابق ــ ص ٤ ، وأيضا الدكتور . مصطفي أبو زيد فهمي – القضاء الإداري مرجع سابق ــ ص ٥٤٥ .

(٢) حكم محكمة التمييز رقم ٩٦/٢٧ تجاري جلسة ١٩٩٧/٣/١٦ مجلة القضاء والقانون العدد ٢٥ من ١٩٩٧/٦/١ إلى ١٩٩٧/١٢/٣١.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٤٣٧٠ س٣٧ق – جلسة ١٩٩٧/٤/١ – الموسوعة الإدارية الحديثة – الفكهاني – ج٤٦ – ص٢١٦ .

أما إذا كان شخصاً معنوياً فإن وجوده القانوني وتمتعه بالشخصية الاعتبارية هما اللذين يضفيان عليه أهلية التقاضي ، من ذلك ما قضت به المحكمة الإدارية العليا بأن "... صاحب الصفة هو من يختص وفقاً لأحكام القانون بتمثيل الشخص الإعتباري والتحدث بأسمه " [١] .

وعلى الرغم من أن جانباً كبير من الفقه القانوني المصري في مجال دعوى الإلغاء يميل إلى دمج الأهلية بالصفة بشكل يصل إلى حد عدم التصريح بهذا المصطلح عند دراسة شرط الصفة في دعوى الإلغاء ،فإن جانباً آخر من الفقه ينحى منحى آخر حيث يفصل بين الصفة والأهلية، علي اعتبار أن الأهلية شرط هام يرتبط برافع الدعوى وحق التقاضي والمخاصمة أمام القضاء، سواء كان الشخص كامل الأهلية كالشخص الطبيعي أو الاعتباري المتمتع بأهلية التقاضي الكاملة ،وسواء كان الشخص من ناقصي الأهلية والذي يمكن أن تباشر الدعوى باسمه بواسطة الولي أو الوصي أو القيم الذي يمثله قانوناً [٢] .

والاتجاه الحديث في الفقه القانوني الذي يرمى إلي تبسيط إجراءات المنازعة الإدارية عامة ودعوى الطعن بإلغاء القرارات الإدارية خاصة يرى دمج هذه الشروط من صفة ومصلحة وأهلية وحق في شرط واحد، وذلك لصعوبة التفرقة بينهما [٣] ، لكن علي الرغم من هذه الدعوة إلي الدمج فإن القانون لم يتساهل في شرط الأهلية والصفة سواء تداخلتا أم إنفصلتا ،فثمة قاعدة من قانون المرافعات المدنية والتجارية الفرنسي تشير إلي أن علي كل فرد أن يباشر بنفسه لا بواسطة غيره الدعوى القضائية التي يجيزها له القانون [٤] أي يجب عليه أن يتقدم بنفسه إلي القضاء كي يطلب منه ما يدعيه [٥] .

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣٦٩٣ س٣٦ق – جلسة ١٩٩٤/٦/٤ – الموسوعة الإدارية الحديثة – الفكهاني – ج٤٦ – ص٣٠٩ .

(٢) يراجع الدكتور.أنور أحمد رسلان ــ وسيط القضاء الإداري ، مرجع سابق ص٤٦٠ .

(٣) يراجع الدكتور.عبد السلام مخلص ــ نظرية المصلحة في دعوى الإلغاء ــ المرجع السابق ص٧٣ .

(٤) هذا المعني يحمل مفهوم الأهلية والصفة حيث إذا اندمجت الأهلية أو الصفة لم تعد المنازعة مقبولة .

(٥) يراجع الدكتور.مصطفي كامل ــ مجلس الدولة المبادئ العامة للقضاء الإداري وشرح قانون مجلس الدولة المصرية مكتبة النصر المصرية ــ القاهرة ،١٩٥٤ ــ ص٢٢٧ /٢٢٨ .

ويثير الدكتور. أنور أحمد رسلان عددا من التساؤلات حول تكييف شرط الأهلية من الناحية القانونية ، هل يعتبر شرطاً لقبول الدعوى ؟ أم أنه يعتبر شرطاً لصحة الخصومة وإجراءاتها.

وقد اختلفت الآراء الفقهية والقضائية حول هذا الموضوع :

فعلي مستوي الفقه القانوني فإن فريقاً[1] من الفقهاء خلط بين الصفة وأهلية التقاضي مقررين أن صاحب الصفة هو من يختص قانونيا بتمثيل الشخص الاعتباري بينما ذهب فريق آخر إلى أن الصحيح في هذه المسألة (أن من ينوب عنه غيره في مباشرة الدعوى إنما هو ممثل للشخص نفسه صاحب الصفة ،إذ إن الصفة تتعلق بالحق في الدعوى ، أما التمثيل القانوني فيتعلق بإجراءات الخصومة) مما يدعو إلي ضرورة التفرقة بين الصفة وأهلية التقاضي[2].

وعلي مستوى القضاء فقد برز اتجاهان ، أولهما أن الدفع بعدم توافر شروط الأهلية هو دفع بعدم قبول الدعوى ، وثانيهما اعتبر الأهلية شرطاً لصحة إجراءات الخصومة.

أما بالنسبة للاتجاه الأول فقد قررت المحكمة الإدارية المصرية في أحد أحكمها القضائية "...أنه ولئن كان الأصل أنه لا يكفى لقبول دعوى الإلغاء أن يكون الشخص الذي يباشرها ذا حق أو ذا صفة في التقاضي بل يجب أن تتوافر له أهلية المخاصمة لدى القضاء ،وهو أصل ينطبق علي الدعاوى الإدارية كما ينطبق على غيرها، إلا أنه لما كانت المصلحة هي مناط الدافع كما هي مناط الدعوى فإنه لا يجوز لأحد الخصوم الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي أهلية إلا إذا كانت له مصلحة في هذا الدفع" [3].

---

(1) يراجع الدكتور.عبد الفتاح حسن ــ مرجع سابق ص٢٠٢.

(2) الصفة قد تثبت لشخص ليس أهلاً لمباشرة الدعوى فيقوم مقامه من تتوافر فيه الأهلية ،والدليل على ذلك حيث ما تشير إليه الدكتور.نبيله كامل في مؤلفها الدعاوى الدستورية والقضائية ،أنه إذا باشر الدعوى من ليس أهلاً لمباشرتها كانت دعواه مقبولة ولكن إجراءات الخصومة فيها هي التي يمكن أن يلحقها البطلان ،بل أن الدعوى تظل مقبولة ولو فقد رافعها أهليته أثناء سيرها غاية الأمر أن الخصومة تنقطع إلى أن يستأنف سيرها من يقوم مقامه ،يراجع مؤلفها السابق ص١٢٩ وما بعدها.

(3) يراجع هذا الحكم المؤرخ في ١٩٦٦/١٢/٢٤ مشار إليه في الدكتور. أنور أحمد رسلان في مؤلفه وسيط القضاء الإداري ــ مرجع سابق ص٤٦٠ .

وأما بالنسبة للاتجاه القضائي الثاني فقد قالت المحكمة الإدارية المصرية العليا "...الأهلية ليست شرطاً لقبول الدعوى – وإنما شرط لصحة إجراءات الخصومة – لا يتمسك بالبطلان إلا من شرع البطلان لمصلحته " [1].

أما علي مستوى القانون الكويتي – ويبدو أن المشرع الكويتي لم ينص صراحة علي هذا الشرط ضمن شروط دعوى الإلغاء إنما اكتفى بالمصلحة الشخصية الخاصة برافع الدعوى أو بمن يمثله قانونا" [2] ،حيث أن الأهلية تندمج فيها الصفة بالمصلحة.

نخلص من ما تقدم وكنتيجة لتباين الآراء الفقهية والاتجاهات القضائية إلى أن الأهلية شرط لدعوى الإلغاء ،فدعوى الإلغاء يجب أن ترفع ممن له أهلية التقاضي ، حسب النظام القانوني للدولة.

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣٨٣ س٤٢ق – جلسة ١٩٩٧/١/١٩ – الموسوعة الإدارية الحديثة – الكهلاني – ج٤٦ – ص٢١١.

(٢) يراجع الدكتور محمود سامي جمال الدين ، القضاء الإداري في دولة الكويت – مرجع سابق ص١٣٨ .

الفرع الثاني

العلاقة بين الصفة والمصلحة في دعوى الإلغاء

يشير فريق من فقهاء القانون إلي صعوبة تحديد مفهوم الصفة نظراً لاندماجه في المصلحة ، فيرون عدم استخدام لفظ الصفة منعاً للبس حيث أن الصفة والمصلحة شيء واحد ينبغي دمج المصطلحين معاً (إما بجعل الصفة تنحصر في المظهر الشخصي والمباشر للمصلحة وإما علي العكس بجعل المصلحة عنصراً في الصفة) هذا الأخير هو الرأي الغالب في الفقه الفرنسي[1].

ومن ذلك ما قضت به المحكمة الإدارية العليا بأن "...يشترط لقبول دعوى الإلغاء أن يكون لرافعها مصلحة شخصية ومباشر وقيام شرط المصلحة يعني توافر الصفة في رافع الدعوى حيث يندمج الشرطان في دعوى الإلغاء" [2] .

إذا كان الفقه القانوني قد تباينت آراؤه في مجال تحديد مفهوم الصفة ومضمونها ومحتواها باعتبارها شرطاً هاماً من شروط قبول دعوى الطعن بالإلغاء على القرارات الإدارية المعيبة ،فإن هذا التباين في الآراء الفقهية امتد إلى العلاقة الوثيقة بين الصفة والمصلحة من حيث اندماج الصفة بالمصلحة أو انفراد كل منهما عن الأخرى.

ولم يقف التباين أيضاً داخل مجال الفقه القانوني بل امتد إلى القضاء العادي والإداري حيث تعددت الاجتهادات في تحديد طبيعة تلك العلاقة وآثارها القانونية سواء في مصر أو في الكويت ، فهناك من الأحكام القضائية ما اعتبر المصلحة والصفة شيئاً واحداً لا انفصام بينهما ،ومنها ما اعتبر أن الصفة شرط قائم بذاته وأن المصلحة شرط آخر قائم بذاته.

---

(١) الدكتور. محمد عبد السلام مخلص ــ نظرية المصلحة في دعوى الإلغاء مرجع سابق ص٦٩ أيضا الدكتور.سليمان الطماوي قضاء الإلغاء مرجع سابق ص٩٦.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣٠٩٦ س٤٥ق – جلسة ٢٠٠٢/١/١٢ – المجموعة من أول يناير ٢٠٠٢ إلى أخر مارس ٢٠٠٢ ص ٣١

وتشير الدكتورة نبيلة كامل[1] إلى أن شراح قانون المرافعات يجمعون علي أن ثمة أربعة شروط لقبول دعوى الطعن بالإلغاء على القرار الإداري ،وهي الحق والمصلحة والصفة والأهلية، وإذا كان لا خلاف بالنسبة للحق والأهلية كشرطين من شروط تلك الدعوى ،فإن الخلاف بين فقهاء القانون حول شرط المصلحة وشرط الصفة حيث انقسم الفقه في هذا الخلاف إلى فريقين ،فريق[2] يرى اندماج الصفة بالمصلحة حيث لا داعي للتفريق بينهما وفريق يرى أن الصفة تختلف عن المصلحة وان لكل منهما قواعد خاصة تنظمه، لأن الصفة قد تتوافر دون المصلحة مثل قيام الممثل القانوني للشخص المعنوي الخاص برفع دعوى إلغاء أمام القضاء علي الرغم من أن هذا الشخص لا علاقة له بالمصلحة، حيث أن المصلحة للشخص الأصيل في الدعوى[3].

وربما كانت الطبيعة الخاصة لدعوى الإلغاء هي التي أثارت الخلاف وأوقعت الخلط بين المصلحة والصفة إذ إنه لا يشترط في دعوى الإلغاء كما هو معروف، وجود حق شخصي معتدى عليه بقدر ما يكون رافعها في مركز قانوني مسه القرار المطعون فيه.

ويرى جانب من الفقه القانوني أنه من الضروري عند دمج الصفة بالمصلحة[4] أو انفرادهما ، وضع ضوابط معينة للصفة حتى لا تتحول دعوى الإلغاء إلي دعوى حسبة، وبالخصوص في بعض القضايا التي تكون صفة المدعى هي المواطنة، وبالتالي فإنه من المفيد للقضاء الإداري استنباط مبدأ بمقتضاه يدعم صفة المواطن بوجود مركز خاص للمدعى في القرارات التي تمس المجتمع بحيث يقتنع المواطن بأن صفته العامة كمواطن لا تكفي لرفع دعوى الإلغاء إذ لابد من إضافة مركز قانوني أخر يميزه عن غيره ويجعله في وضع خاص إزاء القرار المعيب [5].

---

(١) يراجع مؤلفها (الدعاوى الإدارية والدستورية) مرجع سابق ص١٢٨ .

(٢) إشترط المشرع في العديد من القوانين أن تكون المصلحة شخصية ، وخاصة برافع الدعوى دفع بغالبية الفقه لدمج الصفة بالمصلحة ، لأن صاحب المصلحة هو الوحيد ذو صفة ، وجميع من عداه غير ذو صفة ، بمعنى أن الصفة هي وصف من أوصاف المصلحة ، لكي تكون شخصية ومباشرة ، يراجع الدكتور.محمود سامي جمال الدين – القضاء الإداري في دولة الكويت ص١٣٨ ، وأيضاً الدكتور.رمزي سيف – الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية ١٩٥٩ ص ١٥٢.

(٣) يبدو أن أنصار الفريق الثاني قد خلطوا بين الصفة و أهلية التقاضي ، حيث يرون أن صاحب الصفة وهو الذي يختص قانوناً بتمثيل الشخص الاعتباري لكن الحقيقة أن النيابة عن الغير في مباشرة الدعوى بينما يرتبط التمثيل القانوني بإجراءات الخصومة ، يراجع ، الدكتورة نبيلة كامل ، الدعاوى الإدارية والدستورية ، مرجع سابق ص١٢٩ .

(٤) يراجع ، الدكتور.إسماعيل البدوي القضاء الإداري ج ٣ مرجع سابق ص١٧١وما بعدها أيضاً.

(٥) يراجع الدكتور.طارق فتح الله خضر ، دعوى الإلغاء ، مرجع سابق ،ص٧٨و٧٩ .

وقالت المحكمة الإدارية العليا "... إن صفة المتقاضي في قضاء الإلغاء تندمج فيها المصلحة فيكفي لقبول طلب إلغاء القرار الإداري توافر شرط المصلحة الشخصية المباشرة في هذا للإلغاء مهما كانت صفة رافع الدعوى..." واستطردت القول "... ذلك لأن طلب إلغاء القرارات الإدارية هو في حقيقته طعن موضوعي مبني على المصلحة العامة التي يجب أن تسود القرارات الإدارية فطلب الإلغاء عينياً ولا يلزم في طلب الإلغاء أن يكون صاحب حق ذاتي بل يكفي أن يكون ذا مصلحة شخصية ومباشرة في طلب الإلغاء وهذه المصلحة تتحقق متى كان للطاعن مركز قانوني خاص مباشر بالقرار المطعون فيه ما دام قائماً وما دام هذا المركز وثيق الصلة بالقرار بأن تربطه علاقة مباشرة تختلف بحسب نوعه أو موضوعه ".

كما قالت المحكمة الإدارية العليا "...لئن كان المشرع قد اشترط لقبول دعوى الإلغاء أن يكون لرافعها مصلحة شخصية مباشرة إلا أن القضاء الإداري قد استقر على توافر هذا الشرط متى كان صاحب الشأن في حالة قانونية مسها القرار المطعون فيه ، وقيام شرط المصلحة يعني توافر شرط الصفة وأساس ذلك أن المصلحة والصفة تندمجان، في دعوى الإلغاء لا يجوز القول بانتفاء الصفة بسبب عدم قبول المحامي موقع العريضة أو عدم سند الوكالة أساس ذلك الصفة كشرط لقبول الدعوى تتعلق بالطاعن ولا تنصرف إلي محاميه..." (١).

وهو ما رددته الدائرة الإدارية في *الكويت* فقالت "...إن قيام شرط المصلحة يعني توافر الصفة في رافع الدعوى حيث يندمج الشرطان معاً في دعوى الإلغاء...وحيث أنه متى كان ما تقدم فإن للمدعي صفة ومصلحة في طلب إلغاء القرار المطعون فيه ،إذ يستند إلي أنه اشترى ذلك الجهاز من الإمارات العربية المتحدة وكلف آخر بإحضاره معه إلي الكويت بيد أن الجهة الإدارية قد رفضت الإفراج عنه وتسليمه إليه وبالتالي يكون الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صفة ،غير سديد وتقضي المحكمة برفضه..." (٢).

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١١١٧ س٢٩ق - جلسة ١٩٨٧/٣/١٠ - الموسوعة الإدارية الحديثة - الفكهاني - ج٣٣ -ص ٨٧٠.

(٢) حكم الدائرة الإدارية الثالثة رقم ١٩٩٧/٦٢٧ جلسة ١٩٩٨/٥/٢٧ ـ حكم غير منشور .

وقد تضاربت أحكام القضاء إلى جانب آراء الفقه القانوني في شرط الصفة، فثمة بعض من الأحكام القضائية الصادرة عن المحكمة الإدارية العليا توسعت في مفهوم شرط الصفة بينما أخذت الأحكام القضائية الأخرى اتجاهاً تميز بالتضييق من شرط الصفة في دعوى الطعن بإلغاء القرار الإداري [1].

ففي حكم صادر عن محكمة القضاء الإداري قالت فيه "...إن صفة المواطن تكفي في بعض الحالات لإقامة دعوى الإلغاء طعناً في القرارات الإدارية التي تمس مجموع المواطنين المقيمين بأرض الدولة ،وتعرض مصالحهم أو صحتهم أو مستقبلهم للأخطار الجسمية ،وبالتالي فإن القرار المطعون فيه لو صح لكان من هذا النوع من القرارات، ويحق للمدعي بوصفه مواطنا أن يطعن فيه أمام القضاء الإداري متعدياً رقابته عليه لبيان مدى اتفاقه مع المصلحة أو تعارضه معها ، ومن ثم يعدو الدفع بانعدام مصلحة المدعى لا أساس له ويتعين لذلك رفضه..." [2].

وقد قضت محكمة النقض المصرية أن "...الدفع بعدم القبول المنصوص عليه في المادة ٤٢ مرافعات هو الدفع الموضوعي الذي يرمي إلى الطعن بعدم توافر الشروط اللازمة لسماع الدعوى ،الصفة ،المصلحة ،الحق في رفع الدعوى..."[3] كما قضت أيضا في الحكم بأن "...الدافع بعدم قبول الطعن بالنقض لرفعه من غير ذي صفة استناد إلي صدور حكم بإشهار إفلاس الطاعن ،وعدم قبول هذا الحكم فإن من أثر ذلك اعتبار الدفع عارياً من الدليل[4].

---

(١) من تطبيقات القضاء الإداري المصري استنباط عدة مبادئ ترتبط بالصفة ، الأول أن صاحب الصفة هو من يمثل الشخص الاعتباري قانونا ، الثاني أن صاحب الصفة هو الوزير في تمثيل المصالح التابعة الوزارة ، أن المحافظ أو الوالي هو صاحب الصفة في تمثيل مجلس المحافظة ، يراجع الدكتور . انورأحمد رسلان ــ وسيط القضاء الإداري ــ مرجع سابق ،ص٤٦٥ /٤٦٦ .

(٢) تتحصل وقائع الدعوى في أن المدعى قد أقام دعواه بوقف تنفيذ قرار الحكومة المصرية بدفن النفايات الذرية بالصحراء المصرية وإلغائه استناد إلي ما نشرته بعض الصحف الصادره بوجود اتفاقيه تمساوية في هذا الشان وانه جار عقد اتفاق آخر مع فرنسا ،وقد دفعت إدارة قضايا الحكومة بعدم قبول الدعوى لانعدام صفة أو مصلحة المدعى في رفعها ، يراجع الدكتورطارق فتح الله خضر ، دعوى الإلغاء-مرجع سابق ص٧٧ .

(٣) يشير الدكتور. أنور أحمد رسلان ــ إلي أن القضاء الإداري المصري قد توسع فيما يتعلق بشرط الصفة بمباشرتها ،في جميع مراحلها ،كما تقبل الدعوى المرفوعة علي غير ذي صفة إذا إذا تم تصحيح الإجراء مثل الحكم باختصاص صاحب الصفة في التداعي ،كما يرفض الرجوع إلي المنازعات في صفة المدعى بعد إن بث حكم له قوة الشيء المقضي به هذه الخصومة ، تراجع الأحكام الصادرة عن المحكمة الإدارية العليا تاريخ ١٩٧١/٤/١٧ وتاريخ ١٩٦٨/٦/١٥ .

(٤) يراجع هذا الحكم في المجموعة القضائية الحكم رقم ٤٢٤ لسنة ٤ق جلسة ١٩٧٥/١٢/٢٤ .

كما أن محكمة القضاء الإداري في حكم لها غير منشور ،والمؤرخ في ١٩٨٣/٨/٤ قد قضت في موضوع الدعوى بإلغاء القرار السلبي بالامتناع عن إزالة عوائق المرور بشارعي النيل وكافور[١] ،وقررت المحكمة توافر المصلحة للمدعي إلى جانب الصفة باعتباره مواطنا في مدينة القاهرة ، مؤكدة أنه يعمل محاميا مما يعوقه في ظل وجود هذه الموانع والحواجز من التوجه إلي مبنى مجلس الدولة الكائن بالشارعين المشار إليهما في صحيفة الدعوى التي تتلخص وقائعها في أن المدعى قد أقام دعواه طالباً إلغاء القرار الإداري السلبي من الإدارة بالامتناع عن إزالة موانع وعوائق المرور والانتفاع بشارعي النيل وكافور لأسباب أمنية ، ولا يوجد الآن ما يبرر وجودها ولابد من انتفاع المواطنين بهذه المنطقة[٢].

وفي الكويت تعرض القضاء الكويتي في العديد من الأحكام إلى شرط الصفة وضرورة توافر هذا الشرط في المدعى و المدعى عليه.

ومن المبادئ التي أكد عليها هذا القضاء من خلال محكمة التمييز انه "...من المقرر أن توافر شرط الصفة في المدعى عليه أو المطعون ضده في دعاوى إلغاء القرارات الإدارية وهي تنزل حكم القانون في المنازعة الإدارية من حيث الشكل والموضوع معاً علي الوجه الصحيح أن تتصدى لبحثه ،وتقضي فيه من تلقاء ذاتها وذلك في أية مرحلة تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة الدرجة الثانية بحكم رقابتها القانونية للحكم المستأنف، فتقضي بعدم قبول الدعوى إن كان فات على الحكم المستأنف ذلك مادامت قد تحقق لديها أسباب عدم القبول، إذ إنه مما يخالف النظام العام أن يحكم ضد جهة إدارية بما لا يتيسر لها تنفيذه ،أو بما لا تستطيع ميزانيتها أن تتحمله لمجرد أن المدعى أختصمها ولم تدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء صفتها ،ومن المقرر كذلك أنه من شروط الدعوى أن يكون المدعى عليه فيها ذا صفة في أن ترفع عليه بمعنى أن يكون ذا شأن في النزاع المطروح عليه...".

---

(١) يقع هذا الشارع في دائرة قسم الجيزة ــ القاهرة ــ مصر .

(٢) كانت هذه الحواجز قد وضعت في عهد الرئيس الراحل أنور السادات وبعد وفاته فقد مبرر وجودها نظرا لانعدام الأسباب التي أدت إلى وجودها .

وتضيف المحكمة من خلال هذا الحكم قائلة بأنه "...لما كان ذلك بأن الاختصاص في دعوى الإلغاء يوجه كما هو السائد في حالات التظلم إما إلى الجهة الإدارية التي أصدرت القرار أو الجهة الرئاسية لها سواء كانت جهة رئاسية أو جهة قضائية أو كليهما معاً وكان الثابت أن المطعون ضدهم عدا الأول لا صلة له بإصدار القرار المطعون فيه ولا يمثلون مصدره في التقاضي ومن ثم فليس له صفة في الدعوى..."(١).

وأشارت ذات المحكمة في حكم أخر إلي أنه "...من المقرر أن الصفة في الطعن تثبت لمن كان خصما، وليس لممثل الخصم في الخصومة التي صدر فيها الحكم إذ الدعوى ليست دعواه وإنما هي دعوى الخصم الذي يمثله ،ولما كان الحكم المطعون فيه قد صدر ضد وزارتي المالية والتجارة والصناعة ،وأقيم الطعن الماثل منها فإن الطعن يكون مرفوعاً من ذي صفة ولو حصل تغيير في شخص من يمثلها ،ويضحي الدفع بعدم قبول الطعن لرفعه من غير ذي صفة غير قائم على أساس..."(٢).

كذلك أشارت محكمة *التمييز* إلي أهمية مدلول الصفة في الطعن علي الأحكام من خلال ما قضت بأنه "...إذا كان الطاعن قد دفع بعدم قبول الطعن بالتميز المرفوع من وزير الإعلام بصفته وكانت المادة ١/١٢٧ من قانون المرافعات تنص على أن لا يجوز الطعن على الأحكام إلا من المحكوم عليه ، وكان الحكم المطعون فيه قد قضى بقبول الدفع المبدئي من وزير الإعلام بصفته وبعدم قبول الدعوى بالنسبة له ،ومن ثم فإنه لم يقضى عليه بشيء ولم يعد خصماً في النزاع ويكون الطعن المرفوع منه بصفته هذه غير مقبولة ، وتقضي المحكمة بعدم قبوله" (٣).

---

(١) حكم محكمة التمييز رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٦ جلسة ١٩٩٧/١١/١٦ – موسوعة مبادئ القضاء الإداري – الكتاب الأول – ج٢ – المبدأ رقم ١٥٢ * مرجع سابق – ص ٢٥٩، ٢٠٦ .

(٢) حكم محكمة التمييز رقم ٩٩ لسنة ١٩٩٠ تجاري – جلسة ١٩٩٠/١٢/٨ – موسوعة مبادئ القضاء الإداري الكتاب الأول – ج٢ –مرجع سابق – ص٢٦٣ .

(٣) حكم محكمة التمييز رقم ٤٣ لسنة ١٩٩٧ – جلسة ١٩٩٧/١٢/٨ – موسوعة مبادئ القضاء الإداري – الكتاب الأول – ج٤ – المبدأ رقم ٣٥١ – مرجع سابق – ص١١١.

وأكدت على مدلول الصفة محكمة التمييز فقالت في حكم لهـا "...أن الـدافع المبدي من النيابة العامة بعدم قبول الطعن من الطاعن الأول في محلـه ،ذلـك أن البين من الحكم المطعون فيه أن الطاعن وإن اختصم في الدعوى وكان طرفاً فـي الاستئناف الصادر فيه الحكم إلا أنه لم يحكم عليه بشيء ولم يبين الطعـن علـى سبب يتعلق به ومن ثم يكون طعنه غير مقبول..." (١).

وأكدت ذلك في حكم آخر لها بالقول "...بأن مفاد الفقرة الأولى مـن المـادة ١٢٧ من قانون المرافعات أنه لا يجوز الطعن في الحكم إلا ممن كان طرفـاً فـي الخصومة أمام المحكمة التي أصدرته ونازع خصمه أمامها في مزاعمه أو نازعه خصمه في مزاعمه وطلباته ويبقي علي هذه المنازعة معه و لم يتخلى عنها حتى صدور الحكم عليه..."(٢).

وقد رأت محكمة التمييز أنه "...من المقرر أن التظلم الإداري الـذي يقطـع المدة المحددة لرفع دعوى الإلغاء هو التظلم المقدم من رافع الدعوى ،فلا يسـوغ له تجاوز الميعاد المحدد لرفع الدعوى استناداً إلي التظلم المقدم من الشخص آخر إذ لا محل للقول باعتبار أحد المدعيين في دعوى الإلغاء نائبا عن الآخـرين فـي التظلم المقدم منه حتى ولو كان المتظلم هو إحدى الجماعات التي تتمتع بالشخصية الاعتبارية والتي ينتمي إليها المدعى كالجمعيات والاتحادات والنقابـات لأن هـذه الجماعات ليس لها إلا رفع الدعاوى المتعلقة بالمصلحة الجماعية لأعضائها ،أمـا المصالح الفردية للأعضاء فهي ملك لأصحابها ولهم الحق فـي رفـع الـدعاوى بشأنها...".

---

(١) حكم محكمة التمييز رقم ١٨ لسنة ١٩٨٩ – تجاري – جلسة ١٩٨٩/١/٢٠ – موسوعة مبادئ القضاء الإداري – الكتاب الأول – ج٤ – المبدأ رقم ٣٥٢ – مرجع سابق – ١١٥ .

(٢) حكم محكمة التمييز رقم ١٠٥ – ١١٠ لسنة ١٩٩٧ – تجاري – جلسة ١٩٩٨/٩/٣٠ – موسوعة مبادئ القضـاء الإداري – الكتاب الأول – ج٤ – مرجع سابق – المبدأ رقم ٣٥٣ – ص ٨٧.

واستطردت تقول إن "...التظلم المقدم من الطاعن الثالث لا ينتج أثره في قطع الميعاد المقرر لرفع دعوى الإلغاء بالنسبة للطاعنتين الأولى والثانية ولا يعتبر من ذلك ما أورد الطاعن الثالث في تظلمه من أنه يقدمه نيابة عن كافة أعضائه مؤكدا أن عدم تقديمها للتظلم مباشرة مرده اختصار المستندات والتفويض له بذلك ،إذ إن هذه العبارة لا تغني عن التوكيل في التظلم إذا أريد له أن ينتج آثاره بالنسبة للموكل..." [1] .

ونحن نرى أن الصفة والمصلحة تندمجان سوياً وهذا هو المبدأ السائد في قواعد قانون المرافعات المدنية والتجارية بصفة عامة وفي دعوى الإلغاء بصفة خاصة ، حيث نرى هذا الاندماج علي أشده حيث أن صفة المتقاضي في قضاء الإلغاء تندمج في المصلحة فيكفي لقبول طلب إلغاء القرار توافر شرط المصلحة الشخصية المباشرة في إلغاءه مهما كانت صفة رافع الدعوى ، ذلك لأن دعوى الإلغاء دعوى عينية يختصم فيها القرار الإداري ذاته ، وغالباً كلما توافرت المصلحة توافرت معها الصفة فهما وجهان لعملة واحدة.

(١) حكم محكمة التمييز رقم ٩٣ – لسنة ١٩٨٦ – جلسة ١٩٨٧/١/١٤ – موسوعة مبادئ القضاء الإداري – الكتاب الأول – ج٤ – مرجع سابق – ص ١٠٦، ١٠٧ .

الفصل الثـــاني
أوجه الطعن بالإلغاء في القرار الإداري

لعب الفقه دوراً كبير في إخضاع أوجـــه الطعـــن بالإلغـــاء لتشـــريح دقيـــق ومتواصل نظراً للأهمية التي تكسبها دعوى الإلغاء للقرار الإداري الـــذي تصـــدره الإدارة وهي تمارس سلطتها العادية سواء كانت مقيدة أم تقديرية[1].

وقد تعددت آراء الفقه القانوني حول حصر تلـــك العيـــوب[2] أو الأوجـــه أو الأسباب التي تجيز رفع دعوى الطعن بالإلغاء وحاول تصنيفها ، فرأى جانب مـــن الفقه أن هذه الأسباب لا تعدو أن تكون أربعة عيوب تتمثل في عيب الاختصـــاص ،وعيب الشكل ،وعيب المحل ،وعيب الغاية (إساءة استعمال السلطة)[3].

بينما رأى جانب آخر من الفقه أن عدد العيـــوب الموجهـــة للقـــرار الإداري والتي تجيز الطعن بالإلغاء وتبرره خمسة عيوب حيث تتم إضافة عيب السبب إلى العيوب السابقة كعيب منفصل وقائم بذاته[4].

---

(١) الدكتور . مصطفي أبو زيد فهمي ، آراء متميزة حول علاقة القضاء الإداري بالإدارة في دعوى الإلغاء مـــن حيـــث السـلطة المقيدة والسلطة التقديرية للإدارة حيث يرد على أولئك الذين يحصرون رقابة القضاء الإداري في مجال السلطة المقيدة للإدارة وليس في مجال السلطة التقديرية ، فيؤكد أن الرقابة القضائية تمتد لتشمل كلا السلطتين لكنها إذا كانت في السـلطة المقيـدة شاملة فإنها في السلطة التقديرية موجودة ، لكنها تتسع وتضيق حسب اتساع وضيق السلطة التقديرية ، وكل ما في الأمـر أن الرقابة القضائية في السلطة المقيدة أوسع مدى وأكثر امتدادا لأن مجلس الدولة يراقب كل القيـود التـي وضـعتها القواعـد القانونية أما في السلطة التقديرية فالمجلس يراقب قيداً واحداً يتمثل في عنصر الهدف الـذي رمـت إليـه الإدارة بإصـدارها قرارتها ليتحقق القضاء الإداري في النهاية من وجود أو عدم وجود عيب إساءة استعمال السلطة . للمزيد يراجـع مؤلفـه ـــ القضاء الإداري ـــ قضاء الإلغاء ـــ مرجع سابق ص٦٤٣ـفقرة٧٠٥ .

(٢) من المؤكد أن هذه العيوب لم توجد دفعة واحدة في دعوى الإلغاء حيث ظهرت تدريجيا أمام مجلس الدولة الفرنسي حيث كانت دعوى الإلغاء تقوم على سبب واحد وهو عيب عدم الاختصاص وفقا للقانون ١٣/٧ أكتوبر ١٧٩٠ ثم توالت العيـوب حيـث وصلت إلى مجلس الدولة المصري دفعة واحدة ، يراجع الدكتورسليمان محمد الطماوي القضاء الإداري ، الكتاب الأول قضـاء الإلغاء ـمرجع سابق ص٥٨٧ وما بعدها .

(٣) يتربع علي رأس هذا الجانب الأستاذ الدكتور.أنور أحمد رسلان حيث يحصر عيوب القرار الإداري في أربعة راجع مؤلفه وسيط القضاء الإداري ـــ مرجع سابق ، والدكتور.السيد خليل يراجع مؤلفه رقابة القضاء الإداري عن أعمال الإدارة ، مرجع سـابق ص٣٥١ والدكتور.طعيمه الجرف مؤلفه قضاء الإلغاء ـــ مرجع سابق ، ص٢٣٤.

(٤) ومن هؤلاء الفقهاء الدكتور.سليمان الطماوي في مؤلفه ـــ القضاء الإداري ، مرجع سابق ص٧٩٢ ،وكـذلك الـدكتور.ماجـد راغب الحلو ، في مؤلفه قضاء الإلغاء ،مرجع سابق ص٤٤٦ أيضا الدكتور.عبد الغني بسيوني عبدالله ،قضاء الإلغاء ، مرجع سابق ص١٧٥.

أما فيما يخص تصنيف هذه الأسباب والأوجه وفق مجموعة محددة ،كمجموعة الأسباب الموضوعية ،فقد تباينت آراء الفقهاء أيضا حيث صنفها البعض تحت مسمي الشروط الموضوعية[1] والبعض الآخر جعلها مجموعتين موضوعية وشكلية[2] ليستقر رأي جانب ثالث من الفقه على تركها حرة مفتوحة دون تصنيف[3].

والمقصود بأوجه أو أسباب الطعن بالإلغاء في دعوى الإلغاء ، هي مجموعة من العيوب [4] التي تلحق بالقرار الإداري الصادر عن الجهة الإدارية وتبرر لأصحاب الشأن رفع دعوى بإلغاء سواء صدر من إدارة عامة مختصة ،أو من إدارة عامة غير مختصة [5] وبمعني آخر هو ذلك القرار الذي يمكن الطعن عليه بالإلغاء هو ذلك القرار الصادر مشوباً بعيب أو أكثر من عيوب القرار الإداري المحددة قانوناً[6].

وإذا كان المشرع قد فتح باب رفع دعاوى الإلغاء أمام صاحب كل مصلحة في الدعوى ، وكان الأصل في القرارات الإدارية أنها تتمتع بقرينة المشروعية، وتصدر بافتراض صحتها طبقا للقواعد القانونية بخلوها من كل عيب ،فإن المشرع ذاته قد فتح الباب أيضا أمام كل صاحب مصلحة لإثبات العكس معتبراً هذه القرينة رغم صعوبة إثباتها قرينة بسيطة قابلة للإثبات[7].

---

(١) يراجع الدكتور.أنور أحمد رسلان ــ وسيط القضاء الإداري ــ ص٥١٢ ، وما بعدها ، حيث صنف أسباب الطعن إلغاء تحت مسمي الشروط الموضوعية فقط .

(٢) يراجع الدكتور.طعيمه الجرف ــ قضاء الإلغاء ، مرجع سابق ص٢٣٤ ،حيث صنف أسبب الطعن إلى مجموعتين شكلية وموضوعية

(٣) يراجع الدكتور.عبد الغني بسيوني عبد الله ــ القضاء الإداري ــمرجع سابق ،ص١٧٥ ،حيث لم يتركها دون تصنيف موضوعي أو شكلي

(٤) حدد المشرع المصري هذه العيوب من خلال المادة ١٥ من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ ، وهي عيب الاختصاص ، وعيب الشكل ، وعيب مخالفة القانون ، وعيب إساءة استعمال السلطة

(٥) حول هذا المعنى يراجع الدكتور.سليمان الطماوي ، القضاء الإداري ، الكتاب الأول ، قضاء الإلغاء – مرجع سابق ، ص٥٨٧.

(٦) الدكتور.أنور أحمد رسلان ــ وسيط القضاء الإداري ، مرجع سابق ص ٥١٢ .

(٧) الدكتور.عبد الغني بسيوني عبد الله ــ القضاء الإداري ، قضاء الإلغاء ، مرجع سابق ص١٧٥ ، وأيضا الدكتور.السعيد إبراهيم ــ قصه المحامي ببحثه في الشروط الموضوعية لدعوى الإلغاء – مجلة المحاماة السنة الحادية والسبعون سنة ١٩٩١ العددان السابع والثامن ص ١٥٤ وما بعدها.

وعلي الرغم من حصر هذه العيوب أوجه في أربعة عيوب تتمثل في عيب عدم الاختصاص وعيب الشكل وعيب الانحراف بالسلطة وعيب مخالفة القانون ،فإن الفقه القانوني لم يقف مكتوب الأيدي حيال عيب مخالفة القانون حيث إن هذا التعبير يحمل معني واسعاً يشمل جميع العيوب التي تصيب القرار الإداري[1]لكن ما أجمع عليه الفقه أنه بإمكان صاحب المصلحة رفع دعوى الإلغاء في عيب واحد من العيوب التي استقر عليها الفقه والقضاء في مجال القانون الإداري [2] لأن هذه العيوب مجتمعة أو فرادى هي عيوب تصيب عناصر القرار الإداري وأركانه[3] التي يقوم عليها ،فثمة ارتباط بين مشروعية كل عنصر من العناصر وبين أسباب الإلغاء وأوجه الطعن التي حددها القانون [4] فهي عيوب مشروعية حسب تغيرات بعض الفقهاء [5].

وعلي هذا الأساس فإن القرارات الإدارية المخالفة للقانون لأي سبب من الأسباب تصير باطلة سواء كان السبب في عيب الشكل أو عدم الاختصاص أو مخالفة القانون أو انعدام الباعث أو إساءة استعمال السلطة [6] ،مع التأكد علي أن الطاعن أو صاحب المصلحة لا يختصم الإدارة إنما يختصم القرار الإداري [7] فالقرار المعيب هو موضوع الطعن بالإلغاء ، فإذا استطاع الطاعن إثبات العيب وتبين ذلك للمحكمة ،فإن القاضي الإداري ملزم بإلغاء كل عمل إداري تبين له أنه غير مشروع وهو لا يلغيه إلا بسبب علة في مشروعيته [8].

---

(١) الدكتور.عبد الغني بسيوني عبد الله ــ القضاء الإداري ،قضاء الإلغاء ، مرجع سابق ص١٧٧ .
(٢) الدكتور.طعيمة الجرف ، قضاء الإلغاء ، مرجع سابق ص٢٣٨ ،أيضا الدكتور.أنور أحمد رسلان ، الوسيط في القضاء الإداري، مرجع سابق ص٥١٣ .
(٣) للمزيد حول عناصر القرار الإداري وأركانه والمراحل التي يمر بها العمل القانوني التي يمر بها العمل القانوني يراجع كتاب الدكتور.سليمان الطماوي ،نظرية التعسف في استعمال السلطة ، مرجع سابق ص٥١٣ .
(٤) الدكتور.محمود عاطف البنا ــ الوسيط في القضاء الإداري ــمرجع سابق ــص٢٢٩.
(٥) الدكتور.عبد الفتاح أبو الليل ــ قضاء المشروعية ــمرجع سابق ــص١٣٧
(٦) الدكتور.عبد الفتاح أبو الليل ــ قضاء المشروعية ــ مرجع سابق ص٢١٨.
(٧) الدكتور .خميس السيد إسماعيل ــ دعوى الإلغاء ووقف تنفيذ القرار الإداري ، مرجع سابق ص٢٥.
(٨) الدكتور.داود العبسي ــ المبادئ العامة في القضاء الإداري ــ مرجع سابق ، ص٥١٧

وطبقاً لذلك حرص المشرع المصري والكويتي علي تحديد العيوب التي قد تصيب القرار الإداري ، حيث نص عليها في الكويت قانون إنشاء الدائرة الإدارية في المادة الرابعة وهي ذات العيوب التي حددها المشرع المصري والتي استقر معظم الفقه عليها [١].

وعلي هذا الأساس فإن دعوى الإلغاء هي " دعوى مشروعية " نظراً لارتباطها بالقرار الإداري المشروع والمفترض فيه حرص الإدارة علي إصداره صحيحاً سليماً تلتزم فيه قرينة المشروعية مما يبدو معه دور القاضي الإداري بأنه يقوم برقابة مشروعيته وليست رقابة ملائمته سواء كان القرار ملائماً أو غير ملائم فرقابة القاضي محددة في هل القرار مشروع أم أنه مخالف للمشروعية من خلال ما أصابه من عيب من العيوب المحددة بالقانون[٢].

ومن الطبيعي لأن دعوى الإلغاء خصومة قضائية فإن الأمر يستتبع أن تتحقق المحكمة أولاً من شروط قبول الدعوى ، ثم تنتقل إلي النظر في موضوع الدعوى للتحقق من مدى مشروعية القرار المطعون فيه[٣].

ويرى جانب من الفقهاء أن عيوب القرار الإداري تتدرج من القوة إلي الضعف فمنها ما يصيب القرار كلية ، فلا يكون قابلا للتنفيذ ،ولا تكون له الحصانة التي تتمتع بها القرارات الإدارية ، ويجوز طلب إعلان إنعدامه وبطلانه في أي وقت مهما طال الزمن ، ومن القرارات الإدارية ما لا يصل فيها العيب إلي درجة الانعدام لكنها تكون معيبة قابلة للانعدام ، وبالتالي فإن القرار الإداري القابل للإلغاء يتمتع بقرينة الصحة ويجوز للإدارة تنفيذه ويظل محصناً حتى تحكم المحكمة بإلغائه [٤]، فالقرار الإداري المشوب مثلاً بعيب في الشكل أو الإجراءات هو قرار يستحق الإلغاء [٥].

---

(١) الدكتور.محمود سامي جمال الدين ، القضاء الإداري في دولة الكويت ــ مرجع سابق ، ص٢٠٦/٢٠٧ .
(٢) الدكتورة نبيلة كامل ــ الدعاوى الإدارية والدستورية ــ مرجع سابق ص٢١٤/٢١٥ .
(٣) الدكتور.فؤاد العطار ، القضاء الإداري ــ مرجع سابق ،ص٥٦٤ .
(٤) الدكتور.محمود حلمي يراجع ــ القضاء الإداري ــ مرجع سابق ــص١٣٢ أيضا الدكتور.إسماعيل البدوي ــ القضاء الإداري مرجع سابق ص٧ .
(٥) الدكتور.مصطفى أبو زيد فهمي ــ القضاء الإداري ــ مرجع سابق ص١٣٨ مع التحفظ على أنه يوجد إتجاه فقهي آخر لا يرى لمخالفة الشكل غير الجوهري أثر في إلغاء القرار ، الدكتور.عبد الغني بسيوني عبد الله – القضاء الإداري – ١٩٩٦.

وعليه فسوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين هما :

المبحث الأول ــ نتناول فيه العيوب الشكلية التي تصيب القــرار الإداري مثــل عيب الاختصاص ، وعيب الشكل.

المبحث الثاني ــ نتناول فيه أوجه الطعن الموضوعية مثل عيب المحل، وعيــب السبب وعيب إساءة استعمال السلطة.

المبحث الأول
العيوب الشـكلية

وسوف يتضمن هذا المبحث مطلبين أساسيين هما :

أولاً ــ عيب عدم الأختصاص وخصائصه .

وثانيا ــ عيب الشكل .

على النحو التالي :

المطلب الأول
عيب عدم الاختصاص وخصائصه

يعتبر عيب عدم الاختصاص من أهم العيوب التي يمكن أن تشـوب القـرار الإداري فيجعله قابلاً للطعن فيه بالإلغاء.

وإذا كان مبدأ الاختصاص في حقيقته يتضمن مجموعة من القواعـد التـي تحدد من يبرم التصرفات القانونية من الأشخاص أو الهيئـات ،فـإن القواعـد الخاصة بعنصر الاختصاص في القرار الإداري هي تلك القواعد التي تحدد أن قرارا معيناً يجب أن يصدر من سلطة إدارية معينة ،وبمعنى أخر فإن إصدار قرار إداري معين هو من اختصاص تلك السلطة الإدارية التـي يمنحهـا القـانون الصـلاحية القانونية لإصدار ذلك القرار دون غيرها من السلطات ،فإذا تم إغفال تلك القاعـدة فإن القرار الإداري قد صدر مشوباً بعيب عدم الاختصاص.

وسوف نتناول هذا المطلب في فرعين كما يلي :

الفرع الأول ــ مفهوم عيب عدم الاختصاص وخصائصه .

الفرع الثاني ــ أحكام عيب عدم الاختصاص .

الفرع الأول

مفهوم عيب عدم الاختصاص وخصائصه

وعليه فإذا كانت فكرة الاختصاص القانوني في الإدارة تقوم على أساس تحديد اختصاصات معينة لرجال الإدارة ، وفق مبدأ فصل السلطات وتوزيع اختصاصاتها

ففي نطاق السلطة الواحدة[١] فإن الإدارة في أي موقع من المواقع مكلفة أن تلتزم حدود اختصاصاتها[٢] حتى لا يشوب قراراتها عيب عدم الاختصاص الذي يبرر لأصحاب الشأن المصلحة لرفع دعوى الطعن بإلغاء القرار الإداري.

والمقصود بعيب عدم الاختصاص في القرار الإداري في مجال دعوى الطعن بالإلغاء هو (صدور القرار من قبل الجهة الإدارية خلافاً لما يقرره القانون من قواعد الاختصاص)[٣] ، أو بمعنى أخر فإن عدم الاختصاص هو عدم القدرة قانوناً على اتخاذ تصرف معين[٤] وذلك انطلاقا من أن الاختصاص في القانون في مواجهة أية جهة إدارية أو أي شخص إداري يعني القدرة أو الصلاحية القانونية للقيام بعمل معين ينظمه الدستور أو القانون أو تنظمه[٥] اللوائح بحيث يعتبر الخروج عن إحداها من قبل الجهة الإدارية يبرر لكل ذي مصلحة الطعن في القرار الإداري الصادر عن تلك الجهة نظراً لكونه صدر من غير صاحب اختصاص[٦] ، مع ضرورة مراعاة مبدأ توازي الاختصاصات من حيث إن الجهة المختصة باتخاذ قرار معين مختصة أيضاً باتخاذ قرار مضاد تعديلاً أو إلغاء ،وذلك من منطلق أن من يملك فعل شئ يملك إلغاءه[٧].

---

(١) يراجع الدكتور سليمان الطماوي ــ القضاء الإداري ــ مرجع سابق ،ص٥٩٠ .

(٢) وهذه هي القاعدة العامة في الدولة المعاصرة حيث أن الهيئات العامة فيها لا يملك أن تمارس تصرفاً يكون صحيحا شروعا ومنتجا لآثار قانونية ما لم يصدر في حدود الضوابط المقررة لإختصاص تلك الهيئات .

(٣) يراجع الدكتور. أنور أحمد رسلان ــ وسيط القضاء الإداري ــمرجع سابق ــ٥١٥ .

(٤) يراجع الدكتور.مصطفي أبو زيد فهمي ، القضاء الإداري ــقضاء الإلغاء ــ مرجع سابق ص٦٤٩ .

(٥) يقتضي مبدأ تحديد الإختصاص أن يحترم الموظفون النصوص الواضحة التي تحدد الإختصاصات ويقومون بممارسة أعمالهم في حدودها فإذا تمخض شيء من هذه النصوص فلا يخضع تفسيرها لأي شخص وإنما يخضع لما أخذ به القضاء وما أشار إليه الفقه القانوني ، من مبادئ ونظريات ــ يراجع الدكتور.السيد خليل هيكل ، رقابة القضاء علي أعمال الإدارة ، مرجع سابق ص٣٥٤ .

(٦) يراجع الدكتور.أنور أحمد رسلان ــ وسيط القضاء الإداري ــ مرجع سابق ص٥١٥ .

(٧) يراجع الدكتور.السيد خليل هيكل رقابة القضاء ــ مرجع سابق ،ص٣٥٤ .

ولا شك أن القرار الإداري هو جزء لا يتجزأ من السلطة العامة التي تعتبر ركناً أساسياً للنظام العام للدولة عامة وللنظام الاجتماعي خاصة وما يرتبط بهما من أيديولوجية تعتنقها الدولة.

وبقدر ما يكون القرار الإداري الذي تتخذه الإدارة صحيحاً وسليماً لا يخالف قواعد المشروعية ، كلما دل ذلك على قوة النظام العام ومشروعيته والعكس صحيح، بحيث إن القرارات المعيبة إذا تزايدت دون رادع أدى ذلك إلى نوع من الخلل في النظام العام أو النظام الاجتماعي للأمة ،مما يبدو معه واضحاً دور القضاء في إغلاق هذه الثغرة وإعادة المياه إلى مجاريها الطبيعية[1].

انطلاقا من هذه العلاقة الوثيقة بين القرار الإداري المتصف بعيب عدم الاختصاص وبين النظام العام من قضاء إداري نزيه وفعال يحمي الشرعية[2] ، يمكن ترتيب عدد من النتائج على مستوى القضاء وعلى مستوى الإدارة.

أ- فعلى مستوى القضاء الإداري :

ينبغي للمحكمة التصدي لعيب عدم الاختصاص من تلقاء نفسها سواء تمسك به الخصوم أم لم يتمسكوا به ، فضلا عن جواز إبداء الدفع بعيب عدم الاختصاص في أية مرحلة تصل إليها الدعوى وذلك لتعلقه بالنظام العام.

---

(١) يراجع الدكتور سليمان الطماوي في إشارة لطيفة حول علاقة القضاء الإداري بالإدارة حيث يقول (والقضاء الإداري في جوهرة رقابة على تصرفات الإدارة ، والإدارة بحكم ما تواجهه من تبعات جسام تضيق ذرعا بهذه الرقابة لسبب أو لآخر وهنا يجيء دور الفلسفة الاجتماعية أو الأيدلوجية التي تعتنقها الدولة لتقول كلمتها ف رغبة الإدارة في التصرف بحرية مطلقة ورغبة المواطنين في وضع قيود تكبح من جماع حرية الإدارة وتردها إلى حظيرة قواعده عامة معروفة تكفل لهم حرياتهم وقيمهم الاجتماعية التي يحرصون عليها يراجع مؤلفه ـ القضاء الإداري قضاء الإلغاء مرجع سابق ص٤ .

(٢) حماية القضاء الإداري للشرعية والمشروعية من أهم وظائفه وأرقاها بل هى وظيفة الأساسية للرقابة القضائية على أعمال وتصرفات الإدارة ، لأن هذه الرقابة لا تغدو فعالة إلا إذا كانت تقوم على أساس إجبار الإدارة على ألا تبرم أو تصدر أى قرار إلا إذا راعت المبادئ القانونية السائدة واحترام مبادئ الشريعة والمشروعة حيث إن الشرعية هي ضابط يضبط سلوك الإدارة بل سلوك الحكام والمحكومين على السواء ـ يراجع الدكتور سليمان الطماوي ـ القضاء الإداري ـ مرجع سابق ـص١٠.

ب ــ على مستوى الإدارة :

فإنه لا يجوز للجهة الإدارية التي أصدرت القرار المشوب بعيب عدم الاختصاص التصديق عليه أو إقراره ، مثلما لا يجوز لها الاتفاق على تعديل قواعد الاختصاص نظراً لارتباطها بالنظام العام ، بالإضافة إلى عدم قبول المبدأ الذي يقول إن الاستعجال يبرر قواعد الاختصاص [1] ، إلا إذا بلغ الاستعجال حداً من الجسامة يصل به إلى الظروف الإستثنائية.

ومن المؤكد أن القانون أو المبادئ العامة للقانون هي التي تحدد اختصاص كل جهة أو كل عضو من أعضاء السلطة الإدارية وبمعنى آخر (فالقانون يتكلم صراحة عن اختصاص موظف معين في نطاق معين ، والمبادىء القانونية العامة إنما تُكمل القانون في حالة سكوته فمثلاً إذا منح القانون موظفاً ما إختصاصاً بإصدار قرار معين ، فإن المبادئ القانونية العامة تمنحه الحق في إصدار القرار العكسي أو القرار المضاد فالاختصاص بتعيين موظف يستتبع الاختصاص بعزل هذا الموظف .. هذا كله في حالة سكوت القانون . أما إذا بيّن القانون، صراحة الجهة المختصة بإصدار القرار العكسي أو المضاد وجب إتباع ما قضى به ، إذ لا اجتهاد مع النص)[1].

ويري جانب من الفقه أن فكرة الاختصاص في القانون العام تقترب من فكرة الأهلية في القانون الخاص ، لأن كلتا الفكرتين ترتبطان بالقدرة على مباشرة تصرف قانوني معين رغم اختلاف كل فكرة عن الأخرى من حيث المقصود وفق نظرية " فالين " في التفريق بين الاختصاص والأهلية [2] ، فإذا كان القصد من الأهلية وجود حد أدني من الإدراك لدى الشخص حماية لمصلحته ،فإن القصد

---

(١) يراجع الدكتور.أنور أحمد رسلان ــ وسيط القضاء الإداري ــ مرجع سابق ص٥١٩ .

من الاختصاص أن توزيع العمل على القائمين بأعمال السلطة العامة في الإدارة سوف تحقق المصلحة العامة[٣].

ويشير الدكتور سليمان الطماوي إلى أن تحديد الاختصاص من قبل المشرع يولد في حالتين ــ أحدهما التحديد الصريح ، وثانيهما التحديد الضمني الذي يتمثل في قيام المشرع بتنظيم اختصاص معين لكنه يتجاهل بيان الشخص المنوط به هذا الاختصاص أو الإدارة المعنية ، مما يؤدي إلى أن يكون هذا الاختصاص الضمني من مهام الموظف أو الإدارة التي يتفق هذا الاختصاص وواجبات الوظيفة التي يقوم بها.

ومن المؤكد أن توزيع الاختصاص في مجال القانون العام يتم على مستويين ــ أحدهما دستوري حيث الدستور هو المصدر الأول للقواعد التي تحكم توزيع الاختصاص بين الهيئات العامة ،والثاني تشريعي حيث القوانين واللوائح التي تكمل الطريق الدستوري وتضع الحدود والضوابط لاختصاص أية إدارة صغيرة أو كبيرة داخل الهيئة الواحدة[٤].

وتبدو العلاقة وثيقة بين تحديد الاختصاص وبين النظام العام في الدولة بحيث يعتبر باطلاً كل اتفاق على إلغاء أو تعديل هذه الاختصاصات من قبل الهيئات العامة أو الأفراد فضلاً عن عدم جواز تصحيح عيوب عدم الاختصاص بالإجازة أو التصحيح نزولا عن مبدأ أنه "إذا كان لا يجوز الاتفاق على تعديل قواعد الاختصاص فلا يجوز أيضا تصحيح الأخطاء المرتبطة على مخالفة قواعده ويبقي الأمر والفصل في ذلك للقضاء".

---

(١) يراجع الدكتور مصطفي أبو زيد فهمي ، القضاء الإداري ـقضاء الإلغاء ــ مرجع سابق ص٦٤٩/٦٥٠ مع الإشارة إلى أن مجلس الدولة المصري قد قام بتأصيل المبادئ القانونية العامة ليكمل بها صمت القانون.

(٢) يراجع الدكتور.ماجد راغب الحلو القضاء الإداري ،مرجع سابق ص٣٨٤ .

(٣) أيد ذلك حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ ١٩٥٠/٢/٧ والحكم في ١٩٦٠/٢/٢٠، والحكم في ١٩٥٧/٣/١٦ يراجع الدكتور.سليمان الطماوي ــ القضاء الإداري ، قضاء الإلغاء ــ مرجع سابق ص٥٩١ وما بعدها .

(٤) يراجع الدكتور.طعيمه الجرف ، قضاء الإلغاء ــ مرجع سابق ص٢٤١ .

الفرع الثاني

أحكام عيب عدم الإختصاص

بعد توضيح المقصود بعيب عدم الأختصاص في القرار الإداري في مجال دعوى الإلغاء و موقف كل من القضاء والإدارة من هذا العيب، نعرض الأن لصور عدم الأختصاص وما المقصود بها وحالات كل منها، ثم نتبع ذلك ببيان لمدى الأرتباط بين عيب عدم الأختصاص والقرارات الإدارية الباطلة والمنعدمة .

الغصن الأول ــ صور عدم الاختصاص:

تقتصر المخالفة هنا على مخالفة قواعد الاختصاص في نطاق الوظيفة الإدارية، ولهذا فإنه أقل خطورة وإن كان أكثر حدوثاً في العمل من حالات اغتصاب السلطة ، ولهذا العيب صوراً ثلاثة:

١- عدم الاختصاص الموضوعي.
٢- عدم الاختصاص المكاني.
٣- عدم الاختصاص الزمني.

أولاً ــ عدم الاختصاص الموضوعي:

المقصود بعدم الاختصاص الموضوعي صدور قرار من مسئول في جهة إدارية في موضوع معين ليس من شأنه إصدار ذلك القرار لأنه لا يدخل في اختصاصه[١] ، وبمعنى أخر هو قيام موظف بإصدار قرار من اختصاص موظف آخر، أو قيام هيئة بإصدار قرار من اختصاص هيئة أخري[٢] وهو ما يسمى بعدم الاختصاص الشخصي الإيجابي[٣] ، والذي يقابله عدم الاختصاص الشخصي السلبي وهو المتمثل في امتناع موظف عن إصدار قرار يدخل في اختصاصه متوهماً أن هناك قراراً صادراً من جهة أخرى بمنعه[٤].

---

(١) يراجع الدكتور.أنور أحمد رسلان ، وسيط القضاء الإداري ،مرجع سابق ، ص٥١٦ .
(٢) يراجع الدكتور.سليمان الطماوي ــ القضاء الإداري ــ قضاء الإلغاء ــ مرجع سابق ص٦٠٧ .
(٣) يشير الدكتور.سليمان الطماوي إلي هذه التسميات ، ويميل إلي تعبير عدم الاختصاص الإيجابي.
(٤) يراجع الدكتور.سليمان الطماوي ــالقضاء الإداري ــ قضاء الإلغاء ــمرجع سابق ص٦٠٧ .

ويتخذ عيب عدم الاختصاص الموضوعي ثلاث حالات:

(١) حالة عدم الاختصاص وتعدي الموظفين:

ويبدو عيب عدم الاختصاص واضحاً في العديد من التصرفات التي يقوم بها عمال السلطة الإدارية عند ممارسة سلطاتهم واتخاذ القرارات الإدارية في مواجهة الغير كقيام مرؤوس في جهة إدارية بالتعدي على اختصاص رئيسه كتعدي وكيل الوزارة على سلطة الوزير بإصدار قرار إداري هو من اختصاص الوزير ، أو قيام رئيس إداري بالتعدي على اختصاص أحد موظفيه من المرؤوسين كتعدي المدير العام على اختصاص المدير الذي حدد القانون اختصاصه ، أو كتعدى سلطة إدارية على سلطة إدارية أخرى لا تربطها بها صلة تبعية أو أشراف كسلطة وكيل الوزارة المساعد للشئون الإدارية على وكيل الوزارة المساعد للشئون المالية ، وهو ما يسمي بالإعتداء على سلطة إدارية موازية أو الاعتداء الجانبي على السلطة.

(٢) حالة عيب عدم الاختصاص وتعدي السلطة [١] :

يبدو عيب عدم الاختصاص واضحاً على مستوى الهيئات الإدارية بالنسبة للسلطات الإدارية أو السلطات الثلاث التنفيذية والتشريعية والقضائية من حيث قيام إحداها بالتعدي على اختصاص الأخرى دون سبب قانوني أو مبرر مشروع كتعدي السلطة التنفيذية على اختصاص السلطة القضائية أو العكس.

وقد أرست المحكمة الإدارية العليا هذا المبدأ مؤكدة أن صدور القرار الإداري من جهة غير منوط بها إصداره قانوناً يُعيبه بعيب عدم الأختصاص ومخالفة القانون طالما كان في ذلك أفتئات على سلطة جهة أخرى لها شخصيتها المستقلة ، حيث قضت في إحد أحكامها بأن "... سلطة الإشراف على الطرق العامة وإزالة ما يقع في الأراضي الواقعة على جانبيها من مخالفات في المسافات التي حددها

---

(١) يراجع الدكتور.سليمان الطماوي ــ القضاء الإداري قضاء الإلغاء المراجع السابقة ص٦٠٨/٦٠٩

القانون معقودة للهيئة العامة للطرق والكباري، كما جعل لوزارة الري سلطة إزالة التعديات والمخالفات التي تقع على منافع الري، ولا صفة لمصدر القرار المطعون فيه وهو رئيس الوحدة المحلية لمدينة ومركز المحلة الكبرى... ولا إختصاص له في ذلك ... الأمر الذي يكون معه القرار المطعون فيه وبحسب الظاهر من الأوراق صادراً من سلطة غير مختصه بإصداره مخالفاً للقانون "[1] .

(٣) حالة عيب عدم الاختصاص واغتصاب السلطة:

ويبدو عيب عدم الاختصاص واضحاً من خارج الجهة الإدارية من حيث قيام شخص ليس له أي صفة قانونية بممارسة سلطة إدارية وإصدار قرارات إدارية تمس الآخرين[2].

ويحصر جانب من الفقه الحالات المرتبطة بعيب عدم الاختصاص الموضوعي في خمس حالات:

الأولى ــ اعتداء المرؤوس على سلطات رئيسه .

الثانية ــ اعتداء سلطة إدارية موازية على اختصاص الهيئات اللامركزية .

الثالثة ــ اعتداء الهيئات المركزية على اختصاص الهيئات اللامركزية .

الرابعة ــ اعتداء الرئيس على اختصاصات مرؤوسه .

الخامسة ــ الاعتداء في مجال التفويض والإحالة .

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا – رقم ٢٨١٩ س٣٥ ق – جلسة ١٩٩٤/١٢/٤ – الموسوعة الإدارية الحديثة – الفكهاني – ج٤٩ – القاعدة ١٥٨– ص٦٠٧ .

(٢) ينبغي ملاحظة أن ثمة فرقا بين قرارات الموظف الفعلي حيث تعتبر قراراته صحيحه في مواجهة الغير وفق ضوابط معينة ، وبين قرارات إغتصاب السلطة – يراجع الدكتور.أنور أحمد رسلان – وسيط القضاء الإداري ــ مراجع سابق ص٥١٧.

أولا ـ فيما يتعلق باعتداء مرؤوس على اختصاص رئيسه :

مثل أن يصدر وكيل وزارة قراراً من اختصاص الوزير ، كما لا يجوز للوزير أن يصدر قراراً من اختصاص مجلس الوزراء أو من اختصاص رئيس الجمهورية ـ ومثالا على ذلك قضت محكمة القضاء الإداري أنه ".... لا يجوز لأية وزارة تعديل قرار صادر من مجلس الوزراء لأنه صاحب السلطة الإدارية العليا في البلاد، ولا يجوز لأية سلطة أخري أدني منه وبغير تفويض خاص بذلك أن توقف تنفيذ قراراته أو تعطلها " [1] .

ثانياً ـ الاعتداء على اختصاص سلطة إدارية موازية :

صورة العيب هنا هو أن تصدر سلطة إدارية قراراً يدخل في اختصاص سلطة إدارية أخرى لا تربطها بها صلة تبعية أو إشراف ، والغالب أن يكون المشرع قد جعل السلطتين على قدم المساواة .

من أمثلة هذه الصور اعتداء أحد الوزراء على اختصاص وزير آخر ، ومن أوضح التطبيقات على ذلك ما ورد بحكم المحكمة الإدارية العليا حيث رقي أحد الوزراء موظفا تابعاً لوزارة أخري نظراً للغموض الذي أحاط بنقل الموظف المرقى من الوزارة الأولى إلى الوزارة المنقول إليها [2] .

ثالثاً ـ اعتداء الهيئات المركزية على اختصاص الهيئات اللامركزية :

الأصل في نظام الهيئات المركزية واللامركزية هو استقلال الهيئات اللامركزية ، وأن الإدارة المركزية ليس لها أن تمارس في رقابتها على الهيئات اللامركزية إلا ما نص عليه صراحة في القانون ، وبالتالي ليس لها أن تحل نفسها محل الهيئات اللامركزية في اتخاذ قرار ما ، وليس لها بالنسبة للقرارات التي تخضع لوصايتها أن تعدل في تلك القرارات أو تستبدل بها غيرها.

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٢٣٧ س١ق – جلسة ١٩٤٩/٦/٩ – المجموعة س٣ ص٩٨١ .
(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا – رقم ٣٤٨ س ٢ق – جلسة ١٩٥٦/٦/١٦ – المجموعة س١ ص٩٠٥ .

من تطبيقات ذلك حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٥٧/٦/٢ حيث قضت بأن " ... إن من المسلم به فقهاً وقضاء أن علاقة المركزية بالمجالس البلدية والقروية إن هي إلا وصاية إدارية وليست سلطة رياسيه وبناء على ذلك فإن الأصل أن وزير الشئون البلدية والقروية لا يملك بالنسبة لقرارات هذه المجالس سوي التصديق عليها كما هي أو عدم التصديق عليها كما هي ، دون أن يكون له حق تعديل هذه القرارات "[١].

رابعا ــ اعتداء الرئيس على اختصاصات المرؤوسين:

هناك حالات معينة يخول المشرع فيها المرؤسيين سلطة اتخاذ قرار معين بدون معقب من رئيسه ، وحينئذ لا يكون للرئيس أن يحل نفسه محل المرؤوسين في اتخاذ قرار ، ولا أن يعدل فيه أو يعقب عليه إذا كان القانون يمنعه من ذلك [٢].

خامسا ــ التفويض والحلول :

أما فيما يتعلق بالتفويض[٣] فإنه ينبني على أساس قيام موظف أخر بممارسة جانب من اختصاص عهد إليه به صاحب الاختصاص الأصلي في مسألة معينة وبحيث يتخذ هذا التفويض صورتين، الأولي تفويض السلطة بحيث تنتقل السلطة بالتفويض إلى الجهة المفوض إليها، والثانية تفويض التوقيع والذي يتحلل فيه صاحب الاختصاص الأصلي من بعض المسؤوليات المادية مع استمرار اختصاصه بجانب المفوض إليه [٤] .

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٢٧٥٣ س٩ق – جلسة ١٩٥٩/٢/٢٣ – المجموعة س ١٢ ، ١٣ ص١٧٢ .
(٢) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ١٠٢٥ س ٦ق – جلسة ١٩٥٣/٤/٢١ – المجموعة – س٧– ص٩٥٥.
(٣) للتفويض شروط عامة كأن ينظمه تشريع عادي أو لائحي ــ وإذا أجاز المشرع التفويض فإن المفوض إليه لا يملك إعادة التفويض إلا إذا نص المشرع صراحة ، وأن يكون التفويض جزئيا لأن التفويض الشامل مخالف للقواعد العامة لكن إذا أجازه المشرع ينبغي احترام إدارته ، وأن يتم نشر القرار الذي أجاز التفويض نشرا سليما وأنه لا تفويض في المسئولية لأن المفترض مسئول بجوار المفوض إليه نزولا عند مبادئ القانون التي تعتبر الرئيس مسؤولا عن جميع أعمال مرؤوسين سواء كانت أعمالهم نتجه اختصاص أصلي أو اختصاص بالتفويض ن تراجع هذه الشروط التي حددها القانون الفرنسي ــ الدكتور.سليمان الطماوي ــ القضاء الإداري ــ قضاء الإلغاء مرجع سابق ص٦١٥/٦١٦ .
(٤) يراجع الدكتور.سليمان الطماوي ــ القضاء الإداري ــ قضاء الإلغاء مرجع سابق ص٦١٤ .

وجاء القانون رقم ١٩٦٧/٤٢ ليعبر عن إرادة المشرع في تنظيم التفـويض من جديد من حيث احترام قاعدة التفويض الجزئي مع منع تام للتفويض الشـامل وانصراف التفويض في مضمونه إلى الاختصاصات الأصيلة المستمدة من القوانين واللوائح مباشرة مع منع تفويض الاختصاصات المفوضة للرئيس بـل يباشـرها بنفسه مع السماح بتعقيب الرئيس علي القرارات الصادرة من السـلطة المفـوض إليها إذا كان المفوض إليه مرؤوسا للسلطة المفوضة.

وقد قرر القضاء بطلان القرارات الإدارية بسبب بطلان التفويض حيث قـرر أنه "... لا تفويض إلا بنص، وأن أحكام التفويض في الأختصاصـات ذات طـابع استثنائي تخضع لقاعدة التفسير الضيق، فالتعويض في حقيقته شخص يصدر مـن الشخص الأصلي وليس من المفوض إليه فالمفوض لا يفوض، وكل مخالفة لهـذه المبادئ يجعل القرار الصادر معيباً بعدم الأختصاص..." [١] .

أما في *الكويت* فإن نص المادة ٧٤ من مرسوم نظام الخدمـة المدنيـة قـد تضمن (أن القرار الصادر بقبول استقالة الموظف يصدر مـن الـوزير إذا كـان الموظف من شاغلي الوظائف القيادية ومن وكيل الوزارة بالنسـبة لغيرهـا مـن الوظائف) ، وقد أجازت الفقرة الثانية من المادة السادسة مـن قـانون الخدمـة المدنية رقم ١٥ لسنة ١٩٧٩ لوكيل الوزارة أن يعهد ببعض اختصاصاته إلى وكيل الوزارة المساعد .

---

(١) يفرق الأستاذ الدكتور- مصطفى أبو زيد فهمي بين التفويض والحلول والإنابة، فالتفويض أمر يقوم به صاحب الأختصاص من تلقاء نفسه ليعهد ببعض أختصاصاته إلى موظف أخر يزاولها بصفة مؤقته، أما الحلول فإنه يحدث إذا حـدثت ظـروف تجعـل صاحب الأختصاص عاجزاً عن مزاولة إختصاصه بحيث ينقل الحلول إلى الشخص الأخر بقوة القانون، أما النيابة فتتمثل في أن يشغل موظف وظيفة بالنيابة بصفة مؤقته لأن الأصيل قد أنتهت خدمته بالوفاه أو النقل، أو بغياب الأصيل فترة طويلة، فالنيابة ترتبط بشغل وظيفة أعلى – يراجع المزيد – الدكتور . مصطفى أبو زيد فهمي – القضاء الإداري – قضاء الإلغاء، مرجع سابق – ص٦٧٢ وما بعدها حكم بتاريخ ١٩٥٤/١/٢٤ ــ مشار إليه في ذات المرجع .

وقد صدر قرار مجلس الخدمة المدنية رقم ٢ لسنة ١٩٨٠ بتفسير شرعي لهذه المادة ونص على " أن يكون للجهة التي فوض إليها في اختصاص ما من جهة أعلى أن تفوض الجهة الأدنى منها مباشرة إذا أذنت لها الجهة الأعلى التي فوضتها في ذلك وعلى أن يكون هذا التفويض في الحدود التي قررها الوزير المختص وفقاً لمقتضيات مصلحة العمل " ويستفاد من ذلك أن المشرع فرق بين قواعد قبول استقالة الموظف كلّ حسب درجته ويشترط طبقاً لهذه النصوص أن يصدر قبول استقالة الموظف من الشخص العام المحدد بالنص أو من يعهد إليه بذلك في نطاق التفويض الذي رسم حدوده قرار مجلس الخدمة المدنية رقم ٢ لسنة ١٩٨٠.

ويثور التساؤل حول فقدان الموظف لصفته ومدي تأثير ذلك على اختصاصاته، فالأصل أن حق ممارسة الاختصاص مرتبط ببقاء الصفة العامة للموظف فإذا فقد هذه الصفة بأي شكل من الأشكال [1] لم يعد له حق ممارسة اختصاصاته.

أما إذا كان الموظف في إجازة اختيارية أو عطلة رسمية فلا يفقد صفته العامة ولا تبطل أعماله لهذا السبب ، لأن الاختصاص أثناء الإجازة موجود لكنه لا تتم ممارسته ، فللموظف كقاعدة عامة قطع إجازته والعودة لاستلام عمله وممارسة ، اختصاصه ، ويكن ما هو الموقف عند إيقاف الموظف عن العمل أو كان في إجازة إجبارية ؟ والجواب أنه لا يجوز للموظف ممارسة اختصاصاته في كلتا الحالتين لأنه لا يملك إلغاء قرار الإيقاف ولا العودة من الإجازة الإجبارية.

وفي ذلك طبقت المحكمة الإدارية العليا في حكم حديث لها قالت فيه أن "...وأيا ما كان وجه الرأي في مدى سلامة التفويض الممنوح لوزير الزراعة فما كان يجوز لوزير الزراعة على النحو الوارد بقراره رقم ٥٧٢ لسنة ١٩٩٦ أن

(١) إما لأن الموظف قد فقد هذه الصفة نهائيا ،أو أن المشرع جعل ممارسة الاختصاصات لجهة أخري .

يفوض المحافظين في مباشرة الاختصاصات المفوضة إليه لمخالفة ذلك للمبدأ المستقر عليه فقهاً وقضاءاً بأن التفويض الجائز وفقاً للقواعد العامة إنما ينصرف إلى الاختصاصات الأصلية التي يستمدها المفوض من القانون واللوائح مباشرة، أما الاختصاصات التي يستمدها الرئيس الإداري من سلطة عليا بناء على قواعد التفويض، فأنه لا يجوز له أن يفوض فيها بل يتعين عليه أن يمارس الاختصاصات المفوضة بنفسه ..." (١) .

تطبيقا لذلك قرر القضاء الإداري بأن "...القاعدة التي أخذ بها الفقه والقضاء وهي أنه إذا نيط بسلطة من السلطات الإدارية اختصاص معين بمقتضى المبادئ الدستورية أو القوانين أو اللوائح فلا يجوز لها أن تتنازل عنه أو تفوض فيه سلطة أخري أو جهة أخري ، لأن مباشرة الاختصاص عندئذ يكون واجبا قانونيا عليها وليس حقا لها يجوز أن تعهد به إلى سواها، إلا أنه يستثني من ذلك ما إذا كان القانون يتضمن تفويضا في الاختصاص حيث تكون مباشرة الاختصاص في هذه الحالة من الجهة المفوض إليها ، ومستمدا مباشرة من القانون..."(٢) .

أما في الكويت فقد قضت محكمة التمييز في إحد الأحكام بأن (... طلب الاستقالة هو ركن السبب في القرار الإداري الصادر بقبولها فيلزم لصحة هذا القرار أن يكون الطلب قائماً حتى صدوره ، لما كان ذلك وكان حكم محكمة الدرجة الأولي المؤيدة لأسباب الحكم المطعون فيه قد أقام قضائه على أن قرار قبول استقالة المطعون ضده الذي كان يشغل الدرجة الخامسة من مجموعة الوظائف العامة يجب أن يصدد من وكيل الوزارة أو الوكيل المساعد المفوض تفويضاً قانوناً صحيحاً ، وأنه غير سديد القول بوجود تفويض شفوي لمدراء المناطق التعليمية في قبول طلبات الاستقالة ، وان قرار قبول استقالة المطعون ضده الصادر من غير وكيل الوزراء أو الوكيل المساعد صدر مفتقداً ركن السبب "(٣) .

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٨٢٧٣ س ٤٤ جلسة ٢٠٠١/٦/٢٧ المجموعة – س٤٦- ج٣- ص٢٣٢٧ .
(٢) حكم مشار إليه في الدكتور. إسماعيل البدوي – مبادئ القضاء الإداري – الجزء الرابع – مرجع سابق – ص ٣٢ .
(٣) حكم محكمة التمييز رقم ١٩٨٨/٢١٣ تجاري جلسة١٩٨٩/٤/١٦ – موسوعة مبادئ القضاء – الكتاب الأول – ج٣ – ص١٠٢.

ويشير الدكتور.مصطفي أبو زيد فهمي إلى أن التفويض نوعان ، تفويض في الاختصاص ، وتفويض في التوقيع الاثنان عملان قانونيان لكنهما لا يتساويان في الأهمية ، فالتفويض في الاختصاص يتضمن نقل بعض اختصاصات الموظف الأصلي إلى الموظف المفوض ، أما التفويض في التوقيع فتبقى فيه الاختصاصات الإدارية كما هي لكنه نظراً للأعباء المتزايدة على الأصيل يتم تفويض موظف آخر يوقع على بعض القرارات والتعليمات تحت إشرافه ومسئوليته في الوقت الذي يظل للأصيل أن يزاول نفس الاختصاصات فيوقع بنفسه على القرارات الإدارية[١] .

أما على مستوى [٢] *الحلول أو الإنابة* فإن الحلول يعني قيام موظف بممارسة اختصاص موظف آخر صاحب الاختصاص الأصيل بأن يحل محله في حال غيابه أو وجود مانع ،في حدود ما يراه المشرع ،وتكون سلطاته من سلطات الأصيل بخلاف المفوض الذي تقتصر سلطاته على ما تم تفويضه فيه[٣].

والحلول كالتفويض في مواجهة سلطات الأصيل حيث يبقى للأصيل سلطاته غير أن اختصاص الأصيل هو اختصاص موازي لاختصاص من يحل مكانه ،حيث للآخر أن يمارس اختصاصاته كاملة وليس للأصيل أن يعتبر نفسه سلطة رئاسية بالنسبة للتصرفات الصادرة ممن حل محله وفي حالة المواجهة مع من حل محله يكون الالتجاء إلى الطريق المشروع[٤] ، فصاحب الاختصاص الأصيل لا يمكن أن يعقب على القرارات الصادرة ممن يحل محله إلا في الحدود التي يملكها بالنسبة إلى القرارات الصادرة منه شخصياً ، وهكذا على السلطة المفوضة فمن يفوض في بعض اختصاصاته يستطيع أن يسترد التفويض ، كما أنه إذا كان سلطة رئاسية

---

(٢) يراجع الدكتور.مصطفي أبو زيد فهمي ، القضاء الإداري ــ مرجع سابق ، ص٣٢ .

(٢) يراجع الدكتور.مصطفي أبو زيد فهمي ، القضاء الإداري – مرجع سابق ــ ص٦٧٢ وقد ينظم الدستور شأن الحلول كما في نص المادة ١١٠ من دستور ١٩٦٤/٣/١٥ في مصر وكذلك المادة ٨٤ من دستور ١٩٧١/٩/١١ حيث ينظم دستور ١٩٧١ الحلول بالقول (في حالة خلو منصب رئيس الجمهورية أو عجزه الدائم عن العمل يتولى الرئاسة مؤقتاً رئيس مجلس الشعب ، وإذا كان المجلس منحلاً حل محله رئيس المحكمة الدستورية العليا وذلك بشرط ألا يرشح أحدهما للرئاسة)

(٣) يراجع الدكتور.سليمان الطماوي – القضاء الإداري – قضاء الإلغاء – مرجع سابق ص ٦٢٨.

(٤) بالرجوع إلى السلطة الرئاسية المشروعة المشتركة ، أو سلطة الوصاية أو الجهة القضائية المختصة.

بالنسبة للمفوض إليه ،فإن التفويض لا يمنع حق الأصيل في التعقيب على القرارات الصادرة[1] منه باعتباره رئيسه الإداري[2].

وقد قضت محكمة القضاء الإداري بأن "...الإنابة في القانون الإداري لا تجوز إلا حيث ينص القانون على ذلك وعندئذ لا تجوز إلا في الأحوال التي خوله القانون الإنابة فيها ، ولا يجوز القياس عليها ولأنها مقيدة لا يجوز الأخذ فيها بطريق القياس أو التماثل أو التشابه وما إلى ذلك لأن القوانين واللوائح قد حددت السلطة المختصة بمباشرة أعمال الدولة وتضمنت طرق إدارتها.."[3].

وكذلك فعلت المحكمة الإدارية العليا عندما قررت أن "...الاختصاص الذي يتحدد بقانون لا يجوز النزول عنه أو الإنابة فيه إلا في الحدود وعلى الوجه المبين في القانون كما لو كان ثمة قانون يرخص في التفويض..."[4] .

ثانياً ــ عدم الاختصاص المكاني:

المقصود بعدم الاختصاص المكاني هو اعتداء أحد أعضاء السلطة الإدارية على اختصاص عضو آخر من الجهة الإدارية نفسها ومن الدرجة نفسها عندما يزاول مقتضيات وظيفته في غير النطاق الإقليمي المخصص له[5] وبمعني آخر هو صدور قرار إداري من موظف تابع لجهة إدارية لكنه غير مختص مكانياً بإصداره، وبالتالى فهو قيام موظف في إدارة ذات حدود مكانية ، بإصدار قرار إداري مرتبط بإدارة ذات حدود مكانية مختلفة مما يجعل القرار مشوب بعيب عدم الاختصاص المكاني أو الإقليمي [6] .

---

(١) بإعتباره رئيسه الإداري لأن من حق الرئيس أن يعقب على قرارات المرؤوس سواء صدرت ممارسة لإختصاص أصيل أو مفوض.

(٢) يراجع الدكتور.سليمان الطماوي – القضاء الإداري – قضاء الإلغاء – مرجع سابق ص ٦٢٩.

(٣) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٦٠٨٧ س٨ق – جلسة ١٩٥٧/٥/٢٠ – المجموعة س١١ ص ٤٧٦ .

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٦٨٦ س٣ ق – جلسة ١٩٥٧/١٢/١٤ – المجموعة س٣ ص ٣٨٢ وأيضا حكمها رقم ٣٢٠ س٣ ق – جلسة ١٩٥٩/٦/٢٧ – المجموعة س٤ ص ١٥٦٤ .

(٥) يراجع الدكتور.مصطفي أبو زيد فهمي ، القضاء الإداري ــ مرجع سابق ص٦٧١ .

(٦) يراجع الدكتور.أنور أحمد رسلان ، وسيط القضاء الإداري ــ مرجع سابق ص٥١٥ .

وقد جاء في حكم المحكمة الإدارية العليا عن بطلان القرار الذي في إعتداء سلطة تنفيذية على أختصاص سلطة تنفيذية أخرى بأنه "...القول مردود بأن إعتداء سلطة تنفيذية على سلطة تنفيذية آخرى في ممارسة الأختصاص لا يؤدي إلى أنعدام القرار وإن أدى إلى بطلانه..."[1] .

وفي الواقع أن هذه الصورة نادرة الحدوث في الحياة العملية لان كل عضو من أعضاء السلطة الإدارية يعرف جيداً النطاق الإقليمي لوظيفة ولا يعمد إلى تجاوزه إلا إذا اختلط عليه الأمر عند التقارب في النطاق الإقليمي [2] .

ثالثاً ـ عدم الاختصاص الزماني:

يتمثل هذا العيب في حالة ما إذا صدر قرار من جهة كانت مختصة بإصدار القرار لكنها أصدرته بعد انتهاء مدة سلطاتها المخولة لها بنص القانون[3]،وبمعنى أخر فإن المقصود بعدم الاختصاص الزماني صدور قرار إداري ليس له سلطة الاختصاص بإصدار القرارات الإدارية وقت صدور القرار ، وبالتالى فإن القانون يشترط لسلامة القرار الإداري الصادر من الإدارة أن يكون صادراً من موظف مختص ويمتلك الصلاحية القانونية [4] لإصدار مثل ذلك القرار وقت صدوره [5] .

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٧٥٣ س٤٥-جلسة ٢٠٠٢/٩/٣٠-المجموعة-س ٢٠٠١-٢٠٠٢ ص٦٤ .

(٢) يؤكد الدكتور.أبو زيد فهمي أنه على الرغم من أن حدوث مثل هذا التضارب في الاختصاصات نادر إلي أنه غير مستحيل وبالخصوص عندما تتقارب المناطق الإقليمية أو عندما يتطلق الأمر بإنهاء اجتماع أو فض تظاهرا على حدود منطقتين إقليميتين ـ يراجع مؤلفه ـ قضاء الإلغاء ـ مرجع سابق ص٦٧١ .

(٣) يراجع الدكتور.مصطفي أبو زيد فهمي ـ قضاء الإلغاء ـ مرجع سابق ص٦٦٧ .

(٤) يراجع الدكتور.أنور أحمد رسلان ـ وسيط القضاء الإداري ـ مرجع سابق ،ص٥١٥ /٥١٦ .

(٥) من الواضح أن قيم هذا الموظف بإصدار قرارات بعد إحالته إلي المعاش هو نوع من التعدي علي الوظيفة العامة حيث إن هذه الوظائف باتت تشكل في الدولة الحديثة اللبة الأولي والأساسية لكل جهاز إداري ، فهي مجموعة محددة من المسؤوليات والواجبات التي يتولاها فرد معين هو الموظف العام الذي يشغلها لتحقيق هدف معين يتصل بالصالح العام ، فالوظيفة العام ، هي العمل المسند إلي عامل ليؤيد ويتكون من مجموعة من الواجبات والمسؤوليات حسب تعبيرات الدكتور.محمود سامي جمال الدين في مؤلفه التنظيم الإداري للوظيفة العامة ـ ١٩٩٠ ، يراجع مؤلفه - القضاء الإداري في دولة الكويت ـمرجع سابق ص٢٠٧/٢٠٨

ومن الشواهد على عدم الاختصاص الزماني قيام موظف محال إلى المعاش بإصدار قرار بعد إحالته على المعاش لإعتقاده في وقت إصدار القرار أنه ممن يحالون إلى المعاش في سن الخامسة والستين علماً أن الموظف لا يعين إلى الأبد بل يتقاعد في سن معينة، وكذلك المجالس المنتخبة التي تنتهي سلطاتها بانتهاء المدة الزمنية المحددة لها[1] .

ويظهر عدم الاختصاص الزماني واضحاً من خلال قيام موظف بإصدار قرارات إدارية تتضمن إجراء تنقلات أو منح مكافآت بعد صدور قرار بتعيينه في وظيفة أعلى غير مختصة بإصدار مثل تلك القرارات .

كذلك فإن قيام موظف بإصدار قرارات إدارية فور سماعه بنبأ تعيينه لكن قرار التعيين لم يصدر في اليوم الذي سمع فيه النبأ مما يعني أن قراراته الإدارية تجاه الغير قد صدرت معيبة بعيب عدم الاختصاص الزماني[2] .

يستفاد مما تقدم أن عيب عدم الاختصاص الزماني ينحصر في ثلاثة صور:

الأولي ــ أن يصدر القرار بعد أن تنتهي وظيفة العضو الذي أصدره .

الثانية ــ أن يصدر القرار بعد الميعاد الذي أوجب القانون صدوره فيه .

الثالثة ــ صدور القرار قبل أن يتولى الموظف الوظيفة أي قبل صدور قرار تعينه.

---

(١) لايصح قانوناً لمثل هذا الموظف او تلك المجالس أن تصدر قرارات حيث انتهت مدة وظيفتها او صلاحيتها بل إنه من المسلم به أن لا يجوز لأي عضو من أعضاء السلطة الإدارية أن يتخذ قبل الأوان قرارات مشوبة بعيب عدم الاختصاص ، وهي قابلة للإبطال لأنها تخالف قاعدة جوهرية مؤداها أن القرارات يجب أن تبنى على أسباب معاصرة لتاريخ صدورها ، يراجع الدكتور.مصطفي أبو زيد فهمي ، القضاء الإداري ــ قضاء الإلغاء مرجع سابق ــ ص٦٦٨ .

(٢) يراجع الدكتور.أنور أحمد رسلان – وسيط القضاء الإداري – مرجع سابق ص٥١٦.

الفصل الثاني ـ مدي الإرتباط بين عيب عدم الاختصاص والقرار المنعدم والقرار الباطل

لاشك في أن هناك ارتباط وثيقاً بين عيب عدم الاختصاص والقرارات الإدارية الباطلة والمنعدمة[1]. وهذا ما يدفعنا للتعرف على ماهية القرارات المنعدمة وحالاتها .

والقرار الإداري يكون معدوماً إذا كان العيب أو العيوب التي تلحق به على درجة شديدة من الجسامة تفقد القرار صفته كقرار إداري وتنزل به إلى مستوى غصب السلطة والإستبداد بها، وعليه فإن هذه القرارات لا تتمتع بأي حصانة قانونية فيجوز الطعن عليها بالإلغاء في أي وقت دون التقيد بالمواعيد القانونية .

- ونظراً لخطورة الوضع القانوني لهذه القرارات فقد حصرت المحكمة الإدارية العليا من خلال قضائها الحالات التي يكون فيها القرار الإداري منعدماً على النحو التالي :

١- إذا كان القرار الإداري معيباً ليس بعيب عدم الأختصاص البسيط وإنما بعيب عدم الأختصاص الجسيم، ومثال ذلك ألا يكون القرار قد صدر عن جهة إدارية وإنما من مجرد فرد عادي.

٢- إذا كان محل القرار معدوماً، ومثال ذلك القرار الصادر بنقل شخص للعمل بإحدى المدارس متى تبين أن هذه المدرسة لم تنشأ بعد .

٣- إذا كان القرار قد صدر بناء على غش من صاحب الشأن، فالغش يفسد كل شئ ويعدم القرار الصادر بناء عليه.

---

(١) يعتبر القرار الإداري أياً كان شكله ، سواء كان قراراً تنظيمياً قاعدياً أو فردياً أو صريحاً أو ضمنياً يجوز أن يطعن فيه الإلغاء ، والقرار بطبيعة الحالة لا يطعن فيه إلا إذا كان معيباً أو كان الطاعن يراه كذلك ، يراجع الدكتور مصطفي أبو زيد فهمي ، القضاء الإلغاء ـ مرجع سابق ص٥١٢ .

٤- إذا كان القرار قد أنعدمت فيه الإراده عند إصداره ، مثال ذلك ترقية شخص إعتقدت الإدارة توافر شروط الترقية في حقه بينما هو في الحقيقة يفتقد لهذه الشروط.

وقد كان للقضاء المصري كلمته في التمييز بين القرارات الإدارية المنعدمة والإدارية الباطلة من خلال المحكمة الدستورية حيث قالت بأنه" ... ثمة استثناءات من موعد الستين يوماً تتمثل أولاً فيما إذا كان القرار المعيب معدوما أي لحقت به مخالفة جسيمة للقانون تجرده من صفته كتصرف قانوني تنزل به إلى حد اغتصاب السلطة[١] وتنحدر به إلى الفعل المادي المنعدم الأثر قانوناً فلا تلحقه أية حصانة ، وثانيها فيما لو حصل أحد الأفراد على قرار إداري نتيجة غش أو تدليس من جانبه إذ أن الغش أو التدليس يكون غير جدير بالحماية ، فهذه الأحوال الاستثنائية تجيز سحب القرار دون التقيد بموعد الستين يوماً ولجهة الإدارة أن تصدر قرارها بالسحب في أي وقت حتى بعد فوات هذا الموعد "[٢].

وفي ذلك أيضاً أكدت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها بأن "... القرار الإداري لا يكون منعدماً إلا في حالة غصب السلطة أو في حالة انعدام إرادة مصدر القرار، وغصب السلطة يكون في حالة اعتداء سلطة إدارية على اختصاص محجوز للسلطة التشريعية أو السلطة القضائية، قرار إنهاء الخدمة إذا ما صدر من مدير عام مديرية التربية والتعليم بالمحافظة، دون أن يكون مفوضاً من المحافظ صاحب الاختصاص الأصيل في إصدار قرارات إنهاء الخدمة فإن القرار في هذه إحالة يكون معيباً بعيب عدم الاختصاص البسيط الذي يؤدي إلى بطلانه وليس انعدامه.."[٢] .

---

(١) لاقى موضوع اغتصاب السلطة كثيرا من الاهتمام قبل فقهاء القانون سواء في فرنسا أوفي مصر ، فالفقيه لافريير الفرنسي، يري أن اغتصاب السلطة يوجد في حالتين ، حالة صدور قرار إداري منم شخص عادي لم يمنحه القانون أي سلطة ، وحالة صدور قرار من إحدى الجهات الإدارية يدخل في اختصاص السلطة التشريعية أو القضائية أما الفقيه الفرنسي البيرت فقد أضاف حالة ثالثة تتمثل اعتداء الحكومة علي سلطات الهيئات اللامركزية وكان للفقيه ديلوباديرا آراء تلتقي مع رأي الفقيه البيرت ثم توالت آراء الفقهاء المصريين مثل الدكتور.عماد خليل والدكتور.سليمان الطاوي ، حيث تأثر هؤلاء بالاتجاهات الفقهية التي تتوسع في فكرة اغتصاب السلطة مع أن القانون الإداري يشمئز من فكرة القرار المعدوم حسب تعبيرات الفقيه فالين ، يراجع الدكتور.مصطفي أبو زيد فهمي القضاء الإداري ــ قضاء الإلغاء مرجع سابق ،ص٦٥٣ وما بعدها .

(٢) يراجع حكم المحكمة الدستورية العليا بمصر ــ رقم ٤٤٤ للسنة٣٢ القضائية المؤرخ في ١٩٨٩/١٢/١٧ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٦٢٩٢ س ٤٥ ق جلسة ٢٠٠٢/١/١٩ منشور بمجلة المحاماه العدد الثالث قاعدة ٢٥٠ ص٣٦٠ .

وفي الكويت نجد أنه في مجال التفرقة بين القرار الإداري الباطل والقرار المنعدم قد تناولتها الأحكام القضائية فقد قضت محكمة التمييز في أحد أحكامها بأنه " ... من المقرر أن القرار الإداري هو ذلك القرار الذي تفصح به الجهة الإدارية عن إرادتها الملزمة في الشكل الذي يتطلبه القانون بما لها من سلطة مستمدة من القوانين واللوائح بقصد إحداث أثر قانوني يكون ممكنا وجائز أو كان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة ،ولسلامة هذا القرار يلزم توافر أركان خمسة هي الاختصاص والشكل والغاية والسبب والمحل لأن اختلال ركن أو أكثر من هذه الأركان تتفاوت بين الجسامة واليسر بحسب الأحوال فهو يؤدى إلى انعدام القرار كلية إذا ما كان بالغ الجسامة يجرده من صفته كقرار إداري ويهبط به إلى منزلة العمل المادي الذي لا يعدو أن يكون مجرد عقبة مادية يصبح معها القرار غير جدير بالحماية التي قررها القانون لأعمال الإدارة إذ يعتبر والحالة هذه معيباً بخلل جسيم ينحدر به إلى حد العدم إما إذا كان العيب الذي يشوب القرار مجرد مخالفة للقانون فأنه يصمه بالبطلان ولا ينحدر به إلى الانعدام طالما أنه ليس معدوم المحل والقرار الإداري المعدوم لانطوائه على عيب اغتصاب السلطة هو المشوب بعيب عدم الاختصاص الجسيم كأن يصدر من سلطة لا تمت بصلة إطلاقاً إلى السلطة التي اعتدت على اختصاصها فيصبح القرار بذلك عملاً مادياً متجرداً من كيانه ومن صفته الإدارية و إنما يكون معيباً وقابلاً للإبطال ويظل رغم ذلك قائماً ومنتجاً لأثاره إلى أن يقضي بإلغائه وكل ذلك مشروط بأن يكون القرار وإن كان معيباً مازال متصفاً بصفة القرار الإداري كتصرف قانوني " [1] .

---

(١) حكم محكمة التمييز رقم٢٩١ لسنة١٩٩٠ أداري جلسة ١٩٩٢/٣/٢٩ ـ موسوعة مبادىء القضاء الإداري – الكتاب الأول – ص١٣٤ وما بعدها وأيضاً الحكم رقم ٦٠، ٦٣ لسنة ٩٤ تجاري – جلسة ١٩٩٤/٦/٢٧ وأيضاً الحكم رقم ٢٩٨ لسنة ٩٤ تجاري – جلسة ١٩٩٠/١١/٥.

القانوني وإلا كان الانعقاد باطلاً ،ولابد من توافر النصـــاب القـــانوني بالأغلبيـــة (٥١ %) للانعقاد حسب رأي المحكمة الإدارية العليا المصرية ، بينما كانت محكمة القضاء الإداري تصر على حضور الجميع[١].

الغصن الثاني ــ صور عيب الشكل :

إذا كان عيب الشكل [٢] أحد الأسباب التي تبرر رفع دعوى الطعـــن بإلغـــاء القرار الإداري الذي صدر خلافاً للشكل والإجراءات القانونية المطلوبة في القرار[٣] فإن لهذا الشكل نوعين أو صورتين أكد الفقه القانوني علـــى ضـــرورة وأهميـــة التمييز بينهما وهما الشكل الجوهري والشكل غير الجوهري .

وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا في مصر بـــأن "... قواعـــد الشـــكل والإجراءات في القرار الإداري ليست كأصل عام هدفاً فـــي ذاتهـــا، وإنمـــا هـــي إجراءات تقتضيها المصلحة العامة ومصلحة الأفراد على السواء، يجـــب التفرقـــة بين الشكليات الجوهرية التي تنال من تلك المصلحة ويقدح إغفالها فـــي ســـلامة القرار وصحته وغيرها من الشكليات القانونية وعليه يبطل القرار لعيب الشكل أو الإجراءات بالنص على ذلك أو إذا كان الإجراء يرتب إهـــداراً لضـــمانة جوهريـــة للمصلحة العامة أو للأفراد، أما إذا كان الشكل أو الإجراء لا يرتب علـــى إغفالـــه ضياع للمصلحة العامة أو لمصلحة الأفراد فإنه لا يرتب البطلان" [٤] .

---

(١) يراجع الدكتور.سليمان الطماوي القضاء الإداري ــ قضاء الإلغاء ــ مرجع سابق ص٦٦١ .

(٢) يراجع الدكتور.محمود عاطف البنا ــ الوسيط في القضاء الإداري ــ مرجع سابق ــ ص٣٧٣ .

(٣) على الرغم من أن القوانين واللوائح هي التي تنص على قواعد الشكل والإجراءات إلا أن للقضـــاء الإداري دوراً كبيـــراً فـــي استلزام إجراءات وأشكال لا تستوجبها النصوص اكتفاء فإن تكون هذه الإجراءات مستمدة من روح القانون أو مـــن المبـــادئ العامة للقانون كمبدأ حق الدفاع وما يتطلبه من ضرورة توافر الضمانات الأساسية في الإجراءات لقضائية والتأديبية ، يراجـــع الدكتور.محمود عاطف البنا الوسيط في القضاء الإداري مرجع سابق ص٣٧٣.

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٦١٦٩ س ٤١ ق – جلسة ٢٠٠٢/٤/٢ المجموعة من أول ابريل ٢٠٠٢ إلى آخـــر يونيـــو ٢٠٠٢- ص٦ .

أولاً ـ الشكل الجوهري :

ويقصد به مجموعة من الإجراءات والشكليات الأساسية التي تؤدي مخالفتها من قبل جهة الإدارة المصدرة للقرار إلى بطلان القرار الإداري ، وبمعني آخر كل إجراء كان من شأنه أن يؤثر على مسلك الإدارة وهي تحدد مضمون القرار الإداري[1] ويشترط في الشكل الجوهري الذي يترتب على مخالفته بطلان القرار الإداري ، وقبول دعوى الإلغاء ما يلي :

أ - أن ينص القانون على بطلان القرار كجزاء على مخالفة للشكل المطلوب[2]، حتى وإن كان القرار الإداري صادراً من مجلس الوزراء إذا كان القانون قد نص على ضرورة استشارة لجنة استشارية ، حيث أن محكمة القضاء الإداري قد ألغت قراراً إدارياً أصدره مجلس الوزراء بإحالة موظف الشرطة على المعاش بغير أخذ رأي مجلس الشرطة الأعلى الاستشاري ،مؤكداً على أن القرار الإداري قد خالف القانون الذي أوجب أخذ رأي مجلس الشرطة وإن كان رأيه استشارياً ، لأن المشرع أراد بذلك إيجاد ضمانة للموظف [3].

ب - عندما يكون الشكل بطبيعته جوهرياً كأن يترتب على مخالفته نوع من التسيب في القرارات التأديبية أو التأثير على ضمانات الأفراد في مواجهة الإدارة أو كان الإجراء مقرراً لحماية مصالح المخاطبين بالقرار [4] مثل عدم الإخلال بحق الدفاع ومقتضياته لأن حق الدفاع من المبادئ القانونية التي توجد بغير نص ، فضلاً عن وجود نصوص تؤكد على وجوبه مثل

---

(١) يراجع الدكتور.مصطفي أبو زيد فهمي ـ القضاء الإداري ـ قضاء الإلغاء ـمرجع سابق ص٦٦٩.
(٢) كأن ينص القانون علي وجوب أخذ رأي فرد أو هيئة معينة ـ قبل إصدار القرار الإداري ، وفي مثل هذه الحالة يجب علي الإدارة قبل إصدار القرار أن تطلع علي الآراء التي حتم القانون أخذها و إلا كان قرارها معيباً بعيب الشكل وإذا تطلب القانون أخذ رأى عدة هيئات وجعل لذلك ترتيباً زمنياً خاصاً وجب احترام الترتيب الزمني كما جاء به القانون فرأي الهيئة الأولى يجب أن يؤخذ قبل الثانية ، ورأي الثانية يجب أن يؤخذ قبل الثالثة ، يراجع الدكتور.مصطفي أبو زيد فهمي ـ القضاء الإداري ـ قضاء الإلغاء ـ مرجع سابق ص٦٩٩ .
(٣) يراجع الدكتور.مصطفي ابو زيد فهمي ـ القضاء الإداري ، قضاء الإلغاء ـ مرجع سابق ص٧٠١ .
(٤) يراجع الدكتور. أنور أحمد رسلان*ـ وسيط القضاء الإداري ـ مرجع سابق ـ ص٥٢٢ .

يفرغ فيها القرار عند إصداره ، و بمعنى أخر الصورة التي تتم بها عملية التعبير عن الآراء التي هي جوهر القرار الإداري [١].

أما الإجراء فهو مجموعة العمليات والخطوات التي يمر بها القرار الإداري منذ التحضير حتى ما قبل صياغته والقالب أو الإطار الذي يصور فيه[٢]

أما عن الحكمة من تطلب شكل معين عند إصدار القرار الإداري فيقول الدكتور سليمان الطماوي بأنه (فإذا كانت الإدارة تتمتع في هذا الخصوص بحق التنفيذ المباشر ،والسلطة التقديرية ،وقرينة السلامة ، فإن عليها أن تسلك السبيل الذي ترسمه القوانين واللوائح لإصدار تلك القرارات ، وبهذا تكون قواعد الشكل والإجراءات في إصدار الأعمال الإدارية مقصود بها حماية المصلحة العامة ومصلحة الأفراد على السواء وذلك بتجنب الإدارة مواطن الزلل والتسرع ومنحها فرصة معقولة للتروي والتدبر، ودراسة وجهات النظر المختلفة ، فتقل بالتالى القرارات الطائشة أو المبترة) [٣] .

---

(١) يراجع الدكتور.إسماعيل البدوي ــ القضاء الإداري مرجع سابق ، ص٦٢.
(٢) يراجع الدكتور إسماعيل البدوي ــ القضاء الإداري ــ مرجع سابق ،ص٦١ .
(٣) يراجع الدكتور.سليمان الطماوي القضاء الإداري ــ قضاء الإلغاء مرجع سابق ــص٦٣٨ .

الفرع الثاني

أحكام عيب الشكل

إن الإلمام بأحكام عيب الشكل وهو أحد أهم أوجه الطعن بالإلغاء في القرار الإداري، وهو ما يتطلب منا أن نوضح من خلال الغصن الأول القواعد الأساسية للشكل، ثم نوضح من خلال الغصن الثاني صور عيب الشكل وذلك على النحو التالي :

الغصن الأول ــ قواعد أساسية للشكل في القرار الإداري:

الأصل العام في القواعد التي تقرر نوعية الشكل والإجراءات أن الإدارة غير مقيدة بشكل معين للتعبير عن إرادتها الملزمة ، إلا إذا أفصح المشرع عن إرادته تلك بأن نص على إتباع شكل معين.

وقد جاءت التطبيقات القضائية مؤكدة ذلك ،حيث أشارت المحكمة الإدارية العليا إلى هذا الأصل العام ، حيث قضت بأن "... القرار الإداري ليست له صيغ معينة لابد من انصبابه في إحداها بصورة إيجابية ، وإنما يكون كل ما يحمل معني اتجاه إرادة جهة الإدارة في نطاق سلطتها الملزمة إلى إحداث أثر قانوني متي كان ذلك ممكنا وجائزا ، منطويا على قرار إداري"[1].

وفي الكويت أيضاً أكدت محكمة التمييز ذلك بقولها بأن "... الأصل أن القرارات الإدارية ليس لها أشكال أو أنواع تحصرها وجهة الإدارة حرة في التعبير عن إرادتها بأي شكل يتضمن وصول هذه الإرادة إلى علم الأفراد ..."[2] .

وإذا كان شكل القرار ينسحب إلى الصورة الخارجية التي ينبغي أن يتم إفراغه فيها دون إشتراط صيغة معينة أو صورة محددة، فإن الغالب صدور القرار

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣٢١ س٩ق – جلسة ١٩٧٠/٣/٢٢ – المجموعة س١٥ – ص ٢٤٤ .
(٢) حكم محكمة التمييز رقم ٨٥٣، ٦٦٢ ، ٦٥٩ لسنة ٢٠٠٠ إداري – جلسة ٢٠٠١/١١/١٢ – حكم غير منشور.

الإداري كتابة ، وهذا الشكل الكتابي غالباً ما يتم فرضه ضمنياً عندما يتطلب الأمر نشر القرار بحيث يتحتم على الإدارة أن يحمل قرارها تاريخ الإصدار وتوقيع مصدر القرار ، علما بأن إغفال التاريخ لا يبطل القرار وفق ما قررته المحكمة الإدارية العليا في مصر في قولها بأن "... مجرد خلو التقرير السنوي بتقدير درجة كفاية الموظف من تاريخ تحريره لا يعني حتما أنه لم يحرر ... كما أنه لا يترتب على إهمال بيان التاريخ أي بطلان " (١) .

ومن الإجراءات والشكليات في القرار الإداري ما يفرضه المشرع من إجراءات تمهيدية بإعلان ذوي الشأن لسماع أقواله أو إجراء تحقيق أو إتمام بعض إجراءات العلانية ،بحيث ينبغي إتمام هذه الأمور قبل إصدار القرار ، ويضاف إلى ذلك جواز إطلاع الموظف على ملفه ومنحه المدة الكافية لذلك ، شرط أن يكون في وضع يسمح له بالإطلاع على وثائق الملف ، فضلا عن إلزام الإدارة في هذه الحالات بالاستشارة قبل إصدار القرار(٢).

وتأكيداً لذلك فقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه "... فلا يبطل القرار لعيب شكلي إلا إذا نص القانون على البطلان عند إغفال الإجراء أو كان الإجراء جوهرياً في ذاته يترتب على إغفاله تفويت المصلحة التي عنى بضمانها وبتأمينها للدولة أو للأفراد على سواء، وإذا ما تحققت رغم المخالفة الغاية والحكمة التي قضى المشرع تحقيقها من الإجراء الشكلي الذي نص عليه، وبهذه المثابة فإن المثالب الشكلية التي أستند إليها المدعي لعيب تصحيح إجاباته هي في واقع الأمر من قبيل الشكليات الثانوية التي لا يؤدي إغفالها إلى بطلان عملية التصحيح ذاتها طالما أنها لا تؤثر في حقيقة كون أن إجاباته جميعها قد تم تصحيحها وأعطيت عنها

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا س١١ ق – جلسة ١٩٧٥/٤/٢٥ – ص٣٧٨ .
(٢) يراجع الدكتور.سليمان الطماوي ــ القضاء الإداري ــ قضاء الإلغاء ــ مرجع سابق ص٦٥٤ /٦٥٨ .

الدرجات التي قدر المصححون استحقاقه لها، وتم رصد هذه الدرجات وجمعها على وجه صحيح" (١).

وفي الكويت قررت محكمة التمييز في أحد أحكامها بأنه "... من المقرر أن القرار الإداري يبطل لعيب في الشكل ، إذا نص القانون على البطلان عند إغفال الإجراء أو كان الإجراء جوهرياً في ذاته بأن يترتب على إغفاله تفويت مصلحة عني المشرع بتأمينها ،وكان إغفال تسبيب قرار تقدير كفاية الموظف بأنه ضعيف تفويت لمصلحة جوهرية أستهدفها المشرع فإن هذا الإجراء يكون شكلاً أساسياً يترتب على إهماله بطلان تقرير الكفاية" (٢) .

وإذا لجأت الإدارة إلى إجراء الاستشارة بنص من المشرع فلا حرج على الإدارة إذا استطلعت رأي الجهة المختصة في شأن معين أن تتصرف على ضوء هذا الرأي في جميع الحالات المماثلة مع أهمية الإشارة إلى الرأي السابق صراحة في قرارها الصادر وإذا كان رأي الجهة المستشارة ملزماً فإن الإدارة المصدرة للقرار ملزمة بالتقيد برأي الجهة الاستشارية ، أو بالرأي الأخير عند تعدد الاستشارات (٣).

يضاف إلى ذلك أنه إذا صدر الرأي الاستشاري من لجنة مثلاً ، فإن سلامة القرار من الناحية الشكلية مرتبطة بإتباع الإدارة للقواعد التي تحكم سير تلك اللجنة بحيث لا يجوز تغيير عضو ثم النص على اسمه قانوناً بعضو آخر إلا إذا سمح القانون بذلك ، كما أنه من الأفضل أن يكون تشكيل اللجنة من عدد فردي لا يقل عن ثلاثة أعضاء لضمان حسن الاختيار عند الاختلاف في الرأي ، ولا يكون انعقاد اجتماع اللجنة صحيحاً إلا بدعوة جميع الأعضاء للحضور على الوجه

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٢٥١٤ س٣٧ق – جلسة ١٩٩٢/٥/٢٤ – الموسوعة الإدارية الحديثة – الفكهاني – ج٣٥ – قاعدة ٣٣٩ – ص ٩٩٠.

(٢) حكم محكمة التمييز رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٦ تجاري – جلسة ١٩٨٧/٢/٤ – موسوعة مبادئ القضاء الإداري – الكتاب الأول – ج٣ – ص ١٦٧ .

(٣) يراجع الدكتور سليمان الطماوي ــ القضاء الإداري ــ قضاء الإلغاء ــ مرجع سابق ــ ص٦٦٠ ــ أيضا الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي ــ القضاء الإداري ــ قضاء الإلغاء ــ مرجع سابق ص٧١١ .

المطلب الثاني
عيب الشكل في القرار الإداري

لا يقل عيب الشكل في القرار الإداري أهمية عن عيب عدم الاختصاص حيث أن كلاهما يشكل وجهاً أساسياً من أوجه الطعن الشكلية ،لأن كلاهما أو أحدهما إن وجد فإنه يحمل القرار الإداري إلى ردهات القضاء الإداري في دعوى الطعن عليه بالإلغاء من قبل أصحاب الشأن نظراً لوجود عيب قانوني فيه .

ومن المعلوم في مجال القانون أن قواعد الشكل في القرار الإداري ليس لها علاقة بموضوع القرار ، بل هي قواعد ترتبط بمدى تحديد المظهر الخارجي للقرار من جانب، وبكيفية قيام الإدارة بممارسة السلطة من جانب أخر ، وكأن هذه القواعد هي التي تحدد المظهر الخارجي لعمل الإدارة سواء كانت سلطة الإدارة مقيدة أو تقديرية .

وتلتقي الإجراءات مع الشكل في عيب واحد نظراً للتقارب بينهما ، فإذا كان الشكل يعني ذلك الهيكل أو القالب التي ينبغي أن تتم فيه عملية التعبير عن الإرادة، فإن الإجراءات هي تلك الخطوات التي ينبغي أن تتبعها الإدارة عند إتخاذ القرار وقبل أن يصدر فعلاً.

وسوف يشتمل هذا المطلب على فرعين ، الأول يتضمن مفهوم عيب الشكل والإجراءات المرتبطة به والثاني يتضمن أحكام عيب الشكل.

الفرع الأول

مفهوم عيب الشكل في القرار الإداري وخصائصه

المقصود بعيب الشكل كأحد أوجه الطعن بالإلغاء في القرار الإداري أنه (عدم احترام القواعد الإجرائية أو الشكلية المحددة لإصدار القرارات الإدارية في القوانين واللوائح سواء كان ذلك بإهمال تلك القواعد كلية أو بمخالفتها جزئيا) [١].

وبمعني أخر هو صدور قرار إداري من الجهة الإدارية المختصة خلافا للشكل والإجراءات المتبعة قانونا[٢] ، وذلك انطلاقاً من أن القانون يفرض في بعض الأحيان [٣] إتباع شكليات معينة أو إجراءات محددة يجب على الجهة الإدارية المعينة اتباعها عند إصدار القرار الإداري، وبالتالى هو يعتبر تجاهل الإدارة للشكليات والإجراءات التي قررها القانون ، وذلك إما لأن الإدارة قد تركت هذه الإجراءات تماماً، أو لأنها نفذتها بشكل مبتور وناقص[٤]، الأمر الذي يبرر لكل صاحب مصلحة حق الطعن بالإلغاء على القرار الإداري الذي يصدر مخالفاً للقانون في الإجراءات والشكليات التي قررها نص سواء في الدستور أو القانون أو اللائحة[٥].

ويرى جانب من الفقه أن ثمة فرقاً بين الشكل وبين الإجراءات ،فالشكل يعني الإطار أو القالب الذي يصدر فيه القرار الإداري ،أو أنه الصورة التي يجب أن

---

(١) يراجع الدكتور.سليمان الطماوي القضاء الإداري ــ قضاء الإلغاء ــ مرجع السابق ص٦٣٨.
(٢) يراجع الدكتور. أنور أحمد رسلان ــ وسيط القضاء الإداري ــ مرجع السابق ــ ص٥٢٠.
(٣) حيث إن الأصل في القرار الإداري عدم خضوعه لشكليات معينة لكن القانون في تنفيذ القرارات يفرض إجراءات شكلية لإصدار القرار .
(٤) يراجع الدكتور.مصطفي أبو زيد فهمي ، القضاء الإداري ــ قضاء الإلغاء ،مرجع سا بق ص٦٩٨ .
(٥) يراجع الدكتور. أنور أحمد رسلان الوسيط في القضاء الأداء ــ مرجع سابق ص٥٢٠ وأيضاً الدكتورة نبيلة كامل ، الدعاوى الإدارية والدستورية ــ مرجع سابق ص٢٢٥ ــ مثلا قد يأتي القرار علي شكل أمر ملكي أو أميري أو قرار جمهوري ،ويوقعه علي إلغائه الملك أو الأمير أو الوزراء ن وقد يأتي علي شكل قرار من مجلس الوزراء ثم قرار إداري وهكذا.

المادة ٧٩ من قانون نظام العاملين المدنيين في الدولة رقم ٤٧لسنة١٩٧٨ في مصر ، والذي يؤكد على ضرورة سماع أقوال العامل وتحقيق دفاعه .

ثانياً ــ الشكل غير الجوهري :

المقصود بالشكل غير الجوهري[١] ،مجموعة من الإجراءات والشكليات غير الأساسية[٢] والتي لا تؤدي مخالفتها إلى بطلان القرار الإداري الصادر من الجهة الإدارية وبحيث لا يمكن رفع دعوى الإلغاء نظراً لعدم وجود عيب في القرار .

انطلاقاً من ذلك فإن مخالفة القرار الإداري الصادر من الجهة الإدارية ، للشكل غير الجوهري ، والإجراءات غير الأساسية لا يحمل القرار إلى البطلان ، وبمعني أخر يمكن للقرار الإداري أن يخالف الإجراء غير الجوهري ولا يتعرض للبطلان[٣].

ويشير الدكتور.محمود عاطف البنا إلى أن من الإجراءات غير الجوهرية تلك الإجراءات التي وضعت لصالح الإدارة ، حتى ولو ترتب على التزامها صدور قرار مغاير للقرار الذي صدر دون التزامها [٤]، وبمعني أخر قد يحاط صدور قرار إداري ببعض إجراءات شكلية معينة تفرض لصالح الإدارة ، فهل تستطيع الإدارة أن تتجاهل هذه الإجراءات دون أن يستطيع الطرف الأخر أن يطعن ببطلان القرار؟.

---

(١) للتمييز بين الشكل غير الجوهري والشكل الجوهري ، يراجع ، الدكتور.مصطفي أبو زيد فهمي ، القضاء الإداري قضاء الإلغاء ــ مرجع سابق ص٦٩٥ ــ أيضا الدكتور.محمود عاطف البنا ، الوسيط في القضاء الإداري مرجع سابق ص٣٧٤ .وقد كان للقضاء الإداري في فرنسا ومصر دوراً كبيراً من خلال مجلس الدولة في التمييز بين الإجراءات والأشكال الأساسية وبين الإجراءات والأشكال غير الجوهرية بحيث يكون البطلان هو من نصيب القرارات المخالفة للإجراءات الجوهرية ، وهذا ما دعا الكثير من الفقهاء لطرح العديد من الأسئلة حول معيار التميز بين الإجراءات الجوهرية وغير الجوهرية.

(٢) يراجع الدكتور.مصطفي أبو زيد فهمي ، القضاء الإداري ــ قضاء الإلغاء ــ مرجع سابق ص٦٩٥ .

(٣) قررت المحكمة القضاء الإداري المصرية بأن إغفال اسم الشخص الذي قام بالتحقيق في القرار الصادر لا يعتبر عيباً يؤدي إلي بطلان القرار .

(٤) يراجع الدكتور.محمود عاطف البنا ــ الوسيط في القضاء الإداري ، مرجع سابق ص٣٧٥ .

إن هذا السؤال حسب تعبيرات الدكتور.مصطفي أبو زيد فهمي يذكرنا بالبطلان النسبي الموجود في القانون المدني ، هذا البطلان الذي لا يستطيع أن يتمسك به سوي الشخص الذي تقرر البطلان لمصلحته دون الطرف الآخر الذي يتعامل معه ، وهذا البطلان النسبي كقاعدة عامة لا يتسق مع قواعد القانون الإداري حيث يكون البطلان أساسا مطلقاً لا نسبياً [1].

وقد أشار الفقه والقضاء إلى عدد من الشروط أو الحالات التي لا يترتب عليها البطلان لمخالفة الشكل ، أولها وجود قوة قاهرة تجعل إتمام الإجراء الشكلي مستحيلاً ، وثانيها إتخاذ الغير مواقف تحول دون إتمام الإجراء الشكلي وثالثها وجود قواعد شكلية مقررة لمصلحة الإدارة ورابعها قيام صاحب الشأن بمواقف تمنع إتمام الإجراء الشكلي [2] وتفصيل ذلك على ما يلي :

أ – وجود قوة قاهرة مانعة لاتخاذ الإجراء الجوهري :

هذا الشرط يبرر للإدارة مخالفة الشكل ويجعل القرار الإداري الصادر عن الإدارة والمخالف لهذا النوع من الإجراء محصناً ضد دعوى الإلغاء[3]، وغالباً ما يكون سبب مخالفة الإدارة للشكل سبباً أجنبياً عن الإدارة كالقوة القاهرة أو الظرف الإستثنائي الذي لا يحتمل التأخير ، علماً أن حالة القوة القاهرة على وجه الخصوص تعني استحالة تنفيذ الإجراءات التي يطلبها القانون ، مثلما حدث من حيث قيام الإدارة بمخالفة شروط تكوين مجلس تأديب أو هيئة لعدم توافر نوعية من الأعضاء يشترطهم القانون مما كان ذلك مبرراً للإدارة لمخالفة عيب الشكل[4].

---

(١) يراجع الدكتور. مصطفي أبو زيد فهمي – القضاء الإداري – قضاء الإلغاء – مرجع سابق ص٦٩٧ حيث يؤكد أنه لما عرض الأمر علي مجلس الدولة الفرنسي وكان يتعلق بالشكليات التي تحيط بالمناقصات والمزايدات قرر المجلس أن هذه الشكليات وإن كانت قررت لمصلحة الإدارة إلا أنها وضعت في الواقع لحماية المصلحة العامة.

(٢) يراجع – الدكتور. أنور أحمد رسلان – وسيط القضاء الإداري – مرجع سابق ص٥٢٢/٥٢٣ .

(٣) يبدو ذلك واضحاً في حالة الأكاديمي في الجامعة في حالة فحص الإنتاج العلمي لترقية مدرس إلي وظيفة أستاذ مساعد وعدم استطاعته الحصول علي رأي مجلس القسم العلمي حسب تشكيل لجنة الفحص بسبب تعذر اجتماع مجلس القسم ، فماذا تم بتشكيل اللجنة دون أخذ رأي القسم فإن هذه المخالفة الشكلية غير الجوهرية لا تجعل القرار قابلا للطعن .

(٤) يراجع الدكتور.محمود عاطف البنا – الوسيط في القضاء الإداري – مرجع سابق ص٣٨٨ .

ب - اتخاذ الغير مواقف مانعة من إتمام الإجراء الشكلي :

كذلك الأمر في حالة قيام الغير باتخاذ موقف يمنع من إتمام إجراءات الشكل بشرط ألا يكون للإدارة دور في ذلك، مما يجعل القرار محصناً من الطعن بالإلغاء في هذا المجال، [1]وبمعني أخر إذا كان إغفال الشكل راجعاً إلى أسباب ترتبط بالغير لا علاقة للإدارة بها فإن هذه القرارات بهذا العيب غير قابلة للطعن[2]، أما إذا كان للإدارة دور في إغفال الإجراءات والشكليات ، عند إصدار قراراتها الإدارية فإن هذه القرارات الصادرة تعتبر مشوبة بعيب جوهري وبالتالى فهي قابلة للطعن بالإلغاء .

ج ـ وجود قواعد شكلية مقررة لمصلحة الإدارة :

وتتمثل هذه الحالة في أن القانون غالباً ما يقرر عدداً من القواعد الإجرائية الشكلية والمقررة لمصلحة الإدارة ،بحيث لا يعتبر القرار الصادر عن الإدارة - والمخالف لهذه القواعد الشكلية - قراراً قابلاً للطعن بسبب مخالفة عيب الشكل ، فيكون قراراً محصناً من الطعن بالإلغاء[3] .

---

(١) يبدو ذلك واضحاً من خلال قيام بعض أعضاء لجنة شئون العاملين بالامتناع العمدي عن حضور اجتماعا ت اللجنة بهدف عدم اكتمال النصاب أو امتناع اللجنة نفسها عن مناقشة موضوعات تدخل في اختصاصها مما يجعل القرار وأن كان معيبا لمخالفة الشكل لكنه محصن من الإلغاء مرجع سابق ـص٣٨٩ .

(٢) يراجع الدكتورمحمود عاطف البنا ـ الوسيط في القضاء الإداري مرجع سابق ص٣٨٩.

(٣) يبدو ذلك من خلال قيام الإدارة بإغفال إتخاذ إجراء احتياطي أو تحفظي مقرر لمصلحتها مثل إغفال إخراج طالب متلبس في حالة غش من الامتحان وإغفال إحالته إلي مجلس التأديب ، أو إغفال تدوين محاضر لجنة شئون العاملين في سجل خاص مما يعتبر مخالفاً لنص اللائحة التنفيذية ، فهذه الحالات وإن خالفت الشكل غير الجوهري لا يجعل القرار الصادر قابلاً للطعن بل محصناً من الطعن .

د ـ اتخاذ صاحب الشأن مواقف مانعة من إتمام الإجراء الجوهري:

بمعني أن صاحب الشأن في القرار الإداري و الذي صدر القرار بحقه ، قد يتخذ مواقف تمنع الإدارة من إتمام الإجراءات الشكلية ، مما يجعل القرار الصادر معيباً بمخالفة الشكل لكنه في الوقت نفسه محصن من الطعن بالإلغاء بسبب مواقف صاحب الشأن المانعة لاستكمال الإجراء[1].

فإذا كان إغفال الشكل راجعاً إلى فعل صاحب الشأن ، فليس له أن يتمسك بالبطلان ولا يلومن إلا نفسه ،ويبدو ذلك واضحاً من واقعة مفادها أن موظفاً غادر مقره دون أن يترك عنواناً له ، وكان من المتعذر الاستدلال على عنوانه بحيث أن الإداره عند تفكيرها في إصدار قرار بفصله عن العمل نظراً لغيابه ، لم تستطيع سماع دفاعه إذ أن سماع دفاع الموظف قبل قرار فصله إجراء ينص عليه القانون، ومع ذلك فإن قرار الإدارة بفصل الموظف لا يعتبر قراراً مشوباً بعيب الشكلية وغير قابل للطعن لأن إغفال الشكلية كان بسبب صاحب الشأن نفسه[2].

وفي الكويت قررت محكمة التمييز ذلك بقولها في أحد أحكامها "...من المقرر أن جهة الإدارة غير مقيدة بشكل محدد تفصح فيه عن إرادتها الملزمة ما لم يحتم القانون إتباع شكل خاص بالنسبة إلى قرار معين ، كما أن القرار الإداري ليس له صيغة معينة لابد من إفراغه في إحداها بصورة إيجابية وإنما يكون له كل ما يحمل معني اتجاه إرادة جهة الإدارة في نطاق سلطاتها الملزمة إلى إحداث أثر قانوني منطويا على قرار إداري ... "[3] .

---

(١) يبدو ذلك واضحا من خلال قيام بعض الموظفين المحالين للتأديب بالرفض القاطع للاطلاع علي ملفاتهم علي الرغم من قيام الإدارة بإخطارهم أو من خلال رفض الموظف الإدلاء بأقواله في التحقيق دون سبب قانوني .

(٢) يراجع الدكتور.محمود عاطف البنا الوسيط في القضاء الإداري ـ مرجع سابق ص٣٨٩، أيضا الدكتورمصطفي أبو زيد فهمي ـ القضاء الإداري ـ قضاء الإلغاء ـ مرجع سابق ص٦٩٥ وما بعدها .

(٣) حكم محكمة التمييز رقم ١٧٩ لسنة ١٩٨٧، إداري جلسة ١٩٨٨/٣/١٤ – موسوعة مبادئ القضاء الإداري – الكتاب الأول – ج٣ – مرجع سابق ص ١٦١ .

وأضافت " ... كذلك فإن الكتابة ليست شرطاً لصحة القرار الإداري مـا لـم ينص على خلاف ذلك ،وإن كانت تفترض ضمنياً كلما تطلب القانون نشر القرار ، وفي هذه الحالة يتعين أن يحمل القرار المكتوب توقيع مصدره .

" ثم إستمرت تقول إن "... مفاد نصـــوص المواد ٨ ــ٩ ــ ١٠ــــ ١١ من القانون رقم ١٩٦٤/٣٣ بشأن نزع الملكية للمنفعـة العامـة إن القـانون لا يشترط في قرار نزع الملكية شكلاً أو صيغة معينة ،وإنما يكفي أن يكون مكتوبـاً بحكم وجوب نشره وبصفته ،وموقعاً من رئيس المجلس البلدي ومفصحاً بذاته عن إرادة مصدره في نزع ملكية العقار وأن يتضمن نشره دعوة أصحاب الشـأن إلـى التقدم لإثبات حقوقهم أمام إدارة نزع الملكية للمنفعة العامة خلال شهر من تـاريخ النشر" [1] .

و في مجال التفرقة بين الإجراء الشكلي الجوهري ،وغير الجوهري والآثـار التي تترتب على هذه التفرقة ، أشارت محكمة التمييز في حكم لها أنـه "...مـن المقرر أن القرار الإداري يبطل لعيب في الشكل إذا نص القانون على البطلان عند إغفال الإجراء أو كان الإجراء جوهرياً في ذاته بأن يترتب على إغفالـه تفويـت مصلحة عني المشرع بتأمينها " .

ثم أضافت " ... وكان إغفال تسبيب قرار تقدير كفاية الموظف بأنه ضعيف تفويت لمصلحة جوهرية أستهدفها المشرع فإن هذا الإجراء يكون شكلاً أساسـياً يترتب على إهماله بطلان تقرير الكفاية" [2].

---

(١) حكم محكمة التمييز رقم ١٧٩ بسنة ١٩٨٨ إداري – جلسة ١٩٨٨/٣/١٤ – موسـوعة مبـادئ القضـاء الإداري – الكتـاب الأول- مرجع سابق – ص ١٦١ .

(٢) حكم محكمة التمييز – رقم ١٢٩ – جلسة ١٩٨٧/٢/٤ – القاعدة ٢٢٦١ موسوعة مبادئ القضاء الإداري – الكتاب الثالـث – مرجع سابق – ص ١٦٧.

المبحث الثاني
أوجه الطعن الموضوعية

نستكمل في هذا المبحث أوجه الطعن في دعوى الإلغاء للقرار الإداري ، فإذا كان المبحث الأول قد أشتمل على أوجه الطعن الشكلية لعيب عدم الاختصاص وعيب الشكل والإجراءات ، فإن هذا المبحث سيشمل أوجه الطعن الموضوعية والمتمثلة في عيب المحل وعيب السبب وعيب الانحراف بالسلطة من حيث مفهومها ومن حيث أحكامها سواء على مستوى القانون أو اتجاهات الفقه أو اتجاهات القضاء في كل من مصر والكويت .

ولا تقل أوجه الطعن الموضوعية أو العيوب الموضوعية للقرار الإداري أهمية عن سابقاتها ،حيث تلتقي جميعها على أساس حماية القرار من العيوب من جانب ، وحق أصحاب الشأن في رفع دعوى الطعن بالإلغاء عند إقتناعهم بوجود عيب من العيوب الشكلية أو الموضوعية في القرار الصادر من الجهة الإدارية من جانب آخر.

وسوف يتضمن هذا المبحث ثلاث فروع أساسية أولها ــ فرع يضم عيب المحل أو ما يسمى بعيب مخالفة القانون من حيث مفهومه ومن حيث أحكامه ويضم الفرع الثاني عيب السبب باعتباره من العيوب الموضوعية الهامة فنبين مفهوم هذا العيب وأحكامه ، ثم يأتي الفرع الثالث ــ ليضم عيب إساءة استخدام السلطة أو ما يسمي بانحراف السلطة سواء من حيث مفهوم هذا العيب أو من حيث أحكامه.

المطلب الأول
عيب المحل أو مخالفة القانون

يحتل عيب المحل أو عيب مخالفة القانون المرتبة الثالثة في عيوب القرار الإداري عموماً ، والمرتبة الأولى في العيوب الموضوعية للقرار الإداري الصادر عن الإدارة وهي تمارس سلطاتها ومهامها .

وعلى الرغم من اختلاف وجهات النظر بين الفقهاء حول مفهوم المحل أو مفهوم مخالفة القانون ،فإن عيب مخالفة القانون سواء في المخالفة المباشرة للقانون أو الخطأ في تفسيره وتأويله أو الخطأ في تطبيقه ومدى ملاءمته للوقائع التي استند إليها ، فإن هذا العيب يرتبط بشكل وثيق بمحل القانون وسببه حيث ينبغي أن يكون لكل قرار إداري محل معين يتمثل في الأثر القانوني المترتب عليه، فإذا خالف محل القرار الإداري القواعد القانونية المكتوبة أو غير المكتوبة صار القرار الإداري مشوباً بعيب مخالفة القانون وجاز لكل صاحب مصلحة رفع دعوى للطعن بإلغاء ذلك القرار .

وسوف يتضمن هذا المطلب فرعين ، الفرع الأول يتناول مفهوم عيب المحل ومخالفة القانون ، والفرع الثاني يتناول الأحكام المرتبطة بهذا العيب ، على مستوى اتجاهات القانون والفقه والقضاء في مصر والكويت .

الفرع الأول

مفهوم مخالفة القانون في القرار الإداري

المحل في القرار الإداري هو الأثر القانوني[١] الذي يترتب عليه والذي ينبغي أن يكون ممكناً وجائزاً وقائماً على سبب قانوني.

ويمثل عيب المحل أهمية كبرى نظراً لإرتباطه بموضوع القرار الإداري بعيداً عن عيوب الشكل والاختصاص ، وهذه الموضوعية تفتح الباب أمام القضاء ليمارس رقابته على مدى مطابقة محل القرار الإداري لأحكام القانون[٢] .

وإذا كان عيب المحل يعني عيب مخالفة القانون أو عيب مخالفة القواعد القانونية – والذي لم يخل من نقد فقهي للمصطلح – [٣] فقد استقر الفقه على أن المقصود بعيب المحل أو عيب مخالفة القانون هو صدور قرار إداري خرج مصدر القرار فيه عن أحكام القواعد القانونية على اختلافها سواء كانت قواعد دستورية أو قوانين عادية أو لوائح تنفيذية صادرة عن السلطة التنفيذية[٤] .

وبمعني آخر يتمثل عيب المحل أو مخالفة القانون في كل مخالفة للقاعدة القانونية بمعناها الواسع سواء ظهر العيب على شكل مخالفة القوانين واللوائح أو على شكل خطأ في تفسير القوانين واللوائح أو في تطبيقها [٥]، أو خطأ في تطبيق القوانين واللوائح على الوقائع[٦] التي بني عليها القرار الإداري[٧] .

---

(١) هذا الأثر القانوني يوجد في منطوق القرار وليس في أسبابه أو حيثياته ، ولهذا فإن القضاء الإداري إنما هي رقابة علي المنطوق وليس رقابة علي الأسباب والحيثيات – يراجع الدكتور.مصطفي أبو زيد فهمي القضاء الإداري قضاء الإلغاء – مرجع سابق ص٧٢٢ /٧٢٣ .

(٢) وتسمي هذه الرقابة الداخلية للقرار الإداري حيث ينضم للمحل للعمل السبب والغاية ،أما الرقابة الخارجية فتتمثل في الاختصاص والشكل ، يراجع الدكتور.سليمان الطماوي القضاء الإداري – قضاء الإلغاء – مرجع سابق ص٦٩١ .

(٣) يلاحظ جانب من الفقه أن تسميه عيب المحل بعيب مخالفة القانون تسميه غير جامعة ولا مانعة لأن هذا الاصطلاح لو أخذ علي إطلاقه لتشمل جميع أوجه الإلغاء الشكلية والموضوعية ؟ لأن القانون بمعناه العام هو الذي يحدد جميع قواعد الاختصاص وقواعد الشكل وغيرها ومن المفضل استخدام اصطلاح مخالفة القواعد القانونية ، يراجع هذا النقد في الدكتور.سليمان الطماوي – القضاء الإداري – قضاء الإلغاء – مرجع سابق ص٦٩١ .

(٤) يراجع الدكتور.أنور أحمد رسلان – وسيط القضاء الإداري – مرجع سابق ص٥٢٤ .

(٥) وهو ما يسمي بالخطأ القانوني.

(٦) وهو ما يسمى بالخطأ في تقدير الوقائع .

(٧) يراجع الدكتور.أنور أحمد رسلان – وسيط القضاء الإداري – مرجع سابق ٥٢٤/٥٢٥ .

وإذا كان عيب المحل مرتبطاً بموضوع القرار الإداري وفحواه ومنطوقه، فإن ذلك ينسحب على الآثار القانونية التي يحدثها القرار مباشرة في المراكز القانونية سواء بالإنشاء أو التعديل أو الإلغاء[1] ،بحيث تصير هذه المركز غير جائزة لمخالفتها للقانون ، أو غير ممكنة التحقق فعلاً وقانوناً ، كأن يصدر قرار إداري بتعيين موظف في درجة مشغولة وقت صدوره، مما يعيب القرار بعيب المحل لإنعدام المركز القانوني الذي يمكن أن يرد عليه التعيين[2] .

ويرى بعض فقهاء القانون أن عيب المحل لا يمكن تعريفه إلا سلبياً فيعني كل مخالفة لأحكام القانون فيما عدا الاختصاص والشكل والانحراف في استعمال السلطة[3] .

ويشير جانب من الفقه إلى أن عيب المحل لا ينسحب فقط على مخالفة القانون بمعناه الواسع وبمفهومه العام فحسب ، بل يمتد إلى قوة الشيء المقضي به للحكم القضائي النهائي الحائز عنوان الحقيقية القانونية والذي يدخل في مدلول القانون باعتباره ملزماً للسلطات المنوط بها أمر تنفيذه [4] .

ونحن نؤيد القول بأن عيب المحل أو مخالفة القانون يتمثل في ثلاثة أنواع من المخالفات هي تلك التي وردت في الأحكام القضائية بدءاً بمخالفة نصوص القوانين واللوائح ، ومروراً بالخطأ في تفسير القوانين واللوائح أو في تطبيقها ، وانتهاءاً بالخطأ في تطبيق القوانين واللوائح ، وقد أشار حكم المحكمة الإدارية العليا حيث قضت بأنه "....أن مدلول مخالفة القوانين واللوائح يشمل كل مخالفة للقاعدة القانونية بمعناها الواسع فيدخل في ذلك :

---

(١) يراجع الدكتور.مصطفي أبو زيد فهمي ــ القضاء الإداري ــ قضاء الإلغاء ــ مرجع سابق ص٧٢٢ ، حيث يشير إلي أن الفقيه الفرنسي العميد دوجي يسميها بالحالة القانونية القائمة وذلك بإنشاء أو تعديل أو إلغاء مركز قانوني ، وأنظر أيضا الدكتور . عبد الغني بسيوني عبد الله القضاء الإداري ــ قضاء الإلغاء ــ مرجع سابق ص٢٣١ .

(٢) يراجع الدكتور.طعيمه الجرف ، القضاء الإلغاء ــ مرجع سابق ص٢٥١ .

(٣) يراجع الدكتور.عبد الفتاح أبو الليل قضاء المشروعية ، مرجع سابق ص٢١٩ وأيضا الدكتور.السيد خليل هيكل – رقابة القضاء الإداري على أعمال الإدارة – مرجع سابق ص٣٩٨ .

(٤) يراجع الدكتور.طعيمة الجرف ، قضاء الإلغاء ــ مرجع سابق ــ ص٢٥١ /٢٥٢ .

أولا ــ مخالفة نصوص القوانين واللوائح.

ثانياً ــ الخطأ في تفسير القوانين واللوائح أو في تطبيقها وهو ما يعبر عنه رجال الفقه الإداري بالخطأ القانوني

ثالثاً ــ الخطأ في تطبيق القوانين واللوائح التي بني عليها القرار الإداري وهو ما يعبر عنه بالخطأ في تقدير الوقائع"[1].

وفي حكم حديث للمحكمة الإدارية العليا عرفت فيه مفهوم عبارة " مخالفة القوانين بأن "... عبارة "مخالفة القوانين" الواردة في الفقرة قبل الأخيرة من المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة وردت عامة ليتسع مفهومها ليشمل مخالفة الدستور فضلاً عن مخالفة القوانين العادية الصادرة من السلطة التشريعية بإعتبار أن الدستور لا يعدو أن يكون قانوناً "[2] .

وقد أخذ *القضاء الكويتي* بعيب المحل كأحد العيوب التي يمكن أن تشوب القرار الإداري الصادر من الجهة الإدارية حيث أشارت محكمة التمييز إلى ذلك العيب بالقول "...إن محل القرار الإداري هو إنشاء حالة قانونية معينة أو تعديلها أو إلغائها ، ومن ثم فهو المركز القانوني الذي تتجه إرادة مصدر القرار إلى إحداث والأثر القانوني الذي يترتب عليه حالاً ومباشرة "[3] .

---

(١) حكم مجلس الدولة المصري الصادر في ١٩٨٤/٤/١٤السنة ٣٢ق ص٢٥٦.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٧٠٦٢ س ٤٦ ق جلسة ٢٠٠٢/١/٢٦ – منشور بمجلة المحاماه – العدد الثالث ٢٠٠٣ – قاعدة ٢٦٤ – ص ٣٦٥ .

(٣) حكم محكمة التمييز رقم ١٥٦ لسنة ١٩٩٣ – تجاري – جلسة ١٩٩٤/٤/١١ – موسوعة مبادئ القضاء الإداري – الكتاب الأول – الجزء الثالث ــ ص ٣٣٧ .

الفرع الثـــاني

حالات عيب مخالفة القانون

إذا كان عيب مخالفة القانون أو ما سمي بعيب المحل يعني قيام الإدارة عنـــد إتخاذ القرارات الإدارية وممارسة سلطاتها الرسمية بالخروج على أحكام القـــانون فإن هذه المخالفة للقانون تأخذ عدة أشكال وأنـــواع وصـــور ، أولهـــا المخالفـــة المباشرة لأحكام القانون، وثانيها الخطأ في تفسير القانون سواء كان خطأ عمـــدياً أو غير عمدي ، وثالثها الخطأ في تطبيق القانون سواء كان الخطأ عمدياً أو غيـــر عمدي.

وتشير المحكمة الإدارية العليا في مصر إلى قواعد القـــانون التـــي تجعـــل القرار الإداري الصادر متصفاً بعيب مخالفة القانون بالقول[1]"...والمراد بالقـــانون هو بمفهومه العام ، أي كل قاعدة عامة مجردة أياً كان مصدرها سواء كان هـــذا المصدر نصاً دستورياً تقرره السلطة التشريعية المختصة أم قراراً إدارياً تنظيميـــاً وسواء أكان القرار الإداري التنظيمي صدر في شكل جمهـــوري أو قـــرار وزاري ممن يملكه أو كان قد صدر فيما سبق بمرسوم أو بقرار من مجلـــس الـــوزراء أو بقرار وزاري ، يطبق القضاء كل القواعد التنظيمية العامة المجردة[2]على اختلاف ما بينها في المصدر ، وعلى تفاوت ما بينها في المرتبـــة ، ولكـــن بمراعـــاة أن القانون يشوبه عدم الدستورية إذا خالف نصاً دستورياً قائماً أو خرج عن روحـــه ومقتضاه ، بينما يشوب القرار الإداري العام عيب عدم المشـــروعية[3] إذا خـــالف

---

(١) مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الإدارية العليا ، السنة الثالثة ــ ص١٩٦٧ جلسة ١٩٥٨/٧/١٢ .

(٢) يشير الدكتور.مصطفي أبو زيد فهمي إلي تلك القواعد التنظيمية العامة المجردة التي ينبغي لإدارة احترامها عند قيامها بإصدار القرارات الإدارية ويقسم هذه القواعد إلي خمس مراتب أو أشكال تبدأ بالتشريع المكتوب والـــذي يضـــم الدســـتور والقـــانون واللائحة والتعليمات ، ثم يلي ذلك العرف وتأتي المبادئ العامة للقانون العام في المرتبة الثالثة ، أمام أحكام القضـــاء النهائيـــة المتمتعة بقوة الأمر المقضي فتمثل المرتبة الرابعة ،ثم يلي ذلك القرارات الإدارية السابقة ومنها أل للوائح حيث هذه القـــرارات المرتبة الخامسة لتنتهي القواعد القانونية العامة والمجردة ، بالعقود وهي المرتبة السادسة ، يراجع مؤلفه ــ القضاء الإداري ــ قضاء الإلغاء مرجع سابق ، ص ٧٣٠وما بعدها .

(٣) ينبغي للإدارة احترام للمشروعية بمعناها المزدوج ، المادي والشكلي ضمن الجانب المادي يتمثل احترام الإدارة للمشروع فـــي أن تكون قراراتها غير متعارضة مع الضوابط القاعدية ، أما من الجانب الشكلي فيتمثل احترامها بإلزامها مبدأ تدرج النصوص بحيث ينبغي للنص الأدنى أن يحترم النص الأعلى ، وهكذا يراجع حول دستورية القوانين الدكتور.عادل الطبطبـــائي ، النظـــام الدستوري في الكويت ــ مرجع سابق ص١٥٣ وما بعدها ، أيضا الدكتور.مصطفي أبو زيد فهمي ــ القضاء الإداري ــ قضاء الإلغاء ــ مرجع سابق ص٧٣١ .

قاعدة تنظيمية صدرت بأداة أعلى مرتبة ، فإذا تزاحمت في التطبيق هذه التشريعات أو التنظيمات جميعاً وقام بينها الفارق وجب على القضاء أن يطبق القاعدة الأعلى في المرتبة فيغلب الدستور على القانون ، ويغلب القانون على القرار الإداري أيا كانت مرتبتة ، ويغلب القرار الإداري العام الأعلى مرتبة على ما هو أدنى منه مرتبة ، وذلك لأن المناط في الفصل عند التعارض هو أن الأعلى يسود الأدنى.." .

أولا ــ المخالفة المباشرة للقانون :

المقصود بالمخالفة المباشرة تجاهل الإدارة للقواعد القانونية الملزمة عند اتخاذها قراراً إدارياً ، تجاهلاً كلياً أو جزئياً ،وتتصرف على خلافها فتصدر أعمالاً ممنوعة بحكم هذه القواعد ،وعلى طالب الإلغاء إثبات وجود القاعدة القانونية التي يستند إليها[1] ،لأن القرار الإداري تحكم مشروعيته القواعد النافذة وقت صدروه مع مراعاة التدرج في تلك القواعد حيث يبدو دور القضاء واضحاً في تحديد أي هذه القواعد واجبة التطبيق[2] .

ومن الأمثلة على ذلك عدم إلتزام الإدارة بقاعدة الأقدمية عند الترقية في الوظائف العامة التي تخضع لهذه القواعد ، ورفض الإدارة منح ترخيص لشخص إستوفى الشروط القانونية .

ويثور التساؤل حول مخالفة الإدارة لإجراءات التنظيم الداخلي كالتعليمات المصلحية والمنشورات ، ومدى اعتبارها من مصادر المشروعية التي تصم القرار الإداري بعيب المحل إن تجازوها ، حيث اختلف الفقهاء في أمرها ، لكن الراجح أن تعتبر من مصادر المشروعية بالنسبة للعاملين في الإدارة التي تخضع لها تلك

---

(١) يراجع الدكتور.طعيمة الجرف ــ قضاء الإلغاء مرجع سابق ص٢٥٣ ، وفي هذا المعنى يؤكد الدكتور.طعيمة الجرف أن القرار الإداري لا يعتبر معيباً إذا كانت القواعد القانونية التي خالفها غير نافذة وقت صدور القانون.

(٢) يراجع الدكتور.سليمان الطماوي ــ القضاء الإداري ــ قضاء الإلغاء ، مرجع سابق ، ص٧١٩ ، أيضاً الدكتور.محمود عاطف البنا ــ الوسيط في القضاء الإداري ــ مرجع السابق ص٣٩٧ .

التعليمات شرط أن لا تكون هذه النشرات مجرد نشرات تفسيرية ، وإنما نشـرات لائحية يصدق عليها وصف القرار الإداري[1] .

وهنا تأتي المحكمة الإدارية العليا لتقطع الخلاف في هذه المسألة حيث قضت في حكم حديث لها بأن "... مبدأ الشرعية لم يعد يعني مجـرد إحتـرام القواعـد القانونية الصادرة عن السلطة التشريعية بل أصبح يشتمل أيضاً أحتـرام القواعـد القانونية الصادرة عن السلطة التنفيذية سواء كان مصدر هذه القواعد لوائح عامة أم كان مصدرها قرارات فردية، ويكاد يكون هناك إجماع على تفسير الشرعية بهذا المدلول الواسع سالف الذكر الذي يدخل ضمن عناصرها أو مصادرها إلى جانـب الدستور والقانون والقرارات الإدارية بنوعيها : التنظيمية والفردية "[2] .

ومن المؤكد أن امتناع الإدارة بصفة آلية وبغير سبب مشروع عـن تنفيـذ قانون من القوانين إنما هو أمر يصم الإدارة بعيب مخالفة القانون[3].

كما أن للأفراد حق الطعن في القرارات الإدارية التي تصدر مخالفة للشـروط اللائحية الواردة في العقود الإدارية ، يبدو ذلك واضحاً في المرافـق التـي تـدار بطريق الامتياز حيث يمكن للمنتفعين من المرافق مطالبة الإدارة بـالزام المتعاقـد معها على احترام شروط العقد ، بل والطعن في قرار الرفض الصريح أو الضـمني الذي تتخذه الإدارة بهذا الشأن[4]، باعتبار أن العقد الإداري بمثابة قاعدة قانونيـة يتعين الالتزام بالقواعد المتفق عليها فيه .

ويعتبر الدكتور.مصطفي أبو زيد فهمي – المخالفة المباشرة للقانون إنما هي المخالفة العمدية الصريحة ،كأن يمنع الدستور تسليم اللاجئين السياسـيين لتـأتي الإدارة بتصرف مخالف صراحة وتسلم لاجئاً سياسياً لديها[1].

---

(١) يراجع الدكتور.ماجد راغب الحلو ــ القضاء الإداري ــ مرجع سابق ص ٤١٨ .
(٢)حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣٨٩٢ س ٤١ ق – جلسة ٢٠٠١/١١/٢٤ منشور مجلة المحاماه – العـدد الثالـث – لسـنة ٢٠٠٣ – قاعدة ٨ ص٣٠٠ .
(٣) يراجع الدكتور.سليمان الطماوي ــ القضاء الإداري ــ مرجع سابق ص٧٢٢ .
(٤) يراجع الدكتور.ماجد راغب الحلو ــ القضاء الإداري ــ مرجع سابق ص٤١٩ .

ثانيا ــ الخطأ في تفسير القانون :

المقصود بفكرة الخطأ في تفسير القاعدة القانونية ، هو قيام الإدارة بإعطاء القاعدة القانونية تفسيراً لا يتلاءم وحقيقة المعنى القانوني المقصود[٢] الذي تسعى القاعدة القانونية إلى تطبيقه.

فالإدارة قد تقوم بالتفسير المتعمد[٣] الخروج عن أحكام القاعدة القانونية حتى يصل الأمر إلى الادعاء بالالتزام بحرفية القواعد رغم أنها تخالف في الحقيقة روحها[٤].

مثال على ذلك محاولة الإدارة إصدار قرار بتاريخ سابق على تاريخ صدوره الفعلي، بحجة أنه قرار تفسيري لقرار سبق صدوره في التاريخ الأول بهدف التغلب والتحايل على قاعدة عدم رجعية القرار الإداري ، وكذلك محاولة الإدارة إتمام أحكام جديدة لم ترد في القانون كأن تضيف أحكام جديدة من خلال إصدار لوائح لتنفيذ قانون ما، وتحديد الشروط اللازمة لتنفيذ تلك اللوائح مما تكون تصرفاتها المتمثلة بهذه الزيادات قرارات مشوبة بعيب مخالفة القانون .

وقد توالت أحكام القضاء الإداري في مصر في إصدار الأحكام التي فيها تلك القرارات وتعتبرها قرارات مخالفة للقانون .

وتطبيقاً على ذلك فقد قضت محكمة القضاء الإداري المصري بأن "...للمدعي بعد أن أستأجر العين من مالكها الحق في اتخاذ الإجراءات اللازمة لاستصدار ترخيص جديد وذلك بعد أن أصبح صاحب الحق في فتح المحل و استغلاله ، وهو

---

(١) يراجع الدكتور مصطفي أبو زيد فهمي ــ القضاء الإداري ــ قضاء الإلغاء ــ مرجع سابق ــ ص٧٥٥ .
(٢) أما بالنسبة للخطأ غير المقصود ، والذي ينتج من قواعد قانونية غير واضحة تحمل التأويل قد لا يعيب قراراتها الصادرة إلا إذا كان لهذا الخطأ غير المقصود ضرر واضح علي الغير .
(٣) الخطأ في تفسير القانون قد يكون عمدياً وقد يكون غير عمدي ، والخطأ العمدي في التفسير يختلط بعيب الانحراف بالسلطة .
(٤) وبمعنى أخر فإن الإدارة تخالف القانون بإعطاء تفسيراً خاطئاً أي بإعطائه معني غير الذي قصده الشارع ولما كان القاضي هو الذي يراقب أعمال الإدارة ويملك إلغاء القرار أن الإدارة قد خالفت القانون فإن معنى ذلك أن الإدارة تكون ملزمة بالتفسير الذي يقول به القاضي ، والمحكمة العليا التي يتبعها ولو كان تفسيراً لا يتفق مع حرفية النص ، يراجع الدكتور محمود عاطف البنا، الوسيط في القضاء الإداري ــ مرجع سابق ص٣٩٨ .

الشرط الواجب توافره بالتطبيق لأحكام المواد ١ ، ٩ ، ١٨ من لائحة التياترات ،لا يتأتي للبلدية أن تضيف إلى تلك الأحكام جديداً لم تتضمنه قواعد الترخيص ، وهو التحقق من عدم وجود أي نزاع يثيره مستغل سابق" [١].

وفي الكويت قضت محكمة التمييز بأنه "...إذا كان نص القانون واضحاً فلا محل للخروج عليه أو تأويله بدعوى الاستهداء بالمراحل التشريعية التي سبقته أو بالحكمة التي أملته وقصد الشارع منه لأن محل هذا البحث يكون عند غموض النص أو وجود لبس فيه"[٢] .

ثالثا ــ الخطأ في تطبيق القانون :

المقصود بالخطأ في تطبيق القانون في مجال عيب المحل أو مخالفة القرار الإداري للقانون هو "...مدى تخلف الوقائع التي يقوم عليها القرار أو عدم استيفائها للشروط التي يتطلبها المشرع"[٣] ، وعليه فإن مفهوم الخطأ في تطبيق القانون يتمثل في صورة إمتناع غير عمدي عن تنفيذ القوانين نتيجة الجهل بصدورها أو بأحكامها، حيث إنه ينبغي لصحة القرار أن يقوم على وقائع صحيحة مستفادة من أصول ثابتة في الأوراق ، ومؤدية إلى النتيجة التي إنتهى إليها القرار وإلا إنطوى على مخالفة للقانون لانعدام الأساس القانوني بسبب الخطأ في فهم الواقع[٤] .

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ٣١ يناير لسنة١٩٥٦ لسنة١٠ ق ص١٨٠ .
(٢) حكم محكمة التمييز – رقم ٦٦ لسنة ١٩٩٥ مدني – جلسة ١٩٩٦/١٠/١٤ – موسوعة مبادئ القضاء الإداري – الكتاب الأول – ج٣ – القاعدة رقم ٢٦٠ــ ص٥٢٢ .
(٣) يراجع الدكتور.سليمان الطماوي ــ القضاء الإداري ــ قضاء الإلغاء ، مرجع السابق ص٧٢٢ ، أيضا الدكتور.مصطفي أبو زيد فهمي القضاء الإداري ــ قضاء الإلغاء ــ مرجع سابق ،ص٧٥٥ .
(٤) يراجع الدكتور.إسماعيل البدوي ــ القضاء الإداري ــ قضاء الإلغاء ــ مرجع سابق ــ ص١٣٤ .

وطبقاً لذلك يمارس القضاء الإداري في مصر رقابته على ثلاث حالات[1] ترتبط بالخطأ في تطبيق القانون .

أولها ــ التحقق من حدوث الوقائع المادية التي استندت إليها الإدارة في إصدار القرار المطعون فيه ، حيث قد تصدر الإدارة قراراً تستند في إصداره إلى وقائع لم تحدث إطلاقاً فإذا ثبت عدم صحة الوقائع التي إستند إليها القرار التأديبي مثلا في توقيع الجزاء ،فإنه يكون منطوياً على مخالفة للقانون لإنعدام الأساس القانوني.

وثانيها ــ تقدير الوقائع التي سبق حدوثها للتأكد مما إذا كانت تبرر إصدار القرار ومدى استيفائها للشروط القانونية التي تجعلها مبررة للقرار [2] .

وثالثها ــ مدى التلاؤم بين مناسبة إتخاذ القرار و مشروعيته.

وفي الكويت فقد أشارت محكمة التمييز في حكم لها إلى أنه "... من المقرر أن جهة الإدارة في أدائها لوظيفتها إنما تعبر عن إرادتها بقرارات قد تصدر بناء على سلطة تقديرية حيث يخولها القانون الحرية في أن تتدخل أو تمنع أو تختار وقت هذا التدخل ، وكيفية وفحوى القرار الذي تتخذه ، وأما إن تكون سلطتها في شأنه مقيدة ويكون ذلك في المجال الذي لم يترك فيه المشرع لها حرية التقدير من حيث المنح أو الحرمان فيفرض عليها بطريقة آمره التصرف الذي يجب عليها اتخاذه متى توافرت الضوابط الموضوعية في خصوصيته، وقرارها الصادر في هذا الشأن ليس قراراً إدارياً منشأ لمركز قانوني وإنما هو مجرد قرار تنفيذي يقرر الحق الذي يستمده الفرد من القانون مباشرة وليس من القرار الذي يتعين على

---

(١) يراجع الدكتور.سليمان الطماوي – القضاء الإداري – مرجع سابق – ص٧٢٤ وما بعدها .
(٢) يراجع الدكتور.طعيمه الجرف ــ قضاء الإلغاء ــ مرجع سابق ، ص٢٥٤ .

الجهة المختصة أن تصدره متى توافرت لها في صاحب الشأن الشروط المتطلبة قانوناً ، ويقتصر دورها على التحقق من توافر تلك الشروط".

وأضافت "... ولما كان عيب الانحراف بالسلطة وهو عيب متعلق بأهداف الإدارة[1] إذا ما كانت سلطتها تقديرية ومن ثم لا يتقرر هذا العيب في حالة السلطة المقيدة لأن من المفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس أن الأهداف الإدارية تتحقق إذا اقتصر رجل الإدارة على تنفيذ الواجبات القانونية، وإنما الذي يتقرر في شأن القرار الصادر بناء على السلطة المقيدة هو عيب مخالفة القانون ".

واستطردت المحكمة تقول "...وتتمثل رقابة القضاء في خصوصه في التأكد من مطابقة محل القرار الإداري لأحكام القانون وما إذا كانت الإدارة قد التزمت في تصرفها أحكامه أم أنها تجاهلت القاعدة القانونية تجاهلاً كلياً أو جزئياً بإثباتها عملاً من الأعمال المحرمة بهذه القاعدة أو الامتناع عن القيام بعمل تستلزمه ، كما لو رفضت منح أحد الأفراد ترخيصا معينا مع توافر شروطه إذا كان القانون لا يعطي في الحالة أية سلطة تقديرية في منحه أو منعه "[2].

واستمرت لتؤكد ذلك بحكم آخر لها بأن "... القرار الإداري يجب أن يقوم على سبب يبرره والسبب هو الحالة الواقعة والقانونية التي تحمل الإدارة على التدخل بقصد إحداث أثر قانوني وإذا ذكرت الإدارة سبباً للقرار فإن هذا السبب يخضع لرقابة القضاء الإداري للتحقق من مطابقته أو عدم مطابقته للقانون ، وأثر ذلك في النتيجة التي انتهى إليها القرار وإذا رسم المشرع ضوابط محددة ووضع أسساً معلومة فإن الانحراف عن هذه الضوابط والأسس يصم القرار بعيب مخالفة

---

(١) أي بالغاية من القرار الإداري ، وهو المصلحة العامة فضلا عن الهدف المخصص إن وجد ، يراجع الدكتور.محمود عاطف البنا، الوسيط في القضاء الإداري – مرجع سابق ، ص٤٠١ .

(٢) حكم محكمة التمييز رقم ٢٠٦ تجاري لسنة ٩٢ جلسة ١٩٩٣/٥/٢٤ – موسوعة مبادئ القضاء الإداري – الكتاب الأول – ج٣ ، القاعدة (٣١٩) ص٥٦١ .

القانون كما يصمه بهذا العيب إذا لم يكن سببه مستنداً إلى وقائع صحيحة أو كان استخلاصه منها استخلاصاً غير سائغ"[1].

وفي حكم آخر لمحكمة التمييز قالت أنه "...من المقرر أن الحقوق المكتسبة سواء كان مصدرها قانوناً أو قراراً إدارياً لائحياً أو فردياً لا يكون المساس بها إلا بقانون ينص فيه على الأثر الرجعي ، والقرارات الإدارية تنظيمية كانت أو فردية لا تسري بحسب الأصل إلا على ما يقع من تاريخ صدورها ، فإذا تضمن القرار الإداري انسحاب أثره على الماضي كان معيباً بمخالفة القانون والاعتداء الصارخ عليه مما يعدم أثره"[2] .

(١) حكم محكمة التمييز رقم ١٩٩٤/١٦٦ – تجاري – جلسة ١٩٩٤/١٢/١٣ – موسوعة مبادئ القضاء الإداري – الكتاب الأول – ج٣ – القاعدة رقم ٣٢٢ – ص ٥٨٦ وما بعدها .

(٢) حكم محكمة التمييز رقم ١٩٩٠/٢٣٣ تجاري – جلسة ١٩٩٢/٣/٢٩ – موسوعة مبادئ القضاء الإداري – الكتاب الأول – ج٣ – القاعدة رقم ٣٢٣ – ص٥٩٢ .

المطلب الثاني
عيب السبب في القرار الإداري

وعلى الرغم من محاولة العديد من فقهاء القانون عدم إدراج عيب السبب كعيب قائم بذاته إذ غالباً ما يتم دمجه مع العناصر الأخرى ، بل إن المشرع في العديد من الأنظمة القانونية يغفل ذكره في العيوب التي تصيب القرار الإداري .

إلا أن المؤكد أن السبب يتكون من أمور متعلقة بوقائع معينة لابد من سابق التحقق منها ليكون القرار الإداري الذي يصدر بناء عليها صحيحاً قانوناً ، مع التأكيد على أن هذه الأمور المتعلقة بالوقائع لا علاقة لها بنفسية الموظف الذي أصدر القرار ،ولكنها قد تؤدي إلى إيجاد الحالة النفسية التي تسمى بالباعث .

يتضمن هذا المطلب فرعين أساسيين ، أولهما مفهوم عيب السبب والثاني أحكام عيب السبب وفق إتجاهات القانون والفقه والقضاء في مصر والكويت.

الفرع الأول

مفهوم عيب السبب في القرار الإداري

على الرغم من أن ركن السبب يعتبر ركن من أركان القرار الإداري ، وهو ركن مستقل بذاته ، إلا أننا نجد أن القانون لم يكشف عنه مباشرة بل ربطه بالعيوب الأربعة التي نص عليها المشرع ،واعتبرها عيوباً تجعل القرار الإداري قابلاً للطعن بالإلغاء ، بحيث يبدو واضحاً أن عيب السبب يعنى تخلف الأسباب التي حددها القانون لتبرير تصرف الإدارة سواء ارتبطت الأسباب بعيب المحل أو الشكل أو الغاية أو عدم الاختصاص[1] .

وبمعني آخر فإن عيب السبب (هو عدم المشروعية الذي يصيب القرار الإداري في سببه بأن تكون الواقعة التي يقوم عليها القرار غير موجودة أو غير صحيحة من حيث تكييفها القانوني)[2]، حتى أن القانون الفرنسي أطلق على هذا العيب (عيب انعدام الباعث) لعدم وجود الأسباب القانونية الباعثة على اتخاذ الإدارة لقرار معين[3].

ولا يقف مفهوم عيب السبب عند انعدام الأسباب القانونية أو تخلفها لتبرير تصرف الإدارة والتي يكون القانون قد حددها فحسب ،إنما يصل عيب السبب إلى إفتراض ألا يكون المشرع قد أوجب على الإدارة سبباً بعينه للتدخل ، ولكنها – أي الإدارة – تذرعت في سبيل التدخل بأسباب ثبت عدم جديتها .

---

(١) يراجع الدكتور.سليمان الطماوى- القضاء الإداري – قضاء الإلغاء مرجع سابق ص ٨٠٦ ، وأيضا الدكتور.مصطفى أبو زيد فهمي القضاء الإداري – قضاء الإلغاء مرجع سابق ص ٧٥٧ ، حيث يرى أن السبب هو الحالة الواقعية التي سبقت القرار الإداري – ودفعت الإدارة إلى إصداره .

(٢) يراجع لدكتور.ماجد راغب الحلو – القضاء الإداري – مرجع سابق ص٤٣٩ .

(٣) يراجع الدكتور.إسماعيل البدوي – القضاء الإداري – أسباب الطعن بالإلغاء – مرجع سابق ص١٤٨ .

وبمعني أخر يعتبر عيب السبب موجوداً إذا انعدمت الأسباب التي تدعيها الإدارة تبريراً لتصرفاتها ، وهذا المعنى أشار إليه بوضوح حكم المحكمة الإدارية العليا ، والتي قررت أن "...الإدارة وإن كانت غير ملزمة بذكر السبب إلا حيث يوجب القانون ، فإنها إذا ذكرت أسباباً فإن هذه الأسباب تكون خاضعة لرقابة القضاء الإداري ولو كانت هذه الأسباب في غير الحالات التي يوجب القانون ذكرها ... الإدارة غير ملزمة بتسبيب قرارها ويفترض في القرار المسبب أنه قام على سبب صحيح، وعلى من يدعي العكس أن يقيم الدليل على ذلك ، إلا أنه إذا ذكرت جهة الإدارة الأسباب من تلقاء نفسها أو بناء على طلب المحكمة أو كان القانون يلزمها بتسبيب قرارها فإن ما تبديه من أسباب يكون خاضعاً لرقابة القضاء، وليس في سبيل أعمال رقابته أن يمحص الأسباب التي ذكرتها جهة التحقيق من مدى مطابقتها أو عدم مطابقتها للقانون وأثر ذلك في النتيجة التي إنتهى إليها القرار"[1].

ويميل جانب من الفقه إلى تعريف عيب السبب بأنه عدم وجود وقائع أو قواعد قانونية باعثة على إتخاذ القرار أو عدم صحة التكييف القانوني لتلك الوقائع التي تم إستناد القرار عليها [2].

ويرتبط عيب السبب بعنصر أساسي من عناصر القرار الإداري وهو ركن السبب الذي تنص عليه نصوص القوانين ، بينما في الوقت نفسه قلما نجد لعيب السبب نصاً صريحاً يحتويه ، مثلما يرتبط بالسلطة التقديرية والمقيدة للإدارة[3].

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا طعن رقم ٣١٧٦، ٣٣٩٤ س ٤٠ق – جلسة ٢٠٠١/١٢/٢٦ – منشور بمجلة المحاماه – العدد الثالث لسنة ٢٠٠٣– قاعدة ١٦٧ – فقرة (ب) ص٣٣١ .

(٢) يراجع الدكتور.عبد الغني بسيوني عبد الله ــ القضاء الإداري ــ قضاء الإلغاء ــ مرجع سابق ــ ص٢٤٤ .

(٣) تعتبر السلطة الإدارية مقيدة إذا ما تدخل المشرع وفرض على حريتها في التصرف بعض القيود ، يراجع الدكتور.مصطفي أبو زيد فهمي ــ القضاء الإداري ــ قضاء الإلغاء ــ مرجع سابق ــ ص٧٥٧ .

وفي الكويت قضت محكمة التمييز بأنه "...من المقـرر إن القـرار الإداري يجب أن يقوم على سبب يبرره ، والسبب هو الحالة الواقعية والقانونية التي تحمل الإدارة على التدخل بقصد إحداث أثر قانوني ، و إذا ذكرت الإدارة سبباً للقرار فأن هذا السبب يخضع لرقابة القضاء الإداري للتحقق من مطابقته أو عـدم مطابقتـه للقانون وأثر ذلك في النتيجة التي أنتهي إليها القرار وإذا رسم المشـرع ضـوابط محددة ووضع أسساً معلومة فأن الانحراف عن هذه الضوابط والأسس يصم القرار بعيب مخالفة القانون ، كما يصمه بهذا العيب إذا لم يكن سببه مستنداً إلى وقـائع صحيحة أو كان مستخلصاً منها استخلاصا غير سائغ"(١).

وإذا كان سبب القرار الإداري يعني تلك الحالة القانونية التي بعيداً عن رجل الإدارة فتوحي إليه باتخاذ قراره(٢) أو يعني قيام حالة واقعية أو قانونيـة تسـوغ إصدار هذا القرار(٣) فإن ثمة شرطين لركن السبب *أولهما* ــ أن توجد بالفعل تلـك الحالة القانونية أو الواقعية التي استند إليها القرار الإداري ، وتسـتمر موجـودة حتى وقت صدور القرار كأن يقدم موظف استقالته من وظيفته ويصدر قرار بقبول الاستقالة وهو مصر عليها(٤).

وثانيهما أن يكون سبب القرار مشروعاً صحيحاً من الناحية القانونية ومبرراً لإصدار القرار فإذا كان المشرع قد حدد سبب القرار واستندت الإدارة إلـى سـبب غيره كان القرار معيباً بعيب السبب لعدم مشروعيته(٥).

---

(١) حكم محكمة التمييز رقم ١٦٦ /٩٤ تجاري جلسة ١٩٩٤/١٢/١٣ ــ الكتاب الأول ــ الجزء الثاني موسوعة مبـادئ القضـاء الإداري ، وكذلك حكمها رقم ١٩٩٥/٢١١ ــ تجاري جلسة ١٩٩٦/٥/٥ ــ موسوعة مبادئ القضاء الإداري ــ ذات المرجع رقم٩٨/٥١٧ تجاري ــ مجلة القضاء والقانون السنة السابعة والعشرون ــ ج ٢ .

(٢) يراجع الدكتور . سليمان الطماوي ــ القضاء الإداري ــ قضاء الإلغاء ــ مرجع سابق ص٧٩٢ .

(٣) يراجع الدكتور.محمد فؤاد عبد الباسط ، القرار الإداري ــ دار الفكر الجامعي ــ الإسكندرية ــ٢٠٠٠ ص١٧٠ .

(٤) يعتبر القرار صادراً من غير أن يستند إلى سبب صحيح ، إذا تحققت الظروف المكونة لسبب القرار بعد تاريخ صدروه بالفعل ، أما إذا تحققت الظروف لكنها لم تستمر حتى وقت صدور القرار كان القرار معيباً بعيب السبب كأن يتقدم موظف باستقالته ثـم يعدل عنها ثم يصد قرار بقبول استقالته .

(٥) يراجع الدكتور.إسماعيل البدوي ــ القضاء الإداري ــ أسباب الطعن بالإلغاء ــ مراجع سابق ، ص١٥٢ .

ويعرف فريق من الفقهاء عيب السبب بأنه العيب الذي يؤدي إلى عدم مشروعية القرار الإداري والذي يتمثل في وجهين *أولهما* ـ عدم وجود الحالة الواقعية أو القانونية الباعثة على إصداره ، *وثانيهما* ـ عدم صحة التكييف القانوني للوقائع التي ينبني عليها القرار[1].

ويري الفقه في مصر أن الإدارة غير ملزمة بتسبيب القرار الإداري الصادر عنها إلا حيث يكون ثمة نص يؤكد هذا التسبيب ، ويستند الفقه المصري في ذلك على قرينة أساسية مفادها أن القرار الإداري إذا لم يشتمل على ذكر الأسباب التي استند إليها فإن من المفترض فيه أنه صدر وفقاً للقانون ومستهدفاً المصلحة العامة دون شك ، وبحيث لا يمكن صاحب الشأن أن يتقدم بدعوى الإلغاء إلى القضاء ، ليثبت أن القرار الإداري الصادر المطعون فيه بعيب إغفال الأسباب ، وذلك إعتماداً على تلك القرينة التي ترافق كل قرار إداري صادر من جهة إدارية وخالياً من الأسباب[2]، وعلى ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها بأنه "... ومن حيث أن قضاء هذه المحكمة جار على أنه متى ذكرت الإدارة أسباباً لقرارها تعين خضوع تصرفها لرقابة القضاء للتحقق من مطابقة أو عدم مطابقة هذه الأسباب للقانون، وأن هذه الرقابة تجد حدها الطبيعي في التحقق مما إذا كانت النتيجة قد استخلصت استخلاصاً سائغاً من أصول تنتجها مادياً وقانونياً، فإن هي استخلصت أستخلاصاً من أصول موجودة أو كانت مستخلصة من أصول لا تنتجها أو كان تكييف الوقائع بفرض وجودها لا ينتج النتيجة التي يتطلبها القانون كان القرار فاقداً ركن السبب " [3].

---

(١) يراجع الدكتور.إسماعيل البدوي ـ القضاء الإداري ـ مرجع سابق ـ ص١٤٨ ، وفي هذا المعني يشير الدكتور.مصطفي أبو زيد فهمي إلي مسألة الأسباب الدافعة والأسباب الزائدة ، فضلا عن الغلط في الوقائع والغلط في القانون ، يراجع مؤلفه ، القضاء الإداري ـ قضاء الإلغاء ـ مرجع سابق ص٧٥٨ .

(٢) يراجع الدكتور.طعيمة الجرف ـ قضاء الإلغاء ـ مرجع سابق ص٢٧٢ .

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا طعن رقم ٢٤٦٣ س٣٨ ق – جلسة ١٩٩٥/١٢/٢ – الموسوعة الإدارية الحديثة – الفكهاني – ج٤٩ – قاعدة ١٦١ – ص٦١٦ .

وفي ذلك أيضاً قضت محكمة *التمييز* في أحد أحكامها بـأن"...الإدارة غير ملزمة ببيان أسباب قراراتها إلا حيث يوجب القانون ذلك عليها وجوب قيام القرار على سببه ما لم يقم الدليل على عكس ذلك" (١).

ويميز جانب من الفقه بين سبب القرار الإداري وبين التسبيب، حيث يرون أن التسبيب يرتبط بعيب الشكل لأن مفهوم التسبيب يعني عدم ذكر أسباب القرار صراحة ،فإذا أهملت الإدارة عدم ذكر الأسباب في قرارها كان العيب مرتبطاً بالشكل وليس بالسبب ، لأن القاعدة العامة أن يكون لكل قرار إداري سبب معين لكن الإدارة كأصل عام غير ملزمة بذكر الأسباب صراحة إلا إذا ألزمها المشرع بذلك (٢).

إلا أننا نلاحظ أنه لابد من اعتبار السبب وجه من أوجه الطعن بالإلغاء ، ولا يمكن إنكاره ، حيث قد درجت أحكام القضاء الإداري الفرنسي والمصري والكويتي على إقراره، إضافة إلى موافقة ذلك مع المنطق الذي يوجب وجود السبب ، لكونه يعتبر ركناً من أركان القرار الإداري ، فتخلف أي ركن يخلف وراؤه عيب عدم وجود هذا الركن.

---

(١) حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٩٨/٣٣١ تجاري أداري ـ جلسة ١٩٩٩/٦/١٤ مجلة القضاء والقانون ـ السنة السابعة والعشرون – ج٢ .

(٢) يراجع الدكتور.عبد الغني بسيوني عبد الله ، القضاء الإداري ـ قضاء الإلغاء ، – مرجع سابق – ص٢٤٤ ، ويرى الدكتور.محمود عاطف البنا أن عيب السبب يرتبط بعيب الانحراف بالسلطة ، لكن القضاء غالباً ما يلجأ إلي البحث عن عيب السبب لأن من الصعوبة إثبات عيب الانحراف نظراً لارتباطه بالنوايا والبواعث ، يراجع مؤلفه الوسيط في القضاء الإداري ، مرجع سابق ، ص٤١١ وما بعدها .

الفرع الثـــاني

أحكـــام عيب الســـبب

إن المشرع المصري [1] وإن لم يشترط صراحة ضرورة صـــدور القـــرار الإداري مسبباً[2] إلا أنه اعتبره مندرجاً ضمن العيوب الأربعة المذكورة في المـــادة العاشرة من قانون مجلس الدولة رقم ١٩٧٢/٤٧ والتي تشترط في طلبات الإلغاء للقرارات الإدارية الناشئة أن يكون مرجع الطعن إلى عدم الاختصاص أو عيباً فـــي الشكل أو مخالفة القوانين أو اللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلهـــا أو إســـاءة استعمال السلطة ، وبمعني آخر حسب ما يري جانب من الفقه أن السبب وإن كان من أركان القرار الإداري فإنه ليس عيبا مستقلا بل يندرج ضـــمن تلـــك العيـــوب الأربعة التي حددها المشرع.

وجانب أخر من الفقه[3] عارض هذا الرأي المنكر لوجود عيب الســـبب فـــي القرار الإداري كعيب قائم بذاته ، وأخذ بالرأي المتضمن أن المشرع لم يغفل عيب السبب وإنمـــا أشار إليه من خلال العبارة الصريحة الواردة في المادة العاشـــــرة من قانون مجلس الدولة المصري ١٩٧٢/٤٧ وهي عبارة (مخالفـــة القـــوانين أو اللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها) حيث إن المشرع قصد بهذه العبارة عيب السبب إلى جانب عيب المحل وبمعني أخر فإن عبارة (مخالفة القوانين واللوائح) إذا كانت تعني عيب المحل ، فإن عبارة (الخطأ في تطبيقها ، أو تأويلهـــا) إنمـــا تعني عيب السبب وذلك لأن الخطأ في وجود الوقائع أو وصفها القانوني يؤدي إلى الخطأ في تطبيق القانون وتأويله[4].

---

(١) يري فريق من الفقهاء أن عيب السبب المسؤول عن مخالفة الإدارة لعنصر السبب يرتبط بخطأ الإدارة في تطبيق القانون علي الوقائع وليس في عدم تطبيق القانون أو الخطأ في تفسير القانون وعليه فإن الخطأ الإدارة في تطبيق القانون علـــي الوقـــائع وليس في عدم تطبيق القانون أو الخطأ في تفسير القانون وعليه فإن الخطأ في تطبيق القانون علي الوقائع يرتبط بعيب السبب حيث إن السبب في القرار الإداري هو حالة واقعية أو حالة قانونية تدفع الإدارة إلي التدخل فإذا ثبت خطأ الحالة الواقعية بـــأن قام القرار علي واقعة مادية لا وجود لها أو غير صحيحة كان سبب القرار غير مشروع ، يراجع الدكتور.محمود عاطف البنا ، الوسيط في القضاء الإداري ــ مرجع سابق – ص٣٩٨ وما بعدها .

(٢) يراجع الدكتور.طعيمة الجرف ،قضاء الإلغاء ــ مرجع سابق ، ص٢٧٣ ، أيضا الدكتور.مصطفي أبو زيـــد فهمـــي ، القضـــاء الإداري مرجع سابق ص٧٥٥ .

(٣) يراجع الدكتور.ماجد راغب الحلو ــ القضاء الإداري ــ مرجع سابق ،ص٤٤٢ ، ويربط الدكتور.محمود عاطف البنا بين عيـــب مخالفة القانون وبين محل القانون وسببه حيث ينبغي للقرار أن يقوم علي سبب صحيح ــ يراجع مؤلفه الوسيط فـــي القضـــاء الإداري ، مرجع سابق ص٣٩٣ .

(٤) يراجع الدكتور.ماجد راغب الحلو ــ القضاء الإداري ــ مرجع سابق ص٤٤٤ ، وللمزيد حـــول الخطـــأ فـــي الوقـــائع يمكـــن مراجعتها في تحليل واف للدكتور عبد الفتاح أبو الليل ، قضاء المشروعية ــ مرجع سابق ،ص٢٢٢ وما بعدها .

ويرى فريق من الفقهاء أن اعتبار عيب السبب قد ورد في صورة ضمنية في حالة ضمينه[1] داخل العيوب الأربعة التي ذكرها المشرع ودون التصريح به باعتباره سبباً قائماً بذاته، يجعل النص القانوني غامضاً أو مشوباً بعدم الوضوح ، لأن السبب وإن كان يلتقي بها جميعاً في بعض الجوانب ،فإنه يختلف عنها في جوانب أخري ،فعلى سبيل علاقة السبب بالغاية ، فإذا كان السبب يعني تلك الحالة الموضوعية الخارجية التي تدفع إلى إصدار القرار فإن الغاية هي الحالة النفسية لمصدر القرار وما تنطوي عليه تلك الغاية أو النية من قصد تحقيق هدف معين بإصداره[2] .

وقد دلل بعض الفقهاء على أهمية إستقلالية عيب السبب عن غيره من العيوب بالقول إن من المنطق أن يقابل كل ركن من أركان القرار الإداري وجهاً من أوجه الإلغاء الناشئ عن عيب يصيب ذلك الركن ، ومادام السبب ركناً قائماً بذاته فيعد وجهة للإلغاء قائمة بذاتها ، فضلاً عن أن القضاء الإداري المصري قد ألغى الكثير من القرارات الإدارية بسبب عيب السبب[3] ،يضاف إلى ذلك أن عيب السبب واقعة موضوعية أسهل إثباتاً من عيب الغاية الذي يرتبط بجوانب نفسيه لدى مصدر القرار [4] .

وقد توسع المشرع المصري في ضرورة تسبيب القرار الإداري وبدرجة من الوضوح كافية لتفهمه ورقابته إعتقاداً منه أن تسبيب القرار الإداري يسمح للقضاء إلى جانب الأفراد بمراقبة مدي مشروعية القرار ، مما يرتقي لأن يكون

---

(١) يعتبر هذا التضمين في كثير من الأجيال حائلا دون إلغاء القرار الإداري من قبل القضاء لأن انعدام الأسباب لم يتم ذكرها في النص القانوني صراحة في المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة المصري رقم ١٩٧٢/٤٧ .

(٢) تشير بعض الدراسات إلى أن الأحكام التي صدرت في مجال انعدام الأسباب كثيرة جداً بالمقارنة بالأحكام الصادرة في مجال إساءة استعمال السلطة مما بدا على أهمية عيب السبب وإمكان اعتباره عيباً قائماً بذاته يراجع الدكتور سليمان الطماوي ــ القضاء الإداري ــ قضاء الإلغاء ، مرجع سابق، ص٨١ .

(٣) يرى الدكتور مصطفي أبو زيد فهمي أن من المفضل إطلاق مصطلح عيب مخالفة القانون علي عيب المحل أما العيب المتصل بأسباب القرار أو عيب السبب فمن المستحسن دراسته كعيب مستقل ، يراجع مؤلفه القضاء الإداري ــ قضاء الإلغاء ، مرجع سابق ، ص٧٢٢ .

(٤) يراجع الدكتور ماجد راغب الحلو ــ القضاء الإداري ــ مرجع سابق ص٤٤٧ .

من أهم الضمانات للأفراد المتضررين من القرار [١] ، مع التأكيد على أن التسبيب لا يكون إلا بالقدر الذي تحتمله طبيعة القرار أو تتسع له[٢] كما أن من المؤكد أن أسباب القرار الإداري تختلف عن محله وأهدافه ، وكل منها يكون ركناً مستقلاً وقائماً بذاته علماً بأن التسبيب ليس مجرد تكرار معنى القرار [٣] بل له أصوله وقواعده التي يعرفها القضاء والفقه معاً[٤] .

وفي ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها بأنه "... يجب التفرقة بين وجوب تسبيب القرار الإداري كإجراء شكلي يتطلبه القانون وبين وجوب قيامه على سبب يبرره صدقاً وحقاً كركن من أركان إنعقاده فلئن كانت جهة الإدارة غير ملزمة بتسبيب قرارها إلا إذا أوجب القانون ذلك عليها وعندئذ يتعين عليها تسبيب قرارها وإلا كان معيباً بعيب شكلي، أما إذا لم يوجب القانون تسبيب القرار فلا يلزمها ذلك كإجراء شكلي لصحته، بل ويحمل القرار على الصحة، وذلك حتى يثبت العكس، إلا أن القرار سواء كان لازماً تسبيبه كإجراء شكلي أم لم يكن هذا التسبيب لازماً يجب أن يقوم على سبب يبرره صدقاً وحقاً، أي في الواقع القانوني- كلما ألزم المشرع صراحة في القوانين واللوائح جهة الإدارة بتسبيب قراراتها وجب ذكر هذه الأسباب التي بنى عليها القرار جلية حتى إذا ما وجد فيها صاحب الشأن مقنعاً تقبلها، وإلا كان له أن يمارس حقه في التقاضي وسلك الطريق الذي رسمه له القانون" [٥].

---

(١) تأكيداً لذلك فقد صدر في فرنسا القانون ١٩٧٩/٧/١١ المتضمن وجوب تسبيب جمع القرارات الإدارية التي تلحق بالأفراد ضرراً .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٢٠٣ - س ٤ ق - جلسة ١٩٥٨/٧/١٢ - المجموعة س٣ - ص ١٧٥١ .

(٣) الدكتورسليمان الطماوي ــ القضاء الإداري ــ قضاء الإلغاء ــ مرجع سابق ص٦٥١ .

(٤) يشير الدكتور.مصطفي أبو زيد فهمي ، إلي دور مجلس الدولة في الرقابة علي عيب السبب بحيث إذا رأى المجلس أن الوقائع غير صحيحة كان هناك غلط في الوقائع أما إذا أخطأت الإدارة بالوصف كان هناك غلط في القانون وكلاهما يعيب السبب ، راجع القضاء الإداري ــ قضاء الإلغاء ــ ص٧٥٨ .

(٥) حكم المحكمة الإدارية العليا طعن رقم ٦٣٠٦ س ٤٥ ق - جلسة ٢٠٠١/١٢/٨ - منشور بمجلة المحاماه - العدد الثالث- لسنة ٢٠٠٣ - قاعدة ١٢٨ - فقرة ج - ص ٣١٦ .

وإذا كان التسبيب إلزامياً فإن هذه الإلزامية تفرض نفسها على جميع القرارات الصادرة من الإدارة سواء في حالة الاختصاص المقيد أو الاختصاص التقديري ، وبحيث عند البت لا تكفي الإحالة إلى قرار آخر أو وثيقة أخري ، بل لابد من أن يحتوي القرار في صلبه على أسبابه[1] حتى يخرج القرار حاملاً بذاته كل أسبابه[2].

ويري جانب آخر من الفقه [3] أنه ينبغي عند معرفة مدى استقلالية عيب السبب عن بقية العيوب أو اندماجه فيها ، التفرقة بين حالتين، الحالة الأولي هي حالة السلطة المقيدة للإدارة حيث يكون الباعث لإصدار القرار شرطاً من شروط صحة القرار وبحيث يعتبر انعدامه تخلفاً لشرط من الشروط التي حددها القانون ولا يخرج عن نطاق مخالفة القانون.

أما الحالة الثانية فهي حالة السلطة التقديرية للإدارة حيث لا يعتبر الباعث على صدور القرار شرطاً ضرورياً لصحة القرار الإداري ،لأن الإدارة لا تكون مقيدة بشروط معينة عندما تمارس سلطتها التقديرية بحيث تستطيع إصدار قرارات وإن انعدم الباعث الذي تدعيه ، ويعتبر الباعث في هذه الحالة سبباً مستقلاً عن عيب مخالفة القانون .

وطبقا لذلك أشار *القضاء الكويتي* من خلال حكم محكمة التمييز إلى "...أن السبب في القرار الإداري هو الحالة الواقعية أو القانونية التي تحمل الإدارة على التدخل لإحداث أثر قانوني هو محل القرار إبتغاء الصالح العام الذي هو غاية القرار ، وإذا لم يوجب القانون تسبيب الجهة الإدارية قرارها فإنها لا تكون ملزمة بذكر أسبابه ، وفي هذه الحالة تحمل قراراتها على القرينة العامة التي تقضي بافتراض وجود أسباب صحيحة لهذه القرارات وعلى من يدعي العكس أن يقيم

---

(١) يراجع الدكتور.سليمان الطماوي ــ القضاء الإداري ــ قضاء الإلغاء ــ مرجع سابق ص٦٥١.
(٢) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ١٨٧٩ س ١٠ق – جلسة ١٩٥٨/١/٢٩ المجموعة س١٢، ١٣ – ص ٦٤
(٣) يراجع الدكتور.إسماعيل البدوي ــ القضاء الإداري ــ أسباب الطعن بالإلغاء ، مرجع سابق ص١٤٩ .

الدليل عليه " وأردفت المحكمة تقول "...وإذا كان الأصل أن دور القضـــاء الإداري يقتصر على مراقبة المشروعية بالنسبة للسبب في شقه الواقعي أو القانوني دون مراقبة مدى ملاءمة هذا السبب إلا أنه في بعض المجالات مثل مجـــال الحريـــات العامة والمجال التأديبي قد تختلط بالمشروعية بحيث لا يكون القرار مشـــروعاً إلا إذا كان ملائماً فتمتد الرقابة القضـــائية إلـــى الملاءمـــة باعتبارهـــا جـــزءاً مـــن المشروعية "[1] .

وقررت أيضا أن "...القرار الإداري يجب أن يكون الباعـــث عليـــه مصـــلحة عامة ، وأن يقوم على سبب يبرره في الواقع القانوني ، وذلك كركن مـــن أركـــان انعقاده ،والسبب في القرار الإداري هو الحالة الواقعية أو القانونية التـــي تحمـــل الإدارة على التدخل بقصد إحداث أثر قانوني هو محل القرارات ابتغاء الصالح العام الذي هو غاية القرار" ،ثم استطردت تقول "...وإنه ولئن كانت الإدارة غير ملزمة بتسبيب قراراتها إلا حين يقضي القانون بذلك ، ويفترض في القرار غير المســـبب أنه قام على سببه الصحيح وعلى من يدعي العكس أن يقيم الدليل على ذلـــك . إلا إنها ذكرت أسباباً لها فإنها تخضع لرقابة القضاء الإداري للتحقق من مطابقتهـــا أو عدم مطابقتهـــا وأثر ذلك في النتيجة التي انتهي إليها القرار"[2].

ويثـــور تساؤل حول مدى قانونية القرار الإداري الذي يخلو مـــن التســـبيب الذي يعتبر جزءاً من قواعد الشكل والإجراء في القرار الإداري ، فالمشرع إذا لـــم يلزم الجهة الإدارية بتسبيب قراراتها فليس عليها حرج في إخفائها ،ولكن مجلـــس الدولة المصري قرر أن الإجراءات والشكليات التي ينص عليها المشـــرع تعتبـــر شيئاً أساسياً يترتب البطلان على إغفالها يؤكد ذلك ما تضمنه حكم محكمة القضاء الإداري في مصر والذى أيدته المحكمة الإدارية العليا بأنه " ... ولئن كانت الإدارة غير ملزمة بتسبيب قراراتها فإن من المفروض في هذه القرارات أنها تهدف فـــي

(١) حكم محكمة التمييز رقم ٣٣١ لسنة ١٩٨٩ – جلسة ١٩٩٠/٣/٢٥ – موسوعة مبادئ القضاء الإداري – الكتاب الأول – ج٣ – القاعدة ٢٦٣ – ص ١٨٥ .

(٢) حكم محكمة التمييز رقم ٣٠١ لسنة ١٩٩١ – جلسة ١٩٩٢/١/١٩ موسوعة مبادئ القضاء الإداري – الكتاب الأول – ج٣ – القاعدة ٢٦٢ – ص ١٧٦ .

جميع الأحوال المصلحة العامة وأنها قائمة على سببها المبرر وقد احتمل قرينة المشروعية التي لا تزايلها لمجرد عدم تسبيبها .. إلا أن الإدارة إذا كشفت عن الأسباب الواقعية لهذه القرارات واستظهرتها المحكمة من ظروف الدعوى وجب على القضاء الإداري أن يبسط رقابته القانونية على تلك الأسباب ليتبين صحتها".

وكانت محكمة القضاء الإداري قد قررت سابقاً أنه "...ومن حيث 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 أسبابها فإن هذه الأسباب ولو في غير الحالات التي يوجب القانون ذكر أسباب فيها ،تكون خاضعة لرقابة محكمة القضاء الإداري"[1] .

وأتجه القضاء الإداري في مصر الوجهة نفسها ووافق المشرع حيث أشارت محكمة القضاء الإداري المصري في حكم لها بأن "...الإحاله إلى وثائق وملفات لا يعتبر تسبيباً إنما التسبيب يعني حالة يتم فيها ذكر جميع الأسباب التي دعت الإدارة إلى إصدار القرار ،فضلاً عن ضرورة ذكر هذه الأسباب بشكل واضح وصريح في طلب القرار"[2] .

وإلى هذه النتيجة انتهت المحكمة الإدارية العليا حيث أكدت أن التسبيب حين يشترطه القانون وحسبما يهدف منه ،يجب أن يكون كافياً ومنتجاً في فهم الواقع ،لكن بالقدر الذي تحتمله طبيعة القرار وتتسع له دون جنوح، حيث قضت بأنه "... إذا ذكرت جهة الإدارة عدة أسباب لإصدار قرارها وتخلفت بعض هذه الأسباب فإن ذلك لا يؤثر في القرار ما دام أن الباقي من الأسباب يكفي لحمله على وجهة الصحيح " [3].

---

(١) يراجع حكم محكمة القضاء الإداري – مجموعة عاصم – مرجع سابق ص١٨٦.
(٢) حكم مشار إليه في الدكتور.طعيمه الجرف – قضاء الإلغاء – مرجع سابق ، ص٢٧٤ .
(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٨١٥ س٤٠ق – جلسة ١٩٩٦/٦/٩ – الموسوعة الإدارية الحديثة – الفكهاني – ج٤٩ – قاعدة ١٦٣ – ص٦٢٢

الوضع في الكويت :

أكدت محكمة التمييز المبادىء السابقة فقضت بأنـــه "...ومـــن المقـــرر أن السبب في القرار الإداري هو الحالة الواقعية أو القانونية التي تسوغ تدخل الإدارة لإصدار القرار لإحداث مركز قانوني معين هو محل القرار ابتغاء الصالح العام الذي هو غاية القرار" .

وأضافت القول "...وأنه لئن كانت الإدارة غير ملزمة ببيان أسباب قراراتهـــا إلى حيث يوجب القانون ذلك عليها إلا أن القرار ولو كان غير مسبب يجب دائمـــاً أن ينبني على سبب ويفترض في القرار غير المسبب أنه قام على سببه الصـــحيح وعلى من يدعى العكس أن يقيم الدليل على ذلك ".

ثم قالت "... فإذا ذكرت الإدارة الأسباب سواء أوجب القانون ذلك عليها أو لم يوجب فإن هذه الأسباب تخضع لرقابة القضاء الإداري ،ونشاط هذا القضـــاء فـــي وزنه للقرارات الإدارية ،وإن كان ينبغي أن يقف عند حد المشروعية ، أو عـــدمها في نطاق الرقابة القانونية ،فلا يتجاوزها إلا وزن مناسبات القرار وغير ذلك ممـــا يدخل في نطاق الملائمة التقديرية التي تملكها الإدارة بغير معقب ، إلا أن له الحق في بحث الوقائع التي بني عليها القرار بقصد التحقق من مطابقته أو عدم مطابقته للقانون ،وأثر ذلك في النتيجة التي انتهى إليها القرار ،وما إذا كانت هذه النتيجـــة مستخلصة إستخلاصاً سائغاً من أصول تنتجها مادياً وقانونياً " [1] .

---

(١) حكم محكمة التمييز رقم ١٠ لسنة ١٩٩٢ – تجاري – جلسة ١٩٩٣/٤/١٩ – موسوعة مبادئ القضاء الإداري – الكتاب الأول – ج٣ – قاعدة رقم ٢٦ – ص ١٩٤ .

المطلب الثالث
عيب إساءة إستعمال السلطة

يمثل عيب الغاية أو عيب الانحراف بالسلطة أو إساءة استعمالها العنصر الثالث من عناصر أوجه الطعن الموضوعية ، بحيث تكتمل في هذا العنصر عيوب القرار الإداري التي تبرر لكل صاحب مصلحة رفع دعوى الطعن بإلغاء ذلك القرار المشوب بعيب قانوني سواء كان عيبًا واحدًا أو مجموعة من العيوب.

والقرار الإداري الصادر من الجهة الإدارية نتيجة الصلاحيات القانونية التي حددها المشرع للإدارة في لإصدار القرارات، ينبغي أن يتوخى مصدره تحقيق الصالح العام بشكل لا يثير أية شبهة ، و يسعى إلى الغاية المشروعة و النبيلة التي تتمثل في المصلحة العامة دون سواها ، فإذا لم تتحقق هذه المصلحة و تلك الغاية فإن القرار يكون مشوباً بعيب الانحراف بالسلطة وإساءة استعمالها لمصالح خاصة أو أغراض غير مشروعة كالانتقام الشخصي والتنكيل و الإساءة والاضرار بالغير ، مما يجعل القرار الإداري و من ورائه الإدارة في موقف لا يحسدان عليه ، حيث يمكن لكل صاحب مصلحة رفع دعوى الطعن بالإلغاء ، و يجد أن القضاء الإداري بالمرصاد لكل محاولة من الإدارة لتحريف القرار الإداري عن الوجهة الصحيحة والغاية النبيلة والقصد العام الذي أراده المشرع من إصدارها للقرار .

وسوف يضم هذا المطلب فرعين أساسيين :

الفرع الأول ــ مفهوم عيب إساءة استعمال السلطة وصوره .

الفرع الثاني ــ خصائص عيب إساءة استعمال السلطة في مصر والكويت .

الفرع الأول

مفهوم إساءة استعمال السلطة

للحديث عن إساءة أستعمال السلطة كأحد أوجه الطعن الموضوعية الموجهة للقرار الإداري، ينبغي أن نبين أولاً المقصود بهذا العيب وطبيعته، ومن ثم نعرض لصور وأشكال الإنحراف بالسلطة .

أولاً ــ مفهوم عيب إساءة استعمال السلطة :

المقصود بعيب الانحراف بالسلطة أو إساءة استعمالها هو انحراف الموظف الذي أصدر القرار عن الهدف الذي حدده القانون أو أن تصدر الإدارة قراراً إدارياً لغير الغرض المقرر له قانوناً ، و بالتالى فإن عيب الإنحراف بالسلطة في دعوى الإلغاء هو صدور قرار إداري من قبل الجهة الإدارية المختصة مشوباً بعيب إساءة استعمال السلطة، كأن يستهدف القرار الصادر مصلحة خاصة ذاتية كالانتقام، أو حتى مصلحة عامة لم يقررها القانون و لم يأمر بها المشرع [1]، و ذلك انطلاقاً من أن المشرع أراد من السلطة الموضوعة بيد الجهة الإدارية المختصة بتحقيق المصلحة العامة و إعلاء شأن الصالح العام ، بحيث يكون صدور قرار إداري تسعى الجهة الإدارية فيه إلى الخروج عن روح القانون و غاياته ، و تسخير تلك السلطة الممنوحة لها في تحقيق أغراض خاصة أو مآرب بعيدة هو عيب واضح في القرار [2] يبرر لكل ذي مصلحة رفع دعوى الطعن بإلغاء ذلك القرار لكونه مشوبا بعيب الغاية[3] وبحيث يبدو واضحاً أن عيب الغاية هو عيب قصدي يرتبط بالنية و ليس بالنتائج[4] .

ويرجح الدكتور.سليمان الطماوي إستخدام اصطلاح إنحراف السلطة أو عيب الإنحراف بالسلطة حيث يرى أن هذا الإنحراف يعنى أن (نشاطا معينا كان من الواجب أن يصل إلى هدف معين ووجهة محددة ، فحاد عنها لسبب أو آخر[5])

---

(١) يراجع الدكتور. أنور أحمد رسلان – وسيط القضاء الإداري – مرجع سابق – ص ٥٣٧.

(٢) يراجع الدكتور.سليمان الطماوي – القضاء الإداري – قضاء الإلغاء – مرجع سابق – ص ٧٢٨ و ما بعدها ، أيضا نظرية التعسف في استعمال السلطة الانحراف بالسلطة – دراسة مقارنة – الطبعة الثالثة ١٩٧٨ مطبعة عين شمس – القاهرة ص ٦٦ و ما بعدها ، أيضا الدكتور.محمود سامي جمال الدين ، القضاء الإداري – مرجع سابق – ص ٣٣٧ .

(٣) يراجع الدكتور.أحمد أنور رسلان ، وسيط القضاء الإداري – مرجع سابق ص ٥٣٧ / ٥٣٨ .

(٤) بمعنى أنه لا يكفي لتحقيق هذا العيب أن يؤدي القرار إلى نتائج تتعارض مع الصالح العام ، أو مع الغرض الذي قصده الشارع بل يجب أن تكون الإدارة قد تعمدت الوصول إلى هذه النتائج ، يراجع الدكتور.محمود عاطف البنا ، الوسيط في القضاء الإداري – مرجع سابق – ص ٢٦٩ .

(٥) يراجع الدكتور.سليمان الطماوي – نظرية التعسف في استعمال السلطة ، الانحراف بالسلطة ، مرجع سابق ص ٦٦ وما بعدها.

بينما يعلل الدكتور.مصطفى أبو زيد فهمي ترجيحه لمفهوم الانحراف بالسلطة إلى أن هذا المفهوم أكثر دقة و شمولاً لأنه ينطوي على حالتين أحداهما إساءة استعمال السلطة ، كأن يقصد من القرار تحقيق نفع خاص ، والثانية عندما يهدف الموظف إلي مراعاة المصلحة العامة لكنه يخدم هدفا غير الهدف الذي أراده القانون كأن تجبر الإدارة شخصا على التبرع لمشروع خيري معين [1] ، لكن الدكتور.محمود سامي جمال الدين – وبحق – قد التزم جانبا يدمج فيه إساءة استعمال السلطة مع الانحراف بها في عنوان واحد[2] لمعناه الأوسع.

ويرى فريق من الفقهاء ضرورة التمييز بين الهدف و السبب و المحل.

فالهدف ــ هو الباعث الذي دفع الإدارة إلى إصدار القرار.

و السبب ــ هو الحالة الواقعية التي قامت قبل إصدار القرار .

و المحل ــ هو الأثر القانوني لهذا القرار .

فمثلاً : القرار الصادر بفصل أحد الموظفين .

فالهدف في هذا القرار هو الحرص على المصلحة العامة أو التنكيل بالموظف المفصول .

أما سببه فهو الخطأ الذي يكون الموظف قد ارتكبه .

وأخيرا ــ فمحله ــ فصل هذا الموظف[3] .

---

(١) يراجع الدكتور.مصطفى أبو زيد فهمي – القضاء الإداري – قضاء الإلغاء – مرجع سابق ٨١٥ .
(٢) يراجع الدكتور.محمود سامي جمال الدين ، القضاء الإداري في دولة الكويت – مرجع سابق ص ٣٣٧ .
(٣) يراجع الدكتور.مصطفى أبو زيد فهمي – القضاء الإداري مرجع سابق ص ٨١٦ .

ويمثل عيب إساءة استعمال السلطة في صورة إصدار قرار إداري بقصد الإنتقام أو الثأر أو تحقيق مصلحة شخصية[1] بعيدة عن المصلحة العامة التي هي أساس صدور القرار الإداري ، بل ويتحقق هذا العيب حتى وإن كانت أغراض القرار تتصل بالمصلحة العامة ، إذا خالفت الإدارة قصد الشارع وأصدرت قرارات إدارية لحماية أغراض لم يستهدفها القانون عند منحه السلطة لتلك الإدارة[2] .

ومن المؤكد أن السلطة التقديرية التي يمنحها القانون للإدارة تعتبر مجالاً خصباً لنمو عيب الانحراف بالسلطة وإساءة استخدامها.

وفي الكويت قرر القضاء من خلال محكمة التمييز أن "... عيب إساءة استعمال السلطة المبرر لإلغاء القرار الإداري يجب أن يشوب الغاية منه ذاتها ، بأن تكون الإدارة قد تنكبت وجه المصلحة العامة التي يجب أن يتغياها القرار وأصدرته بباعث لا يمت لتلك المصلحة" [3].

وتطبيقا لذلك قالت محكمة التمييز في أحد أحكامها حول تعريف ركن الغاية في القرار الإداري بأنه "...من المقرر أن القرار الإداري يجب أن يكون الباعث عليه مصلحة عامة وان يقوم على سبب يبرره في الواقع و القانون ، و ذلك كركن من أركان انعقاده، و السبب في القرار الإداري هو الحالة الواقعية أو القانونية التي تحمل الإدارة على التدخل بقصد إحداث أثر قانوني هو محل القرار ابتغاء الصالح العام الذي هو غاية القرار" .

وأضافت المحكمة في الحكم نفسه تقول"...وإنه ولئن كانت الإدارة غير ملزمة بتسبيب قراراتها إلا حيث يقضي القانون بذلك إذ يفترض في القرار غير المسبب أنه قام على سببه الصحيح ، وعلى من يدعي العكس أن يقيم الدليل على

---

(١) يراجع الدكتور.أنور أحمد رسلان ، وسيط القضاء الإداري – مرجع سابق – ص٥٢٩/٥٣٠ .

(٢) يراجع الدكتور.محمود عاطف البنا ، الوسيط في القضاء الإداري – مرجع سابق – ص٢٦٥ .

(٣) حكم محكمة التمييز رقم ١٠٣/١٠٤/١٠٥/١٩٨٦ تجاري جلسة ١٩٨٧/٢/١٨ .موسوعة مبادئ القضاء الإداري – الكتاب الأول الجزء الثالث – ص ٣٦١ – و ما بعدها .

ذلك ، إلا أنه إذا ذكرت أسبابا له فإنها تخضع لرقابة القضاء الإداري للتحقق من مطابقتها أو عدم مطابقتها لقانون و أثر ذلك في النتيجة التي انتهى إليها القرار"[1].

ثانياً ـ صور إساءة استعمال السلطة :

لا يقف الانحراف بالسلطة[2] عند صورة واحدة بل تتعدد صوره و تتنوع أشكاله حسب ما يراها فقهاء القانون ، فهناك صورة تتمثل في قصد الانتقام و التشفي ، و أخرى خلو القرار من المصلحة العامة ، و ثالثة في وجود مصلحة سياسية أو حزبية متخفية ، ورابعة في استهداف تحقيق مصلحة خاصة ، وخامسة في التحايل على أحكام القضاء .

١ – الانحراف بالسلطة بقصد الانتقام :

تقع الإدارة في الكثير من الأخطاء عند استخدام سلطتها العامة لإصدار قرارات بقصد الانتقام[3] من أشخاص طبيعيين أو معنويين ،و بهدف التشفي منهم بسبب ضغائن أو أحقاد شخصية[4] سواء داخل الإدارة أو خارجها مما يحمل القرارات الإدارية الصادرة بهذا القصد و تلك الغاية إلى خانة القرارات المشوبة بعيب انحراف السلطة وسوء استخدامها و إساءة إستعمالها ، و بالخصوص عندما تكون للإدارة سلطتها التقديرية واسعة تستطيع من خلالها أن تتسلط على الغير، وتمارس نوعا من الانتقام فتجعل القرار الإداري الصادر عنها قابلاً للطعن بالإلغاء[5].

---

(١) حكم محكمة التمييز رقم ١٥ لسنة ١٩٩٠ تجاري – جلسة ١٩٩٠/٥/٢٠ – موسوعة مبادئ القضاء الإداري – الكتاب الأول – ج٣ – القاعدة ٢٨١ – ص ٣١٤ .

(٢) يراجع الدكتور.عبد الفتاح عبد الحليم عبد البر – الانحراف في استعمال الإجراء الإداري – مجلة العلوم الإدارية العدد الثاني ديسمبر سنة ١٩٨٠ ص ٢٠٥ و ما بعدها و أيضا بحثه في التعويض عن الانحراف في استعمال الإجراء الإداري بمجله هيئة قضايا الدولة العدد الثاني ابريل يونية ١٩٩٦.

(٣) يراجع الدكتور.محمود عاطف البنا – الوسيط في القضاء الإداري – مرجع سابق ، ص ٤٠٣ .

(٤) أن الرئيس الإداري قد يستهدف من قراره الإداري التنكيل بموظف معين والإضرار به لأسباب لا ترتبط بالمصلحة العامة بل بدوافع انتقامية ، و من هذه الأسباب اختلاف وجهات النظر أو اختلاف في العقيدة ، يراجع الدكتور.مصطفى أبو زيد فهمي ، القضاء الإداري – قضاء الإلغاء – مرجع سابق ص – ٨١٩ .

(٥) يلاحظ أن المحكمة الإدارية العليا في مصر لا تستخدم مصطلح الانحراف بل الغلو بالقول (ألا يشوب الإدارة غلو) يراجع الدكتور.محمود حلمي – القضاء الإداري – مرجع سابق – ص ٥٢٥ / ٥٢٦.

وتطبيقاً لذلك قالت محكمة القضاء الإداري في حكم لها بأن "...قيام الإدارة بإصدار قرار بفصل المدعى وثبوت أن هذا الفصل كان بسبب عداء المدعى للعمدة وانسياق الإدارة إلى هذا الإجراء بسبب إصرار العمدة على موقفه من المدعى موقفا لم يصدر منه إلا عن ضغائن شخصية لا تمت للصالح العام"(١) .

كذلك فعلت المحكمة الإدارية العليا في احد أحكامها والذي قررت فيه أن "...قيام الإدارة بإصدار قرارات تتعقب فيها الطاعن بتسريحة من الخدمة بعد أن رفع أمره إلى القضاء عدة مرات هو دليل على إساءة الإدارة لاستعمال سلطتها للتخلص منه بعد أن إلتجأ إلى القضاء وإستصدر أحكاماً بإلغائها" (٢).

و كانت هذه المحكمة قد قررت في حكم آخر أن "...ملاحقة الجهة الإدارية للطاعن بتوقيع ثلاثة جزاءات عليه يدل على أن هذا القرار قد صدر للتنكيل بالطاعن لأنه طالب بحقه فأنصفه القضاء و بالتالى يكون قرارها مشوبا بسوء استعمال السلطة" (٣).

وفي الكويت فقد كان موقف محكمة التمييز واضحاً في مواجهة أي صورة من صور الانتقام أو التنكيل بالغير (٤) فقد صدر قرار إداري بنقل موظف من وظيفة مراقب الشئون الإدارية إلى وظيفة غير محددة بإدارة النقليات والصيانة والتي تبين أنها لا توجد في الهيكل الوظيفي ، وقد تم النقل إثر تحقيق أجرته الإدارة الصيانة مع المطعون ضده حول ما نسب إليه من استغلال وظيفته لكن نتيجة التحقيق لم تودع ولم تفصح الإدارة عما انتهت إليه ، و هذا يعني أن قرار النقل قد صدر لغرض انتقامي .

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري ١٣٣٥ س ٦ق جلسة ١٩٥٣/٥/٦ – المجموعة س٧ ص ١٠٩٨ .
(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١١٥ س٢ق – جلسة ١٩٦١/٥/٢٠ – المجموعة س٦ ص ١١٤٩ .
(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٦٧ س٢ق – جلسة ١٩٦١/٥/١٣ المجموعة س٦ ص ١٠٢٠ .
(٤) يراجع الدكتور.محمود سامي جمال الدين – القضاء الإداري في دولة الكويت – مرجع سابق ص ٤٥٤ ، وما بعدها .

وتطبيقاً لذلك قررت محكمة التمييز أن "...هذا النقل تم على أثر تحقيق أجرى مع المطعون ضده و لم تودع نتيجة التحقيق كما لم تفصح البلدية عما انتهت إليه، وهو ما يعني أن قرار النقل قد صدر بقصد التأديب والعقاب بما يخرجه عن معنى النقل المكاني الذي يرمي إلى تنظيم العمل ، ويعد القرار بهذه الحالة قرارا تأديبياً مقنعا لم تتبع فيه الإجراءات والأوضاع المقررة قانونًا .. و هو ما يصمه بعيب مخالفة القانون و الانحراف بالسلطة ويضحي خليقاً بالإلغاء صيانة وحماية لمبدأ المشروعية الذي ينبغي أن يسود القرارات الإدارية " .

ثم استطردت محكمة التمييز في القول "...ولا ينال من ذلك صدور قرار بعد رفع الدعوى الراهنة بإضافة وظيفة مراقب شئون إدارية إلى العمل الوظيفي لإدارة النقليات و الصيانة المنقول إليها المطعون ضده لأن هذا القرار الأخير أفصح عن نية الكيد للمطعون ضده ، و الإمعان في عقابه . و العبرة في وزن القرار الإداري بميزان المشروعية هو بوقت صدوره إذ تتكشف في هذا الوقت النية الحقيقية لمصدره و الأهداف التي يسعى إلى تحقيقها " [1].

وهكذا يبدو واضحاً موقف القضاء الكويتي من القرارات الإدارية المتضمنة نوعا من الكيد أو الانتقام ذلك أنه "...إذا تبين للمحكمة أن الإدارة قصدت الكيد للموظف اعتبرت القرار منطوياً على عقوبة تأديبية مقنعة وبالتالى يجب أن يكون له سببه الذي يسنده ، أما إذا تبين للمحكمة أن الإدارة استهدفت المصلحة العامة وأن الأمر لا يعدو توزيعا للعمل على موظفيها فصلت في الدعوى على هذا الأساس" [2].

٢ - الانحراف بالسلطة بخلو القرار من المصلحة العامة :

---

(١) حكم محكمة التمييز رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٢ تجاري -جلسة ١٩ / ٤ / ١٩٩٣ - موسوعة مبادئ القضاء الإداري - الكتاب الأول - ج٣ - ص ٤٥٩ و ما بعدها .

(٢) حكم محكمة التمييز رقم ٣٠٨ لسنة ١٩٨٩ تجاري جلسة ١٢ / ٣ / ١٩٩٠ موسوعة القضاء الإداري- الكتاب الأول - ج ٣ - ص ٣٦١ وما بعدها .

من المؤكد أن المصلحة العامة هي الغاية و الباعث الذي ينبغي أن يقف خلف الجهة الإدارية و هي تمارس سلطتها في إصدار القرارات الإدارية ، بحيث يبدو واضحاً أن لكل قرار إداري هدفاً يتفق مع المصلحة العامة ، و غاية تتناسب معها فإذا أصدرت الإدارة قراراً دون أن يكون له هدف يتفق مع هذه المصلحة العامة سواء كان الهدف لغرض شخصي أو لقصد سئ أو لخطأ ناتج عن الجهل بالمقتضيات الحقيقية للمصلحة العامة [1] فإن القرار الصادر يعتبر قرارا معيبا أي مشوبا بعيب سوء استخدام السلطة و الانحراف بها[2] .

وقد وقف القضاء الإداري موقفاً صارماً حيال إساءة استخدام السلطة من قبل الإدارة حيث أكدت محكمة القضاء الإداري بأن "...عدم تجديد إقامة المدعية ورفضها طلب التجديد وتكليفها بالسفر قبل استكمال علاجها يجعل القرار بعيداً عن استهداف المصلحة العامة ويصحبه سوء استخدام السلطة ، و خاصة أنه لا خطورة من المدعية على الأمن و الآداب العامة ، و أن سياسة الحكومة تشجيع السياحة و أن من مقتضيات الإنسانية و الرحمة بالمرضى ضرورة الاستجابة لطلبها وتجديد إقامتها لحين الانتهاء من المعالجة"[3] .

٣- *الانحراف بالسلطة باستخدامها لمصلحة سياسية أو حزبية :*

والإدارة نظراً لظروف معينة يمر بها مجتمع من المجتمعات قد تميل نحو الانحراف بالسلطة من خلال إصدار قرارات إدارية تخدم فيها مصلحة سياسية أو حزبية كالقرار بفصل موظف لإنتماءات حزبية أو التنكيل بالأعداء السياسيين ، أو غير ذلك مما يجعل هذه القرارات مشوبة بعيب إساءة استخدام السلطة و الإنحراف

---

(١) يراجع الدكتور.محمود عاطف البنا ــ الوسيط في القضاء الإداري-مرجع سابق ص ٤٠٣ و ما بعدها ، أيضا الدكتور.مصطفى أبو زيد فهمي ــ القضاء الإداري -مرجع سابق ــ ص ٨١٨ .

(٢) يراجع الدكتور.إسماعيل البدوي – القضاء الإداري – مرجع سابق ــ ص ٢٦٣ ، أيضا الدكتور.مصطفى أبو زيد فهمي – القضاء الإداري -مرجع سابق ٨١٨ ، حيث يرى خمسة حالات للانحرافات عن المصلحة العامة وهي حالة تحقيق النفع الشخصي ، و حالة محاباة الغير ، وحالة الانتقام و حالة الغش نحو القانون و حالة الاعتداء على قوة الأمر المقضي .

(٣) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٧٧٧ س ١٠ ق جلسة ١٩٥٦/١٢/١٨ – المجموعة س١١ ص٩٧ . .

بها و يعرضها للبطلان حيث إن هذه المصلحة السياسية أو الحزبية[1] تتعارض مع المصلحة العامة المفترضة دائما و باستمرار من القرار الإداري منذ ما قبل صدوره حتى صيرورته قراراً نهائياً بل و تستمر معه بشكل دائم[2] .

وقد قررت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها موافقتها على الطعن الموجه ضد قرار إداري تم فيه فصل موظف من الخدمة إدعى فيه الموظف أن القرار صدر بباعث حزبي ، ولم تستطع الإدارة إثبات ما ينفي ذلك مما يكون القرار قد صدر مشوباً بعيب إساءة استعمال السلطة لانحرافه عن الجادة و ابتعاده عن المصلحة العامة ، وخضوعه لغايات حزبية[3] .

٤- *الانحراف بالسلطة بقصد تحقيق مصلحة خاصة :*

كثيراً ما تتخفى المصالح الخاصة خلف شعار المصلحة العامة داخل الإدارة من خلال قيامها بالتصرفات القانونية و ممارستها للسلطة ، و تتمثل هذه الصورة من صور الانحراف بالسلطة في قيام الإدارة بإصدار قرارات إدارية لتحقيق منفعة شخصية [4] سواء كانت المنفعة لمصدر القرار أو لشخص آخر ، أو لمحاباة أشخاص آخرين و غير ذلك من صور المصلحة الخاصة والنفع الشخصي البحت ، لكن يشترط أن تكون هذه المصلحة الخاصة هي الأساس وراء صدور القرار[5] ، أما إذا كانت المصلحة العامة هي الأساس وكانت ثمة مصالح شخصية ثانوية فإن القرار في هذه الحال غير قابل للإبطال [6] .

---

(١) وهذا يختلف عن القرارات الصادرة بفصل موظف يشغل وظيفة ذات طابع سياسي فإن فصله لا يعني أن القرار الإداري مشوب بعيب إساءة استخدام السلطة لأن للحكومة سياسة معينة وأن قيام الموظف بمخالفة هذه السياسة يعرضه لعقوبة الفصل من الخدمة بحيث يكون القرار الصادر بفصله صحيحا و ليس لأغراض سياسية أو حزبية .

(٢) الدكتور.إسماعيل البدوي – القضاء الإداري – أسباب الطعن بالإلغاء ، مرجع سابق ص ٢١٥ .

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣٠٤ س ١ق جلسة ١٩٦٠/٤/٢٦ المجموعة س٥ ص ٦٩٩- وأيضا يراجع الدكتور . محمود عاطف البنا – الوسيط في القضاء الإداري – مرجع سابق – ص ٤٠٣ وما بعدها .

(٤) يطلق فريق من الفقهاء على هذه الصورة من صور عيب الانحراف بالسلطة اصطلاح تحقيق النفع الشخصي والمنفعة الذاتية ، ومن الطبيعي أن الرقابة القضائية حمل كل قرار إداري مشوب بالمنفعة الشخصية إلى خاتمة الإلغاء والبطلان ، يراجع الدكتور.مصطفى أبو زيد فهمي ، القضاء الإداري – قضاء الإلغاء- مرجع سابق ص ٨١٨ .

(٥) يراجع الدكتور.محمود عاطف البنا ، الوسيط في القضاء الإداري – مرجع سابق ،ص ٤٠٣ وما بعدها .

(٦) يراجع الدكتور.إسماعيل البدوي – القضاء الإداري –مرجع سابق – ص٢٦٤ / ٢٦٥ .

وقد أكد القضاء الكويتي على خطورة توافر المصلحة الخاصة في القرار الإداري كعيب في القرار من خلال حكم محكمة التمييز حيث قررت أن "...المصلحة العامة و المصلحة الفردية لا تتوازيان في مجال الروابط القانونية التي تنشأ بين الأفراد و الإدارة ، بل يجب أن تعلو المصلحة العامة في مثل هذا الأمر الذي يتعلق أساساً بتسيير مرفق و تتحول المصلحة الفردية إلى تعويض إن كان لذلك أساس من القانون .." .

ثم استطردت تقول "...وحيث إن ما نسبه المدعى للوزارة ، بصدد القرار التنظيمي لا ينهض بذاته دليلاً على الانحراف و إساءة السلطة في القرار الصادر بحظر نشاط دروس التقوية على المعاهد الأهلية لأن الزعم بملكية القائمين على وزارة التربية للمدارس الخاصة و هيمنتهم على جمعية المعلمين – على فرض صحته–لا ينهض دليلاً بذاته على ما زعمه المدعى ، من كون قرار الحظر المشار إليه كان القصد منه مجرد تحقيق النفع الذاتي للمدارس الخاصة وجمعية المعلمين، وإذا كان ذلك الزعم لم يؤيد صحته دليل من الأوراق ، فإن القرار المشار إليه يكون بمنأى عن ذلك الطعن الجدير بالالتفات عنه و تقرير سلامة القرار" [1] .

وقد قضت أيضاً في حكم أخر بأنه "...إذا كان المقرر – في قضاء هذه المحكمة أن إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها الذي يبرر إلغاء القرار الإداري هو من العيوب القصدية في السلوك فيلزم أن تكون جهة الإدارة قد تنكبت وجه المصلحة العامة التي يجب أن يتغياها القرار الإداري ، و أن تكون قد أصدرت القرار بباعث لا يمت لتلك المصلحة بصلة ، وتقدير ثبوت إساءة استعمال السلطة بهذا المعنى من عدمه هو ما يستقل به قاضي الموضوع متى كان استخلاصه سائغاً " [2].

---

(١) حكم محكمة التمييز رقم ١٥ لسنة ١٩٩٠ تجاري – جلسة ٢ / ٥ / ١٩٩٠ ، أيضا مشار إليه في نفس المعنى براجع حكم محكمة الاستئناف في الحكم المستأنف رقم ١١ / ١٩٩١ مدني إداري جلسة ٣١ / ٣ / ١٩٩٢. الدكتور محمود سامي جمال الدين ــ القضاء الإداري في ولة الكويت ــ مرجع سابق ــ ص ٣٥٣ / ٣٥٤ .

(٢) حكم محكمة التمييز في الطعنان رقم ٨٧ ، ٢٣ لسنة ١٩٩٨ تجاري – إداري جلسة ٤ /١ / ١٩٩٩ مجلة القضاء و القانون – السنة السابعة والعشرون – ج١ –ص ٤٨ .

٥- الانحراف بالسلطة للتحايل على تنفيذ أحكام القضاء :

تتمثل هذه الصورة من الإنحراف في محاولة الإدارة التهرب من تنفيذ الأحكام القضائية رغم أن للأحكام القضائية حجيتها وقوتها التنفيذية ، ويبدو الانحراف بالسلطة واضحاً في هذا المجال في قيام الإدارة بإصدار قرار نزع الملكية لعقار ما والاستيلاء عليه بطريق التنفيذ المباشر بقصد التحايل على حكم الإخلاء الصادر لمصلحة مالك العقار ، مما يدل على سوء نية الإدارة وإستخدام سلطاتها واختصاصاتها في أغراض لا تتلاءم مع مفهوم المصلحة العامة[١] والتي هي في الأساس هدف وجود الإدارة و غاية سلطتها في إصدار القرار الإداري حيث إن سلطة الإدارة ليست حقاً ولا امتيازاً و إنما هي اختصاص أسند إليها وفق أحكام القانون بقصد المصلحة العامة[٢].

ويعتبر من قبيل التحايل على تنفيذ أحكام القضاء محاولة الإدارة الإعتداء على قوة الأمر المقضي أي الأحكام القضائية التي استحقت حجية الحكم المقضي حيث أن مثل هذا التحايل هو تحايل مستتر في معظم الأحيان[٣] .

٦- الانحراف بالسلطة لمخالفة قاعدة تخصيص الأهداف :

القرار الإداري يجب أن يتجه إلى تحقيق الهدف الذي خصصه المشرع لإصدار هذا القرار، ويتحدد الهدف من القرار إما بصراحة النص أو أنه يستفاد ضمنياً أو يخضع لتفسير القضاء.

---

(١) من الشواهد على تحايل السلطة و الانحراف بها ما قام أحد العمد الفرنسيين بإصداره قرار لتحديد ساعات العمل في المحلات العامة لرقص وكان هدفه الحقيقي حماية مصلحته الخاصة التي تتمثل في إنهاء منافسة محلات رقص أخرى للمحل الذي هو صاحبه ، وكذلك ما قامت به إحدى الإدارات الفرنسية بإصدار قرارات بتغيير شروط التعيين في وظيفة لمنصب مدير حيث كان مجلس الدولة قد أصدر حكماً بإلغاء قرار تعيين موظف ، وبذلك كي تتمكن الإدارة من إعادة تعيين هذا الشخص .

(٢) يراجع الدكتور.إسماعيل البدوي – القضاء الإداري ، أسباب الطعن بالإلغاء ، مرجع سابق ص ٢٦٨ / ٢٦٩ ، أيضا الدكتور محمود حلمي – القضاء الإداري – مرجع سابق ص ٥٢٨ .

(٣) في مثل هذه الحالات يمكن الطعن بالقرار الإداري استناد إلى عيب الانحراف بالسلطة مثلما حدث أن قضى مجلس الدولة الفرنسي بإلغاء قرار تعيين أحد الأشخاص في وظيفة معينة ولم تحاول الإدارة إهمال حكم المجلس بشكل سافر و إبقاء الموظف بوظيفته وإلا لكان هناك مخالفة للقانون ، ولكنها عمدت إلى شروط التعيين في تلك الوظيفة فقامت بتغييرها بحيث تنطبق على هذا الشخص ليتم تعيينه من جديد ، ففي مثل هذا الغرض يكون الاستناد على عيب الانحراف بالسلطة الزمني الاستناد على عيبي مخالفة القانون دعوى الطعن بإلغاء القرار الإداري المعيب ، انظر ذلك في الدكتور.إسماعيل البدوي – القضاء الإداري – أسباب الطعن بالإلغاء – مرجع سابق ص ٢٦٨ وما بعدها .

وقد كان لمحكمة القضاء الإداري منذ البداية موقف واضح في إلغاء قرارات الإدارة التي يثبت لديها خروجها عن تحقيق الهدف المخصص ، حيث قررت بأنه " ... لا يجوز اتخاذ أي من التدابير أو الإجراءات التي يجيزها الشارع لتحقيق هدف آخر مغاير للهدف الأساسي الذي قصد إليه الشارع ، ولو كان هذا الهدف محققاً للصالح العام بمعناه الشامل ، وذلك تطبيقاً لقاعدة أصولية هي المصطلح على تسميتها قاعدة تخصيص الأهداف ، وجزاء مخالفة تلك القاعدة بطلان تلك القرارات لكونها مشوبة بالانحراف بالسلطة "[1].

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا وفقاً لذلك بعدم شرعية قرار ضبط بإغلاق سوق خاصة يوم الاثنين من كل أسبوع ، ليحقق رواج سوق مجلس قروي الواسطي الذي أصابه الركود[2] فانتهت إلى عدم اشتراط سوء نية مُصدر القرار ، لأن في اشتراط سوء النية إضرار لمصلحة المعتدى عليها من هذا القرار والذي كل ما يصبو إليه هو إلغاء هذا القرار الخاطىء والتعويض عن الأضرار التي أصابته ولا يعنيه ما إذا كان رجل الإدارة سيئاً أو حسن النية[3].

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ١٦٣١ س٢١ ق – جلسة ١٩٦٩/٤/٨ – المجموعة س ٢١ – ص ٦٤٧ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٤/٧٤ ق جلسة ١٩٧٨/١/٢٨ ص٨٤٥ وأيضا حكمها رقم ٣٣٧ لسنة ٦ ق بتاريخ ١٩٨٣/١١/١٤ ص٨١٨ .

(٣) إنظر في تفصيل صور الإنحراف عن قاعدة تخصيص الأهداف الدكتور.عبد العزيز عبد المنعم خليفه – إلغاء القرار الإداري لحياده عن الهدف المخصص لإصداره – دراسة مقارنة – مجلة المحاماه – العدد الأول ٢٠٠١ ص٥٩٧ وما بعدها .

الفـــرع الثـــانـــي

خصائص عيب إساءة استعمال السلطة

تتعدد خصائص عيب إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها عن الأغراض التي رسمها القانون للإدارة .

فجانب من الفقه يحصرها في ثلاث خصائص[1] بينما يرى جانب آخـر مـن الفقه أنها لا تعدو اثنتين هـما القصدية وصعوبة الإثبات .

١- القصدية أو سـوء النيـة ـ

عيب إساءة إستعمال السلطة عيب قصدي بمعنى أنه يجب أن يتـوافر لـدى الإدارة قصد[2] إساءة استعمال السلطة أو الإنحراف بها ، و يجب على من يـدعي ذلك إثباته بإقامة الدليل عليه فهو لا يفترض بل يقتضي إثباته إقامة الدليل عليـه عملياً ، وبالأخص أن القرار الإداري يصدر من قبل جهة إدارية تستهدف المصلحة العامة ، يضاف إلى ذلك أن هذا العيب ، عيبٌ خفيٌ مستتر لا يحـول دون ظهـور القرار بمظهر الأعمال الإدارية الصحيحة [3].

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن "... عيب إساءة أستعمال السلطة يجب إقامة الدليل عليه لأنه لا يفترض بل هو من العيوب القصدية في السـلوك الإداري قوامه أن يكون لدى الإدارة قصد إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها " [4] .

---

(١) يرى الدكتور.أنور أحمد رسلان أن خصائص عيب إساءة استعمال السلطة ثلاثة عيب قصدي وعيب احتياطي وعيـب يصـعب إثباته ، يراجع مؤلفه وسيط القضاء الإداري ، مرجع سابق ص ٥٢٩ .

(٢) يؤكد الدكتور.مصطفى أبو زيد فهمي أن الانحراف بالسلطة هو من الجرائم العمدية التي يلزم توافر ركن القصد بالنسبة لهـا ، وهذا يعني أن الموظف وهو يصدر قراره كان يعلم أنه ينحرف عن الهدف الذي حدده القانون ، بل وأيضا كان يقصد ذلـك ، يراجع مؤلفه القضاء الإداري – قضاء الإلغاء – مرجع سابق – ص٨١٨ .

(٣) يراجع الدكتور.محمود سامي جمال الدين – القضاء الإداري– مرجع سابق – ص٣٣٨ .

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٢٩٠٩ – س ٣٦ق –جلسة ١٩٩١/٢/١٦ – الموسوعة الإداريـة الحديثـة – الفكهـاني – ج٣٥ – ص١٠٢٠.

٢- صعـوبـة الإثبـات :

معنى هذه الخاصية أن عيب إسـاءة استخدام السلطة ليس من السهل إثباته وبالخصوص لوجود قرينة لمصلحة الإدارة يأخذ بها القضاء ،من حيث أن جميـع تصرفات الجهة الإدارية تراعي المصلحة العامة وتصدر من لأجلها أي أن الإدارة يفترض في تصرفاتها حسن النيـة ، ومن المؤكد أن عبء الإثبات يقع على عاتق المدعى أي صاحب الشأن المتضرر من القرار الإداري ، والذي سيواجه صـعوبة الإثبـات[١] .

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بـأن "...عـبء الإثبـات فـي المنازعة الإدارية لا يخرج عن الأصل العام الذي قرره قانون الإثبات – وهو وقوع هذا العبء على المدعى فهو الذي يتحمل عبء إثبات ما يدعيه – إذا أقام المدعى الدليل الكافي على دعواه كان على المدعى عليه إقامة الدليل الداحض الذي ينفـي ادعاء المدعى" [٢] .

وعليه فقد قضت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها بأن "...الأصل فـي القرارات الإدارية صحتها وأنها بذاتها دليل على هذه الصحة وعلى توافر الأركـان القانونية الموجبة للصحة وأن الغاية فيها المصلحة العامة ما لم يقدم المتضرر من القرار الإداري عكس هذه القرينة ومن ثم يكون عبء الإثبات عليه"[٣] .

وتطبيقاً لمبدأ صعوبة إثبات الانحراف بالسلطة فإن القضاء الكويتي كان لـه موقف واضح أوجب عدم التساهل فيمن يدعي إنحراف الإدارة بسلطتها إذ لا بد من إثبات ذلك بوقائع منطقية و صحيحة ، و فـي ذلـك تقـرر محكمـة الاسـتئناف

---

(١) على خلاف العناصر و العيوب الأخرى للقرار الإداري فإن عيب الغاية لا يقبل التغطية سواء نتيجة الظروف الاستثنائية أو لأي اعتبار آخر ، ولكن ذلك لا يعني أن عيب الغاية بالنظام العام فليس للقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه ، يراجع الدكتور. محمود سامي جمال الدين ــ القضاء الإداري في دولة الكويت – مرجع سابق – ص ٣٣٨ .

(٢) مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم ٥٧١ و لسنة ٣٠ جلسة ٢٧ / ٢ / ١٩٨٨ جزء ٢٥ ص ٩٨ .

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا طعن أرقام ٩٨١، ١٠٠٠، ١٠٠٥ من ٤٤ق – جلسة ٢٠٠١/١١/٢٧ منشور بمجلة المحاماه – العدد الثالث – لسنة ٢٠٠٣– القاعدة ٩٢ – الفقرة ب – ص٣٠٣.

بشأن القرار ٢٥٤ / ١٩٨٨ أنه "...إذا كان ما نسبة المستأنف للقرار المطعون عليه من إساءة استعمال السلطة قد ورد في عبارات عامة مبهمة ومرسلة لم يقدم المستأنف دليل إثباتها ولم يقم عليها دليل من أوراق الدعوى فإن القرار المطعون عليه و الحال كذلك يكون مبرءاً من ذلك العيب " (١).

كما أن محكمة التمييز في حكم لها يتعلق بنقل مدرس إلى خارج سلك التدريس إدعى أن قرار نقله قد تضمن عيب انحراف السلطة وإساءة استعمالها مما يستدعي إلغاء ذلك القرار المعيب ، قد قررت بصريح العبارة بأنه "...لا يكفي للقول بوجود عيب انحراف الجهة الإدارية وإساءة استعمال سلطتها أو أحدها أن يكون قرار النقل صدر معاصراً لقرار الجزاء أو بعده أو قد يكشف قرار الجزاء عن قيام اعتبارات من المصلحة العامة تحتم إجراءات النقل".

ثم استطردت تقول "...أن جهة الإدارة قد قررت نقله من وظيفته كمدرس إلى وظيفة أخرى خارج سلك التدريس لكي لا يكون مثلا لغيره من المدرسيين والنشء الذين يقوم على تربيتهم ، فإنها تكون قد قصدت تحقيق مصلحة العمل ولم تقصد عقاب الطاعن بغير الطريق التأديبي"(٢).

وفي حكم آخر *لمحكمة التمييز* أشارت فيه أنه "...يلزم لتحقيق عيب إساءة الجهة الإدارية لاستعمال السلطة أن يتوفر لديها قصد إساءة استعمال سلطتها فهو عيب قصدي مناطه أن يكون الباعث الكامن في نفس الإدارة هو الهوى أو التعدي أو الإنتقام ، فإذا خلت الأوراق من دليل على تلك الإساءة أو هذا الانحراف كان

---

(١) حكم محكمة الاستئناف – الحكم رقم ٢٥٤ / ١٩٨٨ إداري جلسة ٢٤ / ٥ /١٩٨٨ الكويت ، مشار إليه في الدكتور.محمود سامي جمال الدين ــ القضاء الإداري في دولة الكويت – مرجع سابق ص ٣٦١ / ٣٦٢ .

(٢) أحكام محكمة التمييز ، الحكم رقم ٢٣٨ / ١٩٨٨ -إداري -جلسة ٢٧ / ٢ / ١٩٨٩- أيضا رقم ٢١٦ / ١٩٩٣ تجاري جلسة ٢ / ٥ / ١٩٩٤ ، رقم ١٠ / ٩٤ تجاري جلسة ١٥ / ٥ / ١٩٩٤ .

القرار مبرأ من هذا العيب ، و تقرر ثبوت إساءة استعمال السلطة بهذا المعنى من عدمه هو مما تستقل به محكمة الموضوع متى كان استخلاصها سائغاً " [1].

كما قضت محكمة التمييز في شأن عيب الانحراف بالسلطة أنه "...من المقرر أن عيب استعمال السلطة أو الانحراف بها الذي يبرر إلغاء القرار الإداري أو التعويض عنه من العيوب القصدية التي تشوب الغاية منه ذاتها ، بأن تكون جهة الإدارة قد تنكبت وجهة المصلحة العامة التي يجب أن يتغياها القرار أو أن تكون قد أصدرته بباعث لا يمت لتلك المصلحة بصلة ، بما يجب معه إقامة الدليل عليه لأنه لا يفترض" [2].

وفي حكم أخر لها تقول محكمة التمييز بأن "... هذا العيب لا يفترض، بل يجب إقامة الدليل عليه، ويقع عبء إثباته على عاتق المدعي، ومن المقرر أن تقدير ثبوت عيب أساءة أستعمال السلطة أو الأنحراف بها بهذا المعنى هو مما تستقل به محكمة الموضوع بغير معقب عليها طالما كان استخلاصها سائغاً مستمداً مما له أصل ثابت بالأوراق" [3].

---

(١) حكم محكمة التمييز رقم ١٩٨٦/٢٥٣ – تجاري – جلسة ١٩٨٨/٤/٢٢ – موسوعة مبادئ القضاء الإداري – الكتاب الأول – ج٣ – القاعدة ٢٨٦ – ص ٣٥٨.

(٢) حكم محكمة التمييز رقم ١٩٩٧/٢٣٣ – تجاري – جلسة ١٩٨٨/٤/٢٠ – موسوعة مبادئ القضاء الإداري – الكتاب الأول – ج٣ – القاعدة – ٢٨٥ ص ٣٥٠ .

(٣) حكم محكمة التمييز رقم ٩٠ لسنة ٢٠٠٢ – إداري – جلسة ٢٠٠٣/٥/١٩ – حكم غير منشور وكذلك حكمها رقم ٢٠٠١/٨٢٧ إداري – جلسة ٢٠٠٣/٣/٣ – حكم غير منشور

تعقـــيب :

إذا كنا قد سلمنا بالقاعدة العامة التي مقتضـــاها أن الإنحـــراف بالســـلطة لا يفترض وإنما يجب أن يثبت وعلى المدعى الطاعن في القرار الإداري أن يتـــولى عبء الإثبات وتقديم الأدلة ، وهذه القاعدة متفق عليها فـــي مصـــر و فرنســـا و الكويت إلا أن هناك صوراً تخفف من حدة هذه القاعدة وهي تتلخص في الآتي :-

أولا ـــ تسبيب القرارات الإدارية .

قد يظهر الانحراف بالسلطة من نص القرار الإداري ، وهنا تظهـــر أهميـــة تسبيب القرارات الإدارية .

ثانيـــا ـــ الإعتـــراف

إن المدعى قد يدفع الإدارة إلى الإعتـــراف بوجـــود الإنحـــراف بالســـلطة ، ويستخلص هذا الإعتراض من نص القرار الإداري نفسه أو من رد الإدارة علـــى الطعن أثناء تحضير الدعوى.

وفي ذلك تقول محكمة القضاء الإداري "...أن الفقه والقضـــاء قـــد اســـتقر كلاهما على أن إثبات عيب إساءة استعمال السلطة يكون عـــن طريـــق اعتـــراف الإدارة أو من ملف الخدمة والأوراق والظروف المحيطة بصدور القرار "[٢].

وقد يكون الاعتراف ضمنياً يستخلصه القاضي من قرائن قوية قدمها الطاعن وكذلك من الإدارة عن عدم تفنيدها و ما ينفيها.

ثالثاً ــ الأوراق التي يحتويها ملف الموضوع .

ميلاد كل قرار إداري عند الإدارة بملف، وهذا الملف وما يحتويه من مستندات وأوراق قد يستعان به في إثبات إساءة استعمال السلطة وكذلك يستعان به في إثبات كافة العيوب التي تصيب القرار الإداري .

رابعاً ــ القرائن .

مجموعة القرائن التي تحيط بصدور القرار الإداري قد تساعد في إثبات عيب الانحراف مثل السرعة في إصدار القرار ، وكذلك الحال عند إنعدام الأسباب التي تدعيها الإدارة مثل محاباة بعض الموظفين عن الآخرين"[1]، وكذلك صدور القرار يوم عطلة رسمية " [2].

خامساً ــ الظروف اللاحقة على إصدار القرار .

هذه الطريقة من وسائل التخفيف من عبء الإثبات على عاتق المدعى، وهي من ابتداع مجلس الدولة الفرنسي، وقصد به أن يتعقب الانحراف بالسلطة عقب صدور القرار الإداري ، ولكن القضاء الإداري المصري لا يقر الأخذ بهذه الطريقة رغم ما تنطوي عليه من وسائل للكشف عن إساءة استعمال السلطة وفي ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بأن "... مشروعية القرار الإداري إنما توزن بمجموع الظروف والأوضاع القائمة وقت إصداره دون تلك التي تطرأ بعد ذلك "[3].

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ١٥٠ س٨ق – جلسة ١٩٥٦/٤/٣ – المجموعة س١٠ ص ٢٣٢ .
(٢) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٥٢٩ س٦ق – جلسة ١٩٥٣/٦/٢١ – المجموعة س٧ ص ١٦٥٢.
(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣٠٣٥ س٢٩ق – جلسة١٩٨٥/١١/٢٢ – الموسوعة الإدارية الحديثة – الفكهاني – ج٣٥ – القاعدة ٣٤٩ – ص١٠١١ .

الباب الثاني

رقابة القضاء الإداري الكويتي

على العقود الإدارية

بادئ ذي بدء لا مندوحة من الذكر بأنه وإن كانت أغلب نظريات القانون الإداري قضائية النشأة ولا مثيل لها في القانون الخاص البتة ، كنظرية القرارات الإدارية أو الضبط الإداري ...الخ ، إلا أنه يوجد في هذا القانون من النظريات ما يكون أساسه ومنبعه القانون الخاص ، وبالتالي تتقرر ذات الأحكام و القواعد المدنية التي تحكم هذه النظريات في القانون الخاص على تلك المشابهة لها في القانون الإداري فتطبق عليها ويعمل بها مع مراعاة الطبيعة الخاصة بعلاقات القانون العام.

وتكمن العلة في ذلك في أن هذه القواعد المدنية والتي تطبق على منازعات القانون الإداري تنبثق من مقتضيات العدالة المجردة والتي هي واحدة سواء كانت في روابط القانون العام أم في روابط القانون الخاص ، مما يعني أنه لا حرج على القاضي الإداري في أن يسير على هدى هذه الأحكام المدنية في نظره لمنازعات القانون الإداري .

ومن النظريات التي لا يقتصر وجودها في روابط القانون العام فقط ــ وبالأخص القانون الإداري ــ نظرية " العقود الإدارية " والتي استقرت أحكام القضاء الإداري في مصر و الكويت على تأكيد تشابه العناصر الأساسية للعقود في القانونين العام والخاص ، و في ذلك تقول محكمة القضاء الإداري في أحد أحكامها "... إن المادة (١٨٧) من القانون المدني (الخاصة بالتقادم)[١] إنما وضعت لتحكم روابط القانون الخاص التي تختلف عن روابط القانون العام ، فلا إلزام على القضاء الإداري بتطبيقها كما هي على روابط القانون العام مادام لا يوجد نص خاص يقضي بذلك، بيد أنه من المسلم فقهاً وقضاء أن للقضاء الإداري أن يقتبس من القواعد المدنية ما يتلاءم وطبيعة روابط القانون العام ، كما له أن ينتقيها أو يطورها بحسب الاحتياجات لسير المرافق العامة والتوفيق في ذلك بين حقوق الأفراد و الهيئات ، ولا ترى المحكمة ثمة مانعاً من تطبيق المادة المذكورة من القانون المدني على روابط القانون العام أيضاً"[٢] .

---

(١) أضيف بمعرفة الباحث.

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٣٣٦ س١٠ق – جلسة ١٩٥٩/٣/٢٢ –المجموعة س١٢،١٣ ص ١٧٩ .

وفي ذلك أيضاً قالت محكمة التمييز بأن " ... وكان العقد الإداري شأنه شأن العقد المدني من حيث العناصر الأساسية لتكوينه لا يعدو أن يكون توافق إرادتين بايجاب وقبول لإنشاء التزامات تعاقدية شخصية " [1] .

ولا يعني ذلك أن التطابق بين العقود المدنية و العقود الإدارية مطلق ، بل على العكس هناك اختلافات رئيسية بينهما سيأتي الحديث عنها لاحقاً، إنما يعني أن هناك قدراً مشتركاً بين العقود الإدارية وتلك المدنية لأنهما في البداية يشتركان في الطبيعة الذاتية للعقود بصفة عامة.

فالعقد الإداري عقد بما تحتويه هذه الكلمة من معنى ، فيتطلب فيه توافر الأركان للعقود بصفة عامة كالرضا والمحل و السبب و الشكل في بعض الأحوال ويترتب البطلان كجزاء على تخلف أحد هذه الأركان ، وأيضا يجب توافر شروط لصحة هذا العقد كالأهلية وسلامة الإرادة من العيوب الأمر الذي يجعل العقد قابلاً للإبطال في حالة تخلف شروط صحة العقد.

فالأصل العام وهو وحدة الأحكام بين كافة أنواع العقود ، وخصوصية العقود الإدارية تعد استثناء على هذا الأصل ، وفي إطار هذا الاستثناء ينشغل القانون الإداري بالعقود الإدارية وحدها ويحاول تحديد أبعاد النظرية التي تحكمها.

والجدير بالذكر أن هذه الطبيعة الإدارية للعقود لا تبرز إلا في الدول التي تأخذ بالنظام القضائي المزدوج كفرنسا ومصر ، وتلحق بها الدول التي تأخذ بالنظام القضائي الموحد ومنها الكويت ، على حين أن العقود عموماً في ظل النظام القضائي الموحد لا تبرز إلا طبيعتها المدنية فقط.

وعلى هذا سنبدأ في هذا الباب بمبحث تمهيدي نوضح فيه ماهية العقد الإداري وتعريفه ، وما يميزه عن القرار أو عن العقد المدني ، وأيضاً بيان أركانه،- موضحين - أهم هذه العقود كأمثلة تساعد على إعطاء صورة أوضح عن الدراسة.

---

(١) حكم محكمة التمييز رقم ٦٤٦ لسنة ٢٠٠٢ الصادر بتاريخ ٢٠٠٣/٥/٢٦ ـ حكم غير منشور .

ثم نتناول في الفصل الأول من هذه الدراسة مسألة تمييز العقد الإداري والذي ينقسم بدوره إلى مبحثين يتناول الأول معايير تمييز العقد الإداري من خلال توافر شروط معينة ليصبح عقداً إدارياً ، ثم نتناول في المبحث الثاني وكدليل على تميزه ــ شروط إبرامه التي ينبغي للإدارة الإلتزام بها ، وعن أساليب إبرامه والتي تختلف عن أساليب إبرام أي عقد آخر ، وأخيراً ضمن هذا الفصل نتناول مسألة مهمة وهي مدى جواز الإتفاق على التحكيم في العقود الإدارية.

وبعد هذا الفصل نأتي إلى الفصل الثاني ، والذي يتناول مسألة تنفيذ العقد الإداري من خلال مبحثين أيضاً : يتحدث الأول عن القواعد التي تحكم تنفيذ العقد الإداري ، وذلك ببيان سلطات وإلتزامات كل من جهة الإدارة والمتعاقد ، في حين أن المبحث الثاني يبين بعض عوارض تنفيذ العقد الإداري بالتعرض للنظريات الثلاث المشهورة وهي نظرية عمل الأمير ونظرية الظروف الطارئة ، ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، وذلك ببيان شروط هذه النظريات والأثر المترتب على توافرها ، كل ذلك من خلال آراء الفقه ثم أحكام القضاء في كل من مصر والكويت.

مبحث تمهيدي
تعريف العقد الإداري وبيان أركانه وذكر أهم صوره

كمقدمة لموضوع مثل موضوع رقابة القضاء الإداري على العقود الإدارية نعتقد بوجوب التقديم له من خلال مبحث تمهيدي يتناول ولو بشكل عارض تعريفه لنستطيع التمييز بينه وبين ما قد يتشابه معه من تصرفات قانونية ، ثم نقوم ببيان أركانه التي إتفق الفقه والقضاء على ضرورة وجودها وإلا كان البطلان متربصاً بتخلف إحداها ، وبعد ذلك كله يكون لزاماً أن نوضح بعض أهم صور العقود الإدارية في الحياة العملية مما لا يخلو أي نظام قانوني من وجودها ، آملين بعد هذا العرض الموجز أن يصلح ما عرضناه كمدخل لهذا الباب المتعلق بالرقابة القضائية على العقود الإدارية.

وينقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب هى:

المطلب الأول ــ ماهية العقد الإداري.

المطلب الثاني ــ أركان العقد الإداري والجزاء على تخلف إحداها.

المطلب الثالث ــ أهم صور العقود الإدارية.

المطلب الأول
ماهية العقد الإداري

إن قيام الإدارة بوظائفها المختلفة يستتبع منحها وسائل متنوعة بحيث تستخدم كل وسيلة بما يلبي حاجتها لمساعدتها على قيامها بوظائفها ، و يعتبر القرار الإداري هو الوسيلة الغالبة للإدارة في تسيير أعمالها ، استناداً إلى ما تملكه من إرادة منفردة وسلطة عامة لإصدار مثل هذه القرارات بمقتضى القوانين واللوائح لإحداث تغيير في المراكز القانونية القائمة أو إنشاء مراكز قانونية جديدة.

وإلى جانب القرار الإداري يمنحها القانون أيضاً سلطة الضبط الإداري في مجالات محددة هي الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة ، مع ما تقتضيه هذه السلطة من صلاحيات كالتنفيذ الجبري ونزع الملكية للمنفعة العامة وغيرها.

ويمنح القانون أيضاً جهة الإدارة سلطة في إبرام عقود مع الأفراد والشركات عن طريق الاتفاق المباشر، إذا رأت الإدارة ذلك وقررت أن هذا الاتفاق أنجح[1] في تحقيق الأهداف العامة التي ترمي إليها.

وانتهاج الإدارة لوسيلة العقد الإداري لا يكون إلا عندما لا تستطيع استخدام الوسائل الأخرى ، أو عندما يكون استخدام الوسائل الأخرى لا يلبي بالقدر الكافي احتياجاتها ، فتلجأ إلى أسلوب العقد مع الأفراد والشركات لتتعاون معهم في إدارة المرافق العامة المنوطة بها وتسيير نشاطها.

---

(١) الدكتور. سليمان الطماوى – الأسس العامة للعقود الإدارية – دراسة مقارنة – مطبعة جامعة عين شمس – الطبعة الخامسة ١٩٩١ – دار الفكر العربي ، ص ٢٥ .

وقد أظهر الواقع العملي أن جهة الإدارة تستطيع تحقيق أهدافها عن طريق اللجوء إلى الأسلوب التعاقدي عندما ترغب في تملك الأموال ، أو القيام بأعمال معينة والحصول على بعض الخدمات ، بل وحتى في تنظيم وتسيير بعض المرافق العامة ، بالإضافة إلى ذلك فإن استخدام أسلوب العقد يجد ما يبرره في أي نظام مرتبطاً بالمشروع الخاص ومبدأ التحررية الاقتصادية حيث يسمح أسلوب العقد بتحقق مشاركة الأشخاص الخاصة في تسيير المرافق العامة.

وحينما نتكلم عن القانون الواجب تطبيقه على العقود الإدارية نجد أنه قانون مستقل بالنسبة للقواعد التي تنظم موضوع العقد في القانون الخاص ، ويفسر هذه الاستقلالية تفاوت المصالح المعنية في العقد ، حيث يجب صياغة العقد الإداري تبعاً لمقتضيات المصلحة العامة التي تمثلها جهة الإدارة ، ومن ثم فإن القواعد الخاصة التي تحكم العقود الإدارية تفسر قبل كل شئ بفكرة هيمنة المصلحة العامة.

الفرع الأول

ماهية العقد الإداري وما قد يختلط به من تصرفات قانونية

العقد الإداري كما أستقر قضاء مجلس الدولة على تعريفه بأنه العقد الـذي يبرمه شخص معنوي من اشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمين العقد شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص يتم بتوافق إرادتين تتجهـان إلـى إنشـاء التزامات متقابلة ، فهو ليس عملاً شرطيا يتضمن اسناد مراكـز قانونيـة عامـة موضوعية لاحد من طرفيه .

وفي مجال التعرف على العقد الإداري ، ينبغي القول أن العقود التي تبرمها أشخاص القانون العام مع الأفراد بمناسبة ممارستها لنشاطها فـي إدارة المرافـق العامة وتسييرها ليست سواء فمنها ما يعد بطبيعتها عقوداً إداريـة تأخـذ فيهـا الإدارة بوسائل القانون العام بوصفها سلطة عامة تتمتـع بحقـوق وامتيـازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها . وقد تبرم الإدارة عقوداً مدنية تستعين فيها بوسـائل القانون الخاص ، مناط العقد الإداري إذن لا يكفي أن تكون الإدارة أحـد أطرافـه وإنما يجب أن يتصل العقد بنشاط المرفق العام من حيث تنظيمه وتسـييره بغيـة خدمة أغراضه وتحقيق احتياجاته مراعاة لوجه المصلحة العامة وما تقتضيه مـن تغليبها على مصلحة الأفراد الخاصة ، وإن يأخذ العقد بأسلوب القانون العام وذلك بتطبيق أحكام قانون المناقصات والمزايدات ، وما ينطوى عليه العقد من شـروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص ، سواء تم تضـمين العقـد هـذه الشروط أو كانت مقررة بمقتضي القوانين واللوائح [1].

---

(1) للمزيد راجع الدكتور. أحمد محمود جمعة ـ العقود الإدارية طبقا لأحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديد ـ منشأة المعارف ـ طبعة ٢٠٠٢ ـ ص ٥،٦ .

وحيث قررت المحكمة الإدارية العليا أن العقد الإداري هو " ... العقد الـذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام بمناسـبة تسييره، وتظهر فيه نية الإدارة مرفق عام بمناسبة تسييره وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمينه شروطاً استثنائية غير مألوفة فـي عقود القانون الخاص ــ ومتى كان ذلك العقد يعتبر عقدا إدرايا إذا كان أحد أطرافه شخص معنوي عام أو أن يتصل بتسيير مرفق عام وهو مشروع تنشئه الدولة أو تشرف على إدراته ويعمل بأنتظام واستمرار ويسـتعين بسـلطات الإدارة لتزويـد الجمهور بالحاجات العامة التي يتطلبها بغير قصد الربح بل خدمة للصالح والنفـع العام وأن يتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخـاص تعبـر عن أخذ الإدارة بأسلوب القانون العام . وإذا ما ثبت للعقـد صـفة العقـد الإدراي إختص مجلس الدولة دون غيره بنظر المنازعات الناشئة عنه تطبيقـا للفقـرة (حادي عشر) من المادة ١٠ من القانون رقم ٤٧ لسـنة ١٩٧٢ بشـأن مجلـس الدولة " [١].

وقد تبنت محكمة التمييز نفس التعريف للعقد الإداري من المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها الذي ورد فيه "... أنه من المقرر أنه يشترط لاعتبار العقـد إدارياً أن يكون أحد طرفيه شخصا معنويا عاما يتعاقد بوصفه سلطة عامـة ، وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام بقصد تسـييره أو تنظيمـه ، وأن يتسـم بالطـابع المميزللعقود الإدارية ، وهو أنتهاج أسلوب القانون العام فيما تتضمنه هذه العقود من شروط أستثنائية بالنسبة لروابط القانون الخاص "[٢].

وعليه فسوف نتناول من خلال هذا الجزء التعرف على مفهوم العقد الإداري وما يختلط من تصرفات قانونية أخرى .

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣٧٠٣ س ٣٣ ق جلسة ١٩٩٣/٢/٩ - الموسوعة الإداريةالحديثـة- الفكهـاني- ج(٣٥) ص٢٨١،٢٨٠ ، وأيضاً حكمها رقم ٣٠٩٦س٤٥ق عليا جلسة ٢٠٠٢/٣/١٩-المجموعة من أول يناير٢٠٠٢- آخر مارس ٢٠٠٢وأيضاً حكمها رقم ١٧٨ س٦٩ ق جلسة ٢٠٠٠/٤/٤ - مجلة المحاماه - العدد الأول ٢٠٠١ ص٥٣ .
(٢) حكم محكمة التمييز رقم ١٦٣،١٧١ لسنة ٢٠٠٢ إداري بجلسة ٢٠٠٣/٣/١٧ حكم غير منشور .

أولاً ــ العقد والقرار[1] :

تكلمنا في القسم الأول عن القرار الإداري بصورة مفصلة ورأينا كيف أنه يعتبر الوسيلة الفعالة للإدارة لتسيير نشاطها ، لأنه متعلق بإرادتها المنفردة دون حاجة لأن تتطابق و تتوافق مع طرف آخر كما في العقد .

" ... فإذا كان القرار الإداري هو عمل قانوني غير تعاقدي يصدر عن إرادة منفردة من جانب إحدى السلطات الإدارية و يحدث بذاته أثار قانونية معينة متى كان ذلك ممكناً وجائزاً قانوناً فإن العقد الاداري شأنه شأن العقد المدني من حيث العناصر الاساسية لتكوينه لا يعدو ان يكون توافق إرادتين بإيجاب وقبول لإنشاء إلتزامات تعاقدية تقوم على التراضي بين طرفين أحدهما هو الدولة أو أحد الاشخاص الإدارية " [2] .

و قد نهجت محكمة *التمييز* نهج المحكمة الإدارية العليا في مصر حيث قررت " ... أن عقد التوظيف هو عقد إداري يتم ــ كأي عقد ــ بإتفاق الإدارة وأحد الأفراد بقصد إحداث أثر قانوني معين ... " .

وعرفت القرار الإداري في أحد أحكامها بأنه " ... ذلك القرار الذي تفصح به الجهة الإدارية عن إرادتها الملزمة في الشكل الذي يتطلبه القانون بما لها من سلطة مستمدة من القوانين و اللوائح بقصد أحداث أثر قانوني يكون ممكنا وجائزا وكأن الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة ..." [2] .

---

(١) للمزيد يراجع الدكتورة. عزيزة الشريف – نظرية العقد الإداري – دار النهضة العربية – مطبعة جامعة القاهرة – ١٩٨١ ص ١٣ ، وأيضا الدكتور. محمد عبد الواحد الجميلى – ماهية العقد الإدارى في ضوء وأحكام القضاء الفرنسى والمصرى– دار النهضة العربية – ١٩٩٥ ص ٤ وما بعدها .

(٢) حكم المحكمة الادارية العليا – جلسة ١٩٦٣/٥/٢٥–المجموعة س٨–ص١٢٢٥ .

(٢) حكم محكمة التمييز رقم ١٩٠ ،١٩٣ لسنة ٢٠٠١ تجاري ١ جلسة ٢٠٠٣/٥/٢٦ ــ حكم غير منشور .

أهميـــة التمييز بين العقد و القرار :

إن سبب الاهتمام بالتفرقة بين الطبيعة القانونية للتصرفات التي تقوم بهـا الإدارة يكمن في أهمية النتائج القانونية التي تترتب على اكتساب التصرف صـفة العقد الإداري والتي منها :

١ . إسناد الاختصاص بنظر المنازعات المتعلقة به للقضاء الكامـل ولـيس لقضاء الإلغاء المختص بالقرارات الإدارية فقط.

٢ . استبعاد قواعد المسئولية غير العقدية في حالة رجوع أحـد الطـرفين على الآخر.

٣ . المراكز القانونية التي نشأت عن العقد تنظم - كأصـل عـام - وفـق اللوائح والقوانين التي صدرت في وقتها ولو تغيرت فيما بعـد ، فـلا يطبق الأثر الفوري والمباشر عليها حيث تظل خاضـعة كأصـل عـام للوائح والقوانين التي نشأت في ظلها حتى ولو تغيرت فيما بعد.

٤. اعتبار التصرف على أنه عقد من شأنه إخضاعه لقاعدة " العقد شريعة المتعاقدين وبالتالي لا يجوز فسخه أو تعديلـه إلا باتفـاق الطـرفين ، وصحيح أن الإدارة تتمتع في العقد الإداري بسـلطة تعديلـه وفسـخه بإرادتها المنفردة إلا أن هذا لا يمنع أن العقد الإداري شأن سائر العقود يخضع للقاعدة سالفة الذكر.

ثانياً ــ العقد الإداري وعقد الإدارة المدني :

أسلفنا القول أن كلا العقدين الإداري والمدني يشتركان في الطبيعة الذاتيـة للعقود من حيث الأركان وشروط الصحة ، فإذا مـا لبسـت الإدارة رداء السـلطة العامة فإن عقودها ستتوشح بوشاح الطبيعة الإدارية ويترتب على ذلك ما يلي :

١. أنها تتوخى تحقيق مصلحة عامة وذلك لتسيير مرفق عام مما يبرر لها التمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بها المتعاقد معها.

٢. أنها تعتمد في إبرامها لهذا العقد على سلطات القانون العام بمعنى تضمين العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في العقد المدني.

٣. يمنح المتعاقد مع الإدارة باعتباره مساعداً ومشاركاً في إدارة المرفق العام حقوقاً لا مقابل لها في روابط القانون الخاص لأنه يسعى أيضاً إلى تحقيق المصلحة العامة ولكن بطريق غير مباشر.

٤. ترد على الإدارة في عقودها الإدارية قيود كثيرة تتمثل في القوانين واللوائح الواجب إتباعها في كل مراحل التعاقد فتحدد سلطاتها وتحدد اختصاصاتها.

٥. يكون الاختصاص بشأن المنازعات التي تتعلق بهذه العقود من نصيب القضاء الإداري في مجلس الدولة في مصر والدائرة الإدارية في الكويت.

ولكن من المهم الإشارة إلى أنه ليس كل عقود الإدارة عقوداً إدارية ، فهناك عقود الإدارة المدنية[١] التي تخضع للقانون الخاص ، وبالتالي فما يثور في شأنها من منازعات تعتبر من اختصاص القاضي العادي و تحكمه قواعد القانون المدني.

وفي ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه "... من حيث أن العقود التي يبرمها أشخاص القانون العام مع الأفراد بمناسبة ممارستها لنشاطها في إدارة المرفق العام وتسييرها ليست سواء فمنها ما يعد بطبيعته عقوداً إدراية تأخذ فيها الإدراة بوسائل القانون العام بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا تتمتع بمثلها المتعاقد معها وقد تنزل منزلة الأفراد في تعاقدهم فتبرم عقوداً مدنية تستعين منها بوسائل القانون الخاص"[٢] .

---

(١) المستشار. حمدي ياسين عكاشة ــ العقود الإدارية ــ منشأة المعارف ــ ١٩٩٨ ــ صـ٣ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣١٢٥ س ٣٤ ق جلسة ١٩٩٠/١١/٢٤ ــ الموسوعة الإدارية الحديثة - الفكهاني ــ ج(٣٥) ص ٢٨٧ ، ٢٨٨ أيضا حكمها رقم ٤٨٧٤ س٤٥ق – جلسة ٢٠٠٢/٣/١٣ – مشار إليه في الدكتور محمد ماهر ابو

وينبغي التمييز في مقام التكييف بين العقد الذي تبرمه الإدارة وبين الإجراءات التي تمهد لإبرام هذا العقد أو تهيئ لمولده إذ من الأصول المسلمة أن الإدارة لا تستوى مع الأفراد في حرية التعبير عن الإرادة في إبرام عقودها إدارية كانت أو مدنية ذلك أنها تلتزم في هذا السبيل بإجراءات وأوضاع أسماها الشارع في القوانين واللوائح كفالة لاختيار أفضل الأشخاص للتعاقد معهم وهذه الإجراءات إن كانت تسهم في تكوين العقد وتستهدف إتمامه فإنها تنفرد في طبيعتها عن العقد مدنياً كانت أو إدارياً وتنفصل عنه .

ويلاحظ أن أهمية التمييز بين الطائفين سالفتي الذكر من العقود لا تقتصر على توزيع الاختصاصات القضائية فقط وإنما يرجع إلى اختلاف النظام القانوني الذي تخضع له كل طائفة ، فالقواعد التي يخضع لها العقد الإداري تختلف كقاعدة عامة عن القواعد التي يخضع لها عقد القانون الخاص حيث يطبق على الأول قواعد القانون الإداري أما الثاني فتحكمه قواعد القانون المدني.

العنين – العقود الإدارية وقوانين المناقصات والمزايدات في قضاء وإفتاء مجلس الدولة حتى عام ٢٠٠٤ ــ ٤ أجزاء دار أبو المجد ــ الهرم ــ ٢٠٠٤ – الكتاب الأول ص ٥٩ .

الفرع الثاني

أركان العقد الإداري والجزاء على تخلف إحداها

يجب التطرق بداءة لأركان العقد الإداري كتقدمة ضرورية للتأكد من السلامة الذاتية للعقد الإداري ، وجزاء تخلف إحداها ، حيث يجب أولاً أن يستكمل العقد أركانه الداخلية[1] ، وذلك حتى يمكن القول بوجود عقد إداري قائم على أركان وعناصر صحيحة لا يشوبها البطلان.

وكنا قد أشرنا فيما سبق إلى الطبيعة القانونية المشتركة بين العقود المدنية والعقود الإدارية ، والتي تتضح أكثر مما تتضح في موضوع الأركان التي يقوم عليها العقد المجرد كأرضية وأساس يشترك فيه العقد المدني والإداري ، الأمر الذي يدفعنا في أغلب الأحيان إلى القانون الخاص وإلى أحكام القانون المدني بالذات لمعرفة أبعاد وجوانب هذه الأركان ، إلا أن ذلك لا يلغي الطبيعة الذاتية للعقد الإداري والتحديد الدقيق له ، فيتم الأخذ بقواعد القانون المدني بما لا يتعارض مع هذه الطبيعة المتميزة للعقد الإداري.

وما سبق قوله هو المستفاد من أحكام القضاء الإداري التي تناولت موضوع العقد الإداري ، حيث قالت محكمة القضاء الإداري في أحد أحكامها المبكرة بأن " .. من حيث أن النظرية القانونية العامة في العقود الإدارية ، تبدأ على غرار مثيلتها في العقود المدنية بالتقصي عن شروط تكوين العقد الإداري ومن بعدها تبحث عن شروط صحة انعقاد العقد ..."[2].

---

(١) الدكتور. سليمان الطماوي – العقود الإدارية – المرجع السابق ص ٣٨٥ وما بعدها .

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري جلسة ١٩٥٦/١٢/٢٣ – مشار إليه في الدكتور. سليمان الطماوي – الأسس العامة للعقود الإدارية . ص٣٨٦.

وبذات المعنى قضت المحكمة الإدارية العليا بـأن ثمـة " بعـض القواعـد والمبادئ العامة في القانون المدني مما لا تختلف روابط القانون العام فيـه عـن روابط القانون الخاص وبالتالي ليس ثمة ما يمنع من نقلها إلى نطاق القانون العام ، وإدماجها في القواعد الخاصة به "[1].

وعليه بالرجوع إلى القانون الخاص نجد أن العقد يقوم على ثلاثة أركان هي :

١. الرضا .
٢. المحل .
٣. السبب.

وسوف نتناولها بما يتناسب مع ما لها من مكانة بهذا البحث فقط كمقدمـة ضرورية مع الإحالة إلى القواعد المدنية التي تحكمها أصلا ، ثم نتطـرق للجـزاء الوارد في حالة تخلف أحد هذه الأركان وعلى هذا فسوف ينقسم هذا الفـرع إلـى غصنين هما :

الغصن الأول ـ أركان العقد الإداري .

الغصن الثاني ـ الجزاء على أحد تخلف أركان العقد الإدارى.

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٨٨٩ س٦ ق جلسة ١٩٦٢/٣/٣١ المجموعة س ٧ – ص ٥٢٧ .

الفصل الأول ــ أركان العقد الإداري :

أولاً ــ الرضا :

هو أساس العلاقة التعاقدية بين طرفين ويكون بتوافق الإيجاب والقبول، وعلى هذا المعنى استقرت المحكمة الإدارية العليا حيث قالت في أحد أحكامها بأن "... العقد الإداري أصلاً – أتفاق رضائي، مثل العقد المدني من حيث العناصر الأساسية لتكوينه، لا يعدو كلاهما أم يكون توافق إرادتين ب'جاب وقبول لإنشاء إلتزامات تعاقدية تقوم على التراضي " (١) .

وكما قررت محكمة التمييز أيضاً في أحد احكامها بأن " ... الأصل في العقود الإدارية الرضائية تتم بمجرد إقتران الإيجاب بالقبول ويكفي لتمام العقد وإعتباره حجة لازمة على الطرفين بما فيه أن يكون موقعا عليه من كل منهما توقيعاً غير منكور ... ولما كان تقديم الطاعن لهذا المبلغ إلى المطعون ضده بصفته لإستغلال أحد المحال المملوكة له مقابل المبلغ المشار إليه يعد إيجاباً منه أقترن بقبول من المطعون ضده بموافقته على هذا العرض وهو ما يكفي لتمام العقد واعتباره حجة لازمة للطرفين ..."(٢).

وعالج التشريع المصري القواعد القانونية التي تحكم ركن الرضا في المواد من (٨٩) إلى (١٣٠) من القانون المدني والتي احتوت على الكثير من مبادئ القانون المدني التي تهيمن على هذا الركن ومنها توافق إرادتين ، وكيفية التعبير عن هذا الإرادة ووقتها وأحكام الإنابة والتوكيل في التعاقد وأهلية المتعاقد ، والغلط الذي يقع فيه المتعاقد ، والتدليس الذي يمكن أن يتعرض له والإكراه أو الغبن والنتائج المترتبة على ذلك.

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣٩٧ س ١٦ ق جلسة ١٩٧٤/٦/٢٩ ــ المجموعة س١٩ ص ٤٠٥.
(٢) حكم محكمة التمييز رقم ٢٨٠ لسنة ٢٠٠٠ تجاري/ إداري ــ جلسة ٢٠٠١/٥/٢١ ــ حكم غير منشور.

وعلى ذلك فحتى يتوافر ركن الرضا سليماً معبراً عن إرادة صحيحة منتجا لآثاره يجب أن يكون الرضا صادراً من جهة الإدارة المختصة بمعنى صدوره من شخص متمتع بأهلية التعاقد ، ويجب أيضاً أن يخلو هذا الرضا من العيوب.

١ - أهلية التعاقد :

يجب أن يكون أحد طرفي العقد الإداري الدولة أو أحد أشخاص القانون العام والذي يمثله شخص طبيعي أو مجلس إدارة مختص بالتعاقد ، على أن يكون التعاقد باسم ولحساب الشخص المعنوي.

وإذا كان تعاقد هذا الشخص نيابة عن الشخص المعنوي العام وجب أن تحترم قواعد التفويض أو الإنابة في الاختصاص.

ولقد أقر قانون المناقصات والمزايدات الجديد رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ إمكانية نيابة الجهات الإدارية عن بعضها في مباشرة إجراءات التعاقد في مهمة معينة وفقا للقواعد المعمول بها في الجهة طالبة التعاقد بنص المادة ٣٨ منه.

وعبرت عن ذلك المحكمة الإدارية العليا بقولها "... إنه يجوز أن تتولى أي وزارة أو مصلحة نيابة عن مصلحة أخرى مباشرة الإجراءات اللازمة لإتمام التعاقد سواء بطريقة المناقصة أو الممارسة وتتولى نيابة عنها إبرام تلك التعاقدات ومن ثم فإن العقد الذي تبرمه الجهة الثانية باسم الجهة الأصلية التي تنوب عنها في حدود النيابة المتفق عليها تنصرف أثاره إلى ذمة الجهة الأصلية"[١].

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بجلسة ١٩٨٣/٦/١ مشار إليه في الدكتور. عبد الله حنفي - العقود الإدارية - المرجع السابق ص ٢٦٠ ، وأيضا فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بجلسة ١٩٨٣/٦/١ بشأن الملف ١٠٧٥/٢/٣٢ - الموسوعة الإدارية الحديثة - الفكهاني - المرجع السابق - ج(١٨) -ص ٦٩٨ .

٢- عيوب الرضـــا :

وهذا الرضا حتى يكون سليماً منتجاً لآثاره لكونه معبراً عـن إتجـاه نيـة صاحبه إلى التعاقد و يجب ألا يشوب هذا الرضا أي عيب من العيوب التي تلحق به البطلان وهي:

أ- الغلط :

قالت المحكمة الإدارية في أحد أحكامها بأن "...الغلط في الشيء المبيـع أو فى محل التوريد الذي من شأنه أن يعيب الإرادة ويؤثر في صحة العقـد ويجيـز للمتعاقد الذي وقع فيه أن يطلب إبطال العقد بسببه ، يشـترط فيـه طبقـا لحكـم المادتين ١٢٠ ، ١٢١ من القانون المدني أن يكون جوهريا ويكون ذلـك إذا بلـغ من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقـع هـذا الغلـط ، ويعتبر الغلط جوهرياً إذا وقع في صفة للشيء جوهرية في نظـر المتعاقـدين أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف أو لما ينبغي في التعامل من حسن النية ، فإذا لم يكن ثمة غلط في الصفة الجوهرية التي كانت محل اعتبار المتعاقـد في الشئ وكانت ذاتية هذا الشيء معروفة للمتعاقدين عند التعاقد على وجه محقق وتوافقت إرادة الطرفين على قبوله وهي على بينة من حقيقته فإنه لا يجوز إبطال العقد للغلط . أما الشرط الثاني الذي يتوافر به الغلط فهـو يتصـل بهـذا الغلـط الجوهري للمتعاقد الآخر فلا يستقل به أحد المتعاقدين ، وأحكام الغلط التي أوردها القانون المدني على هذا النحو لا تتعارض مع أسس العامة للعقود الإدارية "[١].

والمادتين المشار إليهما في الحكم (١٢٠ ، ١٢١) مـن القـانون المـدني المصري تشترطان أن يكون الغلط جوهرياً ، ويكون كذلك إذا وقع في صفة للشيء تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين أو إذا وقع في ذات المتعاقـد أو صـفة مـن

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٨٨٢ س١٠ ق بتاريخ ١٩٦٨/٣/٢١ - الموسوعة الإدارية الحديثة - الفكهـاني - مرجـع سابق - ج ١٨ ص ٧٢٧ .

صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد وتقرر المادة (١٢٢) قابلية العقد للإبطال إذا شابه غلط في القانون ، على أنه يلاحظ من نص المادة(١٢٣) من القانون أن الغلط البسيط لا يؤدي إلى العقد مادام قابلا للتصحيح.

وهو ما اكدته المحكمة الإدارية العليا في حكم حديث لها حيث اعتبرت أن الغلط الجوهري يبطل العقد، فقالت بأنه "... ولما كانت كفاءة تشغيل الثلاجات محل التعاقد هي الصفة الجوهرية في العقد وكان أحد المتعاقدين (الجهاز) على علم بهذه الحالة أو من السهل عليه أن يتبينها، ومن ثم فإن المتزايدين يكونوا قد وقعوا في الغلط يجيز لهم إبطال العقد نظراً لتعذر الأنتفاع بهذه الثلاجات لسوء حالتها الفنية ووجود عيوب بها تعوق التشغيل بحسبان أن هذه العيوب قد بلغت درجة من الجسامة بحيث إمتنع على المتعاقدين الإنتفاع بها..." [١] .

وقد قضت محكمة التمييز في أحد أحكامها بأن " ... ومؤدى نص الفقرة الأولى من نص المادة ١٤٧ ونصوص المادتين ١٥١ ،١٥٢ من القانون المدني ، وعلى ما ورد بالمذكرة الإيضاحية أنه يشترط لإعمال الغلط وأثره أن يكون هو الذي دفع المتعاقد إلى التعاقد بحيث إنه لولا وقوعه فيه لما أرتضى العقد وأن يتصل الغلط بالمتعاقد الآخر بأن يكون دوره قد وقع في نفس الغلط أو علم بوقوع غريمه فيه أو كان من السهل عليه أن يبين ذلك وتطلب كون الغلط متصلا بالمتعاقد الآخر إنما يكون في المعاوضات دون التبرعات ... "[٢].

---

(١) فتوى إدارة الفتوى لرئاسة الجمهورية ملف رقم ١٣٨٤/١٠/٩٣ – سجل رقم ٢٠٠٢/٥٨١ – مشار إليه في الدكتور محمد ماهر أبو العينين – العقود الإدارية – الكتاب الأول – ص ٩٢٤ وما بعدها .

(٢) حكم محكمة التمييز رقم ٢٥٣ لسنة ١٩٨٦ تجاري جلسة ١٩٨٧/٤/٢٢ .

ب- التدليس :

وهو اللجوء إلى الطرق الاحتيالية للتأثير على قناعة المتعاقد ودفعه إلى التعاقد وذلك بإيهامه بأمر غير موجود أو العكس ، على أن يكون التدليس صدر من أحد المتعاقدين أو ممن يمثله قانونا أو نائبه ، وأن يبلغ حداً من الجسامة لتؤثر على الرغبة في التعاقد ، بأن يكون هو الدافع إلى التعاقد.

ولنقرأ حكم المحكمة الإدارية العليا وهي تحدد هذه المبادئ في أحد أحكامها فتقول بأنه "... طبقا لحكم المادة ١٢٧ من القانون المدني ، ومن حيث إنه عن إدعاء الطاعن بأن جهة الإدارة دلست عليه بإيهامه أن السعر الذي يتعاقد به هو سعر مجزي يحقق له ربحا ، فإنه إدعاء عار من الصحة إذ تخلو الأوراق مما يفيد ذلك ، كما أن الطاعن لم يقم دليلا عليه ، وفضلا عن ذلك فإنه بافتراض أن الإدارة أوهمته بأن السعر الذي تتعاقد به هو سعر مجزي ، فإن ذلك لا يعتبر تدليسا حسب مفهوم حكم المادة ١٢٥ من القانون المدني للمطالبة بإبطال العقد. ذلك أن الفقرة الأولى من هذه المادة تتطلب في التدليس الذي يجوز إبطال العقد بسببه أن تكون ثمة طرقا احتيالية لجأ إليها أحد المتعاقدين ، تبلغ من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم العقد . ومجرد إيهام الإدارة للطاعن بأن السعر الذي ارتضى التعاقد به هو سعر مجزي ، لا يعتبر بحال من الأحوال من قبيل الطرق الاحتيالية التي يجوز وصفها بالتدليس سيما وأن الطاعن تاجر محترف اعتاد على التعامل في الأسواق وتوريد هذه المحاصيل وهو أعلم بمجال السوق ومتطلباته وأسعاره ، ومن ثم لا يجوز عليه إيهام أو تغرير"[1].

وفي الكويت قضت محكمة التمييز بأن ".. أما التدليس فقوامه الحيلة التي توجه للمتعاقد بقصد تقريره وجعله يعتقد أمراً يخالف الواقع والحقيقة أو ذلك بغية دفعه إلى ارتضاء التعاقد ، وقد حرص المشرع على أن يجعل الكذب والكتمان في

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٨٧٧ س ٢٧ ق بتاريخ ٢١/ ١ / ١٩٨٤ - الموسوعة الإدارية الحديثة - الفكهاني - مرجع سابق - ج ١٨ ص ٧٢٥ .

مقام الحيلة ، كلما جاء إخلالا بواجب خاص في الصدق أو المصارحة بفرض القانون أو الاتفاق أو طبيعة المعاملة أو الثقة التي يكون من شأن ظروف الحال أن تجعل للمدلس عليه الحق في أن يضعها فيمن غشه أو غرر به أي ذاك الذي يأتي بأي مخالفة واجب خاص متميز يملي على الشخص الإحجام عنه ، هذا ومن المقرر أن تقرير ثبوت وقوع المتعاقد في الغلط أو نفي وقوعه فيه واستخلاص عناصر التدليس وتقرير ما يثبت به وما ثبت كل ذلك وغيره من عيوب الرضا من مسائل الواقع التي يستقل قاضي الموضوع بتقدير الأدلة فيها بغير معقب عليه متى أقيم تقريره لهذا الواقع على ما ينتجه "[1].

جـ- *الإكراه :*

عبرت المحكمة الإدارية العليا عن هذا العيب في أحد أحكامها بقولها "...أنه لا وجه أيضا لما يدعيه الطاعن من أنه وقع تحت سلطان الرهبة والخوف من بطش المسئولين بمجلس المدينة إن لم يذعن للتعاقد . ذلك أنه لم يقم دليل على أن أحد من المسئولين بمجلس المدينة قد لوح للطاعن بأية وسائل لإكراهه على التعاقد بالأسعار المشار إليها. والمادة ١٢٧ من القانون المدني تشترط لجواز إبطال العقد للإكراه أن يتعاقد الشخص تحت سلطان رهبة يبعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون وجه حق ، وتكون هذه الرهبة قائمة على أساس ثم ترد الفقرة الثانية من هذه المادة لتقرر أن الرهبة تكون قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطرا جسيما محتدما يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال ..."[2].

---

(١) حكم محكمة التمييز رقم ٢٥٣ لسنة ١٩٨٦ – تجاري جلسة ١٩٨٧/٤/٢٢ سابق الإشارة إليه ، وفي ذات المعنى أيضا حكمها رقم ٩٠/٢٢٦ تجاري جلسة ١٩٩٢/٢/٩ ،وحكمها رقم ١٣ ، ١٥ لسنة ٦٣ مدني جلسة ٢١ /٢ / ١٩٩٤ ، و حكمها رقم ٢٧ /٩٠ عمالي جلسة ١٩٩٢/٢/٣ و حكمها رقم ٩٢/١٥٥ جلسة ١٩٩٣/٢/٧ ، حكمها رقم ١٥٩ /٩٢ تجاري جلسة ١٩٩٤/٢/٦ و حكمها رقم ٩٥/٤٩ تجاري جلسة ١٩٩٦/٧/١٠ من مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز سنة١٩٩٩ – الكتاب الثالث .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٨٧٧ س ٢٧ جلسة ١٩٨٤/١/٢١ – الموسوعة الإدارية الحديثة – الفكهاني – مرجع سابق – ج ١٨ ص ٧٢٦ .

وواضح من هذا الحكم تطبيق أحكام القانون المدني بهذا الخصوص ، مما يؤكد ما ذكرناه في بداية هذا الموضوع بعمومية تطبيق القواعد المدنية على العقود الإدارية فيما لا يتعارض مع الطبيعة القانونية المميزة للعقود الإدارية بصفة خاصة والطبيعة الذاتية للقانون الإداري بصفة عامة.

وفى دولة الكويت استقرت أحكام التمييز على ذلك فقضت في إحدى أحكامها بأن "... من المقرر أن الإكراه المبطل للرضا يتحقق بتهديد المتعاقد المكره بخطر محدق بنفسه أو بماله أو باستعمال وسائل ضغط أخرى لا قبل له باحتمالها أو التخلص منها ويكون نتيجة ذلك حصول رهبة على الإقرار بقبول مالم يكن ليقبله اختياراً ، ومدعى الاكراه هو الذى يتحمل عبء إثبات ذلك "[1].

ولما كان أحد أطراف العقد الإداري هو جهة الإدارة فإنه من النادر أن يقع إكراه عليهما في التعاقد ..[2].

د- الغبن :

وفقا لنص المادة (١٢٩) من القانون المدني المصري يتطلب المشرع استغلال الطيش البين أو الهوى الجامع للمتعاقد الآخر ، أي استغلال حالته النفسية، وذلك بطبيعة الحال غير وارد في العقود الإدارية ، لأنه غير متصور سوء النية من قبل جهة الإدارة " الخصم الشريف " وتعمد الإضرار بمصالح المتعاقد معها.

وعلى ذلك فإن فكرة الغبن كعيب يلحق بالرضا من الصعوبة توافرها في العقود الإدارية .

---

(١) حكم محكمة التمييز رقم ٢٦٩ لسنة ١٩٩٦ تجاري جلسة ١٩٩٧/٣/٣١ – موسوعة مبادئ القضاء الإداري – الكتاب الثالث – الجزء الثامن – القاعدة رقم ٧٩ ــ ص ١٢٠ــ وفي ذات المعنى الأحكام رقم ٩٢/١٧ عالى جلسة ١٩٩٣/٣/١ و حكمها رقم ١٨ /٩٤ عالى بجلسة ١٩٩٤/١٢/١٩ ، و حكمها رقم ٩٤/٧٠ جلسة ١٩٩٣/٦/١٢ ، وحكمها رقم ٤٠ /٩٣ تجارى بجلسة ١٩٩٤/٢/٧ و حكمها رقم ٧٠/ ٩٤ جلسة ١٢ / ٧ /١٩٩٤ و حكمها رقم ١٨/ ٩٤ جلسة ١٩ /١٢ /١٩٩٤ و حكمها رقم ٥١ /٩٤ تجاري جلسة ٢٣ / ١ /١٩٩٥ .

(٢) الدكتور.. سليمان الطماوي – العقود الإدارية – المرجع السابق ص ٣٩٢ .

ثانياً ـ المحل :

تبنت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها القواعد المنظمة لمحل العقد بقولها أنه ".. يشترط في محل العقد – أيا كان العقد – أن يكون قابلا للتعامل فيه ويكون الشيء غير قابل للتعامل فيه فلا يصلح محلاً للالتزام إذا كان التعامل فيه محظوراً قانوناً أو غير مشروع لمخالفته النظام العام وينبني على ذلك أن العقد يقع باطلا فلا ينعقد قانوناً ولا ينتج أثراً ، ويجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك ببطلانه ، وللمحكمة أن تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها ولا تصح إجازة العقد وإذا تقرر هذا البطلان فيعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ".

وكان موضوع النزاع ينصب على اتفاق بين جهة الإدارة وأحد الموردين لتوريد شوك وسكاكين وملاعق طبقاً لعينة تحتوي على نسبة عالية جدا من المواد الضارة التي تعرض من يستعملها للخطر ، فقالت المحكمة في ذات الحكم " ... من حيث الثابت من التحليل أن من شأن استعمال الأدوات محل العقد تعريض سلامة المستهلك لخطر التسمم ، وهو أمر في ذاته مخالف للنظام العام ، فإن للنفس حرمة لا يجوز انتهاكها ، وفضلا عن ذلك فإن دخول النحاس في تركيبة هذه الأدوات بالنسبة التي كشف عنها التحليل ، مخالف للنظام العام من جهة أخرى لمخالفته لأحكام أحد القوانين الجنائية ، والقوانين الجنائية تعتبر من النظام العام "(١).

ويلاحظ هنا أن القضاء الإداري يطبق أحكام القانون المدني ، حيث تنظم المواد من ١٣١ إلى ١٣٥ منه أحكام محل العقد وعليه يجب بداءة أن يكون محل التعاقد مشروعاً لا يخالف النظام العام ، فلا يجوز مثلا بيع أو رهن مال عام مملوك للدولة.

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٣٠٣ س ٨ ق جلسة ١٩٦٦/١٢/٣١ – الموسوعة الإدارية الحديثة ـ الفكهاني ـ ج ١٨ ـ ص ٧٢٤.

ويعتبر المحل غير مشروع أيضا إذا خالفت طبيعة العقد الروابط الإدارية ومنه إذا قامت الإدارة باتفاق مباشر مع الأفراد بتعديل المراكز النظامية العامة بالزيادة أو النقصان ، لأن هذه المراكز النظامية مقررة بحكم القانون ، وهو ما عبرت عنه محكمة القضاء الإداري بقولها ".. إذا كان التنازل قد أنصب على حق مقرر للموظف قانونا وواجب الحكومة العمل على وصوله لصاحبه ، لا المساومة عليه فإنه باطل .. ذلك لأنه لا يجوز أن يتفق على تعديل حق للموظف أو تخفيضه .. لأن علاقة الموظف بالحكومة هي علاقة تنظيمية لائحية "(١).

وأخيرا يجب أن يكون المحل ممكناً وليس مستحيلا وإلا نال العقد البطلان وفقا لأحكام القانون المدني ولما قرره القضاء(٢).

ثالثاً ــ السبب :

ولقد عبرت محكمة القضاء الإداري عن ركن السبب في العقد بشكل عام بقولها أنه " ... ومن حيث أن التزام صاحب المطحن بإنتاج عدد معين من أوقيات الدقيق الصافي ومن حيث كل إردب من القمح الذي تقوم بتسليمه إليه سلطات التموين ثم مساءلته عن عدم إنتاج هذا المقدار يجب أن يقوم على سبب قانوني وهذا السبب يكون إما بنص في التشريع أو في لائحة صادرة من جانب المطحن بمثل هذه المعدلات المقررة عند إبرامه العقد مع جهة الإدارة التي تهيمن على مرفق التموين في البلاد .. وإما باتفاق يتضمن ذكر المعدل المقصود وينبه إلى ضرورة الإنتاج على مقتضاه . فإذا جاء خلواً تماماً من مثل هذا النص ، فقد يسترشد القاضي بما هو من مستلزمات العقد وفقا للعرف الجاري في التعامل بحسب طبيعة كل التزام "(٣).

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٣٨٠ س ٦ ق جلسة ١٩٥٤/٢/٢٢ -المجموعة السنة ٨ ــ ص ٧٥٥ .
(٢) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٣١٩ ق جلسة ١٩٥٩/١/٤ - المجموعة السنتان ١٢،١٣ص ١٦١- مشار اليه الدكتور.سليمان الطماوي - العقود الإدارية - المرجع السابق . كذلك حكم محكمة التمييز ١٧٨ و١٩٩/٩٥ تجاري جلسة ١٩٩٦/٦/١٧ من مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة التمييز - الكتاب الثالث - لسنة ١٩٩٩ .
(٣) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٣٤٨٠ س ٩ ق جلسة ١٩٥٧/٦/٢ المجموعة س ١١ ص ٤٩٣ .

ومن ذلك قضت محكمة *التمييز* في أحد أحكامها بأنه " الأصل وفقا للمادة ١٧٧ من القانون المدني أنه يفترض أن للالتزام سبباً مشروعاً ولو لم يذكر في العقد وذلك إلى أن يقوم الدليل على خلافه ، مما مقتضاه أن على من يدعي انعدام السبب أو عدم مشروعيته إقامة الدليل على ذلك "[1].

فالالتزام يجب أن يكون له سبب وسبب مشروع ، ومن النادر وجود سبب غير مشروع في عقود الإدارة لأنها تبحث دائما عن المصلحة العامة وتمثلها.

وكباقي الأركان يتم اللجوء إلى قواعد القانون المدني لبحث تفاصيل ودقائق الموضوع وتطبيقها على العقود الإدارية مع مراعاة طبيعتها.

الغصن الثاني ــ الجزاء على تخلف أحد أركان العقد الإداري :

إذا تخلف أحد أركان العقد الإداري أو شابه عيب من عيوب الإدارة فإن البطلان مصيره ، والعقد الإداري في ذلك كالعقد المدني ، إلا أن البطلان المطلق يتسع نطاقه في مجال العقد الإداري عنه في العقد المدني لأن القواعد التي تحكمه متعلقة بالصالح العام مما يترتب على المساس بها البطلان المطلق ، هذا بالإضافة إلى أنه يوجد في نطاق العقد الإداري إلى جانب البطلان المطلق البطلان النسبي.

ويعتبر تقرير البطلان من سلطات قاضي الموضوع سواء بالنسبة للأفراد أو للإدارة ، بالرغم من الاعتراف بقدرتها على فسخ العقد بإرادتها المنفردة ، إلا أنه في حالة إدعائها ببطلان العقد يجب أن تحصل على حكم قضائي بذلك ، على أن يلاحظ أن دعوى البطلان تقتصر على أطراف العقد.

---

(١) حكم محكمة التمييز رقم ٤٠ لسنة٩٣ تجاري جلسة ١٩٩٤/٢/٧ وكذلك حكمها رقم ١٩٦٦/٢ مدني جلسة ١٩٩٦/١٠/٢٨ ، وحكمها رقم ٣٣٣ / ١٩٩٥ تجاري جلسة ١٩٩٦/١١/١١ من مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز من ١٩٩٢/١/١ إلى ١٩٩٦/١٢/٣١ – القسم الثالث ــ المجلد الثالث العدد يوليه ١٩٩٩ .

فإذا حكم ببطلان العقد ترتب على ذلك اعتبار العقد كأن لم يكن فيزول كل أثر له ، وفي هذه الحالة لا يخرج وضع طرفي العقد عن حالتين هما :

١. إن لم يشرع الطرفان بعد في تنفيذ هذا العقد الباطل فإنه لا يجوز لأي من الطرفين أن يطالب بتعويضه عن هذا البطلان .

٢. أما إذا شرع الطرفان[١] في تنفيذ العقد فإنه يترتب على الحكم ببطلانه إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التنفيذ .

على أنه تجدر ملاحظة أن بطلان العقد وإعادة الحال إلى ما قبل التنفيذ لا يصلح أن يقوم سببا في اقتضاء الطرف المضرور لتعويض مناسب له سواء كان ذلك الطرف الإدارة أم الفرد ، مع مراعاة أن طلب التعويض لا يستند إلى الرابطة العقدية ولكن استنادا إلى أسس أخرى قد يصح الاستناد عليها مثل المسئولية التقصيرية أو الإثراء بلا سبب.

خلاصة ما تقدم :

إن سلامة العقد الإداري لا تختلف عن سلامة العقد المدني وهي متعلقة باستكمال العقد لعناصره الداخلية فالطرق الاحتيالية والإكراه والغلط والخطأ المادي يمكن أن تشوب رضا طرفي العلاقة ويترتب عليها ذات الآثار التي تترتب على عيوب الإرادة في القانون المدني.

---

(١) للمزيد يراجع الدكتور. سليمان الطماوي – العقود الإدارية – مرجع سابق ص٤٠٤ .

المطلب الثاني
أهم صور العقود الإدارية

لا نعني هنا أننا بصدد حصر العقود الإدارية وأنواعها ، فهي لكثرتها وتنوعها أصبحت عملية تصنيفها وتعدادها عسرة جداً[1] ، لسرعة ما يلحقها من تطورات وتبدلات ، وإنما نعني إعطاء بعض الأمثلة لأشهر أنواع العقود الإدارية ، من خلال استعراض طبيعتها وبعض الأحكام القانونية التي تنظمها وتميزها.

الفرع الأول

عقد امتياز المرافق العامة

أولاً ـ مفهوم عقد امتياز المرافق العامة :

قد تلجأ الدولة لاعتبارات اقتصادية إلى أسلوب القانون الخاص في إدارتها للمرافق العامة وذلك على سبيل الاستثناء لأن الأصل في العمل أن تباشر هي بنفسها إدارة المرافق العامة.

ومن هذه الأساليب عقد امتياز المرافق العامة حيث تمنح الدولة شخصاً غيرها امتياز إدارة مرفق من مرافقها العامة وتجدرالإشارة إلى أن هذا النوع من العقود يعتبر أهم وأقدم وأشهر أنواع العقود الإدارية[2].

---

(١) ومنها ما إعتبره القضاء الإداري في الكويت عقوداً إدارية كالترخيص بالإنتفاع بالمال العام وعقود الإبتعاث للدراسة وتعيين غير الكويتين بعقود مؤقتة وعقود إستخدام الموظفين بصفة مؤقتة وعقد التوريد.

(٢) للمزيد يراجع الدكتور. سليمان الطماوي – الأسس العامة للعقود الإدارية – ص ١٠٨ ، وأيضا الدكتورة. عزيزة الشريف دراسات في نظرية العقد الإداري – ق ص ٧٣ ، و الدكتور.. محمد فؤاد عبد الباسط – القانون الإداري ص ٨٩٩ وغيرهم .

عنيت المادة ٦٦٨ من القانون المدني ، وأحكام القضاء أيضاً ببيان معنى عقد الالتزام بالشرح والتفصيل وعلى ذلك يمكن القول بأن "عقد الالتزام هو عقد إداريا يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته وتحت مسئوليته المالية بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية ، وطبقا 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[١] ، ويتحمل الملتزم بنفقات المشروع وأخطاره المالية ، ويتقاضى عوضا في شكل رسوم يحصلها من المنتفعين "[٢].

وهو ما جاء أيضاً في حكم محكمة النقض والذى جاء فيه :" أن الملتزم بإدارة المرفق العام على ما يفيده نص المادة ٦٨٦ من القانون المدني ــ ومن يربطه بالحكومة عقد إلتزام يكون الغرض منه إدارة مرفق عام ذي صفة أقتصادية لفترة معينة من الزمن "[٣].

وعقد الالتزام لا يرد بصفة مطلقة على المرافق العامة ، إنما يكون مجاله الرئيسي هو المرافق الصناعية والتجارية – أي المرافق الاقتصادية – والتي ذكرتها المادة ٦٨٨ مدني.

وعليه فإن عقد الالتزام ليس عقدا مدنيا وإنما هو عقد إداري ذو طبيعة مركبة يتحلل إلى جزئين أحدهما تعاقدي والآخر لائحي ، حيث يتمثل الجزء التعاقدي بالشروط التعاقدية وهي التي لا يجوز تعديلها إلا باتفاق إرادة الطرفين استنادا إلى قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين ، والتى تشمل حقوق والتزامات طرفي التعاقد وتنظيم المقابل المالي .

---

(١) المدة لم تعد محدودة في بعض القطاعات بمصر حيث وصلت إلى ٩٩ عاما كقطاع الكهرباء بموجب القانون رقم ١٩٩٦/١٠٠ علما بأن مدة منح الإمتياز في القانون رقم ١٩٤٧/٢٧ يجب ألا تزيد عن ثلاثين سنة.

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ١٤٦ – ٨ ق جلسة ٢٥/ ٣ / ١٩٥٦ ــ المجموعة س ١٠ ص ٢٥٩ .

(٣) محكمة النقض / مدني ــ الطعن رقم ٢٧/٢٩٣ ق جلسة ١٩٦٢/١١/٨ ــ المجموعة س ٢٣ ص ١٠٠٠ ــ مشار إليه في المستشار. حمدي ياسين عكاشة .

أما الجزء اللائحي فهو المتعلق بتنظيم وتسيير المرفق كمواعيد تقديم الخدمة وشروط الأنتفاع وقوائم الأسعار، وحتى التي يمكن للإدارة تعديلها بإرادتها المنفردة.

وعبر القضاء عن هذه الطبيعة المركبة بقول محكمة القضاء الإداري في أحد أحكامها بأن " ... الدولة وهي المكلفة أصلا بإدارة المرافق العامة ، فإنها إذا عهدت إلى غيرها أمر القيام بها ، لم يخرج الملتزم في إدارته عن أن يكون معاونا لها ونائبا عنها في أمر هو أخص خصائصها ، وهذا النوع من الإنابة لا تعتبر تنازل أو تخلياً من الدولة عن المرفق العام بل تظل ضامنة ومسئولة قبل أفراد الشعب عن إدارته واستغلاله ، وهي في سبيل القيام بهذا الواجب تتدخل في شئون المرفق العام كلما اقتضت المصلحة العامة هذا التدخل ، ولذلك فإن عقد الالتزام ينشئ في أهم شقيه مركزاً لائحياً يتضمن تخويل الملتزم حقوقا مستمدة من السلطة العامة يقتضيها قيام المرفق واستغلاله وهذا المركز اللائحي الذي ينشؤه الالتزام والذي يتصل بالمرفق العام هو الذي يسود العملية بأسرها ".

ثم أردفت تقول " ... أما المركز التعاقدي فيعتبر تابعا له ، وليس من شأنه أن يحول دون صدور نصوص لائحية جديدة تمس الالتزام ، كما أن من حق السلطة مانحة الالتزام أن تقوم أثناء تنفيذ الالتزام بتعديل هذا المركز اللائحي، وأنه ولو أن الشروط اللائحية تتقرر باتفاق يبرم بين السلطة مانحة الالتزام والملتزم إلا أن هذا الاتفاق ليس عقدا ولا يترتب عليه التزامات دائنية و مديونية ، بل هو يقرر قاعدة وينشئ مركزاً قانونياً أو لائحياً ، ومن ثم فإن حق الدولة في تعديل هذا المركز بإرادتها المنفردة من الأمور التي تخرج عن نطاق الجدل "[1].

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري رقمي ٤٨٥ ، ١٣٦٧ لسنة ٧٧ ق جلسة ١٩٧٥/١/٢٧ – المجموعة س ١١ ص ١٦٠.

كما تؤكد المحكمة الإدارية العليا ذات التكييف في أحكامها باستمرار ، ومن ذلك على سبيل المثال في حكمها حيث تقول فيه "... ومن حيث أن المسلم به فقهاً وقضاء أن شروط عقد إلتزام المرفق العام تنقسم إلى نوعين : شروط لائحية وشروط تعاقدية . والشروط اللائحية فقط هى التي يملك مانح الإلتزام تعديلها بإرادته المنفردة في أي وقت وفقا لمقتضيات المصلحة العامة ، دون أن يتوقف ذلك على قبول الملتزم . والمسلم به ان التعريف أو خطوط السير وما يتعلق بهما من الشروط اللائحية القابلة للتعديل بإرادة مانح الالتزام المنفردة .. " [1].

وتجدر الإشارة إلى أن حق الدولة في منح الامتياز مقيداً وليس مطلقاً فلقد أكدت الدساتير على التزامها بحدود ونصوص القانون في منحها للامتيازات ، فلقد نص في الدستور ١٩٧١ في المادة ١٢٣ على أن (ينظم القانون القواعد والإجراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة كما يبين أحوال التصرف بالمجان في العقارات المملوكة والنزول عن أموالها المنقولة والقواعد والإجراءات المنظمة لذلك).

وفي دولة الكويت ــ يخضع الملتزم أثناء تنفيذه لعقد الامتياز لرقابة مالية من ديوان المحاسبة ، ويباشرها الديوان بحكم اختصاصه والهدف من إنشائه وهو "... تحقيق الرقابة الفعالة على الأموال العامة وأيضا بما نصت عليها المادة ١٩ من القانون حيث يتولى الديوان (فحص الأوجه التي تستثمر فيها أموال الدولة ومراجعة حسابات هذه الاستثمارات وإبداء ما يعني له من ملاحظات في هذا الشأن).

وإلى جانب النصوص العامة خص المشرع الكويتي عقود الامتياز برقابة خاصة حيث نصت المادة ٢٣ على أن " يختص الديوان بفحص ومراجعة حسابات

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١١٠ س ١٣ ق جلسة ١٩٧٧/١٢/٣٠ ــ مجموعة المكتب الفني ــ مشار إليه في الدكتور . سليمان الطماوي ــ الأسس العامة للعقود الإدارية ص٢٧.

كل شركة مرخص لها باستغلال أو إدارة مرفق من المرافق العامة للدولة أو الممنوحة امتياز الاستغلال مورد من وموارد الثروة الطبيعية فيها ".

ويتولى الديوان بعد ذلك إبلاغ ملاحظات التي تسفر عنها مراجعة الحسابات إلى الشركة وإلى الجهة الإدارية المختصة بالإشراف عليها وإلى وزارة المالية والصناعة وبطبيعة الحال يتضمن هذه الملاحظات تقاريره التي يرفعها إلى مجلس الأمة (م ٢٤ / م ٢٥) .

ثانياً ـ خصائص عقد الالتزام :

يتميز عقد الالتزام ببعض الأحكام الخاصة به بالنسبة لأطرافه الثلاثة (الإدارة – الملتزم– الجمهور) .

١ – الإدارة :

يتبين لنا من استقراء قانون ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ المصري والقانون رقم ٦ لسنة ١٩٥٨ الخاص بالتزامات المرافق العامة أن لجهة الإدارة مانحة الالتزام الحقوق التالية :

أ– حق إختيار المتعاقد :

وفي ذلك قالت محكمة القضاء الإداري بأنه " ... ليس في القانون ما يلزم الحكومة بطرح إلتزامات المرافق العامة في مناقصات عامة قبل منحها ، والأمر في ذلك متروك لسلطتها التقديرية تتصرف فيه بما تراه محققاً للمصلحة "[1]

إلا أنه ينبغي ملاحظة أنه بالنسبة إلى إبرام عقود المرافق العامة بإستغلال موارد الثروة الطبيعية فإنه " يتعين أن تصدر إرادتان متعاقبتان هما ، إرادة السلطة

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ١٨٠٧ س ٦ ق جلسة ١٩٥٤/١٢/٢٢ ـ المجموعة س ٩ ص ١٧١ .

التشريعية أولاً بوصفها صاحبة الحق الأول في الترخيص بإبرام العقد ، وإرادة السلطة التنفيذية ثانياً بوصفها صاحبة الحق الأول في إعمال مضمون الترخيص أو الإحجام عن إعماله "[1].

ب- حق الرقابة والإشراف والتوجيه :

وهو حقها الأصيل والذي ينبع من طبيعة المرفق العام وهو مفترض دون حاجة إلى نص يقرره ، فلجهة الإدارة المتعاقدة الحق في رقابة المرفق العام موضوع عقد الإلتزام ، وذلك سواء في وقت إنشائه أو أثناء تنفيذه أو أثناء تقديمه للخدمة العامة المطلوبة من كافة النواحي الفنية والمادية والإدارية ، إما عن طريق موظفيها أو عن طريق جهات رقابية في الدولة كالجهاز المركزي للمحاسبات في مصر أو ديوان المحاسبة في الكويت.

ج ـ حق تعديل الشروط اللائحية بإرادتها المنفردة :

لمانح الإلتزام متى إقتضت المصلحة العامة أن يقوم بتعديل النصوص اللائحية التي يتضمنها عقد الإلتزام بإرادتها المنفردة ، مع مراعاة حق الملتزم في التعويض إن كان له مقتضى[2].

وجاء أيضاً في أحد أحكام الإدارية العليا بأنه "... لما كان تعديل العقد الإداري أمراً تملكه الإدراة المتعاقدة على أن تعويض المتعاقد معها عما لحقه من ضرر نتيجة هذا التعديل لذلك فإن المطعون ضده وقد أصابه ضرر من توريد الدواجن مذبوحة فإنه يكون له الحق في التعويض "[3].

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٨٥٥ س ٧ ق و ٦٠٦ و١٢٣٧ س ١٠ ق جلسة ١٩٥٨/٤/٢٧.

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري رقمي ٣٤٣ و ١٤٧ س ٥ ق جلسة ١٩٥٣/١١/١٦ ـ مشار إليه عند المستشار . حمدي ياسين عكاشة ـ موسوعة العقود الإدارية والدولية ـ العقود الإدارية ـ ص ٥٤٩ .

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٤٣٩ س ١١ ق ـ جلسة ١٩٦٨/٥/١١ ـ الموسوعة الإدارية الحديثة ـ الفكهاني ـ ج(١٨) .

٢ – الملتزم :

وهو إما أن يكون فردا أو شركة يستهدف الحصول على الأرباح من جراء التزامه بإدارة المرفق وبالتالي فإنه له حقوق وواجبات وهي:

أ ــ حقوقه :

- *إقتضاء المقابل المالي:*

وذلك يكون على شكل رسوم يتقاضاها من جمهور المنتفعين من خدمات المرفق العام ، وهذا المقابل المالي هو الذي يدفع الملتزم إلى التعاقد مع الدولة بهدف تعويض ما قام بإنفاقه وجني الأرباح.

ويكون تحديد هذه الرسوم من سلطته أيضاً ، مع قيام مانح الإلتزام بمراقبته إن غالى في تحديدها بوجه لا يتفق مع المصلحة العامة.

- *التمتع بمزايا تمنحها الإدارة :*

وهذه المزايا تمنحها للملتزم حتى يتمكن من القيام بمهمته ، وترد كشروط تعاقدية في وثيقة الإلتزام ، لا يجوز لمانح الإلتزام التنصل منها أو تعديلها ، وإن فعل ذلك قامت مسئوليته ، ومن أمثلة هذه المزايا القروض والتسهيلات المالية لو منح التراخيص اللازمة لمباشرة أعماله ، أو تقديم قطعة أرض ليقيم عليها هذا المرفق.

• *ضمان التوازن المالي :*

يفترض في عقد الإلتزام أنه قائم على توازن مالي[1] بين مـــانح الإلتـــزام والملتزم ، فإذا ما إختل هذا التوازن نتيجة لممارسة مانح الإلتزام لحقه في التعديل كان للملتزم الحق في إعادة التوازن المالي للعقد عن طريق إقتضاء تعويض .

ذلك أنه لو سلمنا بحق الإدارة في التدخل للمصلحة العامة فإن ذلـــك لا يعنـــي إهدار مصالح الملتزم المالية.

ب ــ واجبات الملتزم:

في مقابل حقوق الملتزم في عقد الإلتزام فإنه هناك واجبـــات يجـــب عليـــه الإلتزام بها وتحقيقها ومنها:

• *أن يدير المرفق بنفسه :*

وهو ما يعبر عنه بالإلتزام بالتنفيذ الشخصي بمعنى أنه يقوم الملتزم نفســـه الذي تعاقد مع جهة الإدارة بذاته ، بتنفيذ عقد الإلتزام ، فلا يجوز أن يحل غيـــره فيه ، وإلا أصبح ذلك إخلالاً بمصلحة المرفق ، وخطأ عقدياً يجيز للإدارة توقيـــع الجزاء العقدي المناسب .

• *أن يقوم بجميع الإنشاءات الضرورية للمرفق على مسئوليته ونفقته :*

وفي حكم للمحكمة الإدارية العليا قالت فيه بأن "... إلتزام المرافق العامـــة ليس إلا عقداً إدارياً يتعهد فيه أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه القيام على نفقتـــه وتحت مسئوليته المالية بتكاليف من الدولة أو إحدى وحـــداتها الإداريـــة وطبقـــاً

(١) سنتعرض لفكرة التوازن المالي عند بحثنا لعوارض تنفيذ العقد الإداري لاحقاً.

للشروط التي توضع له بأداء خدمة عامة للجمهور وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محدودة من الزمن وأستيلائه على الأرباح ... " .

"... ومن حيث أنه بتطبيق ما تقدم على المنازعة الراهنة فأن البادى من الأطلاع على العقد المبرم في ٩ نوفمبر سنة ١٩٥٤ وعلى التنازل الصادر للشركة الطاعنة أن جهة الإدارة منحت الشركة الطاعنة حق استغلال منطقة المنتزه لاستعمالها كمركز سياحي ممتاز لمدة خمسة وعشرين عاماً يبدأ من تاريخ التوقيع على العقد وتلتزم الشركة مقابل منحها حق استغلال المنطقة المذكورة بأداء مبلغ ٥٤ ألف جنيه إلى الوزارة وتتولى الشركة صيانة الحدائق والمنتزهات والغابات والطرق مقابل سبعة آلاف جنيه ... " [1].

- ***عدم إيقاف سير العمل في المرفق :***

بموجب عقد الإلتزام يصبح الملتزم شريكاً للإدارة في الإلتزام بضمان سير المرفق العام بإنتظام وإضطراد وعليه فليس له الدفع بعدم إيقاف سير العمل في المرفق لأي سبب مهما كان حتى ولو كان التقصير من جهة الإدارة في تنفيذ إلتزاماتها وإنما الإستمرار دوماً بالتنفيذ ما دام ذلك في إستطاعته ثم يطالب جهة الإدارة بالتعويض عن إخلالها بإلتزاماتها إن كان لذلك مقتضى .

"... ويعتبر تقصير الملتزم في ذلك خطأ جسيماً يبرر وقوع الجزاء عليه ، وليس له أن يدفع بعدم التنفيذ إلا بتوافر حالة القوة القاهرة التي تحيل الإلتزام إلى الإستحالة[2].

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣٩٧ س ١٩ ق جلسة ١٩٩٠/٢/٢٠ ـ مشار إليه في المستشار . حمدي ياسين عكاشة موسوعة العقود الإدارية ـ مرجع سابق ـ ص ٥٣٧ ، ٥٣٨ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٧٦٧ س ١١ ق جلسة ١٩٦٩/٧/٥ ـ المجموعة س ١٤ ص ٩٣٢ .

كما أشارت المحكمة الإدارية العليا في حكم لها لشروط القوة القاهـرة حيث قالت " ... أما وإذا كانت الأستحالة (أستحالة التنفيذ) راجعة إلى سبب أجنبـي فـإن الإلتزام ينقضي أصلاً سواء من حيث التنفيذ العيني أو التنفيذ بالتعويض والسـبب الأجنبي هو الحادث الفجائي أو القـوة القاهرة أو خطأ الدائن أو ما فعـل الغيـر ويجب أن تكون القوة القاهرة أمراً غير ممكن التوقع ومستحيل الدفع ... " [1] .

وقالت في ذلك محكمة التمييز " ... لا يسوغ للمتعاقد مع الإدارة أن يمتنـع عـن الوفـاء بإلتـزامـاته حيـال المرفـق العـام أن ثمـة إجـراءات إدارية أدت إلى الإخلال بالوفاء بأحد إلتزاماتها قبله ، بل ويتعين عليه إزاء هـذه الإعتبارات أن يستمر في التنفيذ ما دام ذلك في إستطاعته ... "[2].

٣- جمهور المنتفعين :

وهم الفئة التي تعود حُسن سير العمل بالمرفق عليهم بالفائـدة ويتمتعـون بالخدمة التي تقدم لهم ، وعلاقة المنتفعين ذات اتجاهين :

الاتجاه الأول ـ بالنسبة لعلاقتهم بجهة الإدارة ، فلهم الحق فـي مطالبـة الإدارة بالتدخل لإجبار الملتزم على احترام شروط العقد إذا ما أخل بقاعدة المساواة بينهم مثلاً.

الاتجاه الثاني ـ بالنسبة لعلاقتهم بالملتزم فلهم المطالبة بالمساواة في الحصـول على الخدمة من هذا المرفق ، وعدم المغالاة في مقابل هذه الخدمة .

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا جلسة ١٩٦٩/١٢/١٢ ـ مشار إليه في للدكتورة .عزيزة الشريف ـ دراسات في نظرية العقـد الإداري ـ مرجع سابق .

(٢) حكم محكمة التمييز رقم ٢٣٥ لسنة ١٩٨٩ إداري جلسـة ١٩٩٠/١/٢٨ موسـوعة مبـادئ القضـاء الإداري ـ ج ٨ ـ صـ٢٨١ .

ثالثاً ــ انتهاء عقد الامتياز[1] :

يتميز عقد الالتزام بأنه يمنح لمدد طويلة نسبيا ، وتتحدد هذه المدة في العقد ذاته فإذا انتهت هذه المدة عاد المرفق على حالته قبل العقد إلى الدولة دون مقابل وهذه هي الطريقة الطبيعية لإنتهاء عقد الإمتياز.

وقد ينتهي عقد الامتياز بطريقة إستثنائية باستحالة التنفيذ بسبب القوة القاهرة مثلا ، وقد ينتهي بإسقاط الإلتزام عن الملتزم لأسباب قومية وقد ينتهي عقد الامتياز بقيام الدولة باسترداد المرفق قبل نهاية المدة مع قيامها بتعويض الملتزم ولخطورةهذا الإجراء أوجب القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ على أن ينص في الإلتزام على شروط وأوضاع إسترداد المرفق قبل إنتهاء مدته.

وفي الكويت يخضع عقد الإمتياز لنوعين من الرقابة وهما:

• *الرقابة المسبقة* ــ وتتمثل أولاً فيما نص عليه الدستور في المادة (١٥٢) على أن (حق الإلتزام بإستثمار مورد من موارد الطبيعة أو مرفق من المرافق العامة لا يكون إلا بقانون ولزمن محدد).

وأيضاً ما نصت عليه المادة ١٥٣ على أن (كل احتكار لا يكون إلا بقانون ولزمن محدد).

مما يعني أن منح الإلتزام يكون بقانون من السلطة التشريعية وهي مجلس الأمة .

وتتمثل هذه الرقابة المسبقة ثانياً في رقابة إدارة الفتوى والتشريع وفقاً للقانون رقم (١٢) لسنة ١٩٦٠ بنص المادة (٦) حيث نصت على أن " تستفتى إدارة

---

(١) يراجع الدكتورة . سعاد الشرقاوي ــ العقود الإدارية ــ دار النهضة العربية ــالطبعة الثانية صـ ٦٢ .

الفتوى والتشريع في كل إلتزام موضوعه إستغلال مورد من موارد الثروة الطبيعية في البلاد أو مصلحة من مصالح الجمهور العامة وكل إمتياز أو احتكار ".

ويخضع عقد الإمتياز في الكويت ثالثاً لرقابة ديوان المحاسبة وفقاً للقانون رقم ٣٠ لينة ١٩٦٤ بموجب نص المادة (١٤) التي قررت الرقابة على (كل مشروع إرتباط أو إتفاق أو عقد يكون من شأن إبرامه ترتيب حقوق أو إلتزامات مالية للدولة أو غيرها من الأشخاص المعنوية العامة أو عليها إذا بلغت قيمة الإرتباط أو الإيقاف أو العقد مائة ألف دينار فأكثر).

•*الرقابة اللاحقة* ــ وتكون بعد أن يدخل عقد الإمتياز حيز التنفيذ ، فيخضع الملتزم للرقابة المالية المفروضة من ديوان المحاسبة ، لأنه هو الذي يتولى الرقابة على الأموال العامة في الكويت بموجب قانون إنشائه حيث نصت المادة الثانية من القانون ٣٠ لسنة ١٩٦٤ بإنشاء الديوان يهدف إلى (تحقيق الرقابة الفعالة على الأموال العامة).

وهو على ذلك يقوم الديوان وفقاً للمادة (١٩) من ذات القانون ب (فحص الأوجه التي تستثمر فيها أموال الدولة ، ومراجعة حسابات هذه الإستثمارات وإبداء ما يعين له من ملاحظات في هذا الشأن).

هذا بشكل عام ، أما فيما يتعلق بعقد الإمتياز فقد نصت المادة (٢٣) على أن " يختص الديوان بفحص ومراجعة حسابات كل شركة مرخص لها بإستغلال أو إدارة مرفق من المرافق العامة للدولة ، أو الممنوحة إمتيازاً لإستغلال مورد من موارد الثروة الطبيعية فيها " وفقا لنص المادتين ٢٤ و ٢٥ من ذات القانون فإن الديوان يقوم بإعداد تقارير دورية محاسبية بالملاحظات التي تسفر عن مراجعة الحسابات إلى طرفي العقد وإلى مجلس الأمة.

ولا يخفى أن خضوع عقد الإمتياز لنوعين من الرقابة إنما يعكس أهميتـه لإرتباطه بإستغلال الثروات الطبيعية للبلاد وإلتصاقه بمبدأ حماية سـير المرافـق العامة بانتظام وإضطراد.

كما حرص المشرع على خضوع عقد الأمتياز للرقابة ، فإنه قد حرص أيضاً على بيان كيفية إنهاء عقد الأمتياز واستخدم لهذا أسلوبين :

أولهما : *أسـلوب اتفاقي ـ ومثال ذلك* حينما أبرمت إتفاقية مع شركة البتـرول البريطـانيـة (بي بي) وشركة جلف الكويت لإنهاء إتفاقية إمتيازات بترولية ، وصدر القانون رقم (١٠ لسنة ١٩٧٦) بالموافقة على الإتفاقية الخاصـة بأيلولـة جميع حقـوق شـركـة (بي بي) الكويت المحدودة وشركة جلـف الكويـت إلى الدولة .

ثانيهما :أسلوب التأميم : ومثال على ذلك إنهاء الإتفاقية المعقودة مع شركة الزيت الأمريكية المستقلة (أمينويل) وأصدرت مرسوم بالقـانون رقـم (١٢٤ لسـنة ١٩٧٧) بإنهاء الإمتياز الممنوح للشركة عام ١٩٤٨ وأيلولـة جميـع الأمـوال والموجودات والمصانع وكل ما يتعلق بهذا الإمتياز إلى الدولة ، وذلك كما حـدث في مصر عام ١٩٥٦ بالنسبة لتأميم قناة السويس وأيلولتها إلى الدولة .

الفرع الثاني

عقد الأشغال العامة

يعتبر عقد الأشغال العامة أحد الصور المهمة من صور العقود الإدارية لكثرة لجوء الإدارة إليه ، ويقابله عقد المقاولة في القانون المدني[1] ، إلا أنه في نطاق القانون الإداري مرتبط بمرفق عام.

وحول ماهيته قرر مجلس الدولة المصري بفتوى صدرت من قسم الرأي بأنه " عقد يتعهد بمقتضاه مقاول للحكومة بأن يقوم بتنفيذ عمل معين تحت مسئوليته وبإشرافها ، لقاء مقابل نقدي يدفع إليه حسب الأسس الموضحة بالتعاقد، والعنصران الأساسيان في عقد المقاولة هما قيام المقاول بإنشاء العمل المتفق عليه دون أن يكون له حق استغلاله ، وقيام الإدارة بدفع المبلغ النقدي للمقاول"[2].

وقامت محكمة القضاء الإداري بتوضيح طبيعة عقد الأشغال بقولها " ... إن مقاولات الأشغال العامة التي تطرحها الحكومة في مناقصات عامة لها طابعها الخاص إذ هي تتناول مرافق الدولة العامة والأموال التي تنفق فيها أموال عامة ، ولذلك فإنها تحاط بسياج من الضمانات التي تكفل حسن سير العمل واختيار من يقوم به لإنجازه في الوقت المعين وبأقل نفقة ، وقد وضعت من أجل ذلك كراسات النصوص والشروط العمومية التي يخضع لها المقاولون وتستهدف جميعها الصالح العام وتضفي على العقد طابعاً يجعله عملاً من أعمال الإدارة يهدف إلى

---

(١) عرفت المادة ٦٥١ من القانون المدني الكويتي عقد المقاولة بأنه عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أن يؤدي عملاً للطرف الأخر مقابل عوض دون أن يكون تابعاً له أو نائباً عنه .

(٢) فتوى مجلس الدولة – قسم الرأي – رقم ٣٦٩ بتاريخ ١٩٤٩/١٢/١٦ – مشار إليه في المستشار. حمدي ياسين عكاشة – العقود الإدارية – مرجع سابق ص ٤٠٣ .

حسن سير المرفق العام ، ويخضع للقواعد خاصة ، كما أنها تجعل من المقاول صفة من يتعاون على حسن سير هذا المرفق "[1].

وأكدت هذا المعنى محكمة القضاء الإداري في أحد أحكامها بقولها أن عقد الأشغال العامة هو " عقد مقاولة بين شخص من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة ، بمقتضاه يتعهد المقاول بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب هذا الشخص المعنوي العام وتحقيقا لمصلحة عامة مقابل ثمن يحدد في العقد"[2].

ونلاحظ التوافق بين عقد الأشغال العامة وبين عقد الإلتزام من حيث الطبيعة القانونية للعقود ، مع إختلاف محل إلتزام المتعاقد مع الإدارة ، ففي عقد الأشغال العامة يكون محل العقد هو إنجاز أحد مشروعات الأشغال العامة وإستغلاله .

ومما سبق عرضه يمكن أن نتعرف على القواعد التي تحكم عقد الأشغال العامة وتحديد طبيعته وهي :

١ – أن يرد موضوع العقد على عقار :

وهذا الذي يميز عقد الأشغال العامة عن غيره من العقود الإدارية بأن ينصب موضوع العقد على عقار وعلى ذلك :

- يعتبر العقد من عقود الأشغال العامة إذا تناولت الأشغال عقاراً أو عقاراً بالتخصيص.
- لا يعتبر العقد من عقود الأشغال العامة إذا كان محل العقد منقولا ولو كان ضخماً كالسفن .

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٢٠٤ س ٣ ق جلسة ١٩٥٠/٦/٢٠ ــ المجموعة س ٤ ص ٩٠٦ .
(٢) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٢٨٤ س٨ ق جلسة ١٩٥٦/١٢/٢٣ ــ المجموعة س ١١ ص ١٠٤ .

- لا تقتصر الأشغال العامة الواردة على العقار على عمليات البنـــاء فقـــط بـــل تشمل عمليات الترميم والصيانة أو الهدم .

٢- *أن يكون تنفيذ العقد لصالح شخص معنوي عام* وعلى ذلك :

- تكون الأشغال العامة لحساب الشخص المعنوي العام إذا وردت على عقار مملوك له أو كان العمل لصالحه وتحت إشرافه .

- يستوي أن يكون الشخص المعنوي إقليمياً أو مصلحياً .
- لا يكون العقد من عقود الأشغال العامة إذا كان لصالح شخص معنوي خاص

٣- *أن يكون غرض العقد تحقيق نفع عام :*

حيث لم تعد الأشغال العامة مرتبطة فقط بالمرافق العامة بل تعـدتها إلـــى هدف تحقيق المنفعة العامة ، لذلك نجد مجلس الدولة الفرنسي قـــد توســـع فـــي مفهوم عقد الأشغال العامة و ألحق به بعض الاتفاقات ومنها ، الاتفاق على توريد ونقل مواد ، وعقد إيجار الخدمات ، والاتفاق على تقديم مساعدة مالية أو عينيـــة بقصد المساعدة على إنجاز الأشغال العامة وغيرها[1].

وتجدر الإشارة إلى أن المقابل الذي يتقاضاه المتعاقد مع الإدارة يتمثل فـــي صورة مبلغ محدد في العقد يتقاضاه من الإدارة أو الجهة التي يتم العمل لحسابها وليس في صورة رسوم كما في عقد الالتزام .

---

(١) لمزيد من التفاصيل انظر كل من الدكتور. سليمان الطماوي – العقود الإدارية – مرجع سابق ص ١٣١ ، وأيضـــا الـــدكتورة. عزيزة الشريف – نظرية العقد الإداري – مرجع سابق ص ١٢٠ .

وعني المشرع في الكويت على إيراد عقد الأشغال العامة وتنظيمه من خلال قانون رقم (٣٧ لسنة ١٩٦٤) الخاص بإنشاء لجنة المناقصات المركزية وأيضاً شمله القانون رقم (٢٠ لسنة ١٩٨١) الخاص بإنشاء الدائرة الإدارية وأخضعه تحت ولاية الدائرة الإدارية في أي منازعات تثور بشأنه.

إن ما سبق عرضه كان لأهم صور العقود الإدارية لبيان نظامها القانوني وطبيعتها وإلا فمن المعلوم إن صور العقود الإدارية كثيرة ومتنوعة حيث يشمل عقود التوريد والنقل وعقود التعهد بالإنتظام في الدراسة وخدمة الدولة ، وعقد الترخيص بالانتفاع بالمال العام وعقد القرض العام وعقد تقديم المعونة ، ولكن لا يتسع المقام في هذا المطلب لعرضها والتفصيل في أحكامها .

الفصل الأول
تمييز العقد الإداري

إنطلقنا في بداية هذا الباب من أن العقد الإداري والعقد المدني يتشاركان في الطبيعة القانونية في العقود ، غير أن العقد الإداري يتميز عن العقد المدني من حيث الأحكام القانونية التي يخضع لها.

وينبع هذا التميز من تطلب ضرورة توافر شروط معينة لا تتوافر في غيره من العقود ، وبالتالي يمكن الحكم على عقد من العقود بكونه إداري بالنظر إلى توافر هذه الشروط من عدمها.

ونستطيع القول بأن العقد الإداري يتميز أيضاً بالشروط التي تطلبها القانون قبل إبرامه ، والتي يجب أن تلتزم جهة الإدارة بها ، وأيضاً نرى أن أساليب إبرام هذه العقود تؤكد أنها إدارية حيث حدد القانون ونظم أساليب إبرام هذه العقود.

وكل هذا التمييز في واقع الحال يرجع لإرتباط العقد الإداري بالمصلحة العامة وترجيح كفتها على المصلحة الخاصة والتي يمثلها المتعاقد معها.

من هذه المنطلقات سوف نتطرق في هذا الفصل إلى مبحثين هما:

المبحث الأول ــ معايير تمييز العقد الإداري.

المبحث الثاني ــ شروط إبرام العقد الإداري وأساليب إبرامه.

على أن نتناولهم من زاويتي نظرة الفقه والقضاء إليهما في كل من مصر والكويت.

المبحث الأول
معايير تمييز العقد الإداري

البحث عن الطبيعة القانونية لأي عقد إذا كان مناط نزاع معين ، من الأمور الأساسية التي يحرص عليها القضاء ابتداء ويحرص عليها كذلك الفقه من بعده ، حيث يتوقف عليها تحديد جهة الاختصاص بنظر النزاع ، فإذا كان العقد متصفاً بالطابع المدني انعقد الاختصاص للقضاء العادي وبالتالي يلجأ إليه الأفراد ، وإن كان العقد مصطبغاً بالطابع الإداري انعقد الاختصاص للقضاء الإداري سواء كان ذلك متمثلاً بمجلس الدولة في مصر أو في الدائرة الإدارية في دولة الكويت .

وبدراسة الأحكام القضائية والآراء الفقهية بهذا الشأن ، نجد أن كليهما قد استقر على معايير ارتبط وجودها بالطبيعة الإدارية للعقد وإذا انتفى أحدها انتفت الصفة الإدارية للعقد وأصبح مدنياً.

وهذه المعايير اجتمعت في التعريف القضائي للعقد الإداري الذي استقرت عليه أحكام القضاء الإداري المصري والقضاء الإداري الكويتي على " أنه العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره ، وأن يظهر نيته في هذا العقد بالأخذ بأسلوب القانون العام و أحكامه ، وذلك بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص"[1] وعليه يمكن القول بأن معايير تمييز العقد الإداري متمثلة بالآتي :

---

(١) تكرر هذا التعريف بنفس الصياغة تقريبا في كثير من الأحكام وعلى سبيل المثال حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٣٤٨٠ س ٩ ق جلسة ٢ /١٩٥٧/٦ المجموعة السنة ١١ ص ٤٩٣ – وفي الكويت حكم محكمة التمييز رقم ١٢٢ لسنة ٨٨ تجاري – محكمة القضاء والقانون – سبتمبر ١٩٩٥ لسنة (١٧) قاعدة (١٩٥) ص (٧) – و أيضا حكمها رقم ٤٣ لسنة ٩٧ تجاري بجلسة ١٩٩٧/١٢/٨ – موسوعة مبادئ القضاء الإداري – المرجع السابق – الكتاب الثالث – الجزء الثامن – ص ١٣ــ وحكمها رقم ٣٦٨ لسنة ٩٩ تجاري – مجلة القضاء والقانون السنة ٢٧ – ع٢ .

أولاً ــ أن تكون الإدارة طرفاً فيه .

ثانياً ــ أن يتصل بتسيير مرفق عام .

ثالثاً ــ أن يتضمن شروطاً استثنائية (غير مألوفة) .

وسوف نتناول هذه الضوابط بالشرح والبيان بالقدر الذي يناسب التمهيد لموضوعنا.

المطلب الأول
أن تكون الإدارة طرفاً فيه

يعبر بعض الفقهاء عن هذا الشرط بقولهم بوجوب كون أحد أطراف العقد شخصاً من أشخاص القانون العام ، فالعقود الإدارية هي نوع من أنواع عقود الإدارة ، وهو ضابط شكلي بالنظر إلى أحد أطراف العقد وهو الإدارة ، غير أن هذا الضابط وحده غير كاف لصبغ العقد بالصبغة الإدارية فلابد من توافر الشرطين الآخرين.

وهذا ما قررته المحكمة الإدارية العليا بقولها " .. من البديهي أن العقد الذي لا تكون الإدارة أحد أطرافه لا يجوز بحال من الأحوال أن يعتبر من عقود الإدارة ، ذلك أن قواعد القانون العام إنما وضعت لتحكم نشاط الإدارة لا نشاط الأفراد والهيئات .. "(١)

وليس لازماً كون الإدارة طرفاً في العقد للجزم بأن العقد إدارياً ، لأن الإدارة قد تدخل في التعاقد شأنها شأن الأفراد ، فهي تتمتع بحرية اختيار صفتها في التعاقد فلها أن تختار بأن تتعاقد وفقاً لأساليب القانون الخاص متى قررت ملاءمة ذلك لحسن سير المرافق العامة ، فتعتبر عقودها عقوداً مدنية ، وهذا ما استقر عليه القضاء الإداري في الكثير من الأحكام ، منها على سبيل المثال ما قررته محكمة القضاء الإداري في أحد أحكامها بقولها " ... ليس كل عقد تبرمه جهة الإدارة بعقد إداري حتماً ، فكثيراً ما تلجأ هذه الجهة في سبيل استغلال أموالها الخاصة ، إلى إبرام عقود بينها وبين جهة إدارية أخرى ، أو بينها من جهة وبين

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٥٥٨ س ٧ ق جلسة ٢ / ٣ / ١٩٦٤ ـ المجموعة س ٩ ص ٧٦٣ .

بعض الأشخاص من جهة أخرى في ظل قواعد القانون الخاص فيختص بها قاضي القانون الخاص ، ولا تعني بأمرها مبادئ القانون الإداري ، وليس بكاف أبداً مجرد أن يكون أحد طرفي التصرف شخصاً إدارياً عاماً للقول بأن هذا التصرف إنما هو عقد إداري يخضع لأحكام القانون العام وتختص حتما بالفصل في منازعاته هذه المحكمة ، فالشخص الإداري العام قد يبرم عقداً مدنياً كما قد يبرم عقداً إدارياً سواء بسواء ... "[1].

كما أكدت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها هذا المبدأ حيث قالت بأن " ... ومناط العقد الإداري أن تكون الإدارة أحد أطرافه ، وأن يتصل بنشاط المرفق العام من حيث تنظيمه وتسييره بغية خدمة أغراضه وتحقيق احتياجاته مراعاة لوجه المصلحة العامة وما تقتضيه من تغليبها على مصلحة الأفراد الخاصة ، وأن يأخذ العقد بأسلوب القانون العام وما ينطوي عليه من شروط أستثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص سواء تضمن العقد هذه الشروط أو كانت مقررة بمقتضي القوانين واللوائح " [2] .

إذن توافر هذا الضابط الشكلي بكون الإدارة طرفا في العقد لا يكفي وحده لصبغ العقد بالصبغة الإدارية ، وهو ما استقرت محكمة القضاء الإداري عليه حيث أكدت أنه " .. وقد استقر قضاء هذا المحكمة على أن العقد المبرم بين شخص معنوي عام وبين أحد الأفراد لا يستلزم بذاته اعتبار العقد من العقود الإدارية"[3] .

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٧٠٢٧ س ٨ ق جلسة ١٤ / ٤ / ١٩٥٧ ـ المجموعة س ١١ ص ٣٤٩ ـ وأيضا حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٨٧٠ س ٥ ق جلسة ١٩٥٦/١٢/٩ ـ المجموعة س ١١ ص ٧٦ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٥٥٩ س١١ ق جلسة ١٩٦٨/٣/٢٤ المجموعة س ١٣ ص ٥٥٧ .

(٣) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٧٧٩ س ١٠ ق جلسة ٢٤ / ٢ / ١٩٥٧ـ مشار إليه في الدكتور. سليمان الطماوي ـ الأسس العامة للعقود الإدارية مرجع سابق ص ٥٩ .

ويجب ملاحظة أنه وإن كان هذا الضابط الشكلي لا يكفي لوحده لاعتبار العقد إدارياً ، إلا أن وجوده أساسي ، وإذا خلا العقد منه تعذر وصف العقد بالصفة الإدارية ،وبالتالي فإن العقد الذي لا يكون أحد أطرافه شخصا من أشخاص القانون العام لا يمكن أن يعتبر عقداً إدارياً بحال من الأحوال"[١].

ولقد استتبع هذا الضابط أعتراف القضاء بالشخصية المعنوية العامة للنقابات المهنية المختلفة التي تتمتع بقدر من امتيازات السلطة العامة ، من أجل وضع ضوابط التنظيم المهني[٢] ، وكذلك لبعض الجماعات الدينية[٣].

هذا بالإضافة إلى الأشخاص المعنوية العامة التقليدية ابتداء من الدولة أو من الأشخاص المعنوية العامة الإقليمية أو المحلية كالمحافظة أو المدينة أو القرية، أو من الأشخاص المعنوية المصلحية أو المرفقية كالهيئات العامة و المؤسسات العامة.

ويعني الاعتراف بالشخصية المعنوية العامة إمكانية اعتبار العقود التي تبرمها تلك الجهات عقوداً إدارية إذا توافرت باقي الشروط ، وبمفهوم المخالفة تجد أن العقد المنعقد بين شخصين من أشخاص القانون الخاص لا يمكن اعتباره إدارياً بأي حال من الأحوال حتى ولو كان هدفه تحقيق خدمة عامة[٤].

وكذلك يعتبر العقد إدارياً ولو لم تكن الإدارة طرفاً فيه استناداً إلى مبدأ نيابة الشخص الخاص عن الشخص العام ، إذا كان التعاقد باسم ولحساب الإدارة ، ولقد أكد القضاء الإداري ذلك في الكثير من أحكامه ومنها حكم المحكمة الإدارية العليا إنه " .. متى استبان أن تعاقد الفرد أو الهيئة الخاصة إنما كان في الحقيقة لحساب الإدارة ولمصلحتها فإن هذا التعاقد يكتسب صفة العقد الإداري ، إذا ما توافرت فيه العناصر الأخرى التي يقوم عليها تمييز العقد الإداري "[٥] .

---

(١) الدكتور. سليمان الطماوي – الأسس العامة للعقود الإدارية – المرجع السابق ص ٦٢ ، ٦٣ .
(٢) على سبيل المثال حكم المحكمة الإدارية العليا – رقم ٦٠٨ س ٣ ق المجموعة س ٣ ص ١١٠٣ .
(٣) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٨ س ٧ ق جلسة ١٩٥٤/٤/٦ المجموعة س ٨ ص ١١٧١ .
(٤) الدكتور. عبد الله حنفي – العقود الإدارية – المرجع السابق ص ٣٤ .
(٥) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٥٥٨ س ٧ ق جلسة ١٩٦٤/٣/٧ المجموعة س ٩ ص ٧٦٣ .

وأكدت ذات المحكمة في قضية عرفت باسم " كازينو المعمورة " ذات المعنى بقولها إنه " متى تبين أن الكازينو مثار المنازعة مقام في منطقة الشاطئ المعتبرة من المنافع العامة المقصور حق استغلالها على شركة المعمورة للإسكان والتعمير (الشركة الطاعنة) ، فإن التصريح للمطعون ضده بالانتفاع بالكازينو المذكور يكون قد تم من الشركة الطاعنة بوصفها نائبة عن الدولة في إدارة واستغلال مرفق الشاطئ في هذا التصريح مقومات العقد الإداري باعتباره صادراً من جهة نائبة عن الدولة ، وكونه متصلاً بنشاط مرفق الشاطئ ولأنه كما سبق قد تضمن شروطا غير مألوفة في نطاق القانون الخاص "[1].

وخلاصة ما تقدم ـ أنه وإن كان المعيار الأول لتمييز العقد الإداري أن يكون أحد طرفيه شخصاً من أشخاص القانون العام أو وكيلاً عنه إلا أن هذا المعيار وحده غير كافيا فلابد من إضافة معايير أخرى لإيضاح رؤية العقد الإداري.

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا – الصادر جلسة ٢١ /٦/ ١٩٨٠ ـ مشار إليه في المستشار . حمدي ياسين عكاشة – العقود الإدارية – المرجع السابق ص ٢١ .

المطلب الثاني
أن يتصل العقد بتسيير مرفق عام

تعتبر فكرة المرفق العام و مقتضيات تسييره بانتظام واضطراد هي حجر الأساس في تضمين العقد شروطاً استثنائية غير عادية.

فلا يكفي لإضفاء الصفة الإدارية على العقد أن يكون أحد طرفيه جهة الإدارة وإنما يجب أن يرتبط بتسيير مرفق عام ، وهذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري بقولها "... ومتي كان ذلك فإن العقد يعتبر عقداً إدارياً إذا كان أحد أطرافه شخص معنوي عام وأن يتصل بتسيير مرفق عام وهو مشروع تنشئه الدولة أو تشرف على إدارته ويعمل بانتظام واستمرار ويستعين بسلطات الإدارة لتزويد الجمهور بالحاجات العامة التي يتطلبها بغير قصد الربح بل خدمة للصالح والنفع العام وأن يتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص تعبر عن أخذ الإدارة بأسلوب القانون العام "[1].

وفي حكم للمحكمة الإدارية العليا يصف العلاقة بين المرافق العامة الاقتصادية والمنتفعين بها بأنها "... فقد قضت بأن العلاقة المرافق العامة الأقتصادية وبين المنتفعين بها علاقة عقدية تخضع لأحكام القانون الخاص لأنه فضلاً عن هذه الأحكام تتفق مع طبيعة تلك المرافق ومع الأسس التجارية التي تسير عليها ، فإنه يتعين لأعتبار العقد إدارياً أن تكون الإدارة بوصفها سلطة عامة طرفاً فيه وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية من حيث أتصاله بمرفق عام ،وأخذه بأسلوب القانون العام فيما تضمنه من شروط غير مألوفة في القانون الخاص وهذه المقومات والخصائص لاتتوفر في العقود التي تحكم العلاقة بين المرفق الأقتصادي وبين المنتفعين به وخاصة إذا كان القائم عليه ليس جهة إدارية تعمل بوصفها سلطة عامة ..." [2].

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣٧٠٣ س ٣٣ ق جلسة ١٩٩٣/٢/٩ ـ الموسوعة الإدارية الحديثة ـ الفكهاني ـ ج ٣٥ ص ٢٨١ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٢٢٨٤ س ٣١ ق جلسة ١٩٩٠/٥/١٢ ـ الموسوعة الإدارية ـ الحديثة الفكهاني ـ ج (٣٥) ص ٢٨٠ .

والمرفق العام حسب رؤية القضاء الإداري له هو " كل مشـــروع تنشـــؤه الدولة أو تشرف على إدارته ويعمل بانتظام واستمرار ويستعين بســـلطات الإدارة لتزويد الجمهور بالحاجات العامة التي يتطلبها لا بقصد الربح ، بل بقصد المساهمة في صيانة النظام وخدمة المصالح العامة في الدولة ، والصفات المميزة للمرفـــق العام هي أن يكون المشروع من المشروعات ذات النفـــع العـــام ، أي أن يكـــون غرضه سد حاجات عامة مشتركة أو تقديم خدمات عامة ، كما أن التطور الحـــديث في الفقه والقضاء يعترف بصفة المرفق العام للمرفق الصناعي والتجاري مع انـــه يعمل لتحقيق الربح ولكن الواقع من الأمر أن الهدف الرئيسي لمثل هذه المرافـــق ليس تحقيق الربح بل تحقيق المنفعة العامة أسوة بكل المرافـــق الأخـــرى ، ومـــا الربح الذي يحققه إلا أثراً من الآثار المترتبة على صفة المرافق باعتبـــاره يقـــوم بأعمال صناعية أو تجارية "[1].

واستجابة لتطورات نشاط الدولة في تسيير المرافق العامة أضفى القضـــاء الإداري صفة المرافق العامة على المشروعات الجديدة ، ومنه ما قررته محكمـــة القضاء الإداري بصدد القضايا المهنية أو نقابات المهن الحرة بقولها " أن تنظـــيم المهن الحرة كالطب والمحاماة والهندسية ، هي مرافق عامة مما يدخل أصلاً فـــي صميم اختصاص الدولة بوصفها قوامة على المصالح والمرافق العامة ، فإذا رأت الدولة أن تتخلى عن هذا الأمر لأعضاء المهنة أنفسهم لأنهـــم أقـــدر عليـــه مـــع تخويلهم نصيبا من السلطة العامة ليستعينوا به على تأدية رسالتهم مع الاحتفـــاظ بحقها في الأشراف والرقابة تحقيقاً للصالح العام ، فإن ذلك لا يغير من التكييـــف القانوني لهذه المهن بوصفها مرافق عامة "[2] .

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٣٤٨٠ س ٩ ق - بتاريخ ١٩٧٥/٦/٢ .
(٢) حكم محكمة القضاء الإداري جلسة ١٩٥٨/٤/١٢ ـ المجموعة س ٣ صـ١١٠٣ـ مشار إليه في الدكتور. سليمان الطمـــاوي ـ الأسس العامة للعقود الإدارية ـ مرجع سابق ص ٧٧ .

وفي ذلك يقول مجلس الدولة في إحدى فتاواه بأنه " ... وإن كانت فكرة المرافق العامة غير محددة تحديداً واضحاً ، وليس لها تعريف جامع ، إلا أن العنصر الأساسي فيها هو ضرورة وجود خدمة عامة يهدف المشرع إلى أدائها وتقوم بها الحكومة مباشرة أو يلتزم بها ملتزم تحت إشراف السلطات الإدارية المختصة في نطاق القانون العام . والمرجع في تقدير توافر صفة المرفق العام في المشروع أو عدم توافرها إلى الظروف المحيطة به ، والقواعد التي تضعها السلطة العامة لتنفيذه ، والقيام به ، والإشراف عليه مع الاستهداء بقصد الدولة القوامة أصلاً على المرافق العامة ... "[1].

وعلى هذا فإن هذا المفهوم للمرفق العام من المرونة بمكان ليشمل الكثير من المرافق العامة ، واعتبار العقود المتعلقة بهذه المرافق عقوداً إدارية .

وفيما يتعلق بالمرافق العامة الاقتصادية فإن الأصل العام والغالب الأعم في الأحوال العملية أنها تلجأ إلى أسلوب القانون الخاص في مباشرة نشاطها ، فتعتبر عقودها – بحسب الأصل عقوداً مدنية ما لم تتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في مجال القانون الخاص .نتيجة لذلك لا يعد القرار إدارياً إلا إذا تعلق واتصل بأحد المرافق العامة التقليدية (الإدارية) أو أحد المرافق العامة المستحدثة الاقتصادية أو المهنية وأيا ما كانت صورة هذا الاتصال بين العقد والمرفق ضمن الناحية العملية فأن اتصال العقد بالمرفق يأخذ صوراً متعددة منها :

١. اتصال العقد الإداري بتنظيم المرفق أو استغلاله عن طريق عقود الامتياز والأشغال العامة.
٢. اتصال العقد في تسيير المرفق العام عن طريق المعاونة بتوريد مواد أو تقديم خدمات عن طريق عقد التوريد أو عقد النقل .
٣. قد يكون اتصال العقد الإداري بالمرفق لتنفيذ مهامه ذاتها .

---

(١) فتوى رقم ١٧٨ في ١٩٥٧/٧/٢٩ – الموسوعة الإدارية الحديثة – الفكهاني – ج ٢٢ ص ١١٠٠ .

فإذا انقطعت صلة العقد بالمرفق العام انتفت عنه صفته الإدارية واحتفظ بصفته المدنية كأصل عام ، وتقدير مدى اتصال العقد بالمرفق العام هي مسألة موضوعية يستقل القضاء الإداري في تقديرها ، وحول هذا المعنى ما جاء في حكم المحكمة الادارية العليا الذي تقول فيه "... ومن حيث أنه يبين في الإطلاع على صورة العقد المبرم بين الهيئة العامة للإصلاح الزراعي والطاعن يبين إنه أبرم طبقا لإحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ بتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها ولائحته التنفيذية وقد تضمن تحديداً للأرض المبيعة وثمنها والدفعة المقدمة التي سددها الطاعن شاملة رسوم التسجيل وطريقة سداد باقي الأقساط وأما الأرض المبيعة واردة في تكليف الإدارة العامة لأملاك الدولة الخاصة ... ومن حيث أن هذا العقد على النحو الذي تكشف عنه بنوده وإن كان أحد طرفيه شخص من أشخاص القانون العام إلا أنه لا يتسم بسمات العقود الإدارية فهو لا يعدو أن يكون مجرد عقد بيع مال مملوك للدولة ملكاً خاصا وقد أبرم بشروط أدني خروج على أسلوب القانون الخاص ولا توحى بإتجاه نية الإدارة في الأخذ بوسائل القانون العام " [1].

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣١٢٥ س ٣٤ ق جلسة ١٩٩٠/١١/٢٤ ـ الموسوعة الإدارية الحديثة ـ الفكهاني ـ ج(٣٥)- ص ٢٨٨ .

المطلب الثالث
أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية

هذا الضابط يعتبر حجر الزاوية في التعرف على طبيعة العقود الإدارية ، فهي الدليل على ظهور الإدارة في تعاقدها بمظهر السلطة العامة ، وبالتالي خضوعها للقانون و القضاء الإداريين لأن عقودها إدارية المعنى والمبنى.

وتتمثل هذه الشروط في الغالب في الامتيازات والسلطات الممنوحة للإدارة فتغلب كفتها ومركزها في العقد في الحقوق والالتزامات. وهذا ما جاء في حكم المحكمة الإدارية العليا عن استظهار نية الإدارة في الأخذ بوسائل القانون العام "... ومتى كان ذلك فإن العقد يعتبر عقداً إدارياً إذا كان أحد أطرافه شخص معنوي عام ، وأن يتصل بتسيير مرفق عام وهو مشروع تنشئه الدولة أو تشرف على إدارته ويعمل بانتظام واستمرار ويستعين بسلطات الإدارة لتزويد الجمهور بالحاجات العامة التي يتطلبها بغير قصد الربح بل خدمة للصالح والنفع العام وأن يتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص تعبر عن أخذ الإدارة بأسلوب القانون العام) [1] .

ولقد استقر القضاء الإداري في مصر على ذلك ، ومنه ما قررته محكمة القضاء الإداري في أحد أحكامها بقولها " ... إن 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 تصرفاتهم الخاصة ومن ثم المعيار المميز للعقود الإدارية عما عداها من عقود الأفراد وعقود القانون الخاص التي تبرمها الإدارة ليس هو في صفة المتعاقد بل موضوع العقد نفسه متى اتصل

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣٧٠٣ س ٣٣ ق جلسة ١٩٩٣/٢/٩ ـ الموسوعة الإدارية الحديثة ـ الفكهاني ـ ج(٣٥) ص ٢٨١ .

بالمرفق العام على أي صورة من الصور ، مشتركاً في ذلك وعلى درجة متساوية مع الشروط الاستثنائية غير المألوفة في العقد "[1].

وعلى ذلك فالقضاء يجمع بين ضابط اتصال العقد بالمرفق العام وضابط اشتمال العقد على شروط استثنائية ويستلزم توافرهما معا لإضفاء الصفة الإدارية على العقد.

وأكدت ذلك المحكمة الإدارية العليا في أحكامها بقولها بأنه" ... تبين من الاطلاع على العقد المبرم بين الهيئة المدعية والمدعى عليها – وهو العقد محل النزاع – أنه قصد به تسيير مرفق عام هو مرفق العلاج ، فهو عقد تقديم خدمات لمرفق عام إذ تلتزم بموجبه المدعى عليها لقاء تحمل الهيئة بنفقات تعليمها وإيوائها أن تلتحق بخدمة مستشفاها لمدة الخمس السنوات التالية لإتمام دراستها. وهذا الشرط في حد ذاته يعتبر من الشروط الاستثنائية غير المألوفة في عقود القانون الخاص ، وبالتالي فإن العقد يكون قد اتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية، من حيث اتصاله بمرفق عام . وأخذه بأسلوب القانون العام فيما تضمن من شروط استثنائية وبهذه المثابة تدخل المنازعة المتعلقة به في دائرة اختصاص مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري "[2] .

غير أن الفقه والقضاء لم يتفقا على ضابط مميز لماهية وطبيعة الشرط الاستثنائي غير المألوف ، إلا أنه من المستقر أن تحديد الطبيعة الاستثنائية غير المألوفة لشروط العقد هي من الأمور التي يستقل في تقديرها قاضي الموضوع بعد فحصه لهذه الشروط لتحديد ماهيتها في ظل طبيعة كل نزاع على حدة.

غير أنه باستقراء الأحكام القضائية في هذا الصدد يمكن التعرف على بعض صور هذه الشروط ومحاولة تأصيلها وردها إلى أفكار رئيسية وهي :

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري – جلسة ١٩٥٦/١٢/١٦ ــ المجموعة س ١١ ص ٨٧ .
(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٥٧٦ س ١١ق جلسة ١٩٦٧/١٢/٣٠ ــ المجموعة س ١٣ ص ٣٥٩ .

أولاً ـ الشروط التي تتضمن امتيازات السلطة العامة :

وهي الشروط التي تعبر عن ظهور الإدارة بمظهر السلطة العامة فتتمتع بامتيازات استثنائية في مواجهة المتعاقد الأخر تنافي طبيعة قواعد القانون الخاص بل تكون باطلة إذا تضمنتها.

١. الشروط الخاصة بامتيازات الإدارة دون المتعاقد الآخر :

فلجهة الإدارة بموجب هذه الشروط أن تحمل المتعاقد معها وبإرادتها المنفردة التزامات تخل بمركزه التعاقدي ، وبالتالي فإن جهة الإدارة تحتفظ لنفسها بامتيازات استثنائية تخرج على مبدأ المساواة بين طرفي العقد فتجعل المتعاقدين في مركز غير متكافئ أو لا توجد مثل هذه السلطات المعترف بها لجهة الإدارة في نطاق القانون الخاص ، ومن هنا يتضح هذا القول في احد أحكام المحكمة الإدارية العليا بأنه "... بتطبيق هذا المبدأ على النزاع الماثل فإنه وإن كان نص المادة ٧٦ من لائحة المناقصات والمزايدات قد تضمن ان يكون تعديل العقد الإداري بنفس الشروط والأسعار لأنه يجوز لجهة الإدارة أن تعدل عن هذه الشروط وفق ما تراه متفقاً مع المصلحة العامة وهو ما فعلته جهة الإدارة المطعون ضدها حين طلبت من الطاعن توريد كميات أضافية من الشعير خلال ثلاثة عشر يوماً من تاريخ الاخطار تعادل ٣٠% من الكمية الأصلية المتعاقد عليها وبذات الأسعار للحاجة إليها دون أن تقيد بمهلة العشرين يوما التي كانت مقررة في العقد بالنسبة لتوريد الكمية الأصلية لا تثريب عليها أن فعلت ذلك بحكم الطبيعة الخاصة التي تحكم العقد الإداري ولا محل للطعن على هذا التصرف والقول بأنه مخالف لشروط العقد المبرم من الطاعن وجهة الإدارة المطعون ضدها غاية الأمر أن يقوم له حق في أن يطالب عندئذ بما قد يتكلف به من أعباء نتيجة تعديل شرط العقد [1].

([1]) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٥٦ س ٣٥ ق جلسة ١٩٩٢/٤/٢٨ ـ الموسوعة الإدارية الحديثة ـ الفكهاني ـ ج(٣٥) ص ٣٦٣،٣٦٤ .

و تظهر امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها جهة الإدارة تجاه المتعاقد معها في مرحلة إبرام العقد مثل التزام المتعاقد بمجرد التقدم بالعطاء في مناقصة أو مزايدة في حين أن الإدارة لا تلتزم إلا بعد إتمام إجراءات التصديق على العقد كما تظهر في مرحلة تنفيذ العقد من حيث حق الإدارة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة سواء بالنقص أو بالزيادة ، وحقها في فسخ العقد بإرادتها المنفردة ، وحق توقيع جزاءات على المتعاقد معها في حالة إخلاله بالتزاماته دون اشتراط وقوع ضرر.

ومن أمثلة احتفاظ جهة الإدارة بحقها في تعديل العقد بالزيادة أو النقص في حدود النسب المقررة قانوناً ما جاء في أحد أحكام محكمة الإدارية العليا" ... ومن المستفاد من أحكام هذا النص فيما يتعلق بكيفية حساب النسبة المئوية الواردة به فيما يتعلق بحق جهة الإدارة في تعديل العقد زياة أو نقصاً أن الوعاء الذي يحسب عليه هذا التعديل هو قيمة العقد المبرم والمقاول الذي سيرد التعديل بشأنه نظرا لما يترتب عليه من أنصراف 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 .... "(١) .

٢. *الشروط الممنوحة للمتعاقد مع الإدارة في مواجهة الغير :*

تخول الإدارة المتعاقد معها الحق في ممارسة بعض مظاهر السلطة العامة الممنوحة لها استنادا إلى دواعي حسن تنفيذ العقد.

ومن هذه المظاهر ما قد يتضمنه عقد امتياز المرافق العامة من نصوص تمنح المتعاقد مع الإدارة حق ممارسة بعض سلطات البوليس أو حق نزع الملكية أو فرض رسوم معينة ، أو منحه احتكاراً.

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٥٥٦ س ٣١ ق جلسة ١٩٨٦/٣/١ - الموسوعة الإدارية الحديثة - الفكهاني - ج(٣٥) ص ٣٦٧.

وقد يمنح المتعاقد في عقد الأشغال العامة حق شغل بعض العقارات الخاصة لمدة محدودة أو الاستيلاء جبرا على بعض المنقولات في سبيل تنفيذ عقده مع الإدارة.

ثانيا ـ الشروط ذات الطبيعة المختلفة :

وهي شروط مدرجة في العقود التي تبرمها الإدارة ليس من الواضح طبيعتها الاستثنائية ومنها :

1. الإحالة إلى دفاتر شروط معينة :

وهي قوائم الشروط الموحدة المعدة مسبقاً لبعض الأنواع من العقود وتعتبر جزء من العقد الإداري ، ويثور تساؤل إذا كان العقد خالياً من اشتراط شروط استثنائية ولكنه أحال إلى هذه الدفاتر فهل هذه الإحالة يمكن اعتبارها بمثابة شروط استثنائية.

هنا تعتمد الإجابة على طبيعة شروط هذه الدفاتر فإن كانت استثنائية فالعقد إداري لأنها جزء لا يتجزأ من العقد والعكس صحيح ومن هذه الدفاتر التي تشتمل على شروط استثنائية مثل كراسة شروط المناقصات والمزايدات حيث يحق للمتعاقد مع جهة الإدارة أن يقبل بها أو يرفضها كما هي وليس له حق تعديل أياً من هذه الشروط إلا بإجراءات معينة .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة القضاء الإداري بأنه " ... المفروض أن تكون الجهة الإدارية قد أتبعت إجراءات لائحة المناقصات والمزايدات فعلا قبل طرح الأصناف للبيع في المزاد وترسيتها على المتزايدين بحيث لا يستساغ بعد أن يجرى المزاد ويخطر المتزايدون بقبول عطاءاتهم ويتم التعاقد بالتقاء ايجابهم بقبول الجهة الإدارية ، التذرع في مقام التنصل من التعاقد الذي تم في شأن بيع

هذه الأصناف كلها أو بعضها بأن الإجراءات أو بعضها لم يتبع قبل إجراء المزاد ، أو أن الجهة الإدارية قد تبينت بعد إتمام التعاقد أنها في حاجة إلى كل أو بعض الأصناف التي جرى بيعها " [1] .

٢ . *اختصاص القضاء الإداري بالعقود الإدارية :*

أن قواعد اختصاص القضاء بالمنازعات متعلقة بالنظام العام ، واتفاق الطرفين لا يغير من طبيعة هذه القواعد ولا يمسها إذا كانت طبيعة العقد واضحة سواء كانت مدنية أم إدارية ، أما إذا كانت طبيعة العقد غير واضحة فيأتي اشتراط جعل الاختصاص للقضاء الإداري مرجحاً لكفة الصفة الإدارية ، مما يعني أنه يعتبر قرينة على الصفة الإدارية.

وهذا ما أوضحته حكم المحكمة الإدارية العليا في حكمها الذي قالت فيه بأنه " ... مع مراعاة الأصل العام المقرر في المادة ١٧٢ من الدستور في شأن أختصاص مجلس الدولة بالفصل في المنازعات الإدارية والدعاوى التأديبية باعتباره صاحب الولاية العامة على هذه الدعاوي وتلك المنازعات " [2].

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٩٥٤ س ١٢ ق جلسة ١١ /٤/ ١٩٧٠ ـ المجموعة س ١٥ ص ٢٦٤ ـ يراجع المستشار. عبدالمجيد فياض ـ العقود الإدارية ـ ص ٦٣ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٥ س ٣ ق ـ جلسة ١٩٧٤/٦/٢٩ ـ مشار إليه في المستشار. حمدي ياسين عكاشة ـ العقود الإدارية ـ ص ٧٩ .

٣. *الشروط التي تحيل إلى النظرية العامة للعقود الإدارية :*

مثل الشروط التي تعطى للمتعاقد مع جهة الإدارة الحق في إعادة التـوازن المالي للعقد .

وختاماً نرى أننا توصلنا إلى ضرورة أنه يتعين لإعتبار العقـد إداريـاً أن تكون الإدارة بوصفها سلطة عامة طرفاً فيه وأن يتسم بالطـابع المميـز للعقـود الإدارية من حيث إتصاله بمرفق عام وأخذه بأسلوب القانون العام فيما تضمنه من شروط غير مألوفة في القانون الخاص.

وعليه فإن هذه المقومات أو الخصائص إذا لم يتوافر أحدها فإن العقد حتماً ليس عقداً إدارياً ، فيجب أن تتضافر جميعها ليقوم عندنا عقد إداري جدير بالتميز الذي تحظى به العقود الإدارية.

المبحث الثانى
شروط إبـــرام العقـــد الإداري وأساليب إبرامه

تعرفنا من خلال المبحث الأول لمعايير تمييز العقـــد الإداري ونـــرى أنـــه بالإضافة إلى ما سبق عرضه ، فإنه يمكن رؤية تمييز العقد الإداري بالشروط التي تطلبها القانون لأن الجهات الإدارية – كما سنرى – ليست مطلقة اليد في اختيـــار أسلوب التعاقد وإنما هي مقيدة بإتباع إجراءات معينة للتعاقد لأنها تستخدم أمـــوالا عامة وتسعى للمصلحة العامة مما يوجب الاهتمام بهذه الأموال العامة والمصلحة العامة.

فإذا كانت جهة الإدارة تريد التعاقد فإنها يجب أن تدخل القنوات التي حددها المشرع لها وأن تحترم القيود المفروضة عليها سواء كانت تلك القيود إجرائيـــة سابقة على التعاقد أو كانت قيودا ترد على حريتها في أساليب إبرامها لهذه العقود واختيار المتعاقد معها.

وأخيراً يثور تساؤل كثيراً ما حول مدى جواز الإتفاق على التحكـــيم فـــي العقود الإدارية وذلك بناء على تميز العقد الإداري وعدم قابليته للخضـــوع لنظـــام التحكيم .

وعلى ذلك هذا فإن دراستنا في هذا المبحث سوف تنقسم إلى ثلاثة مطالب على النحو التالي :

المطلب الأول ـــ شروط إبرام العقد الإدارى

المطلب الثاني ـــ أساليب إبرام العقد الإداري

المطلب الثالث ـــ مدى جواز الاتفاق على التحكيم في منازعات العقود الإدارية :

المطلب الأول
شروط إبرام العقد الإداري

لا تستطيع الإدارة الإعلان عن رغبتها في التعاقد إلا بعد توافر شروط معينة تسبق هذا الإعلان ويحددها القانون ، فقد يشترط القانون ظهور توافر الاعتمادات المالية الكافية للوفاء بالتزامات الجهة الإدارية التي سوف تنجم عن عملية التعاقد ، مما يصبح معه شرط الحصول على الإذن المالي من الجهات المختصة ، وقد يشترط القانون في بعض أنواع العقود لأهميتها – الحصول على تصريح بالتعاقد من جهات محددة وقد يستلزم طبيعة بعض أنواع العقود ضرورة استشارة جهات معينة قبل التعاقد ، مما يجعل المشرع يشترط الحصول على استشارات سابقة من جهات محددة قبل التعاقد ، وعند توافرهذه الشروط ومراعاة الإدارة لها في كافة مراحل عملية التعاقد ،قد يتطلب القانون ضرورة كتابة العقد الإداري لأنه من المعلوم أن العقد الإداري قد يكون غير مكتوب .

وهو ما عبرت عنه محكمة القضاء الإداري في مصر في أحد أحكامها بقولها " ... وعادة ما يسبق ذات التصرف الذي يتم بمقتضاه إبرام العقد الإداري طائفة من الإجراءات التي تمهد وتهيئ لمولد ذلك التصرف ... " [1].

وفي حكم أحدث قالت المحكمة الإدارية العليا بأنه " ... ينبغي التمييز في مقام التكييف بين العقد الذي تبرمه الإدارة وبين الإجراءات التي تمهد لإبرام هذا العقد أو تهيئ لمولده إذ من الأصول المسلمة أن الإدارة لا تستوى مع الأفراد في حرية التعبير عن الإرادة في إبرام عقودها إدارية كانت أو مدنية ذلك أنها تلتزم في هذا السبيل بإجراءات وأوضاع رسمها الشارع في القوانين واللوائح كفالة لأختيار أفضل الأشخاص للتعاقد معه وهذه الأجراءات وإن كانت تسهم في تكوين العقد وتستهدف إتمامه فإنها تنفرد في طبيعتها عن العقد مدنيا كانت أو إدارياً وتنفصل عنه"[2].

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٩٦٥ س ٨ ق جلسة ١٩٥٦/١٢/٢٣ ــ المجموعة س ١١ ص ١٠٦ ــ مشار إليه في كتاب الدكتور. سليمان الطماوي – العقود الإدارية– ص ٢٣٥.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣١٢٥ س ٣٤ ق جلسة ١٩٩٠/١١/٢٤ . الموسوعة الإدارية الحديثة . الفكهاني . ج (٣٥) ص ٢٨٧،٢٨٨ .

ولقد عبرت محكمة القضاء الإداري عن الطبيعة الخاصة والذاتية المتميزة للعقد الإداري بقولها " إن للعقد الإداري خصائص في إبرامه تختلف عن أحكام القانون الخاص ، إذ ترد فيه على حرية الأشخاص المعنوية العامة قيود ، منها ما يتعلق بشكل العقد وموضوعه ، والنصوص التي تتضمنه ، ومنها ما يتعلق بحرية اختيار الشخص الذي تريد جهة الإدارة التعاقد معه ، ذلك بأنه يشترط لإبرام بعض العقود استفتاء بعض هيئات نص عليها القانون ، ويشترط في البعض الآخر عرضها على الهيئات التشريعية ، وصدور قانون بشأنها يضاف إلى هذا أن الأشخاص المعنوية تتقيد بنصوص معينة تفرضها القوانين واللوائح ، وعليها كذلك أن تسلك سبلا معينة للتعاقد ، وتتبع إجراءات خاصة من شأنها ضمان اختيار المتعاقد ، كما أن من العقود الإدارية ما يجب – بحيث الشكل – أن يكون مكتوبا حتى يتيسر تضمينه الشروط الاستثنائية التي تميزه عن عقود القانون الخاص ..."[1].

إذن سلطة الإدارة – سواء في عقودها الإدارية أم عقودها بشكل عام – مقيدة ببعض الضمانات القانونية منها ما يكون سابقا على التعاقد كتطلب الاعتماد المالي وأخذ الموافقة على التعاقد لبعض أنواع العقود لأهميتها ، أو ضرورة استشارة بعض الجهات قبل التعاقد ، بالإضافة إلى وجوب انصباب العقد بشكل مكتوب في بعض الأحوال على الرغم من أن العقد الإداري قد يكون غير مكتوب.

وعلي أساس ما تقدم فسوف نتناول ما سبق على فرعين هما :

الفرع الأول ــ القيود السابقة على التعاقد

الفرع الثاني ــ القواعد الشكلية في العقد الإداري

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٣٤٨٠ س ٩ ق ــ مشار إليه في الدكتور. سليمان الطماوي – العقود الإدارية – المرجع السابق صـ ٣٣٦ .

الفرع الأول

القيود السابقة على التعاقد

قدمنا أن الإدارة محاطة ببعض القيود والإجراءات الواجبة الاتباع قبل التعاقد ، وتتمثل هذه القيود على مجموعة من الموافقات قبل التعاقد لضمان جدية التعاقد وسلامة موقف الإدارة التعاقدي حرصا على المال العام وأيضا لحسن تنفيذ العقد فيما بعد ، ومن أهمها ما يلي :

أولا ــ الاعتماد المالي (الإذن المالي).

ثانيا ــ التصريح بالتعاقد واستصدار قرار بالتعاقد.

ثالثا ــ الاستشارات الأولية (السابقة).

وسوف نتناول هذه المحاور بإيجاز يكفي لشرحها وبيان محتواها.

أولا ــ الاعتماد المالي (الإذن المالي) :

يقصد به توافر الاعتمادات المالية التي تغطي عملية التعاقد من شراء منقولات أو عقارات أو حاجتها لتوريد أصناف معينة أو حاجتها لأعمال أو تلقي خدمات – ولذا فلابد من توافر الاعتمادات المالية المخصصة في الميزانية لمواجهة هذا الالتزام .

ولقد قرر القضاء بعض المبادئ التي تحكم الالتزام الإدارة بضرورة توافر الاعتماد المالي قبل التعاقد ومنها :

١. سلامة العقد الإداري مع عدم وجود الاعتماد المالي لا يترتب عليها بطلان العقد :

حيث استقر القضاء في مصر على أن عدم وجود الاعتماد المالي لا يترتب عليه بطلان العقد ، فقد قررت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها. بأن " العقد الذي تبرمه الإدارة مع الغير ينعقد صحيحا وينتج آثاره حتى ولو لم يكن البرلمان قد اعتمد المال اللازم لهذه الأشغال أو حتى لو جاوزت الإدارة حدود الاعتماد أو لو خالفت الغرض المقصود منه أو فات الوقت المحدد لاستخدامه ، فمثل هذه المخالفات – لو وجدت من جانب الإدارة – لا تمس صحة العقد ولا نفاذه ، وإنما تستوجب المسئولية السياسية ، وعلة ذلك ظاهرة ، وهي أن العقود التي تبرمها الإدارة مع الغير روابط فردية ذاتية وليست تنظيمية عامة ، ويجب من ناحية حماية هذا الغير ، ومن ناحية أخرى عدم زعزعة الثقة في الإدارة . فليس في مقدور الفرد الذي يتعاقد معها أن يعرف مقدما إذا كان قد صدر اعتمادا أو لم يصدر ، وما إذا كان العقد فى حدود الغرض المخصص له الاعتماد أو ليس في حدود الغرض ، فكل أولئك من الدقائق التي يتعذر على الفرد العادي بل الحريص التعرف عليها ، ولو جعل صحة العقود الإدارية أو نفاذها رهنا بذلك لما جازف أحد بالتعاقد مع الإدارة ولتعطل سير المرافق العامة "[1].

وقد أستقر إفتاء الجمعية العمومية على أن "... عدم توافر المصرف المالي لا يصلح للقعود عن الوفاء بما إلتزمت به الجهة الإدارية ، وأن أمتناعها عن

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٧٥ س ١ ق جلسة ١٩٥٦/٢/١١ – المجموعة س ١ ص ٤٩١ .

الوفاء بما إلتزمت به بدعوى عدم كفاية الاعتمادات المالية يعد إخلال من جانبها بما إلتزمت به وحق عليها أن تقوم بتنفيذه طبقا لشروط العقد " [1] .

رغم ما سبق فإن المتعاقد مع الإدارة لا يستطيع – رغم خطأ الإدارة – أن يجبرها على الوفاء بالتزاماتها التعاقدية إلا بعد تدبير المبالغ اللازمة لذلك بالطرق المقررة قانونا ولكن له الرجوع على الإدارة بالمطالبة بالتعويض حالة عدم توافر هذه الاعتمادات إذا كان له مقتضى .

٢ . عدم إلزامية الإدارة بالتعاقد بمجرد توافر الاعتماد المالي :

فالإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في حالة توافر الاعتماد المالي في استخدام هذه الاعتمادات في الأغراض المخصصة لها ، فالاعتماد المالي هو مجرد إذن للتعاقد وليس أمراً ملزماً نجد أن القانون قد يذهب أبعد من ذلك فيحظر أو يمنع التعاقد لمجرد استنفاذ الاعتمادات المالية . حيث نصت اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ في المادة (١٣٣) منه على أنه (يحظر التعاقد بقصد استنفاذ الاعتمادات المالية) .

ثانياً – التصريح بالتعاقد واستصدار قرار بالتعاقد :

في بعض العقود الهامة قد يستوجب المشرع وجوب حصول الإدارة على الموافقة على التعاقد خاصة العقود التي يترتب عليها انفاق مبالغ كبيرة من الميزانية العامة واستغلال الموارد الطبيعية ، فيترتب البطلان على مثل العقود دون هذه الموافقة وذلك لتعلقها بالنظام العام .

---

(١) الفتوى رقم ٨٩٦ بتاريخ ١٩٩٣/١١/٧ – جلسة ١٩٩٣/١١/٣ ، ملف رقم ٢٢٦٢/٢/٣٢ ، وفي نفس المعنى الفتوى رقم ٢١٧ بتاريخ ١٩٩٨/٢/٢٥ ، جلسة ١٩٩٨/٢/١١ – رقم ٢٥١٤/٢/٣٢ – مشار إليه – الإيجاب والقبول في العقد الإداري – رسالة دكتوراه مهند مختار نوح ص ٣٥٠ .

وهذا ما قرره قسم الرأي بمجلس الدولة المصري في إحدى فتاواه بقولـه "... أن انفراد السلطة التنفيذية الممثلة في مجلس الدولة بالتعبير عن إرادة الدولة في عقد التبرع يعتبر منها طغيانا على السلطة التشريعية يعدم إرادة الدولة، ومتى إنعدمت الإرادة التي تعتبر العنصر الأساسي في تكوين العقد كان العقد باطلا بطلانا مطلقاً لا وجود له في نظر القانون ، وإنما هي واقعة مادية بحتة وبالتالي يسقط هذا العقد مع ما يترتب على ذلك من آثار... "[1]. وكانت مناسبة الفتوى حول ضرورة موافقة البرلمان على العقود التي تتضمن تبرعاً من الدولة .

وأكد قسم الرأي في فتوى أخرى بأن " ... عدم احترام الإدارة نص المادة (١٣٧) من دستور ١٩٢٣ الذي يشترط إذنا سابقا من البرلمان لاستغلال مورد من الموارد الطبيعية يجعل الترخيص باطلا بطلانا مطلقاً، ويستطيع المتعاقد مع الإدارة اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعويض على أساس الخطأ ، وليس على أساس الرابطة العقدية لأنها لم تنعقد أصلا.."[2].

ووجوب الحصول على موافقة بالتعاقد لا يعني إلزام جهة الإدارة بالتعاقد وإنما تتقرر هنا السلطة التقديرية للإدارة في إتمام التعاقد من عدمه ، وهو ما أكد عليه قسم الرأي بمجلس الدولة في أحدى فتواه بقوله " إن عقد الترخيص بالبحث لا يتم إلا بعد صدور قبول من الوزير المختص للإيجاب الصادر من طالب الترخيص ، وأن هذا القبول لا يكون إلا بناء على الإذن من البرلمان بذلك ، والقانون الصادر من البرلمان متضمناً هذا الإذن وإن كان شرطا لإبرام العقد إلا أنه غير ملزم للسلطة المختصة بالمنح ، فيبقى لهذه السلطة دائما أن ترخص في تقدير ملاءمة منح الترخيص من عدمه بما لها من حق الإشراف والرقابة على حسن استغلال موارد الثروة الطبيعية في البلاد "[3].

---

(١) فتوى قسم الرأي بمجلس الدولة المصري الصادرة في ١٩٥٤/١٢/٢٢ – مجموعة الفتاوي الصادرة عن مجلس الدولة – السنة ٨ ص ٢٢٦ .

(٢) فتوى قسم الرأي بمجلس الدولة المصري رقم ١٦٢ الصادرة في ١٩٥٠/٥/١٨ – مجموعة الأستاذ أبو شادي ص ٨٦ .

(٣) فتوى قسم الرأي بمجلس الدولة المصري في ٢٥ /١/ ١٩٥٣ – مجموعة الأستاذ أبو شادي ص ٩٦ .

وحيث جاء في أحد الفتاوي لبيان التفرقة بين عقود التوريد التي يلتزم المورد بمقتضى العقد ذاته وعقود التوريد التي يلتزم فيها المورد بالتوريد دون تحديد كمية ما يتم توريده وما يستلزم من موافقة مجلس الشعب من عدمه حيث قالت "...يجب التفرقة في هذا الصدد بين عقود التوريد التي يلتزم المورد بمقتضى العقد ذاته بتوريد كمية محددة على عدد من السنوات وتلتزم الإدارة بموجبه بأداء قيمة ما يتم توريده وبين عقود التوريد التي يلتزم فيها المورد بالتوريد دون تحديد كمية ما يتم توريده من ترك تحديد هذه الكمية لأوامر التوريد إذ يجب موافقة مجلس الشعب على النوع الأول من عقود التوريد دون النوع الثاني لأن إلتزام الإدارة بأداء الثمن فيها لا ينشأ إلا بصدور أمر التوريد الذي يصدر في سنة معينة وفي حدود أحتياجات هذه السنة " (٢) .

و قد يتخذ الإذن صوراً عديدة منها :

١- *ضرورة موافقة البرلمان عليها بقانون :*

وهذه الصورة تجد أساسها في نصوص الدساتير المتعاقبة منذ دستور ١٩٢٣ وحتى دستور ١٩٧١ على الموضوعات المهمة كالاحتكار والقرض أو استغلال الموارد أو الثروات الطبيعية للدولة .

٢- *ضرورة موافقة جهات إدارية عليها :*

حيث يشترط القانون ضرورة الحصول على موافقة جهة إدارية معينة قبل التعاقد وغالبا يحدث هذا الوضع في العلاقة بين السلطة المركزية والهيئات اللامركزية التي تخضع لوصايتها .

---

(٢) فتوى قسم الرأي بمجلس الدولة المصري رقم ٥٣٨ في ١٩٧٨/٦/٤ - جلسة ١٩٧٨/٥/٣ - مشار إليه في الدكتور. محمد ماهر أبو العينين - العقود الإدارية - الكتاب الأول - مرجع سابق ـ ص ٣٥٨ .

٣- ضرورة صدور قرار من المجالس الإدارية قبل التعاقد :

وبالنسبة للهيئات العامة فيعتبر قرار مجلس الإدارة بالتعاقد شرطا جوهريا لسلامة العقد وهو ملزم لرئيس مجلس الإدارة المتعين عليه إبرام العقد وفق الشروط والأوضاع المحددة في قرار المجلس[1] .

ثالثا ـ الاستشارات الأولية ـ (الاستشارات السابقة) :

نص قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ في المادة (٥٨) منه على أنه (لا يجوز لأية وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تقبل أو تجيز أي عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء الإدارة الخاصة).

وأيضا نص قانون الإدارة المحلية رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ (المعدل في المادة (١٣) منه) على أن يختص المجلس الشعبي المحلي للمحافظة بالنسبة للمجالس الأخرى في المحافظة بما يأتي :

أ. الإشراف والرقابة على أعمال ونشاط هذه المجالس .

ب. التصديق أو الاعتراض على القرارات التي تصدر من هذه المجالس .

ويجب التفرقة بين ضرورة الحصول على هذه الاستشارات ، فهذا إلزامي في الحالات التي يقرر فيها القانون ذلك ، وبين عدم الالتزام موضوعيا بهذه الاستشارة ، فالأصل عدم إلزاميتها إلا إذا قرر القانون الالتزام بموضوع الاستشارة فإذا فرض المشرع على جهة الإدارة المتعاقدة الاستشارة قبل التعاقد فإنها تغدو ملزمة باستيفاء هذا الإجراء وإلا كان القرار الصادر منها باطلاً.

أما إذا جعل المشرع موضوع الاستشارة ملزما للإدارة بحيث لا تستطيع تخالفه فإن هذا الإجراء لا يمكن اعتباره من قبيل الاستشارة بل يأخذ حكم التصريح بالتعاقد .

---

(١) يراجع الدكتور. سليمان الطماوي – الأسس العامة للعقود الإدارية – مرجع سابق ـ ص ٣٥٤ وأيضا الدكتور. عبد الله حنفي – العقود الإدارية – الكتاب الأول – مرجع سابق ـ ص ١٧٣ .

الفـــرع الثـــانـــي

القـــواعـــد الشـــكلية فـــي العقـــود

قد يحدد المشرع لبعض أنواع من العقود إجراءات شكلية معينـــة مثـــل إذا أبرم هذه العقود بطريقة المناقصات والمزايدات العامة[1] ، ولكن المســـلم بـــه أن عقود الإدارة تخضع لقاعدة التحرر من الشكليات فيما لم يشترط المشرع صـــراحة إجراءاً شكلياً معيناً في إبرام عقد معين فإنه يكفـــي توافـــق إرادة الإدارة وإرادة المتعاقد معها لقيام الرابطة العقدية.

وهـــذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري في أحـــد أحكامها والذي قضت فيه "... كما أن من العقود الإدارية ما يجب من حيث الشكل أن يكون مكتوبـــا حتـــى يَسير تضمينه الشروط الاستثنائية التي تميزه عن عقود القانون الخاص علـــى أن مسألة شكل العقد الإداري كمعيار يميزه عن العقود المدنية كانت مثار خلاف وجدل فقهي انتهى الرأي فيه واستقر في الفقه والقضاء الفرنسي علـــى أن اشـــتراط أن يكون العقد مكتوبا هو شرط متعلق بصحة العقد وليس خاصا بطبيعته "[2].

كما أكدت المحكمة الإدارية العليا القضاء السابق في حكم لها حيـــث قالـــت "... ومن حيث أن العقد غير المكتوب ، ولئن كان غير مألوف في المجال الإداري بسبب جنوح الإدارة عادة إلى إثبات روابطها التعاقدية بالكتابـــة . ألا أنـــه لا زال يؤدي دورا مكملا بعض أنواع العقود الإدارية ، فقد تركن إليه مع بعض المتعاقدين إذا اتفقت معهم على تكميل أغراض التعاقد من ناحية من النواحي التـــي انصـــب عليهـــا ، وهـــذا الأسلـــوب التعاقـــدي يخلـــف مشكلة التعـــرف على طبيعة هـــذا العقد [3] ".

---

(١) سوف نوالي هذه النقطة بالشرح عندما نتناول موضوع أساليب إبرام العقود الإدارية .
(٢) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٣٤٨٠ س ٩ ق جلسة ٢ / ٦ /١٩٥٧ ـ المجموعة س ١١ ص ٤٩٣ .
(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٠٠٤ – س ١٢ ق جلسة ١٨ / ٥ / ١٩٦٨ – المجموعة س ١٣ ص ٩٥٣ .

ومثل ذلك ما جاء في الحكم من أنه " ... ولما كان نجل المدعى عليه وقد تقدم للالتحاق بالمدرسة الثانوية للبريد يكون في الواقع قد قبل جميع ما نص عليه كل من قرار رئيس الجمهورية رقم ١٦٢٠ لسنة ١٩٦١ بإنشاء المدرسة الثانوية للبريد والقرار الوزاري رقم ٢٥٥ لسنة ١٩٦١ باللائحة الداخلية للمدرسة ويكون بذلك قد نشأ بينه وبين هيئة البريد عقد إداري غير مكتوب إذ لا يشترط في العقد الإداري أن يكون دائماً مكتوبا ، وبناء على هذا العقد غير المكتوب التزم الطالب المذكور بجميع الالتزامات التي فرضتها القرارات المشار إليها " [1] .

وإذا سلمنا أن الشكل الكتابي للعقد الإداري غير ضروري ألا أن هناك حالات يشترط فيها الكتابة وهناك حالات لا يشترط فيها الكتابة ثم نتناول بعد ذلك أنواع الوثائق المكتوبة في العقد .

أولاً ـ مدى استلزام شرط الكتابة في العقد :

لما كان الأصل في عقود الإدارة هو إخضاعها لقاعدة الحرية في إفراغ نموذجها وأن الكتابة لا تلزم إلا حيث يشترطها المشرع صراحة ، ولكن بالرغم من هذه القاعدة المسلم بها فإن مجال الكتابة في العقود الإدارية متسع جدا.

فبالرجوع إلى لائحة المناقصات والمزايدات نجد أنها قد وضعت قاعدة عامة بالنسبة إلى العقود التي يتم إبرامها عن طريق المناقصات العامة حيث توجب أن " يحرر عقد توريد الأصناف أو تنفيذ الأعمال أو النقل أو الخدمات المعلن عنها بمناقصات عامة ... ".

ويلاحظ أنه إذا كان للإدارة الحرية في التحلل من الشكل الكتابي للعقود إلا أنه في بعض الحالات التي لا يشترط المشرع فيها الشكل الكتابي للعقد ، قد تفرض هذه الشكلية طبيعة العقد . وأوضح الأمثلة على ذلك عقد التزام المرافق العامة فهو من العقود التي لا تخضع للمزايدات والمناقصات ومع ذلك فإنه من العسير تصور عقد الامتياز دون وثيقة مكتوبة.

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٥٧٨/٥٧١ س ١٥ ق جلسة ١٩٧٣/١٢/٢٩ ـ مشار إليه للدكتور. أحمد محمود جمعة ـ العقود الإدارية طبقاً لأحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديد ـ ص ٢١ .

ويترتب القضاء على الشكل الكتابي للعقود الإدارية نتائج بالغة الخطورة فالعقد المكتوب يعتبر ثابت التاريخ ، ولا يمكن إنكار ما يتضمنه إلا عن طريق دعوى الطعن بالتزوير[1].

مما يعنى أن يترتب على مخالفة الشكل الكتابي في عقود الإدارة بطلان تلك العقود وهو ما أعلنته محكمة القضاء الإداري في حكمها سالف البيان، ولكن قضت المحكمة الإدارية العليا بما يخالف حكم محكمة القضاء الإداري في أن عدم إفراغ العقد في وثيقة مكتوبة لا ينفي العلاقة التعاقدية بين الطرفين حيث جاء في حكمها بأنه "... لا يقدح في ذلك ما أثارته الشركة الطاعنة من عدم وجود عقد مكتوب ذلك أنه ولئن خلت الأوراق من وجود عقد مكتوب بين الجهاز وشركة سايكو الفرنسية، حيث أن الأتفاق بين الطرفين لم يفرغ في وثيقة مكتوبة، فإن عدم تحرير عقد إداري لا يعني وجود علاقة تعاقدية لأن الوثائق المتبادلة بين الطرفين تدل على قيام هذه الرابطة التعاقدية، حيث إن العرض المقدم من الشركة والشروط الوارده في الأعتماد المستندي المفتوح لصالحها تعتبر بمثابة العقد الإداري الملزم للطرفين ..." [1].

أما المشرع الكويتي فعالج مسألة الشكل في المادة ١٧ من قانون تنظيم المناقصات العامة التي نصت على وجوب إعداد وثائق المناقصة التي تكون فيما بعد جزءاً من وثائق العقد كما نصت المادة ٦٣ على وجوب قيام لجنة المناقصات المركزية بإعداد الشروط العامة للمناقصات.

وقد قضت محكمة *التمييز* في أحد أحكامها بأن " النص في المادة (٣٤) من قانون التجارة على أن (١- المتجر هو محل التاجر والحقوق المتصلة به ، ٢- ويشتمل المتجر على مجموعة من العناصر المادية وغير المادية تختلف بحسب الأحوال وهي بوجه خاص البضائع والأثاث التجاري والآلات الصناعية والعملاء

(١) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٣٤٨٠ س ٩ ق جلسة ١٩٥٧/٦/٢ ـ المجموعة ١١ ـ ص ٤٩٣ .
(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٥٩٥٥ س٤٣ق – جلسة ٢٠٠١/٥/٨ – مجلة المحاماه – العدد الثاني ٢٠٠٢- ص٥٢٤ .

والعنوان التجاري وحق الإيجار والعلامات والبيانات التجارية وبراءات الاختـراع والتراخيص والرسوم والنماذج) والنص في المادة ١/٣٦ على أن (لا يتم بيـع المتجر إلا بورقة رسمية) والنص في المادة ١٨٤ من القانون المـدني علـى أن (العقد الباطل لا ينتج أي أثر ويجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك ببطلانه وللمحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها) يدل على أن الرسمية ركن في انعقاد بيع المتجـر لا يتم استيفائه ، فإذا تخلف كان العقد باطلاً ، ليس له وجود في نظـر القـانون ولا ينتج أثراً سواء بالنسبة للمتعاقدين أو الغير ، ويجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسـك بالبطلان وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها" [1].

ثانياً ـ أنواع الوثائق المكتوبة في عقود الإدارة :

إذا تمت عقود الإدارة عن طريق الكتابة فغالباً ما تحتوي على عدة وثـائق تحتوي في مجموعها على شروطه وهى متنوعة .

ومن أمثلة هذه الوثائق ما يلى :

أولاً ـ دفاتر الشروط والمواصفات العامة :

وتحدد هذه الدفاتر الشروط التي تنطبق على جميع العقـود التـي تبرمهـا وزارة أو مصلحة معينة ، ومثال ذلك دفاتر الشروط العامة والمواصفات المتعلقـة بوزارة الحربية أو بمصلحة الموانئ ، وهذه الدفاتر تعـدها الـوزارة مقـدما دون حاجة لاستشارة الأفراد .

---

(١) حكم محكمة التمييز رقم ١٣٧ لسنة٩٤ تجاري جلسة ١٩٩٤/١١/٢٩ ، وأيضا في ذات المعنى حكمها رقـم ١٠١ لسـنة٩٥ تجاري جلسة ١٩٩٥/١١/٧ ، و حكمها رقم ٨١ لسنة ٩٦ تجاري جلسة ٢٥ / ٦ /١٩٩٦ من مجموعة القواعد القانونيـة التي قررتها محكمة التمييز عن المدة من ١٩٩٢/١/١ حتى ٣١ /١٢ / ١٩٩٦ القسم الثالث – المجلد الثالث – يوليو ١٩٩ .

١. *أما بالنسبة لنماذج العقود* التي تتضمن شروط تتعلق بتنفيذ العقد فهي مجرد نماذج لاتلزم المتعاقد إلا بعد توقيعه على العقد .

أما بالنسبة للإدارة فهي تحترم شروطها التي تدرجها في كراسة الشروط ولا تستطيع التعديل منها إلا في الحدود المسموح بها.

٢. *أما إذا كانت هذه الشروط تتعلق بإبرام العقد* فهي شروط ذات طبيعة لائحية فكل ما يرد فيها لا محل للمناقشة فيه .

ثانياً ــ دفاتر الشروط الخاصة بنوع واحد من العقود :

هذه الدفاتر تخص وزارة معينة مثل الصحة أو الدفاع فهي تلزم المتعاقد مع الإدارة وليس له المناقشة فيها.

ثالثاً ــ دفاتر الشروط الخاصة :

وهي تحتوي على الشروط الخاصة بكل عقد يراد إبرامه فمهمة هذه الشروط استكمال ما ينقص من الدفاتر السابقة عند إبرام العقد .

رابعاً ــ هناك وثائق خاصة بالأثمان وجداول الفئات والمقايسات:

خلاصة ما تقدم أن الأصل هو عدم استلزام الشكل الكتابي للعقد الإداري إلا أن المشرع قد يوجب ذلك لطبيعة العقد ذاته مثل عقد الامتياز وقد تستلزم عقوداً أخرى الشكل الكتابي لطبيعتها وما يلحقها من وثائق كتابية على النحو سالف الذكر تستلزم الشرط الكتابي بها .

المطلب الثـــاني
أســـاليب إبرام العقد الإداري

عرفنا أن الإدارة في إبرامها للعقود[1] محاطة بسياج من الإجراءات رسمها المشرع تحقيقاً لضمان حسن اختيار المتعاقدين وتحقيقا للصالح العام بالحصول على أنسب العروض ، لذلك نجد أن القانون ينظم وسائل التعاقد بطريقة تلزم جهات الإدارة بإتباعها لاختيار من تتعاقد معه.

ويسيطر على اختيار الإدارة للمتعاقدين معها اعتبارين أســاســيين، تكمن الصعوبة في التوفيق بينهما ، مع أن الإدارة والقضاء[2] سعيا جاهدين للاعتماد عليهما معا ، وهما :

الأول ــ المحافظة على المالية العامة للدولة :

وهذا يستنهض الإدارة للتعاقد مع من يقدم أو يعرض أقل الأسعار وهو ما يعرف بآلية المناقصة وذلك بإبرام العقد بأقل الأسعار.

---

(١) سواء كانت عقود إدارية أم عقود مدنية ، يراجع الدكتور.سليمان الطماوي – أسس العقود الإدارية – مرجع ســابق ص٢٣٥، وأيضا الدكتور.عبد المجيد فياض – العقد الإداري في مجال التطبيق – مرجع سابق صـــ٦١ وأيضاً الــدكتور . عبــد الفتــاح صبري أبو الليل – دراسة مقارنة رسالة دكتوراه – أساليب التعاقد الإداري بين النظرية والتطبيق – دراسة مقارنة ــ جامعة الزقازيق– ١٩٩٤.

(٢) قالت محكمة القضاء الإداري في أحد أحكامها " .. ومن حيث أن الأصل في كيفية إبرام العقود الإدارية والتي يشتد فيها القيــد على حرية جهة الإدارة عند تعاقدها ، يرجع إلى أن الشارع هو الذي يستقل ببيان طريقة إبرام العقود العامة ، وهو في هــذا السبيل يسعى إلى إدراك هدفين كبيرين ، الأول تحقيق أكبر وفر مالي للخزانة العامة ، وهذا يستلزم بداهة التزام جهــة الإدارة باختيار المتعاقد الذي يقدم أفضل الشروط و الضمانات المالية ، والثاني مراعاة المصلحة الإدارية ، وذلك يتطلب تبعــا تمكــين جهة الإدارة من أن تختار أكفأ المتقدمين لأداء الخدمة التي تحرص هــي علــى تحقيقهــا " – حكمهــا رقــم ٧٢٧ س ٨ ق المجموعة بتاريخ ١٩٥٢/٤/١٤. مشار إليه في كتاب الدكتور. سليمان الطماوي ــ الأسس العامة للعقود الإدارية ــ مرجــع سابق ص ٢٣٥ في الهامش ، وكذلك حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٥٠٥ ، ١٥٣٩ س ٢٩ ق جلسة ١٩٨٦/١١/٢٩ ــ الموسوعة الإدارية الحديثة ــ الفكهاني ــ ج ٣٥ . ص ٣١٤ ، ٣١٥ .

والثاني ــ المحافظة على المصلحة الفنية للإدارة :

بوجوب مراعاة جودة التنفيذ وأكفأ المتعاقدين من جهة ومراعاة العنصر الزمني في التنفيذ من جهة أخرى.

لذلك نجد أن التشريعات تسعى للتوفيق بين هذين الاعتبارين دون طغيان لأحدهما على الآخر ، فألزم القانون الإدارة بالتعاقد ليس على معيار أقل الأسعار بطريقة آلية ومجردة بل أنسب الأسعارلأفضل المواصفات وهذا يقتضي الاعتماد على معيار أقل الأسعار ومعيار الجودة معا .

لذلك كله نص المشرع على تبني طرق معينة لإبرام العقود الإدارية البعض منها اعتبرها كأصل عام هي أساس التعاقد كالمناقصة والمزايدة ، واعتبر البعض الآخر كأساليب استثنائية يلجأ إليها في أحوال معينة وفق شروط محدودة كالممارسة والاتفاق المباشر ، وإن كان قد أخضع الجميع لمبادئ عامة واجبة الاحترام كالمنافسة والعلنية والسرية وغيرها .

وعلى هذا الأساس سنتعرض معا لهذه الأساليب التي نص عليها المشرع من خلال تقسيمها إلى فرعين ــ الأول ونتحدث فيه عن الأساليب العامة التي تبناها المشرع كمعيار أصلي في التعاقد حيث نتعرض في الفرع الأول للمناقصة العامة وعن المزايدة العامة في الغصن الأول .

ثم ننتقل بعد ذلك إلى الفرع الثاني لبيان الأساليب الاستثنائية التي تبناها المشرع ، كمعيار تكميلي استثنائي لإبرام العقد الإداري في غصنين ، نتناول الممارسة في الغصن الأول وأسلوب الاتفاق المباشر في الغصن الثاني .

الفرع الأول

الأساليب العامة لإبرام العقد الإداري

لجهة الإدارة تقدير الوسيلة الملائمة لاختيار المتعاقد معها إذا لم يلزمها المشرع بإتباع أسلوب معين ، أما إذا نص القانون على وجوب اتباع أسلوب معين فإنها تكون ملزمة بإتباعه و إلا شاب تصرفها البطلان[1].

والملاحظة في هذا الصدد أن تنظيم الأساليب العامة لإبرام العقد الإداري في مصر قد تناوله قوانين كثيرة بدأت بالقانون ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ (الملغي) ومروراً بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ (الملغي) وانتهاء بالقانون الحالي رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ لتنظيم المناقصات والمزايدات الذي نص في مادته الأولى علي تبني أسلوبي المناقصة العامة والممارسة العامة[2] كأصل عام للتعاقد ، وجعل المناقصة المحدودة والمناقصة المحلية والممارسة المحدودة والاتفاق المباشر طرقاً استثنائية يلجأ إليها في حالة الضرورة أو للطبيعة الخاصة للأعمال محل العملية التعاقدية .

أما في الكويت ــ فلقد أشارت المذكرة التفسيرية لقانون المناقصات العامة رقم ٣٧ لسنة ١٩٦٤ إلى أن تبني أسلوب المناقصة وتطلبها لبعض أنواع العقود يرجع إلى تاريخ سابق علي تاريخ هذا القانون إذ يرتبط مع تاريخ أول تنظيم لإدارات الحكومة ، إذ كانت الحكومة تطرح عقد المقاولة والتوريد في مناقصات ، وأنشأت لذلك لجنة علمية ولجان فرعية في الوزارات التي عملت على أساس تقاليد رسمها مجلس الإنشاء وأرساها التطبيق العملي.

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ١٧٩٥ س ٢٠ ق جلسة ١٩٧٠/٥/٢٤ ــ المجموعة س٢٤ – ص ٣٣٢ ــ مشار إليه في الدكتور. سليمان الطماوي – العقود الإدارية – المرجع السابق صـ٢٣٩ ، وأيضا الدكتور. عبد المجيد فياض – العقود الإدارية في مجال التطبيق – المرجع السابق صـ ٦٠ .

(٢) وبذلك يكون قانون المناقصات والمزايدات الجديد قد إرتقى بالممارسة العامة إلى مرتبة الأصل العام بجوار المناقصة العامة مكتفياً بإبقاء الممارسة المحدودة في نطاق الإستثناء بعد أن كانت المناقصة العامة تحتل وحدها مكانة القاعدة العامة بالمادة ١/١ من القانون السابق رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ وكانت الممارسة بكافة أنواعها مندرجة ضمن الإستثناءات الواردة بالمادة ٢/١ منه ، وقد نشر هذا القانون بالجريدة الرسمية العدد ١٩ بتاريخ ١٩٩٨/٥/٨.

ولقد تبنى هذا القانون في مادته الأولى تشكيل لجنة للمناقصات المركزية ، وتبنى في مادته الثانية أسلوب المناقصة كأصل عام حيث قال " لا يجوز للوزارات والإدارات الحكومية أن تستورد أصنافاً أو أن تكلف المقاولين بإجراء أعمال إلا بمناقصة عامة عن طريق لجنة المناقصات المركزية ".

ثم أوضح في المادة الثالثة منه على جواز تبني أسلوب الممارسة والاتفاق المباشر في أحوال معينة على سبيل الاستثناء بشرط استصدار إذن من لجنة المناقصات المركزية بعد تقديم الجهة الحكومية الأسباب التي دفعتها إلى الابتعاد عن الأصل العام وهو المناقصة .

وسوف نتناول هذه الأساليب من خلال الارتكاز على شرح قانون انشاء لجنة المناقصات المركزية رقم ٣٧ لسنة ١٩٩٤ واستعراض ما تضمنه من قواعد تحكم عملية المناقصات ، وعليه فإننا سنتناول المناقصة كأسلوب عام ثم الممارسة كإستثناء عليه ، مما يجعل من الأنسب تقسيم هذه الدراسة من خلال الفرع بتقسيمه إلى غصنين ، الأول ، ونتناول فيه أسلوب المناقصة العامة في دراسة مستفيضة مقارنة مع الأساليب التي بعدها باعتبارها هي الأصل العام والوسيلة الأكثر شيوعا ، ثم نتعرض للمبادئ التي تحكمها وأحكامها القانونية وإجراءاتها ثم ننتقل في الغصن الثاني للحديث عن الأسلوب العام الآخر وهو المزايدة العامة التي نتعرض فيها للأحكام القانونية التي تنظمها وتتطلبها طبيعتها الخاصة.

الفصل الأول ــ أنواع المناقصات ومبادئها العامة :

يمكن تعريف المناقصة أو المزايدة بأنها طريقة تلتزم الإدارة بمقتضاها باختيار أفضل من يتقدمون للتعاقد معها شروطا من الناحية المالية ، ومن ناحية الخدمة المطلوبة .

والمناقصة عكس المزايدة _ كما هو يستفاد من تسميتها _ فالمناقصة تهدف إلى اختيار المتعاقد الذي يتقدم بأقل عطاء ، وذلك عندما تحتاج الإدارة إلي القيام ببعض الأعمال أو إلى تزويدها ببعض الأصناف .

أما المزايدة فتهدف إلي اختيار متعاقد يتقدم بأعلى سعر للأموال التي في حوزة الإدارة عندما يتقرر بيعها ، أو للعقارات التي تمتلكها عندما تريد تأجيرها .

وتعتبر المناقصة هي الأسلوب الأوحد لإبرام العقود الإدارية وبصفة خاصة العقود التي ترتب التزام مالي على المال العام كعقود الأشغال العامة أو عقود التوريد ، ويتم اللجوء إلى المناقصة للتعاقد لعدة اعتبارات نذكر منها :

أ) تحقيق صالح الخزانة العامة برسو العطاء على أقل المتقدمين سعرا .

ب) آلية اختيار المتعاقد بما يؤدي إلى أن يقتصر دور الموظفين المختصين بإجراءات المناقصة على التأكد من صحة الإجراءات .

ج) كثرة العروض التي تقدم لجهة الإدارة .

وأيّا كان الأمر فالمناقصة تخضع لمبدأين أساسين هما :

المبدأ المالي ــ ويعني مراعاة مصلحة الخزانة العامة باختيار أقل المتقدمين سعراً.

والمبدأ الفني ــ يعنى مراعاة الكفاءة الفنية وحسن السمعة باختيار أفضل العروض الفنية .

وعلى جهة الإدارة الالتزام في اختيار المتعاقد عن طريق المناقصة أو المزايدة حينما يحتم القانون ذلك و إلا أصبح العقد باطلا إذا اختارت الإدارة المتعاقد معها على غير ذلك الطريق .

أولا ــ أنواع المناقصات :

وحرصا من الإدارة على اختيار أفضل المتقدمين من الناحية الفنية والمالية لتنفيذ المشاريع التي تزمع القيام بها أو لتوريد الأصناف التي تحتاج إليها لذلك فإن المناقصات يمكن أن تنقسم على ضوء ذلك إلى نوعين :

١) المناقصات العامة المفتوحة :

وهي الأصل في المناقصات لاختيار المتعاقدين مع الإدارة ، والتي يسمح بموجبها بالاشتراك لمن يشاء ، والتي بموجبها أيضا تلتزم الإدارة باختيار أفضل من يتقدمون إليها من الناحية المالية .

ولقد أعتبرت فتوى إدارة النقل والمواصلات أن الأصل العام في إجراء التعاقد هو المناقصة العامة فذهبت إلى "... أن المشروع حدد في قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المشار إليه طرق إجراءات إبرام عقود شراء المنقولات وتقديم الخدمات ومقاولات الأعمال ومقاولات النقل واستلزم أن يجرى التعاقد على ذلك – كأصل عام – عن طريق مناقصة عامة – أو ممارسة عامة لما فيها من علانية تتيح حرية المنافسة وتكافؤ الفرص على نحو يحقق الوصول إلى أفضل العروض سعراً وشروطاً واستثناء من ذلك ومراعاه الظروف والأصول التي لا تسمح بسلوك سبيل المناقصة العامة أو الممارسة العامة، أباح المشرع التعاقد على ذلك بطرق أستثنائية منها المناقصة المحدودة وتكون في الحالات التي تتطلب بحسب طبيعتها قصر الأشتراك فيها على الموردين أو مقاولين معينين سواء داخل مصر أو خارجها" [1] .

---

(١) فتوى إدارة النقل والمواصلات ملف رقم ١٩٩٩/٢/٥/٤٤ صادر برقم ٧٤٤ في ٢٠٠١/٧/٥ وأيضا فتوى الجمعية العمومية لقسيمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة ملف رقم ٣٤٤/١/٥٤- جلسة ١٩٩٨/١/٢١ – مشار إليه في الدكتور محمد ماهر أبو العينين – العقود الإدارية – الكتاب الأول – مرجع سابق ص ٣٠٦ وما بعدها .

ولا يتقيد التقدم إلى هذه المناقصات في القانون الكويتي إلا الانتماء إلى إحدى الفئات الأربع المنصوص عليها في المادة الثامنة من قانون المناقصات الكويتي رقم ٣٧ لسنة ١٩٦٤ مع وجوب توافر الشروط المنصوص عليها في المادة الخامسة منها بطبيعة الأمر[١].

٢) المناقصات العامة المحدودة :

وهى المناقصات التي يقتصر الاشتراك فيها على فئة محدودة من المقاولين معتمدة أسماؤهم في قوائم تعدها الوزارات أو الجهات المركزية الحكومية المختصة (مادة ٢ من قانون المناقصات الكويتي) . وذلك لما يتأكد لدي تلك الجهات المختصة من صلاحية أولئك المقاولين من الناحيتين الفنية والمالية للقيام بالأعمال المختلفة أو لتوريد الأصناف التي تحتاجها تلك الجهات .

وقد جاء حكم المحكمة الإدارية العليا الذي تؤكد فيه على مدى إلتزام جهة الإدارة بدعوة من سبق لها التعامل معهم في المناقصة المحدودة حيث قالت بأنه"... إذا ما أرتأت الجهة الإدارية وفقا لسلطتها التنفيذية قصر الاشتراك في مناقصة تطرحها على مقاولين معينين سواء في داخل مصر أو خارجها تكون قد ثبتت كفايتهم في النواحي الفنية والمالية وطلبت للتحقيق من كفاية المقاولين الذي ستوجه لهم الدعوى للاشتراك في هذه المناقصة التقدم بما يدل على توافر العنصرين المتطلبين فلا مجال لاستثناء أحد من هذا الشرط بدعوى أنه سبق له التعامل مع الجهة الإدارية وثبتت لها كفاءته الفنية والمالية من العناصر التي يطرأ عليها التغيير لتغير الظروف والأحوال " [١] .

---

(١) راجع نص المادة الثامنة ونص المادة الخامسة من قانون المناقصات الكويتي رقم ٣٧ لسنة ١٩٦٤.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣٥٨٣ س ٤٤ ق جلسة ٢٠٠٢/٦/١١ -مجموعة المبادئ(من أول ابريل ٢٠٠٢ - آخر يونيو٢٠٠٢) -ص ١٧٨ .

وقد ألزمت المادة الثامنة عشر من قانون المناقصات العامة الكويتي الجهات الحكومية طالبة المناقصة أن تقدم إلى لجنة المناقصات المركزية قائمة بأسماء المقاولين الذين ترغب الجهة الحكومية قصر الاشتراك في المناقصة عليهم.

وعندئذ تقوم لجنة المناقصات المركزية بدعوة أولئك المقاولين للاشتراك في المناقصة سواء عن طريق النشر مباشرة في الجريدة الرسمية أم عن طريق الدعوة الموجهة على شكل خطاب بريدي ، وفيما عدا الدعوة للإشتراك في المناقصة الموجهة إلى أشخاص معينين تسري بقية الأحكام المنظمة للمناقصات .

ثانيا ـ المبادىء العامة التي تحكم فكرة المناقصات :

ولأهمية هذا الأسلوب في تنظيم العقود الإدارية سوف نتعرض له من خلال المبادئ العامة التي تحكم هذه الطريقة.

وعرضنا هذا سوف ينطلق من ذات المنطلقات التي أتى بها في مصر قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ وأيضا قانون المناقصات العامة في دولة الكويت رقم ٣٧ لسنة ١٩٦٤ . و سيكون تناول هذا الموضوع كما يلي:

تسيطر على مبدأ المناقصة العامة عدة أفكار ومبادئ تشكل الفلسفة التي حدت بالمشرع إلى تبنيها والنص عليها لتنفيذ تعاقدات الإدارة ، ومنها المساواة وحرية المنافسة بين المتقدمين ، والحرص على سرية عطاءاتهم المقدمة.

وقد عبرت المادة (٢) من قانون المناقصات والمزايدات ٨٩ / ١٩٩٨ عن ذلك بقولها (تخضع المناقصة والممارسة العامة لمبادئ العلانية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية المنافسة) .

وفي الكويت قضت محكمة *التمييز* في أحد أحكامها بأن " أن الأصل العام المقرر في المناقصات وهو ما يعرف بمبدأ آلية المناقصة ـ تكون فيه سلطة

الإدارة مقيدة بإرساء المناقصة على العطاء المتفق وشروط المناقصة والأقل سعراً باعتبار أن القواعد التي ينظمها القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٦٤ المعدل بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٧٠ في شأن المناقصات العامة ليست قواعد مصلحية وداخلية للإدارة أن شاءت تنازلت عنها، ولكنها قواعد وضعت لصالح الإدارة والأفراد على السواء وقصد بها كفالة احترام مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص بين المتناقصين جميعاً..."(١).

وسوف نحاول عرض هذه المبادئ على التفصيل المناسب .

١) المساواة وحرية المنافسة بين المتقدمين :

هذا المبدأ هو الإجابة على التساؤل الذي يثور حول الحكمة من تقرير أن يكون الأصل لتعاقدات الدولة هو أسلوب المناقصات العامة .

بمعنى أن يتم السماح لمن تتوافر فيه شروط المناقصة التقدم إليها مع باقي المتقدمين ، بحيث يصبحون في مركز قانوني واحد ، وعلى قدم المساواة ، دون السماح للإدارة للتفضيل بينهم في حق التقدم للمناقصة وذلك بمنع منح امتيازا لبعضهم دون الآخر ، أو وضع عقبات قانونية أو مادية أمام بعض المتنافسين أو إعفاء بعضهم من بعض الاشتراطات القانونية والإجراءات أو غير ذلك مما يخل بهذا المبدأ .

وفي فتـــوى حديثة للجمعية العمومية لمجلس الفتـــوى والتشريع قالت فيها "... تخضع المناقصة العامة لمبادئ العلانية والمساواة وحرية المنافسة وهذه المبادئ هى التي تظل المناقصات جميعها وتحيطها بسياج من الضمانات يمنع العبث في إجراءاتها والتلاعب في نتيجتها قيام الجهة الإدارية بطرح المناقصات العامة مع وضع كميات وفئات لكل بند من بنود الأعمال المطروحة للاسترشاد بها

(١)حكم محكمة التمييز رقم ٢٢٥ لسنة ٢٠٠٢ إداري الصادر في جلسة ٢٠٠٣/٤/٢١ . حكم غير منشور .

لا ينطوى على إخلال بالمبادئ التي تحكم المناقصة إذ يبقي للمتناقصين مطلق الحرية في تحديد أسعارها بالزيادة عما هو مقدر أو بالخفض " [1] .

وهو ما عبرت عنه محكمة القضاء الإداري في حكم لها بقولها بأنه ".. من المبادئ الأساسية التي تخضع لها المناقصة العامة الإعلان وحرية المنافسة والمساواة بين المتنافسين ، والمقصود بحرية المنافسة هو حق الأفراد في التقدم للمناقصة العامة دون منع الإدارة لأحد منهم أو حرمانه من حقه في التنافس للوصول إلي إرساء العطاء عليه بإجراء سواء كان عاما أو خاصا إلا أن هذا فالمبدأ الطبيعي يحد من إطلاقه قيدان ــ أولهما ــ يتعلق بما تفرضه الإدارة من شروط معينة ترى وجوب توافرها فيمن يتقدم للمناقصة . وثانيهما ــ يتعلق بما تتخذه الإدارة من إجراءات وهي بصدد تنظيم أعمال المناقصة العامة من استبعاد بعض الأفراد الذين يثبت لها عدم قدرتهم الفنية أو المالية لأداء هذه الأعمال مستهدفة بذلك ألا يتقدم للمناقصة إلا الصالحين من الأفراد والقادرين منهم "[2] .

كما قضت محكمة *التمييز بأن* "... بأن من المبادئ الأساسية التي تخضع لها المناقصات العامة وجوب مراعاة جانب التوفير للدولة بتحقيق العطاءات بأقل الأسعار وضمان سلامة مشروعاتها مع المساواة بين المتنافسين في المناقصة"[3].

واعتقد جازما أنه مما لا يخل بهذا المبدأ وجود السلطة التقديرية للإدارة فيما يلي:

أ) قصر المناقصة على فئة محدودة من المقاولين الأكفاء في مجال معين من المجالات دون غيرها.

---

(١) فتوى الجمعية العمومية لمجلسي الفتوى والتشريع ملف رقم ٢٩٣/١/٥٤ ــ جلسة ١٩٩٣/٥/٢ ــ الموسوعة الإدارية الحديثة ــ الفكهاني ــ ج (٣٩) ص ٥٠٥ .

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري ٢٩٤٦ لسنة ٧ق و ٧٣٢ لسنة ٨ق في ١٩٥٧/٤/٢ س ١١ صـ ٣٦٩ ، ٣٧٠، وأيضا فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ملف رقم ٢٩٣/١/٥٤ ــ جلسة ١٩٩٣/٥/٢ .

(٣) وراجع كذلك حكم محكمة التمييز رقم ٢٣٩ لسنة ١٩٨٥ تجاري جلسة ١٩٨٦/٦/٢٥ – القاعدة ٧٣ من موسوعة مبادئ القضاء الإداري مرجع سابق صـ ٧٠. وأيضا حكم محكمة التمييز رقم ٢٢٥ لسنة ٢٠٠٢ إداري جلسة ٢٠٠٣/٤/٢١ حكم غير منشور .

ب) حق الإدارة في استبعاد المقاولين غير المؤهلين للتعاقد.

والإدارة في استعمالها لسلطتها التقديرية تخضع لرقابة القضاء في عدم تجاوز سلطاتها وإساءة استعمالها .

وكذلك ما صدر عن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في أحدى فتاواها حيث قالت فيه أنه " ... لجهة الإدارة أن تستبعد من المناقصة أو الممارسة التي تجريها العطاء الذي يثبت لديها أن صاحبه لا يتمتع بحسن السمعة ... وبتطبيق ما تقدم على الحالة المعروضة ، ولما كان قد ثبت من حكم محكمة أمن الدولة العليا أن ممثلة اتحاد الشركات الألمانية ووكيله في مصر قد اشتركوا في اتفاق جنائي الغرض منه ارتكاب جنايات عرض رشاوى لبعض لجنتى الدراسة والبت لمشروع قوص ، كما ارتكبوا جناية تقديم رشوة لأحد أعضاء لجنة البت ويكون للسلطة المختصة وفقا لقانون المناقصات المشار إليه وقد تحققت قبل البت في الممارسة من قيام إحدى الحالات المنصوص عليها في المادة ٢٧ في حق ممثلة الاتحاد المذكور أن تقرر استبعاد العطاء المقدم من هذا الاتحاد فضلا عن شطبه من سجل المتعهدين والمقاولين " [١] .

ولقد قررت المحكمة الإدارية العليا ذلك بقولها أنه "...يشترط دائما فيمن يتقدم للتعاقد مع الإدارة أن يكون متمتعا بحسن السمعة وهذا قيد لمصلحة المرفق .. فللإدارة إذن حق أصيل في استبعاد من ترى استبعادهم من قائمة عملائها . ممن لا يتمتعون بحسن السمعة ولها مطلق التقدير في مباشرة هذا الحق لا يحدها في ذلك سوى عيب إساءة استعمال السلطة[٢] " .

---

(١) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ملف رقم ١٢٠/١/٤٧ ــ جلسة ١٩٨٧/٢/٩) الموسوعة الإدارية الحديثة ــ الفكهاني ــ ج (٣٩) ص ٥٣١ وما بعدها .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٠٦٧ لسنة ٥ق بتاريخ ١٩٦٢/٢/١٧ – س ٧ صـ٣٣٤ .

ولا تنحصر أسباب الاستبعاد في سوء السمعة بل قد يمتد لعوامل أخرى كعدم الكفاية المالية لبعض المقاولين وقدرتهم الفنية[1] وفي هذا الصدد قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه "...من الأمور المسلمة أن التعاقد مع جهات الإدارة يخضع لعدة إجراءات وقواعد قصد بها تمكين الجهة الإدارية من التوصل إلى اختيار المتعاقد الأفضل تحقيقا للصالح العام ، ومن تلك القواعد وعلى رأسها اعتماد طريق المناقصة كأصل في مقاولات الأعمال وما يستتبعه من إعلان ودعوة للاشتراك والتقدم بالعطاءات . وفي مقام دراسة العطاءات والبت فيها نصت المادة ٣ من القانون ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ في شأن المناقصات والمزايدات على أن : "النص المشار إليه " .... كما أن نص المادة ٣٧ من اللائحة أوجب على مقدمي العطاءات عن مقاولات الأعمال أن يبينوا في كتاب مستقل يرفق بالعطاءات بعض البيانات المتعلقة بقيمة الأعمال الحكومية التي سبق أن قاموا بها" .

" ... ومفاد ذلك أن المشرع خول الجهة الإدارية المختصة سلطة استبعاد عطاء أو أكثر من المناقصة إذا ما تبين لها في ضوء ما يتجمع لديها من كفاية أصحاب العطاءات وإمكانيتهم الفنية أو المالية " [2] أو أهمية عنصر الزمن في تفضيل بعض المناقصين ، أو اشتراط صفة المواطنة في بعض المناقصات ، أو حرمان التاجر الذي قد أشهر إفلاسه وغير ذلك من وسائل الاستبعاد .

ومن أهم الاستثناءات على هذا المبدأ هو الاستبعاد المرتبط بالصفة الوظيفية للمتقدم للمناقصة فقد نصت المادة (٣٩) من قانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على أنه (يحظر على العاملين بالجهات التي تسري عليها أحكام هذا القانون التقدم – بالذات أو بالوساطة – بعطاءات أو عروض لتلك الجهات) .

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ ١٩٥٥/١١/٢٩ – المجموعة س١٠ صـ ٥٤

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ١٩٨٢/١/٣٠ مشار إليه في كتاب المستشار الدكتور . عبد المجيد فياض ـ العقد الإداري في مجال التطبيق ص ٨١ .

وهو استثناء لا تخفى فوائده لضمان حياد الموظف العام ، وقطع الطريق على من يريد أن يجعل الوظيفة العامة سبباً للإثراء .

ولقد أكدت محكمة القضاء الإداري طبيعة قرار الاستبعاد من أنه قرار إداري يمكن الطعن عليه بالإلغاء . حيث قالت في أحد أحكامها بأنه " ومن حيث أن قرارات الحرمان أو الاستبعاد تخضع لرقابة القضاء الإداري ، ويجوز الطعن فيها أمامه بالإلغاء لإساءة استعمال السلطة إذا كان القرار قد صدر متجنبا الصالح العام أو لأسباب لا تتصل به كالأسباب السياسية مثلاً كما يجوز الطعن بالإلغاء لعدم قيام الأسباب المبررة للاستبعاد أو الحرمان أو لعدم صحة هذه الأسباب ."[1] .

وأيضاً من ضمن الأسباب التي يجوز الطعن عليها بالإلغاء قرار شطب أسم المتعهد من الموردين وهذا ما جاء في حكم المحكمة الإدارية العليا قررت فيه بأن "...القرار الذي تصدره الإدارة بشطب أسم المتعهد من عداد الموردين ... يعتبر من القرارات الإدارية النهائية ويجوز الطعن فيه بالإلغاء في المواعيد المقررة قانونا للطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية النهائية " [2] .

٢) السـرية :

والمقصود بها منح جميع المتقدمين نفس الفرصة في تقديم أسعارهم مما يحقق مبدأ تكافؤ الفرص ، بأن تحاط جميع العطاءات المقدمة بغلاف من السرية .

من أجل ذلك تستوجب طبيعة المناقصة العامة أن تقدم عطاءات المتقدمين في مظاريف مغلقة لا يعلم محتواها سوى من قام بتقديمها ، فلا الإدارة يصل إليها علم بذلك ولا المناقصين الآخرين المتقدمين .

وتظل تحتفظ هذه الأظرف المغلفة بسرية محتوياتها حتى وقت فتح المظاريف من قبل لجنة المناقصات [3] .

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ ١٩٥٥/١١/٢٩ _ المجموعة س١٠ صـ ٥٤ .
(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا جلسة ١٩٨٢/٢/٢٠ ـ مشار إليه في كتاب الدكتور. عبد المجيد فياض ـ العقد الإداري في مجال التطبيق ص ٢٦٣ .
(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٥٥٨ س ٦ ق بتاريخ ١٩٦٢/١١/٢٤ – المجموعة – س ٨ – صـ١٠٦،١٠٧ .

الفصل الثاني ـ المراحل التي تمر بها المناقصة وأحكامها القانونية :

حرص المشرع على التفصيل في المراحل التي تمر بهـا المناقصـة منـذ بدايتها إلى إنتهائها أو توقيع العقد لحرصه على المال العام والمصـلحة العامـة ، فأوضح الإعلان المناقصة وبين عناصره ، وتطلب شروطاً للتقدم لهذه المناقصة ثم شرح مرحلة تقديم العطاءات وما يتعلق بها من أحكام ، وبـين مرحلـة ترسـية المناقصات إلى غير ذلك من الأحكام القانونية للمناقصة.

وسوف نتناول هذه المرحلة بشرح طبيعتها من خلال القـانون رقـم (٣٧ لسنة ١٩١٤) بإنشاء لجنة المناقصات المركزية في الكويت على النحو التالي:

البند الأول ـ مرحلة التقدم إلى المناقصـات :

يشمل هذا الموضوع كلا من الإعلان عن المناقصة ، حيث الإعلان هو دعوة للاشتراك فيها لمن يحق له ذلك ويحقق والمساواة بين المتنافسين ضمانا لعدم تحيز الإدارة إلى متعاقد دون غيره ، ثم شروط التقدم لهذه المناقصة ، وبعدها القيود الواردة على حق الإشتراك بهذه المناقصة ، ثم بيان الطبيعة القانونية للتقدم لهذه المناقصة ثم أخيراً إجراءات التقدم لهذه المناقصة من خلال المبادئ التي تحكم كل فيها ، حيث لكل مرحلة طبيعة خاصة .

أولاً ـ الإعلان وعناصره :

الإعلان دعوة للمناقصين أو المزايدين للاشتراك في المناقصة أو المزايدة حسب الشروط المحددة لذلك .

وحكمة الإعلان ظاهرة وهى الرغبة في تمكين أكبر عدد ممكن من المقاولين للاشتراك في المناقصة لتحقيق منافسة حقيقية تنتهي بتقديم الأفضل لصالح الخزانة العامة والمصلحة العامة .

بالإضافة إلى ذلك فإن الإعلان يعتبر وسيلة تحول بين الإدارة وبين قصر عقودها على طائفة محدودة ، بحجة أنهم وحدهم القادرون على الوفاء بمتطلباتها أي أنهم وحدهم المتقدمون للمزايدة أو المناقصة .

وقد ورد النص على وجوب الإعلان في القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات المصري على أن يتم الإعلان عن المناقصة العامة على مرتين في الصحف اليومية كأصل عام ووسائل أخرى كجهات مساعدة في الوقت المناسب (م ١٢٠ من اللائحة التنفيذية).

وفي الكويت نصت المادة ١٤ من قانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٦٤ بشأن المناقصات العامة على دور الإدارة قبل طلب الإعلان عن المناقصة بقولها أنه (يجب قبل طرح توريد الأصناف أو مقاولات الأعمال في المناقصة العامة أن تقوم الجهة الحكومية ذات الشأن بوضع مواصفات تفصيليـــة عن كل صنف ، أو عمل وتضع التعليمات اللازمة إلى المقاولين والرسومات التفصيلية الكاملة ، وجداول الكميات المفصلة الدقيقة التي تبين أفراد البنود ، والإجراءات الواجب اتباعها في تنفيذ العقد والجزاءات التي يمكن توقيعها في حالة الإخلال بأحكام العقد ، أو التأخير في تنفيذه ، هذا كله بالإضافة إلى صيغة المناقصة وشروط العقد العامة).

كما نصت المادة (١٥) من ذات القانون على (تعلن لجنة المناقصات المركزية بناءً على طلب الجهة الحكومية ذات الشأن عن المناقصة في الجريدة الرسمية . وتلصق الإعلانات الخاصة بها في مقر لجنة المناقصات المركزية وتحدد المدة المناسبة لتقديم العطاءات وذلك من تاريخ نشر الاعلانات فى الجريدة الرسمية، وتحدد اللجنة أقل مدة ممكنة لسريان العطاءات بعد فتحها بحيث لا تزيد هذه المدة عن تسعين يوما).

وفي حالات المناقصات المحدودة تكون الدعوة الموجهة إلى المقاولين المحددة أسماؤهم في القائمة التي أرسلتها الجهة الحكومية طالبة المناقصة بمثابة إعلان لهم للاشتراك فيها (المادة ١٨ من قانون المناقصات) ، على أن الدعوة الموجهة إلى هؤلاء المقاولين إما أن تكون عن طريق البريد على شكل رسائل شخصية ، أو أن تكون بنشر أسمائهم في الجريدة الرسمية ، أو لصق الدعوة في لوحة إعلانات اللجنة في مقرها .

وقد اشترطت المادة السادسة عشرة من القانون لصحة الإعلان أن يبين فيه آخر ميعاد لتقديم العطاءات ومدة سريان هذه العطاءات ، والصنف المطلوب أو العمل المزمع القيام به ، والمقابل النقدي للنسخة من شروط العطاء ، والجهة التي تقدم إليها العطاءات ، والتي هي مقر لجنة المناقصات المركزية .

وقد أوجبت المادة السابعة عشرة من القانون أن تقوم الإدارة طالبة المناقصة بإعداد وثائق المناقصة ، المتمثلة في شروط العطاء وقوائم الأصناف وملحقاتها قبل نشر الإعلان ، وذلك لتسليمها إلى من يطلبها بعد أدائه المقابل النقدي لهذه الوثائق في الجهة التي تحددها لجنة المناقصات المركزية ويكون هذا المقابل غير قابل للرد .

والمسلم به في الفقه والقضاء الإداري أن الإدارة ملزمة بما يرد في الإعلان ، وذلك فيما يتعلق باحترام المدة المخصصة لتقديم العطاءات ، وسريان تلك العطاءات ، وإلا اعتبرت المناقصة أو المزايدة باطلة .

ويلاحظ أن المشرع الكويتي قد قصر نشر الإعلان على الجريدة الرسمية " الكويت اليوم " وعلى اللصق في لوحة الإعلانات في مقر لجنة المناقصات المركزية .

ونحن نرى وجوب اتساع وسيلة الإعلان عن المناقصات العامة عما هو وارد في قانون المناقصات سالف الذكر ، وذلك بالنشر والإعلان عن المناقصة في كافة وسائل الإعلام حتى يتيسر على الكافة العلم بها والتقدم إليها .

١) بيـــانـــات الإعلان :

لأهمية هذا الإعلان ومكانته القانونية ، نظمه القانون بشكل مفصل، وحدد العناصر الجوهرية التي يجب أن تتكامل فيه .

ولقد نظمه القانون المصري رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ في المادتين ١٢ ، ١٣ في حين نظمته المادتين ١٥ ، ١٦ في قانون المناقصات العامة رقم ٣٧ لسنة ١٩٦٤ ، ومن خلال دراستهما نستطيع أن نورد البيانات الجوهرية التي يجب أن تتوافر في الاعلان ومنها:

١. بيان آخر موعد لتقديم العطاءات .
٢. تحديد مدة سريان العطاءات .
٣. بيان الصنف أو العمل المطلوب توريده أو تنفيذه .
٤. تحديد المقابل النقدي للنسخة من شروط العطاءات .
٥. تحديد الجهة التي تقدم إليها العطاءات .
٦. إمكانية أن يتضمن الإعلان أية بيانات إضافية ترى الإدارة ضرورة الإعلان عنها للمصلحة العامة .

٢) من يقوم بالإعلان :

ثم حددت المادة (١٥) من ذات القانون الجهة التي تقوم بالإعلان في دولة الكويت عن المناقصات العامة وهي لجنة المناقصات المركزية ، وذلك بعد أن تطلب منها الجهات ذات العلاقة.

وهذا الإعلان يجب أن يكون في الجريدة الرسمية إذا كانت المناقصة مفتوحة ولا تغني وسيلة أخرى عن ذلك .

أما إذا كانت المناقصة محدودة فيكفي فيها الإعلام ، عن طريق قيام الجهة الحكومية بتحديد المقاولين المقصور عليهم الاشتراك في المناقصة ، وعرضها على لجنة المناقصات المركزية ، لتقوم بتوجيه دعوة إليهم للاشتراك في المناقصة بموجب المادة (١٨) من القانون .

وقد تكون المناقصة محدودة ولكن ليس على أسماء معينة ، وإنما على فئة معينة من المقاولين ، وذلك إذا تطلبت الجهة الحكومية اشتراطات معينة ذات طبيعة خاصة بالمناقصة فهنا لابد من الإعلان ، على أنه بوسع الجهة الحكومية أن تضيف إلى الإعلان الرسمي وسائل إعلانية ترى أنها أكثر فاعلية[١].

وبعد أن يتم الإعلان من المناقصة تقوم لجنة المناقصات المركزية بإخطار الجهة الحكومية طالبة المناقصة بالإعلان ، وترسل إليها نسخة من عدد الجريدة الرسمية الذي نشر فيه الإعلان منها بموجب المادة (١٩) من القانون .

٣) الطبيعة القانونية للإعلان :

يعتبر الإعلان من العناصر الجوهرية في المناقصة العامة ، لأنه الضامن للمبادئ التي من أجلها قرر المشرع أسلوب المناقصة العامة ، وهى المنافسة والمساواة ، مما يعني ترتب البطلان على تخلف الإعلان عن المناقصة [٢] ولذلك تعتبر الشروط التي يتطلبها المشرع في الإعلان ملزمة للإدارة ، فيجب عليها احترام المواعيد الواردة فيه ، وكذلك الاشتراطات القانونية إن وجدت ــ أو الإجراءات المحددة للتقديم و إلا ترتب على ذلك أيضا بطلان المناقصة[٣].

---

(١) يراجع الدكتور. سليمان الطماوي – العقود الإدارية – مرجع سابق صـ٢٥٠

(٢) يراجع الدكتور. عبد الفتاح حسن _ مبادئ القانون الإداري الكويتي مرجع سابق صـ٤٨٣ ، وأيضا الدكتورة. عزيزة الشريف _ دراسات في نظرية العقد الإداري – مرجع سابق – صـ ١٦٧ ، وأيضا الدكتور. داود العيسى – مذكرات في القضاء الإداري –مرجع سابق الجزء الثاني صـ٢٣١ .

(٣) للمزيد الدكتور. سليمان الطماوي – العقود الإدارية – مرجع سابق صـ ٢٤٨ وما بعدها .

على أنه تجدر ملاحظة أن الإعلان لا يعتبر إيجابا ، وإنما تنحصر طبيعته القانونية بكونه مجرد دعوة للتعاقد[1]، وهو ما أكدته فتوى إدارة فتوى الصناعة حيث قالت بأن "...إعلان جهة الإدارة عن إجراء مناقصة أو مزايدة ليس إلا دعوة إلى التعاقد" [٤] .

ثانياً ــ شروط التقدم للمناقصة وإجراءاتها :

بعد الإعلان عن المناقصة يجوز للراغبين بها التقدم إليها ، ولكن هل يقبل كافة المتقدمين أم أن هناك شروطاً واجبة التوافر فيهم حتى يحق لهم الاشتراك بالمناقصة ؟ وما هي الإجراءات التي يقومون بها للتقدم للمناقصة ؟

نبدأ أولاً بالشروط المطلوب توافرها في المناقصين ثم نتلوها ببيان الاجراءات التى يجب أن تتبع في تقديمهم للمناقصة.

١) شروط المناقصين :

أوجبت المادة (٥) من قانون المناقصات العامة في دولة الكويت شرطين فيمن يتقدم للمناقصة هما :

١. أن يكون كويتيا تاجرا ــ فردا كان أو شركة ــ مقيدا في السجل التجاري ومسجلا لدى غرفة تجارة وصناعة الكويت . ويجوز أن يكون أجنبيا بشرط أن يكون له شريك أو وكيل كويتي تاجر بعقد رسمي موثق .
٢. أن يكون مسجلاً في قوائم تصنيف المقاولين أو الموردين فأما ما يتعلق بالشرط الأول فقد أعتنى قانون التجارة ببيان المقصود به .

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣٣٣ س ١٠ ق جلسة ١٩٦٧/١٢/٢ – المجموعة س ١٣ صـ ١٦٦ .
(٤) فتوى إدارة فتوى الصناعة ملف رقم ١٢٧٣/٢٩/٣١ صادر ٢٠٠٢/٥/٢٧ – مشار إليه في الدكتور محمد ماهر أبو العينين – العقود الإدارية – الكتاب الأول – ص ٢٢١ ، ٢٢٢ .

أما ما يتعلق بالشرط الثاني فإنه يحتم التفرقة فـــي شأنه بين عقود التوريد وعقود المقاولة على النحو التالي .

فبالنسبة إلى عقود التوريد فلقد نصت المادة (٦) من قانون المناقصات العامة على وجوب إعداد قائمة بأسماء الموردين ، وعهد القانون للجنة المناقصات ممثلة بأمانة السر القيام بهذه المهمة ، فالتسجيل في هذه القائمة شرط للتقدم لمناقصات التوريد ، والتسجيل مفتوح لكل من ينطبق عليه الشرط الأول للقيد كمورد بقائمة الموردين.

أما بالنسبة لعقود المقاولة فلقد نظمتها المادة (٧) من ذات القانون التي نصت على تشكيل لجنة باسم " لجنة تصنيف المقاولين " وفق الفئات التالية :

الفئة الأولى :

فئة مقاولين المشروعات الإنشائية الكبرى التي تزيد تقديراتها المبدئية عن مليون دينار .

الفئة الثانية :

فئة المقاولين ذوي المقدرة الفنية والمالية على المناقصات التي لا يزيد تقديرها على مليون دينار .

الفئة الثالثة :

فئة المقاولين المحليين للاشتراك في المناقصات بحيث لا يزيد مجموع قيمة الأعمال التي يقومون بها في وقت واحد على خمسمائة ألف دينار .

الفئة الرابعة :

فئة المقاولين المحليين للاشتراك في المناقصات بحيث لا يزيد مجموع قيمة الأعمال التي يقومون بها في وقت واحد على مائتين وخمسين ألف دينار .

٢) إجراءات التصنيف :

تشكل لجنة التصنيف وفق نص المادة (٧) من :

١. ممثل للجنة المناقصات المركزية تنتخبه هذه اللجنة ، ويكون رئيسا للجنة التصنيف.
٢. ممثل لوزارة الأشغال العامة .
٣. ممثل لوزارة البريد والبرق والهاتف (وزارة المواصلات حاليا) .
٤. ممثل لوزارة الكهرباء والماء .
٥. ممثل لوزارة المالية والصناعة .

وتعين لجنة المناقصات أمين للجنة التصنيف .

وللجنة أن تستعين في أعمالها بما ترى من الفنيين والخبراء في مختلف أجهزة الدولة .

وتقوم لجنة التصنيف بتصنيف وتسجيل المقاول في الفئة التي تتفق ومركزه المالي والفني وسجل أعماله السابقة على أن يتم ذلك خلال شهر من تقديم طلب التصنيف حيث يجب عليها أن تصدر قرارها ويعتبر مرفوضا كل طلب لم يصدر عنه قرار خلال هذه المدة .

وتقوم اللجنة بإخطار الطالب بقرارها خلال أسبوع من صدوره ليمارس حقه في التظلم أما لجنة المناقصات المركزية والتي يكون قرارها بهذا الشأن نهائياً.

وقد جرى العمل على أن يكون رئيس لجنة التصنيف هو رئيس لجنة المناقصات المركزية ، مما يعنى أن التظلم من طلب التصنيف يقدم إلى نفس من أصدره ، ولا يخفى أن معنى ذلك هو أن الخصم والحكم هما نفس الجهة مما قد لا يعطى للتظلم قيمة حقيقية أو فائدة عملية ، والأجدر ــ دفعاً للشبهات ــ أن لا يكون رئيس لجنة التصنيف هو رئيس اللجنة وإنما شخص آخر حتى يكون التظلم أمام جهة أخرى غير التي أصدرته .

وعلى ذلك فالمقيدين سواء في جدول الموردين أو المقاولين ، هم الذين يقتصر حق الاشتراك عليهم في المناقصات العامة .

وتجدر الإشارة إلى أن الأحكام السابقة كانت في شأن المناقصات المفتوحة أما تلك المحدودة فيقتصر حق الاشتراك فيها على من ورد اسمه في القائمة التي تحددها الجهة طالبة التعاقد والتي توافق عليها لجنة المناقصات (م ١٨) دون إلزام أن يكون قد ورد اسمه في قوائم المقاولين أو الموردين المعدة سلفاً .

ثالثاً ــ القيود الواردة على حق الاشتراك في المناقصة :

يحرم بعض الموردين أو المقاولين من حق التقدم للاشتراك في المناقصة برغم توفر كل الشروط السابقة وفي حالات معينة منها ما يلي :

١. ما ينص عليه قانون الجزاء من حرمان من حكم عليه بعقوبة جنائية من " العمل كمتعهد أو كملتزم لحساب الدولة " وذلك كعقوبة جنائية تبعية . (م ٦٨/١ من قانون الجزاء) .
٢. المنع المتصل بالصفة الوظيفية متى كانت المناقصة متعلقة بأعمال وظيفة الموظف فـ " لا يجوز للموظف أن يكون له مصلحة سواء بالذات أو بالوساطة في أعمال أو مقاولات أو مناقصات أو عقود تتصل بأعمال أي جهة حكومية " (م ٢٥ من قانون الخدمة المدنية) .

٣. التعيين كوزير يعتبر مانعا دستوريا إذ تنص المادة ١٣١ من الدستور على أنه " لا يجوز للوزير أثناء توليه الوزارة ... أن يزاول ولو بطريق غير مباشر ....عملا صناعياً أو تجارياً أو مالياً " مع سريان هذا النص على رئيس مجلس الوزراء (م ١٢٤ من الدستور) .

٤. الانتخابات أو التعيين كعضو في المجلس البلدي متى كانت المناقصة لصالح البلدية فلقد نصت المادة (٩) من قانون بلدية الكويت على أنه "... تسقط العضوية بقرار من المجلس البلدي بأغلبية ٣/٢ الأعضاء إذا قام بالذات أو بالوساطة بعلم أو مقاولة أو مناقصة أو توريد لحساب البلدية ، أو إذا دخل معها في بيـــع أو إيجـــار أو مقايضة ...".

٥. الحظر على العاملين بالشركات النفطية التقدم بمناقصات تخص هذه الشركات التى يعملون بها .

٦. ولقد أوردت المادة (٢٠) من القانون الكويتي حظرا عاما بقولها (لا يجوز أن يكون المناقص عضوا في لجنة المناقصات المركزية ، و لا موظفا في الجهة الحكومية طالبة المناقصة ، وتشمل عبارة المناقص في تطبيق أحكام هذه المادة الشريك أو الوكيل والعميل والموظف وعضو مجلس الإدارة في المؤسسة أو الشركة المناقصة).

ونحبذ سريان هذا الشرط على كافة الشركات التي قد يكون لها علاقة بموضوع المناقصة.

رابعاً ــ الطبيعة القانونية للتقدم للمناقصة :

قررت المحكمة الإدارية العليا بأن الطبيعة القانونية للتقدم بالعطاء من قبل المناقصة بأنه يعتبر إيجابا بقولها بأن " إعلان الإدارة عن إجراء مناقصة أو مزايدة أو ممارسة لتوريد بعض الأصناف عن طريق التقدم بعطاءات ليس إلا

دعوة للتعاقد ، وإن التقدم بالعطاء وفقا للمواصفات والاشـتراطات المعلن عنها هو الإيجاب الذي ينبغي أن يلتقي عنده قبول الإدارة لينعقد العقد " [1].

وفي حكم أخر لنفس المحكمة تقول فيه بأن "...التقدم بالعطاء وفقاً للمواصفات والأشتراطات المعلن عنها هو الإيجاب الذي ينبغي أن يلتقي عنده قبول الإدارة لينعقد العقد وهذا القبول بوصفة تعبيراً عن الإدارة لا يحقق وجوده القانوني إلا إذا أتصل بعلم من وجه إليه – الثابت أن مندوب الجمعية الذي أجرى التفاوض وتنازل عن التحفظات ووقع على ذلك بالجلسة قد حصل على تفويض من الجمعية في ١٩٨٨/٨/٦ بإجراء المفاوضة ومن ثم يعتبر ممثلاً ولاسيما أن هذا الشخص وهو مدير الجمعية هو ذاته الذي تقدم بالعطاء إبتداء وبالتالي يكون إيجاب الجمعية المطابق لشروط المناقصة قد ألتقى وقبول الجهة الإدارية أثناء سريان مدة العطاء وتم الترسية عليها وإبلاغها بذلك مما لا وجه معه للقول بعدم أنعقاد العقد بينهما"[2] .

ويترتب على ذلك نتيجة قانونية مهمة وهي التزام مقدم العطاء في المناقصة بعطائه حتى النهاية المحددة لسريان العطاء ، وهذا ما نصت عليه المادة (٥٧) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بقولها " يبقى العطاء نافذ المفعول وغير جائز الرجوع فيه من وقت تصديره... حتى نهاية مدة سريان العطاء ".

وهو عين ما نص عليه قانون المناقصات العامة في المادة (٣٠) منه والتي تنص على أن (يبقى العطاء نافذ المفعول وغير جائز الرجوع فيه من وقت تصديره حتى نهاية مدة سريان) .

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ١٤٠٨ لسنة ١٠ ق بتاريخ ١٩٦٧/٢/١٤ – المجموعة س ١١– صـ ٢٣.
(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٢٣٤٦ س ٤٣ ق جلسة ٢٠٠٠/١١/٢١ – مجلة المحاماه – العدد الثاني ٢٠٠٢ – ص٥٢٢.

وهذا ما أقرته محكمة التمييز حيث قررت "... أن المتقدم بالعطاء سواء في المزايدات أو المناقصات ــ والتي تأخذ حكمها ــ ليس إلا إيجابا من صاحب العطاء فلا بد لانعقاد العقد أن يصادفه قبول بإرساء المزاد أو المناقصة عليه ممن يملكه"[1] .

ويتعرض المناقص الذي يعدل عن عطاءه قبل تاريخ فتح مظاريف العطاءات لجزاء يتمثل في فقد التأمين الأولي المرفق مع العطاء(م ٥٧ من اللائحة الجديدة).

خامساً ــ إجراءات التقدم للمناقصة العامة والأثر المترتب عليه :

تطبيقاً للمبادئ آنفة الذكر والتى تحكم فكرة المناقصات ، حدد القانون على وجه الدقة والوضوح الاجراءات التى تمر بها المناقصات أثناء طرحها ضمانة لتحقيق مبدأ المساواة والسرية والعلنية وعليه فسوف نتعرض لهذه الاجراءات ونرى إن كانت تحقق ما يصبو إليه القانون من عدالة .

أ . أما عن الوثائق التي يجب تقديمها فقد أوجبت المادة (٢١) من قانون المناقصات العامة تقديم العطاءات في وثائق المناقصة الرسمية الصادرة إلى المناقصين من الجهة الرسمية المختصة ، وتعتبر وثائق المناقصة المقدمة شخصية للمناقصين الذين حصلوا عليها ولا يجوز تحويلها إلى الغير .

ب . كما أنه على المناقص استيفاء كافة البيانات المدونة في وثيقة المناقصة على أن تكون طبقا لما نصت عليه وثائق المناقصة ، وليس من حق المقاول أن يجري أي تعديل في وثائق المناقصة، ويعد باطلا كل عطاء يخالف هذه الأحكام[2].

---

(1) حكم محكمة التمييز رقم ٧٠٧ لسنة ٢٠٠٠ تجاري /١ الصادر في جلسة ٢٠٠١/٥/٢٨ . حكم غير منشور .

(2) مادة ٢٢ من قانون المناقصات العامة ، ويلاحظ أن المادة ٢٣ من القانون المذكور أجازت للمقاول الحصول على مجموعة أخرى من الوثائق إذا كانت وثائق المقاولة تنص على السماح بتقديم عروض بديلة وكان المقاول يرغب في تقديم بديل أو أكثر ، ولقد أوجبت المادة المذكورة في هذه الحالة على المقاول أن يكتب على كل مجموعة من الوثائق أنها تمثل عرضا بديلا ، وفي ذلك صدرت الفتوى رقم ٢٦٢٥/٢ في١٩٧٧/٣/٨ بأن " إدراج المناقص في القسم المخصص في الجدول لسعر الوحدة

ومع ذلك فإن من الجائز قبول الوثائق المعدلة إذا رأت اللجنة قبولها بإجماع الحاضرين ولإعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة، على أننا نرى الخطورة في قبول الوثائق المعدلة واشتراط أن يكون ذلك بإفادة مكتوبة أوتوجيه من جهة الإدارة طالبة التعاقد ضماناً لتحقيق مبدأ المساواة ، ويقدمها ممثل هذه الجهة والذى يعتبر أحد اعضاء اللجنة .

ج. يجب أن يكون العطاء مشفوعاً بالتأمين اللازم ، إذ أن التأمين من الوسائل التي يقتضيها المشرع لضمان جدية التقدم إلى المناقصات والمزايدات .

وعليه فإن التأمين نوعـــان :

الأول هو تأمين ابتدائي يقدمه المناقص مع تقديم عطائه ، والثاني هو نهائي يقدمه من ترسو عليه المناقصة .

وفي ذلك نصت المادة (٢٧) من قانون المناقصات العامة بأنه (يجب على المناقص أن يودع مع عطاءه ، مرفقا بصيغة المناقصة التأمين الأولي في صورة شيك مصدق أو خطاب ضمان من بنك محلي أو من شركة تأمين معتمدة من بنك محلى ، كما أوجبت المادة نفسها أن يكون التأمين صالحا مدة سريان العطاء) .

ويتم تحديد المبلغ الأولي للتأمين حسب ما تراه اللجنة المركزية للمناقصات مع أنه من الأولى وكل عطاء يتقدم به صاحبه غير مشفوع بالتأمين "الكفالة " يكون نصيبه الإهمال (مادة ٣٦ من قانون المناقصات العامة).

د. وفي الأحوال التي تنص فيها وثائق المناقصة على وجوب تقديم عينات للبضائع أو الأصناف ، لا يكون العطاء مقبولا إذا لم يكن مصحوباً بالعينات المطلوبة لتلك العينات .

بالحروف مبلغا مقدار خمسون دينارا كتابة – إدراجه في القسم المخصص لسعر الوحدة بالأرقام مبلغا مقداره ٦٠ دينار ا رقما ... الأخذ بالسعر المدون رقما للوحدة " مجموعة المبادئ التي قررتها إدارة الفتوى والتشـريع خـلال سـنتين مـن ١٩٧٥ _١٩٧٧) .

هـ. تقضي المادة (٢٦) من قانون المناقصات العامة بوجوب قيام المناقصين بإعادة وثائق المناقصة في الوقت المحدد لها وبالطريقة المنصوص عليها في هذه الوثائق.

البند الثاني ـ مرحلة تقديم العطاءات :

وهنا تبدأ المرحلة الثانية من مراحل المناقصة حيث يقدم المناقص عرض أسعاره للإشتراك بهذه المناقصة ، وطبيعة هذه المرحلة تقتضي بيان بعض هذه الأحكام القانونية التي تتعلق بها.

أولاً ـ ميعاد التقدم بالعطاءات :

تنص المادة ١٤ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات في مصر رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على أن (تحدد مدة ثلاثين يوما على الأقل لتقديم العطاءات في المناقصة العامة من تاريخ أول إعلان في الصحف اليومية ويجوز بموافقة السلطة المختصة تقصير هذه المدة بحيث لا تقل عن عشرين يوماً) .

وفي الكويت نصت المادة ٢٤ من قانون المناقصات العامة فإنه (لا يلتفت إلى أي عطاء يرد بعد الميعاد المحدد لإقفال صندوق المناقصات) .

حيث يتم احتساب مدة الثلاثين يوماً المحددة أو أقل من ثلاثين يوما بموافقة السلطة المختصة .

ولم يستثنى القانون المصري الجديد أية أنواع من العقود من هذا التقصير في المواعيد كما كان ينص القانون الملغي رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ حيث كان ينص في مادته رقم (١٦) على عدم سريان التقصير والذي كان حده الأدنى خمسة عشر يوما على المناقصات العامة المتعلقة بالتوريدات السنوية .

وتكمن أهمية تحديد موعد تقديم العطاءات في أنه يعد ضماناً تحقيقا لمبدأ المساواة بين المتناقصين والحفاظ على سرية العطاءات المقدمة .

ثانياً ــ موعد سريان العطاءات :

تظل العطاءات المقدمة من الأفراد صالحة للسريان مدة لا تزيد على ثلاثة أشهر ، على أنه في حالات الضرورة التي تحتمها طبيعته وظروف موضوع التعاقد يجوز بموافقة السلطة المختصة مد هذه المدة ، حسب مدة صلاحية سريان العطاءات اعتبارا من التاريخ المحدد لفتح المظاريف الفنية .

وفي الكويت نصت المادة ١٥ من قانون المناقصات العامة على أن سريان العطاءات يكون لمدة تسعين يوما من تقديمها .

تنص المادة ٦٠ من اللائحة التنفيذية لقانون نظم المناقصات والمزايدات في مصر رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على أنه (إذا سحب مقدم العطاء عطاء قبل الموعد المعين لفتح المظاريف الفنية يصبح التأمين المؤقت المودع حقا للجهة الإدارية دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو الالتجاء إلى القضاء أو اتخاذ أية إجراءات أو إقامة الدليل على حصول ضرر) .

ثالثاً ــ شروط العطاء وأحكام التأمين :

١ - شروط العطاء :

والعطاء كوثيقة أصلية من وثائق المناقصة ينبغي توافر فيه عدة عناصر حتى يكتمل بناءه القانوني وينتج أثره كإيجاب صادر من المنـــاقص وهي :

أ - قبل كل شئ يجب أن يرد أولا قبل انتهاء الميعاد المحدد لتقديم العطاءات فلا يلتفت إلى العطاء الوارد بعد قفل باب تقديم العطاءات على أن يودع بمقر اللجنة .

ب- يجب أن يقدم العطاء في نفس الوثائق الرسمية التي حصل عليها ، واعتبر القانون أن الوثائق شخصية وبالتالي لا يجوز تحويلها للغير إلا إذا كان هذا الغير وكيلا (م ٢١) .

ج - يجب أن تعاد وثائق المناقصة حسب الشروط المبينة فيها معبأة بالكامل دون تعديل ويعد باطلا كل عطاء يخالف هذه الأحكام ما لم تر اللجنة بإجماع الحاضرين قبوله لاعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة .(م ٢٢) .

د - تقبل العروض البديلة إذا نصت وثائق المناقصة على ذلك ويجب أن يكتب عليها أنها تمثل عرضاً بديلاً ، وذلك طبعاً بشرط وجود عرض أصيل (م٢٣).

هـ- أن تشتمل صيغة العطاء على سعر إجمالي ثابت بالعملة الرسمية وهو السعر المعتبر في نظر اللجنة للمفاضلة بين الأسعار المقدمة (م ٢٥) مع عدم الإخلال بالمادة (٤٥) من القانون [1].

و - أن تقدم في المظاريف الرسمية المخصصة لها وتختم بالشمع الأحمر، مع عدم ذكر اسم مرسلها أو ذكر أية إشارة أو علامة تدل عليه وإلا اعتبر العطاء باطلاً ما لم تقرر اللجنة بإجماع آراء الحاضرين قبوله لاعتبارات المصلحة العامة (م ٢٦).

ز - أن يرفق مع الوثائق التأمين الأولي الذى تحدد وثائق المناقصة مقداره.

٢ - *أحكام التأمين :*

نص على التأمين كل من المادة (١٧) من قانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ في مصر والمادة (٢٧) من قانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٦٤ الكويت ، ولذلك نستطيع استخلاص بعض الأحكام القانونية لهذا التأمين :

---

(١) تنص المادة ٤٥ من قانون المناقصات العامة على أنه (إذا وجد عند التدقيق في المناقصة أن الأسعار الفرديـة والتفصـيلات غير مطابقة للسعر الإجمالي فالعبرة دائما بالسعر الإجمالي إلا إذا كان الخطأ فيه بالزيـادة عـن مجمـوع الأسـعار الفرديـة والتفصيلات فإنه يعتبر في هذه الحالة بالمجموع الصحيح كل ذلك مع عدم الإخلال بأحكام المادة ٢٤ من هذا القانون).

أ) التأمين الأولى من الاشتراطات الأساسية التى يبنى عليها استبعاد العطاء الغير مصحوب بالتأمين الأولى .

ب) يجب أن يبقى التأمين الأولى صالحاً طوال مدة سريان العطاء ضماناً لعدم رجوع مقدم العطاء عن عطاءه .

ج) يكون مبلغ التأمين الأولى حق للإدارة دون حاجة لإعذار أو إنذار أو إتخاذ أية إجراءات قضائية أو حتى دون إثبات حدوث الضرر ، فتعتبر مصادرة مبلغ التأمين جزاء رجوع مقدم العطاء عن عطاءه قبل فتح المظاريف .

د) إذا تخلف المناقص الفائز عن توقيع العقد المحدد له أو تقديم الكفالة النهائية أو انسحب لأى سبب إذا لم يقدم عذراً تقبله لجنة المناقصات تتم مصادرة مبلغ التأمين الأولى مع إمكانية تعرضه لعقوبات أخرى .

ه) يقبل التأمين الأولى على صورة شيك مصدق أو خطاب ضمان من بنك محلى أو من شركة تأمين معتمدة من بنك محلى ، ولا تقبل التأمينات النقدية ولا الشيكات غير المصدقة .

فطبقاً لنص المادة ١٧ من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ المنظم للمناقصات والمزيدات في مصر انه يجب أن يؤدى مع كل عطاء تأمين مؤقت تحدد الجهة الادارية مبلغاً ضمن شروط الاعلان بما يجاوز(٢ %) من القيمة التقديرية ، ويستبعد كل عطاء غير مصحوب بكامل هذا المبلغ ، ويجب رد التأمين المؤقت إلى أصحاب العطاءات غيـر المقبـولة دون توقف على طلب منهم ، وذلك فورانتهاء المدة المحددة لسريان العطاء ويفهم من هذا النص أن التأمين الأولى شرع لضمان جدية التقدم إلى المناقصات العامة ، *ولكن ما أثر عدم تقديم التأمين المؤقت ؟*

بالرجوع إلى الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري ــ في ظل القوانين الملغية التى نظمت المناقصات والمزايدات – نجد أن المحكمة قد أصدرت

أحكاماً متعارضة فقد قالت في أحد احكامها بأنه " ... يجوز للإدارة وفقاً للائحة المخازن والمشتريات أن تتساهل في أن التأمين المؤقت ، فتقبله بعد فتح المظاريف ... هذا فضلاً عن أن التأمين المؤقت مقرر سداده لضمان جدية العطاء .. فهو بهذه المثابة شروط تقديمه حفظاً لصالح الوزارة ومن ثم لا يجوز أن يستند إلى هذه الواقعة من رفض عطاؤه"[1].

وفي نفس الحكم استطردت تقول " ...ومن حيث أن الالتزام بتقديم التأمين المؤقت يعتبر من الشروط الجوهرية التى يحكمها مبدأ المساواة بين المتناقصين وذلك ضماناً لجدية العطاءات فاختصاص جهة الإدارة في هذه الحالة يكون مقيداً أويكون بالتالي ما قررته لجنة فتـــح المظاريـــف من استبعاد عطاء... موافقاً للقانون "[1].

أما بالنسبة للمحكمة الإدارية العليا ــ فقضت في أحد أحكامها الصادره في ١٩ نوفمبر ١٩٦٠ التي تؤكد فيه أن التأمين الابتدائي يقصد به تحقيق أمرين ــ جدية العطاءات والمساواة بين المتناقصين ويترتب على ذلك أنه إذا لم يقدم التأمين الابتدائي فإنه من المتعين عدم الالتفات إلى العطاء واستبعاده فإذا قبلت الإدارة عطاء لم يصاحبه التأمين يكون قبولها غير صحيح ولا ينتج أثراً ".

أما في حكمها الصادر في ١٩٦٩/٣/٨ فهى تورد عكس القضاء السابق حيث تقول أن "...قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن إيداع التأمين المؤقت من مقدم العطاء في الوقت المحدد شرط أساسى للنظر في عطاؤه ، وهذا الشرط مقرر للصالح العام دون ترتيب جزاء البطلان على مخالفته ، إذا ما أطمأنت جهة الإدارة إلى ملاءمة مقدم العطاء ، ومن ثم فإنه لايقبل من مقدم العطاء التحدى بأنه لم يدفع التأمين المؤقت مادام أن التأمين غير مشروط لمصلحته. وبناء على ذلك فإن ما ذهب إليه الحكم المطعون فيه من ضرورة استبعاد العطاء لأنه لم يكن مصحوباً بالتأمين المؤقت دون أن يكون لجهة الإدارة الحق في قبوله أمر غير سديد لتعارضه مع اعتبارات المصلحة العامة" .

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٣٩٦٩ س ٧ ق جلسة ١٩٥٥/١٢/٢٥ ــ المجموعة س ١٠ ص ١١١ .
(١) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٣٩٦٩ س ٧ ق جلسة ١٩٥٥/١٢/٢٥ ــ المجموعة س ١٠ ص ١١١ .

وجاء أيضاً فتوى الجمعية العمومية مؤيدة لذلك " ومفاد ما تقدم أن المشرع لاعتبارات قدرها أهمها كفالة المساواة بين المتناقصين ، وضمان جديتهم ، حفاظاً على حقوق جهة الإدارة إذا ما أخل المتناقص بالتزاماته أوجب على كل مقدم عطاء أن يرفق عطائه تأمين مؤقت لا يقل عن ١% من قيمة العطاء في مقاولات الأعمال ، ولا يقل عن ٢% من قيمة العطاء فيما عدا ذلك . وحيث أن مفاد عبارة " يجب أن يقدم مع كل عطاء تأمين " الواردة في هذا النص أخذا بطريقة النص التي تستند على وجوب تقديم التأمين المؤقت كاملا في ذات الوقت الذي يقدم فيه العطاء " [١] .

ونحن نرى وجوب استبعاد العطاء غير المصحوب بالتأمين الأولى وذلك تحقيقاً لمبدأ المساواة بين المتناقصين حيث يقدمون جميعاً تأميناتهم الأولية على حداً سواء لضمان جديتهم في التقدم للمناقصة ونؤيد حق الجهة الإدارية في عدم إعطاء المتناقص الذي يتقدم لسحب عطائه التأمين المؤقت الأولى وذلك بشرط ألا تكون الإدارة هي التى استبعدت عطائه .

وفي التشريع الكويتى مفاد المادة (٢٧) للقانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٦٤ من قانون المناقصات العامة على أن العطاء لا يجوز الرجوع فيه ، وعليه فإن التأمين في هذه الحالة ضامن لبقاء العطاء ، وإلا فقده المتقدم في حالة انسحابه فضلاً عن امكان توقيع أي من الجزاءات الأخرى التى نظمتها المادة ٥٤ من هذا القانون .

كما أجازت المادة (٣٩) من ذات القانون تشكيل لجنة فنية خاصة تحيل اليها العطاءات المقبولة لدراستها فنياً بصفة مستقلة أو بالمشاركة مع الجهة الحكومية المختصة حسبما تراه لجنة المناقصات المركزية ثم تقوم اللجنة المذكورة بإعداد توصيتها في هذا الشأن .

---

(١) فتوى الجمعية العمومية لمجلسي الفتوى والتشريع ملف رقم ٥٦/١/٥٤ - جلسة ١٩٨٦/٢/٥ - الموسوعة الإدارية الحديثة - للكهاتي - ج (٣٩) ص ٥٣٦ .

ونصت المادة (٤٠) القانون علي انه (إذا كانت وثائق المناقصة قد أعدت من مهندسين استشاريين يجوز أن يقوم هؤلاء بدراسة العطاءات المقدمة بالاشتراك مع الجهة الحكومية المختصة واعداد التوصيات اللازمة بشأنها من الناحية الفنية وارسالها الي لجنة المناقصات خلال المدة التي تحددها).

رابعاً ــ فض العطـــاءات :

بعد أن توضع العطاءات في المظاريف الرسمية المخصصـــة لهـــا وتخـــتم بالشمع الأحمر ثم توضع في صندوق المناقصات لدى لجنة المناقصات المركزيـــة في اليوم والساعة المحددين لذلك في وثائق المناقصة – (م/٣٢) ثم تقوم اللجنـــة بالآتي:

١- إثبات الحالة التي وردت عليها العطاءات بعد التحقق من سلامتها .
٢- القيام بحصر العطاءات وإثبات عددها داخل المظاريف .
٣- ترقيم العطاءات .
٤- إعادة وضع المظاريف المالية بعد التوقيع عليها من رئيس اللجنة .
٥- فتح المظاريف الفنية بالتتابع وكل مظروف يفتح يثبت رئيس اللجنة رقم العطاء عليه .

وقبل البت في العطاءات أوجبت المادة سالفة الذكر من القـــانون المـــذكور علي إحالة جميع العطاءات المقبولة إلي الجهة الحكومية المختصة ليقوم المعنيون فيها بدراستها وتقديم التوصيات في شأنها إلي لجنة المناقصات خلال فترة تحددها اللجنة . والمقصود بالجهة الحكومية المختصـــة الـــوزارة أو المصـــلحة طالبـــة المناقصة .

البند الثالث ــ مرحلة ترسية المناقصة :

وهنا نكون قد وصلنا إلى المرحلة الثالثة والتي نتناول فيها أحوال الترسية والطبيعة القانونية لقرار الترسية.

أولاً ــ أحوال الترسية :

يعد صدور قرار ترسية المناقصة[1] علي أحد مقدمي العطاءات بمثابة إجراء تمهيدي سابق علي التعاقد ، فلا تنشأ علاقة تعاقدية بين من رست عليه المناقصة والإدارة بمجرد هذا الإرساء ، وإنما يلزم لقيام الرابطة العقدية تصديق السلطة المختصة .

وكل ما ينتجه قرار إرساء المناقصة من آثار يتمثل في عدم إمكانية الإدارة من التعاقد مع غير من رست عليه المناقصة [2] .

وقبل أن يصدر قرارالترسية فإنه يمر بأوضاع مختلفة يحكمها التوفيق بين المبادئ العامة والمصلحة العامة وهي:

- *الترسية علي أقل الأسعار*[3] ــ وهي الحالة الطبيعية ويعتمد فيها اقل سعر إجمالي بشرط أن يتوافق مع متطلبات المناقصة .(م.٤٣).
- *الترسية علي غير أقل الأسعار* ــ وهي اختيار مناقص تقدم بسعر أكبر إذا كانت أسعار أقل المناقصين منخفضة بصورة غير معقولة تنذر بأخطار مستقبلية أثناء تنفيذ العمل .

---

(١) ذهبت المحكمة الإدارية العليا في حكم لها صادر في ١٩٧٥/٤/١٥ إلي أن قرار لجنة البت بإرساء المناقصة أو المزايدة إنما بطبيعته قرار إداري نهائي يجتمع له مقومات القرار الإداري ومن ثم يمكن الطعن فيه بالإلغاء باعتباره قرار منفصل عن التعاقد . في تفاصيل ذلك الدكتورة. سعاد الشرقاوي – العقود الإدارية- صـ٤٤٢ وما بعدها إلي صـ٤٤٤ – وأيضا لتعريف مفهوم القرارات القابلة للانفصال الدكتور. عبد الحميد كمال حشيش – القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة- دار النهضة العربية – الجزء الأول – صـ٥٧ وما بعدها حول قرار الترسية .

(٢) أقرت هذا المبدأ العديد من الأحكام الصادرة من مجلس الدولة المصري وذلك علي سبيل المثال حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ١٩٧٣/٣/٢٧، حكمها الصادر في ١٩٦٩/٢/١ ــ وأحكاماً أخرى من الدكتورة. سعاد الشرقاوي – العقود الادارية – المرجع السابق صـ٤٤٢ -صـ٤٤٨.

(٣) حكم محكمة التمييز رقم ١٥٢ لسنة ١٩٩٦ تجارى جلسة ١٩٩٧/١/٦ موسوعة القضاء الإداري ــ الكتاب الثالث ــ ج ٨ القاعدة رقم ٧٥ ص ٩١ .

- *الترسية بقرار من مجلس الوزراء* ـ وذلك بموجب نص المادة (٤٤) من القانون وذلك في حالة ما إذا رأت لجنة المناقصات المركزية أن هناك مبرراً قوياً يدعو لتفضيل مناقص تقدم بسعر أكبر ولم يتوافر شرط الحالة السابقة ، فترفع الأمر إلي مجلس الوزراء لإصدار قرار بالترسية .

ثم ختمت المادة بالنص علي السلطة التقديرية المطلقة الممنوحة لمجلس الوزراء في ترسية المناقصة دون الالتزام بأقل الأسعار دون إبداء الأسباب .

وهذه السلطة المطلقة تدفعنا إلي ضم أصواتنا إلي صوت الفقه[1] الذى انتقد هذه الصلاحية غير المبررة التى تحول الفكرة التى تستند إليها المناقصة كأسلوب علمي إلى دخان يتطاير في سماء هذه السلطة المطلقة ، وتقوض ضمانات المناقصات من أساسها .

لا سيما مع عدم وجود وسيلة إلي الطعن علي قرار مجلس الوزراء لتحصينه ، ولا ضوابط لمعيار المبرر القوي الذي تستند إليه اللجنة لترفع الأمر إلي مجلس الوزراء ، إضافة إلى عدم وجوب تسبيب قرار مجلس الوزراء بهذه الترسية مما يدعونا إلي المناداة بوجوب تعديل هذا النص بما يكفل المبادئ التي قامت عليها المناقصات ودفع المشرع إلي تبنيها كطريقة لضمان عدم إهدار المال العام.

ثانياً ـ الطبيعة القانونية لقرار الترسية :

أكدت الأحكام القضائية سواء في مصر أو في الكويت الطبيعة الإدارية لقرار الترسية بكونه قرار إدارياً نهائياً من القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد وبالتالي يجوز الطعن عليه بالإلغاء [2] .

---

(١) يراجع الدكتور. عبد الفتاح حسن – مبادئ القانون الإداري الكويتى – المرجع السابق ص ٤٩٠ وما بعدها ، وأيضا الدكتور. عزيزة الشريف – دراسات في العقد الإداري في الكويت – مرجع سابق ص ١٧٦ وما بعدها .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣٢٠ و٤٥٦ س بتاريخ ١٩٧٥/٤/٥ – المجموعة س ٢٠ص٣٠٧ـ و للمزيد الدكتور. عبد الحميد كمال حشيش ـ القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة ـ ص ٩٣ و ما بعدها .

وهو ما أكدته أيضاً المحكمة الإدارية العليا في احدث أحكامها حيث قالت فيه بأن " ... المرحلة السابقة على التعاقد فإن ما تتخذه جهة الإدارة من قرارت في مرحلة الأعمال التمهيدية للتعاقد قد يتم على مقتضي التنظيم الإداري المقرر لذلك مثل وضع شروط المناقصة أو المزايداة في قرار الإعلان عنها وتلقى العطاءات المقدمة فيها وما يصدر من قرارات بشأن تحقيق المناقصة أو المزايدة ثم المفاضلة بين العطاءات وتختتم بإصدار قرار إرساء المناقصة أو المزايدة ..... فإن تلك القرارات تنفصل عنه ويجوز الطعن فيها بالتالي أستقلالاً عن العلاقة التعاقدية ذاتها " (١) .

وهو ما جاء حكم آخر حيث قررت ذات المحكمة على أن "... قرار لجنة البت بتحديد من يجب التعاقد معه باعتباره صاحب أعلىعطاء في المزايدة ليس هو الخطوة الأخيرة في التعاقد ولا يعدو أن يكون إجراء تمهيدياً ضمن العملية المركبة للعقد الإداري ــ يأتي بعد ذلك دور الجهة الإدارية المختصة بإبرام العقد ــ قرار لجنة البت ليس هو القبول الذي يتم به العقد ــ تصديق الجهة الإدارية واخطارها المتزايد هو القبول وهو وحده الذي تترتب عليه الآثار القانونية ويتم به التعاقد " (٢) .

وقد بين القضاء في أحد أحكامه العملية الإدارية التعاقدية للمناقصة ومراحلها حيث قالت فيه "... ومن حيث إن العملية الإدارية التعاقدية عملية مركبة ولها جانبان إداري وتعاقدي وتمر بمرحلتين متتابعتين وإن كانت كل مرحلة قائمة بذاتها.

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٦٢٠٢ س ٤٤ ق ـ عليا ـ الدائرة الأولي ـ جلسة ٢٠٠٢/٣/٢ـ المجموعة سنة ٢٠٠١ / ٢٠٠٢ ص ٢٤٢ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٦٦٨ س ٣٣ ق جلسة ١٩٩٤/١/٤ ــ المجموعة س ٣٩ ــ الجزء الأول ــ ص ٥٦٩ .

المرحلة الأولي : المرحلة السابقة على التعاقد فإن ما تتخذه جهـة الإدارة من قرارات في مرحلة الأعمال التمهيدية للتعاقد يتم على مقتضي التنظـيم الإداري المقرر لذلك مثل وضع شروط المناقصة أو المزايدة في قرار الإعلان عنها وتلقي العطاءات المقدمة فيها وما يصدر من قرارات بشأن تحقيق المناقصة أو المزايـدة ثم المفاضلة بين العطاءات وتختتم بإصدار قرار إرساء المناقصـة أو المزايـدة . ومن ثم فإن هذه الأعمال التي تتخذها خلال هذه المرحلة تتم بقرارات إنفردت جهة الإدارة بإتخاذها من جانبها وحدها مفصحة بها بما لها من سلطة عامة بمقتضـى القوانين واللوائح عن إراتها الملزمة بقصد إحداث مركز قانوني معين ممكناً وتملك فرض تنفيذها بوسائل التنفيذ المباشر منفردة وهي قـرارات إدرايـة وإن كانـت ممهدة لعلاقة قانونية لا تزال في طور تكوينها ... فإن تلك القرارت تنفصل عنـه ويجوز الطعن فيها بالتالي إستقلالاً عن العلاقة التعاقدية في ذاتها .

المرحلة الثانية ــ وهذه المرحلة تشكل الجانب التعاقدي من العملية المركبة سالفة الذكر وتبدأ بعد إرساء المناقصة أو المزايدة وإبرام العقد ومـن ثـم فـإن المنازعات الناشئة عن هذا التعاقد تكون من إختصاص قاض العقد وبالتالي فإن ما تصدره جهة الإدارة من قرارات إدارية منفردة وهي تؤدي وظيفتها التنفيذية سواء كانت سابقة على تكوين العقد أو لاحقة أو أثناء فترة تنفيذه ، ليس من شـأنها أن تغير من الاختصاص المقرر لقاض العقد كما أنها لا تؤثر على طبيعة عقد مـدنى أبرمته جهة الإدارة وتخلع عليه وصف العقد الإداري ... فإذا كان عقداً إدارياً فإن الاختصاص بنظر المنازعات الناشئة عنه يكون للقاضي الإداري أما إذا كـان مـن عقود القانون الخاص فإنه يخضع لولاية القضاء العادي " [1] .

كمـا قضـت محكمـة التمييز بأن " قرار الترسية الصادر عن لجنة العقود بمؤسسة الموانئ لا يترتب عليه أي حق للمناقص الفائز قبل جهة الإدارة صـاحبة

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٦٢٠٢ س ٤٤ ق جلسة ٢٠٠٢/٣/٢ ـ المجموعة سنة ٢٠٠١ ، ٢٠٠٢ ص ٢٤٢ .

المناقصة في حالة عدولها شرط ألا يترتب علي إجراءات الترسية والعدول عنها خطأ تقصيري من جانب تلك الجهة "[1] .

وفي ذات المعني أصدرت إدارة الفتوى والتشريع في أحد فتواها بقولها "...أن جميع الإجراءات تمهيدية لا تلزم الإدارة بأي ارتباط ولا تعطي المناقص أي حق بالمطالبة بأي تعويض أو خسارة أو فوائد أو نفقات أو غيرها من أي مكان[2].

البند الرابع ــ الأحكام القانونية للمناقصة :

سنتناول هنا الأحوال التي تمر بها المناقصة ، ثم نبين مرحلة إبرام العقد ، وأخيراً نبين مرحلة التوقيع على العقد .

أولاً : أحوال المناقصة :

المناقصة ككيان قانوني قد تصبح عقداً بعد التوقيع عليه وقد تلغى هذه المناقصة أو يعاد طرحها مرة أخرى ، وعليه فسوف نتعرض للأحوال التي تتعرض لها المناقصة.

١- إلغاء المناقصة :

وذلك بصريح نص المادة (٤٧) ، وذلك في حالة ارتفاع الأسعار عن السعر التقديري على أن يتم إلغاء المناقصة بقرار من مجلس الوزراء.

وهذا ما جاء به حكم محكمة التمييز مفاده ".... أنه إذا أرست لجنة المناقصات المركزية المناقصة على أحد المتقدمين فيها فلا يجوز العدول عن الترسية إلا بقرار من مجلس الوزراء ..... وكان الواقع في الدعوى ــ وعلى ما

---

(١) حكم محكمة التمييز رقم ٢٥٩لسنة ٨٩ تجاري جلسة ١٩٩٠/١٢/١١ - مجلة القضاء والقانون -السنة ١٨/٥/١٩٩٦صـ١٣٢.

(٢) الفتوى رقم ٨٥٦/٢ بتاريخ ١٩٦٧/٨/٢ وأيضا الفتوى رقم ٤١٩/٢بتاريخ ١٩٦٤/١/٢٨ .

سجله الحكم المطعون فيه ــ أنه بعد أن تم ترسية بعض بنود المناقصة موضوع النزاع على الشركة المطعون ضدها أصدر وكيل وزارة المواصلات قرار بإلغاء هذه البنود وهو ما يعتبر عدولا عن الترسية " [1] .

فقد قضت محكمة *التمييز* في أحد أحكامها بأن " ... المقصود من النص هو عدم ترتيب أي حق تعاقدي للمناقص المذكور عن العدول عن الترسية أخذا بالمبدأ المقرر من أن الرابطة العقدية بين المناقصين وجهة الإدارة لا تقوم إلا بالتوقيع على العقد "[2].

٢- إعادة طرح المناقصة :

وسيتم ذلك في حالة العرض الوحيد، ويكون العطاء وحيدا في حالتين :

- إذا لم يتقدم غير مناقص واحد فقط.
- إذا كان المقدم هو العطاء الوحيد الصحيح بعد أن تم استبعاد باقي العطاءات لعدم صلاحيتها .
- وهناك فرض ثالث في حالة ارتفاع أسعار كافة العطاءات .

فالأصل في هذه الحالة أن يعاد طرح المناقصة من جديد لاجتذاب عروض أسعار أخري ، غير أنه استثناءً يجوز في حالة الاستعجال قبوله بقرار من اللجنة بشرط موافقة ثلثي أعضاء اللجنة .(م.٣٨)

وإذا ما حدث في إعادة طرح المناقصة من جديد ورود عطاء وحيداً أيضاً جاز للجنة بحث اسعاره والبت فيه (م٤٩) .

---

(١) حكم محكمة التمييز رقم ٧٠٧ لسنة ٢٠٠٠ تجاري ١ الصادر في جلسة ٢٠٠١/٥/٢٨ ـ حكم غير منشور .
(٢) حكم محكمة التمييز رقم ٢٥٩ لسنة ١٩٨٩ تجاري جلسة ١٩٩٠/٢/١١ ــ موسوعة القضاء الإداري ــ الكتاب الثالث ــ القاعدة رقم ٨١ ــ ص ١٣٠.

ولقد قرر المشرع الكويتي في حالة العطاء الوحيد إعادة طرح المناقصة فقد قررت ذلك المادة ٤٨ من قانون المناقصات العامة بالنص على أنه (يعاد طرح المناقصة إذا ورد عطاء وحيد من أو كل الأصناف أو الأعمال ولو كان مستوفياً للشروط ويعتبر العطاء وحيداً ولو وردت عطاءات أخرى متي كانت مخالفة للشروط أو غير مكتملة بما يجعلها غير صالحة للنظر ومع ذلك يجوز في حالة الاستعجال قبول العطاء الوحيد بقرار يصدر بموافقة ثلثي أعضاء لجنة المناقصات المركزية، وإذا لم يتقدم غير عطاء وحيد بعد إعادة طرح المناقصة بحيث أسعاره وملائمته وبتت فيه) .

٣- تجزئة المناقصة :

إذا تساوت الأثمان بين عطاءين أو أكثر يجوز تجزئة المقادير المعلن عنها بين مقدميها إذا كان للصالح العام ، كما يجوز تجزئتها أيضاً إذا كان مقدم العطاء الأقل سعراً يشترط مدداً بعيدة للتوريد لا تتناسب وحالة العمل بالجهة الإدارية .

والتجزئة في الحالات السابقة تفترض أن موضوع المناقصة أو المزايدة قابل للتجزئة فإذا لم يكن كذلك فلا محل للتجزئة ، وحينئذ يتعين علي اللجنة أن تختار المناقص الأصلح من بين المناقصين الذين يتساوون في أقل عطاء ، فإن تعذر ذلك لجأت اللجنة الي ضرب القرعة فيما بين المتساويين كما بينته المادة (٥٠) من قانون ١٩٦٤ .

وتعرف المناقصة ما إذا كانت قابلة للتجزئة أم لا ، من الاعلان ، الذى يذكر فيه قابلية المناقصة للتجزئة من عدمها ، وذلك علي حسب تحديد نوع المناقصة من قبل الجهة الإدارية طالبة التعاقد .

٤- آلية التفاوض في المناقصات :

إعمالاً للمبادئ العامة التي تحكم المناقصة لا يجوز الدخول في مفاوضات مع أحد مقدمي العطاءات بعد فتح المظاريف .

ولم ينص القانون علي صلاحيات اللجنة للدخول في مثل هذه المفاوضات إلا أنه من الواقع العملي نجد أن القضاء أقر بجواز مفاوضة أصحاب العطاءات للمصلحة العامة ذلك في حالتين :

١- مفاوضة مقدم العطاء الأقل المقترن بتحفظات للنزول عنها بما يجعل عطاؤه متفقاً مع شروط المناقصة بقدر الإمكان .

٢- مفاوضة صاحب العطاء الأقل غير المقترن بتحفظات للنزول بسعره إلي مستوى أسعار السوق .

حيث قالت محكمة القضاء الإداري بأنه " ومن حيث مما يجب التنبيه إليه بادئ ذي بدء أن المفاوضة مع مقدمي العطاءات لا يمكن ان تحصل إلا بالنسبة للتحفظات الواردة علي شروط المناقصة ، وإنها لا يمكن أن تتناول فئات الأسعار ، إذ أن الأخذ بفكرة المفاوضة في فئات الأسعار لا يتفق والقانون ، فضلا عما ينطوي عليه من إضافة حكم لم يرد به ، ومجافاته للمبادئ العامة للمناقصات ..." . ولما كان صاحب أقل عطاء – ما لم يستبعد- هو في الأصل صاحب الحق في إرساء المناقصة عليه ،إذا كان عطاؤه مناسباً ، فإنه ليس لجهة الإدارة أن تترك عطاؤه لمجرد أنه مقترن بتحفظات ، ثم تتفاوض مع مقدم العطاء الذي يليه غير المقترن بتحفظات لينزل عن كل تحفظاته أو بعضها مما يجعل عطاؤه متفقا وشروط المناقصة . ولا ضير في هذا الإجراء علي أصحاب العطاءات الأخرى ، ولا يخل بالمساواة الواجبة بالنسبة إليهم كما أن المفاوضة في هذه الصورة مع

مقدم العطاء غير المقترن بتحفظات معناه أن مفاوضته ستكون بقصد تعديل فئات الأسعار ، وهو أمر غير جائز كما سبق البيان ".

واستطردت المحكمة قائلة " ... و متى كان الأمر كذلك فأن المفاوضة التي تنتهي إلي نزول المناقص عن كل أو بعض تحفظاته .. لا يمكن اعتباره تعديلا لاحقاً لأسعار العطاء .. إذ أن المفاوضة لا تتناول فئات الأسعار بالتعديل ، بل تهدف إلي جعل العطاء متفقاً مع شروط المناقصة بقدر الإمكان ، وبما لا يدع مجال للشك في أن العطاء موضوع المناقصة هو أصلح العطاءات " [1] .

كما قررت المحكمة الإدارية العليا في أحد مبادئها في هذا الشأن " ... يتعين على لجنة البت عدم تعديل العطاءات لأن ذلك غير جائز ما دام أنه قد تم فتح المظاريف ـ لا يجوز في هذا الشأن الاستناد لحكم المادة ١٦ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ المشار إليها الذي أجاز للجنة البت مفاوضة مقدم العطاء الأقل المقترن بتحفظ أو تحفظات للنزول عن كل تحفظاته أو بعضها بما يجعل عطاؤه متفقا مع شروط المناقصة بقدر الأمكان ـ إذ أن ذلك مشروط بأن يكون العطاء أصلاً متفقاً مع الشرط والمواصفات الفنية للمناقصة وأن يكون العطاء قد قدم من الأصل مشتملاً على التحفظ " .

واستطردت تقول " ... لا يجوز بعد تقديم العطاء وفتح المظاريف وكشف الأسعار أن يقوم بتغيير السعر المقدم منه ويمتنع على لجنة البت قول أي تعديل في الأسعار ما لم تكن لصالح جهة الإدارة وإذا قامت لجنةالبت بالتوصية بالموافقة على زيادة سعر الماكينة ٦٠٠٠ جنيه مقابل توريد ماكينة غربية بعد فتح المظاريف وإعلان الاسعار فإن ذلك يعد مخالفاً لأحكام قانون المناقصات ولائحته التنفيذية ويتعين مجازاة المتسبب في ذلك تأديبياً ... ودورها لاحق لعمل لجنة فض المظاريف الذي ينحصر دورها في اثبات حالة العطاءات دون أي تدخل ، ومن ثم

---

(١) حكم محكمة القضاء الإدارى رقم ١٧٥٣ س ١٠ ق جلسة ١٩٥٧/٤/٢٨ ـ المجموعة س ١١ ص ٤٠١ .

فإنه كان يتعين على لجنة البت عدم النظر في الخطاب الوارد من المقاول المذكور لرئيس لجنة فض المظاريف باعتباره تعديلاً في العطاء غير جائز ما دام أنه قدم بعد فتح المظاريف " [1] .

نرى ان هذا الحكم يتمشى مع المبادئ الأساسية التي تحكم المناقصة العامة في مبدأ المساواة وتحقيق المصلحة العامة .

وفي الكويت وإن كان قانون المناقصات العامة لم يتضمن نصاً صريحًا يجيز للجنة مفاوضة أصحاب العطاءات بعد فتح المظاريف بغية تعديل عطاءاتهم بما يتفق تماماً مع شروط المناقصة ، إلا ان الاعتبارات العملية والمصلحة العامة قد تتطلب سلوك هذا السبيل خاصة بالنسبة للمناقصات الكبيرة ذات الطابع الفني حيث لا تخلو معظم العطاءات من بعض تحفظات في غالب الأحيان الأمر الذي يحتم مفاوضة مقدميها أو أكثرهم تمشيا مع شروط المناقصة ووثائقها تلافياً لإعادة طرح المناقصة من جهة ،وحتى تحصل الوزارة المعنية من جهة أخرى على أحسن العطاءات سواء من حيث السعر أو من حيث المطابقة للشروط والمواصفات المطروحة في المناقصة .

ثانيا ــ مرحلة إبرام العقد :

يعد قرار اللجنة المختصة بترسية العطاء علي أحد المتناقصين إجراءً تمهيدياً جوهره تقرير أصلح العطاءات من الناحية الفنية والمالية ، ومن ثم فلا يعد قرار اللجنة قبولا صادف إيجاباً من المتعاقد يؤدي إلي إتمام العقد ، بل لابد من إجراء لاحق يتمثل في اعتماد السلطة المختصة التي تملك دون غيرها إبرام العقد.

---

(١) حكم المحكمة الإدارية رقم ٣٩٩٣ من ٣٧ ق جلسة ١٩٩٢/١١/٢١ ــ الموسوعة الإدارية الحديثة ــ الفكهاني ــ ج ٣٩ ص٥٠٩ ، ٥١٠ ، ٥١١ .

وتقوم لجنة المناقصات المركزية بإخطار المناقص – كتابة بقرار قبول عطائه وترسية المناقصة عليه وترسل صورة من هذا الكتاب إلي الجهة الحكومية المختصة (م /٥١) ، مما يترتب عليه التزام الجهة الحكومية بالتعاقد مع المناقص الذي عينته لجنة المناقصات المركزية ، تطبيقاً لمبدأ آلية المناقصة مع ترتيب البطلان علي تعرف الجهة الحكومية لمخالفتها لهذا الالتزام.

ويتبقى للجهة الإدارية التعاقد مع صاحب العطاء الذي عينته اللجنة الذكر وذلك في حالة إتمام إبرام العقد ، ولكن يمكن للجهة الإدراية عدم إتمام التعاقد والعدول عنه إذا رأت ملاءمة ذلك لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بأن "... قرار لجنة البت بإرساء المناقصة علي أحد المتقدمين ليست الخطوة الأخيرة في التعاقد ، بل ليس إلا إجراء تمهيدياً في عملية العقد الإداري المركبة ، ثم يأتي بعد ذلك دور الجهة المختصة بإبرام العقد ، فإذا رأت أن تبرمه ، فإنها تلتزم بإبرامه مع المناقص الذي عينته لجنة البت واختصاصها في هذه الحالة مقيد حيث تلتزم بالامتناع عن التعاقد مع الغير هذا المناقص ، ولا تستبدل غيره به الا أنه يقابل الاختصاص المقيد سلطة تقديرية هي حق هذه الجهة في عدم إتمام العقد وفي العدول عنه إذا ثبت ملاءمة ذلك لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة" (١).

ونري وجاهة هذا الحكم لكونه يوفق بين مقتضى النظام القانوني للمناقصة أو المزايدة – ومبدأ آلية الإرساء الذي يحكمه ومقتضى المصلحة العامة .

كما يحق إلغاء المناقصة إذا كانت هناك إخلال بمصلحة الخزانة العامة وهو ما جاء في أحد أحكام المحكمة الإدارية العليا حيث قالت فيه بأنه "...إذا رأت لجنة البت أن أعلى العطاءات سعراً في المزايدة يقل عن أسعار السوق مما يستوجب إلغاء المزايدة واعتمدت توصيتها من السلطة المختصة ولم يثبت ثمة انحراف

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣١٣ س ٤ ق جلسة ١٩٦٠/٢/١٣ ــ المجموعة س ٥ ص ٣٣٩ .

بالسلطة فإن القرار الصادر يكون صحيحا وأساس ذلك : أن المشرع أستهدف من إلغاء المزايدة في مثل هذه الحالات تحقيق مصلحة الخزانة العامة فيما يعود عليها من الفرق بين قيمة أعلى عطاء والقيمة السوقية " [1] .

ثالثاً ـ مرحلة التوقيع على العقد :

بعد أن تقوم اللجنة بإخطار المناقص الفائز ، تقوم الجهة الإدارية المختصة بمخاطبته للحضور وتوقيع العقد معها خلال المدة التى تحددها له (م. ٥٣) ويعتبر تخلفه عن هذا الميعاد إنسحاباً منه.

تنص المادة ٥٢ من قانون تنظيم المناقصات العامة علي أنه " لا يترتب علي إرساء المناقصة وإبلاغ المناقص الفائز بها أي حق له قبل الدولة في حالة العدول عن الترسية بقرار من مجلس الوزراء بالتطبيق لأحكام هذا القانون ، ولا يعتبر المناقص متعاقد الا من تاريخ التوقيع علي العقد المشار إليه في المادة التالية ".

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز بأنه " ... من المقرر أن العقد الإداري الذي يبرم بطريق المناقصة العامة لا ينعقد إلا بالتوقيع عليه من طرفيه إما إخطار المناقص الفائز بقبول عطائه ورسو المناقصة عليه فلا يعدو أن يكون من الإجراءات التمهيدية لإبرام العقد. ومن ثم يتحدد حقوق المتعاقد والتزاماته مع جهة الإدارة طبقاً لنصوص العقد الذي يربطه بجهة الإدارة ولا عبرة بالمباحثات والمفاوضات التي تدور خلال المرحلة التحضيرية التي تسبق إبرام العقد إذا أن هذا التبادل لوجهات النظر بين الطرفين لا يولد في حد ذاته رابطة عقدية"[2].

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٥٠٥ و ١٥٣٩ س ٢٩ ق جلسة ١٩٨٦/١١/٢٩ ـ الموسوعة الإدارية الحديثة ـ الفكهاني ـ ج ٣٥ . ص ٣١٤ ، ٣١٥ .

(٢) حكم محكمة التمييز رقم ١٣٥ لسنة ١٩٨٩ تجاري جلسة ١٩٩٠/١/٢٨ ـ مجلة القضاء والقانون العدد ١٨ مايو لسنة ١٩٩٦ صـ ٨٨ ـ و في ذات المعنى حكمها رقم ٣٧،٣٩لسنة ١٩٩٣ تجاري جلسة ١٩٩٤/٢/١ ـ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز من ٩٢/١/١ ـ ٩٦/١٢/٣١.

ويلتزم المناقص الفائز قبل توقيع العقد بتقديم التأمين النهائى وهو " ما يودعه من رسى عليه العطاء بعد إخطاره بقبول عطائه ضماناً لملائمته إزاء المسئوليات التى قد يتعرض لها من جراء عدم قيامه بتنفيذ العقد على الوجه الأكمل ، ولتحصيل الجزاءات والغرامات والتعويضات وغير ذلك من المبالغ التى تستحق على المقاول أو المتعهد طبقاً لنصوص العقد "[1] ، وبالتالى يعتبر التأمين النهائى " ضامناً لتنفيذ العقد " [2] .

وعلي ذلك يقوم المناقص الفائز بتكملة تأمينه الأولى الذي سبق أن قدمه مع عطائه حتى يبلغ مقدار التأمين النهائي والذي تختص لجنة المناقصات بتقديره (م. ٥٤).

فإذا كان التأمين المؤقت مجاوزاً قيمة التأمين النهائى وجب رد الزيادة فوراً وبغير طلب من صاحب الشأن [3].

ورتب القانون علي المناقص الفائز الذي يتخلف عن التوقيع العقد في الميعاد المحدد له أو تقديم الكفالة النهائية أو الانسحاب دون عذر ، جزاء يتمثل في فقدانه لتأمينه الأولي ، مع إمكانية تعرضه لجزاءات أخرى تفرض من قبل اللجنة .

كما قضت محكمة *التمييز* فى أحد أحكامها بأن " ... مفاد نص المادة ٢/١٥ ، ٥٥/٢٧ من القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٦٤ فى شأن المناقصات العامة أنه إذا أخطرت الشركة بقرار ترسية العطاء عليها ووافقت على قبولها لها وأبقت على التأمين الأولى من تاريخ صدور قرار الترسية وهو ما يوجب عليها الإبقاء على هذا التأمين لمدة تسعين يوماً فإذا قامت الجهة الإدارية بإخطارها بالحضور للتوقيع على العقد النهائى خلال مدة التسعين يوماً . إلا أن الشركة المطعون ضدها

---

(١) حكم محكمة القضاء الإدارى رقم ١٤٠٨ س ١٠ ق جلسة ١٩٥٧/٢/٢٤ – المجموعة السنة ١١.
(٢) حسب تعبير المادة ٤/١٨ من قانون المناقصات والمزايدات .
(٣) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٧٠٢٧ س بتاريخ ١٩٥٧/٤/١٤– المجموعة س ١١ –صـ٢٤٩.

قد تخلفت عن ذلك وقامت بسحب التأمين الأولي خلال تلك الفترة بما يعد انسحاباً منها من الممارسة دون عذر مقبول بما يترتب عليه فقدها لذلك التأمين وبما يحق معه لجهة الإدارة مصادرته والمطالبة بقيمة ذلك التأمين وإلزام الشركة المطعون ضدها به " [1].

وإذا ما قدم المناقص التأمين النهائي وقام بتوقيع العقد فهنا ينشأ التعاقد ويبدأ الالتزام ، مما يوجب رد التأمينات الأولية المقدمة من باقي المناقصين الذين لم ترس عليهم المناقصة (م/ ٢٨) .

ويؤدي التأمين النهائي بالكيفية و المنصوص عليها في قانون المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية ، ولا يملك المتعاقد أن يفرض علي الإدارة نوعاً من الضمان لا تقبله ولا تنص عليه القوانين أو دفاتر الشروط[2] .

وبما أن الغرض من التأمين النهائي هو ضمان تنفيذ العقد ، فمن حق جهة الإدارة الاحتفاظ به صالحاً إلي أن يتم تنفيذ العقد بصفة نهائية (م.٥٤) وعندها يرد التأمين أو ما يتبقى منه لصاحبه.

وعدم تقديم التأمين النهائي في المدة المحددة في العقد لا يؤثر مطلقا علي صحة قيام العقد ، فالعقد ينعقد بين الطرفين وتنشأ الالتزامات[3] .

وقد أكدت أيضا المحكمة الإدارية العليا هذا المبدأ في حكم لها رفضت فيه الإدعاء بأن العقد الإداري لا ينعقد إلا بأداء التأمين بقولها " ... أن الثابت أن المدعى عليه قد اخطر بقبول عرضه ... وعلى ذلك فانه ليس من ريب أن العقد قد أنعقد صحيحا بين وزارة الحربية والمدعى عليه ... دون أن يغير من هذه النتيجة أن المدعى عليه لم يقم بالوفاء لصالح الإدارة بالتأمين الأبتدائي والنهائي المستحق

---

(١) حكم محكمة التمييز رقم ١٥٩ لسنة ١٩٩٦ تجارى جلسة ١٩٩٨/٣/٩ – موسوعة القضاء الإدارى ـ الكتاب الثالث – ج ٨ – القاعدة رقم ٧٧ ص ١٠٥ .

(٢) حكم محكمة القضاء الإدارى رقم ٧٠٢٧ س ٨ ق جلسة ١٩٥٧/٤/١٤ – المجموعة السنة ١١ ص ٣٤٩ .

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٣٨ س ١١ ق جلسة ١٩٦٨/٤/٢٧– المجموعة س ١٣ صـ٨٣٢.

على العقد.."[1]. ولكن قانون المناقصات رتب نتيجة وقرينة قانونية علي التأخير في أداء التأمين النهائى في الفترة المحددة وهى انسحاب المناقص الفائز ، حيث يكون في هذه الحالة أمام الإدارة خيارات عديدة وقد نصت عليها المادة (٢١) من قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ إذ قالت (إذا لم يقم صاحب العطاء المقبول بأداء التأمين النهائي في المهلة المحددة ، جاز للجهة الإدارية بموجب إخطار بكتاب موصى عليه بعلم الوصول ودون حاجة لاتخاذ أي إجراء آخر- إلغاء العقد أو تنفيذه بواسطة أحد مقدمي العطاءات التالية لعطائه بحسب ترتيب أولوياتها ، ويصبح التأمين المؤقت في جميع الحالات من حقها ، كما يكون لها أن تخصم قيمة كل خسارة تلحق بها من أية مبالغ مستحقة أو تستحق لديها لصاحب العطاء المذكور ، وفي حالة عدم كفايتها تلجأ إلى خصمها من مستحقاته لدى أي جهة إدارية أخرى ، أيا كان سبب الاستحقاق وذلك كله مع عدم الإخلال بحقها في الرجوع عليه قضائياً بما لم تتمكن من استيفائه من حقوق بالطريق الإداري) .

أما عن قيمة التأمين النهائي فتستقل لجنة المناقصات المركزية بتقدير قيمته (م/ ٥٤) .

وفي الكويت تقرر المادة (٥٥) من قانون المناقصات العامة بأن المناقص إذا اعتبر منسحبا لعدم تقديم الكفالة النهائية أو أي سبب آخر كعدم توقيعه العقد في الوقت المحدد أو لم يقدم عذراً تقبله اللجنة ، سيخسر تأمينه الأولي وكان عرضة لعقوبات أخرى كالإنذار أو تخفيض الفئة(بالنسبة للمقاولين) أو الحذف من سجل الموردين أو المقاولين لمدة معينة أو بصفة دائمة (م. ٥٧) ، وذلك كله دون إخلال بالحقوق التعاقدية لجهة الإدارة سواء في إلغاء المناقصة أو إعادة طرحها أو إرسائها على المناقص التالي سعراً (م. ٥٦ ٩) أو التنفيذ على حساب المنسحب مع حقها في الرجوع عليه بالتعويض قضائياً .

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٢٥١ ، ٢٩٠ س ٢٥ ق . جلسة ١٩٨٢/١/٢٦ ــ مشار إليه ــ الدكتور المستشار. عبدالمجيد فياض ــ العقد الإداري في مجال التطبيق ــ ص٨٨ .

الفصل الثالث ــ أحكام المزايدة العامة :

وهي أيضا طريقة الهدف منها ضمان اختيار أفضل العروض سواء من الجانب المالي أو من الجانب التنفيذي لمستوى أداء الخدمة المطلوبة .

والمزايدة عكس المناقصة فهدفها هو التعاقد مع الطرف الذي يقدم أعلى سعر فيما تبيعه الجهات الإدارية أو تؤجره من عقارات أو منقولات.

فهي تتضمن معنى إيجابيا يتمثل في اختيار أكبر المتقدمين سعراً أي ما يشكل أكبر نظير مالي ممكن أن يدفع إلى جهة الإدارة مقابل بيع أو تأجير ما تعرضه .

وتخضع المزايدة العامة لنفس الأحكام القانونية المنظمة للمناقصة العامة من حيث وجوب المساواة بين المتزايدين ، وضمان حرية المنافسة بينهم أو سرية عطاءاتهم ، وتطبيقاً لذلك قررت المحكمة الإدارية العليا بأن."... المفروض أن تكون الجهة الإدارية قد اتبعت إجراءات لائحة المناقصات والمزايدات فعلا قبل طرح الأصناف للبيع في المزاد وترسيتها على المتزايدين بحيث لا يستساغ بعد أن يجري المزاد ويخطر المزايدون بقبول عطاءاتهم ويتم التعاقد بالتقاء إيجابهم بقبول الجهة الإدارية ، التذرع في مقام التنصل من التعاقد الذي تم في شأن بيع هذه الأصناف كلها أو بعضها بأن هذه الإجراءات أو بعضها لم يتبع قبل إجراء المزاد أو أن الجهة الإدارية قد تبينت بعد إتمام العقد أنها في حاجة إلى كل أو بعض الأصناف التي جرى بيعها "[1].

كما قضت محكمة *التمييز* في أحد أحكامها بأنه "...إذا كانت المناقصات تأخذ حكم المزايدات وكأن مؤدى نص المادة ٧٨ من القانون المدني على أن التقدم بالعطاء في المزايدة ليس إلا إيجاباً من صاحب العطاء ويسقط العطاء بعطاء يزيد

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٩٥٤ س ١٢ ق جلسة ١١/ ٤/١٩٧٠ – المجموعة س ١٥ ص ٢٦٤ .

عليه ولو كان باطلاً ولا يتم التعاقد إلا بإرساء المزاد وأنه إذا كان مقتضى شروط المزاد وجوب المصادقة على إرسائه لزم إجراؤها لتمام العقد وكانت المادة ٥٢ من القانون رقم ٣٧ م ١٩٦٤ في شأن المناقصات العامة تضيف إلى ذلك أن المناقص لا يعتبر متعاقداً إلا من تاريخ التوقيع على العقد طبقاً لما تقضي به المادة ٥٣ التالية والتي تفيد أن العقد لا ينعقد إلا بالتوقيع عليه من الطرفين سواء تمت المناقصة بمعرفة – لجنة المناقصات المركزية أو الجهة صاحبة المشروع أما إخطار المناقص الفائز بقبول عطائه ورسو المناقصة عليه فلا يعدو أن يكون من الإجراءات التمهيدية لإبرام العقد طبقا للأسس التي تقوم عليها العقود في المناقصات العامة "[1].

وكذلك يجب أن تتم إجراءات الإعلان المنصوص عليها في المناقصات في شأن المزايدات أيضاً.

كما يعتبر التقدم بالعطاء في المزايدة بمثابة إيجاب مثلما هو الحال في المناقصة ، وبالتالي يلتزم المزايد بعطائه حتى نهاية المدة المحددة في وثائق المزايدة ، كما يكون التقدم بعطاء المتزايد خلال فترة تقديم العطاءات ، وإيداع تأمين أولي لنظر عطاء المزايدة.

(١) حكم محكمة التمييز رقمي ٣٧،٣٩لسنة ١٩٩٣ تجاري جلسة ١٩٩٤/٢/١ ــ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز ــ ١٩٩٢/١/١ إلى ١٩٩٦/١٢/٣١ – القسم الثالث – المجلد الثالث.

الفـــرع الـــثانـــي

الأساليب الاستثنائية لإبرام العقد الإداري

أشرنا فيما سبق إلى أن المناقصة العامة هي الأصل في التعاقد سواء فـــي مصر أو في دولة الكويت ، فجهة الإدارة ملزمـــة بإتبـــاع أســـلوب المناقصـــة أو المزايدة العامة في إدارة عقودها.

إلا أنه وفي بعض الحالات الاستثنائية وتوافر أسباب معينة سمح المشـــرع لجهة الإدارة العدول عن هذا الطريق الأصلي وانتهاج أساليب أخري فـــي التعاقـــد على سبيل الأستثناء ومنها الممارسة والإتفاق المباشر .

فإذا كانت المناقصات أو المزايدات تسيطر عليها – كما ذكرنا سابقا – مبدأ الآلية فإن مبدأ حرية اختيار المتعاقد مع جهة الإدارة هو المبدأ الذي يقوم عليـــه تبني المشرع لأسلوب الممارسة والاتفاق المباشـــر ، مخضـــعاً هـــذه الأســـاليب الاستثنائية لأحكام قانونية معينة .

وعبرت المحكمة الإدارية العليا عن ذلك بقولها "...إن المبدأ المقـــرر فـــي التعاقد عن طرق الممارسة أو الاتفاق هو حرية الإدارة في اختيار من يتعاقد معها، وإن كانت هذه الحرية في الأختيار لا ينتفي معها إخضاع عملية الممارسة لتنظـــيم قانوني معين ، وقد ألتقي القضاء والفقه الإداري على أنه مهما بلغت دقة النظـــام المقرر لإحدى طرق التعاقد عن طريق الممارسة فإنه ليس ثمة أسلوب واحد تلتزم به جهة الإدارة لاختيار متعاقد معين ، وعلى هذا الأساس تتميز طرق التعاقد عـــن طريق المناقصات العامة " [1] .

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٦١ س ٩ ق – جلسة ١٩٦٧/٣/١٨ – الموسوعة الإدارية الحديثة – الفكهاني – ج (٨) ص ٧٦٩ .

وسوف نتناول الأساليب الأستثنائية لإبرام العقد الإداري في الغصنين الآتيين:

الغضن الأول ـ الممارسة .

الغصن الثاني ـ الإتفاق المباشر.

الغصن الأول ـ الممارسة

وفق القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ الملغي كانت الممارسة طريقاً استثنائياً لاختيار المتعاقد بينما اعتبرها القانون الجديد رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ احدي وسيلتين أساسيتين مع المناقصة العامة على أن تكون الممارسة عامة وليست محددة فالممارسة المحددة من الطرق الأستثنائية.

بينما اعتبر قانون المناقصات العامة الكويتي رقم ٣٧ لسنة ١٩٦٤ المناقصة هي الأصل في تعاقدات الادارة والممارسة هي الاستثناء بموجب نص المادة الثالثة منه حيث تضمنت بأنه " استثناء من أحكام المادة السابقة (تبني أسلوب المناقصة)[1] يجوز للجهة الحكومية أن تستقل باستيراد أصناف أو بالتكليف بإجراء الأعمال بالممارسة ....."

والإدارة في الكويت تستطيع اللجوء إلي هذه الطريقة ولو لم ينص عليها في أى قانون لأن هذه الطريقة هي من الطرق الحرة في اختيار المتعاقد مع الإدارة وهي لا تقتصر على عقد معين من العقود وهي تؤدي إلي تحقيق الصالح العام إذ تتيح للادارة التوفيق بين اعتبارين عما اعتبار الحرية في التعاقد واعتبار المنافسة التي يمكن أن تقيمها الإدارة لإختيار أفضل المتعاقدين معها.

---

(١) أضيف بمعرفة الباحث.

وأهم ما يلاحظ في هذا الصدد أنه ما دام اختيار هذه الطريقة من سلطات الإدارة فإن بإمكانها إجراء هذه الطريقة بمعرفتها وبوسائلها دون اللجوء إلي لجنة المناقصات المركزية كما أنها تستطيع إجراءها بالطريقة نفسها عن طريق المناقصات المركزية.

ولقد استشهدت محكمة التمييز في أحد أحكامها بما أستقر عليه قضاء المحكمة الإدارية العليا في مصر حيث قالت في حكمها " ... إن مبدأ التعاقد في مجال العقد الإداري في اختيار المتعاقد وإن كانت هذه الحرية في الاختيار لا يتنافي معها إخضاع عملية الممارسة لتنظيم قانون معين ... وبهذه الحقيقة تتميز طرق التعاقد عن طريق المناقصات العامة عن طريق الممارسة " (١) .

والجدير بالذكر أن معظم القواعد التى تحكم الممارسة العامة تتشابه مع القواعد المنظمة لأسلوب المناقصة مع وجود بعض الخصوصية لتلك المتعلقة بالممارسة. وأهمها تمتع جهة الإدارة بنوع من الاستقلالية في التعاقد سواء باستيراد أصناف أو التكليف بإجراء أعمال عن غير طريق لجنة المناقصات المركزية، بشرط طلب الإذن من اللجنة وذكر أسباب العدول عن المناقصة وتبني أسلوب الممارسة .

(١) حكم المحكمة الكلية ــ الدائرة الإدارية ــ حكم رقم ٥٥١ س ١٩٩٦ ــ الصادر في جلسة ١٩٩٨/٣/٣٠ــ حكم غير منشور.

أحكام الممارسة:

تلجأ جهة الإدارة إلي تبني أسلوب الممارسة في حالتين:-

١- إذا لم تزد قيمة العقد عن خمسة آلاف دينار[١] .

ومنعا لتحايل جهة الإدارة على هذه القاعدة واستخدام أسلوب الممارسة في غير أحوالها منع القانون أن يتم التعاقد على هذا الوجه عن نفس الأصناف أو الأعمال خلال الشهر الواحد أكثر من مرة واحدة. ولذات الحكمة منع القانون تجزئة الصفقة الواحدة إلي صفقات شهرية تكون قيمة كل منها في حدود خمسة آلاف دينار[٢].

٢- عندما يتجاوز العقد القيمة السابقة وكان من المصلحة قيام الجهة الحكومية باستيراد أصناف أو التكليف باجراء أعمال وذلك بسبب نوع هذه الأصناف أو الأعمال المطلوبة أو ظروف الأستعجال.

ومثال ذلك قد تأذن اللجنة لجهة الإدارة الشراء بالممارسة للمنتجات المحلية بشرط صلاحية مواصفاتها بحيث لا تزيد تكاليفها عن ١٠% من أقل تكاليف للمنتجات المشابهة المستوردة .

ولكن يجب أن تخاطب جهة الإدارة لجنة المناقصات لطلب الإذن بالممارسة وأن تكون هذه المذكرة متضمنة الأسباب المنطقية التى ألجأت جهة الإدارة إلي انتهاج هذا الطريق الأستثنائي وهو الممارسة.

والجهة التى تملك الإذن هى لجنة المناقصات المركزية لأن الاختصاص معقود لها ابتداء ، ومن يملك الإذن يملك الرفض .

---

(١) كانت قيمة العقد في السابق ألف دينار ثم عدل بالقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٧٧.
(٢) كانت في السابق على حدة ثم عدلت إلي خمسة الاف بموجب القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٧٧.

ومما يجدر التنبيه عنه هو تشابه معظم القواعد التي تحكم الممارسة العامة مع تلك التى تنظم المناقصة العامة فتعتبر هي الشريعة العامة بالنسبة لأحكام الممارسة، وهو ما عبرت عنه المادة (٦) من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بقولها " تسري على كل من الممارسة فيما لم يرد في شأنه نص خاص فى هذا القانون".

ومضت المادة (٤٥) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨على أنه "يخضع التعاقد بطريقة الممارسة العامة للشروط العامة للمناقصات العامة فيما لم يرد بشأنه نص خاص بهذه اللائحة.

وعن هذه الطبيعة الاستثنائية لأسلوب الممارسة قالت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها [1] بأنه "... يجوز عند الضرورة أن يتم التعاقد بطريق الممارسة وحيث أنه يجوز عند الضرورة أن يتم التعاقد بطريق الممارسة وحيث أنه بناء على صريح عباره هذه النصوص فأن الأصل في الشراء للمصالح والجهات الإدراية العامة ان يتم عن طريق المناقصات العامة وطبقا للإجراءات التي حددها القانون ولائحة المناقصات والمزايدات الصادرة ... تنفيذا لأحكامه ولا يجوز الخروج على هذا الأصل إلا استثناء عند تحقق الضرورة الملحة لهذا الأستثناء فيتم التعاقد بطريق الممارسة ".

كما جاء في حكم آخر لها أنه "...كمبدأ أصيل يكون تعاقد الإدارة عن طريق المناقصة، والأخذ بأسلوب الممارسة لا يكون إلا في حالات معينة وفي أضيق الحدود طبقا للأوضاع والشروط المرسومة قانونا..." [2].

الغصن الثاني ــ الاختيار بالاتفاق المباشر :

تمارس الإدارة اختيار من تتعاقد معه بحرية تامة شأنها في ذلك شأن الأفراد العاديين في إختيار من يتعاقدون معهم فلها أن تختار وتتفاوض على كل شئ دون قيد أو شرط.

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٦٨ ، ٧٤ س ٣٢ ق جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٢ ــ الموسوعة الإدارية الحديثة ــ الفكهـاني ــ ج(٣٥) ص ٣٣٩ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٥٥٨ س٦ بتاريخ ١٩٦٢/١١/٢٤ – المجموعة س ٨ ص ١٠٦ .

وقد عرفت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع الأتفاق المباشر كما يلي "...الأتفاق المباشر هو تعاقد جهة الإدارة مباشرة مع المتعاقد الذي وقع أختيارها عليه ودونما مناقصة أو مزايدة أو ممارسة، فلأتفاق المباشر تسلك فيه جهة الإدارة سبيل التعاقد مباشرة متحللة من ضوابط وقواعد طريق المناقصة بصورها العامة والمحدودة والمحلية وما تخضع له من قيود ..." (١) .

وتلجأ الإدارة إلي هذه الطريقة في حالات الاستعجال التي تحول دون انتظار إجراءات المناقصة أو المزايدة الطويلة ، كما للإدارة أن تلجأ إلي هذه الطريقة من طرق التعاقد حالة عدم جدوي طريقة المناقصة أو المزايدة بأن تكون مستحيلة من الناحية العملية مثل حالة الاستعانة باختراع معين تحتكره شركة أو يملكه شخص بعينه(٢) ، أو كان تنفيذ الأشغال العامة يتطلب مهارات وخبرات لا تتوافر إلا في شركة معينة أو شخص معين. وتلجأ الإدارة إلي هذه الطريقة في حالة كون المهمات التي تحتاج إليها الإدارة أو الأعمال تتطلب السرية في توريدها أو إنجازها.

ومعيار الأستعجال – كما رأت المحكمة الإدارية العليا – هو معيار موضوعي تقديره جهة الإدارة تحت رقابة القضاء، وذلك في ضوء الظروف المحيطة بعملية التعاقد، والتي تعكس ضرراً محتمل الحدوث فيما لو تأخر إبرام العقد إلى الأجل الذي تستلزمة الأجراءات الأخرى (٣).

وقد أجاز القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ في شأن المناقصات والمزايدات المصري في المادة السابقة منه للجهة الإدارية في الحالات العاجلة التي لا تتحمل إتباع اجراءات المناقصة أو الممارسة بجميع أنواعها ، أن يتم التعاقد بطريق المباشر .

وفي الكويت يعتبر اختيار الإدارة المتعاقد معها عن طريق الأتفاق المباشر طريقة مألوفة ، فهي حرة فى إختيار من تتعاقد معهم الإ إذا قيدها القانون بنص صريح.

---

(١) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ملف رقم ٣٤٤/٥٤ – جلسة ١٩٩٨/١/٢١ – مشار إليه في الدكتور محمد ماهر أبو العينين – العقود الإدارية – الكتاب الأول ص ٨٢٩ .

(٢) الدكتور. سليمان الطماوي – الأسس العامة في العقود الأدارية صـ ٣٠٦ .

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٨١٣ س٣٤ق جلسة ١٩٨٩/١٢/٩ – مشار إلية في الدكتور محمد ماهر أبو العينين – الكتاب الأول – مرجع سابق – ص ٨٣٠ .

ويمكن أن نتصور حالات التعاقد من قبل الإدارة عن طريق الإختيار المباشر فيما يلي:-

١- في جميع العقود التي تبرمها الإدارة ما عدا عقدي التوريدات والأشغال العامة.

٢- العقود التي تبرمها الإدارة بما فيها عقد التوريد والأشغال العامة إذا كانت الأصناف أو الأعمال المطلوبة لا تزيد قيمتها في العقد عن ألف دينار كويتي علي ألا يجوز التعاقد على الأصناف أو الأعمال نفسها أكثر من مرة واحدة في الشهر الواحد.

٣- إذا أذنت لجنة المناقصات المركزية للجهة الحكومية أن تتعاقد مباشرة بمعرفتها فيما يزيد على الألف دينار سواء أكان ذلك لأستيراد أصناف أم للقيام بأعمال.

٤- إذا أذنت لجنة المناقصات المركزية للجهات الحكومية شراء المنتجات المحلية، عندئذ تقوم تلك الجهات بشرائها مباشرة شريطة أن يتم التأكد من صلاحية مواصفات المنتجات المحلية ، وأن قيمتها لا تزيد عن ١٠ % من أقل قيمة للمنتجات الاجنبية المستوردة.

٥- جميع مشتريات وزارة الدفاع وقوات الأمن من المواد العامة العسكرية فلقد أشترطت المادة (٦٥) من قانون المناقصات العامة صدور مرسوم أميري يحدد ماهية تلك المشتريات التى تقتضى شراءها عن طريق الأتفاق المباشر وبقدر من السرية بين وزارة الدفاع أو الداخلية والجهات المعروفة لديها التي تتاجر معها بتلك الأشياء[1].

---

(١) أعتبرت المادة الأولى من المرسوم مواد عسكرية تشترى بالأتفاق المباشر الأصناف التالية:
أ- الأسلحة البرية والبحرية والجوية بمختلف أنواعها وأحجامها وكل ما يدخل في صناعتها من مواد وكذل قطع الغيار اللازمة للأستعمال الفوري والأحتياط.
ب- الذخيرة على أختلاف أنواعها والألغام والمتفجرات ولوازمها وكل ما يدخل في صناعتها من مواد.
ج- آليات المدرعة والمصفحة بكافة أنواعها وزيوتها والسيارات ناقلات الجنود وقطع الغيار اللازمة لها.
د- الزوارق والمحركات وقطع الغيار اللازمة لها.
ه- الطائرات أنواعها من تدريبية ومقاتلة واستكشافية ونقل وقطع الغيار اللازمة لها وجميع ما يلزم الجنود فيها من ادوات.
و- الأجهزة اللاسلكية وأجهزة الرادار وكاشفات الألغام وأجهزة الإنذار وقطع الغيار اللازم لها وكذلك مستشفيات الميدان المتنقلة وجميع لوازمها.
ز- شبك التمويه وملابس الجنود الجاهزة والمناظير المكبره والمقربة وحمالات الأسلحة والذخيرة والخوذ.
ح- الكتب والنشرات العسكرية والكتالوجات العسكرية والأفلام والآت التسجيل.
ط- كاميرات التصوير وما يلزمها من خرائط ومواد أولية (من) والشارات العسكرية.

٦- الأشغال العامة العسكرية إذا كانت الحاجة إليها في ظرف طارئ فقد قضت المادة (٦٥) من قانون المناقصات العامة أن الأعمال التي تحتاج إليها القوات المسلحة في الظروف الطارئة يمكن اجراؤها بالأختيار الحر المباشر للمتعاقد .

الفرع الثالث

وضع لجنة المناقصات المركزية في الكويت(١)

أنشئت لجنة المناقصات المركزية بموجب القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٦٤ وألحقها بمجلس الوزراء وذلك لتنظيم عملية طرح المناقصات العامة للوصول إلى أفضل العطاءات الملائمة بأقل الأسعار الممكنة.

والأصل العام هو شمول إختصاصها لكل المناقصات العامةفي الوزارات والإدارات الحكومية إلا ما إستثني بنص خاص.

وسوف نعرض لدورها في ترسية المناقصة ، وطريقة التظلم من قرارات هذه اللجنة عن نطاق تطبيق قانون المناقصات.

أولاً ــ دور اللجنة المركزية بعد الترسية :

لاشك أن مسئولية في التعاقد تنتقل بعد صدور قرار الترسية على عاتق جهة الإدارة المتعاقدة ، فهي التي تقوم بتوقيع العقد ، ومتابعة تنفيذه ، مما قد يوحي بانتهاء دور اللجنة كلية ، ولكن الأمر على خلاف ذلك ، إن لا تزال اللجنة تحتفظ بدور يكاد يكون إشرافي إلى حد ما ويتمثل بالأتي :

---

(١) قد لا تشفي هذه الدراسة عن الوضع المأمول في التعرض لهذه اللجنة تاريخياً وعملياً في مناقشة دورها ، وفاعلية هذا الدور، وتحليل قانون إنشائها تحليلاً علمياً دقيقاً وإظهار ما كشفه التطبيق العملي منذ ٤٠ عاماً على إصداره من عيوب ومثالب ، ونأمل أن يمد الله في أعمارنا للقيام بهذه الدراسة ، أو أن يتصدى لها أحد طلاب العلم من الباحثين في القانون الإداري.

١. إذا ثبتت مخالفة المقاول أو المورد لالتزاماته القانونية كاستعمال الغش في التنفيذ أو القيام برشوة أحد الموظفين أو عدم كفاءته الفنية أو تنازله للغير دون الحصول على موافقة مسبقة .... الخ فتقوم اللجنة هنا بتوقيع العقوبات الواردة في المادة . كالإنذار أو تخفيض الفئة أو الشطب من السجل لمدة مؤقتة أو دائمة . ويكون توقيع العقوبة بقرار بعد سماع أقوال المتعاقد من غير إخلال بحقوق الإدارة التعاقدية .

٢. أخذ موافقة اللجنة على أوامر التعديل على العقد بالزيادة أو النقصان بنسبة تجاوز ٥% من قيمة العقد [١].

ثانياً ـ التظلم من قرارات اللجنة :

على أنه تجدر الإشارة إلى أن القانون قد فتح الباب أمام المناقصين والمتعاقدين للتظلم من قرارات اللجنة بالطرق التالية :

١ – التظلم الأولى :

وهو الذي يقدم إلى اللجنة ذاتها لتقوم بعرضه على مجلس الوزراء إذا رأت جديته وأحقيته المبدئية بأغلبية نصف الحاضرين دون أن تتخذ فيه قراراً .

٢ – التظلم النهائي :

وهو أمام مجلس الوزراء في العقوبات المقررة في المادتين (٥٥) و(٥٧) من ذات القانون .

٣ – الطعن بالإلغاء :

وذلك بالتوجه إلى الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية لطلب إلغاء قرار إداري نهائي صدر بحق المتعاقد أو المقاول أو المورد سواء من اللجنة أو من مجلس الوزراء ، استناداً إلى الفقرة الخامسة من المادة الأولى من القانون رقم ٢٠ لسنة

(١) راجع في ذلك نص المادة ٥٧ من قانون تنظيم المناقصات العامة رقم ٣٧ لسنة ١٩٦٤ .

١٩٨١ بإنشاء الدائرة الإدارية والتي تنص علي اختصاص الدائرة الإدارية بـــ " 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 " وهو ما يعرف بالقرارات المنفصلة ، والتي يمكن فصلها عن العملية التعاقدية مثل القرارات التي تصدر أثناء المناقصة.

وتكمن أهمية التمييز بين هذين النوعين من القرارات إلى إختلاف النظام القانوني الذي يخضع له كل من هذه القرارات .

فالقرارات القابلة للإنفصال عن العملية المركبة يقبل الطعن فيها على حدة دون أنتظار أتمام أو إنتهاء العملية نفسها. في حين أن القرارات غير القابلة للأنفصال عن العملية المركبة لا يقبل الطعن فيها أستقلالاً عن باقي العملية التي تندمج في تكوينها أياً كان الأمر فالمعيار المميز للقرار القابل للإنفصال عن غيره وصالحية هذا القرار ذاته لترتيب أثار قانونية معينة بمفرده دون التوقف على أجزاء أخرى من العملية ودون انتظار لإكتمال العملية نفسها .[١]

٤- دعوى المسئولية التقصيرية :

يجوز لكل متضرر من إجراءات خاطئة متعلقة بإجراءات المناقصة سواء من اللجنة أو مجلس الوزراء أن يدعي بالتعويض أمام القضاء على أساس المسئولية التقصيرية[٢] .

٥- دعوى القضاء الكامل :

نصت المادة الثانية من قانون إنشاء الدائرة الإدارية على أنه تختص الدائرة الإدارية وحدها بنظر المنازعات التي تنشأ بين الجهات الإدارية والمتعاقد الآخر

---

(١) للمزيد يراجع الدكتور . جمال عباس احمد عثمان – العقد الإداري وقضاء الإلغاء – رسالة دكتوراه – جامعة الأسكندرية – ٢٠٠٣ ص ١٦٨ وما بعدها .

(٢) يراجع الدكتور. عبد الفتاح حسن – مبادئ القانون الإداري الكويتي – مرجع سابق – ص ٤٩ ، وأيضا الدكتورة. عزيزة الشريف – دراسات في العقد الإداري في الكويت – مرجع سابق ص ١٨٠ .

في عقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو أي عقد آخر وتكون لها فيها ولاية القضاء الكامل ".

فيلجأ المتعاقد إلى القضاء الإداري في أي منازعة خاصة بالعملية التعاقدية .

ثالثاً ــ نطاق تطبيق قانون المناقصات :

وكما أسلفنا أن القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٦٤ في شأن المناقصات العامة هو قانون المناقصات العامة في دولة الكويت حيث لا يقتصر خضوع الوزارات والإدارات الحكومية له ، بل أمتد لتخضع له مناقصات الشركات البترولية[١] بموجب قرار المجلس الأعلى للبترول رقم (٧٩/٥) بتنظيم مناقصات الشركات البترولية حيث نصت المادة رقم (١) منه على أنه تسري أحكام هذا ا القرار على الشركات الآتية:

أ. شركة نفط الكويت .

ب. شركة البترول الوطنية الكويتية .

ج . شركة صناعة الكيماويات البترولية .

والاستثناء الوحيد المقرر في هذا القانون هو ما نصت عليه المادة (٦٥) منه حيث قررت بأنه " تستثنى من تطبيق أحكام هذا القانون مشتريات المواد العسكرية لوزارة الدفاع وقوات الأمن التي تحدد بمرسوم ، ويسري هذا الاستثناء على مقاولات المنشآت العسكرية في الظروف الطارئة " .

---

(١) تسعى الشركات النفطية التابعة لمؤسسة البترول الكويتية بدراسة إنشاء لجنة خاصة بمناقصاتها دون الرجوع إلى اللجنة المركزية لمجلس الوزراء وخاصة بعد العديد من الحوادث التي لحقت بمنشآتها النفطية ، وتم إلقاء اللوم على نظام اللجنة والذي يتسم بالبطء في إعتماد العقود النفطية التي تعتمد على السرعة في إقرارها – وكان معد هذه الرسالة أحد الأعضاء في إحدى اللجان للتحقيق في هذه الحوادث وساهم بدراسة عن قانون إنشاء لجنة خاصة بالمناقصات.

ولقد صدر هذا المرسوم الأميري في شأن تحديد المواد العسكرية لـوزارة الدفاع وقوات الأمن المستثناة من تطبيق أحكام القانون رقم ٣٧ لسنة ٦٤ بتاريخ ١٠/١١/ ١٩٦٤ حيث عدد المواد التي تعتبر عسكرية .

في حين أن هذا القانون لا تسري أحكامه على العقود التي تبرمها جهـات معينة لها قوانينها الخاصة بحيث تسري هذه القوانين عليها مثل جامعة الكويـت بموجب القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٦٦ بشأن التعليم العالي الذي صدر استناداً إليه قرار وزارة التربية رقم (٥٤١٢٢) بتاريخ ١٩٦٦/٧/٣ متضمنا لائحة مناقصات الجامعة الذي أوجب أسلوب المناقصة – كقاعدة عامة – في عقود الأشغال العامة (المقاولة) وعقود التوريد والشراء وعقود النقل .

وقد تدارك المشرع – وحسن فعل – هذا الموقف بإصداره قانون رقـم ٦٦ لسنة ١٩٩٨ [1] بشأن إلغاء النصوص المانعة من خضوع بعض الهيئات العامـة والمؤسسات العامة لرقابة ديوان المحاسبة أو قانون المناقصـات العامـة مثـل المؤسسة العامة للخطوط الجوية الكويتية ومؤسسة النـاقلات النفطيـة ومعهـد الكويت للابحاث العلمية ومؤسسة البترول الكويتية وجامعة الكويـت وغيرهـا ، واستثنى من ذلك بموجب المادة الأولى منه بنك الكويت المركزي وعمليات بيـع النفط ومشتقاته والعمليات الاستثمارية التي تقوم بها المؤسسات والهيئات العامة.

وتخضع الهيئات اللامركزية الإقليمية التي تتمتـع بتنظـيم خـاص لإبـرام عقودها إلى قانون المناقصات العامة .

---

(١) جريدة الكويت اليوم – العدد ٣٧٤- السنة ٤٤ – الاحد ١٩٩٨/٨/٢٣ .

خلاصة المطلب الثاني :

وبعد أن تكلمنا في أساليب التعاقد الإداري أو طرق التعاقد الإداري في كل من مصر والقانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٦٤ الخاص بالمناقصات المركزية في دولة الكويت.

ولاحظنا كيفية حرص المشرع في كل من البلدين على مراعاة المصلحة العامة والمصلحة الخاصة للتعاقد مع جهة الإدارة. حيث وضع سياج تنظيم الوقت والحاجة التى تدعو جهة الإدارة إلى إبرام العقد الإداري وكيفية إبرامه؟ بالطرق المحددة لكل تعاقد.

وقد تضمنا القانونين سالفي الذكر المبادئ العامة الأساسية عن طرق التعاقد وكم أحسن المشرع صنعاً في البلدين بتقرير مبدأ المساواة بين المتناقصين وقابله مبدأ حرية جهة الإدارة في إختيار أفضل العطاءات من الناحية الفنية والمالية للمصلحة العامة.

ولم يتناسي المشرع وجود حالات طارئة قد لا تحتمل الإجراءات المطولة التي تمر بها المناقصات فخول لجهة الإدارة حرية التعاقد بالأساليب الأستثنائية مثل الممارسة والأتفاق المباشر ولم يطلق الحبل على الغارب لجهة الإدارة في التنصل من الإجراءات المطولة للمناقصات والمزايدات واللجوء إلي الأسلوبين الأسهل والأسرع وهو الممارسة والأتفاق المباشر بل قيد التحرك إلي هذين الطريقتين بحالات الأستعجال مع سابقة الترخيص من السلطة المختصة للجوء إلي أساليب التعاقد الأستثنائية المشار إليها.

إلا أننا نأخذ على المشرع الكويتي في خروج بعض الهيئات أو الجهات الإدارية من التقيد بقانون المناقصات العامة في إبرام عقودها أو عدم النص قانوناً على إخضاع بعض الجهات مثل شركات البترول والتي إختارت أن تتقيد بهذا القانون.

فأننا لا نجد حكمة خاصة في أفراد قوانين مناقصات خاصة بهم فلماذا لا يعمم قانون المناقصات العامة على كافة الجهات الإدارية بالدولة وينشأ جهاز مركزي قادر على ضم جميع أنواع المناقصات لكافة وزارات أو مؤسسات الدولة.

ومن ناحية أخري نأخذ على المشرع الكويتي في تنظيمه لقانون المناقصات العامة ما ورد في نص المادة ٤٤ من جواز إصدار مجلس الوزراء قرار بترسية العطاء على أي متناقص يراه دون الإلتزام بقواعد المناقصات العامة أليس في هذا تضاد لمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص أمام كافة الأفراد في التقدم للمناقصة.

ومن ناحية ثالثة نناشد المشرع الكويتي بتوسيع دائرة الإعلان عن المناقصات العامة في كافة وسائل الأعلام دون اقتصارها على النشر في الجريدة الرسمية أو في النشرات المصلحية.

ونعجب كيف أن حضور ممثل الجهة المتعاقدة لا يترتب عليه بطلان الإجتماع فهو الأقدر على النطق بلسان جهة عمله وبيان موقفها ، وإنما هو مجرد حضور شكلي لا أثر له فلم يشترط القانون لصحة إنعقاد إجتماع اللجنة إلا حضور ستة من أعضائها على الأقل من بينهم الرئيس أو نائبه وممثل لإدارة الفتوى والتشريع .

ولم يحدد القانون مواصفات لأعضاء هذه اللجنة ، فلم يتطلب مؤهلات معينة أو سن معين أو خبرة معينة وإنما أطلق الإختيار لمجلس الوزراء ، كما لم يحدد عدد مرات إعادة تعيينهم وإنما أيضاً أطلقها ، وكل ذلك مما يعيب هذا القانون.

ونوصي أخيراً بضرورة تشكيل لجنة لدراسة هذا القانون بعد أن مضى عليه في العمل أكثر من ٤٠ عاماً كشفت عن عيوب وجمود في بعض مواده ، أو عدم تناسبه مع المرحلة الإقتصادية والظروف المالية السائدة في الكويت.

المطلب الثالث
مدى جواز الإتفاق على التحكيم في منازعات العقود الإدارية

إن التحكيم[1] هو إتفاق لفض المنازعات ، دون اللجوء إلى المحاكم ، بعرض النزاع على محكم – أو أكثر – يتم إختياره للفصل في النزاع بقرار نهائي ملزم للخصوم.

على أنه إذا كانت إرادة الأطراف هي التي تنشىء إتفاق التحكيم والقواعد التي تحكمه ، فإن ذلك يتطلب تدخل المشرع بداءة للنص على جواز التحكيم ، فإرادة الخصوم وحدها ليست كافية لخلقه[2].

فالمشرع يحدد نظام التحكيم ، لتوضيح المسائل التي يجوز فيها التحكيم ، وتلك التي تكون بمنأى عنه ، كما يبين كيفية تنفيذ أحكام المحكمة والطعن عليها[3].

وتجدر الإشارة إلى أن المنازعات الإدارية ــ ومنها المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية لم تكن الدول تقبل ــ حتى وقت قريب ــ بفضها بالتحكيم بدلاً عن القضاء الذي يجد أساسه القانوني في إختصاصه بها إلى نصوص الدستور.

ومن هذا ما نصت عليه المادة (١٧٢) من الدستور المصري الصادر عام ١٩٧١ على أن " مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة ، ويختص بالفصل في المنازعات الإدارية ..." وأيضاً ما تقرره المادة (١٦٩) من الدستور الكويتي الصادر عام ١٩٦٢ بأن " ينظم القانون الفصل في الخصومات الإدارية بواسطة غرفة أو محكمة خاصة يبين القانون نظامها وكيفية ممارستها للقضاء الإدارى ".

---

(١) لمزيد من التعريفات الفقهية والقضائية لإسلوب التحكيم يراجع الدكتور محمد محمد بدران – مذكرات في حكم التحكيم – دار النهضةالعربية – ١٩٩٩ ص٦٠ وما بعدها ، وايضاً الدكتور. عصمت عبد الله الشيخ – التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي – دار النهضة العربية – القاهرة ٢٠٠٠م ص١٩ وما بعدها، وايضاً الدكتور جورجي شفيق ساري – التحكيم ومدى جواز اللجوء اليه لفض المنازعات في مجال العقود الادارية – دار النهضة العربية ١٩٩٩– ص١٧ وما بعدها .

(٢) الدكتور. أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختياري والإجباري – الإسكندرية منشأة المعارف ط ١٩٧٨ و١٩٨٧ ص١٦ وما بعدها.

(٣) المادة (١١) من القانون رقم ١٩٩٤/٢٧ في نشأة التحكيم في المواد المدنية والتجارية في مصر ، وأيضاً القانون ١٩٩٥/١١ بشأن التحكيم القضائي في المواد المدنية والتجارية.

وقد صدرت هذه القوانين التي أحالت إليها هذه الدساتير ، فتضمنت القوانين المتعاقبة المنظمة لمجلس الدولة في مصر منذ إنشائه عام ١٩٦٤ وحتى آخرها رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ ، وأيضاً تضمن القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ في الكويت والمعدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٢ بإنشاء الدائرة الإدارية ، نصوصاً تقضي باختصاصهم دون غيرهم بالفصل في المنازعات الإدارية.

إلا أن المحكمة الدستورية في مصر قضت بأن المشرع يجوز له إخراج بعض المنازعات الإدارية من إختصاص مجلس الدولة وإسنادها إلى جهة أخرى[١] كما قضت بأنه يجوز للمشرع حسم بعض الصور من المنازعات التي تثور بين أطراف العلاقات القانونية المختلفة بواسطة التحكيم[٢].

وسوف نقوم خلال دراستنا لهذه المسألة بعرض الوضع القائم في مصر من حيث تسلسله التاريخي ، وحسمه أخيراً بالتدخل التشريعي ، ثم الإنتقال إلى شرح الوضع في دولة الكويت من خلال عرض أفكار الإتجاهين السائدين في الساحة الفقهية والقضائية من حيث تأييد التحكيم في العقود الإدارية أو معارضته ، ثم الإدلاء ختاماً برأينا حول هذه المسألة ورؤيتنا المستقبلية لها.

---

(١) حكم المحكمة الدستورية في الدعوى (١٠) بتاريخ ١٩٨٢/٥/١٦ – السنة القضائية الدستورية رقم ١ ، مشار إليه في الدكتور. يسري العصار – نطاق التحكيم في المنازعات الإدارية في مصر وفرنسا والكويت – تقرير مقدم إلى مؤتمر مراكز التحكيم العربية – جامعة بيروت العربية – ١٩٩٩ صـ٢.

(٢) حكم المحكمة الدستورية في الدعوى (١٣) بتاريخ ١٩٩٥/١٢/١٧ – السنة القضائية الدستورية رقم ١٥ ،مشار إليه في الدكتور. يسري العصار – مرجع سابق ص٢.

الفرع الأول

الوضع في مصر

كان الوضع في مصر قبل صدور قانون التحكيم الجديد رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية متضارب الآراء وذلك على مستوى الفقه[١] بين مؤيد ومعارض ، للحكم في العقود الإدارية ، أو على مستوى افتاءات الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع [٢] التي تجيز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية أو على مستوى الاتجاه الغالب في قضاء المحكمة الإدارية العليا [٣] والقضاء الاداري [٤] الذي لا يرى جواز التحكيم في العقود الادارية .

وبصدور القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية الذي الغى كل النصوص التي كانت تنظم التحكيم في قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ وتعديلاته، والغى كذلك كل حكم يخالف احكام هذا القانون وذلك بموجب المادة الثالثة منه .

وقد نصت المادة الاولى منه على انه (مع عدم الاخلال باحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري احكام هذا القانون على كل تحكيم بين اطراف من اشخاص القانون العام أو القانون الخاص اياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي تدور حولها النزاع إذا كان التحكيم يجرى في مصر أو كان تحكيماً تجارياً دولياً يجري في الخارج واتفق اطرافه اخضاعه لأحكام هذا القانون).

---

(١) للمزيد يراجع الدكتور اكثم الخولي – الاتجاهات العامة في قانون التحكيم الجديد – بحث مقدم إلى مؤتمر القانون المصري الجديد للتحكم التجاري الدولي وتجارب الدول المختلفة التي إعتمدت على القانون النموذجي – مركز القاهرة الإقليمي للتحكم التجاري الدولي بالإشتراك مع لجنة أمم المتحدة لقانون التجارة الدولي – ١٢، ١٣/٩/١٩٩٤، وأيضاً الدكتور. جابر جاد نصار – التحكم في العقود الإدارية – القاهرة – دار النهضة اعربية ١٩٩٧ وأيضاً الدكتور محسن شفيق التحكم التجاري الدولي – القاهرة دار النهضة العربية .

(٢) الفتوى رقم ٦٦١ الصادرة بجلسة ١٩٨٩/٥١٧ ورقم ٢١١ الصادرة بجلسة ١٩٩٣/٢/٢٧ .

(٣) حكم المحكمة الادارية العليا رقم ٣٠٤٩ س٣٢ جلسة ١٩٩٠/٢/٢٠ – وحكمها في الطعنين رقمي ١٦٧٥، ١٩٥٦ س٣٠ق جلسة ١٩٩٠/٣/١٣ وأيضاً حكمها رقم ٨٨٦ س ٣٠ق ١٩٩٤/١/١٨ – مشار إليه في الدكتور محمد ماهر ابو العينين – العقود الإدارية – الكتاب الأول ص ١٧٧ .

(٤) حكم محكمة القضاء الاداري ٥٤٢٩ س٤٣ ق جلسة ١٩٩١/١/٣٠ .

وبرغم هذه الصراحة التشريعية فان الخلاف الفقهي والقضائي [1] لم يتوقف ، حيث وجد اتجاهان ، احدهما مؤيداً [2] للتحكيم وأخر معارض له. [3]

وامام هذا التضارب الفقهي والقضائي لم يجد المشرع بدّ الا بالتدخل التشريعي بموجب القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ بتعديل القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ باضافة فقرة ثانية للمادة الاولى من قانون التحكيم تنص على أنه (بالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الأتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص من يتولى اختصاصه بالنسبة للاشخاص الاعتبارية العامة ، ولا يجوز التفويض في ذلك).

وعلى ذلك فتح هذا النص لدخول منازعات العقود الادارية تحت مظلة التحكيم باطلاق دون تخصيص أو استبعاد أي عقد آخر من القابلية للخضوع للتحكيم .

وبرغم هذه الصراحة التشريعية الا انه اشترط ثلاثة شروط هى :

١- ان ينص على شرط التحكيم في بنود العقد صراحة .
٢- ان يكون النص بناء على موافقة صريحة بالتحكيم من الوزير المختص.
٣- لا يجوز تفويض سلطة الوزير في الترخيص بامكانية التحكيم لشخص آخر .

وما هذه الشروط الا لاهمية العقود الادارية وخطورة شرط التحكيم فيها .

وبنظرة متفحصة للمذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٤ ، نرى تصريحها لخضوع العقود الإدارية لنظام التحكيم.

---

(١) يراجع في عرض هذا الخلاف الدكتور. نور احمد رسلان - التحكيم في منازعات العقود الادارية - دراسة مقارنة - بحث مقدم لكلية شرطة دبي ص ١٥ وما بعدها .
(٢) حكم محكمة استئناف القاهرة رقم ٦٤ لسنة ١١٣ - جلسة ١٩٩٧/٣/١٩ .
(٣) يراجع الدكتور . ابراهيم على حسن - تأملات في اختصاص التحكيم بمنازعات عقود الدولة - مجلة هيئة قضايا الدولة - العدد الثاني السنة ٤١ - ١٩٩٧ ص٢٤ وما بعدها ، وايضاً فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم ٥٤ جلسة ١٩٩٧/٢/١٩ .

أضف إلى ذلك ما أكده المشرع المصري لاحقاً بمقتضى القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ في شأن المناقصات والمزايدات[١] حينما نص على جواز الإتفاق على التحكيم بموجب نص المادة ٤٢ منه بقولها " يجوز لطرفي العقد عند حدوث خلاف أثناء تنفيذه الإتفاق على تسوية عن طريق التحكيم بموافقة الوزير المختص مع إلتزام كل طرف بالإلتزام في تنفيذ إلتزاماته الناشئة عن العقد ".

ونرى أن المشرع بهذا النص لم يقصد تجاوز المادة (١١) من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم والمتعلقة بتقييد جواز التحكيم في المسائل التي يجوز فيها الصلح ، والمترتبة بنص المادة ٥٥ من القانون المدني والتي تحظر الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام.

ومعنى كلامنا أن يقتصر نظام التحكيم في مجال المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية على المسائل المالية والتي يجوز أساساً فيها الصلح ، دون أن يجاوزها للمسائل المتعلقة بصدد سلطات الإدارة أو الشروط التنظيمية أو اللائحية في العقود الإدارية لتعلقها بالنظام العام[٢].

---

(١) الدكتور. صلاح الدين فوزي – العقود الإدارية – عرض تحليلي لأحكام القانون رقم ١٩٩٨/٨٩ في شأن المناقصات والمزايدات – مجلة البحوث القانونية والإقتصادية الصادرة عن كلية الحقوق – جامعة المنصورة – العدد ٢٣ – إبريل ١٩٩٨ ص١٢١ وما بعدها.

(٢) الدكتور. يسري العصار – نطاق التحكيم في المنازعات الإدارية – مرجع سابق ص١١ وما بعدها.

الفرع الثاني

الوضع في الكويت

سوف نتناول مسألة مدى جواز قبول إتفاق التحكيم في منازعات العقود الإدارية في دولة الكويت[1] من خلال القانون الأخير رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ بشأن التحكيم في المواد المدنية التجارية ،والذي صدر مؤخراً لتلافي العيوب[2] التي ظهرت من جراء تطبيق نظام التحكيم الوارد في قانون المرافعات ١٩٨٠.

ولقد نص هذا القانون في مادته الثانية على إختصاص[3] هيئة التحكيم بالمسائل الآتية :

١- الفصل فى المنازعات التى يتفق ذو الشأن على عرضها عليها كما تختص بالفعل فى المنازعات الناشئة على العقود التى تبرم بعد العمل بهذا القانون وتتضمن حل هذه المنازعات بطريق التحكيم ، ما لم ينص فى العقد أو فى نظام خاص بالتحكيم على غير ذلك وكما هو واضح فإن التحكيم هناك يعد اختيارياً للطرفين.

٢- الفصل دون غيرها فى المنازعات التى تقوم بين الوزارات أو الجهات الحكومية أو الاشخاص الاعتبارية العامة وبين الشركات التى تملك الدولة رأس مالها بالكامل أو فيما بين هذه الشركات واللجوء للتحكيم هنا كما هو واضح اجبارى للطرفين.

---

(١) عرفت دولة الكويت مسألة التحكيم وقبوله كوسيلة فض نزاعات منذ بدايات نشأتها كعرف بين المتعاملين بالتجارة ،وأول تقنين تم له مع بدايات تكوين النظام القضائي بصدور القانون ١٩٥٩/١٩ بشأن تنظيم القضاء ثم ضمنه المشرع قانون المرافعات ١٩٦٠ والمضافة بالقانون رقم ٣ لسنة ١٩٧١ ،وأيضاً تضمنته نصوص قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠ في مواده من ١٧٣-١٨٨، ويوجد في الكويت ثلاث جهات للتحكيم وهي مركز التحكيم التجاري التابع لغرفة تجارة وصناعة الكويت وهو أقدم هذه المراكز ، وإدارة التحكيم القضائي التابعة لوزارة العدل ، ومركز تحكيم تابع لجمعية المحامين الكويتية .

(٢) وردت هذه السلبيات التي أدت إلى عزوف المتخاصمين عن نظام التحكيم في المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية.

(٣) يراجع كل من الدكتورة. عزيزة الشريف – تطور الإختصاص بنظر منازعات القانون العام في أعقاب صدور القانون رقم ١٩٩٥/١١ بشأن التحكيم القضائي – مجلة الحقوق سنة ٢٢- العدد ٢-١٩٩٨ ص١٣ وما بعدها ، وأيضاً الدكتور. يسري العصار – نظام التحكيم في المنازعات الإدارية – مرجع سابق ص١٥،١٤.

٣- الفصل فى طلبات التحكيم التى يقدمها الافراد أو الاشخاص الاعتبارية الخاصة ضد الوزارات أو الجهات الحكومية أو الاشخاص الاعتبارية العامة فى المنازعات التى تقوم بينهم وتلتزم هذه الجهات بالتحكيم ما لم تكن المنازعات قد سبق رفعها امام القضاء . ويلاحظ فى هذه الحالة ان التحكيم اجبارى بالنسبة للدولة والجهات الحكومية وحدها.

ولا نوافق الفقه على قولهم بأن الهيئات القضائية التي تم إنشائها بموجب هذا القانون " تختص بالمنازعات الناشئة عن العقود الإدارية دون أن يثير ذلك أية شكوك أو شبهات " على حد قولهم[1].

فهذه المسألة ليست بهذا الوضوح والسهولة ، وإنما على العكس نجد أنها تأرجحت بين مؤيد لهذا الرأي وبين رافض له ، بل أذهب إلى أبعد من ذلك ، فحتى هيئات التحكيم نفسها منقسمة على نفسها ، فهناك هيئات تحكيم تحكم بإختصاصها وهيئات أخرى تحكم بعدم إختصاصها ، ناهيك عن موقف محكمة التمييز الثابت في رفضه لمبدأ التحكيم في العقود الادارية .

وعلى ذلك فسوف نعرض لرأي الفقه ورأي الفتوى والتشريع ثم نماذج من أحكام هيئات التحكيم ، ثم موقف محكمة التمييز ثم نختم برأينا في هذه المسألة.

أولاً ــ رأي الفقه

اختلف الفقة فى الكويت حول ما إذا كان اختصاص التحكيم يمتد ليشمل المنازعات ذات الطبيعة الادارية ومنها منازعات العقود الادارية ، أم انه يقتصر على نظر المنازعات ذات الطبيعة المدنية والتجارية فقط ، بين مؤيد ومعارض على النحو التالي :

---

(١) يراجع الدكتورة. عزيزة الشريف في بحثها السابق الإشارة إليه ، ووافقها الدكتور. يسري العصار في بحثه المشار إليه سابقا.

١ – الاتجاه المعارض للتحكيم بالفصل فى منازعات العقود الادارية :

وينطلق من أن أساس وجود الدائرة الادارية واختصاصها هو نص المادة ١٦٩ من الدستور الكويتى.

ويضيف أنصار هذا الاتجاه ان سلطة المشرع مقيدة إزاء إنشاء دائرة أو غرفة أو مجلس دولة يكون الاختصاص فيها قاصراً على الخصومات الادارية وبناء على ذلك فقد انتهى هذا الرأى إلى أن إلحاق هذا الاختصاص بغير الدائرة الادارية يتعارض مع أحكام الدستور فى المادة ١٦٩.

بالإضافة إلى أن إسم القانون يدل أيضاً على عدم جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية وإنما يدل على تنظيمه للتحكيم في المسائل المدنية والتجارية فقط ولو أراد المشرع – وبحق – إدخال منازعات العقود الإدارية لإضافتها دون تردد أو حرج ، مما يدل على نية المشرع الصريحة لإستبعاد منازعات العقود الإدارية.

٢ – الإتجاه المؤيد للتحكيم للفصل في منازعات العقود الإدارية:

يذهب اتجاه فقهى آخر الى تأييد التحكيم فى منازعات العقود الادارية ويستندون فى تأييد وجهة نظرهم الى الحجج والاسانيد التالية :

أ- اختصاص الدائرة الادارية بنظر منازعات العقود الادارية ليس من شأنه حظر اللجوء الى التحكيم ، حيث لم تتضمن المادة الثانية من القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ بإنشاء الدائرة الادارية نصاً يقضى بعدم جواز لجوء الجهات الادارية الى التحكيم الاختيارى فى حل المنازعات.

ب- جواز التحكيم فى الحقوق المالية الناجمة عن العقـود الاداريـة وذلـك استناداً الى المادة ١٧٣ من قانون المرافعات التى تنص على انـه (لا يجوز التحكيم فى المسائل التى لا يجوز فيها الصلح) والتى أحالت الى تطبيق احكام المادة الثانية عشرة من قانون التحكيم القضائى رقـم ١١ لسنة ١٩٩٥ بشرط الا تتعارض مع أحكام القانون الاخير .

ج- بتطبيق القواعد العامة "الخاص يقيد العام" وذلك ان المرسـوم بقـانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ بإنشاء الدائرة الادارية بالمحكمة الكلية والمعـدل بالقانون رقم ٦١ لسـنة ١٩٨٢ قـد جـاء بنصـوص عامـة تخـول الاختصاص بمسائل معينة للدائرة الادارية بالمحكمة الكلية ، أما القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ بإنشاء هيئة التحكيم القضـائى يمكـن اعتبـاره قانوناً خاصاً يقيد النصوص العامة التي جاءت فى قانون انشاء الـدائرة الادارية.

ويضاف لذلك حجة اخرى مفادها قاعدة اصولية اخرى تقضى بـأن القـانون اللاحق ينسخ القانون السابق عند التعارض عند تنظيم موضوع معين[1].

ثانياً ــ رأى إدارة الفتوى والتشريع في مدى جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية :

هنا أيضاً تأرجحت هذه الإدارة بين فتاوى عارضت فيها التحكيم القضـائي في منازعات العقود الإدارية ، وبين فتاوى أيدت فيها جواز التحكيم.

وسنعرض لها فيما يلي:

---

(١) أنظر في عرض هذه الحجج الدكتور. سيد أحمد محمود – خصومة التحكـيم القضـائي ــ مرجـع سـابق صـــ١٥١،١٥٠ والدكتور.محمد ماجد محمود " مدى جواز التحكيم ... " مرجع سابق صـ٣٤٩.

١ - *الفتاوى المعارضة التحكيم:*

ذهبت ادارة الفتوى والتشريع[١] - فى رأيها الذى ضمنته الفتوى المشار اليها الى القول بأنه "... حيث أن المشرع باصداره القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ بإنشاء التحكيم وهو التحكيم القضائى الذى فصل احكامه القانون المذكور ، إلا أنه وكما بين من عنوان القانون وما ورد بالمادة الخامسة منه لا يطبق الا على المواد المدنية والتجارية وبالتالى يخرج من نطاق تطبيق أحكامه كافة المنازعات الادارية بما فى ذلك المنازعات الناشئة عن العقود الادارية... ".

٢ - *الفتاوى المؤيدة للتحكيم:*

هذه الفتوى[٢] تعلق بعقد ابرمته الهيئة العامة للتعليم التطبيقى والتدريب مع احد المكاتب الاستشارية الهندسية لتصميم احدى مبادئ كلية الدراسات التكنولوجية وقد تضمن العقد نصاً لتسوية الخلاف الذى نشأ بين الطرفين بطريقة التحكيم . وحدث ان وجدت اخطاء فى التصميم جاءت على اثرها الهيئة المكتب الاستشارى بتتبع هذه الاخطاء إلا ان المكتب كان قد سبق وتسلم كافة مستحقاته ورفض سداد المبلغ المطالب به والدين ونتيجة اخطاءه فى التصميم.

وفى فتواها الصادرة حول الاجراءات الواجب اتباعها لامكان المطالبة بحقوق الهيئة من قبل المكتب المذكور ، استعرضت الادارة بند التحكيم الوارد فى العقد ، ورأت أن المستفاد من صياغة هذا النص ان إرداة الطرفين قد اتجهت الى حل الخلاف الذى ينشأ بينهما حول تنفيذ هذا العقد على الوجه التالى :

---

(١) الفتوى رقم ٣/١٥٠/٩٥ - ١٨٠٠ الصادرة بتاريخ ٢٩ يوليو سنة ١٩٩٥ - غير منشورة.

(٢) فتوى غير منشورة مشار اليها في الأستاذة نجلاء أحمد الغيص . رسالة ماجستير عن التحكيم فى منازعات العقود الادارية ـ دراسة مقارنة في النظام الفرنسي والمصري والكويتي ـ بحث لاستكمال لمتطلبات الماجستير في القانون ـ جامعة الكويت كلية الحقوق ـ ٢٠٠٢ ـ ص ١٩٩ وما بعدها.

١- احالة الخلاف الى محكم يتفق عليه الطرفان.

٢- وفى حالة عدم الاتفاق على تعيين هذا المحكم يطلب احد الطرفين من جمعية المهندسين تعيين محكم ويكون قرار هذا المحكم ملزماً للطرفين على ان يتحمل الطرفان اتعاب التحكيم.

ثالثاً ـ رأي هيئات التحكيم :

أيضاً كانت إتجاهات هيئات التحكيم منقسمة على نفسها من حيث تأييدها لجواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية وبالتالي إختصاصها بالنظر فيها ، أو عدم تأييدها وبالتالي عدم إختصاصها بالنظر فيها وإحالتها إلى الدائرة الإدارية.

١- الرأي المؤيد للإختصاص بالتحكيم :

حيث حكمت إحدى هيئات التحكيم القضائي[1] في إحدى الطلبات المرفوعة إليها بإختصاصها بالنظر في منازعة في عقد توريد عمالة لحساب وزارة الدفاع التي إمتنعت فيه عن سداد بعض مستحقات الشركة المتعاقدة ، ثم قامت الوزارة بإنهاء العقد بإرادتها المنفردة ، فتقدمت الشركة باللجوء إلى هيئة التحكيم للمطالبة بما لها ، فدفعت وزارة الدفاع بعدم إختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع لتعلقه بعقد إداري تختص به الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية.

فحكمت هيئة التحكيم برفض الدفع بعدم إختصاصها بنظر النزاع وإختصاصها بنظره .

---

(١) حكم هيئة التحكيم القضائي رقم ١٣ لسنة ١٩٩٧ جلسة ١٩٩٨/٦/١ – حكم غير منشور ، حكمها بجلسة ١٩٩٨/٥/٢٥ وحكمها بجلسة ١٩٩٦/١٢/٢٢.

٢ - الرأي الرافض للإختصاص بالتحكيم :

ويتمثل هذا الرأي بعد أحكام صدرت من عدة هيئات تحكيم مختلفة حيث أكدت فيها على أن إختصاص النظر في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية من الإختصاص المحبوس للدائرة الإدارية التي تنضوي تحت مظلتها المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية حسب مرسوم إنشائها ، وأن هيئات التحكيم تختص فقط بالمسائل المدنية والتجارية.

ومن هذه الأحكام ما قررته هيئة التحكيم القضائي الأولى بمطالبة من إحدى الشركات للمؤسسة العامة للرعاية السكنية بسداد مبالغ مالية ، وكانت هذه المؤسسة قد دفعت بعدم إختصاص هيئة التحكيم التحكيم القضائي ولائياً بنظر التحكيم قالت الهيئة في حكمها بأن[1] " ... إن الدفع المبدي من المؤسسة المحتكم ضدها بعدم إختصاص هيئة التحكيم القضائي ولائياً بنظر طلب التحكيم في محله ، ذلك أنه من المقرر أن المنازعات التي تختص هيئة التحكيم القضائي بالفصل فيها طبقاً للمادة الثانية من القانون رقم ١ لسنة ٩٥ هي المنازعات المدنية والتجارية التي صدر القانون بشأن التحكيم فيها. "

وأضافت بأن "... هذا العقد عقد أشغال عامة وبالتالي ينحسر عنه إختصاص هيئة التحكيم القضائي ، مما تختص بولاية الفصل فيه الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية دون غيرها ، وذلك عملاً بالمادة الثانية من المرسوم بقانون رقم ٢٠ لسنة ٨١ المعدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٢ بشأن دائرة بالمحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية."

---

(١) حكم هيئة التحكيم القضائي الأولى في طلب التحكيم رقم ١٣ لسنة ٩٨ بتاريخ ١٩٩٩/٢/٨ حكم غير منشور ،وأيضا حول نفس الموقف الأحكام التالية ،حكم هيئة التحكيم القضائي الثانية في طلب التحكيم رقم ٩٨/٤ بتاريخ ١٩٩٨/٩/٣٠ حكم غير منشور ،وحكم هيئة التحكيم القضائي الثانية في طلب التحكيم رقم ٩٨/٢٣ بتاريخ ١٩٩٩/٥/١٩ - حكم غير منشور وحكم هيئة التحكيم الثانية في طلب التحكيم رقم ٩٧/١٧ المرفوع من شركة صناعة الكيماويات البترولية ضد وكيل وزارة الدفاع بتاريخ ١٩٩٨/١١/١٨ ،حيث حكمت بإختصاصها بنظر النزاع لأن العقد موضوع النزاع عقد عادي وليس عقد إداري - حكم غير منشور.

رابعاً ـ رأي القضاء الإداري في مدى جواز الإتفاق على التحكيم في منازعات العقود الإدارية :

صدرت أحكام كثيرة من الدائرة الإدارية[1] أومن محكمة الإستئناف[2] "الدائرة الإدارية" تؤكد فيها على الإختصاص 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 الإختصاص لنفسها.

وتوج هذا الإتجاه بأحكام عديدة [3] من محكمة التمييز بالتأكيد على هذا التوجه ، بعدم جواز التحكيم في العقود الإدارية.

حيث قررت في أحد الأحكام بأن " ... وإذا عقدت المادة الثانية من المرسوم بقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ للدائرة الإدارية وحدها الإختصاص بالمنازعات التي تنشأ بين الجهات الإدارية والمتعاقد الآخر ... ولما كان ذلك وكان البين من الرجوع إلى العقد محل النزاع ... أنه عقد توريد عمالة أبرم بين وزارة الدفاع الطاعنة والشركة المطعون ضدها ... بين معه أن العقد محل النزاع قد توافرت له مقومات العقد الإداري وإتسم بالطابع المميز له إذ إنتهج فيه إسلوب القانون العام بما تضمنه من شروط إستثنائية ، 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 الإختصاص به للدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية وحدها دون سواها ... "[4].

---

(١) حكمها في القضية رقم ٩٧/١٦١ والصادر بتاريخ ١٩٩٨/٣/١٠ حكم غير منشور.
(٢) حكمها رقم ١٩٩٨/١٠٣ الصادر بتاريخ ٢٠٠٠/٢/٢١. حكم غير منشور .
(٣) حكم محكمة التمييز رقم ٤٣ لسنة ١٩٩٧ تجاري جلسة ١٩٩٧/١٢/٨ ، وحكمها رقم ٤٠٩ ، ٤١٣ لسنة ٩٨ تجاري / إداري جلسة ١٩٩٩/١١/٢٢ ، وحكمها رقم ٢٢لسنة ١٩٩٧ تجاري جلسة ١٩٩٨/١١/١ .
(٤) حكم محكمة التمييز رقم ٤٥٠ ، ٤٤٤ لسنة ١٩٩٨ تجاري جلسة ١٩٩٩/٣/١٤ ـ موسوعة مبادىء القضاء الإداري - الكتاب الأول- الجزء الأول- القاعدة رقم ٣٥ ـ ص٢٩٧

خامساً ـ تقييمنا لهذا الموضوع :

نحن مع قضاء التمييز في دولة الكويت جملة وتفصيلاً في رفضه القاطع والمستقر لمبدأ التحكيم في العقود الإدارية ، والذي نرى أنه متسق تماماً مع روح القانون ونصه ، كما أنه أكثر وفاءً لنظرية العقد الإداري والتي هي قضائية النشأة[1] ، فهذه النظرية بما تمنحه الإدارة من سلطات إستثنائية لا تقبل بحال من الأحوال التجرد منها في مواجهة المتعاقد الآخر وأن تكون على قدم المساواة معه إذا ما قبلت الخضوع للتحكيم.

ومما يشد أزرنا في موقفنا هذا هو ما تتداوله اللجنة التشريعية والقانونية [2] بمجلس الأمه الكويتي بشأن تعديل بعض أحكام القانون رقم (١١) لسنة ١٩٩٥ بشأن التحكيم القضائي في المواد المدنية والتجارية،حينما رفضت التعديل المقدم من بعض النواب بتعديل المادة الثانية بإضافة فقرة عليها بأن يشمل إختصاص هيئة التحكيم الفصل في كافة المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية ،حيث أبقت على المادة الثانية من القانون ١١ لسنة ١٩٩٥ كما هى دون تعديل بالنسبة لعدم خضوع العقود الإدارية فيه للتحكيم، مما يدل قطعيا على ان المشرع انصرفت ارادته بداءة منذ اصداره لقانون التحكيم على عدم خضوع المنازعات المتعلقة بالعقود الادارية للتحكيم.

وقد يوصم موقفنا هذا بالتشدد أو الرجعية أو بعدم مواكبة التطورات التي بدأت تفرضها التجارة الدولية ، لا سيما وأن مهد القانون الإداري الحديث وهي فرنسا، بدأت تتزنح تحت وطأة التدخل التشريعي فأجازت التحكيم في بعض منازعات العقود الإدارية.

---

(١) إنظر في تأييد رأينا في اللجوء إلى التحكيم من شأنه التأثير سلبا على نظرية العقود الإدارية الدكتورة. نجلاء حسن سيد أحمد – التحكيم الإداري في المنازعات الإدارية في مصر وفرنسا – دراسة مقارنة – رسالة دكتوراه – كلية الحقوق – جامعة القاهرة – ٢٠٠٢ ص٥٢٦.

(٢) تقرير غير نهائي من اللجنة التشريعية والقانونية عن مشروع القانون المقدم من الحكومة ،ومشروع القانون المقدم من الحكومة الثاني والإقتراح بقانون المقدم من السادة الأعضاء / مشاري جاسم العنجري عبد الله يوسف الرومي ،مشاري محمد العصبي الدكتور. محمد محسن البصري. صالح أحمد عاشور ،بتعديل بعض أحكام القانون رقم (١١) لسنة ١٩٩٥ بشأن التحكيم القضائي في المواد المدنية والتجارية – تقرير غير منشور.

بل وحتى مصر والتي تعتبر قبلة التشريع والقضاء بالنسبة لدولة الكويت، قد أصابتها رياح التغيير فأخذت بأشرعتها تدفعها إلى بحور الدول التي قبلت خضوع العقود الإدارية للتحكيم .

وإن كنا قد إمتدحنا – وبحق – موقف مشرعنا الصلب وقضاؤنا الحامي لنظرية العقد الإداري، فإننا قد فعلنا ذلك لإعتبارات تنطلق من ذات الإعتبارات التي يستند إليها القائلون بوجوب إخضاع العقود الإدارية للتحكيم ، وتعليلهم ذلك بأنه يعد مطلباً ضرورياً للشركات الأجنبية لتقبل على مشاركتنا في التنمية ، وذلك لأن الشركات الأجنبية ستحجم عن الدخول بأموالها خوفاً من القضاء الوطني واقتناعها بسهولة نظام التحكيم.

والحقيقة أن أصحاب هذا الرأي يغفلون عن أن الشركات الأجنبية تنظر إلى الدول بعين مختلفة فهى تعرف الدول الأكثر ملاء مة مالية ، وتدرس بعناية فائقة أوضاع عملتها وإقتصادها فإن رأت فيها ما يشجع في أن ترجع أموالها إليها بعد فترة من الزمن أضعافاً مضاعفة فإنها تقبل على الإستثمار وترضى كل مخاطرة (إن وجدت)، فدولة مثل الكويت ليست في حاجة إلى أن تغري الشركات للدخول في أسواقها ، بل أن الشركات تتنافس تنافساً محموماً وتستخدم قوتها السياسية الخارجية لتضغط أملاً في الحصول على عقود مع جهة الإدارة لعلمها اليقيني بالربح الوفير ، فلا يلزم والحال كذلك أن نجرد جهة الإدارة من سلطاتها التي تمنحها لها العقود الإدارية.

وعليه نرى أن نظرية العقد الإداري لم تبدأ طريقها في الإنحسار في دولة الكويت بل نجد العكس في أنها تمسكت بثوبها العتيق ، فما دامت الدولة متدخلة في الأنشطة العامة فنظرية العقد الإداري في أوج وازدهار تحت حماية القضاء الواعي بظروف بلده والأحرص على حماية جهاته الإدارية بما لا يخالف المشروعية ولا يجانب العدالة.

الفصل الثاني
تنفيذ العقد الإداري

يتميز العقد الإداري بخصائص ذاتية تبدو أشد ما يكون وضوحاً بمناسبة تنفيذ العقد وتتلخص هذه الخصائص فيما يمنحه العقد الإداري من مظاهر سلطات غير مألوفة في عقود القانون الخاص ، وعلى الأخص سلطتها في رقابة تنفيذ العقد وما تتضمنه من خروج على المألوف في العقد المدني ، وأيضا سلطتها في تعديل بعض شروط العقد بإدارة منفردة بل ، وسلطتها في توقيع جزاءات على المتعاقد إذا أخل بالتزاماته التعاقدية.

هذه السلطات غير المألوفة في العقد الخاص يقابلها أيضا ضمانات للمصالح المالية للمتعاقد والتي من أجلها أبرم العقد الإداري، وهذه الضمانات تتمتع بها الإدارة حتي دون حاجة إلي النص عليها في العقد. كما يتضمن هذا الفصل عوارض تنفيذ العقد الإداري فإذا كانت الإدارة تمتع بامتيازات واسعة في نطاق العقود الإدارية ، فهناك عوارض قد تعوقها لتنفيذ العقد الإداري.

ولهذا سوف نتناول في هذا الفصل أبرز المبادئ العامة في تنفيذ العقد الإداري والتي تمثل خروجا على القواعد المألوفة في العقد المدني ، إذ في خارج نطاق هذه الخصائص تنطبق على حقوق وإلتزامات المتعاقدين كافة القواعد الأساسية المعروفة في القانون المدني كأصل عام بحكم الروابط التعاقدية المختلفة.

وسوف نبحث في المبحث الأول منه القواعد التي تحكم تنفيذ العقد الإداري ، وفي المبحث الثاني عوارض تنفيذ العقد الإداري.

المبحث الأول
القواعد التي تحكم تنفيذ العقد الإداري

إن أهم ما يميز العقود الإدارية عن العقود المدنية هو عدم تساوي مركز المتعاقدين في هذه العقود ،ويعد هذا من أهم المبادئ العامة التي تسيطر على مرحلة تنفيذ العقد الإداري ويتفرع عنه مبادئ أخرى سوف نبرزها في حينها .

ويجب ألا يفهم القارئ أن مبدأ عدم تساوى مركز المتعاقدين في العقد الإداري هو عيب يشين نظرية العقود الإدارية ، بل أن الذي أوجب هذا المبدأ هو مقتضيات المصلحة العامة التي تتطلب حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد باعتبار أن المرفق العام هو توأم العقد الإداري والذي يعمل الأخر من أجله .

ويتولد عن مبدأ عدم تساوي مركز المتعاقدين في العقد الإداري امتيازات تتمتع بها جهة الإدارة لا مثيل لها في مجال القانون الخاص ، وفي مقابل هذه الامتيازات يقع على عاتق جهة الإدارة أداء التزامات قبل المتعاقد معها ، إذ ليس من مقتضى تميزها لهدف تسيير المرفق العام أن تهدر حقوق المتعاقد معها ، وإنما تأتي الامتيازات مقابل الالتزامات.

ولقد تناولنا هذا الموضوع من جهة زاوية الإدارة أولاً لمعرفة سلطاتها وإلتزاماتها في المطلب الأول ، ثم تعرضنا لها من زاوية المتعاقد في المطلب الثاني لمعرفة إلتزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة.

المطلب الأول
سلطات وإلتزامات الإدارة المتعاقدة

بينا فيما سبق أن العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد تسييره ، وتغليب المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة ، لذلك تتمتع الإدارة تجاه المتعاقدين معها بمجموعة فريدة من الامتيازات ، فهي تتمتع بسلطة الرقابة والتوجيه والإشراف على تنفيذ العقود الإدارية ، كما تنفرد بسلطة تعديل العقد بإرادتها المنفردة بما قد يتراءى لها أنه أكثر اتفاقاً مع الصالح العام، وهي تملك سلطة التنفيذ المباشر حيث تستطيع اقتضاء حقوقها تجاه المتعاقدين معها مباشرة دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء ، فضلا عن ذلك كله فهي تتمتع بسلطة توقيع الجزاء مع المتعاقد معها في حالة الإخلال بتنفيذ العقد ، ثم أخيراً لها سلطة إنهاء العقد قبل حلول أجله مادام ذلك يقتضيه الصالح العام.

ويقابل هذه السلطات إلتزامات عليها ، يجب أن تفي بها لصالح المتعاقد معها، كإحترامها لإلتزاماتها العقدية ، وتسليم موقع العمل خالٍ من العوائق ، ومساعدته في الحصول على التراخيص اللازمة وغير ذلك من إلتزامات

وسوف نتناول هذه السلطات التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها ، وأيضاً الإلتزامات التي تقع عليها على النحو التالي:

الفرع الأول ــ سلطات الإدارة المتعاقدة .

الفرع الثاني ــ إلتزامات الإدارة المتعاقدة .

الفـــرع الأول

ســـلطات الإدارة المتعاقدة

تتمتع الإدارة كطرف في العقد الإداري بسلطات لا مقابل لها في القانون الخاص ، وقد رأينا أن مناط هذه السلطات ــ التي لا يمكن أن يتمتع بها الأفراد – في مقتضيات سير المرافق العامـــة وتحقيق الصالح العام .

وتتجلى هذه السلطات فيما يلي :

أولا – سلطة الإشراف والرقابة والتوجيه .

ثانيا – سلطة التعديل.

ثالثا – سلطة التنفيذ المباشر.

رابعا –سلطة توقيع الجزاءات.

خامساً– سلطة إنهاء العقد.

وهذا ما قررته المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها، حيث أنها بعد أن أبرزت صلة العقود الإدارية بالمرافق العامة ومقتضيات هذه الصلة وتمتعها بالسلطات اللازمة لتيسير هذه المرافق ، استطردت تقول بأنه "... يترتب على ذلك أن للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقود الإدارية ولها دائما حق تغيير شروط العقد ، وإضافة شروط جديدة بما قد يتراءى لها أنه أكثر اتفاقا مع الصالح العام دون أن يحتج الطرف الآخر بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين ، كما يترتب عليها كذلك ان للإدارة سلطة إنهاء العقد إذا قدرت أن هذا هـــو مـــا يقتضيه الصالح العام ، و لا يكون للطرف الآخر إلا الحق في التعويض إن كان له الحق ، وذلك كله على خلاف الأصيل في العقود المدنية "[1].

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٨٨٢ ــ س١٠ ق ــ جلسة ١٩٦٨/٣/٢ المجموعة س ١٣ ــ ص ٦٢٥ .

ولم تبق هذه المبادئ في إطارها النظري ، بل طبقتها المحكمة الإدارية العليا على الكثيرمن الدعاوى المطروحة أمامها وأثرت بها مجال القضاء الإداري، حيث قالت في حكم حديث لها بأنه " ... وإن كان نص المادة ٧٦ مكرراً من لائحة المناقصات والمزايدات قد تضمن أن يكون تعديل العقد الإداري بنفس الشروط والأسعار لأنه يجوز لجهة الإدارة أن تعدل عن هذه الشروط وفق ما تراه متفقا مع المصلحة العامة وهو ما فعلته جهة الإدارة المطعون ضدها حين طلبت من الطاعن توريد كميات إضافية من الشعير خلال ثلاثة عشر يوما من تاريخ الأخطار تعادل ٣٠% من الكمية الأصلية المتعاقد عليها وبذات الأسعار للحاجة إليها دون أن تتقيد بمهلة العشرين يوما التي كانت مقررة في العقد ... ولا محل للطعن على هذا التصرف والقول بأنه مخالف لشروط العقد المبرم من الطاعن وجهة الإدارة المطعون ضدها غاية الأمر أن يقوم له حق في أن يطالب عندئذ بما يتكلف به من أعباء نتيجة تعديل شروط العقد "[1]

وأخيرا يجب ألا نتناسى دور القوانين واللوائح في إبراز مظاهر هذه السلطات في العقود الإدارية ، فإن المسلم به أن طبيعة العقد الإدارى واتصاله بالصالح العام ، يجعل من هذه السلطات حقا أصيلاً للإدارة تتمتع بها دون حاجة إلى النص على ذلك في العقد .

البند الأول ــ الإشراف والرقابة والتوجيه :

من ضمن الشروط الإستثنائية غير المألوفة في مجال روابط القانون الخاص هو سلطة جهة الإدارة المتعاقدة في الإشراف والرقابة والتوجيه للمتعاقد معها للتأكد من سلامة تنفيذ العقد.

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٥٦ لسنة ٣٥ ق بجلسة ١٩٩٢/٤/٢٨ الموسوعة الإدارية الحديثة ــ الفكهاني الجزء(٣٥) ــ ص ٣٦٣ ، ٣٦٤ .

فمن حق الإدارة إصدار اللازم من الأوامر والتعليمات والأنظمـــة لضـــمان حسن تنفيذ العقد والالتزام بمواعيد إنهاء الأعمال وتسليمها وفقاً للجدول الزمنـــى المتفق عليه ووفقا للأصول الفنية المرعية وطبقاً للمواصفات المتفق عليها.

وعادة ما تأخذ السلطة شكل الإشراف الذاتي عن طريق موظفين أو مهندسين الإدارة المتعاقدة ، أو عن طريق الإشراف غير المباشر من خلال إسناد عملية الإشراف إلى مكاتب إستشارية متخصصة تحت إشراف الإدارة المتعاقدة ذاتها وأبرزت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها هذا المبدأ ببيان أنه "... بينما مصالح الطرفين في العقد المدني متساوية ومتوازنة إذ بكفتي المتعاقدين غير متكافئة في العقد الإداري تغليباً للمصلحة العامة على المصلحة الفردية مما يجعل للإدارة في هذا الأخير سلطة مراقبة تنفيذ شروط العقد وتوجيه أعمال التنفيذ واختيار طريقته ، وحق تعديل شروطه المتعلقة بسير المرفق وتنظيمه والخدمة التي يؤديها وذلك بإرادتها المنفردة حسبما تقتضيه المصلحة العامة دون أن يتحدى الطرف الأخر أن العقد شريعة المتعاقدين [1]" .

وأقرت محكمة التمييز نفس المبدأ حيث قالت "... بينما مصالح الطرفين في العقد المدني متساوية ومتوازنةإذا بكفتى المتعاقدين غيـــر متكافئة في العقد الإداري ــ تغليباً للمصلحة العامة على المصلحة الفردية مما يجعل للإدارة في هذا العقد الأخير سلطة مراقبة تنفيذ شروطه المتعلقة بسير المرفق وتنظيمه والخدمة التي تؤديها وذلك بإرادتها المنفردة ، حسبما تقتضيه المصلحة العامة دون أن يتحدى الطرف الآخر بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين" [2] .

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٠٥٩ س ٧ ق جلسة١٩٦٣/٥/٢٥ المجموعة س ٨ ص١٢٢٥ ، وأيضا حكمها رقم ١٥٦ س ٣٥ ق جلسة ١٩٩٢/٤/٢٨ ــ وحكمها رقم ١٥٢٠ س ٢ ق جلسة ٢٠ /٤ /١٩٥٧ المجموعة س ٢ ص ٩٣٧ وأيضا حكم محكمة القضاء الإداري رقم ١٥٢٥ س ٦ ق جلسة ١٩٥٧/٣/٣ المجموعة س ١١ ص ٢٣٩ .

(٢) حكم محكمة التمييز رقمي ١٧١، ١٦٣ لسنة ٢٠٠٢ إداري الصادر في جلسة ٢٠٠٣/٣/١٧ حكم غير منشور ، وفي ذات المعنى حكم محكمة الاستئناف رقم ٢٦٤ لسنة ٩٨ إداري الصادر في جلسة ١٩٩٩/٢/٢٢ .

وهذه السلطة تتنوع ضيقاً واتساعاً بتنوع العقد المبرم ، ففي مجال عقود الأشغال العامة وعقود الامتياز تكون بارزة وبالغة التشدد ، في حين تكون اقل بصدد عقود التوريد .

وقد صاغت هذه السلطة بالنسبة لعقود الامتياز المادة ٧ من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ [١] بشأن التزامات المرافق العامة بنصها على أنه (... لمانح الالتزام أن يراقب إنشاء المرفق العام موضوع الالتزام وسيره في النواحي الفنية والإدارية والمالية ، وله في سبيل ذلك تعيين مندوبين عنه ... ويختص هؤلاء المندوبين بدراسة تلك النواحي وتقديم تقرير بذلك لمانح الالتزام ... أو أن يعهد بالرقابة الفنية والإدارية عليه إلى أية هيئة عامة أو خاصة) .

وأوضحت المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٨٥ لسنة ١٩٥٨ أساس وطبيعة حق الرقابة بقولها " حق الرقابة على الملتزم حق أساسي مرده إلى فكرة المرفق العام ومما يقتضيه سيره وانتظامه ، وهو حق ثابت للجهة مانحة الالتزام ولو لم ينص عليه في العقد بل يظل موجوداً طالما وجد المرفق العام " .

واستقرت الأحكام القضائية على هذا المبدأ فلقد قضت محكمة القضاء الإداري بأن "... حق السلطة مانحة الالتزام في مراقبة إنشاء المرفق العام ... ليست إلا ترديداً للمبادئ العامة للقانون الإداري في شأن التزامات المرافق العامـــة ، وهي أن الدولة وهي المكلفة أصلاً بإدارة المرافق العامة إذا ما عهدت إلى غيرها أمر القيام بها ، لم يخرج الملتزم في إدارته عن أن يكون معاوناً لها ونائباً عنها في أي أمر هو من أخص خصائصها ... وهي في سبيل القيام بهذا الواجب تتدخل في شئون المرفق العام كلما اقتضت المصلحة العامة هذا التدخل ، فتفرض على الملتزم عبئاً جديداً يزيد عما نص عليه الاتفاق المبرم بينها وبينه ، أو تعدل من شروط الالتزام بالإستناد إلى سلطتها العامة .... بما لها من حقوق الإشراف والتدخل والتعديل حسبما تمليه المصلحة العامة ، وهي حقوق لا تملك السلطة مانحة الالتزام التنازل عنها كما أنها وهي تستعمل هذه الحقوق لايمكن أن تحاج بأنها تمس الحق الأعلى أو تخل بشروط عقدية" [٢].

---

(١) والمعدل بالقانون رقمي ٤٩٧ لسنة ١٩٥٤ ، ١٨٥ لسنة ١٩٥٨ .

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري رقمي ٤٨٥ ، ١٣٦٧ س ٧ ق جلسة ١٩٥٧/١/٢٧ ص ١٦٠ ـ المجموعة س ١١ .

وهو ما جاء أيضاً في حكم المحكمة الإدارية العليا من أن سلطة الإدارة في التعديل في العقد الإداري مقيدة بأن يتم التعديل بمراعاة قواعـــــد الاختصـــاص المقررة "...ومقتضي ذلك أنه حين يجوز لجهة الإدارة أن تعدل من شروط العقد الإداري، فلا سبيل إلى قيام هذا التعديل والإعتداد به قانوناً ما لم تلتزم عند إجرائه، ولا ينتج ما عدا ذلك من التعليمات الصادرة من غير هذه السلطة أثراً ما في تعديل العقد وتحوير آثاره وتغيير مقتضاه "[1] .

وفي الكويت :

نجد أن قانون تنظيم المناقصات العامة رقم ٣٧ لسنة ١٩٦٤ قد ورد في المادة (١٤) منه على (وجوب أن يتضمنه دفتر شروط العقد تفصيل التوجيهات والتعليمات اللازمة إلى المتعاقد ، فقد نصت على أنه يجب قبل طرح توريد الأصناف أو مقاولات الأعمال في المناقصة العامة أن تقوم الجهة الحكومية ذات الشأن بوضع مواصفات تفصيلية عن كل صنف أو عمل ، وتضع التعليمات اللازمة إلى المقاولين والرسومات التفصيلية الكاملة ، وجداول الكميات المفصلة الدقيقة التي تبين إفراد البنود والإجراءات الواجب اتباعها في تنفيذ العقد).

ولقد بينت أحكام محكمة *التمييز* سلطة الإدارة المتعاقدة في الإشراف والرقابة والتوجيه للمتعاقد معها فقضت في أحد أحكامها بأنه " من المقرر في عقود الأشغال العامة أنه متى فرض العقد على المقاول مصدراً أو مصادر معينة منها المواد المستعملة في تنفيذ العقد تعين عليه الالتزام بها ولا يجوز له أن يشكو من يختار هذا الاختيار مادام لم يقع خطأ من جهة الإدارة "[2].

وفي فتوى صدرت عن إدارة الفتوى والتشريع في هذا الشأن "...من حيث أن المستقر عليه فقهاً وقضاء أن العقود مدنية كانت أو إدارية تخضع لأصل عام من أصول القانون يقضي بأن يكون تنفيذها بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٨٤٥ س١٩ق جلسة ١٩٨٠/١١/٢٢ - مشار إليه في المستشار. حمدي ياسين عكاشة ـــ موسوعة العقود الإدارية والدولية ـــ ص ٢٢٤ .

(٢) حكم محكمة التمييز رقم ١١٩ تجاري جلسة ٢٨/ ١٩٨٧/١ - مجلة القضاء والقانون العدد الأول لسنة ١٥ في أكتوبر ١٩٩٤ ص٧٠ ومشار إليه في الدكتورة عزيزة الشريف - نظرية العقد الإداري - مرجع سابق ص ١٩٩ .

ولما كان من المسلم به أن جهة الإدارة تملك أن تعدل في العقد الإداري سواء فيما يتعلق بالأعمال المراد إنجازها أو بالشروط المتفق عليها أو مدة التنفيذ ، ومن ثم فإن مدة العقد هى أمر منوط بتقدير الجهة الإدارية المتعاقدة باعتبارها القوامة على حسن سير المرفق العام والقائمة تبعا لذلك على تنفيذ العقد وظروفه فتمد مدة بداية العقد إن هى قدرت أن ذلك يحقق صالح المرفق الذي أبرم العقد بشأنه "[1] .

وهذه السلطة المفترضة ليست مطلقة ، وإنما مقيدة بحدود معينة ، فلا تتجاوز هذه السلطة إلى امتيازات سلطتها في الضبط الإداري، ويشترط ألا تؤدى إلى تغيير طبيعة العقد.

البند الثاني ــ سلطة التعديل :

"... إن سلطة جهة الإدارة في تعديل العقد أو تعديل طريقة تنفيذه ، هي الطابع الرئيسي لنظام العقود الإدارية ، بل هي أبرز الخصائص التي تميز نظام العقود الإدارية – وعلى خلاف المألوف في معاملات الأفراد فيما بينهم – فلها حق تعديل العقد أثناء تنفيذه ، وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها على نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد ، فتزيد من أعباء الطرف الأخر أو تنقصها كلما اقتضت حاجة المرفق أو إقتضت المصلحة العامة هذا التعديل ، من غيرأن يحتج عليها بقاعدة الحق المكتسب أو بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين " .

بهذا التأصيل الرائع أكد القضاء[2] على تبنيه سلطة الإدارة المتعاقدة في تعديل بنود العقد زيادة ونقصاناً ، حتى ولو فرغت وثائق العقد من النص عليها رغم انتقاد بعض الفقهاء لهذه السلطة ذات الآثار الخطيرة[1].

---

(١) فتوى رقم ٢٤٦٢ في ١٩٩٠/١٠/٦ مرجع ٩٩/٢٠٥/٢ ــ المرجع التشريعي لعقود الأشغال العامة والاتفاقيات الاستشارية ج٢ ص ١٧.

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٩٨٣ س ٩ق جلسة ٣٠ / ٦ / ١٩٥٧ ص ٦٠٨ المجموعة السنة س ١١ ص٦٠٨ في نفس المعنى حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣٩٨٦ س ٣٥ ق جلسة ١٩٩٢/١١/١٥ الموسوعة الإدارية الحديثة الفكهاني ج (٣٥) ص٣٦٩ .

وهذه السلطة تؤدي بنا إلى نتيجة أصبحت من معالم العقد الإداري ، ألا وهي عدم ثبات العقد الإداري ، والتي تعتبر نوعاً من الخروج على نظام العقد في ظل القانون الخاص لكونه شريعة المتعاقدين ، ولأنه يعتبر مساس بالقوة الملزمة للعقد ، فجوهر العقد الإداري هو عدم ثباته استناداً إلى مقتضيات الصالح العام وضمان سير العمل في المرفق العام ، مع الاحتفاظ لحق المتعاقد في التعويض عن الأضرار التي تلحق به من جراء أعمال هذه السلطة.

ولقد أكدت النصوص التشريعية هذه السلطة للإدارة المتعاقدة سواء في مصر أو الكويت ، حيث أكدت اللائحة التنفيذية الصادرة بالقرار رقم ١٣٦٧ لسنة ١٩٩٨ هذا الحق ، فنصت في المادة (٧٨) منها على أنه (يحق للجهة الإدارية تعديل كميات أو حجم عقودها بالزيادة أو النقص في حدود (٢٥%) بالنسبة لكل بند بذات الشروط والأسعار دون أن يكون للمتعاقد مع الجهات الحق في المطالبة بأي تعويض عن ذلك) .

وفي الكويت أكد قانون تنظيم المناقصات العامة في المادة (٦٤) منه على أنه (لايجوز إدخال تعديلات على المناقصة تتجاوز ٥ % من مجموع قيمتها بالزيادة أو النقص ، إلا بموافقة لجنة المناقصات المركزية).

أما بالنسبة للقضاء فلقد أكدت محكمة القضاء الإداري الاعتراف بسلطة الإدارة في تعديل العقد بقولها " ... إن سلطة جهة الإدارة في تعديل العقد أو تعديل طريقة تنفيذه هي الطابع الرئيسي لنظام العقود الإدارية ، بل هي أبرز الخصائص التي تميز نظام العقود الإدارية ، ومقتضى هذه السلطة أن جهة الإدارة تملك من جانبها وحدها وبإرادتها المنفردة – وعلى خلاف المألوف في معاملات الأفراد فيما

---

(١) انظر في تفصيل الخلاف الدكتور.على الفحام – سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري – دراسة مقارنة – دار الفكر العربي – ١٩٧٦ – رقم الإيداع بدار الكتب القومية ٣٧١٧ سنة ١٩٧٥ – ص ٤٧ وما بعدها ، وأيضا الدكتور. سليمان الطماوى – أسس العقود الإدارية – مرجع سابق ص ٤٥٨ وما بعدها ، وأيضا الدكتور.عزيز الشريف – نظرية العقد الإداري وتطبيقاتها في الكويت – مرجع سابق ص ٢٠٢ وما بعدها ، الدكتور.عبد المجيد فياض – العقد الإداري في مجال التطبيق – مرجع سابق ص ١٥٥ ، وأيضاالدكتور.أحمد عثمان عياد – مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية ١٩٧٣ – دار النهضة العربية ١٩٣ وما بعدها – وايضا وكيل المحكمة سامي عبدالحميد – سلطة الادارة في تعديل العقد الاداري وحقوق المتعاقد – مجلة معهد القضاء – معهد الكويت للدراسات القضائية – س٣– العدد ٧ – يناير ٢٠٠٤ ص٤٠.

بينهم – حق تعديل العقد أثناء تنفيذه ، وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها على نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد ، فتزيد من أعباء الطرف الأخر أو تنقصها كلما اقتضت حاجة المرفق أو المصلحة العامة هذا التعديل ، ذلك لأن طبيعة العقود الإدارية وأهدافها وقيامها على فكرة استمرار المرافق العامة تفترض مقدماً حصول تغيير في ظروف العقد وملابساته وطرق تنفيذه تبعاً لمقتضيات سير المرفق ... ومن هنا يثبت حق الإدارة في التعديل بغير حاجة إلى النص عليه في العقد أو موافقة الطرف الأخر عليه اعتباراً بأن هذا الحق يرتكز على سلطة الإدارة الضابطة لناصية العقد المتصلة بالصالح العام" (١) .

كما أكدت المحكمة الإدارية العليا في حكم صريح وواضح سلطة الجهة الإدارية دائماً في تعديل العقد الإداري بل واستطردت إلى أن وجود شرط بالعقد يفيد تنازل الجهة الإدارية عن هذه السلطة يعد شرطاً باطلاً (٢) .

وأما في الكويت – فقد عبرت محكمة التمييز عن ذات المبدأ وأكدت عليه في الكثير من أحكامها واستقرت عليه ومنها قولها في أحد أحكامها " ... أن جهة الإدارة تملك من جانبها وحدها وبإرادتها المنفردة حق تعديل العقد أثناء تنفيذه كلما اقتضت حاجة المرفق أو المصلحة العامة هذا التعديل دونما حاجة إلى النص على هذا التعديل في العقد وموافقة الطرف الأخر عليه وهي ممارستها سلطة التعديل في الجانب اللائحي – وفي حدود المشروعية – لا ترتكب خطأ وإنما تستعمل حقاً " (٢).

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ٩٨٣ س ٩ ق جلسة ٣٠ / ٦ / ١٩٥٧ – المجموعة س ١١ ص ٦٠٨ ، وأيضا حكمها رقم ١٦٠٩ س ١٠ ق جلسة ١٦ / ١٢ / ١٩٥٦ المجموعة س١١ ص٩٠ ، وأيضا حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٨٨٢ س ١٠ ق جلسة ٢/ ٣ / ١٩٦٨ وحكمها رقم ٩٥٤ س ١١ ق جلسة ١١/٤/ ١٩٧٠ ، وحكمها رقم ٣٩٨٦ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٩٢/١١/١٥ – الموسوعة الإدارية الحديثة – الفكهاني – الجزء (٣٥) ص٣٦٩ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٠٠١ س ٤٢ ق – جلسة ١٩٩٩/١١/٢٤ – مشار إليه في العقود الإدارية –الدكتور محمد ماهر ابو العينين – الكتاب الثاني – مرجع سابق – ص ١٠٦ ، ١٠٧

(٢) حكم محكمة التمييز رقم ٢٨ لسنة ٨٨ تجاري جلسة ١٩٨٩/٣/٦ مشار إليه في موسوعة مبادئ القضاء الإداري – الكتاب الثالث – الجزء الثامن – ص ٢٦١ ، وذات المبدأ في الأحكام التالية : حكم رقم ٩٦ سنة ١٩٨٨ تجاري جلسة ١٩/ ١٢ /١٩٨٨ تجاري بجلسة ١٩٨٨/٧/٤ ورقم ٧٥ لسنة ١٩٨٧ تجاري ١٩٨٨/٣/٤ ورقم ٦٠ لسنة ١٩٨٨ تجاري جلسة ١٩٨٩/١/٢ ورقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٨ تجاري جلسة ١٩٨٩/١/١٦ ، حكم رقم ٢٣ /٩٤ تجاري جلسة ٦/٢٠ /١٩٩٤ من مجموعة القواعد القانونية –التي قررتها محكمة التميز من ١٩٩٢/١/١ إلى ١٢/٣١ /١٩٩٩ .

ويؤيد أغلب الفقه[1] – بحق – إلى أن مرجع سلطة الإدارة المتعاقد في التعديل هو إلى مقتضيات المرافق العامه ، وليس مجرد مظهر لسلطتها العامة ، ويؤيدون وجهة نظرهم بأحكام القضاء التي أوضحت بجلاء العلاقة التبادلية بين سلطة الإدارة المتعاقدة في التعديل وبين تأمين مستلزمات المرافق العامة وحسن سيره بانتظام واضطراد.

وفي حكم حديث للمحكمة الإدارية العليا قررت فيه سبب إعطاء الإدارة المتعاقدة سلطة التعديل فقالت أنه يكمن في أن " ... الإدارة في ممارستها لسلطة تعديل العقد أو إنهائه إنما تستعمل حقا وهذه السلطة لا تستمدها الإدارة من نصوص العقد بل من النظام العام لسير المرافق العامة والذي يحكم كفالة حسن سيرها وانتظامها في أداء خدماتها بما يحقق المصلحة العامة ومن ثم فحق الإدارة في التعديل أو الإنهاء للعقد الإداري مقرر بغير حاجة إلى النص عليه في العقد وإلى موافقة الطرف الآخر عليه[3] " .

وكذلك ما ورد في حكم محكمة القضاء الاداري حيث قال أن " ... طبيعة ما ورد بالعقود الإدارية وأهدافها وقيامها على فكرة استمرار المرافق العامة تفترض مقدماً حصول تغيير في ظروف العقد وملابساته وطرق تنفيذه تبعاً لمقتضيات سير المرفق ، وأن التعاقد يتم على أساس أن نية الطرفين انصرفت عند إبرام العقد إلى ضرورة الوفاء بحاجة المرفق وتحقيق المصلحة العامة مما يترتب عليه أن جهة الإدارة – وهي صاحبة الاختصاص في تنظيم المرفق وتحديد قواعد تسييره – تملك حق التعديل بما يوائم هذه الضرورة ويحقق تلك المصلحة ... ومن ثم كانت سلطة التعديل مستمرة لا من نصوص العقد فحسب ، بل منطبيعة المرفق واتصال العقد به ووجوب الحرص على انتظام سيره واستدامه تعهد الإدارة له وإشرافها عليه بما يحقق المصلحة العامة" [2].

---

(١) قال باستناد سلطة الإدارة في التعديل على سلطتها العامة كل من الفقهاء الدكتور.مصطفى كمال وصفي في بحثه سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة – مجلة العلوم الإدارية س ١٣ إبريل ١٩٧١ العدد الأول ، ود. محمد كامل ليلة في كتابه التنفيذ المباشر – دراسة مقارنة ١٩٦٢ ص ١١٤ وما بعدها والدكتور . أحمد عثمان عياد في رسالته مظاهر السلطةالعامة في العقود الإدارية – مرجع سابق ص ٢٢٠ وما بعدها . بينما يؤيد استناد سلطة الإدارة في التعديل إلى احتياجات المرفق العام كل من الفقهاء الأساتذة الدكتور.سليمان الطماوي – العقود الإدارية – مرجع سابق ص ٤٦٤ والدكتور . طعيمه الجرف – القانون الإداري – ١٩٥٤ ص٨٠٢ وما بعدها والدكتور . فؤاد العطار مبادئ القانون الإداري ص ٥٦٦٣ ، والدكتور. على الفحام في كتابه سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري – مرجع سابق ص ١٥٧ ، وأيضا الدكتورة عزيزة الشريف – نظرية العقد الإداري – مرجع سابق ص ٢٠٤ .

(٣) حكم المحكمة الادارية العليا رقم ٣٩٨٦ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٩٢/١١/١٥ الموسوعة الإدارية الحديثة –الفكهاني– الجزء (٣٥) ص ٣٧١ .

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٩٨٣٣ س ٩ ق جلسة ١٩٥٧/٦/٣٠ – المجموعة س ١١ ص ٦٠٨ ، وأيضا حكمها رقم ٩٢٩ جلسة ١٩٦١/١/٢٤ المجموعة س ١٥ ص ١٢١ ، وفي نفس المعنى أيضا حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٨٢ س

وتبنت هذا الرأي الجمعية العمومية للقسم الاستشاري حيث أكدت في فتـوى لها أن " الجهة الإدارية المتعاقدة تملك من جانبها وحدها وبإرادتها المنفردة وعلى خلاف المألوف في معاملات الأفراد فيما بينهم ، حق تعديل العقد ... وذلـك كلمـا اقتضت حاجة المرفق هذا التعديل " [1].

وسلطة الإدارة في تعديل العقد ثابتة حتى ولو لم يتم الاتفاق عليها في العقد لتعلقها بالنظام العام ، ولذلك فمن باب أولى أنه يمكن لطرفي العقد الاتفـاق علـى تعديله ، وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا بأن"...الثمن الذي يتحـدد باتفـاق المتعاقدين في العقود الإدارية وإن كان يقيد كأصل عام طرفيه إلا أن ذلك لا يمنـع قانوناً من الاتفاق على تعديله ، فإذا تلاقت إرادة السلطة الإدارية المختصة بـإبرام العقد الأصلي صريحة وقاطعة مع إرادة المتعاقد معها على تعديل الثمن كان واجب النفاذ ، وامتنع الخروج عليه إلا في حدود القانون "[3].

و ما جـاء أيضاً في أحد فتاوى الجمعية العمومية بأنـه " ... ومـن حيـث الثمن الذي يتحدد باتفاق المتعاقدين في العقود الإدارية وإن كان يفيد كأصل عـام طرفيه إلا أنه لا يمنع قانوناً من الاتفاق على تعديله إذا ما تلاقـت إدارة السـلطة الإدراة المختصة بإبرام العقد الأصلي صريحة وقاطعة مع إدارة المتعاقد معها على هذا التعديل بل وفي هذه الحالة يكون الثمن الجديد ملزماً لكل من طرفيه وواجـب الأداء "[2] .

---

١٠ ق جلسة ١٩٦٨/٣/٢ – المجموعة س ١٣ ص ٦٢٥ وحكمها رقم ٩٥٤ س١٢ ق جلسة ١٩٧٠/٤/١١ –المجموعـة س ١٥ ص٢٦٤ .

(١) فتوى رقم ٧ / ٩ / ٣٠ جلسة ٢٨ /١١ /١٩٧٣ مشار إليها في كتاب المستشار. حمدي ياسين عكاشة – العقود الإدارية – مرجع سابق ص ٢٢٢ ،٢٢٣ ، وفي نفس المعنى حكم المحكمة الادارية العليا رقم ٣٩٨٦ س ٣٥ ق جلسة ١٩٩٢/١١/١٥ الموسوعة الإدارية الحديثة – الفكهاني – الجزء ٢٥ – ص ٣٧١ .

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا جلسة ١٩٧٠/١/١٧ – المجموعة س ١٥ ق ص ١٤٦.

(٢) فتوى الجمعية العمومية لمجلس الدولة – ملف رقم ٣٦٨/٢/٤٧ ــ جلسة ١٩٨٧/١٠/٢٨ – الموسوعة الإدارية الحديثة – الفكهاني – الجزء (٣٥) ــ ص ٣٧٢ .

وقضت محكمة *التمييز في الكويت* بأن "...سلطة الإدارة في تعديل العقد هو الطابع الرئيسي للعقود الإدارية . مقتضاها حقها في تعديل العقد أثناء تنفيذه كلما اقتضت حاجة المرفق أو المصلحة ذلك دون حاجة للنص على ذلك بالعقد أو موافقة الطرف الآخر ، مثل تضمين قرار مجلس الخدمة المدنية ٤ / ٨١ نصاً بتعديل بعض عقود التعيين على مقتضي أحكامه عند تجديدها ، اثره صيرورة العلاقة العقدية محكومة بالنص المضاف عند التجديد ولو لم يدرج النص بالعقد المحدد فعلاً "[١].

نطاق سلطة التعديل :

هل سلطة الإدارة المتعاقدة سلطة مطلقة في التعديل دون قيد أو شرط أم أنها مقيدة بحدود وشروط معينة ؟

الواقع أن سلطة جهة الإدارة [٣] في تعديل شروط العقد ليست مجرد مظهر للسلطة العامة فقط ، إنما هي تنبع من احتياجات المرفق العام وما تستلزمه مقتضيات سيره بإنتظام وإضطراد وملاءمته لتغير الظروف المحيطة به ، ولذلك فهي ليست مطلقة وإنما مرتبطة بمصلحة المرفق العام ، وعلى ذلك ترد عليها بعض القيود لضمان إستلزام المصلحة العامة.

وهذه القيود المفروضة على سلطة الإدارة في التعديل كالآتي :

(١) ألا تتجاوز الإدارة حداً أو نسبة معينة زيادة أو نقصاً ، وذلك للنظر إلي الطرف الآخر من العقد ، بحيث لايصبح من جراء تعديلات الإدارة أمام عقد جديد بحيث تقلب إقتصاديات العقد رأساً على عقب.

---

(١) حكم دائرة التمييز رقم ٣١٢ لسنة ٧ تجاري جلسة ١٩٨٨/٦/١٣ مجلة القضاء والقانون ــ السنة ٦العدد الثاني ــ صـ٤٨.
(٣) حول سلطة القاضي في إدخال تعديلات على العقد الإداري وحدود هذا التدخل يراجع الدكتور – عبد الرحمن عبد العزيز متولي – سلطة القاضي التقديرية في تعديل مضمون العقد – رسالة دكتوراه – جامعة القاهرة – ١٩٩٥ .

ولقد تعرضت المحكمة الإدارية العليا لهذا الضابط بقولها في أحد أحكامها " ... تحتفظ الوزارة أو المصلحة أو السلاح بالحق في تعديل العقد بالزيادة أو النقص في حدود ١٥% في عقود 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 النص ــ فيما يتعلق بكيفية حساب النسبة المئوية الواردة به ــ فيما يتعلق بحق الإدارة في تعديل العقد زيادة أو نقصا أن الوعاء الذي يحسب عليه هذا التعديل هو قيمة العقد المبرم مع المقاول نظرا 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 " (١) .

كما جاء في حكم أخر لها قالت فيها " .... إن المديرية تملك الحق في أي وقت سواء قبل أو بعد البدء في التنفيذ أن تعدل العقد بالزيادة أو النقص في حدود ٢٥% من قيمة الأعمال المتعاقد عليها فأن هذا الحق يفيد بأن تعلن الإدارة عن هذا التعديل قبل البدء في تنفيذ العملية أو بعد البدء في التنفيذ" (٢).

وقالت محكمة القضاء الإداري في توضيحها لهذه السلطة بقولها "...إن سلطة الإدارة 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 الأغذية بالزيادة أو النقص " ومن ذلك يبين أن هناك قاعدة تنظيمية مقررة بالنسبة للحد الأقصي للكميات التي تكون محلا للتوريد وهي ألا يجاوز تعديل العقد

---

(١) حكم المحكمة الادارية العليا رقم ٥٥٦ س ٣١ ق جلسة ١٩٨٦/٣/١ الموسوعة الادارية الحديثة – الفكهاني ج(٣٥)ص ٣٦٥.
(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٧١٦ س ٣٧ ق جلسة ١٩٩٦/٧/٣٠ المجموعة س ٤١ – ج (٢) من أول أبريل ١٩٩٦ – أخر سبتمبر ١٩٩٦ ص ١٥٢٩ – ١٥٣٣ .

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].

(٢) ألا يترتب على التعديل زيادة الالتزامات العقدية بما يجاوز الحدود المعقولة ومهما كانت سلطة الإدارة في تغيير شروط العقد فإنه يجب أن يزيد ذلك من الأعباء الملقاة على المتعاقد .

وفي ذلك تقول محكمة القضاء الإداري ".... يجب أن تكون تلك الأعباء في الحدود الطبيعية المعقولة من حيث نوعها وأهميتها لا أن تكون من شأنها فسخ العقد الأصلي أو تبديل موضوعه أن إنشاء محل جديد له غير ما تم الاتفاق عليه أو أن تؤدى الاعباء إلى إرهاق المتعاقد فتجاوز امكانياته الفنية أو الاقتصادية [٢]".

وتابعتها محكمة *التمييز* في أحد أحكامها بقولها بأنه " ...إذا كان التعديل في العقد لا يصل إلى الحد الذي يخل بتوازنه المالي فإنه يندرج فيما للإدارة من سلطة تعديل العقد ولذلك يتخلف عنصر الخطأ المستوجب للتعويض" .

(٣) يجب على جهة الإدارة عند تعديل شروط العقد ألا تمس المزايا المالية المتفق عليها في العقد والتي يتمتع بها المتعاقد معها .

(٤) يجب على جهة الإدارة أن تفصح عن رغبتها في تعديل العقد بقرار صريح فإذا لم تفصح عن ذلك التزمت بتنفيذ العقد كله وفقاً لشروطه[٣] .

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ١٦٠٩ س ١٠ ق جلسة ١٩٥٦/١٢/١ - المجموعة س١١ - ص ٩٠ .
(٢) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٩٨٣ س ٩ ق جلسة ٣٠ / ٦ / ١٩٥٧ ـ المجموعة س ١١ ص ٦٠٧، ٦٠٨ .
(٣) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٦٨٤٩ س ٨ ق جلسة ٤ / ٦ / ١٩٦١ ـ المجموعة س ١٠ ص ٢٥٠.

البند الثالث ــ سـلطة التنفـيذ المباشر :

استناداً إلى مظاهر السلطة العامة تمنح الإدارة امتياز التنفيذ المباشر لضمان سير المرافق العامة بانتظام واضطراد .

وتعني سلطة التنفيذ المباشر سلطة الإدارة في أن تقضي حقوقهـا بإرادتهـا المنفردة دون اللجوء إلى القضاء في حالة إخلال المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته التعاقدية.

وسلطة التنفيذ المباشرتسمح لجهة الإدارة أن تحل محل المتعاقد معهـا فـي تنفيذ التزاماته ، أو أن تعهد بالتنفيذ إلى شخص أخـر علـى حسـاب المتعاقـد الأصلي ، ولها أن تقتضي حقوقها مباشرة من أية مبالغ مستحقة للمتعاقد معها .

وسوف نبين هذه الامتيازات على النحو التالي :

١) حلول الإدارة محل المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته :

ضماناً لسير المرافق العامة إذا رأت جهة الإدارة في أن المتعاقد معها قصـر في تنفيذ التزاماته ، فلها أن تقوم بإحلال نفسها محل ذلك المتعاقد ، أو أن تقـوم بتكليف غيره لاستكمال تنفيذ العقد دون أن تنهي العقد المبرم مع المتعاقد الأصلي وإنما يكون التنفيذ على حسابه .

وحول هذه السلطة أكدت محكمة القضاء الإداري في أحـد أحكامهـا علـى الاعتراف بها بقولها إن " ... المتعاقد مع الإدارة إذا ما قصر في تنفيـذ التزاماتـه التعاقدية فإن من حق الإدارة أن تلجأ إلى استعمال وسائل الضغط حتى تكفل تنفيـذ العقد على وجه يحقق الصالح العام ومصلحة المرفق ذاته ، وتبرز وسائل الضـغط هذه في أن تحل الإدارة بنفسها محل المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته التي تخلـف عن الوفاء بها ، أو أن تعهد إلى شخص أخر بهذا التنفيذ ، وغني عن البيـان أن

حلول الإدارة أو الغير محل المتعاقد معها الأول ، على النحو المتقدم لا ينطوي على إنهاء العقد الذي أبرمه المتعاقد بداءة مع الإدارة ، وإنما يكون ذلك الحلول على حسابه ومسئوليته المالية ، فيظل مسئولاً من مقتضى تنفيذ العقد الجديد أن ترتبت زيادة في التكاليف والأعباء المالية ، فإنها لا تقع على عاتق الإدارة ، وإنما يتحمل بها المتعاقد المقصر دون غيره ، ويسأل عنها في ماله الخاص وتشغل بها ذمته المالية " [1] .

وقد اكدت المحكمة الادارية العليا على حق الادارة في استعمال التنفيذ العيني في حكم حديث لها بقولها بأن "... التنفيذ العيني للعقود الادارية هو وسيلة للضغط على المتعاقد المقصر مع الادارة – شرع التنفيذ العيني لحماية سير المرافق العامة بانتظام واضطراد تتمتع الادارة بسلطة تقديرية في اللجوء اليه – لا يعتبر من الشروط الجزائية المنصوص عليها في القانون المدني " [2] .

كما قالت في حكم أحدث لها بأن " ... التنفيذ العيني هو وسيلة للضغط على المتعاقد المقصر مع الادارة – وقد شرع لحماية سير المرافق العامة بانتظام واضطراد وتمتع الادارة بسلطة تقديرية في اللجوء اليه – وإذا اختارت هذا السبيل وقامت بتنفيذ العقد على حساب المتعاقد معها الذي قصر في تنفيذ التزماته فإن هذا الاخير وفقاً لصراحة النصوص بفروق الاسعار الناتجة عن تنفيذ العقد على حسابه فضلاً عما يستحق من غرامة تأخير عن مدة التأخير في التوريد " [1] .

---

[1] حكم محكمة القضاء الاداري رقم ٤٢٨٥ س ٩ ق جلسة ١٩٥٦/١٢/٩ المجموعة س ١١ ص٨١.
[2] حكم محكمة الإدارية العليا رقم ١١٨١ س٣٣ ق جلسة ١٩٩٤/١/٢٥ – المجموعة س (٣٩) – ج (١) ص ٧٢٣ .
(١) حكم المحكمة الادارية العليا رقم ٢٦٣٥١ ، ٢٦٨٨ س٤٥ ق عليا – المجموعة – اول يناير ٢٠٠٢ – اخر مارس ٢٠٠٢ .

٢) اقتضاء الإدارة حقوقها مباشرة بإرادتها المنفردة دون اللجوء للقضاء :

تستطيع الإدارة وبإرادتها المنفردة أن تستوفى حقوقها من المتعاقد معها من مستحقاته لديها ، سواء كانت دفعات مالية أو تأمينات وذلك بإجراء مقاصة بين حقوقها وما للمتعاقد معها وذلك دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء .

ولقد أكد القضاء هذه السلطة للإدارة فقررت محكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها بأنه " ... ولئن كان لجهة الإدارة الطاعنة سلطة تقديرية في تقرير التنفيذ على حساب المتعاقد معها المقصر بتنفيذ التزامه تطبيقاً لقاعدة تنفيذ الالتزام عيناً حيث تقوم جهة الإدارة بالتنفيذ بنفسها وعلى حسابه وتحت مسؤوليته ودون أن تلجأ في ذلك إلى القضاء ضماناً لحسن سير المرافق العامة واطراد سيرها بدلا من تعطلها بما قد يعرض المصلحة العامة للضرر إذا توقفت هذه المرافق ، وفي هذه الحالة تلزمه بما قد يطرأ على تنفيذ العملية من فروق في الأسعار أو المصروفات التي تتكبدها نتيجة التنفيذ على حسابه "(١).

كما قالت محكمة القضاء الاداري في حكمها أن (٣) "... لا وجه لإلزام الإدارة الطاعنة بأن تلجأ القضاء لتحصل منه على حكم بالتعويض مادام أن العقد يخولها صراحة في إجراء خصم (مقاصة) دون حاجة إلى اتخاذ إجراءات قانونية أو قضائية من أية مبالغ تكون مستحقة أو تستحق للمتعاقد مهما كان سبب الاستحقاق لدى المصلحة نفسها أو آية مصلحة حكومية أخرى ، عن كل خسارة تلحقها من جراء ذلك فإذا كان العقد قد نص بعد ذلك على أن يكون ذلك بدون الإخلال بحق المصلحة في المطالبة قضائياً بالخسائر التي لا يتيسر لها استردادها " فهذا بالضرورة لا يعني إلزام المصلحة بالاتجاه إلى القضاء مادام أن في حوزتها القدر من المبالغ الكافية لجبر التعويض عن الأضرار ... ".

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٢٠٧٤ س٣٤ق – جلسة ١٩٩١/١/٧ – الموسوعة الإدارية الحديثة – الفكهاني – ج٣٥ – ص٤٥٢ .

(٣) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ١١٨٠ س ٨ ق جلسة ٢٧ / ١١ / ١٩٦٥ – المجموعة س١١ ص ٥١ .

وفي الكويت أيدت محكمة التمييز قيام جهة الإدارة بإستقطاع مبلغ من الكفالة البنكية التي تحت يدها فقالت " ... وكان البند ٣-٨ الشروط الخاصة بالمناقصة ينص على أن " ... ويتحمل كافة الترتيبات التي تنتج عن قرار اللجنة في إصلاح المعدات العاطلة وفي حالة عدم قيامه بالإصلاح قبل شهر من نهاية العقد ستقوم الوزارة بإصلاحها على نفقتها الخاصة ، وخصم قيمتها من مستحقاته دون الحاجة إلى إنذار أو إتخاذ إجراءات قضائية " وأنه تمت معاينتها(المعدات)[1] بمعرفة لجنة كانت الطاعنة ممثلة فيها أثبت حالتها ... وأن كشوف الجرد التي تمت صحيحة وأن تقدير المطعون ضدها للمبلغ الذي أسقطته من الكفالة البنكية وقدره ... بني على أساس وتقديرات مناسبة وفق رأي الخبير الذي أخذت به المحكمة"[2].

والجدير بالذكر أن سلطة الإدارة في التنفيذ المباشر ليست مطلقة وإنما ملتزمة بأحكام القانون ومنها أن يكون ذلك خلال مدة معقولة، فلقد قررت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها بأن "... قيام الإدارة بتنفيذ العقد على حساب المتعاقد معها الذي أخل بإلتزامه يستلزم الإلزام بدور الوكيل وبالتالي عليه الإلتزام بما مضت عليه في المادة ٧٠٤ من القانون المدني ومن ثم تبذل في هذه الوكالة العناية اللازمة ويقتضي ذلك منها أن تقوم بذلك خلال مدة معقولة تتم فيها ومن ثم فإنه لما كان الثابت بالأوراق أن العقد المبرم بين الطاعن والهيئة المطعون ضدها قد وقع في ١٩٨٧/٥/٢٣ وتتضمن مدة تنفيذ أعمال الإصلاح هي ستة أشهر بينما لم تتخذ الإدارة إجراءات التنفيذ على الحساب إلا بالأعلان عن مناقصة عامة لإصلاح المحولات الثلاث بتاريخ ١٩٩١/٨/١٧ أي بعد ما يجاوز أربع سنوات من تاريخ إبرام العقد وهي مدة تفوق القدر المعقول لقيام الإدارة بالتنفيذ على الحساب وبالتالي تكون الإدارة أخلت بالعناية التي كان عليها بذلها بحسبانها وكيلة عن الطاعن في التنفيذ على حسابه بما يتعين تحملها بما يوازي هذا الخطأ من جانبها"[1].

---

(١) أضيفت بمعرفة الباحث.

(٢) حكم محكمة التمييز رقم ٢٦٩ لسنة ١٩٩٦ تجاري جلسة ١٩٩٧/٣/٣١ - موسوعة مبادئ القضاء الإداري - الجزء الثامن ص٢٢١ وما بعدها.

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣٧٣٥ س٤١ق - جلسة ١٩٩٨/١٢/٢٢ - مشار إليه في الدكتور. محمد ماهر أبو العينين - العقود الإدارية - الكتاب الثالث - ص٣٣٦ .

البند الرابع ــ سلطة توقيع الجزاءات :

تأتي فكرة توقيع جزاءات على المتعاقد مع الإدارة لتأكيد[1] وضمان سير المرفق العام بانتظام واضطراد ، ولاعتبار أن الإدارة تمثل المصلحة العامة التي يجب أن تعلو على المصلحة الخاصة والتي يمثلها المتعاقد مع الإدارة ، فالجزاءات في العقود الإدارية لا تستهدف تقويم اعوجاج في تنفيذ الالتزامات التعاقدية بقدر ماهي وسيلة قانونية لتأمين سير المرافق العامة[2].

وتتنوع هذه الجزاءات تتدرج مع المتعاقد من البساطة إلي الجسامة لحمله على تنفيذ التزاماته ، ولكن قبل الحديث عن هذه الأنواع نجد أنه من المفيد المرور على بعض المبادئ والأحكام القانونية التي تشترك فيها كل الجزاءات بإعتبار أن سلطة توقيع الجزاءات تعتبر أخطر سلطة تتمتع بها الإدارة ثم الحديث عن هذه الأنواع كل على حدة.

الغصن الأول ــ المبادئ والأحكام القانونية :

"...إن الإدارة تنشأ العقد الإداري بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها، وذلك بقصد تحقيق نفع عام ، أو مصلحة مرفق من المرافق العامة ، كما أن الإدارة تعتمد في إبرامه وتنفيذه على اساليب القانون العام، فكفتا المتعاقدين فيه غير متكافئين تغليباً للمصلحة العامة على المصلحة الفردية مما يجعل للإدارة سلطة مراقبة تنفيذ شروط العقد وكذا حق توقيع جزاءات على متعاقدها وذلك بإرادتها المنفردة "[3].

---

(١) المستشار حمدي ياسين عكاشة – العقود الإارية – مرجع سابق صـ٢٣٧.

(٢) الدكتور.سليمان الطماوي – مبادئ القانون الإداري – الكتاب الثالث – ط١٩٧٩- دار الفكر العربي صـ٣٥١.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا جلسة ٢٥/ ١٢/ ١٩٦٣س ٨ ق المجموعة س٩ ص٢٨٠، وأيضا حكمها رقـم ٦١٨ س٣٩ق – جلسة ١٩٩٩/٢/٩ رقم ١٧٣٤ س ٤٠ق جلسة ٢٠٠٠/٤/٤ مشار إليهما في الدكتور – محمد ماهر أبو العينـين – العقـود الإدارية – مرجع سابق – الكتاب الثاني – ص ١٥ .

بهذا التأصيل أرجعت المحكمة الإدارية العليا الاساس القانوني الذي تشيد عليه الإدارة سلطتها في توقيع الجزاء وهو ضمان حسن تنفيذ العقد المتصل بسير المرفق العام وضمان استمراره وانتظامه تحقيقا للمصلحة العامة[1] .

ولكن هل سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات نابعة من العقد ذاته ؟

ونجيب عن هذا التساؤل بحكم للمحكمة الإدارية العليا قالت فيه " إن للإدارة الحق في توقيع الجزاءات على متعاقديها ، وهي في هذا لا تستند الي العقد الإداري ، بل إلي سلطتها الضابطة للمرافق العامة ، وعملا بالقواعد الأصولية التي تقضي بها طبيعة العقود الإدارية وأهدافها وقيامها على فكرة حسن إستمرار المرافق العام.

فإذا لم يتضمن العقد الإداري على جزاء معين لمخالفة بذاتها من المتعاقد مع الإدارة لا يعني بقاء تلك المخالفة دون جزاء ، وإنما يمكن لقاضي العقد توقيع الجزاء المطابق للقواعد العامة .

والإدارة تترخص في إختيار الوقت المناسب لتوقيع الجزاء بحسب ما تراه صالحا لضمان سير المرافق العامة ، فلها أن تتريث في إيقاع الجزاءات على المتعاقد المقصر لعله يفئ إلي الحق وينهض بالتزاماته[2] .

وفي حكم احدث قررت المحكمة الإدارية العليا بأنه " ... يثبت للجهه الإدارية دائماً حق تعديل العقد الإداري بغير حاجة إلى النص عليه في العقد أو تطلب موافقة المتعاقد معها، حتى إذا اشارت نصوص العقد إلى هذا التعديل، فأن ذلك لا يكون إلا مجرد تنظيم لسلطة الجهة الإدارية في تعديل العقد وبيان أوضاع وأحوال وممارستها وما يترتب على ذلك. ولا يجوز للجهة الإدارية أن تتنازل عن ممارسة هذه السلطة لتعلقها بالنظام العام [3].

---

(١) يراجع الدكتور.أحمد عثمان عياد- مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية – مرجع سابق صـ ٣٣٥.
(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٩٨٨ س٩ ق جلسة ٢٠/ ٥ / ١٩٦٧- المجموعة س ١٢ ص١٠٨٥ .

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٠٠٦ س ٤٢ ق – جلسة ١٩٩٨/١١/٢٤ – يراجع الدكتور محمد ماهر ابو العينين – العقود الإدارية – الكتاب الثاني – مرجع سابق ص١٣ .

وكقاعدة عامة إذا اتفق المتعاقدان على العقد الإداري على جزاء معين لخطأ معين لزم الإدارة أن تتقيد به وأن تطبقه دون غيره.

ولا يجوز للإدارة استعمال سلطاتها الإستثنائية بما فيها توقيع الجزاءات في مواجهة المتعاقد معها بعد إنتهاء العقد وإن كان لها أن ترجع عليه بالتعويض.

فلقد قررت محكمة *التمييز في الكويت* بأنه " ... إذا كان العقد قد إستنفذ أغراضه بإنتهاء الأعمال التي أبرم من أجل القيام بها ، فلا يجوز للإدارة إستعمال تلك السلطات الإستثنائية أو توقيع جزاءات مالية على المتعهد الذي كان متعاقداً معها بدعوى أنه أخل بإلتزام من إلتزاماته أثناء تنفيذ العقد وإن كان يجوز أن ترجع عليه بالتعويض وفقاً للقواعد إذا كان لحقها ضرر من جراء هذا الإخلال"[٢].

وبالنسبة للإعذار قبل إيقاع الجزاء في حالة عدم النص عليه في العقد أو عدم تنظيمه بالقانون ، فإن القاعدة العامة هو إلزام الإدارة بإعذار المتعاقد ، أما إذا قرر المتعاقد أنه لا ينوي التنفيذ أو عندما يصبح التنفيذ غير ممكن أو غير مجد فعله أو بسبب الطابع المستعجل للعمل المراد تنفيذه أو في حالة الغش فإن الإعذار غير ضروري ، وهذا هو ما تقرره القواعد المدنية في هذا الخصوص [٣].

ونرى أن من حسن تنفيذ العقد وإلتزام حسن النية هو ضرورة إلزام الإدارة بإعذار المتعاقد قبل إيقاع الجزاء ، لأن الجزاء ليس هدفاً بذاته وإنما وسيلة لحسن تنفيذ العقد ، فقد يقوم المتعاقد بعد أن نبهته الإدارة بهذا الإعذار ، بإصلاح أخطاء، فتنتفي الحاجة إلى إيقاع الجزاء عليه.

---

(٢) حكم محكمة التمييز رقم ١٩٣ لسنة ١٩٨٨ تجاري جلسة ١٩٩٨/١٢/٢٥ موسوعة القضاء الاداري – ج(٨) – ص٢٤ وما بعدها.

(٣) يراجع الدكتورة. عزيزة الشريف – دراسات في العقد الإداري – مرجع سابق ص٢٢٠.

وأخيراً تخضع الإدارة في توقيعها للجزاءات لرقابة القضاء من التعسف في استعمالها أو مخالفتها للقانون ، فيكون للقضاء في مجال العقود الإدارية سلطات القضاء الكامل ، سواء من حيث المشروعية أو الملائمة والتعويض .

وفي ذلك قضت محكمة التمييز بأنه "...للادارة سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها إذا ما قصر في تنفيذ التزاماته ... للقضاء مراقبة الإدارة في المشروعية ومن ذلك ملاءمتها للتقصير المنسوب للمتعاقد"[1].

الفصل الثاني ــ أنواع الجزاءات :

تندرج هذه الجزاءات التي تستطيع الإدارة توقعها على المتعاقد المقصر معها حسب نوع المخالفة المنسوبة اليه فتارة تتمثل هذه الجزاءات في جوانب مالية ، وتارة قد يمكن وصفها بأنها جزاءات ضاغطة أو وسائل إكراه ، وقد تتصاعد لتصل إلي ذروتها في سلطتها بفسخ العقد .

أولاً ــ الجزاءات المالية :

وهي عقوبات مالية تتمثل في ما يمكن للادارة توقيعه كالغرامة التأخيرية أو مصادرة التأمين ، أو ما يمكن للادارة المطالبة به كالتعويض .

١ - الغرامة التأخيرية :

تحرص جهة الإدارة على تضمين العقد نصوصاً جزائية التقدير تلزم المتعاقد معها بدفع غرامات لصالحها في حالة تأخيره عن تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد، وبالتالي فهي معلومة مسبقا للمتعاقد.

وينبع حرص الإدارة على النص فى عقودها على غرامات تأخيرية من حرص المشرع على ذلك سواء فى مصر أو في الكويت .

---

(١) حكم محكمة التمييز رقم ٢٥٨ لسنة ١٩٩٨ - تجاري - جلسة ٢٤/ ٥/ ١٩٩٩.

ففى مصر نصت المادة (٢٣) من قانون المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على أنه (إذا تأخر المتعاقد فى تنفيذ العقد عن الميعاد المحدد له جاز للسلطة المختصة لدواعى المصلحة العامة إعطاء المتعاقد مهلة إضافية لإتمام التنفيذ ، على أن توقع عليه غرامة عن مدة التأخير طبقاً للأسس والنسب وفي الحدود التي تبينها اللائحة التنفيذية).

وهو ما جاء في حكم المحكمة الإدارية العليا حيث قالت فيه بأن "..إن توقيع غرامة التأخير منوط بتأخر المقاول في إنهاء الأعمال موضوع التعاقد في المواعيد المقررة ، فإذا كان التأخير راجعاً لسبب من جانب الإدارة أو لسبب قهري إنتفى مناط توقيع الغرامة ... ومن حيث إن الثابت أيضا أن الجهة الإدارية لم تصرف للمقاول تصريح الأسمنت ، ولم ترسله للجهة المختصة بتوزيعها حتى يتسنى له دفع ثمنها مما يعتبر إخلالاً بإلتزامها يرجع للجهة الإدارية بما لا وجه معه لتوقيع غرامة تأخير عليه لهذا السبب" [1] .

وقد نصت المادة ١٤ من قانون ٣٧ لسنة ١٩٦٤ بشأن المناقصات العامة في الكويت بأنه (يجب قبل طرح توريد الأصناف أو مقاولات الأعمال في المناقصات أن تقوم الجهة الحكومية ذات الشأن بوضع مواصفات تفصيلية كاملة وجداول الكميات المفصلة الدقيقة التي تبين افراد البنود ، والإجراءات الواجب اتباعها في تنفيذ العقد والجزاءات التي يمكن توقيعها في حالة الإخلال بأحكام العقد أو التأخير في تنفيذه وهذا كله بالإضافة إلي صيغة المناقصة وشروط العقد).

وفي الكويت ــ قضت محكمة التمييز في حكم لها بأن " ...حق الإدارة في توقيع غرامة التأخير في التنفيذ على المتعاقد معها ولو لم يترتب ضرر – ينفي ويبرأ المتعاقد من كل مسئولية ، في حالة القوة القاهرة أو الخطا الإدارة ويراقب

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٢٨٠٠ س ٤٥ ق جلسة ٢٠٠٢/١/١٥ ـ المجموعة سنة ٢٠٠١ـ ٢٠٠٢ ص ٢٤٢ . وأيضا حكمها رقم ٥٣١٣ س ٤٥ ق جلسة ٢٠٠٢/٦/٤ ـ المجموعة من ٢٠٠٢/٤/١ ـ إلى ٢٠٠٢/٦/٣٠ ـ ص ١٥٢، وأيضاً حكمها رقم ٢٩٦٦ س٤٥ق – عليا جلسة ٢٠٠١/١١/٢٠ – مجلة المحاماه العدد الثالث ٢٠٠٣ ص٢٩٨، وأيضا حمكها رقم ٧١٦ س٣٧ق جلسة ١٩٩٦/٧/٣٠ – المجموعة س٤١ ج (٢) من أول إبريل ١٩٩٦ – اخر سبتمبر ١٩٩٦.

القضاء هذه السلطة وقد جاء في الحكم المذكور ــ لئن كان من سلطة الإدارة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها إذا ما قصرفي تنفيذ التزاماته على أي وجه من الوجوه سواء بإمتناعه كلية عن التنفيذ أو بالتأخير فيه فإن للقضاء مراقبة الإدارة في استعمالها لهذا الحق وسلطته في هذا الخصوص واسعة لا تقف عند حد مراقبة مشروعيته الجزاءات التي توقعها الإدارة بل تمتد في بعض الحالات الي مراقبة مدى ملائمتها للتقصير المنسوب للمتعاقد معها – واذا كان من حق الإدارة توقيع الغرامة المتفق عليها عن التأخير في التنفيذ بمجرد حصول هذه المخالفة ولولم يترتب عليها أي ضرر فإنه من المسلم به كذلك ان المتعاقد مع الإدارة يبرأ من كل مسئولية اذا كانت هي وحدها التي تسببت في التأخير في تنفيذ الالتزام أو إذا كان المتعاقد معها ضحية خالصة لقوة قاهرة أو اذا طلب المتعاقد مع الإدارة مهلة جديدة للتنفيذ فوافقته على ذلك بغير تحفظ أو اذا قدرت الإدارة ظروف المتعاقد معها وقررت اعفاءه من مسئولية عن التأخير"[1] .

وفي حكم أخر لنفس المحكمة حول رقابة القضاء على القرار الصادر بتوقيع غرامة التأخير على المتعاقد حيث تقول فيه بأن "...للقضاء مراقبة الإدارة في أستعمالها لهذا الحق وسلطته في هذا الخصوص واسعة لا تقف عند حد مراقبة مشروعية الجزاءات التي توقعها الإدارة بل قد تمتد في بعض الحالات إلى مراقبة مدى ملائمتها للتقصير المنسوب إلى المتعاقد معها ".

وقد وصف القضاء هذا الجزاء بأنه تلقائي أي يوقع دون حاجة الي اثبات الضرر ويطبق بقرار اداري دون حاجة الي الحكم من القضاء.

وتوقع الإدارة غرامة التأخير بقرار إداري وهو ما جاء أيضاً في نفس الحكم لذات المحكمة تقول فيه أنه "...لئن كان للإدارة سلطة توقيع جزاءات على المتعاقد إذا ما قصر في تنفيذ إلتزماته فإنه يتعين الأفصاح عن رغبتها في أستعمال سلطتها

(١) حكم محكمة التمييز رقم ١٩٦ لسنة ١٩٨٦ جلسة ١/٤/ ١٩٨٧ تجاري – مجلة القضاء والقانون – السنة ١٥ – العدد الأول– ص ٢١٢.

هذه ولابد من صدور قرار إداري بتوقيع غرامة التأخير التي هي جزاء مالي لا يكفي مجرد النص عليه ليصبح أستحقاقه أمراً مقضياً تطالب به جهة الإدارة المتعاقدة في أي وقت تشاء"[1].

وفي حكم آخر لمحكمة التمييز قالت فيه بأنه "...ومن المقرر أن حق الإدارة في توقيع غرامة التأخير في العقود الإدارية كجزاء على المتعاقد الذي يتأخر في تنفيذ العقد في الميعاد المتفق عليه انما استهدف به تأمين المرافق العامة وضمان حسن سيرها بانتظام واضطراد وكفالة قيام المتعاقد معها على احترام شروط العقد وبذل العناية والدقة في تنفيذه ولا يشترط لتوقيع تلك الغرامة إثبات وقوع ضرر أصاب المرفق العام لأن الضرر يكون مفترضاً بمجرد تحقق المخالفة ، ويقوم حق الإدارة في توقيعها على المتعاقد بمجرد تأخيره في التنفيذ ولا يجوز له طلب اعفاءه منها إلا إذا كان التأخير راجعاً إلى قوة قادرة أو فعل الإدارة أو أن ترى هذه الإدارة إعفاءه منها " [2].

وقد أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في الكويت بأن " ... غرامة التأخير شرعت لضمان تنفيذ العقود في المواعيد المتفق عليها توقعها جهة الادارة من تلقاء نفسها دون إلتزام بإثبات حصول الضرر ، ومن ثم فلا يقبل ابتداء من المتعاقد اثبات عدم حصول الضرر لانه في حالة التأخير في التنفيذ يكون الضرر مفترضاً وقائماً حقاً بمجرد حصول التأخير لما ينطوي عليه التراخي في تنفيذ هذه العقود في حد ذاته وبغض النظر عما عساه ان يقع من أضرار أخرى- من إخلال بالنظم والأهداف التي تتغياها الادارة من إبرام العقد الاداري"[2].

---

(١) حكم محكمة التمييز رقمي ٣٤٣ ، ٣٤٥ لسنة ١٩٩٨ تجاري إداري / جلسة ١٩٩٩/١١/١ حكم غير منشور .
(٢) حكم محكمة التمييز رقم ١٠٩ لسنة٨٦ جلسة ١٩٨٧/١/٢٨ تجاري - مجلة القضاء والقانون - العدد الأول - السنة ١٥ صـ٧٠، وأيضاً حكمها رقم ٤٦٢ لسنة ٢٠٠٢ إداري الصادر في جلسة ٢٠٠٣/٦/٣٠ حكم غير منشور .
(٢) فتوى إدارة الفتوى والتشريع رقم ٨٦/٥٢٨/٤ في ١٩٨٧/١١/٣١ - مجموعة مبادئ إدارة الفتوى والتشريع . المجموعة العاشرة طبعة ١٩٩٥- ص١٩٦، كذلك الفتوى رقم ١٥٠٢/٢ جلسة ١٩٧٢/٤/٢٩ من مجموعة المبادىء التى قررتها إدارة الفتوى والتشريع خلال خمس سنوات من ١٩٧٠/٩/١٥ إلى ١٩٧٥/٩/١٤ - المجموعة الثانية .

- *وتتميز الغرامة التأخيرية بعدة مميزات وهي أنها :*

أ- *تلقائية* ــ أي أن الإدارة لا تلتزم بإثبات أنه قد لحقها ضرر[1] من جراء تقصير المتعاقد في أداء التزاماته ، ولا مقدار الضرر ، فالضرر مفترض بقرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس[2] ، كما أنها تقوم بفرضها بإرادتها المنفردة دونما حاجة للالتجاء إلى القضاء ودونما اعتراض من المتعاقد المقصر على ذلك ، وأيضاً دونما حاجة إلى تنبيه المتعاقد المقصر باستحقاقها أو إعذاره أو إنذاره [3].

ومن ضمن هذه الغرامات التي تنفذها جهة الإدارة ضد المتعاقد المقصر هو التنفيذ على حسابه كافة التزاماته الذي قصر فيها وهو ما جاء في حكم المحكمة الإدارية العليا حيث قالت بأن : "... لجهة الإدارة الطاعنة سلطة تقديرية في تقرير التنفيذ على حساب المتعاقد معها المقصر بتنفيذ التزامه حيث تقوم جهة الإدارة بالتنفيذ بنفسها وعلى حسابه وتحت مسئوليته ودون أن تلجأ في ذلك إلى القضاء ضماناً لحسن سير المرافق العامة واطراد سيرها " [4] .

ب- *اتفاقية* ــ أي أنه يجب أن يتم الاتفاق عليها وتحديدها والنص عليها في العقد ، فلا تستطيع الإدارة توقيعها إذا أغفلت النص عليها وقال مجلس الدولة في إحدى فتاويه بأنه " ... ولما كانت غرامة التأخير تعويضاً إتفاقياً فإن خلو العقد الذي أبرمته القوات المسلحة مع

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٢٦٠ و ٢٦٧ س ١٢ ق جلسة ٢١ / ٣ / ١٩٧٠ – المجموعة س ١٥ ص ١٨٨٣، حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣٠٥٧ س ٣٤ ق جلسة ١٩٩٣/٣/٢ ــ الموسوعة الإدارية الحديثة – الفكهاني ــ ج (٣٥) ص ٤٢٨ .

(٢) الدكتور.أحمد عثمان عياد – مظاهر السلطة العامة – مرجع سابق صـ ٣٤٦ .

(٣) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٤١٨٦ س ٩ ق جلسة ٢٤ / ١١ / ١٩٥٧ – المجموعة السنتان ١٢ ،١٣ ص٢٣ .

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٢٠٧٤ س ٣٤ ق جلسة ١٩٩١/١/٧ ــ الموسوعة الإدارية الحديثة-الفكهاني- ج (٣٥) ص ٤٥٢ .

المؤسسة المصرية العامة لوادي النطرون من النص عليها لا يجيز للقوات المسلحة توقيعها "[1].

ويترتب على كونها اتفاقية أن الإدارة لا تستطيع زيادتها حتى ولو نتج عن التأخير ضرر يزيد على مقدار قيمة الغرامة المحددة في العقد .

وأيضاً تلتزم الإدارة بمقدارها ولو خالف ذلك قانون المناقصات باعتبار ما عليه إرادة المتعاقدين المشتركة عند إبرام العقد وباعتبار أن نص خاص يقيد قانون المناقصات كنص عام .

ويعفي المتعاقد من غرامة التأخير في الحالات التالية:

- إذا كان التأخير لسبب أجنبى لا يد له فيه ، كالقوة القاهرة مما أدى إلى استحالة التنفيذ .

وفي الكويت تقول إدارة الفتوى والتشريع في فتوى لها بأن "... غرامة التأخير تفرض بوجه عام كجزاء إداري على المقاول عند تأخره في إنجاز الأعمال المكلف بها – الاعفاء من هذه الغرامة لا يكون كقاعدة عامة إلا عند وقوع ظرف طارئ استثناء يجوز لجهة الإدارة الاعفاء من هذه الغرامة لظروف وملابسات تحيط بتنفيذ عقد معين – شرط هذا أن تستهدف جهة الادارة المصلحة العامة" [2].

- إذا كان التأخير راجعاً إلى تقصير الإدارة .

وفي ذلك قضت محكمة التمييز في أحد أحكامها بأن " ... العوائق الموجودة بموقع العمل التي تعوق تنفيذ المشروع في عقد المقاولة الاشغال العامة والتي ترجع للجهة الإدارية تصلح سبباً لإعفاء المتعاقد مع الادارة من غرامات التأخير ولكنها لا تصلح سبباً لمسئولية الجهة الادارية العقدية ... "[3].

---

(١) فتوى رقم ٥٢٢ جلسة ١٩٩٦/٥/٢٣ – مجموعة العقود ٢٥٧/٨٩/٢٠ مشار إليها في الدكتورة. عزيزة الشريف – دراسات في العقد الإداري – مرجع سابق صـ٢٢٩ في الهامش.

(٢) فتوى رقم ٢ / ٣٤٨١ في ١٩٧٩/١٢/٢٢ من مجموعة المبادئ التي قررتها إدارة الفتوى والتشريع مـن ١ /١٠ / ١٩٧٩ إلى ٣٠ / ٩ / ١٩٨٠ .

(٣) حكم محكمة التمييز رقم ١١٩ لسنة ١٩٨٦ تجاري جلسة ٢٨ / ١ / ١٩٨٧– موسوعة مبادئ القضـاء الإداري – الكتـاب الثالث – القاعدة رقم ٩٥ صـ ٢٢٦.

- إذا وافقت الإدارة على طلب المقاول بمهلة إضافية للتنفيذ .
- إذا عدلت الإدارة العقد بشكل يزيد من أعباء المقاول زيادة جسيمة مما أخل بالتوازن المالي للعقد .

وقد انتهت الجمعية العمومية لقسم الفتوى والتشريع في فتوى هامة إلى عدم جواز الأتفاق على إعفاء المتعاقد من غرامة التأخير ضمن شروط التعاقد ويكون الإعفاء لدى قيام موجبه في إطار من الأحكام العقدية والقانونية واجب الأتباع [٣].

والجدير بالذكر أن غرامة التأخير التي وردت في القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية ، لم تعد أمراً وجوبياً على الإدارة في حالة ثبوت أن التأخير لأسباب خارجة عن إرادته، وأيضاً أصبح لجهة الإدارة الحق في إعفاء المتعاقد من الغرامة إذا لم ينتج عن التأخير ضرر أو ذلك بعد أخذ رأي إدارة الفتوى المختصة.

٢- مصادرة التأمين :

قبل توقيع العقد يودع المناقص الفائز مبلغاً على شكل خطاب ضمان بنكي كتأمين نهائي لضمان حسن تنفيذ العقد ، فإذا ما قصر المتعاقد لجأت الإدارة إلى مصادرة مبلغ التأمين كعقوبة مالية توقعها عليه.

ومصادرة التأمين – كما تقول المحكمة الادارية العليا– جزاء مالي من الجزاءات التي تملك الادارة توقيعها على المتعاقد معها عند اخلاله بالتزاماته حتى ولم يلحقها أي ضرر من جراء هذا الاخلال [١].

---

(٣) فتوى رقم ١٠٦ رقم ٩١/١/٥٤ – جلسة ١٩٩٢/١/١٩ – مشار إليها في الدكتور محمد ماهر أبو العينين – العقود الإدارية الكتاب الثاني – مرجع سابق – ص ٥٧٠ .

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ١٩٧٢/٦/١٧ س١٧ ص٧٥٦ مشار إليه – الدكتور. علي الباز – جمعية المحامين الكويتية – المحامي السنة التاسعة عشر – يوليو/اغسطس/سبتمبر ١٩٩٥ ص١٧٠ .

ويتميز هذا الجزاء بعدة خصائص هي :

١- أنه حق متعلق بسلطتها العامة حتى ولو لم ينص عليه في العقد ، فلا يمكن تصور قيام هذا الضمان مالم يكن للوزارة حق مصادرة هذا التأمين في حالة عدم التنفيذ ، سواء نص عليه في العقد أو لم ينص ، وإلا لما كان هناك محل أصلاً لاشتراط دفع تأمين العطاء[١].

٢- يعتبر هذا الجزاء الحد الأدنى للتعويض الذي يحق للإدارة اقتضاؤه ، دون أن يمكن اعتباره يمثل الحد الأقصى فلا يقبل من المتعاقد المقصر أن يثبت الضرر يقل عن مبلغ التعويض وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في حكم حديث لها قالت فيه :"... إن قضاء المحكمة قد جرى على أن مصادرة التأمين المؤقت الضامن لتنفيذ العقد إنما يمثل الحد الأدني للتعويض الذي يحق للإدارة إقتضاؤه عند إخلال صاحب العطاء المقبول بالتزامه بتنفيذ العقد..."[٢] .

ولكن إذا كانت قيمة التأمين لا تكفي بذاتها لجبر الضرر فإنه يمكن الحكم بتعويض كاف لجبر الضرر بالإضافة إلى التأمين ، أما إن كانت مصادرة التأمين جبرت الضرر فلا تعويض غيره مالم يتفق على خلاف ذلك[٣] .

وجاء في حكم أخر لها بأن "...للجهة الإدارية المتعاقدة مصادرة التأمين عند التقصير في تنفيذ أي إلتزام من الإلتزامات المقررة في العقد ومصادرة التأمين في هذه الحالة إنما يمثل الحد الأدنى للتعويض الذي يحق لجهة الإدارة اقتضاؤه عن الأضرار التي أصابتها بسبب إخلال المتعاقد معها في تنفيذ إلتزماته – إذا كانت قيمة التأمين المصادر لا تكفي وحدها لجبر الضرر فإنه يتعين الحكم بالتعويض الكافي لجبره"[٤].

---

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٥٠٨ س ٩ ق جلسة ١٨ / ١١ / ١٩٦٧ – المجموعة س ١٥ صـ ١٨٨٩ .
(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٢٦٢٣ س ٤٥ ق جلسة ٢٠٠٢/٦/٢٥ـ مجموعة سنة ٢٠٠١ ـ ٢٠٠٢ ص ٢٥١ .
(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١١٣٦ س ١٥ ق جلسة ١٩٦٩/٢/٢٢ – المجموعة – سنة ١٥ ج ٢ ص ١٨٩٢ .
(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا رقمي ١٩١١، ٥٠٠ س٤٣ق – جلسة ٢٠٠٠/١٠/٣١ – مجلة المحاماه – العدد الثـاني ٢٠٠٢ ص٥٢٨، وفي نفس المعنى أيضا حكمها رقم ٦٩٦٩ س٤٤ق – جلسة ٢٠٠١/٣/٢٧ – نفس المرجع ص٥٢٩ .

٣- للادارة حق توقيع جزاء المصادرة بإرادتها المنفردة دون اللجوء إلى القضاء فهذا الجزاء هو أحد امتيازات سلطتها في التنفيذ المباشر[١] ، وسلطتها تقديرية خاضعة لرقابة القضاء .

٤- الضرر في هذا الجزاء مفترض ، فلا حاجة للإدارة أن تثبت أن ضرراً ما قد لحقها نتيجة لتقصير المتعاقد معها[٤].

٥- لا يجوز للادارة أن تتنازل مقدماً عن حقها في مصادرة التأمين ، و لكن يجوز لها أن تقوم بإعفاء المتعاقد معها منه صراحة أو ضمناً و ذلك متعلق بسلطتها التقديرية[٢٥] ، وهذا ما أكدت عليه فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع على أنه :" عدم جواز الإعفاء المسبق من غرامة التأخير ضمن شروط التعاقد ، ويكون الإعفاء لدى قيام موجبه في إطار من الأحكام العقدية والقانونية واجبة الاتباع "[٣].

٣- التعويض :

إذا كانت قيمة التأمين في حالة مصادرته لا تكفى وحدها لجبر الضرر الذي لحق بالإدارة في هذه الحالة تلجأ إلى القضاء للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التى لحقت بها و التى تجاوز مقدار التأمين .

وقد استقرت أحكام القضاء الإداري على أنه يحق للإدارة أن تطالب المتعاقد معها بتكملة ما يزيد على مبلغ التأمين الذي لا يفى بالتعويضات اللازمة عما أصابها من أضرار حقيقة ، ومن ثم فيجب عند حساب التعويض المستحق مراعاة خصم التأمين المصادر منه[٤].

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣١٨٩ س ٨ق جلسة ١٩٦٥/١/٢ ـ المجموعة س ١٠ ص ٣١٣ .
(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٨٣٤ س٧ ق جلسة ١٩٦٣/٤/٢٧ – المجموعة س ٨ ق ص ١١٠١ . وأيضا حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣٠٧٥ س ٣٤ ق جلسة ١٩٩٣/٣/٢ ـ الموسوعة الإدارية الحديثة ـ ا لفكهاني ـ ج (٣٥) ص ٤٢٨ .
(٥) حكم محكمة القضاء الإدارى رقم ٦٦٠٠ س ٨ ق جلسة ١٩٥٦/٤/١ – المجموعة س ١٠ ص ٢٧٥ .
(٣) فتوى رقم ٢٩/١/٥٤ جلسة ١٩٩٢/١/١٩ ـ الموسوعة الإدارية الحديثة ـ الفكهاني ـ ج (٣٥) ص ٤٣٩ .
(٤) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٥٠٨ س ٩ ق جلسة ١٩٦٧/١١/١٨ ـ المجموعة س ١٣ ص٩٣.

ولا يستند حق الإدارة في الرجوع بالتعويضات – على المتعاقد المقصر على العقد ذاته ، وإنما يستند إلى القواعد القانونية العامة المرتبطة بنظرية الخطأ، فكل خطأ ترتب عليه ضرر يلزم من ارتكبه بالتعويض ، وبالتالي فيجب عليها إثبات الضرر والعلاقة السببية بينهما .

ويقوم القضاء بتحديد مقدار مبلغ التعويض و فقاً لجسامة الضرر ، دون أن يكون للادارة الحق في ذلك ، فالادارة يجب أن تلجأ إلى القضاء للحكم لها بالتعويض .

واستناداً إلى اختلاف طبيعة كل من جزائى التعويض و مصادرة التأمين استقرت أحكام القضاء الإداري على جواز الجمع بين التعويضيين ، وإنه لا يشترط للجمع بينهما أن ينص على ذلك في العقد ، شرط ألا ينص في العقد صراحة على حظر هذا الجمع و أن يظل الضرر موجوداً بعد مصادرة التأمين[1].

وبذات المعنى ايضاً قضت المحكمة الإدارية العليا بأن "... القاعدة في نظرها هى أن الجمع بين مصادرة التأمين والتعويض رهين بألا يحظر العقد الإداري صراحة هذا الجمع ، وأن يكون الضرر لا يزال موجوداً بعد مصادرة التأمين ، أي يجاوز قيمته " [2] .

ثانياً – الجزاءات القسرية :

هي جزاءات تلجأ إليها الإدارة أثناء تنفيذ العقد إذا رأت من مسلك المتعاقد معها ما يخل ويضر بحسن سير المرفق ، وذلك لاكراهه على المضى في العقد وتنفيذه تنفيذاً عينياً بما يحقق و يضمن حسن سير المرفق العام بانتظام و اضطراد.

---

(١) حكم محكمة القضاء الأداري رقم ١٣١٦ س ١٧ ق جلسة ١٩٦٤/٢/٢٢ – المجموعة س ٩ بند ٦٤٤.
(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا جلسة ١٩٦٣/١٢/٢٨ – مشار إليه – الدكتور.عبد المجيد فياض – العقد الإداري في مجال التطبيق – ص ٢٠٠ .

وهذه الجزاءات هي ذات طبيعية مؤقتة ، لا أثر لها على إنهاء العقد وإنما تؤدى إلى إحلال متعاقد آخر غير المتعاقد الأصلى للتنفيذ على حسابه و لذلك لا يمكن توقيعها إلا مع قيام الرابطة التعاقدية .

وتبقى مسئولية المتعاقد أمام جهة الإدارة ، فيكون التنفيذ على حسابه وعلى مسئوليته ، كما تجدر الاشارة هنا إلى أن هذه الجزاءات الاكراهية هي مقررة قانوناً حتى و لو ينص عليها العقد أو دفاتر الشروط .

وقام المشرع المصري بالنص عليها في المادة ٧٤ من اللائحة بأنه (إذا أخل المتعاقد بأي شرط من شروط العقد كان للجهة المتعاقدة الحق في فسخ العقد أو تنفيذه على حسابه بقرار من السلطة المختصة بإخطار يعلن إلى المتعاقد بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين في العقد دون حاجة إلى إتخاذ أية إجراءات إدارية أو قضائية).

وحول طبيعة هذه الجزاءات أوضح القضاء إنها من صور سلطة الإدارة في التنفيذ المباشر بإرادتها المنفردة تنفيذاً للعقد الإداري المبرم معها حيث أكدت المحكمة الإدارية العليا بأن "...الشراء على حساب المتعاقد المقصر هو وسيلة من وسائل الضغط التي تستخدمها الإدارة لإرغام المتعاقد على تنفيذ العقود "[1].

وعليه فإن لجوء الإدارة إلى إستخدام هذه السلطة أمر ينبع من الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية ، وينبثق من إعتبارات الصالح العام.

وتجدر الإشارة إلى أن القرارات التي تصدرها جهة الإدارة لتنفيذ عقدها الإداري هي قرارات إدارية غير منفصلة عن العقد ، فتندرج تحت ولاية القضاء الإداري الكاملة ، وتختص بها الدائرة الإدارية في الكويت وفقاً للمادة (٢) من قانون إنشائها[2].

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعون أرقام ١٥٥ ، ٢٠٥٢ ، ٣٠٨٢ س ٣٠ ق – جلسة ١٩٩٣/٤/١٣ – الموسوعة الإدارية الحديثة – الفكهاني – ج (٤٩) ص٢٥٤.

(٢) وحول ذلك يراجع حكم محكمة الإستئناف العليا – دائرة التميز – الطعن رقم ٢٠٥ لسنة١٩٨٤ تجاري جلسة ١٩٨٥/٦/٥ – مجلة القضاء والقانون – السنة ١٣ العدد ٢ ص٢١١.

صور الجزاءات القسرية [1] :

ويمكن إيراد صور لهذه الجزاءات وذلك تبعاً لنوع العقد على النحو التالي:

١- بالنسبة لعقد الإمتياز بوضع المشروع تحت الحراسة .

٢- بالنسبة لعقد الأشغال العامة بحلول الإدارة محل المتعاقد.

٣- بالنسبة لعقد التوريد بالشراء على حساب المتعاقد.

١ - بالنسبة لعقد الإلتزام:

إذا لم ترد الحكومة إسقاط الإلتزام في حالة إرتكاب الملتزم مخالفات جسيمة، فتقوم برفع الملتزم عن إدارة المرفق لضمان سيره سيراً منتظماً ، ولإرغام الملتزم على تنفيذ إلتزاماته العقدية ، وبالتالي تضع بقرار منها هذا المرفق تحت الحراسة.

وعليه فإن هذا الإجراء يتميز بالعديد من المبادىء القانونية ومنها:

- تطلب وقوع خطأ جسيم من جانب الملتزم من شأنه تعريض سير المرفق العام إلى خطر .
- هو إجراء وقتي لا يؤدي إلى إسقاط الإلتزام نهائياً ، ويكون تحديد المدة من إطلاقات الإدارة .
- تكون الإدارة أثناء الحراسة تحت مسئولية الملتزم وعلى نفقته ، في حين أن الإدارة تتولى تحصيل الرسوم من جمهور المنتفعين

---

(١) لمزيد من التفصيل يراجع كل من الدكتور.سليمان الطماوى نظرية العقود الإدارية – مرجع سابق ص ٥٢٦ وما بعدها ، وأيضاالدكتور.عبد المجيد فياض – نظرية الجزاءات فى العقد الإدارى – مرجع سابق ص ١٩٩ وما بعدها ، وأيضاالدكتور.محمد فؤاد عبد الباسط القانون الإدارى – مرجع سابق ص ٨٦٦ ، وأيضا الدكتور.عزيزة الشريف – نظرية العقد فى الكويت – مرجع سابق ص ٢٣٣ وما بعدها ، وأيضاالدكتور.أحمد عثمان عياد – مظاهر السلطة العامة – مرجع سابق ص ٣٥٣ وما بعدها .

- صدور بالإرادة المنفردة للإدارة دون إنذار أو اللجوء إلى القضاء وذلك بقرار منها ، حتى ولو لم ينص على ذلك بالعقد.
- يخضع هذا الإجراء لرقابة القضاء الكامل من حيث المشروعية ومن حيث الملائمة .

وقد استخلصنا هذه المبادىء من فتوى لقسم الرأي بمجلس الدولة عند بحث وضع سكة حديد الدلتا تحت الحراسة فانتهت بعد بحث الموضوع إلى أنه "...يكون للحكومة أن تقرر وضع سكة حديد الدلتا تحت الحراسة المدة التي تحددها متى ثبت لها أنها قد إرتكبت مخالفات جسيمة لعقد الإمتياز".

ولما كان العقد المبرم مع شركة سكة حديد الدلتا قد أبرم بينها وبين وزير الأشغال العمومية بتفويض من مجلس الوزراء فإن وضع المرفق تحت الحراسة يكون بقرار من هذا المجلس.

لذلك إنتهى قسم الرأي مجتمعاً إلى أنه يجوز للحكومة أن تضع سكة حديد الدلتا تحت الحراسة لتدير بنفسها وبواسطة حارس تعينه للمدة التي تحددها تحت مسئولية الشركة وعلى مصاريفها . ويصدر القرار بوضع المرفق تحت الحراسة من مجلس الوزراء"[1] .

٢- *بالنسبة لعقد الأشغال العامة :*

في حالة إخلال المتعاقد بإلتزاماته العقدية تقوم الإدارة بالحلول محله بسحب العمل منه والتنفيذ على حسابه ، مما يتجلى معه بوضوح سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات حماية لسير المرفق العام بإنتظام وإضطراد[2].

---

(١) الفتوى رقم ٣٤٠ جلسة ١٩٥٢/٢/٤ مشار إليه في المستشار. حمدي ياسين عكاشة – العقود الإدارية – مرجع سابق ص٥٧٦.

(٢) فتوى إدارة الفتوى والتشريع في الكويت رقم ٢٣٠٣/٢ جلسة ١٩٧٥/١٠/٢٦ – المجموعة ٣ ص١٦.

وقد حرص المشرع في مصر بالنص على هذه الصلاحية للإدارة في قانون المناقصات والمزايدات في المادة ٧٧ منه وفي اللائحة في المادة ٨٢ منها بأن لجهة الإدارة في حالة إخلال المتعاقد بإلتزاماته العقدية أن تقوم بتنفيذ إلتزاماته على نفقته.

وهو ما أكده القضاء بقوله "...ويكون سحب العمل بإخطار مكتوب يرسل للمقاول بالبريد الموصى عليه دون حاجة للإلتجاء إلى القضاء أو إتخاذ أي إجراء آخر ، ويكون للوزراء أو المصلحة أو السلاح في هذه الحالة – وفقاً لتقديرها المطلق – علاوة على إقتضاء غرامة التأخير ، أن تستعمل أحد الحقوق التالية.

أولاً – أن تقوم بنفسها على حساب المقاول بتنفيذ الأعمال التي لم تتم كلها أو بعضها وفي هذه الحالة لا يجوز للمقاول المطالبة بأي وفر يتحقق.

ثانياً– أن تطرح المناقصة من جديد الأعمال التي لم تتم كلها أو بعضها.

ثالثاً – أن تتفق مع أحد المقاولين بطريق الممارسة لإتمام العمل "[1].

ويتعلق بهذا الجزاء بعض المبادىء القانونية والتي منها:

- إجراء السحب إجراء مؤقت لا يترتب عليه إنهاء عقد الأشغال العامة[2].
- يخضع هذا الإجراء لرقابة القضاء الكامل من حيث الرقابة على المشروعية ومن حيث الملائمة في الأسباب التي تجيز للإدارة إستعمال هذا الإجراء.

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣٦٨٣ س ٣٦ ق جلسة ١٩٩٤/١١/٢٩ــ مشار إليه عند المستشار. حمدي ياسين عكاشة موسوعة العقود الإدارية ــ مرجع سابق ص ٤٦٦ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣٠٨٤ س ٣٦ ق جلسة ١٩٩٤/١٢/١٣ ــ موسوعة العقود الإدارية ــ العقود الإدارية – مرجع سابق – ص ٤٦٣.

- يكون للإدارة حق إحتجاز كل أو بعض ما يوجد في محل العمل من منشآت ومبان وآلات وأدوات وخلافه ، والإحتفاظ بها حتى بعد إنتهاء العمل ضماناً لحقوقها[1].
- ويكون للإدارة حق بعد هذا الإجراء إسترداد جميع ما تكبدته من مصروفات وخسائر فضلاً عن غرامات التأخير وإستقطاعها من التأمين المودع لديها أو من أية مبالغ أخرى مستحقة له لدى الجهة الإدارية أو لدى أية مصلحة حكومية أخرى ، وهذا ما قد جاء في أحد أحكام المحكمة الإدارية العليا بأن :"... أعطت للهيئة الطاعنة في حالة سحب العمل من المطعون ضده الأول الحق في أن تنفذ الأعمال المسحوبة أو بعضها على حسابه ، سواء بنفسها أو بواسطة الغير على أن يعوضها عن جميع الخسائر التي تلحقها بسبب ذلك من فروق أسعار وخلافه بما في ذلك ما تكبدته من مصروفات إدارية وبهذه المثابة فإن المصاريف الإدارية تعتبر تعويضاً قانونياً للإدارة يستحق مقابل إعادة إجراءات المناقصة أو الممارسة من جديد وما يستلزمه ذلك من جهد ونفقات ما كانت تتحملها الإدارة لولا تقصير المتعاقد معها في تنفيذ إلتزاماته العقدية "[2].

٣- *بالنسبة لعقد التوريد:*

في عقد التوريد يتعهد الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة لجهة الإدارة المتعاقدة مقابل ثمن معين ، فإذا ما تقاعس عن تنفيذ إلتزاماته ، أو تأخر بالتوريد عن المدة المحددة في العقد ، جاز للإدارة منحه مهلة إضافية محددة مع إيقاع الغرامة عليه ، وجاز لها أيضاً الشراء على حساب ومسئولية المورد إن رأت أن ذلك من مصلحة المرفق العام.

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٢٣٦٥ س ٣٣ ق جلسة ١٩٩٤/٥/١٧ ـ مشار إليه عند المستشار . حمدي ياسين عكاشة ـ موسوعة العقود الإدارية ـ مرجع سابق ص ٤٦٢٠ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣٨٠٢ س ٤٣ ق ـ الدائرة الثالثة ـ جلسة ٢٠٠٢/٥/١٤ المجموعة سنة ٢٠٠١-٢٠٠٢ص ٢٤٧، ٢٤٨ .

ونلاحظ أن المشرع المصري يفرق في تنفيذ الإلتزام بالتوريد بين :

- حالة توريد أصناف غير صالحة .
- حالة عدم التوريد.

ويمكن بيان بعض المبادىء القانونية المتعلقة بهذا الجزاء.

- لا يجوز الجمع بينه وبين الفسخ فتختار الإدارة إحداهما ، لأن الهدف من الشراء على حساب ومسئولية المورد هو إلزام المتعاقد بالتوريد والتنفيذ بينما يجوز الجمع بينه وبين جزاءات أخرى كالغرامة أو التعويض.
- عدم النص عليه يعني حرمان الإدارة من اللجوء إليه.
- إذا قامت الإدارة بالشراء على حساب المورد فلا يحق لها أن تشتري أصنافاً غير المتفق على توريدها ، مع جواز شراء ما يماثلها[1].،
- وهذا أيضاً أكدته المحكمة الإدارية العليا بأن "...الشراء على حساب المتعاقد المقصر ــ عدم جواز شراء أصناف غير الأصناف المتعاقد عليها الاختلاف في جودة الصنف زيادة أو نقصاً لا يعتبر شراء الأصناف غير المتعاقد عليها ــ لجهة الإدارة أن تشترى على حساب المتعهد المقصر ما يمثل الصنف المتعاقد عليه وأن اختلف جودة ــ استحقاقها لفرق الجودة إن كان "[2].

وفي حالة عدم قيام المتعهد بالتوريد في الميعاد المحدد بالعقد أو خلال المهلة الإضافية فيكون لجهة الإدارة أن تتخذ أحد الإجرائين ...

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا – المجموعة س ٧ ق جلسة ١٩٦٢/٣/١٧ ص٤٥٩ .
(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٧١٠ س ١٦ ق ــ جلسة ١٩٧٤/٣/٢ــ الموسوعة الإدارية الحديثة- الفكهاني- ج ١٨ ص ١٠٤٠ .

أ- شراء الأصناف التي لم يقم المتعهد بتوريدها من غيره على حسابه سواء بالممارسة أو مناقصات محلية أو عامة أو محدودة بنفس الشروط والمواصفات المعلن عنها والمتعاقد عليها ويخصم من التأمين المودع من المتعهد أو من مستحقاته لدى الجهة الإدارية أو أيه جهة إدارية أخرى قيمة الزيادة في الثمن مضافاً إليها مصروفات إدارية بواقع ١٠% قيمة الأصناف المشتراه على حسابه وما يستحق من غرامة من مدة التأخير في التوريد

ب- وذلك مع عدم الأخلال بحق الجهة في مصادرة التأمين المودع بما يوازي ١٠% من قيمة هذه الأصناف والحصول على جميع ما يستحق من غرامات وتعويضات واسترداد جميع ما تكبدته من مصروفات وخسائر زيادة على قيمة العقد نتيجة تنفيذة على حساب المتعهد "[١] .

الأحكام القانونية التي تنظمها :

وتخضع هذه الجزاءات القسرية للمبادىء والأحكام القانونية التالية :

١- وجوب ارتكاب خطأ جسيم - كقاعدة عامة[٢]- من قبل المتعاقد الاخر كالتعطيل الكلى أو الجزئى للمرفق في حالة تنفيذ عقد الالتزام ، أو كالامتناع أو العجز عن التنفيذ في عقود التوريد .

٢- توقيع هذه الجزاءات لا يترتب عليه إنهاء الرابطة التعاقدية و إنما يظل العقد قائما ويظل المتعاقد ملزماً بتنفيذ التزاماته التعاقدية[٢] فهذه الجزاءات ذات طبيعة مؤقتة .

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣٧٠٤ س ٤١ ق جلسة ١٩٩٦/٩/٣ - المجموعة س٤١ - ج (٢) - ص١٦٨١، ١٦٨٧.

(٢) يرى الفقه والقضاء أنه فى عقد الأشغال العامة يتطلب تقصيراً على درجة من الجسامة فى الالتزام على درجة من الأهمية . للمزيد انظرالدكتور.أحمد عثمان عياد - مظاهر السلطة العامة - مرجع سابق ص ٣٥٧ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٢١٥٠ س ٦ ق جلسة ١٩٦٢/٦/٩ المجموعة س٧ - ص ١٠٢٥ ، ١٠٢٦ .

٣- تمارس الإدارة سلطة اتباع الجزاءات القسرية بإرادتها المنفردة دون اللجوء للقضاء و دون الحاجة إلى إعذار المتعاقد معها أو إعطاءه مهلة إضافية[١] .

٤- جهة الإدارة حال تنفيذ هذه الجزاءات تعتبر بمثابة الوكيل عن المتعاقد فتلتزم ببذل العناية التى يبذلها الوكيل في أعماله الخاصة كما في القانون المدنى وأيضاً تستمد الإدارة حقها في هذه الجزاءات إلى نصوص القانون العام و ليس إلى ذات العقد و تخضع في ذلك لرقابة القضاء .

ثالثاً ـ الجزاءات الفاسخة[٢] :

إذا لم تجدى الجزاءات السابقة في ضمان سير المرفق العام بانتظام ، و لم تنفع في معالجة تقصير المتعاقد بالإخلال في تنفيذ العقد ، فتلجأ الإدارة في حالة الأخطاء الجسيمة إلى فسخ العقد كجزاء لانهاء العقد الإداري لضمان عدم تدهور حالة المرفق العام و عدم تفاقم تقصير المتعاقد[٣] .

والفسخ الجزائى – كقاعدة عامة[٤] – يشترك مع باقى الجزاءات الممنوحة للادارة في كونة متعلقاً بالنظام العام ، بمعنى أنه مفترض الوجود و لو لم ينص عليه في العقد و لا يمكن الاتفاق على خلافه أو استبعاده .

وهو أيضا" متعلق بإرادة الإدارة المنفردة دون اللجوء إلى القضاء تطبيقياً لامتياز المبادرة [١]، فالإدارة – كقاعدة عامة – تستطيع توقيعة كباقى الجزاءات السابقة .

---

(١) حكم المحكمة الادارية العليا رقم ٢٠١٣ س ٦ ق جلسة ١٩٦١/٢/١٦ – المجموعة س ٧ ص ١٠٢ ، ١٠٣ .

(٢) نتكلم هنا عن سلطة الإدارة فى إنهاء العقد بالفسخ الجزائى كأحد أنواع الجزاءات فى حالة خطأ المتعاقد أما عن سلطة الإدارة فى الإنهاء الانفرادى للعقد دون خطأ من المتعاقد ولدواعى المصلحة العامة ، فسوف نتعرض لها لاحقاً فى البند الخامس تحت عنوان سلطة إنهاء العقد .

(٣) لأن طبيعة هذه الدراسة غير متخصصة فى هذه الجزئية سوف نتكلم عن الفسخ الجزائى بشكل عام لأنه من الصعب وضع أحكام عامة للفسخ الجزائى للعقد الإدارى يمكن أن تسرى على جميع العقود الإدارية لأن سلطة الإدارة فى الفسخ الجزائى للعقد الإدارى تتنوع بحسب نوع العقد فعقود الالتزام يكون الجزاء هو إسقاط الالتزام فى حين أنه فى عقود الأشغال العامة والتوريد تكون على شكل الفسخ الجزائى المجرد أو على مسئولية المتعاقد أما فى عقود العمال المتعاقدين فتكون على صورة الفصل ، أما العقود الإدارية الأخرى فتأخذ هذه السلطة صورة الفسخ الجزائى العادى . للمزيد حول الفسخ الجزائى للعقد الإدارى يراجع كل من الدكتور.محمد صلاح عبد البديع السيد – سلطة الإدارة فى إنهاء العقد الإدارى – مرجع سابق ، وأيضاالدكتور.عبد المجيد فياض – نظرية الجزاءات فى العقد الإدارى – مرجع سابق ص ٢٧١ وما بعدها ، وأيضاً الدكتور. سليمان الطماوى – الأسس العامة للعقد الإدارى – مرجع سابق ص ٥٤٥ وما بعدها .

(٤) فسخ عقد الأشغال العامة وإعادة طرح الأشغال في مناقصة جديدة على مسئولية المقاول يجب أن ينص عليها فى العقد لضخامة رؤوس الأموال لهذه المشاريع.

- أنواع الفسخ :

بإمعان النظر في قانون المناقصات و المزايدات المصري يتبين لنا أن الإدارة ملزمة في بعض الأحوال بتوقيع هذا الجزاء وفي أحوال أخرى لها سلطة تقديرية في ذلك و هما :

أ - فسخ بقوة القانون :

وقد نصت عليه المادة (٢٤) منه بقولها انه يفسخ العقد تلقائياً في الحالتين الآتيتين:

١- إذا ثبت أن المتعاقد قد شرع بنفسه أو بواسطة غيرة بطريق مباشر أو غير مباشر في رشوة أحد موظفى الجهات الخاضعة لأحكام هذا القانون أو حصل على العقد عن طريق الرشوة .

٢- إذا أفلس المتعاقد أو أعسر .

ب- الفسخ الجوازى :

وهو مانصت عليه المادة (٢٥) من ذات القانون على أنه يجوز للجهة الادارية فسخ العقد أو تنفيذه على حسب المتعاقد ، إذا أخل بأى شرط من شروطه .

وهو ما قررته المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها حيث تقول بأن "...أن المتعاقد المقصر مسئولاً عن نتائج العملية التي تنفذ على حسابه. ومن مقتضى ذلك أنه لا يجوز الجمع بين الفسخ والتنفيذ على حساب المتعاقد، إذ في هذه الحالة إذا قامت الجهة الإدارية بفسخ العقد وتنفيذه على حسابه في نفس الوقت، فلا

---

(١) حكم المحكمة الادارية العليا رقم ٢٠١٣ س٦ ق جلسة ١٩٦١/٢/١٦ المجموعة ٧ ص ١٠٢،١٠٣ .

يجوز لها أن تطالبه بالفروق الناتجة عن التنفيذ على الحساب، لأن شرط ذلك ومناط هو الإبقاء على العقد ومرد ذلك إلى أن قرار التنفيذ على الحساب، أنما هو إجراء تصدره الإدارة تنفيذاً للعقد، وليس قراراً إدارياً، ومقتضى ذلك ولازمه أن يستمر العقد قائماً إلى أن يتم التنفيذ على حساب المتعاقد "(١) .

ويكون الفسخ أو التنفيذ على حساب المتعاقد بقرار من السلطة المختصة ، يعلن للمتعاقد بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين في العقد .

وفي جميع حالات الفسخ و كذا في حالة تنفيذه على حساب المتعاقد ، يصبح التأمين النهائي من حق الجهة الادارية مع احتفاظها بحق طلب التعويضات المناسبة إن لزم الأمر.

وقررت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها بأن "... لجهة الإدارة الحق في فسخ العقد ومصادرة التأمين النهائي إذا أخطأ المتعاقد معها بإرادتها المنفردة دون الألتجاء للقضاء وينتج عن هذا الجزاء إنهاء الرابطة العقدية" (١) .

وهذه الحالات السابقة ليست واردة على سبيل الحصر(٢)، فلا يقف القضاء الادارىعند حدودها فقط وإنما يقيس عليها متبينا" معيار خطأ المتعاقد الجسيم .

و بالنسبة لرقابة القضاء على هذه الحالات فليست واحدة وإنما تختلف فبالنسبة للحالات الواردة بنص القانون فله رقابة المشروعية فقط في حين أنه بالنسبة للحالات الأخرى المماثلة فإن تصرفات الإدارة تخضع لرقابة القضاء من حيث الملائمة و المشروعية كما في حالة الفسخ للخطأ الجسيم.

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٥٣٢٧ س٤١ق جلسة ١٩٩٩/٤/٢٧ – المشار إليه في الدكتور . محمد ماهر أبو العينين – العقود الإدارية – الكتاب الثاني ص ٨٣٨ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣٧٥٩ س٤٣ق جلسة ٢٠٠١/٣/٣١ – مجلة المحاماه –العدد الثاني ٢٠٠٢ ص٥٢٧.

(٣) اعتبر مجلس الدولة الفرنسي خطأ جسيما يبرر الفسخ ، إهمال المتعاقد للأعمال أو وقف التوريد والتنازل عن العقد أو التعاقد بشأنه دون إذن سابق من الإدارة والتجاء المتعهد إلى الغش أو تسليمه بضائع رديئة أو امتناع المتعاقد عن تنفيذ الأوامر التى تصدرها الإدارة إليه ، أو عدم التزامه بمدد التنفيذ للأعمال أو تسليم التوريدات – مشار إليها فىالدكتورة عزيزة الشريف – نظرية العقد الإدارى – مرجع سابق ص ٢٥١ .

وفي الكويت قررت محكمة *التمييز* بعد الإعتراف بحق الإدارة في الفسخ إعتبار قرار إحدى جهات الإدارة غير مشروع لأن الإخلال ببعض شروط العقد لم يبلغ من الجسامة حداً يجعل الفسخ جزاء له فقالت " ... المقرر أن تضمين العقد الإداري جزاء الفسخ عند الإخلال بالإلتزامات الناشئة هو ترديد للقاعدة العامة في الفسخ التي بموجبها يكون الفسخ لعدم تنفيذ أحد الطرفين لإلتزامه التعاقدي وهو لا يسلب للقضاء سلطته في تقدير ملائمة الفسخ لخطأ المتعاقد حسبما يراه من الظروف ".

ثم أوضحت بأن " ... ما وقع من المطعون ضدها من مخالفات لا يبرر فسخ العقد ومصادرة خطاب الضمان وأن الإخلال ببعض شروط العقد لم يبلغ من الجسامة ما يجعل الفسخ جزاءاً له ، وإذا لم يتعدى غياب وتأخر بعض العمال مما يكون معه قرار الفسخ غير مشروع يتعين تعويض الأضرار الناجمة عنه "[1].

وقرار الفسخ لابد ان يكون صريحاً و مكتوباً و صادراً من الجهة المختصة ، محدداً فيه نوع الفسخ وهل هو مجرد إجراء ينهى الرابطة التعاقدية مع توقيع باقى الجزاءات ، أم هو فسخ مصحوب بإعادة التعاقد على مسئولية المتعاقد المقصر .

وتجدر الإشارة على أنه يمكن الجمع بين الفسخ و مصادرة التأمين والتعويض أو الجزاءات القسرية ، سواء أكانت هذه الجزاءات سابقة لتوقيع جزاء الفسخ أو مزامنة له .

٢ - *إعذار المتعاقد بالفسخ :*

يقيد مجلس الدولة الفرنسي الإدارة في الفسخ بضرورة إعذار المتعاقد قبل اتخاذ قرار الفسخ وهذا يعني منح المتعاقد مهلة أو فترة معقولة تسمح له بالقيام بتنفيذ التزاماته.

---

(١) حكم محكمة التمييز رقم ٧٩ ، ٨٥ لسنة ١٩٩٧ تجاري - جلسة ١٩٩٨/٥/١٨- موسوعة مبادئ القضاء الإداري - الكتاب ٣ - القاعدة رقم ١٣٨ - الجزء ١٨ - صـ٥٤٠ .

فالجزاء العقدي إذا كان مقرراً وواجباً دون ثمة سلطة تقدير للادارة في إنزاله كما في بعض الحالات التي ينص فيها على أستحقاق غرامة التأخير لمجرد حصول التأخير كواقعة مادية ، فإن الإعذار في مثل هذه الحالة لا يكون له ثمة معني ، وإنما الإعذار قد يكون أثناء تنفيذ العقد بلفت أنتباه المتعاقد مع الإدارة على عدم ملائمة نسبة إنجازه للاعمال محل التعاقد مع المدة المنقضية من العقد إلا أنه لا يكون إعذار وجوبياً .

إلا أن مجلس الدولة المصري في إحدى الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري جعل للإدارة حق الفسخ دون حاجة للنص عليه في العقد ودون الإعذار.

فكان قضائها كالأتي " أن العقد الإداري يحكمه نظام قانوني يختلف إختلافاً تاماً عن النظام القانوني الذي تخضع له العقود المدنية ، ويرجع هذا الإختلاف إلي عدم المساواة بين طرفي العقد الإداري فهما يمثلان مصالح غير متكافئة فالمصلحة العامة التي تنوب عنها جهة الإدارة من ناحية تقابلها المصالح الخاصة للأفراد من ناحية آخرى . أما العقود المدنية فالمصالح كلها للأفراد وهي من طبيعة واحدة وتكاد تكون متساوية متكافئة من أجل ذلك تميز العقد الإداري عن العقد المدني من حيث التنفيذ ومن حيث الآثار المترتبة عليه .فقد تحتفظ الإدارة لنفسها في تنفيذ العقد بإمتيازات تخرج على مبدأ المساواة بين المتعاقدين ، كأن تشترط لنفسها حق الفسخ دون حاجة إلي الإلتجاء إلي القضاء ، بل ودون خطأ من جانب المتعاقد الأخر ، وحق الإدارة في هذا الصدد تتمتع به دون حاجة للنص عليه في العقد ، ومن ثم يكون الدفع المبدى من المدعي عليه بعدم قبول دعوي الفسخ لرفعها قبل الأوان بمقولة أنه لم يعذر طبقاً للمادة ١٥٧من القانون المدني على غير أساس متعين الرفض " [1] .

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ١٨٢٧ س١٠ ق جلسة ١٧ / ٣ / ١٩٥٧ المجموعة س ١١ ص ٢٧٢ .

٣ - *الشطب كعقوبة تبعية لجزاء الفسخ :*

قررت المادة (٢٤) من قانون المناقصات و المزايدات عقوبة الشطب كعقوبة تبعية للفسخ المتعلق برشوة المتعاقد لأحد موظفى الإدارة ، و قيدت إعادة القيد بانتفاء سبب الشطب.

ويكون ذلك إما بصدور حكم نهائى ببراءة المتعاقد مما ينسب اليه ، أو صدور قرار من النيابة العامة بألا وجه لإقامة الدعوى ضده ، أو بحفظها إدارياً على أن يعرض قرار إعادة قيده على الهيئة العامة للخدمات الحكومية لنشره بطريقة النشرات المصلحية .

أما في حالة عدم وجود ثمة ما يوجب توقيع أى جزاء من الجزاءات سالفة الذكر ، فإن *محكمة التمييز* قررت مؤيدة في ذلك قضاء الدائرة الادارية بالتزام الادارة بالتعويض و إلغاء قرار الجزاء إذا كان هناك ثمة خطأ من جانبها[١] .

وفي ذلك أصدرت إدارة الفتوى والتشريع الفتوى القائلة بأن " عدم تحمل المقاول الرئيسي تبعة الأضرار التي تحدث لممتلكات الدولة ومرافقها إلا إذا كانت هذه الأضرار نتيجة عمله أو عمل أي من تابعيه أو وكلائه " [٢].

رابعاً ــ الجزاءات الجنائية :

تمارس الإدارة سلطة إيقاع الجزاءات الجنائية بصفتها سلطة عامة ، و ليس بصفتها العقدية و ذلك عن طريق لوائح الضبط ، في حالات معينة عندما يقدر المشرع ان في إخلال المتعاقد مساساً بالنظام العام أو خطورة الاخلال بتنفيذ الالتزام .

---

(١) حكم محكمة التمييز رقم ٢٠٠ لسنة ٨٩ جلسة ١٩٩٠/١/٢٩ - تجاري - مجلة القضاء والقانون السنة ١٨ مايو ١٩٩٦ صفحة ١٠١ .

(٢) فتوى رقم ٢٢٩٤ في ١٩٩٩/٩/١٥ ــ مرجع رقم ٩٩/٦١/٢ ــ المرجع التشريعي لعقود الأشغال العامة والاتفاقيات الاستشارية- ج٢ -ص ٧٣١ .

بناء على ذلك فإن العقد الإدارى و إن كان يخضع لروابط القانون الخاص – كقاعدة عامة – إلا أن طبيعته الاستثنائية تستلزم إمكانية قيام مسئولية المتعاقد مع الإدارة الجنائية.

والتزاماً بقاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص فإن المسئولية الجنائية للمتعاقد مع الإدارة ذات طبيعة استثنائية ، فلا تستطيع الإدارة أن توقع على المتعاقد أية جزاءات جنائية لم ينص عليها المشرع عن طريق إيراد مثل هذه الجزاءات في عقودها .

وتكمن الحكمة في تجريم بعض أخطاء المتعاقد مع الإدارة في أهمية المرفق العام الذي يقوم بتقديم خدمات حيوية ، مما حمل المشرع إلى تجريم الأفعال التى تضر به ، و تكمن الحكمة أيضاً باعتبار أن المتعاقد ليس إلا معاوناً للادارة في تسيير المرفق ، واعتباره مسئولاً مسئولية مباشرة عنه .

وينبغى الاشارة إلي أن العقد الإداري في ذاته لا يمكن أن يعين جزاءات جنائية تترتب على مخالفة الالتزامات العقدية ، وبالتالي فالادارة في حالة اعتبار مسئولية المتعاقد معها ذات طبيعة جنائية لا تستطيع أن توقع هذا الجزاءات الجنائية بنفسها لأن الجزاء الجنائى مستقل عن سلطة الإدارة المستمدة من العقد[1].

ولكن قد يتدخل المشرع ويجزم بعض الأفعال المتعلقة بالعقد ، ومن ذلك ما نصت عليه المادة (١٦٦ مكرر جـ) والمادة (٣٧٤ مكرر) من قانون العقوبات المصري والمتعلقين بالإخلال بالإلتزامات التعاقدية أو وقف العمل بالمرفق العام.

---

(١) الدكتور سليمان الطماوى – الأسس العامة للعقود الإدارية – مرجع سابق ص ٥٦٣ .

ومن ذلك أيضاً في الكويت ما تضمنه القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٩٦ في شأن الكشف عن العمولات التى تقدم في العقود التى تبرمها الدولة حين تكون قيمة العقد ألف دينار أو أكثر حيث نص على مجموعة قيود منها :

١. تضمين العقد نصا يبين إذا كان المتعاقد قد دفع عمولة نقدية أو عينية أو أى منفعة أخرى أو أنه سيقوم بذلك لوسيط ظاهر أو مستتر ، في هذه الحالة يجب أن يكون للمتعاقد مع الدولة وكيل معتمد في الكويت .
٢. ان يكشف العقد عن اسم الوسيط و تحديد مقدار العمولة أو نسبتها و نوعها ومكان الدفع .
٣. أوجب القانون على من يدفع أو يتلقى شيئا" من ذلك بأى صيغة كانت لدوره في إبرام العقد ان يقوم خلال ٣٠ يوم لاحقة لتاريخ الدفع أو القبض أو الوعد أن يقدم إقراراً تفصيليا" عن العمولة للجهة المتعاقدة معها ، و تخطر الأخيرة ديوان المحاسبة بذلك مع صورة من الاقرار .
٤. يسرى القانون على جميع العقود السارية عند العمل به مادامت لم تنته تلك العقود .
٥. حدد القانون عقوبة غرامة تعادل قيمة العمولة مع رد ما يعادل قيمتها إذا لم يقدم الاقرار و عقوبته السجن ٣ سنوات مع غرامة تعادل قيمة العمولة إذا كانت بيانات الاقرار خاطئة مع إلزامه برد مبلغ مماثل .

البند الخامس ــ سلطة إنهاء العقد :

تكملة لسلسة سلطات الإدارة المتعاقدة نصل إلى السلطة الخامسة و المتمثلة بقدرتها على إنهاء العقد بإرادتها المنفردة ، وذلك بعد أن تكلمنا عن سلطتها في الرقابة والتوجيه ، و سلطتها في التعديل ، و سلطتها في التنفيذ المباشر ، وسلطتها في توقيع الجزاءات ، لنصل إلي سلطتها في إنهاء العقد .

وكنا قد تطرقنا في حديثنا عن سلطة الإداراة في توقيع الجزاءات ، إلـــى أن الجزاءات الفاسخة التى يمكن للإدارة فيها إيقاع جزاء فسخ العقد في حال ارتكاب المتعاقد معها أخطاء جسيمة و بالتالي انتهاء الرابطة العقدية ، فنجد هنا تحت هذه السلطة أن الرابطة العقدية قد تنتهي بين الإدارة و بين المتعاقـــد معهـــا و لكـــن لدواعي المصلحة العامة ومتطلبات سير المرافق العامة .

وهو ما جاء في أحد أحكام المحكمة الإدارية حيث ورد فيه "... أن الطـــاعن إستغل المحجر رقم ٣٠٧٣ ظناً منه أنه المحجر المرخص له بإستغلاله وذلك لعدم قيام الجهة الإدارية بتحديد موقع المحجر المرخص له بإستغلاله على وجه الدقـــة ... وعلى أثر ذلك والتضارب في قرارات الجهة الإدارية بتحديد موقـــع المحجـــر للطاعن باستغلاله ووقوعه في نطاق المحجر رقم ٣٠٧٣ المرخص له بإســـتغلاله المواطن ... كاد أن يؤدى إلى زعـــزعة الأمن وإثارة الفتـــنة بـــين عـــائلات الطرفين ... وقد أخطر الطاعن من قبل إدارة المحاجر بسوهاج ... بقرار المحافظ بإلغاء عقد الاستغلال ومصادرة التأمين النسبي ، والتشغيل ... ومن حيث إنه متى أستبان ما تقدم وكانت مقتضيات المصلحة العامة وحماية الأمن العام تقتضي إلغاء عقود إستغلال المحاجر بالمنطقة ومنها عقد الإستغلال المبرم مع الطـــاعن إلا أن هذا لا يستوجب مصادرة التأمين النسبي وتأمين التشغيل المودعين مـــن الطـــاعن باعتبار ان إنهاء العقد لم يكن بسبب إخلال الطاعن بالتزامات العقد ، وإنما كـــان لســـبب خـــارج عـــن إدارة الطـــاعن وهوحمايـــة الأمـــن والنظـــام تحقيقـــاً للمصلحة العامة " [1].

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليـــا رقم ١٦٩٨ س ٣٥ ق ـــ جلسة ٢٠٠٢/٣/١٢ المجموعة - سنة ٢٠٠١ـــ٢٠٠٢ ص ٢٤٥،٢٤٦.

وفي حكم أخر لها تقول بأنه "... للجهة الإدارية الحق في إنهاء عقودها الإدارية قبل الأوان حتى ولو لم يرتكب المتعاقد معها أي خطأ وإذا قدرت أن هذا تقتضية المصلحة العامة وليس للطرف الأخر إلا الحق في التعويضات إن كان لها وجه وهذا على خلاف الأصل في العقود المدنية " (١).

فإذا رأت الإدارة أن سلوك المتعاقد معها لا يخدم المرفق العام بل قد يؤدي إلى الإضرار به تلجأ الإدارة و بإرادتها المنفردة إلى وضع نهاية لهذه الرابطة العقدية عن طريق قرار إنهاء العقد وذلك لضمان عدم استمرار الإساءة إلى المرفق العام ، مثلما ممكن بالضبط و لنفس الدواعي تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة(٢).

وفي نفس المضمون ما جاء في حكم محكمة التمييز من أنه"... يحق للطرف الأول إلغاء الترخيص دون الرجوع للطرف الثاني ودون الحاجة إلى اتخاذ أي إجراءات قضائية وذلك في الحالات الآتية :. ١- الدواعى ومتطلبات المصلحة العامة . ٢ - إذا تم اكتشاف إي ثروات معدنية ... وفي هاتين الحالتين لا يحق للطرف الثاني المطالبة بأي مقابل أو تعويض من أي نوع كان . .. وحيث أن جهة الإدارة قد أصدرت قرارها بإلغاء عقد ترخيص استخراج الصلبوخ الخاص بالمستأنف وبينت سبب هذا الإلغاء.... ولا ينال من ذلك ما ردده المستأنف .. من أن حقيقة الترخيص الصادر له أنه عقد إداري وليس ترخيصا ذلك أنه ولئن كانت حرية جهة الإدارة إزاء العقد الإداري ، تكون أقل قدرا منها في الترخيص الإداري إلا أنه بالنسبة للنزاع الماثل فإن جهة الإدارة لم تخرج عن تلك العقد ، والتزمت به عند ما شرعت إلى إلغائه بحكم المادة ١٧ منه ولم تخرج عليها ومن ثم ينتهى أي خطأ قبل تصرفها" (٢٣) .

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣٥٦٧ س٤٤ق - جلسة ٢٠٠١/٥/١٥ - مجلة المحاماه - العدد الثاني ٢٠٠٢- ص٥٣١.
(٢) حكم محكمة القضاء الإدارى رقم ٦٨٤٩ س ٨ ق جلسة ١٩٦١/٦/٤ - المجموعة س ١٥- ص ٢٥٠ .
(٣) حكم محكمة التمييز رقم ٦٢٩ لسنة ٢٠٠٠ تجاري ١ الصادر في جلسة ٢٠٠١/٤/٩حكم غير منشور .

و تتميز هذه السلطة بالآتي :

- أن الإدارة تتمتع به بالنسبة لكافة العقود .
- أنها سلطة مفترضة حتى و لو لم ينص عليها العقد فتقتضيها مصلحة المرفق العام .
- تدخل ضمن سلطتها التقديرية تحت رقابة القضاء الكامل.
- يترتب عليها حق المتعاقد مع الإدارة في الحصول على تعويض عما لحقه من خسارة و ما فاته من كسب نتيجة هذا الإنهاء .

ولقد تعرض القضاء لهذه السلطة مبيناً الأحكام القانونية المترتبة على سلطة الإدارة في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة في حكم لمحكمة القضاء الإداري قالت فيه أنه " للإحاطة بمدى حق الإدارة في إنهاء العقود الإدارية يتعين مراعاة الأحكام الآتية :

١_ أن حق الإدارة في إنهاء العقود الإدارية ليس سلطة مطلقة تلجأ إليها الإدارة كيفما أرادت ، ولكنها سلطة تقديرية يجب أن تستهدف تحقيق المصلحة العامة"(١).

وفي حكم آخر للمحكمة قالت فيه بأنه "... يجوز للإدارة (في العقود الإدارية)(٢) أن تفسخ العقد بإجراء صادر من جانبها وحدها إذا رأت أن مقتضيات المرفق العام تستدعي ذلك ، حيث تقدر أن تنفيذ العقد أصبح غير قاصد للمصلحة العامة ، أو أنه أصبح غير متفق مع حاجات المرفق العام ، و حق الإدارة في الفسخ غير مقصور على حالة النص عليه في العقد ، بل هو حق للإدارة حتى في حالة عدم وجود نص في العقد و دون صدور خطأ من المتعاقد ، و هذه السلطة المخولة لجهة الإدارة تقوم على فكرة المرفق

(١) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ١٥٥٤ س ٣٥ ق جلسة ١٩٨٢/١٢/١٢ ــ مشار إليه في الدكتور . عبد المجيد فياض العقد الإداري في مجال التطبيق ــ مرجع سابق ــ ص ٣٠٨ ، ٣٠٩ .
(٢) أضيف بمعرفة الباحث .

العام ، إذا ينبغى الوفاء بحاجاته وجعلها مسايرة للتطورات التى تستلزمها مقتضياته ، والادارة دون سواها هي صاحبة الاختصاص في تنظيم المرفق ، إلا انه يقابل سلطة الإدارة في الفسخ دون صدور خطأ من المتعاقد معها في التعويض عما لحقه من اضرار بسبب هذا الفسخ طبقاً للمبادىء العامة في التعويض[1] " .

وفي الكويت قالت محكمة *التمييز* بأنه " ... فإن من المسلم به فقهاً وقضاءً أن لجهة الإدارة سلطة إنهاء العقد الإداري من جانبها إذا قدرت أن هذا الإنهاء يقتضيه الصالح العام أو أن العقد أصبح غير ذي فائدة للمرفق العام أو رأت تعديل نظام المرفق العام ... على نحو يؤدي إلى إنهاء العقود المتعلقة بها وإنهاء بعضها "[2].

وإذا ثبت إنهاء العقد لم يرتب ضرراً للمتعاقد فلا محل للتعويض فالتعويض مرتبط وجودا وعدما مع الضرر[3] .

كما أن هذا الانهاء الانفرادى لرابطة العقد من قبل الإدارة ، إذا لم ينطلق من منطلقات المصلحة العامة و إنما أريد فقط الحصول على مقابل مالى أكبر مما يدفعه المتعاقد ، أعتبره القضاء خطأ تشغل به مسؤولية الإدارة[4] ، و يمكن للقاضى ليس فقط الحكم بالتعويض و إنما يمكنه إبطال قرار الانهاء[5] ذاته .

وأيدت محكمة التمييز إلزام أحدى الوزارات بالتعويض وعدم احقيتها في فسخ العقد المبرم بينهما وبين إحدى الشركات، وفي مصادرة التأمين وتوقيع غرامة التأخير ، واعتبره ذلك تعسفاً في استخدام حقها في إنهاء العقد ، وذلك من خلال مسلكها حيث أن "...الجهة الإدارية تقاعست عن تزويد الشركة بنموذج

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٨٦٣ س ١٠ ق جلسة ٦ /٦ /١٩٥٧ – المجموعة س ١٨ – ص ٢٦٥ .
(٢) حكم محكمة التمييز رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩ – تجاري جلسة ١٩٩٠/١/٢٩ موسوعة مبادئ القضاء الاداري– الكتاب ٣ – ج ٨– القاعدة ١٣٥ – ص٥١٥ وما بعدها.
(٣) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٩٦٠ س١٠ ق جلسة ٢١ / ٦ / ١٩٦١ – المجموعة س١٥ ص ٢٦٥ .
(٤) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٧٣٠ س ٣٣ ق جلسة ٦ / ١٢ / ١٩٧٠ – المجموعة س ٢٥ –ص ١٧٦ ، ١٧٧ .
(٥) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ١٨٦ س جلسة ٢١ / ٥ / ١٩٦٧ – المجموعة س ٢١ –ص ١٥٤ .

الاحتياج الأصلي للعمالة وإرساله إلى وزارة الشئون الاجتماعية والعمل حتى تتمكن الشركة من إنهاء معاملة العمالة المطلوبة وجلبها للعمل ، كما أنها باشرت العمل بمعدات متوافرة لديها وتؤدي الغرض منها دون إحداث أضرار وتأخير ويستخدمها مقاولون آخرون متعاقدون مع ذات الجهة الإدارية ، وأن ذلك الأمر استمر لمدة ثلاثة أشهر بما يدل على رضائها عن الأعمال وطريقة التنفيذ واتجاه نيتها على الرغم من ذلك نحوإنهاء العقد والتعاقد مع شركة أخرى وخلص الحكم من ذلك إلى أحقية الشركة في المطالبة بمستحقاتها عن تنفيذ العقد عن ثلاثة شهور واسترداد الكفالة البنكية وعدم أحقية جهة الإدارة في إنهاء العقد ، وأحقية الشركة في التعويض عما فاتها من كسب من جراء عدم تكملة تنفيذ باقي مدة العقد " (١).

وأخيراً نشير أن كافة الجزاءات السابقة تدخل في نطاق رقابة القضاء عند غلو الإدارة وإسرافها في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها ، وفي ذلك قضت محكمة *التمييز* بأن " ... ومن المقرر في قضاء هذه المحكمة انه ولئن كان من سلطة الإدارة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها إذا ما تضرر في تنفيذ التزاماته على أى وجه من الوجوه سواء بامتناعه كلية عن التنفيذ أو بالتأخير فإن للقضاء مراقبة الإدارة في استعمالها لهذا الحق وسلطته في هذا الخصوص واسعة لا تقف عن حد مراقبة مشروعية الجزاءات التى توقعها الإدارة بل قد تمتد في بعض الحالات إلى مراقبة مدى ملاءمتها للتقصير المنسوب للمتعاقد معها "(٢).

---

(١) حكم محكمة التمييز رقم ٨٣٣ لسنة ٢٠٠١ إداري جلسة ٢٠٠٣/٤/٧ حكم غير منشور .

(٢) حكم محكمة التمييز رقم ٢٥٨ لسنة ١٩٩٨ تجارى إدارى جلسة ٢٤ / ٥/ ١٩٩٩- موسوعة مبادئ القضاء الإدارى – الكتاب الثامن – القاعدة رقم ٩٧ ص ٢٤٤.

الفـــــرع الثانـي

التزامات الإدارة المتعاقدة

الإدارة و هي الطرف القوى في العقد الإداري أوجب عليها القانون التزامات عامة. وتتبلور هذه الالتزامات في شكل حقوق للمتعاقد مع الإدارة سواء كان فرداً أو شركة ، فكليهما يسعى دائماً لتحقيق مصلحته الخاصة ، والتـــى تتمثـــل فـــي حصوله على الربح والذي يتمثل فيما يحصل عليه مقابل تنفيذ التزاماته .

وهذا المقابل يختلف بإختلاف العقود الادارية ، فهو في عقد الإلتزام يتمثـــل فيما يحصل عليه من رسوم يفرضها على المنتفعين بخدمات المرفق العام الـــذي يديره ويستغله ، بالإضافة إلي المزايا المالية الأخرى كتمتعـــه بضـــمان الدولـــة لحقوقه ، أو إمكانية حصوله على قروض من الدولة بشروط ميسرة .

أما في عقود اخرى كالتوريد و النقل و الأشغال العامة فالمقابل يتمثل فـــي الثمن الذي يحصل عليه نظير قيامه بتوريد الأصناف المطلوبـــة أو نقـــل المـــواد وموضوع العقد أو تنفيذه للأشغال المتفق عليها .

ويلاحظ ان هذه الحقوق المالية التى تشكل المقابل في العقد الإداري تخـــرج من نطاق سلطة الإدارة في التعديل ، باستثناء سلطتها في تعديل الرسم المقـــرر بالنسبة لعقد الالتزام .

وإلى جانب الحق المالي للمتعاقد فعلى الإدارة بعض الالتزامات الأخرى مثل إحترام التزاماتها التعاقدية الأخرى ، والذي سوف نواليها بالبحث علـــى النحـــو الوارد في الصفحات الآتية :

أولاً ــ التزام احترام الالتزامات العقدية :

ينشأ عن العقد التزامات عقدية كثيرة ، أوجب القانون على أطراف العلاقة الالتزام بها ومنهم الإدارة بطبيعة الحال .

و بما أن القانون منح الإدارة حق التحلل من التزاماتها العقدية ، إلا أن ذلك لا يعنى عدم التزام الإدارة بعقودها ، وإلا ترتب على ذلك إهدار فكرة العقد الإداري من أساسها .

وتنفيذ العقد حسب الموعد المتفق عليه من هذه الالتزامات ، فإن قامت الإدارة بفسخ العقد لمجرد التحلل من التزاماتها ، أو الحصول على مقابل مالى أكبر فإنها تتعرض لتقرير مسئوليتها التعاقدية .

و تنفيذ العقد بمعناه العام يتضمن احترام كافة الشروط الواردة به دون استثناء ، و هو ما أكدته محكمة القضاء الإداري في أحد أحكامها بقولها أنه ".. متى كان الثابت أن الترخيص الممنوح لاستغلال مبنى المقصف بالميناء الجوى، إنما يستهدف غرضاً أساسياً تنصب أحكامه و بنوده على هذا الغرض ، وهو خدمة ركاب الترانسيت العابرين ، فإن الحكومة إذا عمدت إلى إنشاء مقصف آخر لهذا الغرض، وعهدت باستغلاله لملتزم آخر ، فانها بذلك تكون قد حالت من جهتها بين الملتزم الأول و بين تنفيذ التزاماته التى يتضمنها ترخيصه مخالفة بذلك ما يجب عليها قانوناً من إحترام شروط التراخيص ، و ما تفرضه عليها المبادىء القانونية العامة من التعاون في تنفيذه ، و من عدم وضع العقبات والمنافسات في سبيله أو زيادة أعبائه وتكاليفه ، و ذلك طالما أنه لم يقم بسبب من الأسباب التى تبرر سحب الترخيص أو إلغاءه أو إنهاءه ، وبذلك تلزم بتعويض المرخص له نظير ما أصابه من اضرار من جراء مخالفتها لمبادىء الترخيص و شروطه[1]".

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٩٩٠ س ١٥ ق جلسة ٢٤ / ١١ / ١٩٦٣ – المجموعة س ٢٠ – ص ٢٣٩.
(٢) فتوى إدارة الفتوى رقم ٤٠٢/١/٣١ صادر ٣٠٦ بتاريخ ٢٠٠١/٤/١٧ مشار إليه في الدكتور محمد ماهر أبو العينين – العقود الإدارية – الكتاب الثاني – ص٧٢٤ .

وأيضاً تنفيذ العقد يعنى تنفيذه كله بمعنى عدم جواز سحب جزء من العقد وعهده إلي متعاقد آخر ، أو أن تنفذ العمل بنفسها بمعنى أن تحول بين المتعاقد وبين تنفيذ التزاماته أو أن توقف تنفيذ العقد كأن ترفض تسلم باقي الكمية المتفق عليها بالعقد.

ومن ذلك ما أفتت به إدارة الفتوى حيث قالت بأن (الأمر الذي يوحي بما لا يدع مجالاً للشك أن التأخير في صرف المستخلصات جاوز القدر المعقول ورغم ذلك قام المقاول بتنفيذ ما يزيد عن ٩٥% من الأعمال المسندة إليه فمن ثم يتعين على جهة الإدارة – والحالة هذه – مساعدته وذلك بمد مدة النهو بما يتناسب مع التأخير في صرف المستخلصات للمقاول فضلاً عن إعفاءه من غرامة التأخير فذلك مردود بأن مقتضيات حسن النيه في تنفيذ العقود فضلاً عن قواعد العدالة تأبي محاسبة المقاول عن أمور لا دخل لإرادته فيها) [٢] .

و هذا بالطبع إذا لم ينسب خطأ أو تقصير من المتعاقد مع عدم الاخلال بحق الإدارة في زيادة أو نقصان الكمية المتفق عليها .

ثانياً ــ تسليم موقع الأعمال خال من العوائق :

تنفيذ العقد أو العمل يقتضى كذلك تمكين المتعاقد من تنفيذ العمل بتسليمه موقع الأعمال في الميعاد المقرر لبدء تنفيذ أعمال العقد ، وأن يكون هذا الموقع خالياً من العوائق التى تحتاج من المتعاقد إلى بذل جهد إضافى لإعادة تجهيزه و إزالة هذه العوائق مما قد يستغرق جزء من وقت تنفيذ العقد الأصلى .

و أعتبر القضاء الإداري عدم تسليم الإدارة موقع العمل خال من العوائق خطأ عقدياً يستوجب التعويض ، فقد قالت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها بأن " ... أن العقد الإداري يولد في مواجهة جهة الإدارة إلتزامات عقدية أخصها أن تمكن المتعاقد معها من البدء في تنفيذ العمل ومن المضى في تنفيذه حتى يتم

إنجازه فإذا لم تقم بهذا الإلتزام فإن هذا يكون خطأ عقدياً في جانبها يخول المتعاقد معها فيطلب فسخ العقد فضلاً عن إستحقاقه للتعويض الجابر لما أصابه من أضرار بسبب ذلك " [1].

وقررت محكمة القضاء الإداري أيضاً بأن" ... إخلاء الموقع و اتخاذ إجراءات نزع الملكية بالنسبة للأرض التى ستنشأ فيها المباني الجديدة إنما هي أمور تقع على عاتق الإدارة و هي ملزمة باستكمالها قبل إصدار الأمر للمدعي بالبدء في العمل طالما أنه لا يستطيع أن يبدأ في تنفيذ العقد إلا بعد أن يتم الإخلاء و نزع الملكية و منع التعرض و بذلك تكون جهة الإدارة قد أخطأت بأن تأخرت في تسليم المدعي موقع العمل "[2] .

وفي الكويت حكمت محكمة التمييز بالتعويض على الإدارة لتأخرها في تسليم الموقع حيث قالت :" ... أن جهة الإدارة هى التي تسببت في هذا التأخير وبدلا من أن تسعى إلى تسليم الشركة المستأنف عليها موقع العمل فور توقيع العقد المبرم بينها بتاريخ ١٩٨٦/٦/٣٠ ، إذ أن مدة التنفيذ أربعة أشهر من هذا التاريخ فإنها قد تراخت في تسليم الموقع إلى أن تم ذلك في ١٩٨٨/٢/٢٣ أى ما يقرب من عشرين شهراً ، ولذلك أستحقت الشركة المستأنف عليها التعويض الذى قدرته هذه المحكمة " [3] .

ثالثاً ــ التزام الإدارة بتسليم المواد و الأدوات و الأصناف المتفق عليها:

و هي المواد و الأدوات اللازمة لتنفيذ الأعمال و التى تكون جهة الإدارة مسئولة عن تجهيزها و تسليمها للمتعاقد فإذا لم تقم الإدارة أو تأخرت بالتزامها ذلك ترتبت مسئوليتها و التزمت بالتعويض إن كان له مقتضى .

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣٤٦٦ س ٣٦ ق جلسة ٢٠٠٢/٢/١٩ ــ المجموعة ــ سنة ٢٠٠١ ــ ٢٠٠٢ ص ٢٤٢ .
(٢) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ١٣٠٥ س ١٢ ق جلسة ١٩٦١/١/١ ــ المجموعة س ١٥ ص ٨٥ .
(٣) حكم محكمة التمييز رقم ٦٥٣ لسنة ٢٠٠٠ تجاري ١ جلسة ٢٠٠١/٥/٧ حكم غير منشور .

وهو ما أكدت عليه المحكمة الإدارية العليا حيث قالت في أحد أحكامها بأنه "... طبقاً لما تقضي به المادة (١٤٨) من القانون المدني ينبغي تنفيذ العقد طبقاً لما أشتمل عليه ، و هذا مبدأ مسلم به في مجالات روابط القانون الخاص ، و مقتضى ذلك هو التزام جهة الإدارة بأن تسلم المدعي الأصناف التى كانت محلاً للتعاقد جميعها بالحالة التى كانت عليها وقت انعقاد العقد ، و متى كان الثابت أن الأصناف المبيعة قد حددت مواصفاتها ومقاديرها في العقد الذي انعقد بقبول المصلحة العرض الذي تقدم به المدعي ، فإن الإدارة تسأل عن كل نقص في مقاديرها بحسب ما يقضي به العرف الجاري عليه العمل في المعاملات "[1] .

وإلتزام الإدارة هما يعني بحسب النية المشتركة للمتعاقدين تسليم المتعاقد تصريح الحصول على مواد البناء وليس مواد البناء ذاتها، فإلتزام الإدارة ينقضي في هذا الشأن بمجرد تسليم التصاريح خلال المدة المتفق عليها.

وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا بقولها بأن "...مورث المطعون ضدهما قرن عطائه بتحفظ مؤداه أن مدة العملية تحسب أعتباراً من أستلامه إذن صرف الأسمنت تباعاً في ١٩٧٨/٥/٢٨ ، ١٩٧٨/٦/٣ومن ثم فإنها تكون قد أوفت بإلتزامها في هذا الشأن ويبدأ حساب مدة تنفيذ الأعمال إعتباراً من ١٩٧٨/٧/٣ التاريخ الذي أستكمل فيه تسليم أذونات صرف الأسمنت بحسبان أن النية المشتركه للمتعاقدين... قد أنصرفت إلى تسليم مورث المطعون ضدهما تصاريح الحصول على مواد البناء، وليس مواد البناء ذاتها، بحيث يكون عليه تقديم هذه التصاريح للجهة القائمة على توزيع هذه المواد ودفع ثمنها وأستلامها. وينقضي إلتزام الجهة الإدارية في هذا الشأن بمجرد تسليم التصاريح وبغض النظر عن تاريخ صرفها من مكتب بيع الأسمنت " [1] .

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٩٥٤ س ١٢ ق جلسة ١١ /٤ /١٩٧٠ – المجموعة س ١٥ ص ٢٦٤ .

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٢٧٥٤ س ٣٦ ق – جلسة ٢٠٠٢/٢/٢٦ – مشار إليه في الدكتور محمد ماهر أبو العينين – العقود الإدارية – الكتاب الثالث – ص ٤١٩ .

رابعاً ـ التزام الإدارة بمعاونة المتعاقد في الحصول على التراخيص اللازمة :

هذا الالتزام ينشأ إذا كان يلزم لتنفيذ العقد الإداري موافقات من جهات أخرى غير الإدارة كتراخيص من الجهات الحكومية ذات العلاقة ، كتراخيص الحفر و الهدم أو تراخيص المرور أو تراخيص البناء أو تراخيص الاستيراد .

و جرت العادة بالنص في صلب العقد على قيام المتعاقد مع الإدارة بهذا الواجب ، إلا أنه قد يحتاج إلى مساعدة جهة الإدارة فإن لم يحصل ذلك فإن ذلك قد يضر بالمصلحة العامة للمرفق العام ، لذا نشأ التزام غير مكتوب على الإدارة بوجوب تدخلها للمعاونة الصادقة لتسيير حصول المتعاقد معها على التراخيص اللازمة لدى الجهات المعنية .

وهذا ما قررته المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها بقولها بأن "..... خلو العقد من تحديد الطرف الملتزم باستخراج تلك التصاريح والموافقات القانونية فإن جهة الإدارة هي الملتزمة باستخراجها" (٢) .

وأي تراخي من الإدارة عن هذه المعاونة برغم عدم النص على هذا الالتزام في ثنايا العقد يرتب مسئولية الإدارة أو المسئولية المشتركة لطرفي العقد .

وعبرت المحكمة الادارية العليا عن هذا الالتزام في أحد احكامها بقولها "... إن الصعوبات التى صادفها المقاول في تنفيذ العملية و المتمثلة في تأخير الإدارة في توصيل المياه لموقع العمل و في عدم تيسير حصوله على مواد البناء ، و تراخيها في إعطاءه تصاريح دخول العمالة لهذه المواقع ، حيث تستلزم إجراءات أمن المناطق العسكرية ذلك ، هذه الصعوبات راجعة إلي فعل الإدارة و ترتب عليها امتداد مدة العمل ، مما حمل المقاول بأعباء إضافية يتعين أن تشارك الإدارة بجزء منها "(١).

---

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٧٤٠٠ س ٣٦ ق جلسة ١٩٩٦/٧/١٦ – مشار إليه في – الدكتور محمد ماهر ابو العينين – العقود الإدارية – الكتاب الثاني – مرجع سابق – ص ٢٦٣ .

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٨٧٤ و ٩٢٢ س ٢٥ ق جلسة ٢٧ /١١ /١٩٨٢ ـ مشار إليه عند المستشار. حمدي ياسين عكاشة ـ موسوعة العقود الإدارية ـ مرجع سابق – ص ٢٨٨ .

خامساً ــ التزام الإدارة بالتعامل بحسن النية في تنفيذ العقد :

يعتبر هذا الالتزام من المبادىء المسلم بها في كافة العقود المدنية منها أو الادارية ، فمن أصول القانون خضوع العقد لمبدأ التعامل بما يوجبه حسن النية .

و يعنى هذا المبدأ بالنسبة للادارة[1] حمايتها من أن تجنح نحو إهدار حقوق المتعاقد معها غروراً بالامتيازات الكثيرة الممنوحة لها ، أو أن تقوم بتفسير العقد على نحو تنحاز فيه لرأيها .

و قد ألزم القضاء الإداري جهة الإدارة بتنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية فقالت المحكمة الادارية العليا بأن"... تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع حسن النية أصل عام من أصول القانون يقضي بأن يكون تنفيذ العقد طبقاً لما اشتملت عليه نصوصه وما تضمنته أحكامه وهذا الأصل مطبق في العقود الادارية والمدنية على السواء " [2].

وفي حكم أخر للمحكمة الادارية العليا حول تنفيذ العقود وخضوعها لمبدأ حسن النية تقول "... حيث إنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة ان العقود تخضع لأصل عام من أصول القانون يقتضى بأن يكون تنفيذها بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ، وهذا الأصل مطبق في العقود الإدارية شأنها في ذلك شأن العقود المدنية ، وأن العقد شريعة المتعاقدين بحيث تقوم قواعده مقام قواعد القانون بالنسبة لطرفيه " [3] .

---

(١) لأن لهذا الإلتزام وجهين ، فكلاً من الإدارة والمتعاقد ملتزما بتنفيذ العقد بحسن النية.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٦٢١ س ٤٥ ق عليا جلسة ٢٠٠٢/٣/٢٦ – المجموعة . من أول يناير ٢٠٠٢ – آخر مارس ٢٠٠٢، ص ١٥٠ .

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٢٨٠٠ س ٤٥ في جلسة ٢٠٠٢/١/١٥ ـ المجموعة ـ سنة ٢٠٠١ ـ ٢٠٠٢ ص ٢٣٦ ـ وأيضا حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣٦٥٨ س ٤٥ ق جلسة ٢٠٠٢/٦/٤ ـ المجموعة ـ ذاتها ـ ص ٢٤٨ .

وحول مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد أخذت المحكمة الادارية العليا بهذا المبدأ فى تفسير العقد فقضت بأنه " من المتعين في تفسير العقود البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى للالفاظ .... و من العوامل التى يستهدى بها القضاء لكشف عن هذه النيه المشتركة .... العوامل الخارجية في تفسير العقد الطريقة التى ينفذ بها وتكون متفقة مع ما يوجبه حسن النية في تنفيذ العقود حيث لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضا " ما هو من مستلزماته وفقا للقانون و العرف و العدالة بحسب طبيعة الالتزام "(١).

وسارت على نفس المبادىء الجمعية العومية لقسمى الفتوى و التشريع بمجلس الدولة حيث قررت في فتوى حديثة لها بأنه قد "...استظهرت الجمعية العمومية ان المشرع وضع اصلا من اصول القانون ينطبق في العقود المدنية و الادارية على حد سواء مقتضاه أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه و لا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للاسباب التى يقررها القانون و أن تنفيذه يجب أن يكون طبقاً لما اشتمل عليه و بطريقةٍ تتفق مع مقتضيات حسن النية"(٢).

وفي الكويت قالت *محكمة التمييز* بأنه " وكانت المادة ١٩٣ من القانون المدني قد تضمنت في فقرتها الأولى على أنه إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الإنحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين ، كما نصت في فقرتها الثانية على أنه إذا كان هناك محل لتفسير العقد فإنه يجب تقصي النية المشتركة للمتعاقدين من مجموعة وقائعه ... مع الإستهداء بطبيعة التعامل والعادات الجارية وما ينبغي أن يتوافر بين المتعاقدين من حسن النية وشرف التعامل "(٣).

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٦٣٩ س ٩ ق جلسة ٢٠ / ٥ / ١٩٦٧ – المجموعة س ١٢ ص١٠٧٠ وايضا حكم محكمة القضاء الإداري رقم ١٢٥٢٠ س ٢ ق جلسة ٢٠ / ٤ / ١٩٥٧ – المجموعة س ١١ ص٣٩٧ – وأيضا حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٩٨٣ س ٩ ق جلسة ٣٠ /٦ /١٩٥٧ – المجموعة س ١١ ص ٦٠٧ .

(٢) فتوى الجمعية العمومية جلسة ٢٤ / ١٢ / ١٩٩٧ ملف ٣٢ / ٢ / ٢٧٢٤ – الموسوعة الإدارية الحديثة – الفكهانى – مرجع سابق جزء ٤٩ ص ١٥٠ ، وأيضا الفتوى الصادرة جلسة ٢٦ / ٣ / ١٩٩٧ لملف رقم ٣٢ /٢ / ١٩٤١ – مرجع سابق ص ١٤٩ .

(٣) حكم محكمة التمييز رقم ١٩٩٠/٦٢ تجاري جلسة ١٩٩٠/٦/٢٥ موسوعة مبادئ القضاء الاداري – الجزء الثامن – قاعدة ١٠٣ – صـ٢٩١ وما بعدها ، حكم محكمة التمييز رقم ٤٠٦ لسنة ٢٠٠٠ تجاري الصادر في جلسة ٢٠٠١/٤/٣٠ ، وأيضا حكمها رقم ٦٠ لسنة ٢٠٠٢ إداري الصادر في جلسة ٢٠٠٣/١/٢٧ وأيضا حكمها رقم ٤٦٢ لسنة ٢٠٠٢ إداري الصادر في جلسة ٢٠٠٣/٦/٣٠ أحكام غير منشورة .

سادساً ـ جزاء مخالفة الإدارة لالتزاماتها العقدية :

الإدارة كطرف في العلاقة العقدية تتعرض لجزاءات معينة في حالة مخالفتها لالتزاماتها العقدية ، غير ان طبيعة هذه الجزاءات تختلف عن تلك التى سبق أن تحدثنا عنها ، و هي التي توقع على المتعاقد ، فلا يمكن تخيل توقيع الجزاءات الجنائية على الإدارة أو الجزاءات القسرية ، كما أن المتعاقد لا يستطيع توقيعها الا باللجوء إلى القضاء .

والقاضى ليس له ان يأمر الإدارة بتنفيذ التزاماتها العقدية و لكنه يملك الحكم عليها بالتعويض المناسب لجبر الضرر و هو الجزاء الأكثر استخداماً .

كما يملك القضاء الغاء القرارت غير المشروعة و الصادرة بمناسبة تنفيذ العقد، و يملك أيضاً الحكم بفسخ العقد بناء على طلب المتعاقد وذلك بناء على خطأ جسيم ترتكبه الإدارة ، على أن يقوم المتعاقد بإعذار الإدارة قبل التقاضى .

ويترتب على الفسخ ما يلى :

١. نهاية الالتزامات العقدية .
٢. استحقاق المتعاقد للتعويض المناسب .

وفى هذا الصدد قررت المحكمة الادارية العليا انه"...متى كان الثابت انه قد حيل بين المتعاقد و البدء في تنفيذ العملية بسبب تعرض رجال الاصلاح الزراعى له ، الأمر الذي ترتب عليه وقف تنفيذ العملية لمدة جاوزت السنة بعد صدورأمر التشغيل دون ان تقوم الهيئة المتعاقدة بتنفيذ التزاماتها بتسليم الطاعن موقع العمل لتمكنه من البدء في التنفيذ ، فمن ثم فإنه إذا لوحظ أن المدة التى حددت لتنفيذ العملية هي شهران فقط ، فإن عدم قيام الهيئة المذكورة بتسليم مواقع العمل إلي الطاعن طيلة عام بأكمله هو مما يحق معه القول بأنها قد اخلت إخلالا جسيماً بواجبها نحو الطاعن بعدم تمكينة من العمل ، أو أنها تأخرت في تنفيذ التزاماتها هذه مدة كبيرة تجاوزت القدر المعقول مما يقوم سببا لفسخ العقد المبرم بينهما و تعويض الطاعن عما أصابه من أضرار بسبب ذلك "[1] .

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٨٦٢ س٩ ق جلسة ١٩٦٧/٦/٣ – المجموعة س ١٢ ص ١١٢٣ .

وفي بعض الأحيان لا يؤدي إخلال الجهة الإدارية المتعاقدة بالتزاماتها إلى فسخ العقد أو إنهائه ، وإنما التعويض لصالح المتعاقد فقد جاء في حكم المحكمة الإدارية العليا بأن "التزام الجهة الإدارية بتسليم المتعاقد مواد البناء يعنى بحسب النية المشتركة للمتعاقدين تسليم المتعاقد تصاريح الحصول على مواد البناء وليس مواد البناء ذاتها ــ على المتعاقد تقديم التصاريح للجهة القائمة على توزيع هذه المواد ودفع ثمنها واستلامها ــ ينقضي التزام الجهة الإدارية في هذا الشأن بمجرد تسليم التصاريح خلال المدة المتفق عليها بغض النظر عن تاريخ استعمالها . متى ثبت أن زيادة أسعار مواد البناء ترجع على تأخير تسليم التصاريح فإن على جهة الإدارة تعويض المتعاقد بدفع قيمة فروق الأسعار "[1].

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٥٠٣ س٢٧ ق جلسة ١٩٨٥/٤/٢ ــ الموسوعة الإدارية الحديثة ــ الفكهاني - ج (١٨) ــ ص ١٠٨٠ .

المطلب الثاني
التزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة

إن العقد المبرم بين جهة الإدارة والمتعاقد بلا شك يرتب إلتزامات وحقوق على طرفيه ، وهنا سوف نتعرض للإلتزامات التي يجب على المتعاقد الوفاء بها ، وأيضاً للحقوق التي يستمدها من مركزه التعاقدي ، وعلى هذا سوف نتناول هذه الإلتزامات والحقوق على فرعين يكون الأول حول إلتزامات المتعاقد وعلى أن يتناول الثاني حقوق المتعاقد.

الفرع الأول : التزامات المتعاقد .

الفرع الثاني : حقوق المتعاقد .

الفرع الأول

إلتزامات المتعاقد مع الإدارة

يلتزم المتعاقد مع الإدارة ككل طرف في أي عقد سواء كان عقد مدنياً أو عقد إدارياً بأن يوفى بالتزاماته التعاقدية وفقاً لشروط العقد و حسب القواعد العامة المقررة في هذا الصدد .

ولا يكاد يختلف موقف التعاقد في العقود الادارية من هذه الناحية عن موقف غيره من سائر المتعاقدين ، اللهم فيما يتعلق بمدى تأثير تأخره في التنفيذ على المرفق العام.

والتزامات المتعاقد مع الإدارة تختلف في صورها وأوضاعها باختلاف عقودهم مع الإدارة فقد تنصب على توريد بضائع أو نقل أشياء أو مواد ...الخ.، أو المساهمة فى تسيير مرفق عام أو تقديم خدمات للادارة ، أو القيام بأشغال عامة مما لا يمكن حصره.

وأهم الالتزامات التى يوجبها طبيعة العقد الإداري على المتعاقد مع الإدارة الالتزام بالتنفيذ الشخصى للاعمال محل التعاقد ، و ما يرتبط بذلك من قواعد وقيود تحكم إدارة العمل وتنفيذه وحدود إسناد هذه الأعمال أو جزء منها لمقاولى الباطن، كما يلتزم المتعاقد مع الإدارة بالتنفيذ في الموعد المحدد لانجاز العمل و يلتزم أيضاً بضمان سير المرفق العام بإنتظام و اضطراد ، وعدم جواز الدفع بعدم التنفيذ مهما كانت الاسباب وذلك رعاية لصالح المرفق العام ، و التزامه بتنفيذ الأعمال محل التعاقد وفقاً للشروط و المواصفات المبنية بشروط التعاقد و تسليم الاصناف، و التزامه بضمان سلامة الاعمال حسب مدة الضمان التى تحددها شروط العقد .

وقد قضت محكمة *التمييز* في أحد أحكامها بأن "..... عند وجود عقد يحكم بين الطرفين باعتبار أن أحكام العقد هى المرجع في تحديد حقوق وواجبات كل منهما قبل الآخر إذ يلزم لقيام هذه الدعوى ألا يكون للإثراء الحادث أو الافتقار المترتب عليه سبب قانوني يبرره فإذا كان هناك عقد مقاولة فإنه يكون المرجع في تحديد حقوق وواجبات طرفي العقد "(١).

وسوف نعرض لإلتزامات المتعاقد مع الإدارة في مجال كل التزام على حده.

أولاً ــ الالتزام بالتنفيذ الشخصى .

ثانياً ــ الالتزام بالتنفيذ في المواعيد المحددة .

ثالثاً ــ الالتزام بضمان سير المرفق العام .

رابعاً ــ الالتزام بضمان سلامة الأعمال .

أولاً ــ الالتزام بالتنفيذ الشخصى :

شخصية المتعاقد والمتعلقة بتاريخه الفنى و مقدرته المالية ذات اثر كبير في اختياره للتعاقد مع الإدارة ، و على ذلك فقيام المتعاقد بالالتزام بتنفيذ العقد الإداري شخصية هو المبدأ العام الذي يحكم العلاقة العقدية بين الإدارة و المتعاقد معها .

وإلي طبيعة المرفق العام اسندت المحكمة الادارية العليا سبب التزام المتعاقد الشخصى حيث استقر قضاؤها على ذلك فقالت في احد أحكامها أنه "...بالنظر إلي صلة العقد الإداري الوثيقة بالمرفق العام فإنه من المسلمات أن يقوم المتعاقد بنفسه بالتنفيذ فالتزامات المتعاقد مع الإدارة التزامات شخصية لا يجوز له أن يحل غيره فيها " (٢).

---

(١) حكم محكمة التمييز رقمي ٤٤٥ ،٤٠٦ لسنة ٢٠٠٠ تجاري جلسة ٢٠٠١/٤/٣٠ ــ المرجع التشريعي لعقود الأشغال العامة ــ الجزء الثاني ــ ص ٤٤٧ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١١٠٩ س ٨ ق جلسة ٢٨ /١٩٦٣/١٢_ المجموعة س ٩ ص ٣٢٤.

ويترتب على هذا الالتزام ضرورة أن يبذل المتعاقد الجهد المناسب في التعاون الشخصى مع الإدارة في تنفيذ العقد بنفسه من جهة ، و ألا يتنازل عن العقد أو جزء منه أو التعاقد بشأنه من الباطن إلا بموافقة الإدارة مقدماً .

بل حرص المشرع الكويتي منذ بداية مشوار المتعاقد مع الإدارة حال تقديمه لعطاءه للإشتراك بالمناقصة التنبيه على الإلتزام بالتنفيذ الشخصي فقرر في المادة ٢١ من القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٦٤ بشأن المناقصات العامة على أنه (يجب تقديم العطاءات في وثائق المناقصة الرسمية الصادرة إلى المناقصين ، وتعتبر جميع الوثائق شخصية للمناقصين الذين حصلوا عليها ولا يجوز تحويلها للغير).

وهو ما أقرته محكمة التمييز في حكم لها حيث قالت فيه "... وكان الثابت من العقد محل النزاع المرفق صورته أوراق الدعوى أنه تضمن النص .. على أنه :" لا يجوز للطرف الثاني ــ الطاعنة التنازل عن هذا العقد أو جزء منه للغير إلا بعد موافقة كتابية مسبقة من الطرف الأول ..." وخلص الحكم المطعون فيه إلى أن مؤدى هذا النص أنه يحظر على الطرف الثاني المقاول ، التنازل عن أي جزء من العقد للغير إلا بعد موافقة كتابية مسبقة من الطرف الأول " [1] .

أ- الإلتزام بالتعاون الشخصى مع الإدارة :

رأينا في التزامات الإدارة وجوب أن تقوم بالتعاون مع المتعاقد لتمكينه من اداء الخدمة المنوطة به ، وهذا الوجه الأخر من هذا الالتزام ، وهو التزام المتعاقد بالتعاون مع جهة الإدارة .

وعلى ذلك فالمتعاقد ملزم بالتواجد بنفسه أثناء تنفيذ العقد أو من ينوب عنه بعد موافقة الإدارة عليه وهو بما يعرف " بمهندس المشروع " ، وبالتالي فليس للمتعاقد التحلل من مسئوليته بحجة ان الفعل الموجب للمسئولية قد وقع من مندوبه أو معاونه.

---

(1) حكم محكمة التمييز رقم ٢٢٠ لسنة ٢٠٠٠ تجاري ١ جلسة ٢٠٠٠/١١/١٦ ـ حكم غير منشور .

وهو ما أكدته محكمة النقض بقولها أنه " ليس للمتعاقد أن يتحلل من المسئولية التى يرتبها عقد التوريد في ذمته متذرعاً بأن الفعل الموجب للمسئولية قد وقع من مندوبه دون علمه أو رضاه "[1].

وإذا قام المتعاقد بمخالفة التزامه بالتعاون الشخصى كان مرتكباً لخطأ عقدى يجيز للإدارة توقيع الجزاء العقدى المناسب عليه .

ب- عدم جواز التنازل عن العقد أو التعاقد من الباطن :

التنازل عن العقد هو أن يحل المتعاقد مع الإدارة غيره محله لتنفيذ العقد كلياً ، أما التعاقد من الباطن [2] هو أن يحل المتعاقد غيره في تنفيذ بعض أجزاء العقد ، و هو ما يعتبر مخالفة لالتزام المتعاقد بالتنفيذ الشخصى .

ولقد استقرت أحكام المحكمة الإدارية العليا على التسليم بمبدأ عدم جواز التنازل عن العقد الإداري حيث أكدت في أحد أحكامها بأن "... تنازل المقاول عن العقد دون موافقة الجهة الإدارية يصم التنازل بالبطلان ولا يحتج به في موافقة الجهة الإدارية فلا تنشأ بين المتعاقد من الباطن وبين جهة الإدارة أي علاقة تعاقدية تخول له المطالبة بأي حقوق شخصية قبل الإدارة "[3].

وقد نص قانون المناقصات و المزايدات المصري الجديد في المادة (٧٦) منه على عدم جواز قيام المتعاقد بالنزول عن العقد أو عن المبالغ المستحقة له كلها أو بعضها إلا اذا كان التنازل لصالح أحد البنوك .

---

(١) حكم محكمة النقض جلسة ١٩٦٤/٤/٣٠ – مدني – س ١٥ ص ٦١٩ .
(٢) يراجع الدكتور نجم محمد الأحمد – التعاقد من الباطن في نطاق العقود الإدارية – جامعة عين شمس – ٢٠٠١ – ص٨٥ وما بعدها .
(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٩٤ س ٢٩ ق – جلسة ١٩٨٥/٦/٢٥ – مشار إليه في الدكتور محمد ماهر ابو العينين – العقود الإدارية – مرجع سابق – الكتاب الثاني ص ٧٤ – وأيضاً حكمها رقم ٣٥٩٦ ي٣٦ق – جلسة ١٩٩٧/١١/٢٥ مشار إليه في مرجع سابق ص ٧٧ .

والجدير بالذكر أن الدعوى التي يرفعها المقاول من الباطن ليست من ضمن إختصاصات الدائرة الإدارية في الكويت ولو كانت المنازعة ناشئة عن عقد إداري وإنما تعتبر من إختصاص الدائرة التجارية.

وفي ذلك قررت محكمة *التمييز* المبدأ التالي " عدم إختصاص الدائرة الإدارية بالدعوى التي يرفعها المقاول من الباطن للمطالبة بحقوق ناشئة عن عقد إداري في مواجهة الجهة الإدارية "[1].

وتطبيقاً لذلك ماجاء في أحد فتاوى إدارة الفتوى والتشريع بأن " الذي يحكم العلاقة بين الوزارة والمقاول الرئيسي (الأصلي) هو العقد المبرم بينهما ولا شأن للوزارة بعقد مقاولة الباطن الذي لا يرتب أي التزامات قبلها " فإن هذا النص إنما تسرى أحكامه بين المتعاقدين (المقاول الرئيسي والمقاول من الباطن) ولا دخل للوزارة بذلك .[2] .

غير أن حكماً صدر من محكمة التمييز على خلاف المستقر وفقها قضاء في كل من مصر والكويت حيث عقد الأختصاص للدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية بنظر كافة المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية المبرمة مع المقاول الأصلي وما يتفرع عنها من عقود مع مقاول الباطن حيث إعتبرت العقد المعروض عليها بأنه "... عقد إدارياً بإعتباره عقد أشغال عامة ينعقد الأختصاص بنظر المنازعات المتعلقة به للدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية دون غيرها إلغاء وتعويضاً عملاً بالمادة الثانية من المرسوم بقانون رقم ١٩٨١/٢٠ وتيمتد إختصاصها ليشمل كافة المنازعات المتفرعة عن هذا العقد سواء تلك التي تنشأ بين جهة الإدارة والمقاول الأصلي أو المنازعات التي تنشأ بين جهة الإدارة ومقاولي الباطن فيما يتعلق بتنفيذ هذا العقد " [1] .

---

(١) حكم محكمة التمييز رقمي ١٢٨ ، ١٤٠ لسنة ١٩٩٤ تجاري جلسة ١٩٩٤/١٢/٦ - موسوعة مبادئ القضاء الاداري - الجزء الثامن - القاعدة رقم ١١١ - صـ ٣٤٢.

(٢) فتوى رقم ١٤٣٦ في ١٩٩٨/٦/١ مرجع رقم ٩٨/٨٢/٢ - المرجع التشريعي لعقود الأشغال العامة ج ٢ ـ مرجع سابق ص ٥٨٤، ٥٨٦ .

ونحن نرى أن هذا الرأي الأخير لمحكمة التمييز هو أرجح من الموقف المتشدد لمجلس الدولة المصري ومحكمة التمييز في الكويت من التعاقد من الباطن للأسباب التالية :

- غياب النصوص التشريعية المنظمة للتعاقد من الباطن في العقود الإدارية .

- الدور الإنشائي للقضاء الإداري في إبداع الحلول لمثل هذه التطورات الأقتصادية.

- التعاقد من الباطن أصبح حقيقة مسلم بها في عقود الالفية الثالثة .

و يترتب على عدم الالتزام بالتنفيذ الشخصى الآثار القانونية التالية :

١. يعتبر تنازل المتعاقد مع الإدارة – كلياً أو جزئياً عن العقد بدون موافقة الإدارة باطلاً ولا يحتج به في مواجهة الإدارة ، فلا تنشأ بين المتعاقد من الباطن و بين الإدارة أية علاقة ، و يبقى المتعاقد الأصلى مسئولاً فىمواجهة الإدارة في كلتا الحالتين ، و على ذلك فلا عبرة بما يدعيه المتعاقد الأصلى من أن الخطأ المنسوب إليه هو في حقيقته بفعل المتعاقد من الباطن .... و عليه وحده يوقع الجزاء ..... وذلك أن المتعاقد الأصلى يتحمل وحده المسئولية عن هذا الخطأ المنسوب للمتعاقد من الباطن[٢][١] "

٢. يشكل هذا التنازل خطئاً عقدياً يرتب مسئولية المتعاقد عن الاضرار الناتجة عنه ويوقعه تحت طائلة الجزاءات القانونية المختلفة .

وحول هذا قالت محكمة القضاء الإداري بأنه " لا يجوز له أن يحل غيره فيها وأن يتعاقد بشأنها من الباطن إلا بموافقة الإدارة فإذا حصل التنازل عن العقد الإداري بدون موافقة الإدارة ، فإن التنازل يعتبر باطلاً بطلاناً

---

(١) حكم محكمة التمييز رقم ٩٨/٣٨٣ تجاري إداري /١ – جلسة ٢٠٠٠/٢/٢١ – مشار إليه في المرجع التشريعي لعقود الأشغال العامة – ج ٢ – القاعدة رقم ٣٥١ – ص ٧٨٦ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١١٠٩ س ٨ ق جلسة ١٩٦٣/١٢/٢٨ ــ المجموعة س ٩ ص ٣٢٤.

يتعلق بالنظام العام ويكون خطأ من جانب المتعاقد يترتب عليه توقيع الجزاءات المنصوص عليها في العقد ، وخصوصا فسخ العقد أو إلغاؤه اعتباراً بأن الخطأ المذكور خطأ جسيماً ، وكذلك الحال في شأن التعاقد من الباطن إذ أنه مالم توافق جهة الإدارة على التعاقد من الباطن فليس للمتعاقد أن يعهد بتنفيذ الأعمال المطلوبة أو الالتزامات التى ارتبط بها إلى شخص آخر [1] .

٣ . الموافقة المسبقة على التنازل من سلطات الإدارة التقديرية ، ويجوز أن تكون الموافقة لاحقة إذا إعتمدت الإدارة هذا التنازل كتابة ، وفي هذه الحالة تنشأ علاقة تعاقدية مع المقاول من الباطن مع بقاء المتعاقد الأول مسئولاً أصلياً .

ج - *حالة وفاة المتعاقد :*

نظمها القانون الجديد في المادة (٧٧) منه بأن جعل للإدارة الحق في فسخ العقد مع رد التأمين إذا لم تكن لها مطالبات قبل المتعاقد ، أو السماح للورثة بالاستمرار في تنفيذ العقد بشرط أن يعينوا عنهم وكيلا بتوكيل مصدق على التوقيعات وتوافق عليه السلطة المختصة .

وإذا كان العقد مبرماً مع أكثر من متعاقد وتوفى أحدهما فيكون للجهة الإدارية الحق في إنهاء العقد مع رد التأمين أو مطالبة باقي المتعاقدين بالاستمرار في تنفيذه ، ويحصل الانهاء في جميع هذه الحالات بموجب كتاب موصي عليه بعلم الوصول دون حاجة إلى إتخاذ أية إجراءات أخرى أو الالتجاء إلى القضاء .

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ١٩٨ س ١١ ق جلسة ٢٧ / ١/ ١٩٥٧ـ المجموعة س ١١ ص ١٧٤ ، ١٧٥ .

ثـــانـــياً ــ الالتزام بالتنفيذ في المواعيد المحددة :

المواعيد المحددة في العقد الإداري تعتبر ضرورية لتسـيير المرفـق العـام وانتظامه فالقيود الزمنية و احترامها تعتبر التزام يقع على عاتق المتعاقـد يجـب الوفاء به ، و يترتب على مخالفته إمكانية قيام الإدارة بتوقيع جـزاءات مناسـبة بدءاً من غرامات التأخير ، مروراً بسحب العمل و تنفيذه على حساب المتعاقـد ، وانتهاءاً بفسخ العقد.

وتحديد مدد تنفيذ العقد يكون من جانب الإدارة سواء كانـت هـذه المـدد إجمالية تشتمل على العقد كوحدة واحدة ، أو كانت مرحلية حسب مراحـل تنفيـذ العقد .

والأصل هو النص على هذه المدد صراحة ، فإذا ما أغفلت الإدارة ذكر مدة تنفيذ العقد فإن ذلك لا يعني إطلاق يد المتعاقد في تقدير المدة وإنما هـو مقيـد بإعتبار أن تكون هذه المدة معقولة.

وفي ذلك قررت محكمة القضاء الإداري في أحد أحكامها إلي أنه " ... وإن كان العقد لم ينص على مدة معينة تقوم المصـلحة خلالهـا باسـتلام الرسـالة واختبارها و الانتهاء إلي قرار في شأنها تقوم بإبلاغه إلي الشركة المدعية إلا أن المفروض أن تقوم المصلحة بكل ذلك في مدة معقولة "[1].

وأكدت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع ذا ت المبـدأ فـي أحـد فتواها حيث قالت "...أن المتعاقدين و إن لم يفصحا عن ميعاد معين لتنفيذ الالتزام فليس معنى ذلك أن يكون التنفيذ بمنأى من كل قيد زمنى و إنما يتعين أن يتم في مدد معقولة وفقاً للمجرى العادى للأمور و طبيعة التعاقد ذاته و الهدف الذي يرنو إليه"[2].

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٢٤٠٢ س ٩ ق جلسة ١١/ ٥/ ١٩٥٨ – المجموعة س ١٢ ، ١٣ ص ١١٢ .

(٢) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ١٥٤ / ١ /١٥ جلسة ١ / ١١ /١٩٩٢ مشار إليه في المستشار. حمـدي ياسين عكاشة – مرجع سابق ص ٣٧١ ، وفي ذات المعنى – انظر الطعن رقم ٩٧ لسنة ٩٤ تجـاري جلسـة ٢٢ / ١١ / ١٩٩٤ – من مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة التمييز في ١/١/ ١٩٩٢ إلى ٣١ /١٢ / ١٩٩٦ .

بل إن المحكمة الادارية العليا ذهبت إلي أن المُدد الزمنية التقديرية لانجاز المشروع لا تلزم الإدارة حيث ان التزامات المتعاقد تتحدد طبقاً لنصوص العقد وليس على أساس مكاتبات أو مراسلات تصدر عن جهة الإدارة، فقالت"...أن الأوراق قد خلت من تحديد قاطع لانتهاء الاعمال المدنية "... وإذ كانت جهة الإدارة المطعون ضدها قد صدرت عنها بعض مكاتبات تتضمن أنها كانت تقدر انتهاء الأعمال المدنية في تاريخ معين ، فإن هذا التحديد التقديري لا يعدو أن يكون من قبيل الاجتهاد والتوقع لما هو مأمول أو يُرجى حدوثه ، دون أن يصلح بذاته سنداً في القانون لاكتساب الشركة الطاعنة حقا منه ، أو ترتيب التزام على أساسه " (١) .

وفي الكويت قررت محكمة *التمييز* بأنه يجب أن تنجز الأعمال في المدة المتفق عليها فإذا " لم يتفق على مدة التزم بإنجازه وفقاً للأصول المتعارف عليها وفي المدة المعقولة التي تقتضيها طبيعة العمل مع مراعاة عرف الحرفة "(٢).

وفي الكويت قررت محكمة *التمييز* مبدأ يتضمن أن " إنجاز العمل في المدة المتفق عليها أو في المدة المعقولة هو إلتزام بتحقيق عناية وليس إلتزاماً ببذل عناية"(٣).

وبالنسبة لبدء سريان مدة التنفيذ فقد قالت المحكمة الإدارية في حكم آخر لها بأنه " ...أما عن بدء سريان مدة التنفيذ فهي من التاريخ المحدد في العقد ، فإن خلا العقد من ذلك فمن تاريخ تو قيع العقد ، وإذا نص العقد على أن مدة التنفيذ تبدأ من تاريخ تسلم الموقع فإنه يعتبر موعد التنفيذ وليس تاريخ إبرام العقد "(٤).

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٨٠٠ س ٣٤ ق جلسة ١٩ / ٥ / ١٩٩٢ -مشار إليه في المستشار . حمدي ياسين عكاشة – موسوعة العقود الادارية – المبدأ ٢٥٦ – مرجع سابق ص٣٧٢.

(٢) حكم محكمة التمييز رقم ٩٧ لسنة٩٤ تجاري جلسة ١٩٩٤/١١/٢٢ – من مجموعة المبادىء التي أقرتها محكمة التمييز – القسم الثالث – المجلد الثالث – قاعدة ١١٥ صـ٢٤٧ ، والحكم رقم ٦٥٣ لسنة ٢٠٠٠ تجاري جلسة ٢٠٠١/٥/٧ حكم غير منشور .

(٣) حكم محكمة التمييز رقم ٩٧ لسنة٩٤ تجاري جلسة ١٩٩٤/١١/٢٢ – القسم الثالث – المجلد الثالث – قاعدة ١١٥ ـ٢٤٧ .

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١١١٨ س ٢٥ ق جلسة ١٦/ ١ /١٩٦٥ـ مشار إليه ـ المستشار حمدي ياسين عكاشة ـ موسوعة العقود الإدارية والدولية ـ العقود الإدارية ـ ص ٣٧٧ .

ويترتب على إخلال المتعاقد بإلتزامه بالتنفيذ بالمواعيد المحددة جزاءات مختلفة تتمثل غالباً في غرامة التأخير مع حق الإدارة في سحب العمل وتنفيذه على حسابه أو حتى فسخ العقد .

وطبقت محكمة التمييز هذا المبدأ في أحد القضايا حيث قررت بأن "... الهبوط بالفلتر رقم ١١ لم يكن عائقاً سبب تأخراً في تنفيذ الشركة المستأنف ضدها للأعمال موضوع العقد ، وأن المستأنف ضدها المؤسسة العامة للموانئ الكويتية ــ لم يصدر عنه عائقاً في التنفيذ ، وأن التأخير في التنفيذ الذي حدث إنما صدر عن الشركة المستأنف ضدها ــ الطاعنة ــ بتأخرها في توريد (بايبات الدكتابل) وأعمدة الأنارة وملحقاتها " [1] .

وعلى ذلك رتب الحكم تحميل الطاعنة بمبلغ غرامات التاخير التى كانت الإدارة قد وقعتها عليها بسبب إخلالها بمبدأ التنفيذ في المواعيد المحددة .

وحول هدف غرامات التأخير التي تفرضها الإدارة بينت المحكمة الإدارية العليا بأنها من أجل أن يتم التنفيذ في الوقت المحدد فقالت بأنه " ولقد كان من المبادئ المسلمة في فقه القانون الإداري أن غرامات التأخير في العقود الإدارية مقررة ضماناً لتنفيذ هذه العقود في المواعيد المتفق عليها حرصاً على سير المرافق العامة بانتظام واضطراد ... أن جهة الإدارة في تحديدها مواعيد معينة لتنفيذ العقد يفترض فيها أنها قدرت أن حاجة المرفق تستوجب التنفيذ في هذه المواعيد دون تأخير "[2] .

---

(١) حكم محكمة التمييز رقم ٢٠٠١/٢٩٢ إداري /١ ـ جلسة ٢٠٠٢/١٢/٢٣ ـ حكم غير منشور .
(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٦٧/١٦٠ – س ١٢ ق جلسة ٣/٢١ /١٩٧٠ – المجموعة س١٥ ص ٢٢٢ .

ومن ثم فلجهة الإدارة أن توقع هذه الغرامات بنفسها دون حاجة إلى حكم بها إذا أخل المتعاقد بالتزامه قبلها ولا يقبل منه إثبات عدم حصول ضرر لها من تأخيره في تنفيذ التزامه فالضرر مفترض بمجرد حصول التأخير فإقتضاء الغرامة منوط بتقديرها باعتبارها القوامة على حسن سير المرافق العامة .

وفي الكويت قررت محكمة *التمييز* بأن " تحديد العقد لمواعيد معينة لتنفيذ إلتزامات المتعاقد وفوات هذه المواعيد لا يعني سقوط حق الإدارة في المطالبة بالتعويض عن الإخلال بهذه الإلتزامات "[1].

وقد قضت محكمة *التمييز* في أحد أحكامها بأن تحديد العقد لمواعيد معينه لتنفيذ التزامات المتعاقد فوات أي هذه المواعيد لا يعني سقوط حق الإدارة في المطالبة بالتعويض عن الاخلال بهذه الالتزامات "[2].

وقد أوجب القضاء على المتعاقد فور إبلاغه بتاريخ معين لبدء العمل اتخاذ موقف إيجابي لتحقيق بدء التنفيذ فقالت المحكمة الإدارية العليا أن " الواجب إزاء هذا (تعيين بدء العمل)[3] أن يتقدم هو من جانبه بطلب تسليمه هذه المواقع ، لا أن يتربص في إنتظار أن تدعوه الإدارة إلى تسلمها ، إذ أن هذا الواجب لا يقع على عاتقها بل يفرضه عليه بحكم طبائع الأشياء التزامه بإنجاز التركيبات الكهربائية المتفق عليها في مهلة حددها العقد بثمانية من تاريخ صدور أمر التشغيل الكتابي إليه لا من تاريخ التسليم الفعلى ، وارتباطه بهذه المهلة ابتداء وانتهاء .... ومقتضى الالتزام بالبدء بوجوب اتخاذ موقف إيجابي من جانب المقاول لا من جانب الإدارة لتحقيق هذا البدء بالفعل ....."[4].

---

(١) حكم محكمة التمييز رقم ٢٦٩ لسنة ١٩٩٦ تجاري – جلسة ١٩٩٧/٣/٣١ — موسوعة مبادىء القضاء الإداري- الكتاب الثالث – ج(٨) القاعدة رقم ٩٤ صـ٤٤١ .

(٢) حكم محكمة التمييز رقم ٢٦٩ لسنة ١٩٩٦ تجاري – جلسة ٣١/ ٣/ ١٩٩٧ -موسوعة مبادئ القضاء الإداري – الكتاب الثالث – ج(٨) القاعدة رقم ٩٤ صـ ٢٢١ .

(٣) أضيف بمعرفة الباحث.

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٠٨٦ س ٧ ق جلسة ١٩٦٣/١١/٣٠ ـ المجموعة س ٩ ص ١٦٠ .

ثـــالثـــا ـــ الالتزام بضمان سير المرفق العام :

بسبب النظر إلى المتعاقد مع الإدارة على أنه شريك ومعـــاون لـــلإدارة فـــي تنظيم سير المرفق العام وإنتظامه فإنه يقع عليه إلى جانب الإدارة إلتزام بضـــمان سير المرافق العامة بإنتظام وإضطراد.

وينبني على ذلك أنه مفترض عليه الاستمرار في تنفيذ التزاماتـــه المختلفـــة دون توقف حتى ولو أخلت الإدارة من جانبها في التزاماتها ، فلا يستطيع المتعاقد فسخ العقد بإرادته المنفردة ، ولا يستطيع الدفع بعدم التنفيذ المقـــرر الحـــق فيـــه لأطراف عقود القانون الخاص ، وإنما عليه الاستمرار في التنفيذ طالما ظل ذلـــك في استطاعته ذلك ثم يطالب جهة الإدارة بالتعويض اللازم ، أو الطلب من القضاء فسخ العقد.

وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا بأن "...فسخ العقد الإداري كأصل عام أمر تترخص فيه جهة الإدارة وحدها ضماناً لحسن سير المرفق العام .... وينبني على ذلك أنه ليس للمتعاقد مع الإدارة أن يفسخ العقد المبرم معها بقرار منه إذا ما وجدت مبررات الفسخ ... كما أن الدفع بعدم التنفيذ كأصل عام غيـــر جـــائز فـــي العقود الإدارية لما تتميز به من خصائص ، ولإتصالها بالمرافق العامة التى يجـــب أن تسير بانتظام واضطراد ، ومن ثم فلا يجوز للمتعاقد مع جهة الإدارة أن يوقف سير المرفق لأي سبب حتى ولو كان لخطأ أو تقصير من جانب الإدارة في تنفيـــذ التزام من التزاماته التعاقدية " [1].

ويمكن للإدارة[2] توقيع الجزاءات المقررة ، وأن تفسخ العقد وتصادر التأمين مع حفظ حقها في الرجوع عليه بالتعويض إذا توقف المتعاقد عن التنفيذ وبالتالي " حُقت مساءلته عن تبعة فعله السلبى[3] .

---

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٠٢٧ س١٥ ق جلسة ١٩٧٨/١/٢٨ـــ المجموعة س ٢٣ ص ٥٢ مشار إليه ـــ المستشار. حمدي ياسين عكاشة ـــ العقود الادارية- ص ٣٨٧ ،٣٨٨ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٠٢٧ س ١٥ ق جلسة ٢٨ / ١ / ١٩٧٨ – المجموعة س ١٥ ص ١٩١٨ ، ١٩١٩ سابق الإشارة إليه .

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٧٦٧ س ١١ ق جلسة ٥/ ٧/ ١٩٦٩ – المجموعة س١٠ ص ١٩١٥ .

رابعاً ــ الالتزام بضمانة سلامة الأعمال :

لا ينتهي التزام المتعاقد مع الإدارة بمجرد إنجاز الأعمال محل التعاقد وفقاً لنصوص العقد ، بل تقوم مسئوليته عن الأضرار التي يمكن أن تلحق الأعمال موضوع العقد ، سواء ورد هذا الضمان استناداً الى العقد أو إلى نصوص القانون.

وقد نصت المادة (٨٨) من قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بالنسبة لعقود مقاولات الأعمال على أنه (يضمن المقاول الأعمال موضوع العقد وحسن تنفيذها على الوجه الأكمل لمدة سنة واحدة من تاريخ التسليم المؤقت ، وذلك دون إخلال لمدة الضمان المنصوص عليها في القانون المدني أو أي قانون آخر ، والمقاول مسئول عن بقاء جميع الأعمال سليمة أثناء مدة الضمان طبقاً لشروط التعاقد ، فإذا ظهر بها أي خلل أو عيب يقوم بإصلاحه على نفقته وإذا قصر في إجراء ذلك فللجهة الإدارية أن تجريه على نفقته وتحت مسؤليته).

فليس من المقبول أن تقوم الإدارة باستلام الأعمال موضوع العقد أن تقوم بالوفاء بالثمن ثم ينتهي العقد ، ثم تظهر بعد ذلك مباشرة عيوب تلحق بسلامة هذه الأعمال ولها تأثير – بلا شك – على كفاءة تشغيلها أو أداءها للعمل ، فأوجد القانون التزام على المتعاقد بضمان سلامة الأعمال المتعاقد عليها ، وضمان إتمام إنجازها وتشطيبها ، لتأمين أداءها للخدمة العامة على أكمل وجه .

وهناك أنواع عديدة من هذه الضمانات ، فمنها على سبيل المثال الضمان العشرى ، والضمان الثنائى ، وضمان كفاءة الأداء ، وضمان جودة التشغيل وضمان التشطيب ، وهي ضمانات يختلط فيها الالتزام بين نصوص القانون وبنود العقد[1] .

---

(١) المستشار. حمدي ياسين عكاشة ــ العقود الإدارية – مرجع سابق – ص ٣٩٦.

وقد أوردت المحكمة الإدارية العليا هذا الضمان ضمن إلتزامات المتعاقد في أحد أحكامها فقررت " أن القانون المدني تضمن أحكاماً خاصة في شأن ضمان المقاول لما يقيمه من منشأت أو مباني خروجاً على القواعد العامة في الضمان وإذا أحال العقد على تطبيق أحد هذه الأحكام كحكم المادة (٦٥١) من هذا القانون فإنه يتعين فهم هذه الإحالة على أساس انصرافها كذلك إلى باقي المواد المنظمة لأحكام الضمان ومنها المادة (٦٥٤) ما دامت لا تتعارض مع روابط القانون العام "[١].

مما يتضح أن القضاء الإداري في مصر يطبق أحكام القانون المدني بالنسبة للعقود الأشغال العامة والمتعلقة بالضمان العشري ومنها حكم المحكمة الإدارية بقولها أنه ".... وقد وقع التهدم للمنشأت التي أقامها المقاول المطعون ضده خلال سنة من تاريخ التسليم الابتدائي لها وكان سببه مخالفة المؤن والخرسانة المستعملة في إقامة تلك المنشأت للمواصفات الفنية والمتفق عليها في العقد المبرم بين المحافظة الطاعنة والمطعون ضده. ولذلك فإنه يكون مسئولاً عن تعويض الأضرار التى لحقت مباشرة بالمحافظة والتى تتمثل فيما كانت قد دفعته من مقابل لإقامة المنشآت بالإضافة إلى مصاريف تحليل عينات مواد البناء مع الفوائد القانونية"[٢].

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٢٨٣ س جلسة ٦ / ٤ / ١٩٦٨ – المجموعة س ١٣ صـ ٧٦٦.
(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٥٤٤ ق جلسة ٢٥ / ١٢ / ١٩٧١ – المجموعة س ١٧ ص ١٢١.

الفـــرع الـثانـــي

حقـــوق المتـــعاقـــد مـــع الإدارة

حقوق المتعاقد مع الإدارة هي نتاج التزاماته بتنفيذ العقد على النحو المحقق لأهدافه المبتغاه من إبرام العقد، وأخص هذه الحقوق حق المتعاقد في تقاضي قيمة العقد أو الثمن المتفق عليه ، أي حقه في الحصول على المقابل النقدي ، والـذي يتمثل عادة في قيمة الأعمال أو الأصناف محل التعاقد ومايكلف بـــه مـــن أعمـــال اضافية أو تغييرية .

فضلاً عن ذلك ، فإن للمتعاقد الحق في استمرار التوازن المالي للعقد ، فـــإذا ما إنقلبت اقتصاديات العقد ، سواء بفعل الإدارة الناتج عن اجراءاتها الإداريـــة أو التشريعية أو بفعل عوارض التنفيذ التى تصادف العقد الإداري ، فإنه ينشأ للمتعاقد الحق في إعادة التوازن المالي للعقد .

وفي نهاية الأمر ، فإن حقوق المتعاقد والتزاماته على وجه العموم يحـــددها نصوص العقد ، دون نظر إلى المنشورات أو التعليمات الداخلية للإدارة طالما لـــم يؤثر على الحقوق المقررة للمتعاقد .

وقد أرست المحكمة الإدارية العليا المبدأ التالى:

" ... حقوق المتعاقد مع جهة الإدارة والتزاماته تحدد طبقا لنصوص العقـــد وليس على أساس مكاتبات أو مراسلات تصدر عن جهة الإدارة " (١) .

وسوف نعرض فيما يلي لكل حق من حقوق المتعاقد مع الإدارة في غصنين:

الغصن الأول ــ حقوق المتعاقد في الحصول على المقابل المادي .

الغصن الثاني ــ حق اعادة التوازن المالي .

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٨٠٠ س ٣٤ ق جلسة ١٩٩٢/٥/١٩ ــ الموسوعة الإدارية الحديثة – الفكهاني ــ ج (٣٥) ص ٣٤٨ .

الغصن الأول ــ حق الحصول على المقابل المادي :

هذا الحق هو الدافع الذي دفع المتعاقد إلى إبـرام العقـد مـع الإدارة ، لأن المتعاقد تاجر يهدف إلى تحقيق الربح أولاً وأخيراً .

على أنه يلاحظ أن هذا المقابل يجب أن يغطي تكاليف ونفقات تنفيـذ العقـد ونسبة أرباح مشروعه نظير جهده .

وهذا المقابل المالي تختلف صورته بإختلاف موضوع العقد ، ففي عقد التزام المرفق العام يتمثل هذا المقابل في صورة رسوم يتقاضاها من المنتفعين بخـدمات هذا المرفق مباشرة .

وفي عقد التوريد أو عقد الأشغال العامة وأغلب العقـود الإداريـة الأخـرى يتمثل في ثمن محدد متفق عليه[1].

ويكون حصول المتعاقد على المقابل النقدي إما مرة واحدة كاملة بعد تنفيـذ العقد، أو على شكل دفعة مقدمة ثم تتوالى باقي الدفعات بحسب مراحل التنفيذ وهي غالباً ما تكون في العقود التى يستغرق تنفيذها طويلاً .

فالأصل أن الإدارة لا تقوم بالدفع مقدما وإنما بعد الانتهاء والتنفيذ الفعلـى ، وإنما يجوز لها ذلك على سبيل الاستثناء كما أشارت المـادة (٢٢) مـن قـانون المناقصات المصري بقولها (يجوز بموافقة السلطة المختصة صرف دفعات مقدمة تحت الحساب مقابل خطاب ضمان معتمد وذلك بالنسب وفي الحدود وفقاً للشـروط والقواعد والاجراءات التى تبينها اللائحة التنفيذية).

---

(١) وقد يكون هذا المقابل في عقد التوظف مرتبا شهريا ، وفي عقد القرض يكون على شكل فائدة..... الخ .

والجدير بالذكر أن هناك نوع من الجمود بالنسبة للشروط التعاقدية المتعلقة بالمقابل النقدي فلا تستطيع الإدارة أن تقوم بتعديلها دون موافقة المتعاقد ، لأن سلطة التعديل – كما أسلفنا – لا تشمل إلا الشروط المتعلق بسير المرفق ، وهذه لا تشمل الشروط التى تحدد المقابل المادي ، باستثناء ما يتعلق بتحديد رسوم الانتفاع في عقود الالتزام وبالتالي فتستطيع الإدارة استناداً إلى حقها في تعديل شروط العقد تعديل قوائم الأسعار لأنها تدخل في الشق اللائحي وذلك بإرادتها دون حاجة لرضا المتعاقد[1] .

وفي الكويت ما قضت به المادة (٤٦) قانون المناقصات العامة بأنه (إذا وجد عند التدقيق أن بعض الأسعار الفردية غير معقولة قامت اللجنة بتعديلها مع المناقص الفائز قبل ترسية المناقصة عليه في حدود السعر الاجمالي للمناقصة).

وفي حالة عدم اتفاق المتعاقدين على سعر قبل التوريد فإن المحكمة هي التى تتولى تحديده بمعرفتها وحول هذا المعنى قررت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها بأنه "... وإذا لم يتفق الطرفان قبل التوريد على السعر الواجب المحاسبة بمقتضاه ، ولم تنطوي الأوراق على ما يفيد قبول المدعي صراحة أو ضمناً توريد اللبن المبستر بسعر نصف الجملة ، ومن ثم فلا وجه لما ذهبت إليه الإدارة وسايرها فيه الحكم المطعون فيه من وجوب الأخذ بسعر نصف الجملة في هذه الحالة وترى المحكمة أن تكون المحاسبة بسعر.... على أساس أن الفرق بين هذا السعر وسعر نصف الجملة يمثل الربح المناسب الذي تقدره المحكمة للمدعي باعتبار أنه قد اشترى اللبن بسعر نصف الجملة "[2].

---

(١) الدكتور.سليمان الطماوي – الأسس العامة للعقود الإدارية – مرجع سابق ص ٥٨٢ .
(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٥٦٠ س١٣ ق جلسة ١٧ / ٦ / ١٩٧٢ – المجموعة س ١٧ ص ٥٦٧ .

وليس ثمة ما يمنع أن ينطوي الثمن في العقود الإدارية على فروق عـلاوة تحويل العملة أو مافي حكمها ، فلا مخالفة في اتفاق طرفي العقد على زيادة الثمن بما يوازي قيمة هذه العلاوة[١].

والثمن الذي يتحدد باتفاق المتعاقدين في العقود الإدارية وإن كان يقيد كأصل عام طرفيه إلا أنه لا يمنع قانوناً من الاتفاق على تعديلـه ، إذا مـا تلاقـت إرادة السلطة الإدارية المختصة بإبرام العقد الأصلي صريحة وقاطعة مع إرادة المتعاقـد معها على هذا التعديل ، وفي هذه الحال يكون الثمن الجديد ملزما لكل من طرفيـه وواجب الأداء[٢].

الغصن الثـاني ــ حق اعادة التوازن المالي للعقد :

ويعني حصول المضرورعلى التعويض بالقدر الـذي يزيـل أسـباب الخلـل الحاصل بتوازن العقد ، فالتوازن المالي للعقد الإداري يمثـل حالـة العـدل التـى ارتضاها طرفي العقد[٣] ، بين الأعمال والمقابل .

ونظراً لأن طبيعة العقد الإداري تمنح الإدارة سلطة تعديل العقد ومنها تعـديل التزامات المتعاقد زيادة ونقصاناً ، مما قد يؤدي إلى مساس بتوازن العقد المـالي فيجب أن يقابله مرونة في تعديل حقوق المتعاقد زيادة ونقصاناً بما يعيـد للعقـد توازنه المالي بين حقوق المتعاقد والتزاماته .

ويعتبر هذا الحق جزءاً من طبيعة العقد الإداري تتجه إليه النيـة المشـتركة والمفترضة للمتعاقدين فيطبق إلا إذا وجد نص صريح في العقد يقيد منه أو يمحو أثاره[٤].

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٢٢٢ س ١٢ ق جلسة ١٩٧٠/١/١٧ ــ المجموعة س١٥ ص١٤٦ .
(٢) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع – ملف رقم ٧٨ / ٢ /١١ جلسة ١٦ / ٦ / ١٩٨٢ .
(٣) المستشار.حمدي ياسين عكاشة – العقود الإدارية – مرجع سابق ــ ص٣١ .
(٤) براجع الدكتورة عزيزة الشريف – نظرية العقد الإداري – مرجع سابق – ص ٢٧٧ .

فإذا صدرت أوامر من الإدارة إلى المتعاقد معها بإضافة أعمال جديدة أو تغيير في الكميات أو الأعمال ، فليس له أن يحتج بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين أو قاعدة الحق المكتسب ، لأن قيام العقد الإداري على أساس فكرة المرفق العام تفترض دوماً حدوث تغيرات في ظروف العقد ، وحتى ولم لو ينص العقد على ذلك لتعلقها بالنظام العام .

ولا مندوحة من الإشارة إلى أن هذه الأعباء يجب أن تكون في الحدود الطبيعية وفي حدود المعقول ، بأن لا تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد وليس مجرد إخلال بالتوازن المالي به.

وتتعدد الحالات التى تؤدي إلى انعدام التوازن المالي فمنها مرده إلى سلطة الإدارة في تعديل العقد أو مرده إلى ما قد يطرأ على تنفيذ العقد من عوارض[1] متمثلة في فعل الأمير والظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة ، وقد يؤدي الافتقار الذي لحق بالمتعاقد وما يقابله من إثراء الإدارة بسبب تنفيذ أعمال إضافية مفيدة للمشروع ، والجامع في هذه الحالات أنها ترتب الحق للمتعاقد المضرور التعويض من الإدارة لإعادة التوازن المالي لعقده .

وفي الكويت ـ أقرت محكمة التمييز مبدأ إعادة التوازن المالي فقضت أنه "... لمحكمة الموضوع سلطة تحصيل فهم واقع الدعوى ووزن أدلتها والأخذ بما تطمئن إليه منها ولها تفسير العقود والمحررات بما تراه أوفى بمقصود عقدها دون معقب عليها فيما تقدم كله مادامت تقيم قضائها على أسباب سائغة لها معناها الصحيح من أوراق الدعوى وطالما لم تخرج في تفسيرهما عن المعنى الذي تحتمله عبارة تلك المستندات ، ولا محل لتمسك المتعاقد مع الإدارة بإعادة التوازن المالي للعقد لأن ضمان هذا التوازن لا يعني بأي حال ضمان الإدارة لزيادة قدرة المتعاقد معها على الربح أو الاستغلال .[2]

---

(١) سنتكلم عنها تفصيلاً لاحقاً في الفصل الثاني في عوارض تنفيذ العقد الإداري .

(٢) حكم محكمة التمييز رقم ١٣٢ لسنة ١٩٨٨ تجاري جلسة ١٩٨٩/١١/٢ – موسوعة مبادئ القضاء الإداري – الكتاب الثالث – ج٨ – ص ٤٣٢ .

المبحث الثـــاني
عوارض تنفيذ العقد الإداري

يترتب على إبرام العقود الإدارية آثار متعددة ، تتمثل فـــي ســـلطات الإدارة المتعاقدة التى تؤكد على عدم تساوى مركز المتعاقدين في العقـــد الإداري وذلـــك استناداً إلى أن الإدارة هي القائمة على مصالح المرفق العام فيجب دائمـــاً تغليـــب الصالح العام الذي تمثله الإدارة على الصالح الخاص للمتعاقد معها[1] .

وكنا قد بينا ذلك في الفصل الأول من هذا الباب ، و أوضحنا هذه السلطات و الامتيازات ، والتى من أهمها حق الإدارة في تعديل شروط العقد الإداري بإرادتهـــا المنفردة وفقاً لمقتضيات الصالح العام دون اشتراط موافقة الطرف المتعاقد معهـــا، و أوضحنا كذلك انه ليس لهذا المتعاقد رفض مثل هذه التعديلات ، وإنما يقررلـــه القانون في مقابل هذه السلطة ، الحق في طلب الحصول على تعويض يعيد للعقـــد توازنه المالي إذا ما ترتب على هذه التعديلات إخلال بالتوازن المالي ، أو انهيـــار هذا التوازن .

أي بمعنى آخر أن العقد الإدراي قد يعترض تنفيذه عـــوارض تـــؤدي إلـــى الإخلال بتوازنه المالي أو أنهياره ،وذلك بسبب وقوع أخطاء من جانـــب الإدارة لا يد للمتعاقد فيها تؤدى إلى أصابته بأضرار جسمية ، مثل تأخيرها في تسليم موقع العمل مدة طويلة .

أو قد يكون الإخلال بالعقد بسبب تغير الظروف التى أبرم فيها العقد ، بقيـــام الإدارة المتعاقدة بإصدار إجراءات إدارية مشروعة يترتب عليها إخلال بـــالتوازن المالي للعقد ، بما يعرف بنظرية فعل الأمير .

---

(١) يراجع الدكتور محمود أبو السعود - بحث سلطة الإدارة في تنفيذ العقد الإداري - مجلة العلوم القانونية والاقتصـــادية كليـــة الحقوق - عين شمس - يناير ١٩٩٧ - العدد الأول - ص ٣٩ ص ٢٢ .

أو بسبب تغير الظروف التى أبرم فيها العقد بشكل تؤدى أما إلـــى اســـتحالة تنفيذ العقد بما يعرف بنظرية الطارئة ، وإما إلى جعل تنفيذ المتعاقد للعقـــد أمـــراً مرهقاً مادياً له بما يعرف باسم نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة .

وسوف نتناول هذه العوارض في مبحثين على النحو التالي :

المبحث الأول ـــ عوارض التنفيذ الناتجة عن عمـــل الإدارة ونظريـــة فعـــل الأمير.

المبحث الثاني ـــ عوارض التنفيذالناتجة عن الظروف الطارئة والصـــعوبات المادية غير المتوقعة .

المطلب الأول
عوارض التنفيذ الناتجة عن عمل الإدارة
" نظرية عمل الأمير "

كفتنا محكمة القضاء الإداري مئونة تعريف[1] نظرية " فعل الأمير وذلك بعبارات محبوكة الصياغة أحاطت بفكرة هذه النظرية و طبيعتها ، إحاطة السوار بالمعصم ، فقالت "..... إن المقصود بعبارة " فعل الأمير " هو كل إجراء تتخذه السلطات العامة ، و يكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة أو في الالتزامات التى ينص عليها العقد مما يطلق عليه بصفة عامة المخاطر الإدارية ، و هذه الإجراءات التى تصدر من السلطة العامة قد تكون من الجهة الإدارية التى أبرمت العقد ، و قد تتخذ شكل قرار فردى خاص أو تكون بقواعد تنظيمية " [2].

وبعض الفقهاء يعرفون نظرية فعل الأمير بأنه عمل يصدر من سلطة عامة ، دون خطأ في جانبها ينجم عنه إساءة لمركز المتعاقد في العقد الإداري ، ويؤدي إلى التزام جهة الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد المضرور عن كافة الأضرار التى تلحقه من جراء ذلك بما يعيد التوازن المالي للعقد[3] .

---

(١) للمزيد من تعريفات الفقه لفعل الأمير يراجع كل من الدكتور.توفيق شحاته – مبادىء القانون الإداري – صـ ٨١٥ ، الدكتور.سليمان الطماوي – مرجع سابق ٥٦٧ ، الدكتور.محمد فؤاد عبد الباسط – مرجع سابق صـ ٢٢٦ ، وأيضا الدكتور.داوود العيسي – المبادىء العامة في القضاء الإداري – الجزء الثاني ـ مرجع سابق ـ صـ٢٢٥.

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٩٨٣ س٩ ق جلسة ٣٠ / ٨ / ١٩٥٧ – المجموعة س ١١ ص ٦٠٧ ـ حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٢٩٥ س ١٥ ق جلسة١٩٦٤/١٢/٢٧ ـ المجموعة خمس سنوات من ١٩٦١/١٠/١ حتى ١٩٦٦/٩/٣٠ ـ صـ ٤٤٧ .

(٣) الدكتور.سليمان الطماوي – العقود الإدارية – طبعة سنة ١٩٥١ ـ ص٦٢٤.

ومن ثم يتدخل القضاء الإداري لتحقيق هذا التوازن المالي لعقد وهو ما جاء في أحد أحكامها قائلة فيه " ... تدخل القضاء الإداري لتحقيق التوازن المالي للعقد الإداري تطبيقاً لنظرية فعل الأمير مناطه توافر شروطها ومن بينها أن يكون الفعل الضار صادرا من جهة الإدارة المتعاقدة "[1] .

وهذه النظرية تقررت لضمان حق المتعاقد مع الإدارة في الحصول على تعويض لجبر الأضرار اللاحقة به ، جراء ما قامت به من إجراءات خاصة أو عامة بطريق مباشر أو بطريق غير مباشر ، وكان من شأن هذه الإجراءات الإخلال بالتوازن المالي للعقد و التى تقوم العقود الإدارية عليها ، والتى تنص على وجود تناسب بين الالتزامات التى تفرضها و بين الفوائد التى يجنيها المتعاقدون منها ، فهما متقابلان بحيث إذا تغيرت الالتزامات فالفائدة تتغير هي الأخرى بطريقة تبعية لأقامة التوازن المالي للعقد[2] .

وهذا التوازن هو أمر مفترض في العقد الإداري ، لأن من المجانب للعدالة تحمل المتعاقد وحده عبء التعديل للصالح العام وحرمانه من تحقيق المصلحة الخاصة ، ولا يعنى ذلك بحال من الأحوال أن تغليب المصلحة العامة معناه التضحية بالمصلحة الخاصة ، وإلا لما أقبل على إبرام عقود مع جهة الإدارة ، فالعدالة تعنى إقامة نوع من التوازن المالي للعقد بتقرير حق الإدارة في التعديل وحق المتعاقد في الحصول على تعويض جابر.

ولكن هذه النظرية بما يترتب على تطبيقها من تعويض كامل ،حرص القضاء بصفته المحضن الذي نشأت فيه هذه النظرية على وضع حدود وشروط ومجال لتطبيقها والتى سوف نبين غموضها وحدودها لأهمية النتائج المترتبة عليها .

---

(١) حكم محكمة لاقضاء الإداري رقم ١٥٦٢ س١٠ق – جلسة ١٩٦٨/٥/١١ المجموعة س١٣ – ص ٨٧٤ – مشار إليه في الدكتور .عبدالهادي عباس – المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية – الجزء الثاني ص٤٢٤.

(٢) الدكتور.عبد الحميد كمال حشيش – بحث التطور الحديث للمبادئ العامة للعقود الإدارية – منشور بمجلة العلوم الإدارية – تصدر عن المعهد الدولي للعلوم الإدارية – شعبة الجمهورية العربية المتحدة – السنة الرابعة – العدد الثاني – ديسمبر سنة ١٩٦٣ ص ١٢٣.

الفـــــرع الأول

شروط نظرية فعل الأمير وحالاتها

لم يترك الفقه و القضاء مسألة التعويض على أساس نظرية فعل الأمير دون تحديد و تقييد فإشترط لانطباق هذه النظرية شروطاً استقر الفقه و القضاء عليها و تطلب توافرها جميعا [1] ، بحيث إذا تخلف أحدها لا تطبق هذه النظرية .

أولا ــ شروط نظرية فعل الأمير :

تطرق القضاء ممثلا بالمحكمة الإدارية العليا إلى بيان هذه الشروط ، فقد قالت في أحد أحكامها بأنه ".... إذا كانت العلاقة بين الطاعن و بين الإدارة هي عقد إداري، فإن شروط نظرية فعل الأمير التى استند إليها الطاعن في تقرير أحقيته في التعويض غير متوافرة في حالته ذلك أن شروطها هي :

١. أن يكون ثمة عقد من العقود الإدارية .
٢. أن يكون الفعل الضار صادرا من الجهة الإدارية المتعاقدة .
٣. أن ينشأ عنه ضرر للمتعاقد لا يشترط فيه درجة معينة من الجسامة .
٤. افتراض أن الإدارة المتعاقدة لم تخطئ حين اتخذت عملها الضار فمسئوليتها عقدية بلا خطأ .
٥. أن يكون الإجراء الصادر من الإدارة غير متوقع .
٦. أن يلحق المتعاقد ضرر خاص لا يشاركه فيه سائر من يمسه القرار العام " [2].

---

(١) راجع في شرح هذه الشروط الدكتور.توفيق شحاته – القانون الإداري طبعة ١٩٥٥ ص ٨١٩ وما بعدها ، و الدكتور.سليمان الطماوي – مرجع سابق ص ٥٦٩ وما بعدها ، و الدكتور.محمود عاطف البنا – مرجع سابق ص ٢٨ وما بعدها وأيضاً الدكتور.السيد محمد مدني – مسئولية الدولة عن أعمالها المشروعة (القوانين واللوائح) في القانون المصري – دراسة مقارنة – المطبعة العالمية – ١٩٥٢ – ص٣٥٤ وما بعدها.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٦٥ س ٢ ق جلسة ١٩٦١/٥/٢٠ – المجموعة س ٦ ص ١١٣٣ ــ (تم ترتيب هذه الشروط الواردة بالحكم على شكل نقاط زيادة في التوضيح) وحكمها رقم ٤١٩ س ٢٤ ق ــ جلسة ١٩٨٢/١٢/١٨ ــ الموسوعة الإدارية الحديثة ــ الفكهاني ــ ج ١٨ ص ٨٧٧ ، ٨٧٨ .

ويؤكد القضاء في الكويت على تطلب هذه الشروط لتوافر تطبيق نظرية فعل الأمير حيث أكدت محكمة التمييز بأنه " ... يشترط لإعمال نظرية فعل الأمير صدور إجراء خاص أو عام من جانب جهة الإدارة المتعاقدة لم يكن متوقعا وقت التعاقد يترتب عليه إلحاق ضرر خاص بالمتعاقد لا يشاركه فيه سائر من مسهم هذا الإجراء .... ولا يشترط في هذا الضرر درجة معينة من الجسامة و إنما يكفي أن يؤدي الضرر إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد..." (١).

وتعرضت إدارة الفتوى والتشريع في الكويت في أحد فتاواها إلى شروط هذه النظرية فقالت "وعمل الأمير هو إجراء خاص أو عام يصدر من جانب الجهة الإدارية المتعاقدة و يكون غير متوقع وقت التعاقد و يترتب إلحاق ضرر خاص بالمتعاقد لا يشاركه فيه سائر من يمسهم الإجراء و يشترط لتطبيق هذه النظرية :

١. أن يكون الفعل صادرا من جهة الإدارة المتعاقدة .
٢. أن ينشأ عنه ضرر للمتعاقد لا يشترط فيه درجة معينة من الجسامة.
٣. افتراض أن الإدارة المتعاقدة لم تخطئ حين اتخذت عملها الضار فمسئوليتها عقدية بلا خطأ .
٤. أن يكون الإجراء الصادر من الإدارة غير متوقع .
٥. أن يلحق المتعاقد ضرر خاص لا يشاركه فيه سائر من يمسه القرار العام (٢).

---

(١) حكم محكمة التمييز رقم ٢٠٤ لسنة ١٩٩٠ تجاري جلسة ١٩٩٣/٢/١٧ – موسوعة مبادئ القضاء الإداري ـ الكتاب الثالث – الجزء الثاني – ص ٣٩١ .

(٢) فتوى رقم ٢ /١٨٥٢ جلسة ٢٠ / ٨ /١٩٧٢ ، ووفي نفس المعنى أيضا حكم محكمة التمييز رقمي ٢٠٥ ، ٢٣٣ لسنة ١٩٩٩ إداري ـ جلسة ٢٠٠٠/٤/٢٤ـ حكم غير منشور .

و سوف نتناول هذه الشروط بما يناسبها من الشرح :

١ – وجود عقد إداري :

يجب أن يكون هناك ثمة عقد من العقود الإدارية بمعناها المتفق عليه و الذي قد تناولناه من مختلف زواياه في المبحث التمهيدي لهذا الباب ، مما يبين معه أن هذه النظرية خاصة في العقود الإدارية و لا تطبيق لها في مجال القانون الخاص الذي يقيم المسئولية على الخطأ .

وحول هذا الشرط قالت محكمة القضاء الإداري بأنه "..... متى كان الأمر بين الشركة وبين الحكومة خارجا عن نطاق الرابطة العقدية ، فإن طلب التعويض عن الأضرار التى تترتب على التشريع الجديد استنادا إلى نظرية " عمل الأمير " يكون على غير أساس سليم من القانون....." (١).

٢ – وجوب صدور الفعل الضار من الإدارة المتعاقدة :

ينبغي أيضاً لتكامل شروط هذه النظرية أن يكون الفعل الضار صادراً من جهة الإدارة المتعاقدة نفسها ، سواء كان ذلك استناداً إلى سلطتها في تعديل العقد بإرادتها المنفردة أو إلى سلطتها خارج هذا النطاق كسلطتها في الضبط الإداري .

و يستوي أن يكون هذا الفعل الضار في صورة إجراء عام أو خاص أو على شكل تصرف إيجابي من الإدارة أو تصرف سلبي منها .

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ١٥٢٥ س٦ق جلسة ١٩٥٧/٣/٣ ــ المجموعة س ١١ ص ٢٣٩ ــ والذي قالت فيه "... من المقرر أن المسئولية التي يترتب عليها التعويض في نطاقها نظير أعمال الأمير ، لا تقوم إلا في حالة ما إذا كان المتضرر تربطه بالدولة رابطة تعاقدية أثر فيها التشريع الجديد...." وأيضا في نفس المعنى حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٨٧٠ س ٥ ق جلسة ١٩٥٦/١٢/٩ ــ المجموعة س ١١ ص ٧٦، وأيضاً فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم ٧٥٤ جلسة ١٩٧١/٧/١٣ ــ ١٤٤/٢٥/٤٥٠ ص ٤٣٠ .

و بشكل عام فإن هذا الفعل الضار يجب أن ينسب إلى الإدارة المتعاقدة نفسها[1] ، و إن كان قضاء مجلس الدولة لم يستقر على سياسة ثابتة بخصوص صدور الإجراء الضار من الإدارة المتعاقدة ، فأعلنت محكمة القضاء الإداري في بداية الأمر عن عدم اشتراط ذلك[2] ، ثم عدلت عن هذا الاتجاه في حكم آخر لها فاشترطت لتطبيق نظرية " فعل الأمير " صدور الإجراء الضار من الإدارة المتعاقدة[3] ، و تسير الجمعية العمومية [4]للفتوى و التشريع على هذا الرأي الأخير في فتاواها ، و أما بالنسبة للمحكمة الإدارية العليا فلقد استقر رأيها على اشتراط صدور الإجراء الضار من الإدارة المتعاقدة.

" ويترتب على ذلك أن من شأن هذا الأشتراط أن يستبعد التعويض عندما لا يكون الفعل صادراً عن الإدارة كما يستبعد أيضاً عندما يكون تدخل الإدارة كان بناء على طلب من المتعاقد نفسه " [5].

و من الجدير بالذكر أن الفقه[6] ـ و بحق ـ لا يتفق مع هذا الاتجاه القضائي الأخير لما يترتب على ذلك من تضييق لنطاق تطبيق نظرية فعل الأمير و توسيع نطاق تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، و يؤيد الفقه هذا الرأي ببعض الأحكام القضائية المؤيدة لهم.

---

(١) تخلى مجلس الدولة الفرنسي منذ حكمه في قضية VILLE DE TOULON في ١٩٤٩/٣/٤ عن الاتجاه السابق والذي كان يجيز التعويض و لو كان الفعل الضار صادرا من جهة غير متعاقدة ، حيث أوضح أنه لا يمكن أن يكون هناك تطبيق لنظرية فعل الأمير بمناسبة تدابير اتخذتها الدولة لها أثر على عقد أبرمته المدينة .

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٩٨٣ س ٩ ق جلسة ١٩٥٧/٦/٣٠ ـ المجموعة س ١١ ص ٦٠٧ والذي قالت فيه أن ".... المقصود بعبارة " فعل الأمير" هو كل إجراء تتخذه السلطات العامة و يكون من شانه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة ..... و هذه الإجراءات التي تصدر من السلطة العامة قد تكون من الجهة الإدارية التي أبرمت العقد و قد تتخذ شكل قرار فردي أو تكون بقواعد تنظيمية عامة " ، و أيضا حكم محكمة القضاء الإداري رقم ١٥٦٢ س ١٠ ق ،٦٧ س ١١ ق جلسة ١٩٦٨/٥/١١ ـ المجموعة س ١٣ ص ٨٧٤ .

(٣) حكم محكمة القضاء الإداري الصادر بجلسة ١٩٦٩/٥/٥ و التي أعلنت فيه بأن "..... رفع سعر الأرز الذي يدخل ضمن المواد الموردة لم يكن بقرار صدر من جهة الإدارة المتعاقدة و من ثم لا تنطبق نظرية فعل الأمير .... " .

(٤) الفتوى رقم ٩٤١ جلسة ١٩٦٤/١١/٣ و التي جاء فيها بأن " .... هذا الإجراء العام لم يصدر من جهة الإدارة المتعاقدة ، و من ثم فإنه لا يكون ثمة مجال لإعمال نظرية عمل الأمير لتعويض الشركة ..... يتعين أن يصدر هذا الإجراء من ذات السلطة التي أبرمت العقد .

(٥) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٦٥ س٦ق جلسة ١٩٦١/٥/٢٠ المجموعة ص ١١٣٣ ـ مشار إليه في ـ الدكتور. علي الفحام سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري ص ٣٢٨ .

(٦) يراجع الدكتور . محمود عبد المجيد المغربي ـ المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية وآثارها القانونية ـ دراسة مقارنة في النظرية والتطبيق) ص ٨٦ ـ وما بعدها .

و نحن نرجح وجوب الأخذ بنظرية فعل الأمير في جميع الحالات ،و منها صدور إجراء عام على شكل قانون أو لائحة أو إذا كان هذا الإجراء العام ذا تأثير مباشر على نصوص العقد ، بأن يؤدي صدوره إلى تعديل في تلك النصوص ، أو كان ذا تأثير على ظروف تنفيذ العقد إذا توافرت الشروط الأخرى لتطبيق النظرية.

ويفترض شرط صدور الإجراء الضار من الإدارة المتعاقدة وجود أشخاص معنوية بجوار الدولة سواء كانت إقليمية أو مصلحيه ــ أو من أشخاص القانون العام.

كما يمتد التعويض ليشمل التعويض عن مسئولية الدولة عن القوانين التى تؤثر على العقود الإدارية باعتبار أن البرلمان عضو في الدولة .

وفي الكويت يتبنى القضاء ضرورة وجوب صدور الفعل الضار من الإدارة المتعاقدة لانطباق نظرية فعل الأمير ، فقد طالبت إحدى الشركات التعويض على أساسها نتيجة لرفع أسعار المحروقات و رفض القضاء ذلك معللا مسلكه بأن " البين من أوراق الدعوى أن رفع أسعار المحروقات لم يتم بقرار أو تشريع من حيث الإدارة المتعاقدة وإنما كان ذلك بناء على ما ارتأته شركة البترول الوطنية التى تتمتع بشخصية اعتبارية مستقلة .... ولم تثبت الشركة المستأنفة (الطاعنة) أن تلك الزيادة تمت بقرار من وزير النفط كسلطة حكومية أو من وزير المالية أو غيرها من الجهات الحكومية ..... ". وأيدتها محكمة التمييز فيما ذهبت إليه[1] .

وقرر القضاء أيضاً " ... بأنه يشترط أن يترتب على هذا الإجراء ضرر خاص يصيب المتعاقد مع الإدارة وحده وأن يؤدى الي الإخلال بالتوازن المالي للعقد ، فقد قالت محكمة التمييز في أحد أحكامها بأنه من الثابت أن الضرر الذي لحق بالمدعية "الطاعنة " و المتمثل في زيادة تكاليف تنفيذ أعمال النزاع نتيجة زيادة أسعار المحروقات ، لم يكن ضرراً خاص بها قاصراً عليها ، وإنما تشاركه

---

(١) حكم محكمة التمييز رقم ٢٠٤ لسنة ١٩٩٠ تجاري جلسة ١٩٩٣/٢/١٧ ، ١٢٦ لسنة ١٩٩٠ تجاري جلسة ١٩٩١/٩/٢٣ ــ موسوعة مبادئ القضاء الإداري – الكتاب الثالث ــ الجزء الثامن ص ٣٩٨.

فيه كل من كان في احتياج لاستعمال تلك المحروقات سواء لأداء الأعمال الخاصة أو لأداء تعهداته العقدية في القانون الخاص ..... أو في مجـــالات القـانون العام "[٢].

٣- حدوث الضرر :

فيجب أن يترتب على فعل الأمير ضرر للمتعاقد دون اشتراط لدرجة معينة من الجسامة ، فالمطلوب حدوث خلل في توازن العقد ، سواء كان ضرراً جسيماً أو يسيراً ، فعلياً أو حتى مجرد نقص في الأرباح .

غير أن القضاء[١] تطلب أن يكون الضرر المترتب خاصاً أصاب طائفة خاصة أو أفراداً محددين ، ثم تابعت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى و التشـريع علـى نفس الاتجاه فقالت " ... إن نظرية فعل الأمير التى تنطبق على موضـوع النـزاع باعتبار أن تشريع العمل عمل من أعمال الأمير يشترط لاسـتحقاق التعـويض أن يكون الضرر الذي ترتب على العمل التشريعي قد أصاب طائفة خاصـة أو أفـراد محدودين ، فإذا كان التشريع عاما يتناول عددا غير محدود من الأفراد فليس ثمة محل لتعويض أي ضرر يصيب الأفراد من تطبيقه ، ولما كان قانون العمل الـذي تطلب الشركتان التعويض عما أصابهما من ضرر بسبب تطبيقه هو قانون عـام لا يسرى على الشركتين وحدهما ، وإنما يتناول عددا غيـر محـدود مـن الأفـراد والشركات و الهيئات ، فعلى مقتضى ما تقدم لا تستحق الشركتان تعويضـاً عمـا أصابهما من ضرر بسبب تطبيقه" [٢] .

---

(٢) حكم محكمة التمييز رقم ١٢٦ لسنة ١٩٩٠ تجاري- جلسة ١٩٩١/٩/٢٣ - موسوعة مبادئ القضاء الإداري - الكتاب الثالث - ج٨ - ص ٤٠٠ وما بعدها .

(١) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ١٥٢٥ س ٦ ق جلسة ١٩٥٧/٣/٣ المجموعة س ١١ ص ٢٣٩ .

(٢) الفتوى جلسة ٢٠ / ٧ / ١٩٦٠ - المجموعة س١٥ ص ٢٥٠ ، وكانت بخصوص التكاليف الإضافية المترتبة علـى إعمـال أحكام قانون العمل الموحدة رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ ، وأيضا فتوى جلسـة ١١/ ٣ / ١٩٦٥ فـي شـأن قـانون التأمينـات الاجتماعية رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤ - المجموعة س ١٩ ص ٣٠٩ .

و في الكويت صدرت فتوى إدارة الفتوى والتشريع[1] أعتبرت " أن شهادات الدفع بالعمولة الكويتية .اذا حدث تقلبات في التكاليف الجمركية أو في ضرائب الدخل أو أية ضرائب أو رسوم أو إنشاء أيه رسوم جديدة أو أعباء أو ضرائب بمعرفة الحكومة الكويتية فإنها تخضع لنظرية فعل الأمير" .

ففي هذه الفتوى أعتبرت أن أرتفاع التكاليف الجمركية أو ضرائب أو رسوم أو أى أعباء ضرائبية جديدة بمثابة ضرر يستوجب تطبيق نظرية رد فعل الأمير .

٤- أن يكون فعل الأمير مشروعاً :

يجب أن يكون الضرر الذي أصاب المتعاقد قد حدث بسبب قرار مشروع ليس فيه خطأ ، لأن التزام الإدارة بالعقد الإداري لا يمنعها من مباشرة سلطتها الادارية في تنظيم وتسيير المرافق العامة ، لأن تلك السلطة تستمدها من نصوص الدستور و القوانين المنظمة لنشاطها واختصاصاتها .

فمن ثم فإن مسئولية الإدارة الناشئة عن تطبيق نظرية فعل الأمير ليست مسئولية تعاقدية ، لأن الاجراء المتخذ من قبل الإدارة – وإن كان يمس حقوقاً تعاقدية – هو إجراء صحيح ، و ليس هناك ما يحول بين تلك الإدارة واتخاذه ، إذ أنه أجرى وجوباً بحكم اضطلاع الإدارة بتنظيم وتيسير المرافق العامة ، ومن ثم فهو ليس من قبل المخاطر التى تهدد المتعاقد كما يذهب بعض رجال الفقه[2] .

وفى ذلك قضت المحكمة الادارية العليا بقولها بأن " من شروط نظرية فعل الأمير هو ..... افتراض أن الإدارة المتعاقدة لم تخطىء حين أتخذت عملها الضار فمسئوليتها بلا خطأ ....[3] .

---

(١) الفتوى رقم ١٥٨٢/٢ جلسة ١٩٧٢/٨/٢٠ ، مجموعة المبادئ التي قررتها إدارة الفتوى والتشريع خلال خمس سنوات من ١٩٧٠ – ١٩٧٥ المجموعة الثانية ، وفي حكم مشابة ،حكم محكمة التمييز رقم ٨٧/٩٢ تجاري جلسة ١٩٨٧/١١/٢٣ المرجع التشريعي لعقود الأشغال العامة والاتفاقيات الاستشارية الجزء الثاني ص٥٣٦ .

(٢) راجع الدكتور.طعيمه الجرف – القانون الإداري طبعة ١٩٧٣ – ص ٥٣٩.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٦٥ س ٢ ق جلسة ١٩٦١/٥/٢٠ – المجموعة س ١٦ ص ١١٣٣.

٥- عدم توقع الاجراء الضار :

وهو ليس شرطاً خاصاً بنظرية فعل الأمير وإنما يشترك فيه معها النظريات الأخرى في عوارض تنفيذ العقد الإداري كل من نظريتى الظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة ، فيجب أن يكون الاجراء أو التشريع غير متوقعاً وقت التعاقد لتطبيق هذه النظرية.

ولقد قـــرر القضاء بأن الفعل إذا كان متوقعاً في نصوص العقد ، فإن العقد هو واجب التطبيق ولا تنطبق النظريـــــة ، فقالت محكمـــــة القضاء الإداري بأن " ... من شروط تطبيق نظرية عمل الأمير أن يكون الاجراء أو التشريع الجديد غير متوقع الصدور وقت التعاقد ، فإذا ما توقعته نصوص العقد فإن المتعاقد مع الإدارة يكون قد أبرم العقد وهو مقدر لهذه الظروف الأمر الذي يترتب عليه تعذر الاستناد إلى نظرية فعل الأمير" [١].

وهو ما استنتجته المحكمة بعد ذلك من ظروف الدعوى أن الإجراء الجديد وهو في هذه الدعوى قرار مجلس الوزراء الصادر في ١٩٤٢/٢/١٤ القاضي بتغيير التسعيرة كان من الممكن توقيعه ومن ثم فقد نقضت الحكم الذي قضى بالتعويض "[٢].

وأكدت المحكمة الادارية العليا أن هذه النظرية " .....إنما يلجأ إليها في حالة طلب التعويض عن أمر غير متوقع وقت إبرام العقد ...." ، وطبقت هذا المبدأ على نزاع معروض عليها فقررت رفض إقرار النظرية لأن زيادة الرسوم الجمركية و الضرائب وأجور النقل أو نقصها كان متوقعاً عند إبرام العقد ونُص عليه في الشروط العامة [٣]".

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٩٨٣ س٩ ق جلسة ٣٠ /٦ /١٩٥٧ ، حكم محكمـــة القضـــاء الإداري رقـــم ١٢٧٣ فـــي ١٩٦٣/٦/١٦ س٩ ق مجموعة - ص ٢٠٧ ـــ مشار إليه الدكتور على الفحام (سلطة الإدارة في تعـــديل العقـــد الإداري) ص٣٣٢ " .. وشرط (عدم التوقع) مطلق في معنى المفاجأة فيقضى استبعاد كل احتمال لتحقيق الواقعة ، ولكنه إذ يقوم على التقدير فهو مسألة نفسية يختلف تقديرها من شخص لآخر ، والمعيار في تقديره هو عناية الرجل المعتاد في ظـــل الظـــروف والملابسات القائمة وعلى ضوئها ".

(٢) راجع الحكم منشور بالمجموعة الرسمية السنة ٤٦ ص ١٤٥ رقم ٨٥ ـــ مشار إليه في الدكتور. محمد المـــدني مســـئولية الدولة عن أعمالها المشروعة في القانون المصري ـــ مرجع سابق - ص ٣٧٣ .

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا جلسة ١١ / ١ / ١٩٦٩ - المجموعة ص ١٨٧٥ .

ويذهب الفقه إلى أن شرط عدم التوقع لا ينصرف إلى أصل الحق في التعديل لأنه متوقع دائماً ومفترض العلم به ، ولكنه ينصرف إلى حدود التعديل ومداه ، فإذا نظم العقد كيفية إجراء التعديل و حدوده استبعدت هذه النظرية ، وإذا لم ينظم العقد كيفية ممارسة هذا الحق فإن هذه النظرية تطبق .

وفي الكويت يتبنى القضاء ذات الشروط المطلوب توافرها في مصر لتطبيق نظرية فعل الأمير ، فلقد ردت محكمة التمييز في أحد أحكامها على أحد الطعون للمطالبة بالتعويض على أساس نظرية فعل الأمير بسبب توافر شروطها ،حيث قالت أنه " .... يشترط لإعمال نظرية فعل الأمير صدور إجراء خاص أو عام من جانب جهة الإدارة المتعاقدة لم يكن متوقعاً وقت التعاقد يترتب عليه ضرر خاص بالمتعاقد لا يشاركه فيه سائر من مسهم هذا الاجراء ،فإذا كان في الوسع توقعه وقتئذ فلا تنطبق النظرية ....".

وتبنت *محكمة التمييز* ذات الأسباب التى أوردها الحكم الابتدائى حيث ورد فيه أنه " ..... و الثابت أن الضرر الذي لحق بالمدعية " الطاعنة " و المتمثل في زيادة تكاليف تنفيذ أعمال عقدى النزاع نتيجة زيادة أسعار المحروقات لم يكن ضرراً خاصاً بها قاصراً عليها وإنما تشارك فيه كل من كان في احتياج لاستعمال تلك المحروقات..... والبين من أوراق الدعوى أن رفع أسعار المحروقات لم يتم بقرار أو تشريع من جهة الإدارة المتعاقدة ..... وكذلك ينتفى شرط عدم إمكان توقع ارتفاع أسعار المحروقات عند التعاقد ...." ذلك أن العقدين .... أبرما خلال عام ١٩٨١ في وقت كانت أسعار المحروقات يتوالى ارتفاعها عالميا" ، و في المنطقة العربية حتى غدت من الظواهر الاقتصادية المعاصرة المألوفة ، ومن المخاطر الاعتيادية التى بوسع كل متعاقد توقعها ...." [1].

---

(١) أحكام محكمة التمييز رقم ٢٠٤ لسنة ١٩٩٠ تجاري ١٧ /٢/١٩٩٣ ، كذلك حكم رقم ٩ / ٩٣ مدني جلسة ١٥ /١١ /١٩٩٣ من مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز في المواد المدنية والتجارية من ١/١/ ١٩٩٢ إلى ١ /١٢ / ١٩٩٥ .

ثانياً ــ حالات فعل الأمير :

تتمثل الإجراءات الادارية التى تصدر عن الإدارة المتعاقدة و التى تسمى فعل الأمير على صورتين هما :

١- الإجراءات الادارية الخاصة .

٢- الإجراءات الادارية العامة .

و سوف نتعرض لهاتين الصورتين بما يحقق المطلوب من هذا المبحث على النحو التالى:

١- الإجراءات الادارية الخاصة :

وهي الصورة الغالبة[١] لفعل الأمير وتتمثل في الإجراءات الفردية الخاصة التى تصدر عن الإدارة المتعاقدة من خلال ممارستها لسلطاتها في تعديل العقد ،بما يشكل عبئاً على التزامات المتعاقد معها .

وهذه الإجراءات إما أن تؤدى إلى تأثير مباشر على شروط العقد أو انها تؤثر على ظروف التنفيذ .

١. أما بالنسبة للاجراءت المتصلة بالعقد نفسه وشروطه فتقوم الإدارة المتعاقدة باستعمال سلطاتها في تعديل العقد مباشرة فتؤدى إلى زيادة أعباء المتعاقدة معها.

(١) الدكتور. محمود حلمى – العقد الادارى – الطبعة الثانية ١٩٧٧- دار الفكر العربى ص١١٤.

وتعتبر هذه الإجراءات هي أوضح صور نظرية فعل الأمير، كـإجراءات تعديل رسوم المنتفعين من خدمات المرفق العـام ، أو زيـادة نطـاق الأعمال التى عهد بها للمتعاقد أو إنقاصها عن الحد المتفق عليه .

٢. أما بالنسبة للاجراءت الخاصة المتصلة بظروف تنفيذ العقد ، وهي التى تصدرمن الادارة بمقتضى سلطاتها في الرقابة و التوجيه على عقدها ، فتؤدى إلى تحميل المتعاقد أعباء جديدة ، مما يعنى التأثير بشكل غيـر مباشر على العقد الإداري .

ونذكر من هذه الإجراءات ، تلك التى تصدرها الإدارة اسـتناداً إلـى سـلطة الضبط الإداري مثل منع استخدام الأجانب كعمالة رخيصة الـثمن فـي المصـالح لظروف أمنية ، أو أمر تعديل مسار خط أتوبيس ، أو نقل أسلاك كهربـاء الخـط الذي يستخدمه المتعاقد في إنارة وادارة المرفق العام الذي يـديره عـن طريـق الالتزام إلى مكان آخر لدواع المحافظة على سلامة المواطنين[١].

٢- الإجراءات الاداريـة العـامة :

و تعنى صدور قوانين أو لوائح من جهة الإدارة المتعاقدة يكون من شـأنها زيادة أعباء المتعاقد معها[٢].

وقد تؤدى هذه الإجراءات الإدارية العامة إما إلى التأثير المباشر على العقد، وإما إلى التأثير بشكل غير مباشر على ظروف التنفيذ .

---

(١) لم يعوض مجلس الدولة الفرنسى في بعض الحالات رغم أنها تشابه هذه الحالات وشجرة الخلاف بين الفقهاء الفرنسى ومـن بعدهم الفقهاءالمصريين في تبرير التعويض، بين رأى يرجعها إلى فكرة فعل الأمير تفترض صدور الفعل من الإدارة كسـلطة عامة ، بينما في بعض الحالات تتدخل كسلطة عادية وبين رأى يستندإلى أن هذه الأضرارهى أضرار غير مباشرة ..... السخ -لبسط هذ ه الآراء يراجع الدكتور. سليمان الطماوى -الأسس العامة للعقـود الإداريـة مرجـع سـابق ص ٦٣٩ وأيضـا الدكتور.على الفحام – سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري – مرجع سابق ص٣٣٩ وما بعدها.

(٢) الدكتور.سليمان الطماوي – الأسس العامة للعقود الإدارية – مرجع سابق ص ٦٣٩ .

وتجدر الاشارة إلى أن التعويض هنا قاعدة عامة كما في الإجراءات الادارية الخاصة ، وإنما التعويض هنا على سبيل الاستثناء ، فنجد أن القضاء في أحكامه يشترط لإقرار التعويض عن الاجراءات الإدارية أن يكون الضرر اللاحق بالمتعاقد مع الإدارة خاصاً وليس عاماً ، وأن تؤدى هذه الإجراءات العامة إلى قلب اقتصاديات العقد ،وتجرى صياغة أحكامه على النحو التالى " ... وحيث أن نصوص القانون أو اللائحة ذات طابع عام وأن الضرر الذي نال المتعاقد من جرائها إنما هو تحمله في ذات الظروف الخاصة بسائر المواطنين ومن ثم فإنه لا يستحق عنها تعويضاً إلاإذا أدت إلى قلب اقتصاديات العقد[1] ".

ولقد تبنى مجلس الدولة الفرنسى ومجلس الدولة المصري إمكانية التعويض عن فعل الأمير إذا تمثلت في الإجراءات الادارية العامة إذا توافرت كافة شروط تطبيق نظرية فعل الأمير ، ومن هذا ما أعلنته الجمعية العمومية للفتوى والتشريع بقولها أن ".. عمل الأمير هو إجراء خاص أو عام يصدر من الجهة الادارية المتعاقدة لم يكن متوقعاً وقت التعاقد يترتب عليه إلحاق ضرر خاص بالمتعاقد لا يشاركه فيه سائر من يمسهم الاجراء و كان القانون رقم ٦٣ لعام ١٩٦٤ المشار إليه فيما تضمنه من زيادة أعباء رب العمل عمن يستخدمه من عمال المقاولات والتراحيل و الموسيميين ، لم يضف هذه الأعباء على شركات المقاولات وحدها وإنما حمل بها أرباب العمال جميعاً على إختلاف مستوياتهم وتباين أنشطتهم ، ومن ثم لايتوافر هذا القانون وصف عمل الأمير بمعناه السابق لأنه لم يلحق بهذه الشركات ضرر خاص "[2].

---

(١) للمزيد يراجع كل من الدكتور.سليمان الطماوي – العقود الإدارية – مرجع سابق ص ٦٣٩ وما بعدها في عرضه للحالات التي تم رفض التعويض عنها والحالات الاستثنائية التي تم التعويض فيها وأحكام مجلس الدولة الفرنسي وأيضا الدكتور.على الفحام – سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري – مرجع سابق ص ٣٥٥ وعرضه للرأي المرجوح الذي يعارض التعويض للإجراءات العامة .

(٢) فتوى جلسة ٢٤ / ٢ / ١٩٦٥ – ملف رقم ٢٢ / ٢ / ٣٥ – الموسوعة الإدارية الحديثة ج ١٨ ص ٨٧٩ ، وحكم المحكمة الإدارية العليا ر قم ١٤٧ س ١١ ق جلسة ١/١١ /١٩٦٩– الموسوعة الإدارية الحديثة – الفكهاني – ج (١٨)ص ٨٩٠ .

وأقرت محكمة القضاء الإداري التعويض الكامل لهذه الإجـراءات الاداريـة العامة في احد احكامها حيث قالت " ..... ولئن كانت الزيادة الطارئة على أسـعار السولار إجراء عاماً لا يمس شروط عقد الشركة المدعية وإنما يؤثر في ظـروف تنفيذه بأن يجعلها أشد صعوبة وأكثر كلفة فإن القاعدة أنه رغم عمومية الاجـراء الذي من شأنه جعل تنفيذ الالتزام أشد صعوبة وأكثر كلفة فإن المتعاقد مع الإدارة يستحق عنه تعويضاً كاملاً "[1].

و بالنسبة للاجراءات الادارية العامة[2] الصادرة من غير الجهـة الاداريـة المتعاقدة فإن محكمة القضاء الإداري قد أقرت التعويض على اساس نظرية فعـل الأمير في أحد أحكامها أنه " يشترط لقيام الحق في التعويض تأسيساً على نظريـة فعل الأمير ان تصدر الحكومة تشريعاً عاماً جديداً يمس مركز المتعاقد معها بضرر خاص....." [3].

وفي الكويت رفضت محكمة التمييز طلب التعويض على أساس فعل الأميـر لأنه " لم تثبت من الأوراق أن تلك الزيادة تمت بقرار من وزيـر الـنفط كسـلطة حكومية ، أو من وزير المالية ، أو من غيرها من الجهات الحكومية ... "[4].

---

(١) محكمة القضاء الإداري رقم ١٢٧٣ س٩ق جلسة ١٦ /١٩٦٣/٦ – المجموعة س ١٦ ص ٢٠٤ .

(٢) كان مجلس الدولة الفرنسي في بداية عهده يقضي بعدم التعويض وفقاً لنظرية فعل الأميـر عـن الإجـراءات التشـريعية أو اللائحية (حكمة الصادر في قضية norire et beyssal جلسة ١٠/ ١/ ١٩٠٨) ثم تراجع عن هذا المسلك واجاز التعويض عن الإجراءات التشريعية التى تؤثر على عناصر العقد وفقاً لنظرية فعـل الأميـر (حكمـه فـي القضـية Besson جلسـة ١٩٢٩/١١/٧) .

(٣) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ١٩٥ س ٧ ق جلسة ١٩٥٥/١/٣٠ المجموعة س ٩ ص٢٦٨ ــ فتوى الجمعية العموميـة للفتوى والتشريع ملف رقم ٣٥/٢/٢٢ جلسة ١٩٦٥/٢/٢٤ ــ مشار إليه في أثر فعل الأميـر علـى تنفيذالعقـد الإداري ــ الدكتور . عبدالعظيم عبد السلام – مرجع سابق – ص ٧٨.

(٤) حكمها رقم ٢٠٤ لسنة ١٩٩٠ تجاري – جلسة ١٩٩٣/٢/١٧ – موسوعة مبادئ القضاء الإداري – الكتاب الثالث – ج ٨ – ص ٣٩١ وما بعدها.

الفرع الثاني

الأثر المترتب على توافر شروط النظرية

إعادة التوازن المالي للعقد الإداري عن طريق منح المتعاقد المتضرر من جراء عمل السلطات العامة تعويضاً كاملاً هو الأثر القانونى الأساس المتنب على هذه النظرية، إلى جانب ترتب بعض النتائج القانونية الأخرى مثل :

١- تحرر المتعاقد من رابطة إلتزامه بالتنفيذ إذا أصبح إلتزامه مستحيلاً، فيصبح أثره كأثر القوة القاهرة .

٢- إعفاء المتعاقد من غرامة التأخير إذا ترتب على فعل الأمير صيرورة الالتزام عسيراً مما يبرر التأخير في التنفيذ.

٣- المطالبة بفسخ العقد إذا ترتب على الأمير صعوبات في التنفيذ تتجاوز إمكانية المتعاقد الاقتصادية أو الفنية .

ولا يجوز إعفاء الإدارة المطلق من المسئولية ، وإنما جواز الاعفاء الذي ينصب على إجراء معين ، بأن توقع الطرفان حدوثه ، وهو ما يخل بأحد شروط تطبيق النظرية وهو عدم التوقيع .

ولا حرج على المتعاقد في الجمع بين بعض النتائج السابقة إذا تعددت الأسباب كالفسخ والحصول على تعويض كامل ، أو الاعفاء من الغرامات و التعويض الكامل ، وفي إطار هذه النتائج يبين أن الأثر الرئيسى المترتب على إعمال هذه النظرية يكمن في منح المتعاقد المتضرر التعويض الكامل .

وفيما يلى سنتناول على التعويض متعرضين بداية لأساسه القانونى الذي يبرره.

أولاً ـ الأساس القانونى لالتزام الإدارة بالتعويض[1] :

بادىء ذى بدء لا مندوحة من الإشارة إلى أن الفقه والقضاء الإداري مستقران على وجوب تعويض المتعاقد المتضرر تعويضاً كاملا إذا إنطبقت نظرية فعل الأمير ،وإن كان الخلاف قد شجر بين الفقهاء حول الأساس القانونى لالتزام الإدارة بالتعويض ،إلا أنه تجدر الاشارة إلى أن فكرة التعويض هي فكرة تستمد قوتها من مبادئ العدالة المجردة ووجوب الحفاظ على مصلحة المرفق العام ، وذلك بغض النظر عن الأساس القانونى و التأصيل العلمى لسند التعويض ،فتعويض المتعاقد المتضرر لا محاجة فيه ولا جدال .

ولقد تردد في أروقة الفقه نظريات أربع كأفكار قانونية وذلك لتأسيس التزام الإدارة بالتعويض هي :

١- فكرة الاثراء بلا سبب .

٢- مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة .

٣- المسئولية التعاقدية للادارة .

٤- التوازن المالي للعقد .

وسوف نتناول هذه الأفكار فقهاً ثم نبين المستقر منها قضاءً على النحو التالى:

---

(١) للمزيد حول هذه النظريات يراجع كل من الدكتور.سليمان الطماوي – العقود الإدارية – مرجع سابق ص ٦٥٤ وما بعدها حيث يقصر سيادته هذه النظريات على اثنتين فقط هما المسئولية التعاقدية والتوازن المالي ، وأيضاً الدكتور.على الفحام – سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري – مرجع سابق ص ٣٨٢ وما بعدها ، وأيضاً الدكتور.محمودحلمي – العقد الإداري – مرجع سابق ص ١١٩ وما بعدها ، وأيضاً الدكتورة عزيزة شريف – نظرية العقد الإداري – مرجع سابق ص ٣٠١ ، وأيضاً الدكتور.توفيق شحاته – مبادئ القانون الإداري ط ١٩٥٥ ص ٨١٨ وما بعدها .

١- فكرة الإثراء بلا سبب :

ينادى بعض الفقهاء[١] بهذه الفكرة كأساس لالتزام بالتعويض وذلك بالأستناد إلى أن الإدارة عندما أنقصت من التزامات المتعاقد معها ـ المتفق عليها ـ فإنها بذلك قد أثرت دون أن يستند هذا الإثراء إلى سبب معين في العقد .

و لم تسلم هذه الفكرة من الانتقادات التى من اهمها :

- لا تصلح لتبرير التعويض في حالة إثراء الإدارة من الإجراءات التى تصدرها كالاجراءات العامة الاجتماعية كرفع الأجور أو تخفيض ساعات العمل .
- تؤدى فكرة الاثراء بلا سبب[٢] إلى تحديد التعويض بقدر الاثراء الذي حققته الإدارة ،في حين أن التعويض وفقاً لنظرية فعل الأمير يشمل قيمة الضرر الذي أصاب المتعاقد وما فاته من كسب ،وليس بمقدار ما حققته الإدارة من إثراء.

٢- فكرة مساواة الأفراد امام الأعباء العامة :

يرجع بعض الفقهاء[٣] الأساس القانوني لالتزام الإدارة بالتعويض إلى هذه الفكرة التى تعتبر من إبداع مجلس الدولة الفرنسى ، و تبناها من بعده مجلس الدولة المصري ، والتى تقضى بأن الأفراد ملزمون بالمساهمة في تحمل التكاليف العامة بقدر يتناسب مع مراكزهم وقدراتهم وإمكانياتهم الخاصة.

---

(١) من الفقهاء الفرنسيين الفقيه هوريو ومن المصريين الدكتور.فؤاد العطار .
zeilabadine ١٩٠٩-١١-١٩ ،s ،HAURTOU: NOTe sous c.E ١٩١٠,٣.p.١.
Fouad EL – ATTAR : Marche de travaux These paris ١٩٥٥ p.٣٢١.

(٢) فكرة الاثراء بلا سبب هي من المبادئ المستقرة في القانون الخاص وهي ما نص عليه القانون المدني المصري في المادة ١٧٩ منه والقانون المدني الكويتي في المادة (٢٦٢) منه والتي قررت أنه ، كل من يثرى دون سبب مشروع على حساب آخر يلتزم في حدود ما أثرى به ، بتعويض هذا الشخص الآخر عما لحقه من ضرر ،ويبقى هذا الالتزام قائماً لو زال الأثر بعد حصوله " .

(٣) من الفرنسيين بيكنو وروجو ومن المصريين الدكتور.توفيق شحاته – مبادئ القانون الإداري – مرجع سابق ص ٨١٨ وما بعدها .

(١) JÉZE- Principes généraux ، Tome IV ،p.٢٢٢ Tome V ، pp.٢٤٥ et ٢٦٠ .

وبناء على ما تقدم فإنه ينبغى تعويض المتعاقد المتضرر الذي يساهم في نشاطها مساهمة خاصة ويتحمل من إجراء ذلك عبئاً اكثر مما يحتمله باقى الأفراد فمن المخالفة لمبدأ المساوة أمام الأعباء العامة أن تزيد الإدارة اعباء المتعاقد معها دون تعويض مقابل هذه الزيادة.

لكن هذه الفكرة لم تسلم من النقد على أساس انها واسعة وغير واضحة المعالم ،وغير صالحة لتبرير مسئولية الإدارة دون خطأ إلا خارج النطاق التعاقدى حيث تقوم المسئولية على أساس المخاطر ،ولقد ضرب القضاء صفحاً عن هذه الفكرة كأساس لالتزام الإدارة بالتعويض .

٣- *المسئولية التعاقدية للادارة :*

لتبرير التعويض للمتعاقد إزاء نظرية فعل الأمير يستند بعض الفقهاء[١] إلى مسئولية الإدارة التعاقدية لتبرير تعويض المتعاقد المتضرر ، فإذا عدلت الإدارة من عقودها فتتقرر مسؤليتها تجاه المتعاقد معها.

إن المحل في العقد الإداري ليس ثابتاً كما هو في العقود المدنية ، و إنما هو يتغير مسايرة للتطورات المستجدة وتبعاً لتطور المصالح العامة ، فإذا ما رأت الإدارة زيادة التزامات المتعاقد بإرادتها وجب زيادة العوض المقرر للمتعاقد نظير تعاقده .

وينتقد بعض الفقهاء[٢] هذه الفكرة على أساس أنها تصلح فقط لتأسيس التزام الإدارة المتعاقدة بالتعويض في حالة تعديل نص من نصوص العقد من جانبها وحدها ، ولكنها قاصرة عن تبرير التعويض في حالة ما إذا كان الاجراء المعدل للمركز المالي للعقد صادراً من جهة غير الجهة الادارية المتعاقدة .

---

(١) ومنهم الدكتور.ثروت بدوي – النظرية العامة للعقود الادارية – دار النهضة العربية ، القاهرة طبعة ١٩٧٦ و الدكتور.محمود حلمي- العقد الاداري – دار الفكر العربى ، القاهرة الطبعة الثانية ،١٩٧٧.

(٢) ومنهم الدكتور.توفيق شحاته – مبادئ القانون الاداري – طبعة أولى ١٩٥٤-١٩٥٥ – دار النشر للجامعات المصرية والدكتور.سليمان الطماوي –الأسس العامة للعقود الادارية – الطبعة الخامسة- مطبعة جامعة عين شمس- ١٩٩١ .

٤- فكرة التوازن المالي للعقد :

وهى الفكرة التى حازت القبول لدى معظم الفقهاء وسلم بها مجلس الدولة في معظم احكامه وفتاواه .

وفكرة التوازن المالي لا وجود لها في القانون الخاص ،لكونها لصيقة بحق الإدارة في تعديل عقودها استجابة للمصلحة العامة، ولذا فهى من ابتكارات القضاء الإداري لتمييز الروابط التى يتمتع بها العقد الإداري عن روابط القانون الخاص .

ولأهمية هذه الفكرة سنترك المساحة للفكر بأن يجول في ثنايا حكم ابدع من صاغه في بسط فكرة التوازن المالي ، واتعب من بعده في تأصيل هذه الفكرة ، وأجمل مبادئها ، فقد قالت فيه محكمة القضاء الإداري بأن[1] "....الفقه والقضاء الإداري قد خلق نظرية الظروف الطارئة ،ونظرية التوازن المالي للعقد ، وغيرها من النظريات والقواعد التى تحقق بقدر الامكان توازناً بين الأعباء التى يتحملها المتعاقد مع الإدارة ،وبين المزايا التى ينتفع بها ،على اعتبار ان العقد الإداري يكون في مجموعة كلاً ، من مقتضاه وجوب التلازم بين مصالح الطرفين المتعاقدين ، وتعادل كفة الميزان بينهما وذلك بتعويض المتعاقد في أحوال وبشروط معينة حتى ولو لم يصدر خطأ من جانب الإدارة ، مع اختلاف مقدار التعويض ، فتارة يكون التعويض كاملاً و تارة يكون جزئياً .

وأياً كانت الأسانيد التى قامت عليها هذه النظريات والقواعد ،واختلاف الرأى في مبررتها، فإنه مما لا شبهة فيه أنها ترتد فى الحقيقة إلى أصل واحد وهو العدالة المجردة التى هي قوام القانون الإداري ،كما أن هدفها الأعلى هو تحقيق المصلحة العامة بناء على فهم صحيح لطبيعة العلاقة بين من يتعاقد معها من الهيئات والأفراد في شأن من شئون المرافق العامة .

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٩٨٣ لسنة٩ ق جلسة ١٩٥٧/٦/٣٠ ــ المجموعة س ١١ ص ٦٠٧ ــ وأيضا حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٩٢٧ س ٢٢ ق جلسة ١٩٧٠/٣/١ ــ حكم المحكمة الإدارية العليا جلسة ١٩٦٨/٥/١١ ــ مشار إليهما في الدكتور. عبد العظيم عبد السلام ــ أثر فعل الأمير على تنفيذ العقد الإداري ص ٩٢ ، ٩٣ .

وبهذا الفهم أمكن حل أغلب مشكلات العقود الادارية ، ووضحت معالم الطريق لعلاجها على الوجه الصحيح ،وإن هذه المحكمة لترى من الخير ، بمناسبة الدعوى الحالية ، التنبيه إلى أن القواعد والأصول والنظريات التى وضعها الفقه القضاء الإداري في هذا الشأن ،إنما كانت وليدة البحث و التقصى وثمرة التجارب حقبة طويلة من الزمن لكثير من مختلف انواع المنازعات التى قامت بين جهات الإدارة و المتعاقدين معها، وأن الاطار العام الذي دار فيه البحث رسمته ضوابط واعتبارات شتى وحقائق غير مذكورة، حاصلها أنه يكون مفهومها أن حق جهة الإدارة في الحصول على المهمات والأدوات أو أداء الخدمات وإنجاز العمال المطلوبة بأرخص الأسعار و أقل التكاليف ، يقابله من جانب المتعاقدين معها أن يهدف إلى تحقيق ربح مجز له عن رأس ماله المستغل كله أو بعضه أو بما وضعه لنفسه من نظام الاستهلاكات الحسابية ،ولكن هذا الوضع لا يعنى أن يقف كل منهما إزاء الآخر موقف التربص و التوجس وانتهاز الفرص أو موقف الطرف المتخاصم في نزاع ان ظل كامنا فهو خليق بأن يتحول في أية لحظة إلى دعوى تطرح أمام القضاء ، بل ان الحق الخالص في شأن العلاقة بين جهة الإدارة و المتعاقد معها ، أن تنظر إليها جهة الإدارة من زاوية تراعى فيها كثيرامن الاعتبارات الخاصة التى تسمو على مجرد الحرص على تحقيق الوفر المالي للدولة.

وأن الهدف الأساسى هو كفالة حسن سير المرافق العامة باستمرار وانتظام، وحسن أداء الأعمال و الخدمات المطلوبة وسرعة إنجازها ، وأن ينظر إليها المتعاقد مع الإدارة على أنها مساهمة اختيارية منه ومعاونة في سبيل المصلحة العامة ، فيجب ان تؤدى بأمانة وكفاية ، وهذا وذلك يقتضى من الطرفين قيام نوع من الثقة المتبادلة بينهما وحسن النية والتعاضد والمشاركة في وجهات النظر المختلفة للتغلب على ما يتعرض تنفيذ العقد من صعوبات وما يصادفه من عقبات، وبهذا تطمئن جهة الإدارة إلى حسن التنفيذ وإنجازه في مواعيده المحددة ويطمئن

المتعاقد معها إلى انه سينال ،لقاء إخلاصه وأمانته وحسن قيامه بالعمل ، جـزاءه الأوفى وأجره العادل .

ولذلك ينبغى ألا يعتبر المتعاقد صاحب مصلحة متعارضة مع مصلحة الدولـة لمجرد أنه ينبغى من تعاقده تحقيق ربح حلال ، إذ أن هذا حقه الذي لا ينازع فيه ، وهو لا ينقلب إلى صاحب مصلحة متعارضة ، مع مصلحة الدولة إلا منذ اللحظـة التى ينحرف فيها عن الجادة ويتنكب سبيل الأمانة أو يحاول الحصول علـى ربـح حرام غير مشروع ، أيا كانت وسيلته في ذلك ، أو يسرف في طلب الربح ويشتط فيه على حساب الخزانة العامة ، وفى هذه الحالة يكون من حق الإدارة أن تفسـد عليه سعيه فتحرمه ثمرة غشه و تحبس عنه الربح الحرام أو تنزل بأرباحه إلـى الحد المعقول ، لأن الأرباح الفاحشة إنما تؤخذ من أموال الدولة و من مجمـوع الأفراد وعلى حساب المصلحة العامة ، مع أن الأعمال التى تؤدى تكون لمصـلحة المجموع لا لمصلحة من يقيمونها لحساب المجموع ، ويقابل ذلك أن المتعاقد مـع الإدارة ، مع حسن وزنه للامور وسلامة تقديره واتخاذ الحيطـة الواجبـة ، قـد تصادفه عند ظروف استثنائية وأمور لم تكن فـي الحسـبان ، وصـعوبات غيـر منظورة لم يكن يتوقعها أو يتعرض لمخاطر ادارية أو اقتصادية و ينشـأعن ذلـك زيادة أعبائه المالية زيادة يختل معها التوازن المالي للعقـد ، ويصـاب بخسـارة محققة ، فيكون من حقه على جهة الادارة ألا يتحمل وحده كل الغرم وأن تسـاهم معه جهة الإدارة بقدر معين فتعوضه تعويضاً عادلا عما يصيبه من أضـرار ولـم يكن هناك خطأ من جانب الجهة الادارية التى تعاقد معها ، تأسيساً على أنه لـيس العدل والانصاف وحسن النية في المعاملات أن يترك مثل هـذا المتعاقـد فريسـة لظروف سيئة لا دخل له وبدون أى تعويض استنادا إلى نصوص العقـد الحرفيـة ولمجرد الحرص على تحقيق الوفر المال و الرغبة الملحة فـي الحصـول علـى المهمات والأدوات أو إنجاز الأعمال المطلوبة بأرخص الأسعار لأن معنـى ذلـك ، استباحة نهبه وتدميره وتضحيته وهو أمر ، إلى جانب مجافاته للعدالة ، فانـه لا

يتفق و المصلحة العامة ،اذا ينتهى الأمر إلى إحدى نتيجتين ـ إما إلى خروج المقاولين أو متعهدى التوريد الأمناء الأكفاء من سوق التعامل مع الدولة ، أو انصرافهم عن الاشتراك في المناقصات مستقبلا فيتلقف الزمام غير الأكفاء و غير الأمناء ، وتقع المنازعات والاشكالات التى تنتهى إلى تعطيل المرافق العامة ، وبخاصة بالنسبة للأعمال الانتاجية والاقتصادية والعمرانية الضخمة ذا ت الأهمية الخاصة ، و بما تتطلبه من كمال فنى ودراسات و أبحاث و تجارب لا تتوافر إلا في طائفة معينة من الشركات الكبرى ،بمالها من امكانيات فنية و مالية وادارية وما تملكه من آلات وأدوات خاصة ، وأما أن يعمد هؤلاء إلى تأمين أنفسهم بأن يحتسبوا ضمن اسعار التكلفة ، و بالتالي من ضمن أسعار عطاءاتهم ، مبلغاً للاحتياط ضد تلك المضار و الأخطاء المحتملة ، و تكون النتيجة زيادة عامة في الأسعار التى تتم بطريق المناقصة ، مما يفوت على جهة الإدارة غرضها في الحصول على أصلح الأيدى العاملة بأفضل الأسعار وأنسبها.

وهذه كلها نتائج يجب تفادى الأسباب المؤدية إليها لأنها لا تتفق و المصلحة العامة كما سبق القول ، يضاف إلى ما تقدم أن لجهة الإدارة ميزة الخروج على مبدأ المساواة بين طرفي العقد بثبوت حقها في تعديل العقد من جانبها وحدها و في الحدود التى تقتضيها المصلحة العامة ، وهى إذا تمارس سلطة التعديل كحق مشروع مقرر لها يمكن أن تزيد من الأعباء الملقاة على عاتق المتعاقد معها ، ولذلك فإنه " تحقيقاً للعدالة يكون من حق المتعاقد مع الإدارة أن يعوض تعويضاً عادلاًعن الأضرار التى تلحق بمركزه التعاقدى أو تقلب ظروف العقد المالية على أثر ممارسة الإدارة لسلطة التعديل ، ذلك لأن إيثار ضرورات المرافق العامة على المصالح الخاصة للمتعاقد مع الإدارة ليس معناه التضحية بهذه المصالح ، بحيث يتحمل المتعاقد مع الإدارة وحده عبء جميع هذه الأضرار ،ولضرورة قيام التلازم بين مصالح الطرفين المتعاقدين وتعادل كفتى الميزان بينهما وإلا انتهى الأمر إلى النتائج السابق بيانها و هي لا تتفق مع المصلحة العامة بل هي لا تحققها في قليل أو كثير ...."

وفي فقرة أخرى من الحكم ذاته تقول المحكمة في نفس المعنى:

" إن من طبيعة العقود الإدارية أنها تحقق بقدر الإمكان توازناً بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة وبين المزايا التي ينتفع بها إعتبارا بأن نصوص العقد تؤلف في مجموعها كلا من مقتضاه التلازم بين مصالح الطرفين المتعاقدين فإذا ترتب على تعديل إلتزامات المتعاقد مع الإدارة زيادة في أعبائه المالية ، فإنه ليس من العدل ولا من المصلحة العامة نفسها أن يتحمل المتعاقد وحده تلك الأعباء ، بل يكون له في مقابل ذلك أن يحتفظ بالتوازن المالي للعقد تأسيساً على أن هذا العقد ينظر إليه كوحدة من حيث تحديد الحقوق المالية للمتعاقد ، فإذا ما إنتهى تدخل الإدارة في العقد بالتعديل إلى الإخلال بهذه الحقوق كما حددت عند إبرام العقد ، فيجب إعادة التوازن المالي للعقد إلى ما كان عليه ، كما أنه إذا كان حق الإدارة في التعديل أمراً يفترض قيامه في ذهن المتعاقد مع الإدارة عند إبرام العقد بحيث يكون للإدارة إستعمال هذا الحق من غير أن ينص عليه في العقد فإنه يجب أن يقابل هذه السلطة حق آخر للمتعاقد في أنه يقدر من جانبه هو أيضاً من جهة الإدارة ستعوضه عما يلحقه من ضرر نتيجة لممارستها سلطة التعديل ، وهذا التعويض يقوم على أنه لا يتصور أن المتعاقد مع الإدارة يقبل معاونتها في تسيير المرافق بالمجان وبغير مقابل ، بل الطبيعي ، أنه قرر طبقاً لتقديراته أنه سيظفر مقابل إلتزاماته العقدية بفائدة معينة وربح معلوم ، فإذا سلم للإدارة بحق التعديل تحقيقاً للمصلحة العامة ، فإن العدالة تأبى حرمان المتعاقد من حقه المشروع في الفائدة أو الربح الذي قدره عند إبرام العقد ... هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فإنه إذا قام في الإعتبار أنه من الأمور المسلمة أن يحقق المتعاقد مع الإدارة مصلحته الخاصة ، كما أنه كما من الأمور المسلمة كذلك أن تحقق الإدارة المصلحة العامة ، فإنه لا يكون للمتعاقد وجه للشكوى ، في حالة التعديل ، إذا عوضته الإدارة بما يتناسب مع ما كان يقدره لنفسه من ربح أو فائدة عند إبرام ... وبهذه الضوابط تكون العقود الإدارية قائمة على وجود تناسب بين الإلتزامات

التي تفرضها ، والفوائد التي يجنيها المتعاقد منها ، فـإذا قامـت الإدارة بـإجراء تعديل أو تغيير في هذه الإلتزامات فإن الفائدة تتغير هي الأخرى وبطريقة آلية تبعاً لذلك ، حتى يظل التوازن المالي للعقد قائماً ، إذ أن هذا التوازن أمر مفترض فـي كل عقد إداري ، ومن حق المتعاقد مع الإدارة أن يعوض علـى مقتضـاه ، دون حاجة إلى النص على ذلك في العقد ، لأنه ليس مما يتفق مع العدالة والمصـلحة العامة أن يتحمل هذا المتعاقد وحده عبء التعديل ويحرم عليه الإحتفاظ بـالتوازن المالي للعقد ، كما أن إيثار ضرورة المرفق العام على المصالح الخاصة للمتعاقـد مع الإدارة ليس معناه التضحية بهذه المصالح بحيث يتحمل المتعاقد وحده جميـع الأضرار الناشئة عن التعديل ... ولو أن الأمر جوهري على خلاف ذلـك وأبـيح للإدارة حق التعديل دون أن تلتزم مقابل ذلك بالتعويض على أساس التوازن المالي للعقد ، لإنتهى الأمر من الناحية العملية إلى أن أحداً من الناس لن يقبل المجازفـة فيبرم مع الإدارة عقداً يخضع لمحض تحكم سلطتها العامة ويتعـرض فيـه إلـى خسارة محققة لا سبيل إلى تعويضها ... ".

وهذا التوازن المالي لا يعنى التوازن الحسابى وإنما التوازن العادل للاحتفاظ بنفس المعادلة الاقتصادية للعقد و التى كانت قائمة قبل استخدام الإدارة حقها فـي التعديل.

ونرى أنه ليس هناك ما يمنع من تبنى اكثر من نظرية فـي البحـث عـن أساس تعويض المتعاقد مع الإدارة طالما أن أفعال الأمير ليست على نوع واحد و إنما هي مختلفة ، بالنسبة للأفعال التى تقوم بها الإدارة اسـتنادا إلـى العلاقـة العقدية بينها و بين المتعاقد فإن أساس التعويض هنا هـو نظريـة المسـئولية العقدية على غير الخطأ ، فعمل الإدارة مشروع و مستند إلى العقد .

أما بالنسبة للأفعال التى لا يمكن نسبتها إلى جهة الإدارة المتعاقدة فمن الأولى إسناد التعويض إلى نظرية المساواة أمام الأعباء العامة ، فنظرية عمل الأمير ما هي إلا خطوة مرحلية للأخذ بالمسئولية عن القوانين[1] .

موقف القضاء الكويتي – يقيم القضاء الكويتي مسئولية الإدارة طبقا لنظرية فعل الأمير على أساس أنها مسئولية عقدية بلا خطأ حيث قررت محكمة التمييز في أحد أحكامها بأنه[2] " يفترض أن الإدارة المتعاقدة لم تخطئ حين أتخذت عملها الضار لأن مسئوليتها طبقاً لأحكام هذه النظرية مسئولية عقدية بلا خطأ ، ويتعين لإعمال هذه النظرية توافر جميع شروطها فإذا تخلف واحد منها امتنع إعمالها ، ... ذلك أن صدور قرار وزير التجارة و الصناعة رقم ٤٦ سنة ١٩٨٤ الذي قصر صرف الدعم على رؤوس الأغنام الحية المستوردة عن طريق البحر على تلك التى يتم نقلها على بواخر شركة نقل و تجارة المواشي ليس من شأنه إلحاق الضرر فقط بالشركة الطاعنة وحدها دون سائر المستوردين للأغنام الحية عن طريق البحر ، و إنما ينصرف أثره إلى هؤلاء جميعا سواء أكانوا مرتبطين بعقود و توريد لجهات الإدارة أم غير مرتبطين _ فضلا عن أن هذا الضرر الذي حاق بالشركة الطاعنة _ بحرمانها من مبالغ الدعم _ كان بوسعها درؤه أعتبارا من تاريخ العمل بالقرار المشار إليه فلا يتأتى للطاعنة أن تطالب بالتعويض عن ضرر كان بوسعها تفاديه ....." .

و كذلك قضت الدائرة الإدارية بعدم قيام نظرية فعل الأمير في دعوى لإحدى الشركات ضد الهيئة العامة لشئون الزراعة و الثروة السمكية ، حيث قالت أنه " .... يشترط لإعمال نظرية فعل الأمير صدور إجراء خاص أو عام من جانب الإدارة المتعاقدة لم يكن متوقعا وقت التعاقد يترتب عليه إلحاق ضرر خاص بالمتعاقد لا يشاركه فيه سائر من مسهم هذا الإجراء ، و هو ما لا يتوافر في الدعوى و لم يقم عليه دليل مقبول[3] ".

---

(١) حسب تعبير الدكتور.حنفي على جبالي في رسالته – المسنوليه عن القوانين دراسة مقارنة عام ١٩٨٧ ص ٥٥٦ ، مشار اليه في الدكتور.عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد – أثر فعل الأمير على تنفيذ العقد الإداري ط ١٩٨٩ – الولاء للطبع والتوزيع شبين الكوم ص ١٥ .

(٢) حكم محكمة التمييز رقم ٩٢ لسنة ١٩٨٧ تجاري جلسة ٢٣ / ١١ /١٩٨٧ – موسوعة مبادئ القضاء الإداري – الكتاب الثالث ج ٨ ص ٤٠٥ .

(٣) حكم الدائرة الإدارية الثالثة رقم ٣٦١ لسنة ١٩٩٦ جلسة ١١/٢٩/ ٢٠٠٠ حكم غير منشور .

ثانياً ــ معايير تحديد التعويض :

كنا قد عرضنا الأثر القانوني الرئيسي المترتب على فعل الأمير و هو التعويض المستحق للمتعاقد مع الإدارة ، على أن مسألة التعويض في ذاتها تحتاج منا إلى إلقاء المزيد من الضوء عليها لبيان بعض أحكامها القانونية و بيان كيفية تحديد قيمة هذا التعويض .

فالقاعدة أن هذا التعويض يستقل قاضي العقد بتقديره إذا لم يتم الإتفاق على مقداره في العقد فالإدارة لا تستقل بتقديره ، على أن يشمل هذا التعويض عنصرين:

الأول ــ ما لحق المتعاقد من خسارة و يتضمن المصروفات الفعلية التى أنفقها المتعاقد .

الثاني ــ ما فات المتعاقد من كسب و يتضمن أرباحه المعقولة المتوقعة ، فالتعويض هنا تعويض شامل و غير جزئي ، وبذلك يتميز التعويض هنا عن التعويض وفقاً في نظرية الظروف الطارئة و الصعوبات المادية غير المتوقعة الذي هو جزئي غير شامل .

و قد قضت الدائرة الإدارية في أحد أحكامها بأن[1] ".... المحكمة و إن كانت وفق ما سلف تأخذ بما إنتهى إليه تقرير الخبراء من أحقية البلدية في مبلغ ٧٩٠٠٠ دينار إلا أنها ترى على خلافها أن هذا المبلغ لا يمثل إلا حق البلدية من خسارة تتمثل في دفعها لهذا المبلغ للإستشاري خلال المدة التى تأخرت فيها الشركة عن تسليم الأعمال و هي ٣٤٣ يوما .... (و هو ما يمثل)[2] خطأ عقديا تسبب فضلا عما لحقه بالبلدية من خسارة في تفويت كسب عليها عبارة عن الإيراد الذي كان سيدره عليها فيما لو استخدمته خلال هذه المدة ... ولذلك فإن مبلغ (٢٠٠٠٠) عشرون ألف دينار طوال مدة التأخير التى ترجع للشركة تمثل التعويض الكافي عما فات البلدية من كسب ..".

---

(١) حكم الدائرة الثالثة رقم ١١٧ لسنة ١٩٩٠ جلسة ٢٥ /٣ /١٩٩٨ حكم غير منشور .
(٢) أضيف بمعرفة الباحث .

ويجمع الفقه و القضاء[1] على عدم مشروعية الإعفاء المطلق من مسئولية الإدارة إذا ما تم الإتفاق عليه في العقد ، بينما لا حرج من اشتراط الإعفاء النسبي من إجراء بعينه كان متوقعا ، وهو ما قد أيدته محكمة القضاء الإداري حيث قالت أنه " .. وإن كانت جهة الإدارة قد أعفت نفسها من أية مسئولية قد يصيب المدعى من أضرار ، نتيجة عدم إمكانه استغلال المعدية لأي سبب من الأسباب ... إلا أن من المبادئ المستقرة في الفقه القانوني الإداري أن إعفاء جهة الإدارة نفسها من المسئولية قبل المتعاقد معها إعفاء مطلقاً ، ويعتبر شرطاً باطلاً .." [2].

وتقدير التعويض يكون بناء على القواعد المقررة في هذا الصدد إذا لم يتم الإتفاق عليها في العقد .

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٨٢ س ١ ق جلسة ١٤ /٤ /١٩٦٠ المجموعة س ١٤ ص ٣٦ .

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ١٨٦٥ في ١٩٦٨/٦/٣٠ لسنة ٢٠ ق مجموعة المبادئ ص ٣٧٢ ـ مشار إليه في الدكتور.علي الفحام ـ سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري ـ ص ٤٠٢ .

المطلب الثاني
عوارض التنفيذ الناتجة عن الظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة

في هذا المطلب نتناول عوارض تنفيذ العقد الإداري من خلال نظريتي الظروف الطارئة ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة .

وعلى هذا فسيكون هذا المطلب على النحو التالي :

- الفرع الأول – نظرية الظروف الطارئة .
- الفرع الثاني – نظرية الصعابات المادية غير المتوقعة .

الفرع الأول

نظرية الظروف الطارئة

اعترف مجلس الدولة الفرنسي بنظرية الظروف الطارئة لأول مرة في تاريخ ٣٠ مارس ١٩١٦ بما يعرف في قضية " غاز مدينة بوردو "[١] ، فضمن حكمه الذي يعتبر دستور هذه النظرية[٢] مبدأ جديداً مقتضاه أنه إذا طرأت ظروف جديدة لم يكن في الإمكان توقعها ، و كان شأنها أن تؤدي إلى إختلال إقتصاديات العقد إختلالاً جسيماً ، فإن هناك ما يبرر أن تساهم جهة الإدارة و لو مؤقتاً في تحمل جزء من الخسارة التى تلحق بالمتعاقد من جراء هذه الظروف[٣] .

بينما لم تزل المحاكم المدنية في فرنسا و على رأسها محكمة النقض الفرنسية ترفض الأخذ بهذه النظرية في مجال العقود التى تخضع للقانون الخاص .

وفي مصر لم يتضمن التشريع المدني المصري القديم ما يقضي بإعمال نظرية الظروف الطارئة ، و عليه فقد رفضت المحاكم أهلية و مختلطة[٤]، تطبيق هذه النظرية على العقود المدنية و على العقود الإدارية التى كانت حينذاك تدخل في ولاية القضاء المدني في عهد المحاكم المختلطة .

و في عام ١٩٤٧ صدر قانون التزامات المرافق العامة رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ و قرر في المادة السادسة منه فيما يتعلق بالعقود الإدارية بأنه " إذا طرأت

---

(١) أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي - ترجمة أحمد يسري - منشأة دار المعارف - رقم الإيداع ٢٣٦ - قضية الشركة العامة لإنارة بوردو - مجموعة ١٢٥ - تقرير شاردينيه .

(٢) حسب تعبير الدكتور.سليمان الطماوي - العقود الإدارية - مرجع سابق ص ٦٦١ - حيث اشتمل على معظم الأحكام الرئيسية والتفصيلية لهذه النظرية .

(٣) استقر مجلس الدولة الفرنسي على تبني هذه النظرية ومن أحكامه الحديثة نسبياً حكمه جلسة١٩٨٢/١/٨ في قضية MAUR -STEENT . QUILLERY SAINT منشور في مجلة القانون العام سنة ١٩٨٣ ص ٢٣٧ .

(٤) كانت محكمة استئناف مصر الوطنية قد أخذت بالنظرية في حكم لها جلسة ١٩ /٤ / ١٩٣١ (المحاماة س ١٢ ص ٦٣ رقم ٤١ ، على أن محكمة النقض لم توافق على هذا الاتجاه ونقضت الحكم جلسة ١٤ سنة ١٩٣٢ - مجموعة عمر ج١ ص ٥٢ رقم ٣٢ ، وقد عدلت محكمة الاستئناف عن اتجاه السابق ، انظر الدكتور.توفيق شحاته - مبادئ القانون الإداري - مرجع سابق ٨٢٧ .

ظروف لم يكن من المستطاع توقعها و لايد لمانح الالتزام أو الملتزم فيها و أفضت إلى الإخلال بالتوازن المالي للالتزام أو إلى تعديل كيانه الاقتصادي كما كان مقدراً وقت منح الالتزام جاز لمانح الالتزام أن يعدل قوائم الأسعار ، وإذا إقتضى الحال أن يعدل أركان تنظيم المرفق العام و قواعد استغلاله ، وذلك لتمكين الملتزم من أن يستمر في استغلاله أو لخفض الأرباح الباهظة إلى القدر المعقول[1] "

ثم جاء القانون المدني المصري الجديد ليعمم هذه النظرية على العقود المدنية و الإدارية على حد سواء ، فنص في المادة (١٤٧) في الفقرة الأولى على أن :

١. العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه و لا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون .
٢. و مع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة ، لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي ، و إن لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي تبعاً للظروف و بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين إن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك .

و في الكويت انتهج المشرع ذات النهج المصري و ضمن القانون المدني نظرية الظروف الطارئة .

حيث أشار في المادة (١٩٦) منه على القوة الملزمة للعقد بقوله "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز لأحدهما أن يستقل بنقضه أو تعديل أحكامه ، إلا في حدود ما يسمح به الاتفاق أو يقضى به القانون ".

---

(١) الوقائع المصرية العدد ٦٩ شهر يولية سنة ١٩٤٧ .

ثم أعقب ذلك في نص المادة (١٩٨) على أنه " إذا طرأت ، بعد العقد وقبل تمام تنفيذه ، ظروف استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها عن إبرامه ، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام الناشىء عنه ، وإن لم يصبح مستحيلاً ، صار مرهقاً للمدين ، بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضى بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، بأن يضيق من مداه أو يزيد في مقابله ، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك " .

كما تبنتها إدارة الفتوى والتشريع في فتواها وأيضاً تبناها القضاء الإداري متمثلا" بالدوائر الادارية أو محكمة التمييز ، كما سيأتى ذكر ذلك لاحقاً.

الفصل الأول ــ مفهوم هذه النظرية :

بما أن هذه النظرية قضائية النشأة فلا أدل ولا أوضح من بيان ماهيتها من المحضن الذي نشأت فيه ، ولذا سنترك لمحكمة القضاء الإداري في السطور القادمة بيان هذه النظرية حيث قالت في أحد أحكامها المطولة[1] :

"...إن القضاء الإداري قد خرج من نطاق تطبيق قاعدة القانون الخاص ، إن العقد شريعة المتعاقدين ، وأنه شريعة اتفاقية ، وان العقد يلزم عاقديه بما يرد الاتفاق عليه متى وقع صحيحاً، خرج القضاء الإداري من نطاق تطبيق هذه القاعدة إلى مبدأ الطوارىء غير المتوقعة أو الظروف الطارئة استجابة لحاجة ملحة تقتضيها العدالة ، و بما أدخله من مرونة على مبدأ قوة العقد الملزمة في نطاق القانون الإداري ، و هو مبدأ لا يطبق في العقود الادارية بنفس الجمود والإطلاق اللذين يطبق بهما في العقود المدنية ، بل يطبق تطبيقاً مرناً في شأن كل من جهتى الإدارة و المتعاقد معها تأسيساً على أنه إذا كانت هذه المرونة تطبق لصالح جهة الإدارة في بعض الظروف لتحقيق المصلحة العامة ، فإنه من الطبيعى أن تطبق تطبيقاً مقابلا لصالح المتعاقد معها في ظروف أخرى "

(١) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٩٨٣ س ٩ ق جلسة ١٩٥٧/٦/٣٠ ــ المجموعة س ١١ ص ٦٠٧ .

وقد كانت نظرية الطوارىء غير المتوقعة أو الظروف الطارئة من إبتكار القضاء الإداري و أخذ تطبيقها بإطراد على جميع العقود الادارية ، و قد أقام الفقه و القضاء الإداري هذه النظرية إلى جانب النظرية التقليدية للقوة القاهرة دون أن تكون صورة منها .

وحول الفرق بين هذه النظرية وبين نظرية القوة القاهرة قالت المحكمة في ذات حكمها السابق بأنه " ... وإذا كان الطارىء غير المتوقع تنتظمه – كالقوة القاهرة – فكرة المفاجأة و الحتم ، إلا أنه يختلف عنها في أثره في تنفيذ الالتزام ، فهو لا يجعل هذا التنفيذ مستحيلاً ، بل يجعله مرهقاً يجاوز السعة دون أن يبلغ به حد الاستحالة ، ويستتبع ذلك قيام فارق آخر يتصل بالجزاء ، فالقوة القاهرة تفضى إلى إنقضاء الالتزام، وعلى هذا النحو يتحمل الدائن تبعتها كاملة ، أما الطارىء غير المتوقع فيترتب عليه مشاركة الدائن للمدين في تبعته ... "

وحول توضيح أساس هذه النظرية أكملت المحكمة وقالت " ... كما أن نظرية الطوارىء غير المتوقعة ليست على وجه الاجمال ، إلا بسطة في نطاق نظرية الاستغلال أو الغبن الذي يقع لاحقاً لانعقاد العقد ، وهى أيضاً تقيم ضرباً من ضروب التوازن بين تنفيذ الالتزام التعاقدى تنفيذاً عينياً وتنفيذه عن طريق التعويض ،كما أن تطبيقها يخرج بالتقاضي من حدود المألوف في رسالته فهو لا يقتصر على تفسير التعاقد بل يجاوز ذلك إلى تعديله[1] ، هذا إلى أن النظرية إذ تستند إلى قواعد العدالة فإن أساسها هو تضحية من الطرفين المتعاقدين وليس إخلال أيهما من التزامه بل يتحمل كل منها شيئاً من الخسارة لا أن يتحملها أحدهم".

(١) يصدق هذا القول على النظرية في نطاق القانون المدني دون القانون الإداري ، كما سنرى وهو هفوه في صياغة الحكم.

وشرحت النظرية قائلة " ... ومفاد نظرية الطوارىء غير المتوقعة أو الظروف الطارئة حسبما وضع أصولها وقواعدها الفقه و القضاء الإداري ، أنه إذا حدث أثناء تنفيذ العقد الإداري إن طرأت ظروف أو أحداث لم تكن متوقعة عند إبرام العقد فقلبت إقتصادياته ، كان من شأن هذه الظروف أو الأحداث أنها لم تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً بل أثقل عبئاً وأكثر كلفة مما قدره المتعاقدان التقدير المعقول ، وإذا كانت الخسارة الناشئة عن ذلك تجاوز الخسارة المألوفة العادية التى يتحملها أى متعاقد إلى خسارة فادحة استثنائية وغير عادية فإن من حق المتعاقد المضار أن يطلب من الطرف الأخر مشاركته في هذه الخسارة التى تحملها فيعوضه تعويضاً جزئياً وبذلك يضيف إلى التزامات المتعاقد معه التزاماً جديداً لم يكن محل اتفاق بينهما ...."

وتطرقت إلى الفرق بين هذه النظرية عن نظرية التوازن المالي للعقد بقولها " ... من هنا تختلف هذه النظرية عن نظرية التوازن المالي للعقد من ناحية أن نظرية التوازن المالي للعقد تقوم على مقابلة الحق المعترف به لجهة الإدارة في تعديل العقد الإداري للمصلحة العامة بإصلاح ما يحدث للعقد الذي هو طرف فيه . أما في نظرية الظروف الطارئة فإنه بالرغم من أن الضرر الذي يقع يرجع إلى سبب غريب عن جهة الإدارة[1] . و غالباً ما يكون حادثاً أو ظرفاً أقتصادياً ، فإن العقد يظل قائماً وموجوداً كما هو ، هذا من ناحية ، و من ناحية أخرى فإن التعويض تأسيساً على نظرية التوازن المالي للعقد يكون تعويضاً كاملاً عن جميع الأضرار التى تصيب المتعاقد ، أما في حالة الظروف الطارئة فإنه يكون مقصوراً على معاونة ومساهمة في مقدار الضرر".

وتطرق الحكم إلى نتائج هذه النظرية وشروطها أوضح قائلاً " ... ونظرية الظروف الطارئة تؤدى إلى أن يفرض على الدائن التزام ينشأ من العقد الإداري ويولده هذا العقد ويخلفه – و غالباً ما يكون الدائن هو جهة الإدارة – وهذا

(١) وهنا أيضاً أعمل الحكم التطور الجديد في قضاء مجلس الدولة الفرنسي كما سنرى.

الالتزام هوأن يدفع الدائن للمدين تعويضاً لكفالة تنفيذ العقد تنفيذاً صحيحاً متى كان من شأن الظروف أو الأحداث غير المتوقعة أن تثقل كاهل هذا المدين بخسارة يمكن اعتبارها قلباً لاقتصاديات العقد ، فإنه يجب لاستحقاق المتعاقد مع جهة الإدارة هذا التعويض عن الأعباء الخارجة عن العقد وبناء على ذلك يجب توافر شروط ثلاثة هي – (أولاً) أن يكون الحادث أو الظروف أجنبياً عن المتعاقدين أى مستقلا عن إرادتهما ولا دخل لهذه الإدارة في وقوعه .(ثانياً) أن يكون الظرف أو الحادث مما لايمكن توقعه عادة و لم يكن في حسبان المتعاقدين ونيتهما المشتركة عند إبرام العقد ، ويقضى هذا الشرط البحث في عناصر ثلاثة – أولها – طبيعة الحادث أو الظرف نفسه ، كأن يكون مثلاً من الأمور الاقتصادية كارتفاع الأجور وأثمان المواد الأولية ، ثم أهمية الحادث أو الظرف الاستثنائى ، لأن التعويض لا يستحق إلا إذا جاوز ارتفاع الأثمان أو الأجور الحد الذي يطيقه المتعاقد أو ما لا يستطيع مواجهته و يترتب عليه أعباء إضافية لا يستطيع احتمالها . و الثالث عنصر الزمن أى تحديد الوقت الذي أبرم فيه العقد للتحقق مما إذا كان المتعاقدين يتوقعان في هذا التاريخ ان ستنقلب اقتصاديات العقد أم لا.

" ... (ثالثاً) إن التعويض لايستحق إلا إذا إنقلبت اقتصاديات العقد ، بمعنى أن يترتب على تنفيذ العقد خسارة تجاوز في فداحتها الخسارة العادية المألوفة التى يتحملها أى متعاقد أثناء التنفيذ ".

وعن مدى طبيعة الخسارة التي تجيز الطلب بالتعويض بناء على نظرية الظروف الطارئة ، ومن خلال شرح الشرط الثالث قالت "...ولما كان التعويض الذي يدفع لا يشمل الخسارة كلها ولا يغطى إلا جزءاً من الأضرار التى تصيب المتعاقد ، فليس لهذا ان يطالب بالتعويض بدعوى أن أرباحه نقصت أو لفوات كسب ، كما انه يجب ان تكون الخسارة واضحة و متميزة فلا تتناقض مع شيء في العقد ، بمعنى أن يكون تقدير قلب اقتصاديات العقد قائماً على أنه يدخل في الحساب جميع عناصر العقد التى تؤثر في اقتصادياته ، فيعتبر العقد في ذلك وحدة

و يفحص في مجموعه لا أن ينظر إلى أحد عناصره فقط بل يكون ذلك بمراعاة جميع العناصر التى يتألف منها إذ قد يكون بعض هذه العناصر مجزياً و يعوض عن العناصر التى تستتبع الخسارة ، و من ثم فإن انقلاب اقتصاديات العقد مسألة لا تظهر و لا يمكن التحقق من وجودها إلا من المستخلصات النهائية و عند عمل الحساب النهائي و هو لا يكون إلا بعد إنجاز الأعمال ، و بذلك يمكن تحديد التعويض و طلبه على أساس نظرية الظروف الطارئة[1] "

وفى الكويت ـ قضت محكمة التمييز بأن " قوام نظرية الظروف الطارئة كما نشأت في مجال العقود الادارية انه إذا طرأت أثناء تنفيذ العقد الإداري ظروف أو أحداث لم تكن متوقعة عند إبرام العقد ولا يملك المتعاقد لها دفعاً وكان من شأنها وإن لم تجعل تنفيذ الالتزام العقدى مستحيلاً – إلا انها تجعله مرهقاً أو أثقل عبئاً أو أكثر كلفة فتنزل بالمتعاقد خسارة فادحة تختل معها اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً . فيكون للمتعاقد المضار أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته في هذه الخسارة التى تحملها بتعويضه عنها تعويضاً جزئياً[2] ".

الغصن الثاني ـ شروط نظرية الظروف الطارئة :

نستطيع من خلال الأحكام التى عنيت ببيان نظرية الظروف الطارئة أن نتعرف و نحدد شروطها و التى تتمثل فيما يلى :

١- وقوع ظرف طارىء واستثنائى و عام .

٢- أن يكون هذا الظرف غير متوقع ولا يمكن دفعه .

٣- أن يقع هذا الظرف بعد توقيع العقد و أثناء تنفيذه .

٤- أن يترتب على هذا الظرف أن يصبح تنفيذ العقد مرهقاً .

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٧٤ س ٢ ق جلسة ١٩٦٠/٧/١٤ ـ المجموعة س ١٤ ص ٩٤ ـ حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٨٢ س ١ ق جلسة ١٩٦٠/٤/١٤ ـ المجموعة س ١٤ ص ٣٦ ـ حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣٥٦٢ س ٢٩ ق جلسة ١٩٨٧/٥/١٦ ـ مشار إليه ـ الدكتور . سليمان الطماوي ـالأسس العامة للعقود الادارية- ص ٦٧١ .

(٢) حكم محكمة التمييز رقم ٢٠٤ لسنة ١٩٩٠ تجاري جلسة ١٧ / ٢ / ١٩٩٣ - موسوعة القضاء الإداري- الكتاب الثالث – ج٨ - القاعدة رقم ١١٢ ص ٣٤٩ .

و من هذه الأحكام التى عنيت بهذه الشروط حكم المحكمة الإدارية العليا و الذي قضت فيه بأن " تطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود الإدارية و روابط القانون العام أمر رهين بأن تطرأ خلال مدة تنفيذ العقد الإداري حوادث أو ظروف طبيعية أو اقتصادية أو سياسية و لو كانت من جهة إدارية أخرى غير الجهة المتعاقدة أو من عمل شخص آخر ، و لم تكن في حسبان المتعاقد مع الإدارة و لا يملك لها دفعاً أو علاجاً ، ولا كان في وسعه توقعها و التحوط لها ، وأن تكون هذه الحوادث استثنائية و عامة و من شأنها أن تجعل تنفيذ التزام المتعاقد مع الإدارة مرهقاً و يتهدد المتعاقد بخسائر فادحة دون أن يكون هذا التنفيذ مستحيلاً ، بحيث تختل اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً ، فإن توافرات في الظروف المحيطة بتنفيذ العقد الإداري شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة التزمت الجهة الإدارية المتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها في نصيب من الخسائر التى نزلت به طوال فترة قيام الظروف الطارئة [1]...." .

وهذا ما جاء في حكم محكمة الأستئناف في بيان شروط نظرية الظروف الطارئة "... وتأسيسا على ما تقدم فإن تطبيق الظروف الطارئة رهين بأن تطرأ خلال مدة تنفيذ العقد ظروزف استثنائية عامة، لم تكن في حسابات المتعاقد عند إبرام العقود لا يملك لها دفعا ، ومن شأنها أن تنزل به خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد اختلالا جسيماً فإذا ما تحققت هذه الشروط ، فإنه يتعين إلزام جهة الإدارة المتعاقدة بمشاركة المتعاقد في تحمل نصيب من الخسارة والتى حاقت به " [2] .

و سوف نتعرض لهذه الشروط كلٌ على حدة و توضيح طبيعة كل شرط والضوابط الخاصة به .

---

(١)حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٨٤٣ س٢٦ق جلسة ١٩٨٢/١/٢٠ – المجموعة س٢٧ص٣١٩ وأيضا حكمها رقم ٥٤٩، ٨٠١ س٣٥ق جلسة ١٩٩٣/٤/٤ – الموسوعة الإدارية العليا الحديثة – الفكهاني – ج٣٥ ص٣٨٧ وأيضا في نفس المعنى حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٩٨٣ س٩ق جلسة ١٩٥٧/٦/٣٠ – المجموعة س١١ ص ٦٠٧ .

(٢) حكم محكمة الاستئناف رقمي ٢٠٥ ، ٢٣٣/ ١٩٩٩ إداري جلسة ٢٠٠٠/٤/٢٤ . حكم غير منشور.

البند الأول ــ وقوع ظرف طارئ استثنائي و عام :

يقتضي تحقق هذا الشرط وجوب أن يتسم الحادث الذي يطرأ على العقد بكونه أستثنائياً و عاماً على التفصيل الآتي :

١ – كونه حادث استثنائي :

هو ذلك الحادث الذي يندر حصوله مما لا يتفق مع السير الطبيعي والمألوف للأمور ، بعيداً عما ألفه الناس و أعتادوه ، فلا يعول عليه الرجل العادي ، و لا يدخل في حسبانه كزلزال عنيف ، أو حرب طاحنة ، أو وباء فاحش ، أو فيضان غير عادي ، أو ارتفاع باهظ في الأسعار[١].

٢ – كونه حادث عام :

و هذا الحادث الاستثنائي يجب أن يكون عاماً ، أي أن أثره غير مقصور على طائفة معينة و إنما يمتد إلى كل من يتواجد في بقعة معينة خلال ظرف معين[٢].

ولا يشترط القضاء الإداري ـ في المرحلة الحالية[٣] ـ سواء في فرنسا أو في مصر في طبيعة هذا الظرف صفة معينة ، بل تنطبق نظرية الظروف الطارئة سواء أكان مصدر الظرف الطارئ أقتصادياً أو طبيعياً أو إدارياً ، سواء أيضاً كان مصدر الظرف الطارئ جهة الإدارة المتعاقدة أو غير المتعاقدة .

---

(١) راجع في ذلك الدكتور.عبد الفتاح عبد الباقي – نظرية العقد ط ١٩٦٤ ص ٥٤٧ ، وأيضاً الدكتور.عبد الرازق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام – مصادر الالتزام – دار النشر للجامعات المصرية ط ١٩٥٢ ص ٦٤٣ وأيضاً الدكتور.محمد السناري – الضوابط القانونية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود – مرجع سابق ص ٤٤.

(٢) جاء في تبرير اشتراك أن يكون الحادث الطارئ عما في لجنة مراجعة القانون المدني بأن " الحوادث الاستثنائية ينبغي ألا تكون خاصة بالمدين بل يجب أن تكون عامة وشاملة لطائفة من الناس ، كفيضان عالي غير منتظر يكون قد اغرق مساحة واسعة من الأراضي أو غارة غير منتظرة من الجراد أو انتشار وباء " الأمر الذي أدى بلا شك برأينا إلى تضييق نطاق نظرية الظروف الطارئة ، للمزيد انظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري الحالي جزء ٢٠ ص ١٩٠ .

(٣) مر القضاء الإداري الفرنسي والمصري بمراحل متعددة في طبيعة الظرف الطارئ حين كان يتطلب أن يكون الظرف اقتصادياً وأن لا يكون من الجهة المتعاقدة ، للمزيد حول هذا التطور يراجع كل من الدكتور.سليمان الطماوي– العقود الإدارية – مرجع سابق ص ٦٧٣ وما بعدها ، الدكتور.محمد السناري – مرجع سابق ص ٤٦ وما بعدها ، والأحكام القضائية التي تم إيرادها لبيان التطور التاريخي في طبيعة الظرف الطارئ .

و نحن نؤيد هنا المسلك القضائي الحالي و ذلك بسبب أن نصوص القانون التى تنص على الحوادث الطارئة فيها من العمومية والاطلاق ما يدل على اشتمالها لكل الأنواع دون تمييز أو تقييد ، و أيضاً نجد أن الغاية التى من أجلها شرعت نظرية الظروف الطارئة و هي تخفيف الإرهاق على المتعاقد مع الإدارة تؤيد هذا المسلك حيث أن المهم هو الإرهاق أياً كان سببه .

وأكدت المحكمة الإدارية العليا على هذا حيث قالت " ومؤدي هذه النظرية بعد توافر شروطها إلزام جهة الإدارة المتعاقدة مشاركة المتعاقد معها في تحميل نصيبة من الخسارة التي حاقت بة طوال فترة قيام الظروف الطارئ وذلك ضماناً لتنفيذ العقود الإدارية وإستمرارية سير المرفق العام ومراعاه الصالح العام، فإن مقتضي ذلك أن تطبيق هذه النظرية يفترض بداءة أن يتم تنفيذ العقد الإداري تنفيذاً كاملاً لكي تلحق بالمتعاقد مع الجهة الإدارية خسارة فادحة تختل معها إقتصاديات العقد ولما كان الثابت أن الشركة الطاعنة لم تقم بتنفذ إلتزامتها التعاقدية ورغم أمهالها .... فإن طلباتها في هذا الشأن تجاوز حدود تطبيق نظرية الظروف الطارئة، فضلاً عن أنها لم تقدم ثمة دليل على قيام هذه الصعوبات، كما ترقى إلى مرتبة القوة القاهرة التي تجعل تنفيذها لألتزامتها مستحيلاً...."[1] .

وقالت أيضاً " على المتعاقد رغم الظروف الطارئة أن يستمر في تنفيذ العقد حفاظاً على دوام سير المرفق العام بأنتظام وأطراد ويطالب جهة الإدارة بالتعويض الذي يستحقة نتيجة ما أوقعته به تلك الظروف الطارئة من أختلال في التوازن المالي لعقدة فإذا ما توقف دون وجه حق جاز لجهة الإدارة أن تنفذ العقد على حساب المتعاقد المتخلف أو تقرر إنهاء العقد ومصادرة التأمين " [2] .

---

(١) حكم محكمة الإدارية العليا رقم ٥٩٥٥ س٤٣ق جلسة ٢٠٠١/٥/٨ – مشار إلية في الدكتور محمد ماهر أبو العينين – العقود الإدارية – الكتاب الثاني – ص٤٦٦ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٧٦٧ س١١ق جلسة ١٩٦٩/٧/٥ – مشار إليه في الدكتور – محمد ماهر ابو العينين – العقود الإدارية – الكتاب الثاني – ص٤٥٠ .

وعلى هذا ذهبت إدارة الفتوى والتشريع في الكويت إلى إن نظرية الظروف الطارئة قد رسخت في القانون الإداري وأخذ بها المشرع الكويتي في المادة ١٤٦ من قانون التجارة ومؤدى هذه النظرية أنه إذا طرأت أثناء العقد الإداري ظروف أو أحداث خارجية عن إرادة المتعاقد مع الإدارة لم تكن متوقعة عند إبرام العقد وكان من شأنها وإن لم تجعل الإلتزام مستحيلاً الإخلال بالتوازن الإقتصادي للعقد بأن جعلت تنفيذه مرهقاً للمتعاقد منذراً بخسارة فادحة فإن هذا المتعاقد إذ يبقى ملزماً بالإستمرار في تنفيذ العقد رغم هذه الظروف والأحداث بأن تتحمل جزءاً من الخسارة التي تترتب عليها.

ومع التسليم بأن إرتفاع الأسعار الخاصة بالمعدات وأسعار الشحن والتأمين المصاحب لحرب أكتوبر سنة ١٩٧٣ يعتبر ظرفاً طارئاً في مفهوم هذه النظرية وأنه في خصوص الحالة المعروضة لم يكن أمراً متوقعاً عندما تقدمت شركة ... بعطائها قبيل ١٩٧٣/٨/١٢ فإنه يبقى للبت في الطلب المقدم من هذه الشركة آخر وأهم شروط النظرية ، وهو يتعلق بأثر الظرف الطارىء على العقد.

إذ يجب لتطبيق النظرية أن يترتب على الظرف الطارىء قلب إقتصاد العقد رأساً على عقب بأن تنزل بالمتعاقد مع جهة الإدارة خسارة تتعدى مجرد فوات فرصة تحقيق الربح وتتجاوز حد الخسارة التي تحدث أحياناً في التعامل في الظروف العادية حيث التجارة مكسب وخسارة وتبدو فداحتها في النتيجة النهائية التي يحققها المتعاقد بعد إنتهاء جميع أعمال العقد ، فإذا كانت الخسارة طفيفة أو كانت في حدود الخسارة المألوفة في التعامل في الظروف العادية فلا يكون محل لإعمال نظرية الظروف الطارئة.

وحتى إذا بلغت الخسارة الحد الذي تتطلبه النظرية وتوافرت بهذا جميع شروط تطبيقها فإن التعويض على أساسها لا يقوم على أساس التعويض الكامل عن الخسارة بل على فكرة توزيع عبء الخسارة بين المتعاقد وجهة الإدارة بأن يتحمل المتعاقد جانباً من الخسارة وتتحمل جهة الإدارة الجانب الآخر وإن كان من المألوف عملا أن تتحمل الإدارة الجانب الأكبر.

وبمراجعة البيان الذي قدمته شركة ... بمفردات الخسارة التي قررت أنها أصابتها بسبب إرتفاع الأسعار الناتج عن حرب أكتوبر ١٩٧٣ وحددتها بمبلغ ... يمثل الفرق بين التكاليف الفعلية للعقد وبين العطاء المقدم منها في المناقصة ، فإننا نلاحظ أن الشركة لم تتوصل رقم الخسائر السالفة الذكر إلا عن طريق إضافة مصاريف إفتراضية إلى تكاليف العقد فقد أدرجت ضمن هذه التكاليف في البيان المقدم منها مبلغ ... قالت أنه يمثل ١٠% مصاريف إدارية .

وبحساب التكاليف الفعلية للعقد تبين أنها تبلغ ... وبالمقارنة برقم العطاء المقدم من الشركة في المناقصة وهو ... فإن الفرق وهو ... أي نحو ١٠% من قيمة العطاء يمثل خسارة عادية لا تصل إلى الخسارة الفادحة بالقدر الذي تتطلبه نظرية الظروف الطارئة.

ولهذا السبب فإننا نرى أن شروط هذه النظرية والتي على أساسها وحدها يمكن النظر في طلب التعويض المقدم من شركة ... غير متوافر في هذا الطلب ولا محل للتعويض على أساسها.

على أنه إذا ما رأت الإدارة أن تشارك المتعهد في قيمة الخسارة على أساس أنها ترى حسب تقديرها – أنها خسارة تجاوز المألوف – فإنه يمكن أن تدفع له نصف المبلغ سالف الذكر[1].

البند الثاني ــ أن يكون الظرف الطارئ غير متوقع ولايمكن دفعه :

وهذا الشرط الأبرز حيث تعرف هذه النظرية به ، فالنظرية هي نظرية الظروف الطارئة بمعنى غير المتوقعة .

---

(١) فتوى إدارة الفتوى والتشريع رقم ٢/٢٣٩٠ جلسة ١٩٧٦/٤/٧ ــ مجموعة المبادىء التي قررتها إدارة الفتوى والتشريع – المجموعة الثالثة ص ٥٤ ، ٥٥ ــ وفي نفس المعنى حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٨٧٧ س ٢٧ ق جلسة ١٩٨٤/١/٢١ ــ المجموعة س ٢٩ ص ٥٠٥ .

١ – كون الظرف الطارئ غير متوقع :

ويرجع السبب في تطلب مثل هذه الخصيصة في الظرف الطارئ أن العقود الإدارية عقود طويلة المدة (كعقود الامتياز مثلاً) ، وخلال هذه المدة قد تطرأ الكثير من الحوادث التي تؤثر على العقد القائم بطبيعته على بعض المخاطر فأما الحوادث العادية تمثل جزء من هذه المخاطر يتحملها المتعاقد. أما الحوادث غير العادية فهي وحدها التي تفسح مجالاً لتطبيق هذه النظرية[١].

ولقد اشترط قانون التزام المرافق العامة في مصر رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧المادة ٢ منه على تطلب أن يكون الظرف الطارئ غير متوقع لتطبيق نظرية الظروف الطارئة[٢].

ولقد تطلب القضاء الإداري في فرنسا[٣] أو في مصر أو في الكويت شرط عدم التوقع في الظرف الطارئ .

فلقد قضت المحكمة الإدارية العليا برفض تطبيق نظرية الظروف الطارئة بسبب أن المدعي كان يتعين عليه أن يتوقع ارتفاع الأسعار ، ولم يقدم المدعي دليلاً على أن ارتفاع الأسعار لم يكن متوقعا عند التعاقد ، وقالت[٤] " أنه يجوز للإدارة المتعاقدة إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن صار تنفيذ المتعاقد معها مرهقاً مالياً وإن لم يصبح مستحيلاً بحيث يهدد هذا المتعاقد بخسارة فادحة ، يجوز للإدارة تعويض المتعاقد معها على نحو يقيم التوازن المالي بين طرفي العقد ".

---

(١) يراجع الدكتورة عزيزة الشريف – نظرية العقد الإداري مرجع سابق ص ٣٢١ .

(٢) المادة (٦) من قانون ١٢٩ / ١٩٤٧ تنص على أنه (إذا طرأت ظروف لم يكن من المستطاع توقعها ، ولا يد لمانح الالتزام أو الملتزم فيها ، وأفضت إلى الإخلال بالتوازن المالي للإلتزام أو إلى تعديل كيانه الاقتصادي كما كان مقدراً وقت منح الالتزام جاز للمانح أن يعدل قوائم الأسعار ...".

(٣) انظر في أمثلة حديثة لمجلس الدولة الفرنسي عند الدكتور.محمد السناري – مرجع سابق – ص ٥٦ .

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٤٤١ – ٤٤٣ ص ١٧ ق جلسة ١٩٨١/١٢/٥ ــ مشار إليه عند الدكتور. محمد السناري ــ الضوابط القانونية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود ص ٥٦ ــ حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣٥٦٢ س ٢٩ ق جلسة ١٩٨٧/٥/١٦ ــ المجموعة س ٣٠ – ص ٣٨٤ ، ٣٨٥ .

واستطردت قائلة " وفي خصوص هذه المنازعة لم يثبت من الأوراق أنه قد طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في وسع المدعي توقعها عند تعاقده مع الإدارة ، ولم يثبت أن تنفيذ المدعي التزاماته العقدية مرهقاً مالياً بما يُهدر التوازن المالي في العقد ، ولم يثبت شيئا من ذلك ، ولئن طرأت زيادات في الأسعار خلال التنفيذ عما كانت عليه الأسعار وقت التعاقد فإن المدعي كان وسعه أن يتوقعها ويجب حسابها ويدخلها في اعتباره عند تحديد أسعار العمليات التفصيلية التي ينطوي عليها عقده مع الإدارة ، ولم يثبت من الأوراق أن الزيادة في الأسعار كانت تهدد المدعي بخسارة فادحة إن مضى في التنفيذ على مقتضى الأسعار المتفق عليها في العقد وعلى ذلك يكون الحكم المطعون فيه قد أصاب الحق في قضائه بأن كان يتعين عليه أن يتوقع ارتفاع الأسعار عند التعاقد ويراعيها عند التقدم بعطائه، كما أن المدعي لم يقدم دليلاً على أن ارتفاع الأسعار لم يكن متوقعا عند التعاقد ...." .

وقد جاء في حكم محكمة التمييز عن التعويض الذي تحكم به المحكمة لإعادة التوازن المالي للعقد حيث قالت بأنه "...أنه بالنسبة إلى طلب التعويض عن إطفاء الشهرة فإنه لا يدخل في نطاق الأضرار والخسائر التي تتعين أخذها في الحسبان عند التعويض المستحق للشركة لإعادة التوازن المالي للعقد، ذلك أنه وإن اعتبر من المقومات الأساسية للمنشأة عند تقويمها أو بيعها إلا أنه لا يتسنى حسابه ضمن الخسائر المادية التي يمكن التعويض عنها في مفهومة نظرية الظروف الطارئة إذ يقتصر التعويض الذي تحكم به المحكمة على مجرد إعادة التوازن المالي للعقد وليس جبر كل الضرر أو الخسائر التي لحقت بالمتعاقد مع جهة الإدارة وإنما تحمل جزئب لتلك الخسائر تقدره المحكمة، فضلاً عن أنه لا يدخل في نطاق هذا التعويض ما فات المتعاقد من كسب كان في الإمكان توقيعة .."[1] .

تساؤل :ولقد ثار تساؤل حول تحديد ما إذا كان محل عدم التوقع هو الظرف الطارئ ذاته أو أن الأثار المترتبة عليه ؟

---

(١) حكم محكمة التمييز رقمي ٣٤٣ ، ٣٤٥ لسنة ١٩٩٨ تجاري إداري/١ جلسة ١٩٩٩/١١/١ حكم غير منشور .

ولقد استقر الرأي الراجح في الفقه الإداري[1] وأحكام القضاء الإداري[2] سواء في فرنسا أو في مصر أو في الكويت على أن نظرية الظروف الطارئة تطبق سواء كان عدم التوقع وصفاً في الحادث نفسه أو في أثاره إذا كان الظرف ذاته متوقعاً.

ومن ذلك ما قضت به المحكمة الإدارية العليا حول أثر الظرف الطارئ (ارتفاع أسعار الزنبق) والذي وإن كان متوقعاً إلا أن (مدى) هذا الارتفاع لم يكن متوقعاً فقالت " أن الارتفاع الباهظ في أسعار الزئبق – إن صح أنه كان متوقعاً بالنسبة للعقد الثاني – فإن مدى هذا الارتفاع لم يكن في الوسع توقعه بالنسبة لذلك العقد ، فقد كان السعر وقت التعاقد بالنسبة إلى العقد الأول ١,٦٠٠ جنيها بالنسبة للكيلو فأصبح وقت التعاقد بالنسبة للعقد الثاني ٢,٨٨٠ جنيهاً ، ثم أصبح الشراء ٤,٠٥٠ جنيهاً ومن ثم فإن نظرية الحوادث الطارئ تنطبق على هذه الحالة ..." [3] .

وعبرت أيضاً الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع عن ذلك بقولها "... وحتى بفرض أنه كان في مقدور الشركة توقع زيادة الاسعار فإنه لم يكن في مقدورها توقع مقدار الزيادة في السعروبالتالي لم يكن في مقدور الشركة وقت تقديم عطائها أن تحتاط لزيادة السعر "[4].

وفي الكويت ــ قضت محكمة [5] التمييز بأن "...من المقرر أنه وإن كان يشترط في الظرف الطارئ الذي من شأنه الاخلال باقتصاديات العقد ، أن يكون

---

(١) الدكتور.سليمان الطماوي – العقود الإدارية مرجع سابق ص ٦٧٨ ، وأيضا الدكتور.محمد السناري – الضوابط القانونية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة – مرجع سابق ص ٥٧.

(٢) إن المتتبع لأحكام مجلس الدولة الفرنسي والمصري على حد سواء يجد أنهما قد اشترطا في بداية أحكامها رفض فكرة عدم التوقع لأثار الظرف الطارئ واشترط عدم توقع الظرف الطارئ في حد ذاته ثم عدلا عن ذلك . انظر الأحكام المؤيدة لهذا التدرج الدكتور.سليمان الطماوي – العقود الإدارية – مرجع سابق ص ٦٧٨ وما بعدها ، وأيضا الدكتور.محمد السناري – الظروف الطارئة – مرجع سابق ص ٥٨ وما بعدها .

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٢١٥٠ س ٧ق جلسة ١٩٦٢/٦/٩ – المجموعة س ٧ ص١١٢٤ ــ وفي نفس المعنى أيضاً حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٤٦ س ١٤ ق جلسة ١٩٧٢/٦/١٧ ــ المجموعة س ١٧ ص ٤٤٢ .

(٤) فتوى رقم ١٢٦ بجلسة ١٩٦٥/٢/٧ – مجموعة العقود – مبدأ رقم ٧٦ ص ١٧٦ .

(٥) راجع حكم محكمة التمييز رقم ١٩٣ / ٨٨ تجاري بجاسة ٢٥ /١٢ /١٩٨٨ – مجلة القضاء والقانون السنة ١٦ العدد الثاني صـ٢٦٠ .

غير متوقع و لا يمكن دفعه إلا أنه يكتفي بأن تكون آثار الظرف الطارئ هي التي لم يكن في الامكان توقعها ولو كان كان الظرف ذاته حالاً وقت ابرام العقد و أدركته آثاره عند تنفيذه .

الحكم "...وحيث أن الطعن أقيم على سببين تنعي المؤسسة الطاعنة بالوجه الأول من السبب الأول – الخطأفي تطبيق القانون ، و في بيان ذلك تقول أن نظرية الظروف الطارئة لا تنطبق على النزاع الماثل ، ذلك أن شرط إعمال هذه النظرية أن يكون الظرف غير متوقع ، و أزمة سوق المناخ _ التى ذهب الحكم إلى أنه ترتب عليها انخفاض الواردات من و إلى ميناء الشويخ _ كانت سابقة على تاريخ ابرام العقد موضوع النزاع ، و لم تتأثر عمليات النقل البحري بها ، و إذ أقام الحكم المطعون فيه قضاءه بالتعويض على أساس هذه النظرية فإنه يكون قد أخطأ

وحيث أن هذا النعي مردود ، ذلك أن من المقرر أنه و أن كان يشترط في الظرف الطارئ الذي من شأنه الاخلال باقتصاديات العقد ، أن يكون غير متوقع و لا يمكن دفعه إلا أنه يكتفي بأن تكون آثار الظرف الطارئ هي التى لم تكن في الإمكان توقعها و لو كان الظرف ذاته حالاً وقت ابرام العقد و أدركته آثاره عند تنفيذه ، لما كان ذلك و كان الحكم الإبتدائي المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر وأقام قضاءه في هذا الخصوص على قوله " بالنسبة إلى ظرف الأزمة الاقتصادية التى نجمت عن أزمة سوق و(التعامل في أسهم الشركات بالأجل) و التى أدت إلى ركود اقتصادي غير منكور مما أدى بالتالي إلى انخفاض الواردات من و إلى ميناء الشويخ مدة نفاذ عقد المنازعة ، و قد ترتب على ذلك إلحاق خسائر جسيمة بالمدعية (المطعون ضدها) جاوز المألوف في الخسارة في مثل هذه الحالة ، و بذلك أنه ولئن كان أزمة سوق المناخ قد بدأت في الظهور قبل ابرام العقد ،إلا أن تطورها و اتساع و فداحة آثارها قد طرأت بعد توقيع العقد و

أثناء تنفيذه ، ولم تكن هذه التطورات و الآثار المتوقعة بحال " و من ثم فإن الحكم لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون و يكون النعي في غير محله " .

وقررت إدارة الفتوى والتشريع في إحدى فتواها بأنه " مع التسليم بأن ارتفاع الأسعار الخاصة بالمواد والمعدات وأسعار الشحن والتأمين المصاحب لحرب أكتوبر ١٩٧٣ يعتبر ظرفاً طارئاً في مفهوم هذه النظرية إلا وانه في خصوص الحالة المعروضة لم يكن أمراً متوقعاً عندما تقدمت شركة .... بعطائها قبيل ١٩٧٣/٨/١٢ فإنه يبقى للبت في الطلب المقدم من هذه الشركة آخر وأهم شروط النظرية وهو يتعلق بأثر الظروف الطارئة على العقد .

ويجب لتطبيق النظرية أن يترتب على الظرف الطارئ قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب بأن تنزل بالمتعاقد مع جهة الإدارة خسارة تتعدى مجرد فوات فرصة تحقيق الربح وتتجاوز حد الخسارة التى تحدث أحياناً في التعامل في الظروف العادية حيث التجارة مكسب وخسارة وتبدو فداحتها في النتيجة النهائية التى يحققها المتعاقد بعد انتهاء جميع أعمال العقد ، فإذا كانت الخسارة طفيفة أو كانت في حدود الخسارة المألوفة في التعامل في الظروف العادية فلا يكون هناك محل لإعمال نظرية الظروف الطارئة [١] . "

وهكذا وجدنا أنه في الكويت يعمل بما أخذ به مجلس الدولة المصري من أنه يستوي أن يكون أثر الظرف الطارئ لا يمكن توقعه وصفاً في الحادث نفسه أو في أثاره إذا كان الظرف ذاته متوقعا، وقد اشترط في الفتوى السابقة أن يكون الظرف غير متوقع وله أثر على العقد ذاته .

---

(١) فتوى رقم ٢ / ٣٩٠ جلسة ٧ / ٤ / ١٩٦٧ المجموعة الثالثة لمجموعة مبادئ الفتوى والتشريع من أكتوبر سنة ١٩٧٥ إلى سبتمبر ١٩٧٧ ص ٣٢ .

تساؤل آخر :

وعند بحث مسألة شرط عدم التوقع يثور تساؤل عن معيار لقياس مدى عدم التوقع وذلك لإثباته لدى المتعاقد الذي يطالب بالتعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة ؟

ويجيب القضاء على هذا التساؤل بتبني معيار موضوعي قوامه الرجل المعتاد، وليس المعيار الشخصي قوامه نفس المتعاقد .

فالعبرة في توافر شرط عدم التوقع ألا يكون في مقدور الشخص العادي أن يتوقع حدوث الظرف الطارئ أو آثاره لو وجد ظرف المتعاقد وقت التعاقد ، وذلك بصرف النظر عما إذا كان المتعاقد ذاته قد توقع ذلك أو لم يتوقع .

وعلى ذلك قضت محكمة النقض المصرية بحكم قالت فيه[1] " إن شرط تطبيق المادة ٢/١٤٧ أن يكون الحادث الطارئ غير متوقع الحصول وقت التعاقد بحيث لا يكون في مقدور الشخص العادي أن يتوقع حصوله لو وجد في ظروف المدين وقت التعاقد بصرف النظر عن توقع المدين فعلا حصول الحادث الطارئ أو عدم توقعه".

وهذا برأينا يتطابق مع فكرة العدالة والتى تعتبر أساس هذه النظرية ، فالأخذ بالمعيار الشخصي أي بالنظر إلى المتعاقد نفسه من شأنه أن يؤدي إلى مكافأة غير المتبصر على عدم تبصره ، ومساواته بالمتعاقد الحريص وهذا بلا شك يتنافى مع العدالة.

وتقدير معيار عدم التوقع من مسائل الواقع التى يستقل بتقديرها قاضي الموضوع ، الذي يجب أن يخضع في إعتباره – إلى جانب المعيار الموضوعي – طبيعة العقد ومدته ، فعقود التوريد قصيرة المدة مثلا غير عقد التوريد طويل

(١) حكم محكمة النقض المصرية رقم ٣١٧ س ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/١١/١١– مجموعة النقض ص ١١٩٣ .

الأجل ، حيث دائرة التوقع فيها أوسع نطاقاً من العقد القصير واحتمال حدوث الظرف الطارئ أثناءه أكثر وروداً .

٢ – كون الظرف الطارئ لا يكمن دفعه :

ويجب كذلك في الحادث الأستثنائي العام غير المتوقع أن يكون مما لايمكن دفعه ولا التحرز منه ، وإلا فلا تنطبق عليه النظرية ، لأن المدين مكلف بإزالة كل ما يعوقه عن تنفيذ التزامه .

وإذا كان الحادث مما يمكن دفعه فيستوي في شأنه أن يكون متوقعاً أو غير متوقع ، فإذا أهمل المتعاقد تنفيذ التزامه ولم يدفع الحادث الذي يمكن دفعه ببذل الجهد المعقول فلا يجوزله التمسك بنظرية الظروف الطارئة .

ومعيار تحديد كون الحادث ممكن دفعه أو تفاديه هو معيار موضوعي مناطه الرجل العادي وليس المتعاقد نفسه .

٣-نسبة الظرف الطارئ إلى المتعاقدين :

" إن مجال أعمال نظرية الظروف الطارئة أن تطرأ خلال تنفيذ العقد الإداري حوادث أو ظروف طبيعية أو اقتصادية سواء من عمل الجهة الإدارية المتعاقدة أو من غيرها ،ولم تكن في حسبان المتعاقد عن إبرام العقد ولا يملك لها دفعاً وأن يترتب عليها أن تنزل بالمتعاقد خسائر فادحة ..." .

وهكذا أكدت المحكمة الإدارية العليا أن الظرف الطارئ يجب أن يكون مستقلا عن المتعاقد لا يد له فيه ، فإن كان ضالعاً في حدوث الظرف الطارئ فلا يستفيد من تطبيق النظرية .

كما بينت المحكمة أيضا أن جهة الإدارة يمكن أن تكون هي السبب في حدوث الظرف الطارئ وبالتالي تكون ملزمة بالتعويض.

وكون أن الظرف الطارئ خارجا عن إدارة المتعاقدين هي نتيجة منطقية تترتب على كون الظرف الطارئ غير متوقع ولا يمكن دفعه".

البند الثالث ــ أن يقع هذا الظرف بعد توقيع العقد وأثناء تنفيذه :

تساؤل آخر هنا يدور حول التاريخ المعتمد عليه في عملية تقدير شرط عــدم التوقع ؟ .

فنرى إن المعمول به قضاءاً حول التاريخ المعتد به لتقدير شرط عدم توقــع حدوث الظرف الطارئ هو تاريخ إبرام العقد ، فتاريخ إبرام العقد يكتسـب أهميــة خاصة للتحقق من أن العقد الإداري يمر أثناء إبرامه بإجراءات خاصة – وقد سبق تناولها – من حيث إجراءات إختيار المتعاقد مثلاً ، فإننا نجد أن المتقــدم بعطائــه يظل ملتزماً به لا يحق له الرجوع فيه ، ودون أن تتم الرابطة التعاقديــة إلا بعــد التوقيع عليه ، وهي لا تتم إلا بعد وقت طويل نسبياً من تاريخ التقدم بعطائه.

وفي مثل هذه الحالات تبرز أهمية تحديد التاريخ المعتد به لمعرفة تقدير مــا إذا كان الظرف الطارئ متوقعا أم غير متوقع ، وسنحاول أن نضع لهــذا التــاريخ بعض الضوابط لتحديده[1] ومنها :

١- إذا وقعت الظروف الطارئة خلال فترة تقديم وفحص العطاءات فإنه يعتــد بالتاريخ الذي أودع فيه المتعاقد عطائه ، وذلك إذا كان لا يستطيع سحب عطائه خلال الفترة من تاريخ تقديم العطاء إلى تاريخ إبرام العقد النهائي وقد قام مجلس الدولة الفرنسي بالتعويض عنها لوحدة العلة[2].

٢- إذا كان في مقدور المناقص سحب عطائه فإنه يعتد بتاريخ التصديق على العقد، فإذا وقع الظرف الطارئ ولم تبت الإدارة في العطاء خــلال المــدة المحددة ولم يسحب المناقص عطائه فإنه يعتبر عالماً بالظروف الطارئــة وقت تعاقده ، وبناء عليه قرر مجلس الدولــة الفرنســي عــدم أحقيتــه بالتعويض[3].

---

(١) للمزيد من هذه الضوابط يراجع الدكتور.محمد السناري – نظرية الظروف الطارئة – مرجع سابق ص ٦٤ وما بعدها .

(٢) حكم المجلس الصادر في ١٢/ ١/ ١٩٣٨ في القضية " commune d Antony" – المجموعــة ص ٢٠ مشــار اليــه فــي الدكتور.سليمان الطماوي – العقود الإدارية – مرجع سابق ٦٨٣ .

(٣) الدكتور.سليمان الطماوي – العقود الإدارية – مرجع سابق ص ٦٨٣ .

ولقد أخذ مجلس الدولة الفرنسى فى قضية "[1] La pomm de Terre " بالاعتداد بتاريخ التصديق على العقد ، وتتلخص وقائع هذه القضية فى أن الشركة المدعية كانت قد تعاقدت مع الحكومة الجزائرية على توريد كميات من البطاطس فى المدة من أول إبريل ١٩٥٨ حتى أول ابريل ١٩٥٩ ، وطالبت الشركة بالتعويض عن النفقات غير العادية التى تكبدتها من جراء ارتفاع الأسعار ارتفاعاً فاحشاً بسبب الأحداث التى وقعت فى ١٩٥٨/٥/١٣ ، وواقع الحال أن العقد المبرم بين الشركة وبين الحكومة الجزائرية لم يصدق عليه إلا فى ١٩٥٨/٥/٢٩ وكان لدى الشركة المدعية مكنة العدول عن التزامها منذ تقديم العطاء وحتى التصديق النهائى على العقد بناء على المادة السادسة من كراسة الشروط العامة .

وبالتالى اعتبر المجلس أن ارتفاع الأسعار وقع قبل التصديق ، فلا يمكن اعتبار هذه التغيرات غير متوقعة بالنظر إلى تاريخ التصديق على العقد ، وبالبناء على ما تقدم فإن المجلس قد رفض التعويض تأسيساً على نظرية الظروف الطارئة.

أما إذا وقع الظرف الطارئ خلال مدة تنفيذ العقد ، فالأصل عدم التعويض لأن الحوادث الاستثنائية العامة يجب أن تطرأ خلال مدة تنفيذ العقد مؤثرة في التزامات المتعاقد مع الإدارة بحيث تهدده بخسارة فادحة وتجعل تنفيذه لالتزاماته مرهقاً له .

وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها حينما أعتبرت أن الظرف عندما كان قائماً عند بداية العقد فإنه يمكن توقعة وبالتالي لا يترتب عليه تعويض للمتعهد حيث قالت بما أن "... عدم أفتتاح مستشفى النيل الجديدة لعدم أكتمالها هو ظرف ماثل أمام المتزايدين قبل إجراء المزايدة ... ولم تحدد الجهة الإدارية موعداً معيناً لأفتتاح هذا المبنى الجديد ومن ثم كان هذا الظرف قائماً عند بداية العقد وكان في حسبان المتعهد توقع عدم افتتاحة خلال مدة تنفيذ العقد.." [2].

وإذا وقع الظرف الطارئ خلال فترة امتداد مدة تنفيذ العقد الموافق عليها من جهة الإدارة فحكمه حكم وقوعه خلال المدة الأصلية للعقد.

---

(١) مشار إليه في الدكتورمحمد السناري – نظرية الظروف الطارئة – مرجع سابق صـــــ٦٥.
(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٨٤٣ ، ٩٢٢ س٢٦ ق جلسة ١٩٨٢/١١/٢٠ــ المجموعة س ٢٨ ص ٨٦ .

وفي الكويت ـ أخذ القضاء بالشرط المذكور حيث قضت محكمة التمييز في أحد أحكامها بأنه "من المقرر أن العقد الإداري الذي يبرم بطريقة المناقصة العامة لا ينعقد الا بالتوقيع عليه .....ويترتب على ذلك أنه يتعين على المتعاقد الذي يريد الاستفادة من نظرية الظروف الطارئة أن يواصل تنفيذ التزاماته رغم الظرف الطارئ ما دام التنفيذ في ذاته ممكنا ولم يتحول الظرف الطارئ إلى قوة قاهرة تحول دون التنفيذ ، فإذا توقف عن الوفاء بالتزاماته استنادا الى الظرف الطارئ فإنه يتعرض لتوقيع الجزاءات عليه ، ولا يجد به نفعا الاحتجاج بهذا الظرف الطارئ "[1] .

البند الرابع ـ ان يترتب على الظرف الطارئ إرهاق للمتعاقد في تنفيذ العقد (التزامه):

لإنطباق نظرية الظروف الطارئة يجب ان يترتب على الظرف الطارئ إرهاق[2] للمتعاقد بحيث يؤدي الي الحاق خسائر له تنتهي الي قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب [3] .

ويعتبر شرط الارهاق من اهم شروط انطباق نظرية الظروف الطارئة ، لأنه اذا لم يترتب على الظروف الاستثنائية والعامة وغير المتوقعة إرهاق للمتعاقد يجاوز السعة فهي عديمة الأثر على العقد .

كما أنه هوالذي يميز نظرية الظروف الطارئة عن نظرية القوة القاهرة والذي يبلغ اثرها على تنفيذ الالتزام الي حد الاستحالة .

---

(١) حكم محكمة التمييز رقم ١٩٨٩/٢٣٥- اداري جلسة ١٩٩٠/١/٢٨ – موسوعة القضاء الإداري – الكتاب الثالث- القاعدة رقم ١١٦ص٣٧٨- وايضا الحكم رقم ٩٤/٢١٣ تجاري جلسة ١٩٩٥/٤/١٠من مجموعة القواعد القانونية التى قررتها المحكمة من ١٩٩٢/١/١إلي ١٩٩٦/١٢/٣١، والحكم رقم ٩٦/٤٩٩ تجاري جلسة ١٩٩٧/١٠/١٣مجلة القضاء والقانون العدد٢٥.

(٢) انظر في تعريفات مصطلح الإرهاق في اللغة وفي المصطلح عن العديد من التشريعات – الدكتوررشوان أحمد – اثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد – ط١س١٩٩٤_ رقم الايداع ٩٤/٤٥٦١- دار الهاني للطباعة – حيث انتهى إلي ان الارهاق هو تحمل من جراء تنفيذ التزامه التعاقدي ، بحجب أو تفويت منفعة عليه ، لم يجر العرف بأي منها ، خارج حدود المألوف بين الناس في تعاملاتهم صـــ٥٠٠- ٥٠٨.

(٣) الدكتور.سليمان الطماوي – العقود الإدارية – مرجع سابق ص٦٨٤.

وحول هذا المعني قالت محكمة القضاء الاداري ان " مقتضي نظرية الظروف الطارئة ان يكون الظرف الطارئ اثقل واشق كلفة مما قدره المتعاقدان تقديرا معقولا ، بان تكون الخسارة الناشئة والتى تلحق المتعاقد ، فادحة واستثنائية تجاوز الخسارة العادية .....[1].

واشارت المحكمة الإدارية العليا الي شرط الارهاق بقولها "....أن تكون هذه الحوادث استثنائية وعامة ومن شأنها ان تجعل تنفيذ التزام المتعاقد مع الادارة مرهقا ويتهدد المتعاقد بخسارة فادحة دون ان يكون هذا التنفيذ مستحيلا ، بحيث تختل اقتصاديات العقد اختلالا جسيماً ...[2]

وفي الكويت قضت محكمة التمييز بأن " ... تقدير ما اذا كان الحادث الاستثنائي متوقعا أو غير متوقع وتأثيره على الصفقة المتنازع عليها وما اذا كان تنفيذ الالتزام مرهقا مما يدخل في سلطة محكمة الموضوع أساس ذلك م ١٩٨٠ من القانون المدني " [3].

وايضاً تعرضت إدارة الفتوى والتشريع في إحدى فتواها إلى هذه المسألة فقررت أنه (من حيث أنه من المقرر كأصل عام ان حقوق والتزامات طرفي العقد انما تتحدد بما أشتمل عليه من شروط العقد إلا أن الفقه والقضاء الإداري قد خرج على هذا الأصل عند تطبيق نظرية الظروف الطارئة التى تجد مجالها في التطبيق حين تطرأ خلال تنفيذ العقد الإداري حوادث أو ظروف طبيعية كانت أو أقتصادية من عمل جهة إدارية غير الجهة المتعاقدة أو من عمل إنسان آخر ، لم تكن في حسبان المتعاقد عند إبرام العقد ولايملك لها دفعاً ، ومن شأنها أن تنزل به خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً ، ومؤدى تطبيق هذه النظرية بعد توافر شروطها إلزام جهة الإدارة المتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها في تحمل نصيب من الخسارة التى حاقت به طوال فترة قيام الظروف الطارئة .

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٣٩٧ س ١٣ ق جلسة ١٩٦٠/٦/١٩ ـ المجموعة س ١٤ ص ٣٦١ ـ و حكم رقم ٤٦ س ١٤ ق جسة ١٩٧٢/٦/١٧ ـ المجموعة س ١٧ ص ٥٧٦ .

(٢) حكم المحكمة الادارية العليا رقم ٨٤٣ ، ٩٢٢ س ٢٦ ق جلسة ١٩٨٢/١١/٢٠ ـ المجموعة من ٢٨ صـ ٨٦ .

(٣) حكم محكمة التمييز ٣١٥/ ٩٦ تجاري جلسة ١٩٩٧/١١/١٦ مجله القانون والقضاء العدد ٢٥ وايضا الحكم رقم ٩٤/٤٧ تجاري جلسة ١٩٩٤/٦/١٢ ص ١٤٦ من مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة التمييز من ١٩٩٢/١/١٠ الى ١٩٩٦/١٢/٣١.

والثابت من الأوراق أن وزارة المواصلات قد تعاقدت مع الشركة المذكورة على توريد الكابلات المتفق عليها مقابل إجمالى قدره .... ومن ثم فإن التزام وزارة المواصلات إنما تحدد قيمة هذا المبلغ المتفق عليه في العقد دون زيادة ولا يغير من ذلك فرض رسوم جمركية اضافية بعد إبرام العقد بما يترتب عليه زيادة الرسوم الجمركية بقيمة المبلغ الذي تطالب به الشركة المذكورة ذلك ان قيمة هذه الزيادة البالغ قدرها... ديناراً بالنسبة لقيمة العقد البالغ مقدارها .... ديناراً ليس من شأنها أن تلحق بالشركة الموردة خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد ومن ثم يكون قد تخلف في خصوص العقد المذكور أحد شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة بما يجعلها غير قابلة لتطبيق في شأن هذا العقد لذلك أنتهى رأى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بهذه الإدارة إلى عدم أحقية شركة ... في المبلغ الذي تطالب به على الوجه سالف البيان) [1] .

وقالت في فتوى أخرى بأنه (وحيث أنه عند حساب النتيجة النهائية التي يحققها المتعهد المذكور من العقد المشار إليه إذا أخذ في الإعتبار قيمة إيجار السيارة وما تستهلكه من بنزين يومياً فإن الزيادة في أسعار البنزين سالفة البيان لا يترتب عليها تحميل المتعهد خسارة فادحة ، وبذلك لا تجد نظرية الظروف الطارئة مجالاً لإعمالها على العقد سالف البيان لذلك نرى أنه لا محل لزيادة الأجرة اليومية للسيارات سالفة البيان تعويضاً عن الإرتفاع في أسعار الوقود) [2].

---

(١) فتوى رقم ٢/٥٠٣/ ٨٦ جلسة ١٧ / ٢ / ١٩٨٧ - مجموعة المبادئ التي قررتها إدارة الفتوى والتشريع - المجموعة الثانية ١٥/٩/١٩٧٠ إلى ١٤ /٩/ ١٩٧٥..

(٢) فتوى إدارة الفتوى والتشريع رقم (٢/٢٥٩/٨٢) جلسة ١٦/٧/١٩٨٢ مجموعة المبادىء - المجموعة الثامنة - ص٣٤٠ وما بعدها.

وبالتالي استبعد القضاء الاداري تطبيق نظرية الظروف الطارئة اذا لم يترتب على الظرف الطارئ سوي مجرد نقص في الربح أو نقص في الايـــرادات [1] ، أو سوي خسائر عادية متوقعة.

كما أن القانون المدني المصري في المادة ٢/١٤٧ عرفت الارهـــاق وقالـــت بأن" تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقـــا للمـــدين بحيـــث يتهدده بخسارة فادحة".

فما هو معيار الارهاق ومتي يتحقق ؟

إن الإرهاق الذي يقع فيه المتعاقد من جراء الحادث الطارئ مرن يتغير بتغير الظروف ، فما يكون مرهقا لمتعاقد في ظروف معينة قد لا يكـــون كـــذلك لـــنفس المتعاقد في ظروف أخرى ، وتقدير تحقق الارهاق المهدد بالخسارة الفادحة مـــن إطلاقات محكمة الموضوع وذلك بالنظر الي الصفقة محل التعاقد ذاتها مع اعتبـــار الوضع المالي للمتعاقد ويمكن استشفاف معيارين لتقدير هذه الخسارة الفادحة .

١-المعيار الموضوعي :

بالنظر الي العقد على حدة لمعرفة الفرق بين قيمة الالتزام المذكور في العقد وقيمته الفعلية بعد الظرف الطارئ لتحديد القدرالذي يجعل تنفيذ الالتـــزام مرهقـــا بالنسبة للمدين .

٢-المعيار الشخصي :

وذلك بالنظر في ظروف المتعاقد لمعرفة ما اذا كان تنفيذ الالتزام مرهقـــا أم لا، وللحصول على افضل النتائج في تقدير الارهاق يمكن تطبيق كـــلا المعيـــارين الموضوعي والشـــخصي .

---

(١) حكم المحكمة الادارية العليا رقم ٤٦ س ١٤ ق جلسة ١٩٧٢/٦/١٧ ـــ المجموعة س ١٧ ص ٥٧٦ .

وذلك لان الاخذ بالمعيار الموضوعي وحده يؤدى الي اهمال ظروف المتعاقد إهمالاً تاماً وهذا أمر تأباه العدالة وينكره الواقع الملموس كما أن الاخذ بالمعيار الشخصي وحده يدخل القاضي في محيط لا شاطئ له من الحالات التى تختلف وتتفاوت باختلاف الافراد.[1]

أما القضاء في كل من مصر[2] والكويت فقد تبنى المعيار الموضوعي المتمثل في معيار الشخص العادي وليس المعيار الشخصي بمعنى أن القاضي يجب عليه لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يحدد أولا مقدار الخسارة العادية المتوقعة [3] (الحد الأقصى للأسعار) في الصفقة المعروضة عليه ، ثم يبحث في عناصر النزاع فإذا وجد أن الخسارة التى لحقت المتعاقد قد تجاوزت الخسارة المألوفة المتوقعة (الحد الأقصى للأسعار) فإنه يبحث فيما إذا كان هذا التجاوز يؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد بمعنى الإخلال الجسيم بالتوازن المالي للعقد فإنه يقضي بتوافر شرط الإرهاق وانطباق النظرية إن توافرت مؤكداً باقي شروطها .

وفي الكويت قضت محكمة التمييز في أحد أحكامها بأن " ... ومعيار الخسارة في هذه الحالة معيار موضوعي يتعلق بالصفقة محل التعاقد وليس ذاتياً بالنسبة إلى شخص المدين وظروفه"[4].

ولكي يحدد القاضي مقدار الخسارة العادية المتوقعة يجب عليه أن يحدد درجة التقلب العادي للأسعار وما يترتب عليه من ربح أو خسارة عادية بناء على

---

(١) لعرض أراء الفقه من أنصار المعيار الموضوعي وأنصار المعيار الشخصي والرأي الوسط انظر الدكتور.رشوان حسن رشوان احمد – اثر الظروف الاقتصادية على العقد – مرجع سابق ص ٥٠٩ وما بعدها ، وترجيحه للتطبيق المتتابع للمعيارين الموضوعي والشخصي ص ٥٢٠ .

(٢) الدكتور.محمد عبد الجواد – مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة – مجلة القانون والاقتصاد س ٣٣ العدد ٤ وأيضا في هذا الخصوص حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٤٤١ ، ٤٤٣ س ١٧ ق جلسة ١٩٨١/١٢/٥ ــ مشار إليه عند الدكتور. محمد السناري ــ الضوابط القانونية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود ص ٥٦ .

(٣) جاء في فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم ٩٤١ جلسة ١٩٦٤/١١/٣ كتطبيق لمعادلة تقدير الخسارة العادية قولها " أن مجموع قيمة المبالغ المطالب بها ٧٦١ جنيها و ٩٠٢ مليما بالنسبة إلى قيمة العقد البالغة ١٣٠٢ جنيها و ٢٠٠ مليما ، وهي نسبة لا تجاوز ٦% ومن ثم فإنها تكون في حدود الخسارة العادية المألوفة في التعامل ، ولا تجاوزها إلى درجة الخسارة الجسيمة الاستثنائية غير المألوفة ، ومن حيث أنه يخلص من ذلك أن قيام الشركة بأداء المبالغ المشار اليها زيادة على الأسعار الواردة في عطائها والتى تم التعاقد على اساسها لا يترتب عليه إلحاق خسارة فادحة بالشركة يؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب .

(٤) حكم محكمة التمييز رقم ٢٠٤ لسنة ١٩٩٠ تجاري – جلسة ١٩٩٣/٢/١٧ – موسوعة مبادئ القضاء الاداري – القاعدة رقم (١١٢) – الجزء الثامن صـ٣٤٩.

ما كان يتوقعه المتعاقدان عند التعاقد ، مستهدياً بمعيار الشخص العادي بمعنى أن الزيادة العادية في الأسعار والتى يعتمد عليها القاضي في تحديد مقدار الخسارة العادية هي الزيادة التى يكون في استطاعة الشخص العادي أن يتوقعها إذا وجد في ظروف المتعاقد وقت التعاقد ، مع مراعاة الظروف[1] التى يتم فيها التعاقد فلا يمكن تسوية عقد إبرام في وقت السلم وعقد إبرام أثناء الحرب ، ومراعاة كذلك طبيعة العقد التى قد تؤثر على توقع تقلب الأسعار فعقد التوريد قصير المدة يختلف عن طويل المدة حيث دائرة التوقع واسعة نسبيا .

الغصن الثالث ــ أثار تطبيق نظرية الظروف الطارئة :

إذا توافرت شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة على النحو السالف جاز للمحكمة اعادة الموازنة بين مصلحة المتعاقد والإدارة أن تحكم بالتعويض لمصلحة المتعاقد استجابة لمقتضيات العدالة ، وتمكين المتعاقد من الاستمرار في تنفيذ العقد تحت وطأة الظرف الطارئ عن طريق معاونة الإدارة له في التخفيف من التزاماته من اجل المصلحة العامة لضمان سير المرافق العامة بانتظام واضطراد .

مما يعني أن نتائج تطبيق نظرية الظروف الطارئة تتمثل في أمرين هما :

١- التزام المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ العقد.

٢- حقه في الحصول على معاونة الإدارة.

---

(١) للمزيد من الضوابط والاعتبارات التى يجب على القضاء مراعاتها عن تقدير شرط الإرهاق والأحكام المؤيدة يراجع كل من الدكتور.محمد السناري – نظرية الظروف الطارئة – مرجع سابق ص ٩٤ ، وأيضا الدكتور.رشوان حسن رشوان أحمد _ الظروف الاقتصادية ص ٥١٠ .

١ - التزام المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ العقد :

الغاية من العقود الإدارية هو تحقيق المصلحة العامة فهي التي أوجدت نظرية الظروف الطارئة ، وذلك لضمان استمرار المتعاقد في تقديم خدماته المرافق العامة بانتظام واضطراد باعتباره معاوناً لها في هذه المهمة ، مما يوجب عليه الاستمرار في تنفيذ التزاماته رغم صعوبتها وذلك بمعاونة الإدارة له .

وهذا ما استقرت عليه أحكام القضاء الإداري حيث قالت المحكمة الإدارية العليا بأنه ، ليس مؤدي تطبيق هذه النظرية ، بعد توافر شروطها ، أن يمتنع المتعاقد فوراً عن تنفيذ التزاماته الواردة في العقد "[١].

فإذا توقف المتعاقد جاز للإدارة إيقاع الجزاءات عليه مادام التنفيذ ممكناً ولم يستحيل ، أما إذا تبين أن العقد لن يعود إلى توازنه المالي السابق وأن قلب اقتصادياته قد أصبح نهائياً ، جاز لطرفي العقد طلب فسخ العقد .

وتابعتها إدارة الفتوى والتشريع في الكويت حيث أفتت بأن "... إلتزام المتعاقد بالتنفيذ بالرغم من الظروف الطارئة نجده فيما تضمنته المادة ١٤٦ من قانون التجارة الكويتي حيث ورد البند الثالث منها الآتي " فإذا توافرت هذه الشروط فإن المتعاقد يبقى ملزما بالاستمرار في تنفيذ العقد رغم هذه الحوادث ويكون له الحق في مطالبة جهة الإدارة بمعاونته على مواجهة الحوادث بأن تتحمل جزءا من الخسارة التى تترتب عليها "[٢].

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٢٥٤١ س ٢٩ ق جلسة ٣٠ / ١١ /١٩٨٥ – مشار إليه عند الدكتور . محمد السناري – الضوابط القانونية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود – مرجع سابق ص ٦٢ .

(٢) فتوى رقم ٦٧٥٣/٢ في ٤/٩ / ١٩٨٠ – مجموعة المبادئ التى قررتها إدارة الفتوى والتشريع من أول أكتوبر سنة ١٩٧٩ حتى آخر سبتمبر سنة ١٩٨٠ .

٢ – حق المتعاقد في الحصول على معاونة الإدارة :

ليس للقاضي الإداري في إطار نظرية الظروف الطارئة بالنسبة للعقود الإدارية إلا الحكم بالتعويض وتقدير جسامة الخسارة [١]، فليس له تعديل شروط العقد ، ولذلك نجد أن ، المحكمة الإدارية قد ألغت حكماً لمحكمة القضاء الإداري قضت فيه بتعديل شروط العقد ، وقضت هي بالتعويض الجزئي في قضية نافست الإدارة فيها ملتزم تسيير الأتوبيس النهري فسببت له أضراراً ، وجاء في حكمها أن تعديل الأتاوة المتفق عليها " ينطوي على تعديل لشروط العقد بسبب حادث طارئ أثناء تنفيذه ، وهو أمر لا يملكه القاضي الإداري[٢] "

وهذا التعويض هو تعويض جزئي لا يغطي كل الخسائر التى تلحق بالمتعاقد، فتتحمل الإدارة المتعاقدة الجزء الأكبر من هذا العبء ، لتمكين المتعاقد من تكملة تنفيذ العقد ، وهنا يمكن أوضح الاختلافات بين التعويض وفقاً لنظرية الظروف الطارئة ، والتعويض وفقاً لنظرية عمل الأمير والذي – كما رأينا – هو تعويض كامل عن الخسائر وعما فات المتعاقد من كسب أيضاً .

وهذا التعويض من المسائل المتعلقة بالنظام العام بحيث لا يجوز الاتفاق على الإعفاء المطلق للإدارة من المسئولية عن الظروف الطارئة ، فإذا وجد مثل هذا الشرط فإنه لا يعتد به ولا يكون مشروعا ، وحول هذا قررت محكمة القضاء الإداري مبدأ عاماً قالت فيه " من المقرر في العقود الإدارية أن جهة الإدارة لاتملك أن تضع فيها نصاً عاما بعدم مسئوليتها ، يعفيها من الالتزام بتعويض الضرر الحادث للمتعاقد معها ، لأن ذلك يتعارض مع المبادئ المقررة في القانون الإداري من ثبوت حق المتعاقد مع الإدارة في التعويض طبقاً للنظريات السائدة في العقود الإدارية ومنها حقه في التوازن المالى للعقد " [٣].

ويجرنا الحديث في مسألة التعويض إلى التعرض للأساس القانوني لحق التعويض في نظرية الظروف الطارئة ، في النقطة التالية .

---

(١) حكم محكمة التمييز رقم ٩٢ سنة ١٩٨٧ تجاري جلسة ٢٣ /١١/١٩٨٧ – موسوعة مبادئ القضاء الإداري –القاعدة رقم ١١٤ ص ٣٦٨ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٥٦٢ س ١٠ ق جلسة ١١/٥/ ١٩٨٥ – المجموعة س ١٣ – ص ٨٧٤ .

(٣) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٩٨٣ س ٩ ق جلسة ٣٠/٦/ ١٩٥٧ ــ المجموعة س ١١ ص ٦٠٧ ــ وايضا في نفس المعنى حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣٥٦٢ س ٢٩ ق جلسة ١٦/٥/١٩٨٧ ــ الموسوعة الإدارية الحديثة ــ الفكهاني ــ ج (٣٥) ص ٣٨٣ ، ٣٨٤ .

٣- الأساس القانوني لحق التعويض :

أختلف بين الفقهاء حول الأساس القانوني لحق التعويض ، فـذهب الـبعض إلي استناد حق التعويض إلى فكرة التوازن المالي ، بينما ذهب البعض الآخر إلـى إرجاعه لمبدأ سير المرافق العامة بانتظام واضطراد ، في حين أن فريقا آخر يرى أن الأساس لهذا الحق يكمن في النية المشتركة لأطراف العقد ، وأخيرا يذهب رأي رابع إلى قواعد العدالة المجردة التى هي قوام القـانون الإداري كأسـاس لحـق التعويض.

ومما تجرد الإشارة إليه أن التعويض يعتبر من المبادئ المستقرة في القانون وأحكام القضاء كحق للمتعاقد المتضرر ، ومرتبط بالنظام العام والآداب – كما رأينا – وإنما نتكلم هنا عن التأصيل العلمي لهذا الحق وأساسه القانوني الـذي يسـتند إليه.

وسوف نتعرض لهذه المبادئ بالشرح والتفصيل على النحو التالي .

الرأي الأول ـ فكرة التوازن المالي :

رأينا سابقاً أن نظرية التوازن المالي من المبادئ التي يقـوم عليهـا العقـد الإداري دونما حاجة للنص عليه ، وعليها تستند فكرة التعويض .

إلا أن هذا الرأي تعرض للانتقاد على اكثرمن وجه :

١. أن التعويض على أساس نظرية التوازن المالي يكون تعويضاً كـاملاً ، أما التعويض وفقاً لنظرية الظروف الطارئة فإنه جزئياً – كما أوضـحنا – ومؤقتاً [١].

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٣٥٦٢ س ٢٩ ق جلسة ١٩٨٧/٥/١٦ ـ وأيضا في ذات المعنى في الكويت ـ فتوي رقـم ٨٢/٢٩٥/٢ في ١٩٨٢/٧/١٦ من مجمـوعـة المبـادئ التـي قررتها إدارة الفتوى والتشريع مـن ١/ ١٠ / ١٩٨١ إلى ١٠ / ٩ / ١٩٨٢.

٢. لا يكفي مجرد الإخلال في التوازن المالي للعقد في نظرية الظروف الطارئة وإنما يشترط حدوث قلب لاقتصاديات العقد رأساً على عقب .
٣. التوازن المالي فكرة تقوم على مقابلة حق الإدارة في التعديل ، في حين أن التعويض طبقاً لنظرية الظروف الطارئة يرجع إلى سبب أجنبي عن جهة الإدارة.
٤. إذا استمر الظرف الطارئ وأدى إلى انهيار اقتصاديات العقد جاز للمتعاقد فسخ العقد فلا يمكن تعويضه في هذه الحالة استناداً إلى فكرة التوازن المالي لأنه لم يعد له وجود ، فلا تصلح فكرة التوازن المالي لتعويض الذي يتقدم به المتعاقد بعد انتهاء العقد.

وتخلص هذه الآراء إلى أن هذه الفكرة لا تصلح أن تكون أساساً لحق التعويض في نظرية الظروف الطارئة .

الرأى الثاني ــ مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واضطراد :

يذهب بعض الفقهاء[١] إلى مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واضطراد كأساس لحق التعويض وفقاً لهذه النظرية ، وذلك لأن هذه النظرية وجدت لتتمكن الإدارة المتعاقدة من معاونة المتضرر في بعض التزاماته لمواجهة بعض الظروف لكي يتمكن من أن يؤدي خدماته للمرافق العامة دون توقف .

ولكن هذه الفكرة لا تبرر لنا التعويض في حالة انتهاء العقد لأنه لم يعد هناك خدمة عامة تقدم فالعقد قد انتهى ، ومع ذلك نجد أن القضاء أجاز بناء على الظروف الطارئة بعد انتهاء مدة العقد[٢] .

---

(١) الدكتور.سليمان الطماوي ، النظرية العامة في العقود الادارية – مكتبة الانجلو المصرية – ١٩٥٨ ، و الدكتور.ثروت بدوي ، النظرية العامة للعقود الادارية – دار النهضة العربية – ١٩٧٦ و الدكتور.محمود حافظ ، و الدكتور.محمد عبد الحميد أبوزيد.

(٢) راجع حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٩٨٣ س ٩ ق جلسة ١٩٥٧/٦/٣٠ – المجموعة س ١١ ص ٦٠٧ حيث قضت بأنه " لا شبهة في أن قيام الحرب يعتبر من الحوادث الاستثنائية العامة الخارجية التي لا يمكن في الوسع توقعها ، والتي يترتب عليها أنه إذا أصبح تنفيذ الالتزام أشد إرهاقاً وأكبر كلفة كان مع الإدارة مطالبتها بالمساهمة معه في تحمل النتائج المترتبة على ازدياد الأعباء الناشئة عن تلك الظروف ، وذلك بتعويضه عن الخسارة الواضحة المحققة التي لحقته ، يستوي في ذلك أن تكون المطالبة بهذا التعويض أثناء سريان العقد أو بعد انتهاء مدته مادام المتعاقد مع الإدارة لم يتوقف عن تنفيذ التزاماته التعاقدية ، والأساس في ذلك نظرية الظروف الطارئة " .

الرأي الثالث ــ النية المشتركة لأطراف العقد :

وهي ما انصرفت إليه إدارة المتعاقدين ضمنياً أثناء إبرام العقد بوجود التعويض ، غير أن هذه الفكرة لم تحظ بالقبول عند البعض من الفقهاء [1] على أساس أن هذه النية يمكن أن تنصرف أيضاً ، إلى استبعاد التعويض مع إنطباق هذه النظرية ، وهذا ما لا يجوز ، وذلك لارتباط التعويض بالنظام العام ،كما أن التعويض ليس له أساس اتفاقي له لأنه عنصر من عناصر النظام القانوني للعقود وله صفة الإلزام .

وعلى ذلك فإن هذه الفكرة لم تلق القبول لأنها لا تصلح كأساس لحق التعويض .

الرأي الرابع ــ الجمع بين المرافق العامة وقواعد العدالة :

وهو الرأي الراجح في الفقه – وبحق[2] – والذي يجمع بين فكرة ضمان سير المرافق بانتظام واضطراد كمعيار أساسي ، وبين قواعد العدالة كأساس تكميلي لتغطية الانتقاد الذي وجه إلى نظرية التعويض على أساس مبدأ سير المرافق العامة وهو التعويض في حالة انتهاء تنفيذ العقد حيث تلجأ إلى فكرة العدالة للتعويض في هذه الحالة .

وهو ماتبنته المحكمة الإدرية العليا من أحكامها حيث قررت بأن " نظرية الظروف الطارئة تقوم على فكرة العدالة المجردة التي هي قوام القانون الإداري كما أن هدفها تحقيق المصلحة العامة ، وهدف جهة الإدارة هو كفالة حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد " [3].

---

(١) الدكتور.سليمان الطماوي –النظرية العامة في العقود الادارية – مكتبة الانجلو المصرية-١٩٥٨ ، والدكتور.محمود حلمي– العقد الاداري– دار الفكر العربي – الطبعة الثانية-١٩٧٧ ــ وغيرهم، الدكتور – عزيزة الشريف – دراسات في نظرية العقد الإاري – دار النهضة العربية – ١٩٨١ .

(٢) ومنهم الدكتور. سليمان الطماوي –النظرية العامة في العقود الادارية – مكتبة الانجلو المصرية-١٩٥٨ ، والدكتور.محمود حلمي–العقد الاداري– دار الفكر العربي – الطبعة الثانية-١٩٧٧، وأيضاً الدكتورة . عزيزة الشريف –دراسات في نظرية العقد الاداري –دار النهضة العربية –١٩٨١.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا – جلسة ٢٧ / ٦ / ١٩٧٢ – المجموعة ص٤١٣ .

الفرع الثاني

الصعوبات المادية غير المتوقعة

وهي من النظريات القضائية النشأة ، والتي أستحدثت لتواجه تعرض المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذه العقد لمخاطر تهدد سير المرفق العام ومصلحته.

فإلى جانب المخاطر التي تصدت لهما نظريتي فعل الأمير ونظرية الظروف الطارئة ، قد تحدث أن تطرأ صعوبات مادية إستثنائية تجعل من التنفيذ أشد وطأة على المتعاقد مع جهة الإدارة وأكثر مشقة وكلفة.

إن مفهوم هذه النظرية يمكن اجماله في أنه قد يصادف المتعاقد في تنفيذ التزاماته صعوبات ذات طبيعة استثنائية خالصة ، لا يمكن توقعها بحال من الأحوال عند إبرام العقد ، وتؤدي إلى جعل تنفيذ العقد مرهقاً ، ولذلك فإن من حقه أن يطالب بتعويض كامل عما تسببه هذه الصعوبات .

هذه الصعوبات التي تواجهها نظرية الصعوبات المادية تتميز عن تلك الصعوبات التي تواجهها نظرية الظروف الطارئة ، فهنا نجد أن هذه الصعوبات في الواقع موجودة قبل إبرام العقد ، أما الصعوبات في نظرية الظروف الطارئة فهي حوادث تطرأ بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه وليس قبل ذلك ، وهي فضلاً عن ذلك ذات طبيعة اقتصادية أو اجتماعية أو سياسية .

وأكثر ما تبدو هذه النظرية عملياً في مجال عقود الأشغال العامة ، لغلبة الطبيعة المادية على هذه الصعوبات ، مع إمكانية تطبيقها على أي عقد إداري آخر إذا توافرت شروطها.

فإقتضت العدالة تعويض هذا المتعاقد ، عن طريق زيادة الأسعار المتفق عليها بحيث تغطي الأعباء والتكاليف التي تحملها ، بمعنى أن يكون تعويضاً كاملاً عن جميع الأضرار وليس فقط عما تحمله من خسارة ، كما في نظرية الظروف الطارئة ، وسوف نتناول بحث هذه النظرية في النقاط الآتية :

أولاً ـ أساس النظرية .

ثانياً ـ شروط تطبيق النظرية .

ثالثاً ـ أثار النظرية

رابعاً ـ مدى تطبيق هذه النظرية في الكويت .

أولاً ـ أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة :

إن المتعاقد بإعتباره مسئولاً عن تنفيذ العقد يكون من واجباته القيام بمواجهة الصعوبات العادية والتي لا يخلو عقد منها ، أما الصعوبات والظواهر التي ليست في مستوى توقعات الإنسان العادي ، فإن مجريات العدالة ومصلحة المرفق العام ، تقتضيان تعويض المتعاقد مع الإدارة وفقاً لنظرية الصعوبات المادية إذا توافرت شروطها.

هذا بالإضافة إلى المبادىء التي تبرر دفع التعويض للمتعاقد ومنها:

١. إن من مصلحة الإدارة أن تحافظ على المتعاقدين معها ، حتى يصبحوا على مدى الزمن متعاملين دائمين معها ، وإطمئنانهم إلى مشاركة الإدارة لهم في حال تعرضهم لصعوبات مادية غير متوقعة.
٢. إن النية المشتركة للمتعاقدين ناتجة عن الالتزام بتنفيذ شروط العقد وتنفيذ أوامر الإدارة ، دون أن تكون للمتعاقد الحرية في مناقشة هذه الأوامر ، وعليه فيكون على الإدارة أن تدفع عنه هذه الصعوبات التي من شأنها أن تؤثر في اقتصاديات العقد .

ونحن نرجح الأساس الذي تقوم عليه هذه النظرية في أنها وليدة اعتبارات العدالة والطبيعة الذاتية للعقود الإدارية ، نظراً للعلاقة الوثيقة بين العقود الإدارية وبين المرافق العامة ، تلك العلاقة التي تجعل من المتعاقد معاوناً ومساعداً للإدارة في تسيير تلك المرافق .

ثانياً ــ شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة :

إشترط الفقه والقضاء[1] تطلب توافر عدة شروط حتى يستحق التعويض على أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وهي:

١. يجب أن تكون الصعوبات خارجة ومستقلة عن إرادة المتعاقدين ، ولم تنشأ عن خطأ من أي منهما ، فضلاً عن أنه ألا يكون للمتعاقد دور في احداث تلك الصعوبات ، ولم يكن في وسعه أن يتوخى آثارها بإمكانياته الموجودة وقت التنفيذ.

فقررت المحكمة الإدارية العليا بأن " ... عدم نقل ماسورة المياة من موقع دق الخوازيق لا يعتبر من قبل الصعوبات المادية غير المتوقعة وإنما يعد خطأ عقدياً من جانب جهة الإدارة يلزمها بالتعويض "[2] .

٢. يجب أن تكون الصعوبات غير متوقعة وقت إبرام العقد ، ولهذا فعلى المتعاقد أن يدرس المشروع محل العقد قبل أن يقدم على التعاقد وعليه أن يبذل جهداً للإحاطة بالصعوبات التي تواجهه عند التنفيذ .

---

(١) ومن الأحكام في نفس المعني حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٧٨٩ س ٨ ق جلسة ١٩٥٧/١/٢٠ – المجموعة س ١١ ق ص ١٥٢ ــ وحكم محكمة التمييز رقم ١٢٦ اس ١٩٩٠ تجاري جلسة ١٩٩١/٩/٢٣ –موسوعة مبادئ القضاء الاداري الكتاب الثالث – ج٨ – ص٤١٥ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٦٩٥ س ٢٤ ق جلسة ١٩٨٢/١/٢٠ .

وتطبيقاً لهذا الشرط فإن لائحة المناقصات والمزايدات في مصر أوجبت على المقاول أن يتحرى بنفسه طبيعة الأعمال المعتمدة ، وعليه إخطار الوزارة أو المصلحة في الوقت المناسب بملاحظاته ويكون مسئولاً عن جميع هذه الرسومات والتصميمات كما لو كانت مقدمه منه .

ومن ثم فالصعوبات والعقبات والمخاطر العادية التي تعوق تنفيذ العقد لا تتوافر بها موجبات تطبيق النظرية .

وقد جاء حكم المحكمة الإدارية العليا حول هذا الشرط حيث قالت فيه ".. ومن ثم فإنه لذلك ونظراً لأن الإدارة لم تقدم ما يفيد أن المطعون ضده قام بمعاينة الأرض محل الأعمال الإضافية أو أن الإدارة نفسها كانت تعلم بإختلاف طبيعة الأرض بالنسبة لأعمال الإضافة فية عن الأعمال الأصلية كما وأنه حسبما سلف لا يمكن القبول بإمتداد الإقرار الصادر من المطعون ضده بمعاينة الأرض والتربة بالنسبة للأعمال الأصلية إلى الأعمال الإضافية – والتالي يكون الثابت من الأوراق أن هناك صعوبات مادية لم تكن متوقعة لدى طرفي العقد قد صادف تنفيذ الأعمال الإضافية التي قامت الإدارة بإسنادها إلى المطعون ضده خارج نطاق العقد وأن تلك الصعوبات غير عادية وترجع إلى طبيعة الأرض والتربة وأنه ما كان بإمكان طرفي العقد توقعها وهو ما يفيد توافي شروط إنطباق نظرية الصعوبات غير المتوقعة..." [1] .

فإذا كانت الصعوبات في الوسع توقعها عند التعاقد فلا تنطبق النظرية .

" وهنا يبدو دور القاضي هاماً إذ يتعين عليه ما إذا كان المتعاقد قد بذل في تاريخ إبرام العقد الجهد الضروري وأن يكون قد تحرى بنفسه طبيعة الأعمال كل مايلزم لذلك من اختبارات وغيرها للتأكد من صلاحية المواصفات والتصميمات

---

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٤٥٦٧ س١٩ جلسة ١٩٩٧/١٢/٣٠ مشار إليه في الدكتور محمد ماهر ابو العينين -العقود الإدارية - الكتاب الثاني – مرجع سابق – ص ٥١٨ .

المعقدة . كما على المتعاقد إعلام الإدارة في الوقت المناسب بملاحظاتـــه . كمـــا يأخذ بعين الاعتبار موقف الإدارة أي انطباق موقفها مـــع القـــانون أم لا . وإن تكون قد وضعت تحت تصرف المتعاقد كافة ما لديها من معلومات تساعده علـــى تحقيق تلك الغاية " (١).

وأيضاً قرر القضاء إعفاء المقاول من المسئولية في حالة " إذا كان تـــأخره في تنفيذ إلتزامته .... مرد ذلك إلى أسباب لم يكن في الإمكـــان توقعهـــا وقـــت تقديم العطاء ، وكانت خارجة عن إرادته ..."(٢).

٣. يجب أن تكون الصعوبات ذات طابع مادى استثنائى ، فهى ليست مجرد صعوبات عادية أو بسيطة ، فهذه تدخل فـــى نطـــاق التعاقـــد ويكـــون المتعاقد مسئولاً عنها ، ويقدر القاضى ما إذا كانت الصعوبات عادية أو ذات طبيعة استثنائية .

وهذا ما جاء في حكم محكمة التمييز حول هذا الشرط بأن " تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة يتطلب وجود صعوبات مادية استثنائية لـــم تدخل في حساب طرفي العقد وتقديرهما عند التعاقد وتجعـــل تنفيـــذه أشـــد وطأة على المتعاقد وأكثر كلفة " (٣).

فيقصد بالطبيعة المادية التى ترجع إلى الظواهر الطبيعية ، مثل الطبيعـــة الجيولوجية للأراضى التى يجرى عليها تنفيذ المشروع محل العقد كأن يكتشف أن الأرض ذات طبيعه صخرية لا تؤهل أو تسهل تنفيذ المشـــروع فـــى حـــين الاعتقاد وقت التعاقد أن الأرض ذات طبيعة سهلية(٤).

---

(١) يراجع الدكتور . محمود عبد المجيد المغربي – المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية وآثارهـــا القانونيـــة – دراســـة مقارنة في النظرية والتطبيق – ص ٦٦ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣١١ س ١١ ق جلسة ١٩٦٩/٦/١٤ – المجموعة س ١٤ ص ٧٧٨ .

(٣) حكم محكمة التمييز رقمي ٤٠٦،٤٤٥ لسنة ٢٠٠٠ تجاري /١ جلسة ٢٠٠١/٤/٣٠ – المرجع التشريعي لعقـــود الأشـــغال والاتفاقيات الاستشارية – مرجع سابق – ج٢– ص ٤٧٨ .

(٤) راجع الدكتورة. عزيزة الشريف – دراسات العقد الإداري – مرجع سابق صـــ٣٥٢.

٤. يجب أن تؤدي هذه الصعوبات إلى إحداث أضراراً بالمتعاقد يكون من شأنها أن تخل باقتصاديات العقد وأن تزيد من أعبائه المالية.

وقالت المحكمة في هذا الشأن " أن يترتب على التنفيذ نفقات تجاوز الأسعار المتفق عليها في العقد وتزيد في أعباء المتعاقد مع الإدارة "(١).

وقد قضت محكمة *التمييز* في أحد أحكامها بأنه " ... أما نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة فيشترط لتطبيقها أن تكون الصعوبات التى تعترض تنفيذ العقد الإدارى ذات طبيعة مادية ولا ترجع إلى فعل أحد المتعاقدين وهى وإن كانت ترجع فى أغلب الحالات إلى الظواهر الطبيعية لكن قد يكون مصدرها أحياناً فعل الغير إلا أن ذلك لا يخل بكونها ذات طبيعة مادية كما يشترط أن تكون هذه الصعوبات غير متوقعة أو مما لا يمكن توقعها حين التعاقد مع الإدارة فإذا كان فى الوسع توقعها وقتئذ فلا تنطبق تلك النظرية وتقدير ذلك مما يدخل فى نطاق سلطة قاضى الموضوع ... "(٢).

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٧٨٩٢ س ٨ ق جلسة ١٩٩٧/١/٢٠ – المجموعة – س ١١ ق صـ١٥٢.

(٢) راجع حكم محكمة التمييز رقم ١٢٦ لسنة ١٩٩٠ تجارى جلسة ١٩٩١/٩/٢٣ موسوعة مبادىء القضاء الإدارى ـ الكتاب الثالث ص ٤١٦ ـو أيضاً حكم محكمة التمييز رقمي ٢٠٥،٢٣٣ لسنة ٩٩ إداري جلسة ٢٠٠٠/٤/٢٤ ، وحكمها رقم ١٣٦ لسنة ١٩٩٣ إداري جلسة ١٩٩٦/١/٢٢ . أحكام غير منشورة.

ثالثاً ـ آثار النظرية :

يترتب على هذه النظرية عدة آثار هى :

١- استحقاق المتعاقد مع الإدارة تعويضاً كاملاً عن كافة الأضرار والنفقات الزائدة التى لحقت به ، على أن يقدر فيها السعر الذى اتفق عليه المتعاقدان فى العقد إلا إذا طرأت ظروف أثناء التنفيذ من شأنها أن تؤدى إلى تغيير فى الأسس التى روعيت عند تحديد الأسعار وقت التعاقد .

ويقدر هذا التعويض على أساس المبدأيين التاليين :-

أ - مبدأ التعويض الكامل وهنا تشارك هذه النظرية نظرية عمل الأمير.

ب- فى حساب التعويض الكامل يقدر التعويض تقديراً مستقلاً وعلى أساس الأسعار الجديدة - إذا ثبت أنه عند مصادفة الصعوبات المادية كانت الظروف التى أبرم العقد فى خلالها قد تغيرت أو إذا أدت الصعوبات المادية الطارئة إلى تغيير كامل فى الأسس التى روعيت عند تحديد الأسعار فى العقد[1].

٢- لما كان الهدف من النظرية هو تمكين المتعاقد من الاستمرار فى التنفيذ لهذا يظل إلتزام المتعاقد بالتنفيذ قائماً ، رغم الصعوبات المادية المكتشفة إلا إذا استحال عليه التنفيذ ، فنكون أمام قوة قاهرة تعفى المتعاقد من الإلتزام .

---

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسى فى ٢١ يوليو سنة ١٩٣٧ فى قضية Ville de carcassonne المجموعة ص ٧٥٤ - مشار إليه فى مرجع الدكتور سليمان الطماوى ص ٧٣١ - العقود الإدارية طبعة ١٩٩١ .

٣- إعفاء المتعاقد من غرامات التأخير إذا تعدى الحدود الزمنيـة المقـررة للانتهاء من تنفيذ الأشغال موضوع العقد ، إذا كان لهذه الصعوبات دخل فى اضطرار المتعاقد إلى التأخير فى التنفيذ .

رابعاً ــ مدى تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة فى الكويت:

حددت محكمة *التمييز* فى أحد أحكامها[1] شروط تطبيق هذه النظرية فقالـت بأنه " أما نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة فيشـترط لتطبيقهـا أن تكـون الصعوبات التى تعترض تنفيذ العقد الإدارى ذات طبيعة مادية ولا ترجع إلى فعـل أحد المتعاقدين ، وهى وإن كانت ترجع فى أغلب الحالات إلى الظـواهر الطبيعيـة لكن قد يكون مصدرها أحياناً فعل الغير إلا أن ذلك لا يخل بكونها ذات طبيعة مادية كما يشترط أن تكون هذه الصعوبات المادية غير عادية ذات طابع إستثنائي بحـت فهي ليست مجرد عقبات يصادفها المتعاقد عند التنفيذ ولكنها عقبات من نوع غير مألوف ولا يمكن أن تنتمي إلى المخاطر العادية التي يتعرض لها المتعاقـد عنـد التنفيذ عادة ... ويشترط أيضاً أن تكون هذه الصعوبات غير متوقعـة أو ممـا لا يمكن توقعه حين التعاقد مع الإدارة ، فإذا كان فى الوسع توقعها وقتئذ فلا تنطبق تلك النظرية وتقدير ذلك مما يدخل فى نطاق سلطة قاضى الموضوع ".

وطبقتها على النزاع المعروض فقالت " أن الثابت فـي النـزاع الماثـل أن إرتفاع أسعار المحروقات بقرار من شركة البترول الوطنية لا يمكن إعتبـاره مـن قبيل الصعوبات ذات الطابع المادي في مفهوم أحكام النظرية المشار إليها ، كما لا يمكن إعتبار رفع السعر ذا طابع إستثنائي غير مألوف يخرج عن المخاطر العادية التي قد يتعرض لها كل متعاقد وأنه ليست في الوسع توقعه عند التعاقـد ذلـك أن تحريك الأسعار وإرتفاعها هو من الظواهر الإقتصادية المعاصرة والمألوفة ويعتبر من المخاطر العادية التي بوسع كل متعاقد توقعها ومن ثم فلا وجه للإستناد إلـى أحكام هذه النظرية في حدود النزاع الماثل ... ".

---

(١) حكم محكمة التمييز رقم ١٢٦ لسنة ١٩٩٠ تجارى جلسة ١٩٩١/٩/٢٣ موسوعة مبادىء القضاء الإدارى - الكتاب الثالث - ج٨ - ص ٤٠٣.

وفى مجال الإفتاء ـ صدرت فتوى إدارة الفتوى والتشريع مضمونها الآتى " بالرجوع إلى العقد يبين أن المادة ١/١١ من شروط الترسية والتعليمات إلى المناقصين قد نصت على أنه على المناقصين قبل تقديم عروضهم ... الإطلاع بأنفسهم ... على طبيعة التربة والعوائق ... التي قد تؤثر بطريقة ما على المعدلات والأسعار وأية إلتزامات ... .

كما نصت المادة ١/١٢ على أنه (أن أي إهمال أو تأخير أو عجز من طرف المناقص في الحصول على المعلومات اللازمة حول ما ورد آنفاً ... لا تعفي المناقص من أية مخاطر أو مسئوليات أو تبعات لإنجاز وتسليم المعدات الواردة في العقد).

كما نصت المادة ١١ من الشروط العامة على أن (يعتبر المقاول أنه قد بني عطاءه على المعلومات الخاصة بالأحوال الطبيعية للموقع ... وبإختصار يعتبر المقاول أنه قد حصل على جميع المعلومات اللازمة المتعلقة بالمخاطر والطوارىء الطبيعية وغيرها قد تؤثرفي عطائه).

كما نصت المادة ٦/٢/٣ من الشروط على أن (سيتضمن عرض المتعهد جميع التكاليف المتعلقة بالحفريات وبغير تحديد جميع الأمور المرتبطة بالقيام بالتنظيف وتسوية خط الأنابيب وبالحفر بالأراضي المختلفة وبها جاتش وصخور من جميع الأنواع والرمل المتحرك والأسمنت والأسفلت والأساسات القديمة ... إلخ) .

كما نصت المادة ١٨/٤ على أن (البنود يجب أن تشمل جميع التكاليف المتعلقة بالحفريات مثل القيام بالتنظيف وتسوية سير خط الأنابيب ... وحفر الخنادق مهما كانت نوع التربة من جاتش وصخور ورمل وأساسات ... إلخ).

ثم ورد في قوائم الأسعار والكميات تحت بند (الحفريات ، الـردم ... إلـخ تهيئة ومسح وحفر الخنادق مهما كانت نوعية التربة والردم للأنابيب الآتية كمـا هو محدد من قبل المهندس ... (ثم وردت أسعار الحفر أمام كل فئة مـن فئـات الأنابيب وتتراوح بين ٢٥٠ فلساً ، ٤٢٥ فلساً).

وحيث أن نصوص العقد تفرض على المقاول أن يقوم بمعاينة التربة والتأكد من نوعيتها وأن يضع أسعاره على هذا الأساس وقـد وردت الأسـعار المحـددة للحفريات بصفة عامة أيا كانت نوعيتها سـواء كانت ترابية أو صخرية أو رملية ... الخ . فمن ثم فإن التطبيق المجرد لنصوص العقد يفرض على المقاول القيـام بالحفر مقابل الأسعار المحددة فيه حتى ولو اعترض الحفر طبقات صخرية كبيرة .

إلا أنه من حيث أن هذا العقد من العقود الإدارية التـى تحكمهـا مبـادىء القانون الإدارى وما أستحدث فيه من نظريات تتمشى مع طبيعة هذه العقود ، وما تقتضيه من تعاون بين الإدارة والمتعاقد معها فى سبيل خدمة المرفق العام ومـن بينها نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ...

وحيث أن هذه النظرية تجمل فى أنه إذا ما صادف المتعاقد فى تنفيذ إلتزاماته صعوبات مادية ذات طبيعة استثنائية خالصة ولا يمكن توقعها بحال مـن الأحـوال عند إبرام التعاقد وتؤدى إلى جعل تنفيذ العقد مرهقاً فإن حقه أن يطالب بتعـويض كامل عما تسببه هذه الصعوبات من أضرار .

وتفصيل ذلك أنه عند تنفيذ العقود الإدارية وبخاصة عقد الأشغال العامة قـد تطرأ صعوبات مادية إستثنائية لم تدخل في حساب طرفي العقـد وتقـديرها عنـد التعاقد وتجعل التنفيذ أشد وطأة على المتعاقد مع الإدارة وأكثر كلفة فيجب من باب العدالة تعويضه عن ذلك بزيادة الأسعار المتفق عليها في العقد زيادة تغطى جميع الأعمال والتكاليف التي تحملها إعتباراً بأن الأسعار المتفق عليهـا فـي العقـد لا تسري إلا على الأعمال العادية المتوقعة فقط وأن هذه نيـة الطـرفين المشـتركة

والتعويض هنا لا يتمثل في معاونة مالية جزئية تمنحها جهة الإدارة للمتعاقد معها بل يكون تعويضاً كاملا عن جميع الأضرار التي يتحملها وذلك يدفع مبلغ إضافي له على الأسعار المتفق عليها وعلى ذلك يشترط لإستحقاق التعويض وفقاً لأحكام هذه النظرية توافر شروط خاصة يمكن إجمالها فيما يلي:

أولا - أن تكون هذه الصعوبات مادية وغير عادية وإستثنائية.

ثانياً - أن تكون هذه الصعوبات طارئة أي غير متوقعة أو مما لا يمكن توقعه أو لم يكن في الوسع توقعها عند التعاقد.

ثالثاً - أن يترتب على التنفيذ نفقات تجاوز الأسعار المتفق عليها في العقد وتزيد في أعباء المتعاقد مع الإدارة ...

وفي هذه الحدود والضوابط يكون من حق المتعاقد مع الإدارة الرجوع عليها بالتعويض أما إذا تخلف شرط من هذه الشروط فإن النظرية لا تطبق ولا يستحق المتعاقد مع الإدارة أي تعويض.

وحيث أنه لا يحول دون تطبيق هذه النظرية ما ورد فى التعاقد من تنبيه بوجوب معاينة الموقع للتحقق من طبيعة التربة وتحديد الأسعار عن الحفر عموماً أياً كان نوع التربة سواء كان رملياً أو صخرياً أو ترابياً .. أو غير ذلك .. فكل ذلك مناطه أن يدخل فى نطاق الحدود المعقولة التى يصل إليها التقدير العادى للأمور مبنياً على الإختبارات والبحوث الممكن اجراؤها عند وضع مثل هذا التقدير أما ما جاوز هذه الحدود مما يكون ثمة تسليم بأنه لم يكن يخطر على بال أى من المتعاقدين أو مما لم يكن فى مقدور أحد المتعاقدين أن يتكهن به عند التعاقد فإن تفسير التعامل وبما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجارى فى المعاملات يقضى القول بأنه مما لم يتجه إليه قصد المتعاقدين لأمر بديهى هو أنهما لم يكونا يتوقعانه .

ومما يؤيد النظر السالف بيانه أن قوام نظريـــة الصـــعوبات الماديـــة غيـــر المتوقعة هو اعتبارات العدالة وهو بذاته مما يستوجب تفسير ما ورد فى العقد من عبارات عامة من التأكد من طبيعة التربة وتحديد سعر الحفر بصفة عامة أيا كانت طبيعتها على أساس أنها من أى هذه العبارات لا تتناول كل الأحوال التى يقع فيها التنفيذ سواء منها ما خطر بذهن المتعاقدين وما لم يخطر بذهنهما بل تحمل علـــى أن المراد بها الأحوال التى يجرى فيها التنفيذ فى ظـــروف ممـــا يمكـــن أن يـــرد تصورها ببال المتعاقدين وفقاً لما أجرياه من تقدير الأمور .[1] .

(١) فتوى رقم ١٦٤٩/٢ جلسة ١٩٧٢/١٠/٢٩ - مجموعة المبادىء التى قررتها إدارة الفتوى والتشريع ـــ المجموعة الثانيـــة ص ٢٥٧ .

وفي ختام هذا الباب فإنه من اللازم التقدم بملاحظاتنا على القانون المنظم للمناقصات المركزية في دولة الكويت وهو القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٦٤ على النحو التالي :

١- إن هذا القانون قد مضي عليه ما يقارب أربعون عاما دون تعديل جوهري مما يجعل هناك مصلحة وحاجة ملحة لدارسة هذا القانون من الناحية القانونية ومن الناحية التطبيقية العملية عما ما أفرزه تطبيقه من عيوب أو جمود في بعض مواده أو عدم مناسبتها للمرحلة الحالية .

٢- يخلو هذا القانون من لائحة تنفيذية تتناول التفاصيل الدقيقة اللازمة لتطبيقه مما يجعل عمل الجنة مستنداً إلى القانون مباشرة ، ولا يخفي ما في ذلك من صعوبة في إدخال التعديلات اللازمة وذلك لضرورة مرور القانون بإجراءات صدوره ، في حين أن تعديل اللائحة فإنها تكون بقرار مما يسمح بإمكانية تعديلها تمشيا مع المصلحة العامة واستجابة لتطورات سوق العمل .

ولنا في هذا المقام أسوة حسنة متمثلة بالقانون المصري رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات حيث جاء في (٤٢ مادة) في حين لائحته التنفيذية جاءت في (١٤١) مادة مما يدل على تناولها لكثير من التفاصيل والحالات العملية .

٣- نصت المادة ٤٤ من القانون على جواز إصدار مجلس الوزراء قرار بترسية العطاء على أي متناقص يراه دون الالتزام بقواعد المناقصات العامة ، ولا يخفي ما في هذه الصلاحية من إخلال بمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص والتعارض مع مبدأ آلية المناقصة .

ومما يزيد الأمر سوءاً أن المتضرر من هذا الإجراء لا يسمح له إلا بالتظلم أمام مجلس الوزراء نفسه فيصبح هو الخصم والحكم في آن واحد، في حين أنه كان من الواجب أن يخضع هذا التصرف لرقابة القضاء .

٤- في حالة استبعاد المناقص الأقل سعرا لعدم طمأنينة اللجنة لهذه الأسعار فإنها ترفع الأمر لمجلس الوزراء لترسية المناقصة على الأفضل والمناسب مع إعطاء المتضرر حق التظلم من مجلس الوزراء ، في حين كان من الأجدر أن يكون هذا القرار من صلاحيات اللجنة ثم يمكن التظلم منه أمام مجلس الوزراء ، ويلاحظ في هذا الصدد أن مجلس الوزراء غير مقيد بوقت محدد لرد على هذه التظلمات مما يسبب إرباكا شديدا وتعليقا للأمور.

٥- اختصاص لجنة المناقصات المركزية كما ورد في القانون هو بعقدي التوريد والأشغال ، مع أن اللجنة عملاً تنظر عقود إدارية أخري من باب أنها تصرف عليها أموال عامة ، وذلك دون أن ينص بصلب القانون على اختصاص اللجنة بكافة أنواع العقود الإدارية ، مما يجوب التدخل بتوسيع اختصاص اللجنة من خلال إدخال أنواع جديدة من العقود الإدارية أفرزتها الحياة العملية التجارية مثل عقود الاستشارات والإيجارات وعقود الـ B.O.T وغيرها .

٦- لا يزال القانون يتحدث عن مبلغ خمسة آلاف دينار كويتي كنصاب لقيمة العقد الذي يجب عرضه على لجنة المناقصات المركزية ، ولا يخفى أن هذا المبلغ بالنسبة لإحتياجات الإدارة ومناقصاتها لم يعد له قيمة كما كان في السابق ، مما أدي ذلك إلى زيادة في الأعباء الملقاة على عاتق اللجنة في حين من المفروض أنها تتفرغ إلى العقود ذات القيمة الأكبر ، ونقترح في هذا المجال الأخذ بمبلغ عشرون الف دينار كنصاب لعمل للجنة ليتماشى ذلك مع الأوضاع الاقتصادية السائدة .

٧- من الملاحظ عملا وبما أن مدة عمل اللجنة سنتين فقط فإنه يقف العمل مباشرة بعد انتهاء المدة ولحين تشكيل اللجنة الجديدة مما يعرقل الأمور ويؤخر مصالح جهات الإدارة والمتعاقدين فيها ، مع أن الأولى أن ينص قرار إنهاء عمل اللجنة أن تكلف بتصريف العاجل من الأمور إلي حين تسليم الأمانة إلى اللجنة الجديدة .

٨- بالنسبة للنصاب القانوني فإن القانون أوجب أن يرأس الاجتماع الرئيس أو نائبه فقط ، فى حين انه كان من الأولى النص على أن يرأس اللجنة فى حالة غياب الرئيس أو نائبه العضو الأكبر سنا حتى لا تتعطل المصالح ويقف العمل .

٩- جرت العادة عمليا أن يكون رئيس لجنة تصنيف المقاولين هو رئيس لجنة المناقصات المركزية ، فإذا ما أراد أي مقاول الاعتراض والتظلم على قرار لجنة التصنيف فإنه يتظلم أمام رئس اللجنة فيصبح هو الخصم والحكم فى وقت واحد ، فالأولى أن يكون رئس لجنة التصنيف شخصا آخر غير رئيس اللجنة دفعا للريبة والظن وضمانا للحياد .

١٠- لم يرتب القانون بطلان اجتماع اللجنة في حال عدم حضور ممثل الجهة المتعاقدة ، مع أنه هو الأنسب للتكلم بلسان جهة عمله وبيان موقفها .
على حين أننا نرى أهمية وضرورة حضور ممثل الجهة الإدارية طالبة التعاقد في الاجتماع ولو جزئياً خلال وقت مناقشة المناقصة التي تخصهم .

١١- لم يحدد القانون مواصفات أعضاء هذه اللجنة فلم يتطلب مؤهلات معينة أو سن معين أو خبرة معينة ، وإنما أطلق الاختيار لمجلس الوزراء .
كما أن القانون لم يحدد أيضاً عدد مرات إعادة تعيينهم وكل ذلك مما يعيب القانون.

١٢- ينتهي دور لجنة المناقصات المركزية بترسية المناقصة ، فى حين انه من الأنسب أن يكون لها تواصل مع الجهات الإدارية ذات العلاقة لإبلاغها بممارسات المقاول مع جهة الإدارة وذلك لتفعيل دورها الرقابي ، وأيضا لأخذ هذه الممارسات بعين الاعتبار فى حالة إعادة النظر في التصنيف ، مع الإشارة إلى غياب آلية لمراقبة وتفعيل ديناميكية قوائم التصنيف المعمول بها وغربلتها دوريا .

١٣- أن الرقابة المسبقة لديوان المحاسبة على العقود هي رقابة غير محددة المدة للانتهاء منها مما يؤدي ذلك إلى إرباك العمل لتعليق ذلك إلى تعطيل مصالح الجهات الإدارية أو إلى ترحيل الميزانيات ، وغير ذلك من المشاكل العملية التي يمكن تلافيها فى تحديد مدة زمنية معينة للانتهاء من رقابة ديوان المحاسبة .

١٤- بالنسبة لعقود الـ B.O.T لم ينص القانون على إدراج مثل هذه النوعية من العقود ضمن اختصاصه في حين أنه من الملاحظ ازدياد عددها مع توجه الدولة لتشجيع القطاع الخاص للمشاركة فى إنشاء وإدارة بعض المشروعات العامة فى الدولة ولتخفيف العبء على ميزانية الدولة .

والجدير بالذكر أن إدارة الفتوى والتشريع قد بينت رأيها بشأن هذا الموضوع حول مدي سلامة الإجراءات التي اتخذتها وزارة الاشتغال العامة فى شأن طرح مشروع إنشاء محطة معالجة المياه فى منطقة الصليبية عن طريق القطاع الخاص فقالت بأن العقد الذي سوف تبرمه الحكومة مع من يقوم من القطاع الخاص بتنفيذه يعتبر من عقود الأشغال العامة .
واعتبار القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٦٤ هو (الشريعة العامة فى شأن العقود التي تبرمها جهة الإدارة) (فتوى رقم ٩٧/٣٦١/٢ غير منشورة). مما يؤيد مطالبنا بوجوب إدراج عقود أفرزتها الحياة العملية لقانون المناقصات العامة حفظا على المال العام .
ويلاحظ أن أغلب هذه الملاحظات العملية كان من الممكن تلافيها لو وجدت لائحة تنفيذية للقانون يمكن تعديل قواعدها بقرار يصدر من لجنة المناقصات المركزية الأمر الذي يدفع باتجاه المطالبة الحثيثة بالتدخل التشريعي لإصلاح هذا القانون الذي لم يعد صالحا لتلبية متطلبات التنمية فى دولة الكويت حسب ظروف الألفية الثالثة .

الباب الثالث

إتجاهات القضاء الإداري الكويتي

في مجال المسئولية غير العقدية

لم يعد مقبولا من قبلة القضاء الإداري في العالم العربي وهو مجلس الدولة المصرى والذى يمثل المدرسة الثانية بعد مجلس الدولة الفرنسى من مدارس القضاء الإداري، والذى ساهم بدور رئيس في تطور مبادئ وأحكام القانون الإداري.

أقول لم يعد مقبولا منه بعد أن أصبح ذا ولاية عامه على المنازعات الإدارية ان ينضوي تحت جناح القضاء المدنى فى مجال المسئولية ويستند على نظرية المسئولية القائمة على الخطأ والناشئة أساسا فى ظل القواعد المدنية، وهو القائل باختلاف طبيعة الروابط التى يحكمها القانون العام وتميزها عن روابط القانون الخاص ، بل واختلاف العلاقة بين الفرد والدولة وبين الافراد بعضهم وبعض.

وإنه من دواعى استغراب الباحثين فى مجال القانون الإداري بشكل عام والقضاء الإداري بشكل خاص ، هذا الاخلاص من مجلس الدولة لنظرية المسئولية المدنية الخطئية فى ظل الاعتبارات التالية:

١- لقد ولى الى غير ذى رجعه مبدأ عدم مسئولية الدولة ، فالدولة الحديثة الان تصطبغ بالشرعية وتلتزم بالمشروعية وتوصف بالقانونية .

٢- لقد سلمت اغلب الدول الحديثه بمبدأ تعويض الافراد عن الاضرار التى تصيبهم من جراء اعمالها والتى تنوعت ، بعد أن أصبحت " الدول متدخلة في اغلب المجالات الاجتماعية والاقتصادية والخدمية والسياسية .....الخ ، كما أن استخدامها لأساليب فنية حديثة والتي أدت إلى كوارث بحق الانسان بدلا من خدمته وكذلك استخدامها لعدد كبير من الموظفين والعمال- الذين هم بشر يصيبون ويخطئون ــ في إدارتها لمرافقها المختلفة مما يستوجب بلا شك اتساع نطاق مسئوليتها.

٣- إحساس المشرع بقصور المسئولية المدنية الخطئية للاستجابة لمقتضيات العدالة، والتقريب بين المصلحة الخاصة للافراد والمصلحة العامه ، والاخلال بحق الافراد فى اقتضاء التعويض المناسب لجبر الضرر الواقع عليهم فى حالات لا يختلف اثنان فى مجافاتها للعدالة ، كل هذا إضطره الى التدخل للتخفيف من حدة المسئولية المدنية الخطئية وذلك بالنص على وجوب التعويض فى حالات محدده[1] مع عدم توافر الخطأ الذى هو مفصل الدفع فى المسئولية الخطئية.

وكان العهد من القضاء الإداري ان يكون سباقا ــ كما عهدناه ــ الى ابتداع الحلول وابتكار النظريات التى توافق العدالة وتساير روح القانون لرفع الظلم واقرار العدالة من المشرع ولكن ذلك لم يحدث.

٤- إن مجلس الدولة الفرنسي والذي نشأت فيه نظرية المسئولية الخطئية المسئولية الخطئية بدأ في التخلى عنها وبدأ يمارس دوره الايجابى المعتاد ولكن فى هذه المرة فى مجال المسئولية الاداريه نحو استقلال هذه المسئولية عن نظيرتها المدنية.

فلقد بدأ بتبنى ضرورة تطبيق قواعد مختلفة على المسئولية الإدارية عن تلك المقررة فى القانون المدنى ثم ــ كرد فعل طبيعي لقضاء متابع للتطورات التى مر بها مجتمعه الفرنسى ــ أرسي لاحقا نظرية المخاطر وذلك للتوفيق بين امتيازا الإدارة وضمانات الأفراد فى مواجهتها ، مما يمكن عتباره أساس تكميلي إلى جانب الخطأ وهوالأساس العام للمسئولية الإدارية، وذلك بالاستناد إلى مبدأ المساواة امام الأعباء العامة.

---

(١) امثلة لهذه التشريعات الدكتور . سليمان الطماوى – القضاء الادارى -الجزء ٢ ــ مرجع سابق صـ ٣١٠ – الهامش ويضاف إلى هذه الأمثلة القانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٧٧ فى شأن الضمان الاجتماعى . والقرار الجمهورى رقم ٨٩ لسنة ١٩٨٩ في شأن الموافقة على تطبيق اتفاقيتى فيينا. واتفاقية باريس للمسئوليه المدنية عن الاضرار النووية . والقانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ والقوانين المعدلة له في شأن الأضرار الناجمة عن إصابات العمل والأمراض المهنية .

ولم يَسُدُ هذا التطور التقدمى لأحكام مجلس الدولة حاجة المجتمع الفرنسي فى تطوره المتلاحق ، وأملهم فى ضمان المخاطر التى يتعرض لها.

فقام مجلس الدولة متابعا اجتهاداته فأقر فى مرحلة لاحقة مبدأ الجمع بين الخطأين الشخصى والمرفقى ، ثم قرر مبدأ مسئولية الادارة عن الاخطاء الشخصية لموظفيها ولا يزال يتابع اجتهاداته ليواكب تطورات مجتمعه ولارضاء حاجة افراده الى العدالة.

ومجلس الدولة المصرى ــ باستناده الى موروث تاريخى غنى وعبق والمتمثل فى نظريات الفقه الاسلامى المنبثقة عن القواعد الكلية المقررة للمسئولية فى الشريعه الاسلامية السمحاء ــ هو اولى بالقيام فى هذا الدور الابتكاري فى تقرير خصوصية المسئولية الإدارية ، أو على الاقل مسايرة مجلس الدولة الفرنسى فى هذا الشأن، خاصة اذا ما اخذنا بعين الاعتبار دور مجلس الدولة المصرى الريادى الذى لا ينكر فى استنباط واستخلاص مبادىء واحكام القانون الإداري .

ويثور تساؤل فى ذهن كل من اشتغل بهذا الموضوع يدور حول الاسباب والاعتبارات التى تمنع الاخذ بالمسئولية الإدارية غير الخطئية، وخاصة إذا كان لا مجال لها هنا للأسباب القانونية او التشريعيه او حتى المنطقية ؟!

وكانت الإجابة على هذه التساؤلات تأتي بهدف المحافظة على المالية العامة للدولة مما يقتضي عدم التوسع في فتح التعويض إلا إذا كان ثمة خطأ من جانب الإدارة.

ولا ينبغي التخوف كثيراً من هذا السبب وذلك لأن فرنسا والتي لا تعتمد على المسؤلية الخطأية لا توجد بها حالات كثيرة في التعويض وذلك لأنها تتطلب أوصاف خاصة بالغرر الموجب لمسئوليتها مما يعتبر معيار تكميلي للمسئولية غير الخطئية .[1]

---

(1) يراجع الدكتور- أنور أحمد رسلان – مسئولية الدولة غير التعاقدية – ط٢ – ١٩٨٢ – دار النهضة العربية – وأيضا الدكتور فتحي فكري – مسئولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية – ١٩٩٥ – دار النهضة العربية .

ولعله من المناسب الاشارة أيضا فى مجال الأسباب التى تمنع الأخذ بها هو عدم ثقة الادارة بمستوى أداء موظفيها ومنتسبيها، وتوقعها منهم الأداء الضعيف فى مهامهم لتقديم الخدمة من خلال المرافق العامة.

ويجرنا ذلك الى الحديث عن الخلل فلا اختبار يتم لهولاء الموظفين بداءة، ثم نزداد غلوا ونقرر عدم كفاءة من هم فى مستوى الادارات العليا وخوفهم من ان يفتضح مستوى أداء أجهزتهم التي يشرفون عليها من كثرة القضايا التى سترفع عليهم أن تم الأخذ بهذه المسئولية غير الخطئية، في حين أنه كان من المفترض من جهة الادارة ان تعتبر اقرار هذه المسئولية تنبيه لها عن التصرفات اللامسؤولة من موظفيها فتحكم الرقابة اكثر عليهم مما سيقلل مبالغ التعويضات[1].

وهذا السبب ان كان يصلح ان تتمسك به الادارة – وهى غير صائبة فى ذلك– إلا إن ذلك يجب الأ يقيد القضاء فى نهجه الاصيل لتقرير العدالة.

ونحن اذ نعرض لهذا الموضوع الحيوى لا نزعم بأننا سنسلم كل شاردة وواردة فى نظامه ومحيطه ، بل إننا نسلم بداءة بأننا تناولنا له سيكون فى اطار المساهمه الفقهيه الدافعه نحو اقرار المسئولية غير الخطئية لاقتناعنا بأنها أكثر تمشياً مع روح العدالة.

مما يجعل تناولنا لهذا الموضوع بالقدر المناسب لكون هذا الموضوع ليس إلا جزءاً من هذه الرسالة ، والتى نطمح في ان نقدم من خلال هذا الباب الذى سنتناول فيه مسئولية الدولة غير التعاقدية ، رسالة واضحة الى مشرعنا وقضاءنا للإستجابة لتطورات المجتمعات الحديثة ومقتضيات العدالة لتبنى المسئولية غير الخطئية ، مدعمين اقوالنا بأحكام حديثة من القضاء الفرنسى وآخر تعليقات الفقه على هذا الموضوع – وقد اخترنا فرنسا ممثلا بقضائه محلا للمقارنة لأنه لا يخفى أنها مهد القانون الإداري الحديث والارض الخصبة التى نبتت بها شجرة القانون والقضاء الإداري.

---

(١) الدكتور . محمد أحمد عبد النعيم عبد المنعم – مسئولية الإدارة على أساس المخاطر في القانون الفرنسي والمصري – دراسة مقارنة – رسالة دكتوراه – كلية الحقوق جامعة عين شمس– ١٩٩٥ – صـ٥٧١.

وخلافا لمنهجنا فى البابين السابقين والذى عقدنا فيه المقارنة مع النظام المصرى فقط – إلا فيما ندر – سوف تعقد المقارنة هنا بين النظام المصرى مع النظام الفرنسى لوضوح مسئولية الدولة غير التعاقدية فيه منذ ردح من الزمن وتكامل هذه النظرية بعناصرها المختلفة ووجود الكثير من التطبيقات القضائية التى تسمح لنا برؤية واضحة لأبعاد هذه النظرية وجوانبها المختلفة ، ومع بيان أيضا الوضع القائم في الكويت سواء من ناحية التشريع أو من ناحية القضاء .

و على هذا فسوف يكون تناولنا لهذا الباب من خلال فصلين هما :

الفصل الأول ــ مسئولية الإدارة على أساس الخطأ :

الفصل الثانى ــ مسئولية الإدارة على أساس المخاطر :

الفصل الأول
مسئولية الإدارة على أساس الخطأ

مسئولية الإدارة هنا تعني ضمان النتائج الضارة عن أعمالها غير المشروعة في بعض الأحوال ، بشرط توافر أركان هذه المسئولية ، والتي تتكون من الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما.

وبإعتبار الإدارة شخصاً معنوياً لا يمكن منطقياً نسبة الخطأ إليها بذاتها لأنها فاقدة للقدرة الذاتية على ذلك ، وإنما ـ والحال كذلك ـ فتنسب الأخطاء إلي من يقومون بتمثيلها وهم العاملون فيها إن قاموا بإرتكاب أخطاء سببت للآخرين أضراراً.

وبعبارة أخرى فإن من منظور الصيغة القانونية، أن الأخطاء دائماً هي من صنع الأشخاص الذين يمثلون الإدارة قانوناً بحيث يفضي الأمر قانوناً نحو مساءلة هؤلاء الأشخاص لا مساءلة الإدارة بوصفها شخصياً معنوياً .

وكان الأصل القانوني السائد هو مساءلة الموظفين شخصياً عن أخطائهم الوظيفية ، وإطلاق من رفع دعاوى التعويض عليهم .

ولا يخفي ما في هذا المبدأ من آثار سلبية أدت إلي إحجام الموظفين عن أعمالهم لخوفهم بمسئوليتهم بالرغم بأنهم لا يعملون لحسابهم الخاص ، بل لحساب جهة الإدارة التي يعود عليها النفع من أعمالهم ، ولذا فقد إقتضي المنطق توزيع المسئولية على نحو عادل يحقق مصالح الأطراف وهم الموظف والمضرور وجهة الإدارة.

وقد تصدى مجلس الدولة للقيام بدوره بانشاء نظريات وفقاً لمقتضيات الحياة الإدارية ، فأسفرت محاولاته عن تقريره بأن مسئولية الإدارة عن الأضرار التي تلحق بالأفراد كنتائج لعمل موظفيها ليست عامة وليست مطلقة ، وغير قابلة للخضوع لمباديء المسئولية المدنية ، وبضرورة التوفيق بين حقوق الدولة والحقوق الخاصة.

" وترجع أصالة القواعد الإدارية في هذا الصدد إلي ركن الخطأ ألذي صوره مجلس الدولة الفرنسي تصويراً مغايراً للأفكار المدنية "[1].

وذلك حيث بيان وظيفة الخطأ والتي تتمثل في تحديد النظام القانوني الذي يستند إليه في التعويض ، ومن ثم كانت التفرقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي ، فلا يسأل الموظف إلا عن الخطأ الشخصي دون الخطأ المرفقي والذي تسأل عنه الإدارة.

---

(١) الدكتور. سليمان الطماوي – مسئولية الإدارة عن أعمالها غير التعاقدية – مرجع سابق – صـ٨٧ .

المبحث الأول
الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي

مفصل التعويض على أساس الخطأ هو الخطأ ، إلا أن هذا الخطأ أصبح له ــ كما رأينا ــ طبيعتين ، طبيعة تنم عن نسبته إلي من قام بالفعل نفسه الذي سبب الضرر وهو الخطأ الشخصي ، وطبيعة تدل على من كان هذا الفعل الضار لمصلحته وهي جهة الإدارة ، ويعرف خطئها بالخطأ المرفقي [1].

وعليه فإنه يلزم التمييز بين كل من الصورتين سواء من ناحية الفقه أو من ناحية القضاء الفرنسي والمصري والكويتي.

وسوف نتناول هذا المبحث على النحو التالي : ــ

المطلب الأول ــ التمييز بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي .

المطلب الثاني ــ صور الخطأ المرفقي وتقديره .

---

(1) للمزيد يراجع كل من الدكتور. حاتم على لبيب جبر – نظرية الخطأ المرفقى – رسالة دكتوراة – كلية الحقوق جامعة القاهرة – سنة ١٩٦٨ و أيضا الدكتور . سامى حامد سليمان – نظرية الخطأ الشخصى فى مجال المسئولية الإدارية – دراسة مقارنة – الطبعة الأولى– دار النهضة العربية ١٩٨٨ .

المطلب الأول
التمييز بين الخطأ الشخصي و الخطأ المرفقي

نتناول هنا موقف الفقه في التمييز بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقـــي ، وموقف القضاء، ثم نتحدث عن المسئولية عن التصـــرفات القانونيـــة والأعمـــال المادية.

الفرع الأول ــ موقف الفقه والقضاء في التمييز بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي .

إختلف الفقهاء تبعاً لإختلاف قضاء مجلس الدولة ، لأنهم يستمدون ضوابطهم من هذا القضاء الذي لم يتقيد بقواعد عامة إطلاقاً تنطبق على كل الحالات ، وإنما كانت كل قضية حالة مختلفة يبحث لها عن حل عادل بغية التوفيق بـــين مصـــالح الأفراد والصالح العام.

وسوف نتناول موقف القضاء واتجاهاته في كل من القضـــاء الفرنســـي و القضاء المصري.

الغصن الأول ــ موقف الفقه :[1]

أختلف الفقهاء في جدهم وإجتهادهم إلي الوصول لمعيـــار يصـــلح كأســـاس للتفرقة بين كل من الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي ، دون الوصول إلـــي أتفـــاق كامل ، وذلك بسبب حرصهم على إيجاد قواعد عامة مجردة تحكم هذه المســـألة ، وبسبب إعتمادهم على القضاء التجريبي لقضاء مجلس الدولة الفرنسي المتغير.

---

(١) نري أن هذه المحاولات الفقهية لا أثر عملي كبير لها، إلا مجرد انها مرحلة تاريخية لفهم أصول التطور الـــذي وصـــلت إليـــه مسئولية الإدارة غير التعاقدية وللمزيد حول هذه الآراء الفقهية يراجع كل من الدكتور . أنور أحمد رسلان – وســـيط القضـــاء الإداري ــ مرجع سابق صـــ٦٨٤ وما بعدها، وأيضاً الدكتور . داود العيسي – مذكرات فـــي القضـــاء الإداري – ــ مرجـــع سابق صـــ٦٤٨، وأيضاً الدكتور . رأفت فودة – دروس في قضاء المسئولية الإداريـــة – ط ١٩٩٤ – دار النهضـــة العربيـــة صـــ١٣٩ وما بعدها .

إلا أنها وإجمالاً أسفرت عن وضع أطر عامة للكشف عن هوية بعض الأخطاء وتمييزها وبالتالي فهي مساهمات نظرية مجردة وليس معياراً جامعاً مانعاً يحسم الخلاف ويوضح الفارق بين نوعي الخطأ بشكل حاسم[1].

المعيار الأول ــ الخطأ العمدي :[2]

مفاده أن الخطأ الشخصي[3] يوجد إذا كان العمل الضار مطبوعاً بطابع شخصي يكشف عن الإنسان بضعفه ونزاوته وتهوره وعدم تبصره، والذي يرتكبه الموظف بسوء نية بإستغلال وظيفته لتحقيق أغراضه الشخصية أو للإضرار بالآخرين.

أما الخطأ المرفقي هو ذلك الخطأ الذي يرتكبه الموظف بحسن نية عندما ينبيء هذا الخطأ عن موقف الموظف العادي الذي هو عرضة للخطأ والصواب.

إلا أنه من الصعوبة إثبات سوء النية أو حسنها والكشف عنها، مما يجعله نسبياً ومرد الأمر فيه إلي القضاء في كل حالة على حدة، كما أن الأخذ به يؤدي إلي استبعاد مسئولية الموظف عن الخطأ الجسيم الذي يقع فيه الموظف بحسن النية والذي استقر القضاء على إدراجة ــ في بعض الحالات ــ في نطاق الخطأ الشخصي.

---

(١) الدكتورة .نبيلة عبد الحليم كامل – الدعاوي الإدارية والدستورية – ــ مرجع سابق صـ١٥٣.

(٢) تطلق عليه أغلب الكتابات الفقهية لفظ الدافع الشخصي إلا أننا نفضل المصطلح الذي أختاره . الدكتور . أنور أحمد رسلان وهو الخطا العمدي لإرتباطه بما عزم عليه الموظف، كما ينسب البعض هذه المعايير إلي من قال بها من الفقهاء، إلا أنه من الأفضل نسبتها إلي معناها وما تدل عليه، لدلالة أبلغ على ما تحتويه من معنى.

(٣) وهو أول معيار قدمه الفقهاء وينسبا إلي الفقهية/ T.C.5 mai 1877,P.437 Laferrire

المعيار الثاني ــ جسامة الخطأ: [1]

وبناء على هذا المعيار فأن الخطأ يكون شخصياً متي بلغ حداً من الجسامة لا يمكن معه اعتباره من الأخطاء البسيطة لمباشرة الوظيفة العامة، إلي حد إساءة تقدير الوقائع أو تفسير القانون أو ارتكاب جريمة يعاقب عليها قانون العقوبات.

ويكون الخطأ مرفقياً إذا كان الخطأ بسيطاً من الأخطاء العادية لمباشرة أعمال الوظيفة العامة.

وأنتقد الفقه هذا المعيار لاعتباره كل حالات الخطأ الجسيم من قبيل الأخطاء الشخصية ، في حين أن القضاء قد جري على اعتبار بعض الأخطاء الجسيمة أخطاءً مرفقية متي كان تصرف الموظف لا ينفصل عن الوظيفة ، وكذلك الجريمة الجنائية التي لم تعد معتبرة من الأخطاء الشخصية[2]

المعيار الثالث ــ المعيار المنفصل :[3]

فالخطأ وفقاً لهذا المعيار يكون شخصياً إذا أمكن فصله تماماً عن التصرف الإداري ، ويكون الخطأ مرفقياً إذا كان متصلاً إتصالاً وثيقاً بالعمل الإداري ولا يمكن فصله عن الوظيفة مهما كانت درجة جسامته.

وهذا الانفصال قد يتخذ صورتين[4] :

صورة الأنفصال المادي ــ هو الذي يقوم به الموظف دون أن تتطلبه الوظيفة وغير وارد ضمن واجباته الوظيفية.

---

(١) ينسب هذا الرأي للفقية Jéze GEZE,R.D.P.1945,P.274

(٢) أنظر الدكتور . أنور أحمد رسلان – الوسيط في القضاء الإداري – ــ مرجع سابق صـ٦٨٦.

(٣) ينسب هذا المعيار إلي الفقية Hauriou

L'arrêt Olivier-Zimmermann, C.E.27 Fév. 1903, Rec.P.4 78, S.1905,III,17,noteHauriou.

(٤) أنظر في هذه الأمثلة على هذه الصورة في مؤلف الدكتور . سليمان الطماوي مسئولية الإدارة عن أعمالها غير التعاقدية ــ ــ مرجع سابق صـ٨١.

والصورة الأخري صورة الإنفصال المعنوي ـ والتي يقصد بها قيام الموظف بالعمل الضار الداخل أصلاً ضمن واجباته الوظيفية ولكن بغير الأهداف التي استهدفها المشرع.

ولم يسلم هذا المعيار من النقد حيث أشير إلي أنه يوسع من نطاق الأخطار الشخصية بالاعتماد على انفصاله عن واجبات الوظيفة فقط ، دون اعتبار لنوعية هذا الخطأ من حيث الجسامة والبساطة.

المعيار الرابع ـ معيار طبيعة الالتزام :[1]

فعلى حسب طبيعة الالتزام الذي تم الإخلال به ، وسبب هذا الإخلال تقوم التفرقة – وفقاً لهذا المعيار– بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي.

وتنقسم هذه الالتزامات إلي نوعين :

١– وتتمثل الأولى في الالتزامات العامة الذي يقع عبء تكاليفها على جميع المواطنين فالإخلال بها هو خطأ شخصي.

٢– ويتمثل النوع الثاني بالالتزام الوظيفي المرتبط أساساً بالعمل الوظيفي فالإخلال هنا يعد خطأ مرفقياً فلا يسأل عنه الموظف شخصياً.

ونلاحظ أنه لا إعتبار هنا لدرجة جسامة الخطأ هنا، فالمهم هو الإخلال بالإلتزام العام ، وهذا ما يخالف ما درج عليه القضاء من إدراج الأخطاء الجسيمة ضمن حالات الخطأ الشخصي وإدراج الأخطاء البسيطة ضمن الأخطاء المرفقية.

---

(١) ينسب هذا الرأي إلي الفقية Douc Rasy

Th." Les Frontieres de la faute Personnelle et de la faute de service en droit administratif francais". L.G.D.J. 1963. P29 Ets...

المعيار الخامس ــ معيار الغاية :[1]

العبرة هنا في الغاية التي استهدفها الموظف من وراء عمله ، فإذا ما توخى تحقيق أحد أهداف الإدارة كان خطئه مرفقياً سواء كان خطأ جسمياً أو بسيطاً.

أما إذا قصد غرضاً شخصياً اعتبر الخطأ شخصياً دون النظر إلى درجة جسامته.

ورغم بساطة هذا المعيار إلا أنه يعتمد على البواعث والنيات مما يواجهنا بصعوبة الأثبات ونسبية الأحكام، إضافة إلى صعوبة تطبيقه في حالات عدم تحديد الأهداف الإدارية التي خرقت، وأخيراً عدم اعتباره لدرجة جسامة الخطأ.

وكل ما سبق تناوله من تعدد هذه المعايير للتمييز بين الخطأ الشخص والخطأ المرفقي أثبت ما اشرنا إليه في بداية الموضوع من صعوبة في تحديد نطاق هذه التفرقة.

مما يدفعنا إلي النظر في أحكام القضاء في كل من فرنسا ومصر لبيان المعايير التي تم تطبيقها لهذه التفرقة.

الغصن الثاني ــ موقف القضاء :

أولاً ــ موقف القضاء الفرنسي :

لقد تطور هذا القضاء تطوراً ملحوظاً نحو إتساع نطاق مسئولية الإدارة عن الأخطاء الشخصية المنسوبة للموظفين، بالرغم من أن مجلس الدولة الفرنسي – كما أشرنا آنفاً – لم يعتمد على معيار واحد لتمييز الخطأ الشخصي عن الخطأ المرفقي، مما يمكن معه القول بوجود قاعدة عامة نعتمدها ونسير على هداها، وإنما تراوحت أحكام هذا القضاء بالاستناد على أكثر من معيار، بل وإعمال أكثر

(١) ينسب هذا الرأي إلى العميد Traite' de droit Cons;III, P. 262. Duguit

من معيار، مما يوحي أن النظر للقضايا المعروضة كان يسير بطريقة انفرادية في كل نزاع على حدة، والنظر باستقلالية لتقدير الأفعال المنسوبة إلي الموظف لاستكشاف طبيعة الخطأ المرتكب.

وباستعراض هذه الأحكام يتضح لنا إعماله لبعض المعايير ومنها :

١- الخطأ المنفصل عن الوظيفة :

اتجهت أحكام القضاء الفرنسي إلي إعتماد معيار الخطأ المنفصل عن الوظيفة، فالعمل الضار الذي يرتكبه الموظف خارج نطاق الوظيفة والمنبت الصلة بعمله يعتبر خطأ شخصياً ، يسأل الموظف عنه في ماله الخاص.

فالعلة الكامنة من وراء حماية الموظف بتقرير الخطأ المرفقي في بعض الاحوال وهي حمايته وعدم مساءلته لتحقيق مصلحة المرفق العام ، نجدها منتفية هنا، فلا مبرر لحمايته بل وتتقرر مسئوليته.

ويستوي أن يكون هذا الفعل لا علاقة له البتة بعمله كما لو ارتكبه في حياته الخاصة ، فلقد تقررت مسئولية أحد الموظفين الذي تسبب بوفاة أحد الأفراد أثناء التنزه بسيارته[١].

كما يستوي أن يكون هذا الفعل قد ارتكب أثناء الوظيفة ولكنه غير متصل بها، فقد حكم بمسئولية رجل بوليس قام بضرب أحد المتهمين ضرباً عنيفاً دون أن يقاوم هذا المتهم أمر القبض عليه ، فاعتبر تاره تكتبها خطئه وتاره أخرى خطئه لابد من المراجعة شخصياً فكان التعويض من ماله الخاص[٢].

وكذلك أعتبر قيام موظف الجمارك الذي يحمل سلاح الخدمة ويذهب ليصفي خلافات شخصية في غير أثناء العمل مع سائق سيارة فيرديه قتيلاً خطأ شخصياً[٣].

---

(١) يراجع حكم مجلس الدولة بتاريخ ٢٧ اكتوبر ١٩٤٤ في قضية (villede Nice) منشور في مجموعة سيري ١٩٤٥ – القسم الثالث- صـ٢٠ مشار إليه في الدكتور . سليمان الطماوي – القضاء الإداري – الكتاب الثاني – مرجع سابق صـ١١١.

(٢) يراجع حكم التنازع الصادر في ٢٥ فبراير ١٩٢٢ في قضية (Immarrigeon) منشور في سنة ١٩٢٢ القسم الخامس صـ١٠ مشار إليه في الدكتور . سليمان الطماوي – القضاء الإداري الكتاب الثاني صـ١١١.

(٣) Veuve, Litzer C.E. 23-06- 1954

٢- الخطأ العمدي :

وهو الفعل المرتكب أثناء ممارسة الوظيفة ، إلا أنه مصحوب بنية الإساءة والإضرار بالغير.

وقد حكم تطبيقاً لذلك بتوافر الخطأ الشخصي في حالة رفض أحد العمد - رغم إنذاره - إعطاء الأذن لأحد زراع العنب بجمع المحصول مستنداً ألى أنه على علاقة سيئة بهذا المزارع، وأيضاً في حالة إتفاق أحد موظفي التلغراف مع مقاول على حجز التلغرافات المرسلة لمقاول آخر منافس إضراراً به[١].

" غير أن كل غرض غير سليم يستهدفه الموظف ، لا ينتهي بالضرورة إلي خطأ شخصي لأن هذا الأخير لا يتطابق مع فكرة الإنحراف بالسلطة لأن القرار المشوب بعيب الإنحراف قد يظل منسوباً إلي المرفق إذا كان الهدف الذي يتوخاه مصدر القرار هدفاً مصلحياً "[٢] ، مما يعني أن عيب الإنحراف بالسلطة لا يتطابق مع فكرة الخطأ الشخصي في حالة مخالفة مبدأ تخصيص الأهداف[٣].

٣- الخطأ الجسيم :

هو الخطأ الذي لا يمكن قبوله أو إيجاد عذر لإرتكابه ولا يمكن التسامح فيه[٤].

وأعتبر القضاء الفرنسي في بعض أحكامه أن الخطأ الجسيم الذي يتعدي المخاطر العادية للوظيفة يعتبر خطأ شخصياً.

ومسألة تقدير جسامة الخطأ من عدمه من مسائل الموضوع الذي يستقل القاضي بتقديرها.

---

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ١٩٠٨/٥/١٥ في قضية Legloohec مشار إليه في الدكتور . أنور أحمد رسلان - وسيط في قضاء الإداري - ـ مرجع سابق صـ٦٩٢.

(٢) من كلام القضية دي لوبادير في مطوله ، طبعة ١٩٦٣ ، صـ٥٩٢ ، مشار إليه في الدكتور . سليمان الطماوي - القضاء الإداري - الكتاب الثاني - صـ١١٥ .

(٣) لمزيد من تفاصيل عيب الإنحراف يراجع الدكتور . سليمان الطماوي - التعسف في استعمال السلطة طبعة ١٩٧٦ـــ مرجع سابق .

(٤) الدكتور . داود العيسي - مذكرات في القانون الإداري - ـ مرجع سابق صـ٦٥٤.

ونشير إلى بعض الحالات التي اعتبر فيها القضاء الفرنسي الأخطاء فيها أخطاءاً جسيمة :

أ - حالة الخطأ المادي الجسيم :

عندما يخطيء الموظف خطأ مادياً في تقدير الأعمال التي دفعته إلي ارتكاب الخطأ والذي لا يستوجب مسئوليته الشخصية إلا إذا كان على درجة معينة من الجسامة، كقيام أحد أطباء الصحة بتطعيم عدد من الأطفال ضد وباء الدفتريا بدون إتخاذ إجراءات وقائية مما أدى إلى تسممهم(١).

ب- حالة الخطأ القانوني الجسيم :

وذلك بتجاوز الموظف حدود سلطاته الشرعية بصورة جسيمة بحيث يشكل هذا التجاوز استغلالاً حقيقياً للسلطة العامة ، كأن يأمر أحد الموظفين بهدم حائط يملكه أحد الأفراد بدون وجه حق(٢).

وينبغي الإشارة إلى أن مجلس الدولة عندما تبنى هذه المعايير فإنه لم يطبق هذه المعايير على إطلاقها ، وإنما إعتبر بعض الأخطاء - رغم توافر بعض هذه المعايير - أخطاءاً مرفقية ، فالملاحظ أنه قد إعتبر الخطأ المرفقي هو القاعدة العامة وأن الخطأ الشخصي بمثابة إستثناء على هذه القاعدة للتوفيق بين مصلحة المضرور ومصلحة الإدارة .

ونرى أن هذا المسلك هو الأقرب لطبيعة وظيفة القضاء الإداري المبتكرة للحلول العملية في الأنزعة المعروضة عليه، كلُ على حده ، مما يخلق جواً من التطور المستمر لأفكار العدالة المجردة ، دون أن يسمح لأمراض الجمود بالتسرب الى الأفكار الإدارية والمتطورة بإستمرار.

---

(١) نقض جنائي بتاريخ ١٩٤١/١/١١ في قضية (T.G.Pal) مشار إليه في الدكتور . سليمان الطماوي - القضاء الإداري - الكتاب الثاني - صـ١١٣.

(٢) "Montlauf" 1908 - 12 - 24 T.C. مشار إليه في الدكتور. رأفت فودة - قضاء المسئولية - مرجع سابق صـ١٥٤.

ثانياً ــ موقف القضاء المصرى :

أما في مصر فقد تعرض القضاء للفصل والتمييز بين الخطئين الشخصي والمرفقي حتى قبل إنشاء مجلس الدولة ، ممثلاً بالقضاء العادى حيث يتوزع الإختصاص بين القضاء العادى والقضاء الإداري.

فقد تولى القضاء العادى[1] نظر دعاوى مسئولية الإدارة بالتعويض قبل إنشاء مجلس الدولة سنة ١٩٤٦ ، سواء بالنسبة للقرارات الإدارية المعيبة أو الأعمال المادية الضارة التى تقع من الموظفين.

ثم صدر القانون الثالث المنظم لمجلس الدولة رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ فأصبح الإختصاص بنظر قضايا التعويض التى تنتج عن تنفيذ القرارات الإدارية المعيبة من إختصاص القضاء الإداري وحده ، أما المحاكم القضائية فتختص بنظر دعاوى التعويض عن الأخطاء الشخصية التى يرتكبها الموظفون وتلحق أضراراً بالغير.

ثم صدر قانون مجلس الدولة الحالى رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ ، الذى بسط ولايته كقضاء إداري على دعاوى التعويض عن القرارات الإدارية المعيبة والأعمال المادية الضارة للموظفين.

وسنعرض هنا لإتجاه القضاء العادى والقضاء الإداري.

١- موقف القضاء العادى :

يمكننا القول من خلال الأحكام التى صدرت في تلك الفترة ، بأن القضاء لم يأخذ بتطبيق قواعد القانون العام بشأن التفرقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي ، وتطبيق قواعد القانون المدنى في مجال مسئولية الموظفين عن أخطائهم الشخصية والمتسببة بضرر للأخرين.

أما بالنسبة لمسئولية الدولة عن أعمالها المادية . فيبين هذا الموقف من حكم لمحكمة النقض بمناسبة قضية " خطاب " رقم ٢٢٠٠ س ٢ ق بتاريخ

---

(١) أنظر الدكتور . هشام عبد المنعم عكاشة – مسئولية الإدارة عن أعمال الضرورة – دراسة مقارنة – دار النهضة العربية – ١٩٩٨ صـ ١٩٠ .

١٩٣٣/٤/١٠ حيث تتلخص وقائع هذه الدعوى في أن الحكومة قد طعنت بالنقض في حكم قضى بإعتبارها مسئولة مدنياً بطريق التضامن مع أحد خفرائها لقتله أحد الأفراد . وقد إستندت الحكومة في طعنها على أن الحكم المطعون فيه قد أخطأ في تطبيق القانون إذ قضى بمسئولية الحكومة مدنياً عما وقع من المتهم إستناداً إلى نصوص القانون المدني الخاصة بمسئولية المتبوع عن أعمال تابعه ، مع أن مسئولية الحكومة لا يصح أن تبنى على قواعد القانون المدني ، وإنما يجب الرجوع فيها إلى قواعد القانون العام التي تقتضي التفرقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المصلحي بحيث لا تسأل الحكومة إلا عن طريق الخطأ المصلحي دون الخطأ الشخصي فإن تبعته تقع على عاتق الموظف ، أو المستخدم وحده دون الحكومة ، ولو كان القانون يطبق تطبيقاً صحيحاً على وقائع هذه الدعوى لما صار إثباتها في الحكم ، ولما كان هناك محل لإلزام الحكم بتعويض ما في القضية الحالية لأن الحادثة التي قامت عليها في هذه الدعوى هي المثل الواضح للخطأ الشخصي الذي يقع من موظف خارج حدود وظيفته ويكون المسئول وحده دون الحكومة.

وقد جاء في حكم محكمة النقض "... ومن حيث أن هذا الطعن يرمي إلى القول بوجوب ترسم ماجرى عليه قضاء المحاكم الإدارية في فرنسا وما أخذ به علماء القانون العام من التفريق بين أساس مسئولية الحكومة عما يقع من موظفيها من عدوان على حقوق الأفراد ومسئولية الأفراد عن أعمالهم. وذلك للإعتبارات التي تضمنتها كتب الفقه الفرنسي . على أن مجلس الدولة بفرنسا إذا كان قد جرى على هذه الخطة فبحكم ما له من حرية النظر في تقرير ما يرى من القواعد القانونية لأنه لم يقيد بقواعد مرسومة . ومن أجل ذلك إستن في أحكامه سننا هي مزيج مما فهمه من معنى القانون العام ومما تقتضيه قواعد العدل المطلق ... إلخ.

ذلك هو مجمل الوضع في فرنسا ، أما في مصر فالمحاكم محدودة الإختصاص فيما ينشأ بين الحكومة والأفراد من منازعات فضلاً عن تقيدها بما وضع لها من قوانين لا معدل عنها إلى ما عداها ، إذ النصوص المدنية صريحة وممكنة التطبيق في دعاوى تضمين الحكومة بسبب ما يصيب الأفراد في حرياتهم أو أموالهم بفعل الموظفين.

ومن حيث أنه كذلك تكون محكمة الموضوع قد أصابت إذ طبقت حكم القانون المدني في هذه القضية ".

أما بالنسبة لمسئولية الدولة بالتعويض عن أضرار القرارات الإدارية فكانت مترتبة على مدى مخالفة هذه القرارات للقوانين واللوائح فإن لم تكن مخالفة فلا تترتب أية مسئولية على عاتق جهة الإدارة وينتفي التعويض[1].

وكان هذا الموقف القضائي الرافض أدى الى تدخل تشريعي وفقاً لقانون العاملين المدنيين في الدولة رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٤ ، والذى نص في مادة رقم (٥٨) على أن " العامل لا يسال مدنياً الا عن الخطأ الشخصي "[2] ، فأدى ذلك إلى أن يأخذ القضاء العادى ويتبني فكرة التمييز بين الخطأين الشخصي والمرفقي في الدعاوى التى يختص بها.

٢- موقف القضاء الإداري :

كان مبدأ التمييز بين الخطئين الشخصي والمرفقي معمولاً به في أحكام القضاء الإداري ، ونلاحظ هنا أن مجلس الدولة المصرى – وعلى غرار مجلس الدولة الفرنسي – لم يقيد قضاؤه مسبقاً بمعيار عام ، وإنما إستهدى بالفقه وأطلق له الحرية في تقدير وجود أو إنعدام الخطأ ونوعه وذلك حسب ظروف كل نزاع على حده.

---

(١) يراجع الدكتور . وحيد رأفت – رقابة القضاء لأعمال الإدارة – القاهرة – ١٩٤٢ ص٥٣٦.
(٢) تكرر هذا النص في القانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٧١ ، والقانون الحالى للعاملين المدنيين بالدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ المادة ٧٨ منه.

ومن هذه الأحكام حكم محكمة القضاء الإداري والذى قضت فيه بأنه " ... من المبادئ المقررة في فقه القانون الإداري أن الموظف لا يسأل عن أخطائه المصلحية وإنما يُسأل فقط عن خطئه الشخصي " وفيصل التفرقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المصلحي يكون بالبحث وراء نية الموظف فإذا كان يهدف من القرار الذى أصدره الى تحقيق الصالح العام كان خطئه مصلحياً ، أما إذا تبين أنه لم يعمل للصالح العام أو كان يعمل مدفوعاً بعوامل شخصية أو كان خطئه جسيماً – فإنه يعتبر خطئاً شخصياً يسأل عنه من ماله الخاص "(١).

وسارت المحكمة الإدارية العليا على ذات الاتجاه حيث قررت في أحد أحكامها حديث بأنه " ... ومن حيث أن قضاء هذه المحكمة قد إستقر على أنه يعتبر الخطأ شخصياً إذا كان العمل الضار مصطبغاً بطابع شخصي يكشف عن الإنسان بضعفه وشهواته وعدم تبصره ، أما إذا كان العمل الضار غير مصطبغ بطابع شخصي وينم عن موظف معرض للخطأ والصواب فإن الخطأ في هذه الحالة يكون مصلحياً فالعبرة بالقصد الذى ينطوى عليه الموظف وهو يؤدى واجبات وظيفته فكلما قصد النكاية أو الإضرار أو باغياً منفعته الذاتية كان خطئه شخصياً يتحمل هو نتائجه ، وفيصل التفرقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المصلحى يكون بالبحث وراء نية الموظف فإذا كان يهدف من القرار الإداري الذى أصدره الى تحقيق الصالح العام أو كان قد تعرض لتحقيق أحد الأهداف المنوط بالإدارة تحقيقها بحيث لا يمكن فصله عنها فيعتبر من الأخطاء المنسوبة الى المرفق العام ويكون خطأ الموظف في هذه الحالة خطأ مصلحياً ، أما إذا تبين أن الموظف لم يعمل للصالح العام أو كان يعمل مدفوعاً بعوامل شخصية أو كان خطئه جسيماً دون إشتراط أن يصل ذلك الى حد إرتكاب جريمة تقع تحت طائلة قانون العقوبات فإن الخطأ في هذه الحالة يعتبر خطأ شخصياً يسأل عنه الموظف الذى وقع منه هذا الخطأ في ماله الخاص "(٢).

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري بجلسة ١٩٥٠/٦/٢٩ – المجموعة – ج١ – ص٦٦٥ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣٦٨ لسنة ٢٩ ق – جلسة ١٩٧٧/١٢/٢٦. الموسوعة الإدارية الحديثة – الفكهانى–ج ٣٩ ص ٧٣ ، وأيضاً حكمها رقم ٣٢٦٦س٣٨ق جلسة ١٩٩٦/٢/١٧ – المجموعة س٤١ – ج١ – ص ٥٨٧.

وتابعت الجمعية العمومية لمجلس الدولة هذا المنهج بفتوى حديثة فقالت بأن " ... المشرع في المادة ٨٧ من قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة الصادر بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ حصر مسئولية العامل المدنية فيما فرط منه من خطأ شخصي ، وهو لا يعد كذلك الا إذا كان كاشفاً عن نزوات مرتكبه وعدم تبصره وتغييه منفعته الشخصية أو قصد النكاية أو الأضرار بالغير أو كان الخطأ جسيماً – العاملون بإحدى الوحدات المحلية تعد مخالفتهم التعليمات المالية وقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم ١٠٩ لسنة ١٩٨٣ مما نجم عن ذلك المساس بحق مالى للدولة وما نسب اليهم من أخطاء لا تعتبر من قبيل الأخطاء الشخصية التى من شأنها أن تستثير وجه المسئولية المدنية ضدهم بحسبانها تنم عن موظف معرض للخطأ والصواب إضافة إلى أن الأوراق أجدبت من دليل لاثبات سوء مقصدهم لدى وقوع هذه المخالفات منهم . مؤدى ذلك عدم جواز تحميلهم بالمبالغ التى تحملتها الخزانة العامة من جرائها "[1].

إذن مما سبق عرضه يدل على وجود تفرقة في القضاء الإداري المصرى بين الخطئين الشخصي والمرفقي من حيث عبء الإثبات ، فعبء الإثبات في الخطأ الشخصي يكون على الموظف ، في حين في الخطأ المرفقي يكون على الدولة أو الإدارة.

ويتضح أيضاً أن فكرة الخطأ هنا فكرة معيارية ، تستعصي بطبيعتها على وضع تعريف جامع ، وإنما يتم الاستهداء بعدد من المؤشرات والقرائن التى تساعد القضاء على التمييز بين نوعى الخطأ ، وبالتالى فهى مسألة موضوعية يستقل قاضي الموضوع ببحثها.

---

(١) فتوى الجمعية العمومية لمجلس الدولة – ملف رقم (٤٣١/٦/٨٦ – جلسة ١٩٩٣/٥/١٦) – الموسوعة الإدارية الحديثة – الفكهانى – مرجع سابق – الجزء ٣٩ صـ ٩٠ .

الفرع الثاني

المسئولية عن التصرفات القانونية وعن الأعمال المادية

قبل إنشاء قواعد القانون العام في مجال المسئولية الإدارية كانت المحاكم مستقرة على ربط المسئولية عن التصرفات القانونية بأمر الرئيس ، أو المسئولية عن الجريمة أو المسئولية عن الأعمال المادية ، مع الخطأ الشخصي.

مما يرتب أن كل صور الإعتداءات هذه تصبح خطأ شخصياً يقتضي التعويض في مال المرتكب لهذه الإعتداءات.

ولكن هذا الحال لم يدوم ، حيث أدى التطور الذي لحق بالمسئولية الإدارية إلى فك الإرتباط الحتمي والمفترض بين الخطأ الشخصي وكل من الإعتداء المادي والجريمة الجنائية.

مع الإشارة إلى تكييف الخطأ المترتب على أمر الرئيس يختلف تبعاً لمدى إلتزام المرؤوس بتنفيذ هذا الأمر وعدم الخروج عنه ، إلا أن الفقه والقضاء في فرنسا متفقان – بوجه عام – على إعفاء الموظف من المسئولية عن الخطأ المدني الذي يرتكبه بسبب تنفيذه أمر رئيسه إستناداً إلى نظرية الخطأ المرفقي[1].

أولاً ــ الأعمال المادية :

يقع الإعتداء المادي في كل مرة تتخذ فيها الإدارة قراراً ، أو تقوم باجراء مادي ظاهر بوضوح أنه منبت الصلة بالشرعية ، أي أنه لا يستند على أى نص قانوني أو لائحي وتلحق به الإدارة ضرراً بالحقوق والواجبات الأساسية للأفراد[2].

---

(١) يراجع الدكتور . عاصم أحمد عجيلة – طاعة الرؤساء وحدودها في الوظيفة العامة إداريا , تأديبيا , جنائيا , مدنيا – الطبعة الرابعة لسنة ١٩٩٢ – عالم الكتب صـ٢٨٦.

(٢) الدكتورة. نبيلة عبد الحليم كامل – الدعاوى الإدارية الدستورية – ــ مرجع سابق – صـ١٩٣.

وقد يأخذ العمل الذى يشكل إعتداءاً مادياً إحدى صـورتين ، صـورة قـرار إداري ذا مظهر إداري معيب بعيب جسيم ، أو صورة عمل مادي تنفيذي ترتكـب جهة الإدارة أثناء القيام به خطأ جسيماً يحدث أضراراً و إعتداءات علـى حقـوق الملكية أو على حريات الأفراد الأساسية[1].

وقد إختلف الفقه في مدى تأثير إتصاف الخطأ بالجسامة الى تغيير نوع الخطأ بحيث يجعله خطأ شخصياً دائماً ، فقد إتجه رأي في الفقه الفرنسي وعلى رأسـهم "كوزينت" و "لاروك" الى الربط بين الإعتداء المادي والخطأ الشخصي دائماً ، بحيث يعتبر كل إعتداء مادي ينسب مباشرة الى الموظف الذى إرتكبه خطـأ شخصـي ، ففي جميع الحالات التى تثار بشأنها نظرية الإعتداء المادي يمكن تفسير إختصاص القضاء العادى على أساس آخر غيرها ، فإن كان فعل الإدارة يمثل إعتداءاً علـى ملكية حصة عقارية يكون إختصاص القضاء العادى على أساس نظريـة الغصـب وإن كان غير ذلك فهو في جميع الأحوال يشكل خطـأ شخصـياً للموظـف يثيـر مسئوليته الشخصية امام جهة القضاء العادى.

وإتجه رأى أخر في الفقه المصرى والفرنسي إلى القول بعدم جدوى نظريـة الإعتداء المادي ولكن قد بنوا رأيهم على أساس آخر غير الذى قال بـه الفريـق الأول ـ وهو أن هناك تشابه في النتيجة بين هذه النظرية وبـين فكـرة الخطـأ الشخصي ، فالنتيجة واحدة إذ يسأل الموظف في ماله الخاص أمام القضاء العادى وكأنهم يرون في جميع صور الإعتداء المادي خطأ شخصياً، وهـذا مـا يجعلهـم متلاقين مع أنصار الفريق الأول ولكن ما يباعد بينهما هو أن الفريق الثاني يـرى أن نظرية الإنعدام هى أساس المسئولية الشخصية وأساس إختصـاص القاضـي العادى[2].

---

(١) الدكتور . رأفت فودة – دروس قضاء المسئولية الإدارية – مرجع سابق – ص ١٦٤ .

(٢) Jean Rivero, Droit administratife 1975 Page 266, 287 . وأيضا الدكتور ماجد راغب الحلو – القضـاء الإداري – ١٩٨٥ – ص ٤٨٢ .

فالعمل المعيب بعيب جسيم لا يحتفظ بطبيعته الإدارية وإنما يكون عملاً معدوماً وبالتالى لا يكون هناك مجال للبحث عما إذا كان الخطأ منفصلاً عن عمل الإدارة.

وفي الحقيقة يمكن الرد بسهولة على هذا الفريق من الفقه والذى يجعل من عمل الإعتداء المادي عملاً معدوماً في النقاط الآتية:

يوجد توافق بين النظريتين عندما يكون فعل الإعتداء المادي يمثل إعتداءاً على حقوق الأفراد وحرياتهم الأساسية.

ولكن إذا كان العمل المنعدم لا يمثل إعتداء على الملكية أو الحقوق الأساسية فهو يظل على هذه الصفة ولكن لا يشكل إعتداء مادياً.

هناك حالات إعتداء مادي لا يكون مصدرها عيب في العمل الإداري نفسه وإنما في إجراءات تنفيذ هذا العمل مادياً وبالتالى توجد نظرية الإعتداء المادي دون نظرية الإنعدام.

أن العمل المنعدم يخضع على حد سواء لكل من القاضي العادى والقاضي الإداري في حين أن نظرية الإعتداء المادي يختص بها ، دون غيره، القضاء العادى.

إن إتجاهات القضاء الحديثة لا تجعل هناك تلازماً حتمياً بين الخطأ الشخصي وعمل الإعتداء المادي ، فهناك أحكام شهيرة فصلت بين الفكرتين وأكدت على أنه ليس كل فعل يمثل إعتداء مادياً يعتبر خطأ شخصياً وإنما يمكن أن يأخذ وصف الخطأ المرفقي فتسأل عنه الإدارة لا الموظف[1].

---

(١) الدكتور . رأفت فودة – دروس في قضاء المسئولية الإدارية – – مرجع سابق – صـ ١٦٦ .

ولقد كان القضاء الفرنسي – في بداية الأمر يربط بين الإعتداء المادي والخطأ الشخصي ، بحيث كان يعتبر أن كل إعتداء مادي ينسب مباشرة الى الموظف الذى أرتكبه " خطأ شخصي".

ولكن القضاء الفرنسي عاد فعدل عن هذا الاتجاه ، ففي بداية الأمر ، درجت محكمة التنازع ، حين تلاحظ أن الفعل الذى أتى به الموظف " لا سند له من القانون " تكتفي بوصفه بأنه فعل شخصي un fait personnel دون التعرض لفكرة الإعتداء المادي voit de fait [١].

وهكذا قضت محكمة التنازع بأن هناك " فعل شخصي " يستوجب تعويض المتضرر حالة قيام العمدة بسحب أجهزة التدفئة من أحد الأديرة والتى كانت البلدية قد زودت الدير بها[٢]، وفي حالة قيام العمدة بتحطيم باب أحد المدارس المدنية وتغيير الأقفال المثبته عليه والاحتفاظ بنسخة منها[٣].

ولكن محكمة التنازع تجنبت دوماً التعرض لـ " للخطأ الشخصي " في هذه الأحوال ، إستناداً الى هذه الأفعال غير المشروعة والتى لا تستند الى أى نص تشريعي أو لائحى ، لا يمكن أن تنسب للوظيفة العامة أو للموظف العام ، فيظل من إرتكبها ـ وكان قد أرتكبها ـ " خارج نطاق الوظيفة " ويسأل عنها بصفة شخصية ، ويختص بها القضاء العادى ، والجدير بالذكر أن موقف القضاء الإداري في هذا الصدد متسق مع القضاء العادي ومحكمة التنازع[٤].

غير أن محكمة التنازع عدلت عن مسلكها هذا وإعتبرت أن كل إعتداء مادي يعتبر خطأ شخصياً ، ينسب لمن أرتكبه[٥]" .

---

(١) الدكتور . نبيلة عبد الحليم كامل – الدعاوى الإدارية والدستورية – ـ مرجع سابق صـ١٩٣.
(٢) T.C : 3 Mai 1879 , ladequin . Rec 356
(٣) T . C : 2 Avr 1881 , Beaupertius , R . 396 .
(٤) الدكتور . عاصم أحمد عجيلة – طاعة الرؤساء وحدودها – ـ مرجع سابق صـ٢٨٦.
(٥) T . C : 22 Avr 1910 , piment , R . 323
T . C : 4 Juin 1910 , Mignan , R 442 .

ثم ما لبثت هذه المحكمة بأن غيرت هذه القاعدة منذ إصدارها لحكم في عام ١٩٣٤ وحكم آخر في عام ١٩٣٥ حيث قررت فيهما أنه لا يلزم في الإعتداء المادي أن يكون دائماً خطأ شخصياً.

ففي حكمها الصادر في قضية (L' action francaise) ، والتي تتلخص وقائعها في أن مدير الأمن كان قد أمر في صباح ٧ فبراير ١٩٣٤ بمصادرة جريدة (L'action francaise) لدى كل موزعي الجريدة في باريس وإقليم السين ، وقد رفعت الجريدة دعواها ضد مدير الأمن – أمام المحاكم العادية – ولكن الإدارة تدخلت ، بإعتبار أن القرار الصادر من مدير الأمن " يعد عملاً إدارياً " من إجراءات الضبط ، وطلبت تحويل الموضوع لنظره أمام المحاكم الإدارية ، ولكن محكمة التنازع إعتبرت أن الإجراء المطعون في صحته يعد " عملاً مادياً " تختص به المحاكم العادية ، وقد أرسي الحكم – نزولاً على تقرير مفوض الدولة Josse – عدة مبادئ أهم ما يلفت نظرنا فيها ، ما قرره الحكم من أن " الإعتداء المادي لا يكون بالضرورة خطأ شخصياً فكما جاء بتقرير مفوض الدولة " أن القرار المطعون عليه لم يصدر عن الإنسان ولكن عن الموظف مدير الأمن الذى إستخدم سلطات الضبط المخولة له والتى أعتقد – خطأ أو صواباً – أن إستخدامها مطابق للقانون، ولا يمكن بالتالي مساءلته " بصفة شخصية " أمام المحاكم العادية.

فإستقر الأمر أخيراً في قضاء محكمة التنازع على هذا المبدأ وهو عدم وجود تلازم بين الخطأ الشخصي والخطأ المادي[١].

ومن ثم فإن الإعتداء المادي لا يكون بذاته خطأ شخصياً ، بل ينبغي تحديد طبيعة الخطأ في حالة الإعتداء المادي وفقاً للمعايير والاتجاهات السابق بيانها"[٢].

---

(١) الدكتورة . نبيله عبد الحليم كامل – الدعاوى الإدارية الدستورية – مرجع سابق صـ ١٩٣ وما بعدها.
(٢) الدكتور . انور أحمد رسلان – وسيط في قضاء الإدارى – مرجع سابق صـ ٧٠١ .

أما في مصر ، فلم تتردد المحاكم العادية بهذا الخصوص ، بل ذهبت من أول الأمر ، وعلى رأسها محكمة النقض ، الى أن القواعد العامة التى تحكم مسئولية الإدارة في هذا الصدد هى القواعد المدنية ، ورفضت أن تنساق وراء ما دعتها اليه الحكومة من ضرورة الأخذ بالمبادئ المقررة في فرنسا من التفرقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المصلحي ، وذلك بغية أن تتخلص الحكومة من تحمل تبعة الأخطاء الشخصية التى يرتكبها الموظفون أثناء تأدية الخدمة وفقاً لقاعدة عدم الجمع بين الخطئين التى سار عليها مجلس الدولة الفرنسي ردحاً من الزمن ، وقبل أن يصل بها الى وضعها الحاضر والذى أوضحناه . ونذكر بهذا الخصوص حكم النقض الصادر في ١٠ أبريل سنة ١٩٣٣ ، والذى لا يزال محتفظاً بقيمته كاملة رغم التطورات التى تمت في الفقه والقضاء منذ صدوره حتى الأن ، والذى يصور هذا الحل في أجلى بيان إذ يقول " ... ومن حيث إن مبني الطعن أن الحكم المطعون فيه أخطأ في تطبيق القانون إذ قضى بمسئولية الحكومة مدنياً عما وقع من المتهم (خفير يجرح أحد الأفراد جرحاً يفضي الى موته) إستناداً الى نصوص القانون الخاصة بمسئولية السيد عن أعمال تابعه ، مع أن مسئولية الحكومة لا يصح أن تبنى على قواعد القانون المدنى ، وإنما يجب الرجوع فيها الى قواعد القانون العام التى تقتضي التفريق بين الخطأ المصلحى أو الإداري faute de service والخطأ الشخصي faute personnelle بحيث لا تسأل الحكومة إلا عن النوع الأول بخلاف الثاني فإن تبعته تقع على عاتق الموظف أو المستخدم وحده دون الحكومة . ولو كان القانون يطبق تطبيقاً صحيحاً على وقائع هذه الدعوى كما ثار إثباتها في الحكم ، لما كان هناك محل لإلزام الحكومة بتعويض ما في القضية الحالية ، لأن الحادثة التى قامت عليها هذه الدعوى هي المثل الواضح للخطأ الشخصي الذى يقع من الموظف خارج حدود وظيفته ويكون هو المسئول عنه وحده دون الحكومة..."

وتابع الحكم " ... ومن حيث أن هذا الطعن يرمي الى القول بوجوب ترسم ما جرى عليه قضاء المحاكم الإدارية في فرنسا وما أخذ به علماء القانون العام فيها من التفرقة بين أساس مسئولية الحكومة من عما يقع من موظفيها من عدوان على حقوق الأفراد ومسئولية الأفراد عن أعمال تابعيهم ، وذلك للإعتبارات التى تضمنتها كتب الفقه الفرنسي على أن مجلس الدولة بفرنسا إذا كان قد جرى على هذه الخطة فبحكم ما له من حرية النظر في تقرير ما يرى من القواعد القانونية لأنه لم يقيد بقواعد مرسومة ، ومن أجل ذلك أستن في أحكامه سنناً هي مزيج مما فهم من معنى القانون العام ومما تقتضيه قواعد العدل المطلق ، وتابعه فيما رأى بعض فقهاء القانون وخالفه أخرون ، وتشعبت بهؤلاء وأولئك السبل والمذاهب ، ولا يزالون مختلفين في أكثر أمهات المسائل وقد أدى بهم مستحدث النظريات الى أراء ومواقف ليس من مصلحة الطاعنة (الحكومة) ولا من مصلحة مصر في حالتها الراهنة الأخذ بها ولا الجرى عليها... "

وتابع الحكم " ... وذلك هو مجمل الحال في فرنسا . أما في مصر فالمحاكم محددة الإختصاص فيما ينشأ بين الحكومة والأفراد من منازعات ، فضلاً عن تقيدها بما وضع لها من قوانين لا معدل عنها ، وليس في ظروف الدعوى الحالية ما يستوجب تنكب هذه القوانين الى ما عداها ، إذ النصوص المدنية صريحة وممكنة التطبيق في دعاوى تضمين الحكومة بسبب ما يصيب الأفراد في حرياتهم أو أموالهم بفعل الموظفين، ومن حيث أنه لذلك تكون محكمة الموضوع قد أصابت إذ طبقت أحكام القانون المدني في هذه القضية "[1].

وعليه لا يمكن القول أن قواعد القانون المدني في المسئولية مقصورة على الأفراد ولم يضعها المشرع لكى تحكم القضايا الإدارية ، لأن المشرع وهو ينص في لائحة ترتيب المحاكم على إختصاصها لهذا النوع من القضايا ولو انصرف ذهنه الى هذا المعني ، لوضع لتلك المحاكم قواعد خاصة تطبقها على أقضية

(١) المجموعة الرسمية السنة ٣٤ صـ ٣٦٥ رقم ١٢٦ ، المحاماة السنة ١٤ ، رقم ٣ صـ ٤ .

الإدارة ولكن لم يفعل فيكون قد أحال الى القواعد المدنية في هذا الصـــدد كمـــا أن المحاكم القضائية بعكس مجلس الدولة - كما أبرز الحكم - لا تملك أن تخرج على النصوص لأنها لا تتمتع بما تتمتع به المحاكم الإدارية من حريـــة واســـعة بهـــذا الخصوص.

ولم يتغير الوضع في القانون المدني الحالي ولا في قانون نظام القضـــاء ولا في قانون السلطة القضائية رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٩ ولا فيما تلاه من قوانين ، ولـــذا تعتبر الحلول القديمة سارية في هذا الصدد ، وهذا ما يسجله الدكتور. السنهوري حيث يقول " وقد يكون الشخص المراد مساءلته هو الدولة ذاتها أو شخصاً معنوياً عاماً كمجلس من مجالس المديريات أو المجالس البلدية أو غيره من الأشـــخاص العامة ، ولتتحقق مسئولية الشخص المعنوى في مصر على النحو الذى تتحقق به مسئولية الأفراد أو الهيئات الخاصة وقواعد المسئولية التقصيرية واحدة للفريقين ، ذلك أن الأقضية التى تقوم على هذه المسئولية بالنسبة اليهما معـــاً تـــدخل فـــي إختصاص القضاء العادى ولم يمتد حتى اليوم إختصاص محكمة القضـــاء الإداري بمجلس الدولة الى مسئولية السلطات العامة عن أعمالها المادية ، ولا يزال هـــذا الإختصاص مقصوراً على المسئولية عن القرارات الإدارية ، والقضاء العادى في مصر يطبق على مسئولية الدولة والسلطات العامة قواعد المسئولية التقصـــيرية التى يطبقها على الأفراد والهيئات الخاصة "[1].

ولما كانت الإدارة أو الحكومة كشخص معنوي عام لا تتصرف إلا عن طريق موظفيها، لأنهم وسيلتها في التعبير والتنفيذ، فإن الفعل الضار الذي يصيب الأفراد، سيكون صادراً منهم. غير أن هناك حالات أخري أقل تطبيقاً في العمل لا نســـتطيع أن ننسب فيها الفعل الضار إلي موظف أو إلي موظفين بعينهم، وإنما يكون الفعـــل الضار في حقيقته صادراً من الإدارة أو المرفق العام مباشرة على النحـــو الـــذي رأيناه في فرنسا ، وإذا كانت الإدارة مسئولة عن عملها في الحالتين، فإن أســـاس المسئولية مختلف .

---

(١) الدكتور. عبد الرازق السنهورى – الوسيط في شرح القانون المدني – صـــــ ٨٠٨ .

فأساس المسئولية في الحالة الثانية ، التي لا يمكن فيها نسبة الفعل الضار إلي موظف بعينه هو نص المادة ١٦٣ من القانون المدني والتي تنص على أن كل خطأ سبب ضرراً للغير، يلزم من ارتكبه بالتعويض ".

وأساس المسئولية في حالة صدور الفعل الضار من موظف بعينه أو من موظفين معروفين، هو نص المادة ١٧٤ من القانون المدني والتي تنص على :

١- يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع، متي كان واقعاً من حالة تأدية وظيفته أو بسببها.

٢- وتقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه ،متي كانت له سلطة فعليه في رقابته وفي توجيهه "[١].

وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في حكم لها حيث قضت بأنه "... ومن حيث أنه يتعين لثبوت مسئولية العامل المدنية في ماله الخاص أن يكون ما ارتكبه من خطأ هو الذي أدي مباشرة إلي الضرر وبطبيعة الحال أن يكون هذا الضرر محدداً بما لا يدع مجالاً للاحتمال فيه "[٢].

ثانياً ــ الجريمة الجنائية :

في هذه الحالة يشكل العمل الضار المنسوب إلي الموظف جريمة جنائية يعاقب عليها قانون العقوبات، بمعني أن هذا العمل يعبر بالضرورة عن درجة من الجسامة، فهل يعتبر خطأ شخصياً أم يمكن اعتباره خطأ مرفقياً ؟[٣].

---

(١) الدكتور . سليمان الطماوي – القضاء الإداري – الكتاب الثاني " الصفحة وما بعدها.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٤٧٧ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٨٨/٤/١٩ ــ الموسوعة الإدارية الحديثة – الفكهاني -ج ٣٩ – ص٨٠ .

(٣) الدكتور. أنور أحمد رسلان – مسئولية الدولة غير التعاقدية – مرجع سابق صـ ٢١٦ .

وقد ترددت أحكام القضاء الفرنسي في هذا الصدد بين اتجاهين ، كان الفيصل بينها هو حكم من أحكام المباديء التي أصدرها مجلس الدولة الفرنسي والمعروف باسم Thepaz عام ١٩٣٥ .

فقد سيطر على القضاء الفرنسي الإداري والعادي ، قبل عام ١٩٣٥ اعتبار أن إرتكاب أحد الموظفين العموميين ، أثناء وظيفته ، لجريمة جنائية ، يجعل الموظف مسئولاً عن الخطأ الذي اقترن بهذه الجريمة، وليتحمل الموظف وحده تبعاته، مهما كانت درجة الخطأ ، ذلك أن القيام بواجبات الوظيفة ، وتأدية خدمات المرفق أمر يستبعد معه إحتمال وقوع أي " جريمة جنائية " خاصة فيما يتعلق بجريمة القذف والسب، حيث اعتبر القضاء أن إرتكاب الموظف لهذه الجريمة، يجعل الخطأ الصادر عنه ،خطأ شخصياً ، يسأل هو وحده عن تعويض المضرور من ماله الخاص. (١)

كما قضي أيضاً وفقاً لنفس المعني ، في جرائم أخري ،حيث اعتبر الخطأ فيها شخصياً، يتحمل تبعاته الموظف مرتكب الجريمة ، فقد اعتبر الخطأ شخصياً، بالنسبة لموظف نسبت إليه جريمة إنتهاك حرمة المقابر(٢) ، والعمدة الذي خالف قوانين الصيد مرتكباً بذلك جريمة جنائية (٣)، والقتل غير العمدي الذي أرتكبه أحد حكام المستعمرات الفرنسية(٤)، وجريمة إتلاف المال الخاص التي وقعت من الخفير المكلف بحراسة البوليس(٥)، وجريمة تحطيم سور مملوك للغير التي ارتكبها عمدة البلدة(٦). وجريمة الاستيلاء وإخفاء خطاب مسجل يتضمن مناقصة خريطة(٧).

إن الخطأ بإقترانه بالجريمة – يعد خطأ شخصياً ويسأل عنه مرتكبه، ولا يمكن أن ينسب إلي الإدارة، ولا يعتبر بحال من الأحوال خطا مصلحياً.

---

(١) الدكتورة. نبيله عبد الحليم كامل – الدعاوى الإدارية والدستورية – مرجع سابق صـ١٨٦وما بعدها
(٢) T.C: 13 Nov 1875, Lacombe, Rec. 896.
(٣) Cass : Crim, 25 mars 1887 D 1888 – 1 – 139
(٤) Cass : Crim, 13 juillet 1889 , D. 1890 – 1 – 331
(٥) T.C : 10 Dec 1898 , Mirandol, R , 795
(٦) Cass : Crim , 14 Fev 1902, D.1903 – 1 – 101
(٧) .C : 12 Dec 1908 , jourdan, R, 1027.

وكان هذا الرأي هو القاعدة العامة إلى أن قررت محكمة التنازع بتاريخ ١٤ يناير ١٩٣٥ في قضية Thepaz حيث فصلت ببين فكرة الجريمة الجنائية والخطأ الشخصي على الإستقلال على نحو بأن الجريمة الجنائية لا تعد بإستمرار خطأ شخصياً، بل يمكن إعتبارها خطأ مصلحياً.

وتتلخص وقائع القضية ، في أن قافلة من عربات النقل العسكرية كانت تسير بسرعة لا تتجاوز ٢٠ كم / ساعة ، حين إضطر أحد السائقين من الجنود ، إلي الانحراف فجأة ، بسبب توقف السيارة التى أمامه ، في محاولة منه لتفادى الاصطدام بها ، ولكنه صدم راكب آلة بخارية (السيد Thepaz) فأوقعه على الأرض مصاباً بإصابات شتى، وقد رفعت الدعوى العامة ضد الجندي السائق، فقضت محكمة الجنح، ثم محكمة الجنح المستأنف بغرامة قدرها ٢٥ فرنكاً وبتعويض مؤقت للمدعي المدني السيد Thepas ، تدخلت الدولة في الدعوي، ودفعت بعدم إختصاص القضاء العادي، مستهدفة بذلك إحلال مسئوليتها المدنية محل مسئولية الجندي ،وحين رفع الأمر إلي محكمة التنازع أصدرت المحكمة حكماً من أحكام المباديء، حيث اعتبر تحولاً هاماً في نطاق تحديد أثر الجريمة الجنائية على نوع الخطأ، إذ قررت محكمة التنازع أنه "...وأخذاً في الاعتبار ، بالظروف التي وقع الحادث فيها فإن الفعل المنسوب إلي هذا الجندي، والذي كان يقوم تحت إمرة قيادته، لا يمكن أن يكون خطأ منفصلاً عن ممارسة وظيفته".

وبذلك تحول القضاء الفرنسي واعتبر أنه ليس هناك تلازم حتمي بين الجريمة الجنائية والخطأ الشخصي .

وهو ما إستقر عليه الرأي في الفقه وسارت عليه أحكام القضاء الإداري الفرنسي في ترديد المبدأ الذي أرساه حكم Thapas ،خاصة في مجال مسئولية سائقي السيارات الحكومية، والأخطاء التي تقع منهم بمناسبة عملهم، وتسبب أضرار للغير، إذ أضطردت أحكام القضاء الإداري الفرنسي، على إعتبار هذه

الجرائم من قبل الأخطاء المصلحية كذلك ، فأن محكمة النقض الفرنسية الدائرة الجنائية أنتهت إلي التسليم بنفس المبدأ مقررة " أن الجريمة الجنائية التي تقع من الموظف إبان تأدية وظيفته ، لا تمثل بالضرورة خطأ شخصياً ينسب إليه ويتحمل تبعاته ، بل قد تكون خطأ مصلحياً تسأل عنه الإدارة[1].

ومن ثم فإن الجريمة الجنائية لا تعتبر باستمرار وكقاعدة مطلقة، خطأ شخصياً يستوجب مسئولية الموظف الشخصية، إذ يجب لكي يسأل الموظف، أن تكون الجريمة عمدية. ولهذا فليس من الضروري أن يكون الموظف الذي يرتكب جريمة الجرح أو القتل الخطأ مسئولاً مدنياً عن ذلك في ذات الوقت.

وهذا الحل منطقي حيث أنه ليس هناك علاقة حتمية بين الجرائم والخطأ الشخصي ، وقد أيدت محكمة التنازع هذا المسلك في أحكام أخري.

وعلى هذا الأساس، فإن الجريمة التي يرتكبها الموظف لا تعتبر من قبيل الخطأ الشخصي إلا إذا كانت منبته الصلة بالوظيفة أو ارتكبها عمداً ، أو أنطوت على درجة جسيمة من الخطأ[2].

ومجمل القول أن الوضع في فرنسا يتمثل الآن في ضرورة الفصل بين الخطأ الشخصي وغيره من المسائل الأخري، حيث يستقل الخطأ الشخصي عن كل من الجرائم الجنائية والجريمة التأديبية والإعتداء المادي[3].

وإذا كان الفقه المصري يساير ما انتهي إليه الفقه والقضاء في فرنسا، فيبدو أن القضاء الإداري المصري منقسم على نفسه بشأن هذه المسألة[4] فالمحكمة الإدارية العليا تساندها الجمعية العمومية للفتوي والتشريع، يميلان للأخذ بالاتجاه القديم [5] في فرنسا قبل صدور حكم Thepaz ، بينما صدر حكم من محكمة القضاء الإداري، يأخذ بما أنتهي إليه الوضع – حالياً في فرنسا .

---

(١) الدكتورة . نبيلة عبد الحليم كامل – الدعاوي الإدارية والدستورية – مرجع سابق صـ١٨٨ وما بعدها .
(٢) الدكتور. سليمان الطماوي – القضاء الإداري – الكتاب الثاني – مرجع سابق صـ١١٤ .
(٣) الدكتور. أنور أحمد رسلان – وسيط القضاء الإداري –مرجع سابق صـ٧٠٢.
(٤) الدكتور. رأفت فودة – دروس في قضاء المسئولية الإدارية – مرجع سابق صـ١٦٨.
(٥) يراجع الدكتور . سامي جمال سليمان – نظرية الخطأ الشخصي في مجال المسئولية الإدارية دراسة مقارنة – طبعة ١٩٨٨ – مكتبة النهضة المصرية – صـ٤١٦ وما بعدها.

فقد قررت المحكمة الإدارية العليا ، أن الخطأ الذي ارتكبه الموظف، إذا كان جسيماً يصل إلي حد إرتكاب جريمة جنائية يعد خطأ شخصياً فقالت "... إذا كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاؤه على نفي وقوع خطأ من جانب المدعي يعد خطأ شخصياً جسيماً، وإسناد هذا الخطأ إلي المرفق ذاته، مع أن المدعي قد قدم للمحكمة الجنائية عن الخطأ الذي نسب إليه والذي وقع منه بالمخالفة لأوامر قيادة البحرية ولوائح المرور، وقضى بإدانته من أجله جنائياً بإعتباره خطأ شخصياً جسيماً بلغ حد الجريمة التي تقع تحت طائلة قانون العقوبات فإنه قد يكون قد جانب الصواب " (١).

وهو نفس المبدأ الذي تؤكده الجمعية العمومية للفتوي والتشريع إذ قررت أنه:

"... ومن حيث أنه يبين من الوقائع ومن أسباب الحكم الجنائي إلذي قضى بالإدانة وبالمسئولية المدنية والذي أصبح نهائياً حائزاً قوة الأمر المقضي له أن الخطأ المتقدم الذكر وقع من العامل المذكور أثناء تأدية عمله وبمناسبتة وأنه ثابت في حقه وقد بلغ حداً من الجسامة لا يمكن معه إلا نسبته إلي مرتكبه واعتباره خطأ شخصياً تقع مسئوليته على عاتق هذا العامل شخصياً فيسأل عنه في ماله الخاص.

لذلك إنتهي رأي الجمعية العمومية إلي خطأ السيد ... هو خطأ شخصي يسأل عنه في ماله الخاص ومن ثم يرجع عليه بقيمة التعويض المحكوم به"(٢).

ولكن محكمة القضاء الإداري قد أفصحت عن إتجاهها بالأخذ بما انتهي إليه التطور في فرنسا، إذا قضت في أحد أحكامها بأن "...أن القضاء الإداري وإن كان يتقيد بما أثبت الحكم الجنائي من وقائع كان فصله فيها لازما إلا أنه لا يتقيد بالتكييف القانوني لهذه الوقائع فقد يختلف من الناحية الإدارية عنه في الناحية الجنائية، وتأسيساً على ذلك فإن الواقعة التي إنتهت إلى الحكم على المطعون ضده

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٤٤٨ س ٨ ق- جلسة ١٩٦٧/١١/١٢.المجموعة س١٣ ص ٢٢٣٧(وكذلك السنة ١٣، قاعدة ١٣،صـ٧٨ وفي نفس المعني ،المجموعة السنة ٤ ، صـ١٤٣٥ جلسة ١٩٥٩/٦/٦).
(٢) فتوى الجمعية العمومية لمجلس الدولة رقم ١٠٧٤ بتاريخ ١٩٦٥/١١/١٧ صـ٢٥٨٧ .

جنائياً، وإن كانت تشكل في حقه جريمة جنائية استوجبت توقيع الجزاء عليه، إلا أن للقضاء الإداري تكييف هذه الواقعة من الناحية الإدارية والفصل فيما إذا كان الفصل الذي صدر عنه مع – التسليم بثبوته ـ يشكل خطأ يوجب مساءلته على الأضرار التي نتجت عن هذا الخطأ أم لا "، ومن حيث أنه لا مقنع فيما ذهبت إليه الجهة الطاعنة من أن خطأ المطعون ضده وقد ثبت بحكم جنائي فإنه يكون خطأ شخصياً ذلك أن الخطأ الجنائي لا يعتبر لزاماً خطأ شخصياً بل يتعين النظر إليه في مجال مساءلة الموظف عن الأضرار التي نشأت عنه كما لو كان لا يمثل خطأ جنائياً – فإعتبار الخطأ جنائياً أو غير جنائي لا يؤثر بذاته على إعتباره خطأ خصياً أو مرفقياً، إذ أن الخطأ الجنائي قد يكون في بعض الأوقات خطأ مرفقياً "[1].

وعليه فإذا كان الخطأ الذي إرتكبه الموظف يشكل جريمة فإن ذلك كان لمساءلته مدنياً والرجوع عليه بالتعويض.

ولكون الخطأ الذي يرتكبه الموظف هو ذاته جريمة جنائية فإن مقتضى ذلك تطبيق القواعد العامة في قانون الإجراءات الجنائية وقواعد القانون المدني.

فالفعل الذي إرتكبه الموظف مكوناً لجريمة جنائية ، يرتب أثرين ، أولهما جنائي يتمثل جزاءه في العقوبة ، والآخر مدني ويتمثل جزاءه حق المضرور بالتعويض[2].

ثالثاً ـ أثر أمر الرئيس :[3]

الفائدة من بحث هذه النقطة تكمن في تحديد من يتحمل المسئولية عن الضرر الذي سببه خطأ المرؤوس تنفيذاً لأمر رئيسه ، بمعنى هل يَجُب أمر الرئيس فعل الموظف ؟ ويصبح خطئه مرفقياً ؟ أم لا تأثير لذلك على طبيعة الخطأ فيظل شخصياً ؟

---

(١) مجموعة المبادىء القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري الدائرة الإستئنافية ، السنة الثالثة ، ص ٣٦ وما بعدها.

(٢) يراجع الدكتور . سامي حامد سليمان – نظرية الخطأ الشخصي في مجال المسئولية الإدارية – ـ مرجع سابق ص ٤١٦ حيث عرض للأحكام التي تخضع لها الدعوى المدنية وفقاً لما أسسته الدائرة الجنائية لمحكمة النقض.

(٣) للمزيد يراجع الدكتور. عاصم أحمد عجيلة – طاعة الرؤساء وحدودها ـ مرجع سابق .

مع ملاحظة أن " طاعة الرؤساء وإحترامهم " من الواجبات المهنية الأساسية التي تقع على عاتق الموظف العام، وهو واجب ينبع من طبيعة تدرج السلم الوظيفي ومقتضيات الوظيفة العامة ، ولكن على أي نوع من الأخطاء نتحدث ؟

وقد اختلف الفقه في بيان نوع الخطأ ، بين مؤيد لواجب الطاعة ، وبين مؤيد لمبدأ الشرعية على النحو التالي.

فالفريق الأول ـ يري أن التنظيم الإداري يقوم على أساس من تدرج السلطات مما يقتضي خضوع الموظف الأدنى درجة إلي الموظف الأعلى درجة، نظراً لأن كل رئيس يتحمل مسئولية الأوامر التي تصدر منه ، وهو المسئول عن حسن سير العمل في حدود إختصاصه، وعلى المرؤوس طاعته وتنفيذ الأوامر الصادره اليه .

أما *الفريق الثاني* ـ والذى يركز على ضرورة إحترام مبدأ الشرعية ، ويقرر أن الموظف المرؤوس ، ملزم بإحترام مبدأ الشرعية وما يقتضيه من إحترام أحكام القانون ، فإن صدر إليه أمر من رئيسه يتضمن مخالفة للقانون أو اللوائح كان من حق الموظف الإمتناع عن تنفيذ هذا الأمر .

لذلك يقرر أيضاً هذا الاتجاه بزعامة Duguit أن الخطأ الذى يقع من الموظف ، لا تتأثر صفته ، سواء كان تنفيذاً لأمر من رئيسه أو تم بناءً على مبادرة شخصية من الموظف طالما توافرت فيه عناصر الخطأ الشخصى .

والواقع أن كلا الرأيين يتجاهلون العديد من الاعتبارات المتعلقة بهذا الموضوع ، فالالتزام بإطاعة أوامر الرؤساء ككل التزام له ضوابطه ، فواجب الطاعه يختلف مداه بحسب الجهه الإدارية ، والدرجة الوظيفيه وطبيعة الوظيفة[1].

---

(١) يراجع في عرض هذه الآراء الدكتورة. نبيله عبد الحليم كامل – الدعاوى الإدارية والدستورية ـ الكتاب الثاني ـ مرجع سابق صـ١٩٦ وما بعدها.

ويبلغ واجب الطاعه مداه بالنسبه للهيئات العسكرية ، كالقوات المسلحه والبوليس ، حيث ينبغى تنفيذ الأوامر حرفياً دون تردد أو مناقشة ، وحيث لا يسمح بالتظلم من الأوامر الا بعد تنفيذها ، وهو ما يجعل جهة الإدارة فى هذه الهيئات مسئولة عن الأخطاء التى تقع من الضباط والجنود متى كانت تنفيذاً لإوامر الرؤساء[١].

لكن القضاء فى فرنسا لم يستند إلى أى من الاتجاهين الفقهيين المشار اليهما ، بل نجده قد فضل الأخذ باتجاه أخر ، يمكنه من مراعاة العديد من العوامل التي يتوقف عليها نوع الخطأ فى حاله إرتكابه إثر صدور أمر من الرؤساء ، كذلك حاول المشرع المصرى التوفيق بين المشرعين وواجب الطاعه[٢].

(أ) موقف القضاء الفرنسى :

أن القضاء الفرنسي من خلال أحكامه يبين أنه قد رأي أن واقع الأمر لا يخج عن فرضين هما :

أ) الأمر الأول ـ تجاوز المرؤوس نطاق أمر رئيسه :

وهو الذى يتجاوز الموظف فيه الأوامر الصادره إليه ، فتنقطع العلاقة الرئاسية ويضحى معه العمل الذي أتى به الموظف خارج نطاق هذه العلاقة ويكون معه الخطأ شخصياً يسأل عنه ويلتزم بتعويض المضرور من ماله الخاص.

وقد أخذت بهذا محكمة التنازع الفرنسية ، فقضت بمسئولية خفير أحد المصانع الحكوميه الذى تجاوز أمر رئيسه بابعاد الكلاب الضاله عن المصنع ، فتجاوز ذلك بإستدراج الكلاب إلى فناء المصنع وتسميمها[٣].

وكذلك العمدة الذى لم يكتف بحذف اسم ناخب من القوائم نزولا على تعليمات الادارة بل أصر بالاضافة إلى ذلك على إذاعه النبأ على الناس فى البلدة بواسطة مكبر للصوت [٤].

---

(١) Becet , opcit, p.p 171 et s.s.

(٢) للمزيد يراجع الدكتورة . نبيلة عبد الحليم كامل – الدعاوى الإدارية والدستورية صـ ١٩٩ وما بعدها .

(٣) T.C :13 Dec 1879 , Requille , R. 803

(٤) T.C : 4 Dec 1897 , lalande, R758

ب) الأمر الثانى ــ تنفيذ المرؤوس لأمر رئيسه دون تجاوز :

وهنا يفرق القضاء الفرنسى ، بين ما إذا كان خطأ الموظف يمثل جريمة جنائية وبين الأحوال الأخرى ، ففي الحالة الأولى يعد خطأ الموظف جريمة جنائية ويلاحظ تردد أحكام القضاء بين اتجاهين :

الأول ــ وهو الذى يعتبر أن الفعل الذى يعد جريمة جنائيه يمثل دائماً خطأ شخصياً للموظف .

الإتجاه الثانى ــ يميل نحو إعتبار الأوامر الرئاسية سببا كافياً لإعفاء الموظف من المسئولية المدنية فى كل الأحوال.

ويبدو أن محكمة التنازع الفرنسية كانت تميل للأخذ بالرأى الأول فى بداية الأمر ، فقد قضت المحكمة بالمسئولية مساعد مدير الأمن وأثنان من ضباطه مسئولية شخصية عن الأمر الصادر من الأول ، وعن تنفيذه بواسطة الضابطين وقيامهما ، بناء عليه ، بتمزيق اعلانات الدعاية الخاصة بأحد المرشحين ، وذلك كله تنفيذا لتعليمات عليا صادرة من مساعد مدير الأمن ، وقررت المحكمة لأن هناك خطأ شخصي قد وقع من الثلاثة لأن الفعل يمثل مخالفة صريحة لقانون العقوبات ، وأن الأفعال المجرمة قانوناً لا يمكن ان تدخل فى عداد الأعمال الإدارية[1] .

ويبدوا واضحا من هذا الحكم أن محكمة التنازع الفرنسية ، وقد أختارت الحل الذى أشارت اليه فى حكمها ، كانت تطبق القاعدة العامة المقررة " عدم جواز الاعتذار بجهل القانون " متجاهلة بذلك قاعدة التدرج الإداري وان هناك أوامر وتعليمات ، قد لا يكون فى إمكان الموظف المرؤوس مخالفتها متى صدرت اليه من رئيسه.

---

(١) T.C : 15 FEV 1890, VINCENT , R 183

ولكن يبدو أن محكمة التنازع – فى مرحلة لاحقة – تنبهت الى هذا الاعتبار الأخير ، فعدلت من موقفها السابق بمناسبة قضية طرحت أمامها تتلخص وقائعها فى قيام عمدة احدى المدن عند نشر قائمة الناخبين بنشر سبب استبعاد إحدى المواطنين من القائمة اذ كان حكم عليه بعقوبة جنائية ولم يرد اليه اعتباره ، مما حدا بهذا المواطن الى مخاصمة العمدة متهماً اياه بالقذف والسب وأيدت محكمة النقض الحكم الصادر بادانته فى هذه الجريمة ، وقررت الدائرة الجنائية لتلك المحكمة بأن " الفعل الواقع بالمخالفة للقانون الجنائي لا يمكن أن يوصف بأنه من قبيل الأعمال الإدارية ، ولا عبرة فى ذلك بالأمر الصادر من الجهات الرئاسية [١].

ولكن محكمة التنازع عند عرض الأمر عليها ، اتخذت موقفاً عكسياً ، يخالف موقفها السابق وما انتهت اليه الدائرة الجنائية فى محكمة النقض ، إذا قررت أن " الخطأ المنسوب إلى العمدة يعتبر خطأ مصلحياً ، يمتنع على المحاكم العادية النظر فيه حيث لا يتبين من ظروف الدعوى أن العمدة قد ارتكب خطأ شخصيا يمكن فصله عن العمل الإداري المنوط به[٢].

وبذلك، قررت محكمة التنازع أن قيام المرؤوس بتنفيذ الأوامر الصادرة اليه من رئيسه ، بحسن نية وبدون تجاوز لتلك الأوامر ، لا يمكن أن تنعقد به المسئولية الشخصية للموظف ، حتى ولو كان الفعل معاقبا عليه جنائياً.

وهذا هو نفس الحل الذى اخذت به محكمة التنازع فى الحالات الأخرى التى يقع الضرر فيها ، نتيجة لخطأ الموظف الناشئ عن التزامه بواجب الطاعة ، وبحسن نيه ودون تجاوز الأوامر الصادرة اليه ، لأن القول بغير ذلك ، سيؤدى بالموظفين إلى مناقشة الأوامر الصادرة اليهم والتردد خوفاً من تحمل المسئولية ، وتقييم الأوامر الصادره اليهم من الرؤساء ، بل ورفض تنفيذها متى بدا لهم أنها تتعارض والقانون ، بالإضافة إلى أنه مما يتنافي والعدالة تحميل الموظف

---

(١) Cass : Crim : 20 fev 1896 , lou manane , D . 1899 - 1- 390.

(٢) t . c : 29 juin 1897 loumagne , R. 497 .

المسئولية إذا إلتزم بأوامر رؤسائه ، وقام بتنفيذها بدقة وامانة دون أن يتجاوز فى تنفيذها ، وقد سار على هذا الاتجاه المحاكم العادية والقضاء الإداري فى فرنسا.

ولكن مجلس الدولة الفرنسي اشترط لاعفاء الموظف من المسئولية الشخصية أن تكون مخالفته للقانون نزولا على أوامر رؤسائه " بحسن نية " وهو ما لا يتوافر إذا كان الأمر مخالفا للقانون بشكل صارخ ويعرض المصلحة العامة للخطر ، ويستثني من ذلك رجال القوات المسلحة فلا يسألوا – مدنيا – عن الأخطاء المرتكبة منهم تنفيذا لاوامر رؤسائهم نظرا لالتزام رجال القوات المسلحة بالطاعة العمياء وتنفيذ الأوامر دون مناقشة .

٢ . *موقف التشريع والقضاء في مصر :*

تنص المادة ١٦٧ من القانون المدني على انه " لا يكون الموظف العام مسئولا عن عمله الذي اضر بالغير إذا قام به تنفيذا لأمر صادر إليه من رئيسه ، متى كانت إطاعة هذا الأمر واجبه عليه أو كان يعتقد أنها واجبة ، واثبت انه كان يعتقد مشروعية العمل الذي وقع منه ، وكان إعتقاده مبنياً على أسباب معقولة ، وانه راعى في عمله جانب الحيطة " .

وتنص المادة ٧٦ من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ الخاص بنظام العاملين المدنيين بالدولة بان على العامل " أن ينفذ ما يصدر إليه من أوامر بدقة وامانة وذلك في حدود القوانين واللوائح والنظم المعمول بها ويتحمل كل رئيس مسئولية الأوامر التي تصدر منه .."

وكذلك ما نصت عليه المادة ٧٨ منه على انه :

" ولا يعفي العامل من الجزاء إستنادا إلى أمر صادر إليه من رئيسه إلا إذا اثبت أن ارتكاب المخالفة كان تنفيذا لأمر مكتوب بذلك صادر إليه من هذا الرئيس

بالرغم من تنبيهه كتاب ة إلى المخالفة وفي هذه الحالة تكـون المسـئولية علـى مصدر الأمر وحده ولا يسأل العامل مدنيا إلا عن خطئه الشخصي " .

وعليه قضت محكمة النقض بأن " المخالفة الصريحة والواضحة للقـانون لا تعفى مرتكبها من العقاب متى شكلت هذه المخالفة جريمة جنائية .. أن الاستهتار بالقانون ما كان ينبغي للمتهمين أن ينزلقوا إليه أو أن يطيعوا فيه رؤسـائهم إذ لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق "[1].

(١) حكم محكمة النقض ـ جنائي ـ جلسة ١٩٥٥/٤/٥ ـ مجلة المحاماة ـ العدد ٣٦ ـ ص ٧٨٥ .

المطلب الثاني
صور الخطأ المرفقي وتقديره

بينا سابقاً إهتمام الفقه والقضاء للتفرقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي، وذلك لتحديد المسئولية النهائية عن التعويض الناتج عن العمل الضار ، فإذا كان الخطأ الشخصي يترتب عليه مسئولية الموظف شخصيا ، فيعوض من ماله الخاص دون حق الرجوع على جهة الإدارة بأي صورة من الصور حتى ولو ثبت أن خطئه قد تم بمناسبة تأدية وظيفته ، أما الخطأ المرفقي فإنه يؤدي لنتائج أخرى ، فتتحمل الجهة الإدارية تبعة الخطأ ، وللمضرور مقاضاة جهة الإدارة نفسها أمام القضاء ، على الرغم من أن الموظف هو الذي ارتكب الخطأ في الحالتين .

لهذا تبدو لنا أهمية التفرقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي ، خاصة وان القضاء لا يقف عند معيار محدد ، بل يقرر في كل حالة على حدة ما إذا كان الخطأ شخصياً أو مرفقياً مستعينا ببعض الاتجاهات العامة في هذا الشان[1].

وفي معرض تحديد الخطأ المرفقي يجب علينا أولا أن نفرق بين الخطأ المرفقي وخطأ المرفق ، فخطأ المرفق هو خطأ لا يمكن اسناده إلى موظف معين بذاته ، ويعني ذلك انه في الحالات العديدة التي يتوصل فيها القضاء الإداري لتقرير مسئولية الإدارة دون الموظف، فإنه يكون من المستحيل كشف شخصية ومعالم الشخص الذي يقف وراء هذا الخطأ المنسوب إلى المرفق ، وترجع هذه الاستحالة إلى أحد أمرين.

---

(١) يراجع الدكتور. أنور أحمد رسلان – مسئولية الدولة غير التعاقدية – ـ مرجع سابق صـ٢٢١.

الأول ـ إما لأن الخطأ يعد مجهولاً لأن مرتكبه كشخص آدمي هو في حقيقته مجهول .

والثاني ـ وإما أن الخطأ يعد مجهولاً لأنه قد ارتكب بصورة جماعية من مجموع الأشخاص العاملين بصورة جعلت مسئولية كل منهم على حدة تنصهر وتختفي في الكل[١].

أما الخطأ المرفقي فيمكن تعريفه بأنه ـ هو كل خطأ غير شخصي منسوب إلى المرفق ويتسبب في إحداث الضرر وذلك سواء كان مرتكب الخطأ موظفاً معيناً أو موظفين معينين ، أو لم يمكن تحديد مرتكب الخطأ ، أي كان الخطأ مجهلا ، وكذلك سواء تمثل الفعل الضار في تصرف قانوني أو في عمل مادي ، وأيضا سواء كان الفعل الضار ايجابياً أو سلبياً [٢].

ومن أمثلة الخطأ الأول في قضاء مجلس الدولة الفرنسي قتل جندي برصاصة حية أثناء تدريبات عسكرية لوحدة من الوحدات وكانت تستعمل ذخيرة غير حقيقية فمن المستحيل تحديد أولا من أطلق العيار الناري ، وثانيا من استبدل بالرصاص غير الحقيقي رصاص آخر حقيقي[٣].

ومن أمثلة الخطأ الثاني ما ذكره مجلس الدولة الفرنسي في قضية Anguet حيث أغلق باب مكتب البريد قبل الميعاد بدقائق معدودة وكان السيد ـ انجين " بداخله وما زال يتعامل مع الشباك فدعاه أحد العاملين بالخروج من الباب المخصص للعاملين ، واثناء خروجه دفعه أحد العاملين بشدة وخشونة أدت لإصابته وخلص مجلس الدولة هنا إلى أن المسئولية تقع على عاتق المرفق رغم معرفة الموظف الذي إرتكب الخطأ وأسند هذا الخطأ لسوء إدارة مرفق البريد[٤].

---

(١) يراجع الدكتور. رافت فودة – دروس في قضاء المسؤلية الإدارية – مرجع سابق ص ١٧٥ .
(٢) يراجع الدكتور. انور احمد رسلان – مسئولية الدولة غير التعاقدية – الطبعة الثانية – ١٩٨٢ ص ٢٢٢ .
(٣) C. G.: 17 Fev., 1905, Auxerre, S. III, 1905, P. 114.
(٤) C.E. Fev., 1911, Rec, P. 146, et C.E.: 17 Nov., 1972 Boisgard, 739.

وتتعدد صور الأعمال الضارة التي يتجسد فيها الخطأ ، والتي قد جرى الفقه على تقسيمها – تقليدياً – إلى طوائف ثلاثة تكشف في مجموعها عن التطور التاريخي لقضاء مجلس الدولة الفرنسي في هذا الشأن ، فقد كان سوء أداء المرفق للخدمة المطالب بادائها هي الطائفة الأولى من الأعمال الضارة التي قرر مجلس الدولة الفرنسي مسئولية الدولة عنها بالتعويض ، ومع التقدم وتطلب تدخل الدولة في المجالات المختلفة – على النقيض من فكرة الدولة الحارسة المستمدة من فلسفة المذهب الحر قرر مجلس الدولة الفرنسي مسئولية الدولة بالتعويض عن الأعمال الضارة المتمثلة في عدم قيام المرفق باداء الخدمة المطلوب منه أدائها به وهو ما يمثل الطائفة الثانية من الأعمال التي تجسد الخطأ المرفقي .

ثم اضاف المجلس طائفة ثالثة هي الأعمال الضارة التي تمثل بطء المرفق في أداء الخدمة المطلوبة منه[1] .

وهذا ومن الملاحظ أن الخطأ المرفقي يخضع إلى تقدير القاضي وفق كل حالة على حدة وعلى هذا سنقسم هذا المطلب إلى فرعين :

الفرع الأول ــ صور أو حالات الخطأ المرفقي .

الفرع الثاني ــ كيفية تقدير الخطأ المرفقي .

---

١ يراجع الدكتور . انور أحمد رسلان – مسئولية الدولة غير التعاقدية – مرجع سابق – ص ٢٢٢ .

الفرع الأول

صور الخطأ المرفقي

إعتاد الفقه المصري وأغلبية الفقه الفرنسي على تقسيم الأخطاء الإدارية إلى صور ثلاث :

١. سوء أداء الخدمة .
٢. عدم أداء الخدمة .
٣. التأخير في أداء الخدمة[١].

أولاً ـ سوء أداء الخدمة :

يذكر بعض الفقهاء أن الأعمال الكاشفة عن سوء قيام المرفق بأداء الخدمة المطلوبة منه تمثل الحالات الأولى التي قرر مجلس الدولة الفرنسي مسئولية الدولة بالتعويض عن الاضرار المترتبة عليها تطبيقا لفكرة الخطأ المرفقي ، فالدولة تُسأل بالتعويض إذا أدى المرفق الخدمة على وجه سيء .

والمفترض هنا قيام الدولة بعمل ايجابي خاطئ ، ترتب عليه ضرر فتسأل الدولة عنه بالتعويض .

ففي مثل هذه الحالات تسأل الدولة بالتعويض عن الضرر المترتب على خطئها المرفقي ، سواء إتخذ هذا الخطأ شكل القرار الإداري أو العمل المادي ، وسواء كان بفعل شئ أو حيوان مملوك للإدارة ، أو كان بفعل موظف أو موظفين معينين ، أو كان مجهلا يرجع إلى سوء تنظيم المرفق بصفة عامة[٢].

ويقصد بسوء قيام المرفق بالخدمة جميع الحالات التي تتقرر فيها مسئولية الإدارة نتيجة قيام المرفق بعمل ايجابي ينطوي على خطأ يترتب عليه ضرر للغير[٣].

---

(١) وقد عرف هذا التقسيم باسم التقسيم الثلاثي عند الفقيه ديبز وهو ما نرجحه .
(٢) الدكتور . انور أحمد رسلان – مسئولية الدولة غير التعاقدية – مرجع سابق – ص ٢٢٣ – ٢٢٤ .
(٣) الدكتور . هشام عبد المنعم عكاشة – مسئولية الإدارة عن أعمال الضرورة . طبعة ١٩٩٨ ص ١٩٨ .

ومن التطبيقات في هذه الحالة ، القرار الصادر من عمدة أحد القرى بمنع أحد الأفلام في دور السينما الواقعة في القرية دون حق وأيضاً حكم المحكمة الإدارية العليا الذي قضى بمسئولية الدولة بالتعويض عن سحبها لقرار صادر بتعيين أحد المعيدين بكلية الطب وذلك بسبب خطأ مسجل الكلية عند رصد تقديرات المرشح و حيث قررت المحكمة بأنه "... ومن حيث أن لا خلاف في أن الخطأ الذي وقع من موظف التسجيل يعتبر من قبيل الأخطاء المصلحية المنسوبة إلى المرفق العام ذاته ، خاصة وقد تبين صدق ما أبداه ذلك الموظف ... الأمر الذي من شأنه أن يجعل تصرف المسجل المذكور غير مصطبغ بطابع شخصي أو نفع ذاتي وإنما هو على كل حال خطأ مصلحي من جانب الإدارة يكون الركن الأول من أركان المسئولية التضمينية لجهة الإدارة "[1].

وقد يكون المرجع لفعل الحيوان أو الأشياء التي تملكها الإدارة ، وذلك كحكم محكمة التنازع بالتعويض عن اهمال خيل مملوكة لها فتؤدي إلى احداث اضرار بالافراد[2].

وقد يكون المرجع هو سوء تنظيم المرفق العام ، كحكم مجلس الدولة الفرنسي بالتعويض نتيجة إصابة بعض الموظفين بتسمم نتيجة سوء تهوية الأماكن العمومية التي يعملون فيها عقب تدفئتها بالفحم[3].

وقد يكون المرجع هو تصرف قانوني معيب ، كما لو تعجلت الإدارة في تنفيذ حكم قضائي قبل أن يصير قابلا للنفاذ[4].

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم س١٠ق- جلسة ٩٦٣/٤/٣٠, ،المجموعة, السنة العاشرة ص ٤٠٣ وما بعدها .
(٢) حكم محكمة التنازع بتاريخ ١٩٣٧/١٢/٦ في قضية Cornu . T.C : 06 decembne 1937
(٣) حكم مجلس الدولة بتاريخ ١٩٣٤/٢/٢ في قضية Censort Fornval . dalloz, Page 230
(٤) Azibart 10/5/1927 Page 30; Dolloze 3eme partie consell 1929 .

والخلاصة أن القضاء الإداري – في فرنسا وفي مصر – يقرر مسئولية الدولة بتعويض الاضرار المترتبة على الخطأ المرفقي ، سواء اتخذ هذا الخطأ شكل القرار الإداري أو العمل المادي ، وسواء كان بفعل أشياء وحيوانات الإدارة أو بفعل موظفيها ، وكذلك حتى ولو كان الخطأ مجهلا[1].

(٢) عدم أداء المرفق للخدمة :

نتيجة للتطور والاتجاه إلي توسيع نطاق تطبيق مبدأ مسئولية الدولة بالتعويض عن الأضرار المترتبة على الخطأ المرفقي، تقررت حالة عدم أداء المرفق للخدمة، وهذه الحالة تختلف عن حالة سوء أداء المرفق للخدمة في أن المرفق يتخذ فيها موقفاً سلبياً، أما حالة سوء أداء المرفق للخدمة فيتخذ فيها المرفق موقفاً إيجابياً.

وترجع هذه الصورة إلي تبلور الأفكار الخاصة بسير المرافق العامة وبمهمة مجلس الدولة إزاء الإدارة، فممارسة الإدارة لإختصاصتها ليست امتيازاً بل واجب تلزم به، وهذا سواء بالنسبة للإختصاص المقيد أو الإختصاص التقديري لها، فبهذه الكيفية تمكن مجلس الدولة من بسط رقابته على السلطة التقديرية للإدارة، خاصة إذا مارست سلطتها على نحو يضر بالأفراد دون وجه حق، لهذا يستخدم مجلس الدولة هذا الطريق كوسيلة للحكم بالمسئولية عن امتناع الإدارة عن القيام بعمل يستحيل الحكم به عن طريق دعوي الإلغاء.

وعلى هذا يمكن تعريف عدم أداء المرفق للخدمة بأنه:

"إمتناع الإدارة عن القيام بعمل كان القانون يحتم عليها بأن تقوم به إذا ما نتج وترتب على الامتناع أضرار بالأفراد"[2].

---

(١) يراجع الدكتور .انور احمد رسلان – مسئول الدولة غير التعاقدية – مرجع سابق – ص ٢٢٧ .
(٢) الدكتور . . هشام عبد المنعم عكاشة — مسئولية الدولة عن أعمال الضرورة– مرجع سابق – ص ١٩٩.

وكانت أول مرة يتم تطبيق فيها هذا المبدأ بمناسبة الأضرار الناتجة عن الأشغال العامة حيث قرر المجلس مسئولية الإدارة بالتعويض نتيجة إمتناعها عن القيام ببعض الأشغال العامة كعدم إنشاء حاجز يمنع سقوط المارة فوق طريق مرتفع[١].

وهنا يجب التفرقة بين الأضرار الناتجة عن عدم قيام الإدارة بالأشغال الهامة الضرورية أو الإهمال في صيانتها ، وبين الأضرار الاستثنائية الدائمة والتي تصيب الأفراد كنتيجة لبعض أنواع الأشغال ، فالأولي تسأل الإدارة عنها على أساس الخطأ، أما الثانية فتسأل الإدارة عنها على أساس المخاطر[٢].

وقد قضي كذلك بمسئولية الإدارة في حالة إهمالها في القيام بواجباتها، فقد قضي بمسئوليتها في حالة وضع مدفأة في إحدي المدارس وإهمالها في اتخاذ التدابير الكفيلة بإبعاد الطلاب الصغار عنها مما ترتب عليه بعض الجروح نتيجة اقترابهم منها، وكذلك في حالة إهمالها في مراقبة الجنود مما أدي إلي قتل جندي لأحد أبناء الأسر التي أنزل لديها جبراً[٣].

وامتدت مسئولية الإدارة في هذه الحالة، حالة امتناعها عن تنفيذ الأحكام واللوائح، فقضي مجلس الدولة الفرنسي بمسئولية الدولة عن عدم تطبيق المرسوم والصادر في ١٩١٩/١٢/٢١ بتنظيم السفن التجارية والمرسوم الخاص بحماية السفن الفرنسية ولا سيما في المستعمرات[٤].

وقد استخلص الدكتور. سليمان الطماوي شروط ثلاثة إذا ما توافرت في حالة الامتناع فإن مسئولية الدولة تتحقق ، وهي:

---

(١) حكم مجلس الدولة الصادر في ١٩٠٧/٥/١٠ في قضية Dep. de la Dordogne.
(٢) Viala 22/6/1921 Page 92; Dolloze 2eme Partie consell et tribunaux 1921.
(٣) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٩١٩/١١/١٤ في قضية L'huillier.
(٤) Compagine dves messagevie fluvales de cochinchine de 14/03/1924 Page 25; Delloze 1926.

١ – يجب أن يصطبغ هذا الامتناع بصبغة الآلية.

٢ – يجب أن يكون الامتناع منطوياً على مخالفة القانون.

٣ – يجب أن يكون الضرر الناجم عن امتناع الإدارة عن تطبيق القانون أو اللائحة بالنسبة لفرد معين أو بالنسبة لحالة بذاتها مع تطبيقها بالنسبة للحالات الأخرى[١].

وبالنسبة لمجلس الدولة المصري فقد طبق هذه الحالة في العديد من الأحكام ومنها – امتناع وزير الداخلية عن التصديق على قرار تعيين أحد المأذونين الشرعيين[٢]، وامتناع الإدارة عن تجديد رخصة قيادة بدون وجه حق[٣]، ورفض تجديد رخصة أحد المحال العامة[٤] ، وامتناع عن تنفيذ أحد الأحكام القضائية[٥] ويتضح مما سبق أن الحالة الثانية لمسئولية الدولة بالتعويض عن الخطأ المرفقي، يمثل توسع في اتجاه تطبيق مسئولية الدولة.

(٣) بطء المرفق في أداء الخدمة :

وتمثل هذه الحالة أحدث الصور في تقرير مسئولية الدولة عن الخطأ المرفقي ، فيترتب على بطء أداء المرفق للخدمة إذا ترتب عليه ضرر للأفراد– قيام مسئولية الدولة وتحملها للتعويض.

وتقرير هذه المسئولية يحد من السلطة التقديرية للإدارة ولا يعني هذا أن يحدد القانون ميعاد يجب أن تقوم فيه الإدارة بخدماتها، لأن تأخر الإدارة عن الأداء في هذه الحالة يندرج تحت الصورة الثانية وهي امتناع المرفق عن أداء الخدمة، بل تتوافر هذه الحالة إذا كانت الإدارة غير مقيدة بمدة معينة ومع ذلك هناك تباطئ أكثر من اللازم في اتخاذ الإجراءات.

---

(١) يراجع الدكتور . سليمان الطماوي –مسئولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية – مرجع سابق – ص ١٢٨.
(٢) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ١٤٢٩س٦ ق– جلسة ١٩٥٣/١٢/١٠ المجموعة س٨ ص ٢٣٠ .
(٣)حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٢٨٣ س٢ق جلسة ١٩٥٧/٣/١٨ .
(٤) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٥٠٨ س٢ق جلسة ١٩٤٩/٦/٩ المجموعة – س٣ – ص ٩٨٥ .
(٥) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٨٨ س٣ق – جلسة ١٩٥٠/٢/٢ المجموعة س٤ – ص ٣٠٤ .

لذلك كان مجلس الدولة الفرنسي حريص على أن يحمي مصالح الأفراد، خاصة وأن تأخر للإدارة في أداء عملها الملزم به لا يمكن أن يستمد منه سبب للإلغاء.

وقد استلهم مجلس الدولة الفرنسي مسلكه هذا من المادة ٣ من القانون الصادر في ١٩٠٠/٧/١٧ والذي الزم الإدارة بألا تتأخر في الرد على طلبات الأفراد أكثر من ٤ أشهر بحيث تقوم قرينة على أنها أصدرت قرار سلبي بالرفض إذا مرت هذه المدة.

ولقد تقرر هذا المبدأ فى صورة سلبية فى بداية الأمر ، كحكم مجلس الدولة الفرنسى فى قضية Gaillard فى ١٩١٨/٤/٢٦ حيث قرر عدم مسئولية الوزير فى رده على أحد الطلبات مما ترتب عليه حدوث أضرار نتيجة زيادة الرسوم الجمركية ، على أساس أن هذا التأخير كان له ما يبرره ، وحكمها الصادر فى ١٨٩٣/٥/٣ فى قضية louis حيث قرر عدم مسئولية الإدارة عن التأخير فى منح ترخيص لأن هذا التأخير كان له ما يبرره .

ثم عاد مجلس الدولة الفرنسي ورجع عن هذا الموقف وإتخذ صورة ايجابية فقرر مسئولية المرفق عن التعويض لبطء الادارة أو تأخرها فى أداء الخدمة إذا ترتب عليه ضرر للأفراد إذا لم يكن له ما يبرره.

فقضى مجلس الدولة الفرنسى بمسئولية الادارة عن تطوع أحد الشبان دون الحصول على اذن والده وهو ما يشترط فى هذه الحالة مما ترتب عليه أن لقى حتفه فى أحد المعارك رغم تقديم والده لتظلم لم يرد عليه[1].

وكذلك حكمه بالمسئولية لتأخر مرفأ المطافيء عن التدخل في الوقت المناسب [1].

---

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ١٩١٩/٧/١٨ فى قضية Brunet.

وأيضاً حكم بالمسئولية عن تأخر الإدارة فى الرد على طلبات الأفراد [٢].

وقضى مجلس الدولة المصرى بمسئولية الدولة بالتعويض للتأخير فى تنفيذ حكم قضائى ، ولتأخير مجلس الوزراء عن تقدير فئة بدل التخصص لطائفة معينة من المهندسين[٣] ولتقاعس وامتناع الإدارة دون وجه حق عن تنفيذ الأحكام فى الوقت المناسب[٤].

ويتضح مما سبق أن القضاء الإداري يقرر مسئولية الدولة بالتعويض إذا كان الخطأ مرفقياً ، وذلك نتيجة للأصل العام والذى مؤداه أن الخطأ يكون دائماً مرفقياً الا إذا ثبت أنه شخصى .

---

(١) C.E.: 28 juin 1961, Commune de st-andre des Alpes, C.E.T.A.P.440
(٢) C.E: 29 Juin 1961, Commune de st-Andre des Alpes, C.E.T.A.P.1017
(٣) حكم محكمة القضاء الادارى فى القضية رقم ١٩٨٨ لسنة ٥ ق .
(٤) القضية رقم ٦٢٥٥ لسنة ٨ ق .

الفـــرع الثـــانى

تقدير الخطأ المرفقى

من المعلوم أن مجرد الخطأ لا يترتب عليه قيام مسئولية الدولة بل يجـب أن يتوافر فى هذا الخطأ قدرمعين من الخطورة ، وهذا مـا اتخـذه مجلـس الدولـة الفرنسى . وذلك بخلاف المسئولية المدنية التى يكتفى فيها بقيام ركن الخطأ - فى تقدير مقدار الجسامة المطلوبة فى الخطأ المنسوب للدولة فى كل حالة على حده .

ويختلف تحديد الخطأ باختلاف العمل المنسوب إلى الادارة ، من حيث كونـه عمل مادي أو قرار إداري ، وعليه سنتعرض لحالتين :

الأولى ـ الخطأ فى القرارات الإدارية.

الثانية ـ الخطأ فى الأعمال المادية.

أولاً ـ الخطأ فى القرارات الإدارية :

لقد عرف القضاء الإداري القرار الإداري بأنه " إفصاح الادارة عن ارادتهـا الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح وذلك بقصد احـداث مركـز قانونى معين متى كان ذلك ممكناً وجائزاً قانوناً وكان الباعث عليه ابتغاء مصـلحة عامة "

ويقتصر بحثنا على القرارات الإدارية الفرديـة المشـوبة بـالبطلان ،أمـا القرارات الإدارية التنظيمية فلا تثير مشكلة لأنها بوصفها قرارات عامـة فهـى لا تطبق الا بقرارات فردية ومن ثم تكون الأخيرة محل الطعن لأنها هى مصدر الضرر وليس القرار الإداري التنظيمي[1].

---

(١)الدكتور. أنور أحمد رسلان – مسئولية الدولة غير التعاقدية – مرجع سابق – ص ٢٣٣.

وللقرار الإداري أركان أساسية يقوم عليها وهي ركن السبب ، ركن الشكل ، ركن الإختصاص ، ركن المحل ، ركن الغاية ، فإذا تخلف أى من هذه الأركان أصبح القرار الإداري معيباً .

وعلى هذا سنقسم حالة الخطأ في القرارات الإدارية إلي:

١ – حالات عدم المشروعية الشكلية.

٢ – حالات عدم المشروعية الموضوعية.

(١) حالات عدم المشروعية الشكلية:

وهي الحالات التى يرجع فيها بطلان القرار الإداري إلي عيب في الإختصاص أو عيب في الشكل، والقاعدة هي عدم مسئولية الدولة بالتعويض إلا إذا ترتب على مخالفة قواعد الإختصاص أو الشكل تأثير على موضوع القرار، بحيث يؤدي اتباع هذه القواعد إلي تغيير مضمون القرار(١).

فبالنسبة إلي عيب عدم الإختصاص، أي صدور القرار الإداري من غير مختص، فيحكم مجلس الدولة بالتعويض إذا كان القرار صادر من موظف لا يملكه إطلاقاً حيث تعتبر المخالفة جسيمة فتؤدي إلي مسئولية الإدارة(٢).

أما إذا صدر القرار من موظف غير مختص بدل موظف آخر، فإن مسئولية الإدارة لا تقوم إذا كان في استطاعة الإدارة أن تأمر الموظف المختص بإصدار نفس القرار الضار(٣).

---

(١) الدكتور. أنور أحمد رسلان – مسئولية الدولة غير التعاقدية – مرجع سابق – ص ٢٣٣.

(٢) Mindu traveial 21/10/1949 Page 27; Dolloze 1950 .

(٣) Bour 01/12/1944 Page 07; Dolloze 1944 .

وفي حالة ما إذا كان عيب الإختصاص جوهرياً بحيث يكون لصدور القرار من غير مختص تأثير في مضمون القرار ذاته، فتقوم مسئولية الإدارة في هذه الحالة كفصل أحد الموظفين من جهة غير مختصة[١].

وكذلك الحال بالنسبة لعيب الشكل يفرق مجلس الدولة الفرنسي بين عيب الشكل الجوهري والذي يترتب عليه مسئولية الإدارة، وعيب الشكل الثانوي والذي لا تترتب عليه مسئولية الإدارة

فقد قضي مجلس الدولة الفرنسي بتعويض أحد الموظفين لفصله من غير استشارة المجلس التأديبي حيث يعد هذا الإجراء من الإجراءات الشكلية الأساسية[٢]، وقضي بعدم جواز التعويض نتيجة صدور قرار إداري بفصل طالب نسب إليه ارتكاب أفعال جسيمة بعيب في الشكل[٣].

ولأجل هذا حاول الفقيه "دويز" أن يقيم على أساس قضاء مجلس الدولة في هذا الصدد، قاعدة تساعد على فهم موقف مجلس الدولة، فهو يري ــ أنه إذا كان في وسع الإدارة، بعد الحكم بعدم مشروعية القرار، أن تعيده مع تصحيح وجه عدم المشروعية، حالاً وبحرية تامة، فإن عدم المشروعية لا يستلزم الحكم بالتعويض. ولكنه يسلم، وهو يضع هذه القاعدة، بأنها ليست معياراً، ولكن مجرد توجيه قد يصدق حيناً وقد يخيب أحياناً نظراً لعدم تقيد المجلس بقواعد نظرية مقدماً[٤].

وقضت محكمة القضاء الإداري بأنه ــ "وقد استقام القضاء الإداري على أنه إذا كانت مخالفة الشكل أو الإختصاص التي من شأنها أن تؤدي إلي الحكم بإلغاء القرار المعيب إذا لم تنل من صحته موضوعياً فإنها لا تكون سبباً للحكم بالتعويض ما دام أن القرار سليم من ناحية الموضوع وإن الأسباب التي قام عليها تبرر صدوره[٥].

---

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسي للتاريخ ١٩٤٣/٢/٢٦ في قضية Delcourte .
(٢) مجموعة أحكام المجلس ص ١٧٩.
(٣) . Dame Haaram ... page 05 : dalloz 3eme partie censil det ate et tribunax 1940 07 / 06 / 1940
(٤) الدكتور . سليمان الطماوي – مسئولية الإدارة عن أعمالها غير التعاقدية مرجع سابق – ص١١٤.
(٥) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٢٣٦ س ٦ ق جلسة ١٩٥٢/١١/٢٠– المجموعة س ٧ صـ ٣٨.

(٢) حالات عدم المشروعية الموضوعية:

وهي الحالات التى يرجع فيها بطلان القرار الإداري إلي عيب مخالفة القانون أو الانحراف في استعمال السلطة.

وهذه الحالات هي المرجع الأساسي لقيام مسئولية الدولة بالتعويض، لأنها دائماً تؤثر في مضمون القرار ذاته بحيث لا يمكن تصحيحه، فبالنسبة لعيب مخالفة القانون فقد قرر مجلس الدولة الفرنسي مسئولية الدولة بالتعويض في حالة صدور القرار معيب بعيب مخالفة القانون.

فقضى مجلس الدولة الفرنسي بالتعويض لمخالفة قاعدة حجية الشئ المقضي به كرفض الإدارة تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها[١]، والامتناع عن المساهمة في تنفيذ الأحكام الصادرة لمصلحة بعض الأفراد[٢].

وكذلك الحال في الخطأ المباشر في تطبيق القانون كإستبقاء أحد المواطنين بالخدمة العسكرية خلافاً للقانون[٣].

وبالنسبة لعيب إنحراف السلطة ، فإنه إذا توافر فتتقرر في جميع حالاته مسئولية الدولة عن التعويض، لذلك قرر الفقيه "دويز" أنه " لم يجد حكماً واحداً أقر فيه مجلس الدولة بقيام عيب الانحراف ورفض أن يحكم بالتعويض عن نفس العيب"[٤].

وقد قضي بالتعويض لرفض تعيين أحد المواطنين لأسباب لا تتصل بالصالح العام[٥].

---

(١) trepant page 38 : dalloz 3eme partie do cowrs dapple et tribanaux 1924 .

(٢) حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ١٩٤٣/١/٢٢ في قضية Braunet 1944 .

(٣) Page 2 : dalloz 3eme partie conseil detate et tribuna a 1955 .

(٤) يراجع الدكتور. سليمان الطماوي – مسئولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية – مرجع سابق – ص ١١٢.

(٥) Trebe 30/06/1954 Page 13;Dolloze 1954.

وقد قضت محكمة القضاء الإداري المصري بأنه: "من المسلم به أن الحكم بعدم شرعية القرار الإداري بوجه من اوجه عدم المشروعية الأربعة كاف للقضاء بالإلغاء ... وقد وقف القضاء الإداري المصري والفرنسي من اوجه عدم المشروعية الأربعة مواقف متباينة تختلف باختلاف بساط بحثها من حيث الحكم فيها بمقتضى قضاء الإلغاء أو قضاء التعويض والإجماع منعقد على أن كل وجه من اوجه الإلغاء الأربعة يمكن أن يؤدي حتما إلى الحكم بالإلغاء . أما في نطاق قضاء التعويض فلا تكون لزاما مصدراً للمسئولية ولا تستطيع حتما التعويض في كافة الأحوال ، ويتجه القضاء الإداري إلى عدم الحكم بمسئولية الإدارة عن عملها غير المشروع إلا إذا كان وجه المشروعية جسيما ، وقد اتخذت محكمة القضاء الإداري من بعض اوجه عدم المشروعية مصدرا للمسئولية باستمرار دون بعضها الآخر ، فإذا كانت مخالفة القانون مرجعها أن القرار الإداري قد خالف قاعدة حجية الشئ المقضي به قضت باستمرار بمسئولية جهة الإدارة لان المخالفة هنا جسيمة .. فإذا ارتكبت جهة الإدارة مخالفة القانون بعيدا عن المساس بحجية الشئ المقضي به ، فالقضاء متجه إلى الحكم بالمسئولية على شريطة أن تكون مخالفة القانون جسيمة ، أن تكون قد ارتكبت بسوء نية من جهة الإدارة .. أما إذا كان القرار الإداري معيبا بالانحراف فالقضاء مستقر على جعله باستمرار مصدرا للمسئولية .. أما بالنسبة لعيبي الإختصاص والشكل فالاتجاه إلى القضاء بالتعويض إذا كان مرجع عيب الإختصاص إتيان الموظف عملا لا يملكه إطلاقا ولا يمت إليه بصلة ، فالمخالفة هنا جسيمة ترتب مسئولية الإدارة ، وكذلك الشان فيما يتعلق بعيب الشكل ، فالقضاء الإداري لا يجعله مصدرا للمسئولية إلا إذا كان أساسيا أو مؤثرا على جوهر الموضوع . أما إذا كان عيب الشكل ثانويا ويمكن لجهة الإدارة أن تعيد تصحيح الشكل دون مساس بأصل الحق فلا محل إذن للقضاء بالتعويض[1].

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري ص٦٥٢، ٦٥٣.

ثانيا ــ الخطأ في الأعمال المادية :

تشمل الأعمال المادية جميع أعمال الإدارة التي لا تندرج تحت مدلول القرارات الإدارية ، وذلك كما عرفها مجلس الدولة المصري .

وقد كانت هذه الأعمال تدخل ضمن إختصاص القضاء العادي قبل صدور القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بإنشاء مجلس الدولة ، وكان يطبق عليها القواعد العامة للمسئولية التقصيرية ، فقضت محكمة النقض بأنه " أما في مصر فالمحاكم محدودة الإختصاص فيما ينشأ بين الحكومة والأفراد من منازعات ، فضلا عن تقيدها بما وضع لها من قوانين لا معدل عنها ، وليس في ظروف الدعوى الحالية ما يستوجب تنكب هذه القوانين إلى ما عداها إذ النصوص المدنية صريحة وممكنة التطبيق في دعاوى تضمين الحكومة بسبب ما يصيب الأفراد في حرياتهم أو أموالهم بفعل الموظفين ، ومن حيث انه كذلك تكون محكمة الموضوع قد أصابت إذ طبقت أحكام القانون المدني في هذه القضية[١] .

أما بعد صدور القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ فقد اصبحت تدخل ضمن إختصاص مجلس الدولة فقضت المحكمة الإدارية العليا بان ــ " دعوى المدعي تعويض عن اضرار يدعيها بسبب اهمال ينسب لجهة الإدارة بشان مرفق الطرق والكهرباء والصرف الصحي بالعاصمة هي دعوى تعويض عن عمل مادي مدارها مدى مسئولية الدولة عن اعمالها المادية في نطاق القانون العام ومجالاته وهو ما يدخل في إختصاص القضاء الإداري اعمالا لنص الدستور والقانون الحالي لمجلس الدولة[٢].

---

(١) حكم محكمة النقض بتاريخ ١٩٣٣/٤/١٠ السنة ١٤ ــ مجلة المحاماة ــ ص ٤ .
(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١١٤ س٢٤ق - جلسة ١٩٨١/٤/٢٥ ــ مشار إليه الدكتور . انور احمد رسلان - مرجع سابق ــ ص ٢٤٠ .

أما في فرنسا فيتخذ الخطأ المادي صورا عديدة كالإهمال أو الترك أو التأخير أو عدم التبصر إلى غير ذلك ، ويجب أن تتوافر إحدى الحالات السابق الإشارة إليها وكذلك درجة معينة من الخطأ حتى تتوافر المسئولية وفقا لاعتبارات سنحددها فيما يلي :

١ . موقف المضرور إزاء المرفق :

يفرق مجلس الدولة عند تقريره للخطأ بين ما إذا كان المضرور الذي يطلب التعويض مستفيدا من المرفق أم غير مستفيد منه .

ففي حالة كون المضرور مستفيدا من المرفق فإنه يتطلب درجة اكبر من الجسامة في الخطأ عنه في حالة المضرور غير المستفيد من المرفق ، لانه يقدر أن المضرور في الحالة الثانية لم يستفيد مباشرة من أي شئ مقابل الضرر الذي اصابه من المرفق ، كما انه في موقف سلبي من المرفق المخطئ حيث لم يصدر منه أي عمل يساعد المرفق على إحداث الضرر ، بعكس المستفيد الذي يجلب له المرفق من جراء نشاطه فائدة .

كذلك يفرق مجلس الدولة بين كون المستفيد من المرفق يحصل على الخدمة مجانا أم يحصل عليها بمقابل ، وبين ما إذا كان مجبرا على الالتجاء إلى المرفق أم أنه يلتجأ للمرفق باختياره ، فالذي يسير في الطرقات العامة لا بقصد قضاء مصالح معينة ، وانما ليشبع رغبته في الاستطلاع أثناء مظاهرة فيتعرض للخطر الذي يلحق بالمتظاهر فإنه يعرض نفسه للمخاطر .

على أن مركز المضرور يتأثر بالخطأ المنسوب إلى المضرور ، فقد يكون من شأنه تخفيف مسئولية الإدارة وقد يكون سببا في استبعادها كلياً، ومثال الحالة الأولى أن يقترب المضرور بدرجة كبيرة من المكان المعد لاطلاق الصواريخ مما عرضه للخطر ، ومثال الحالة الثانية أن يخالف المضرور تعليمات البوليس ، بل ويهاجم مما اضطرهم إلى قتله .

كما أن المجلس يأخذ بعين الاعتبار عند تقريره لجسامة الخطأ مدى الزام الإدارة بإنشاء المرفق ، فإذا كانت الإدارة غير ملزمة بانشاء المرفق وإنما قامت متطوعة بانشاء مرفق عام ، فإنها لا تسال عن التقصير والاخطاء المنسوبة إلى نشاط المرفق إلا إذا كانت جسيمة .

٢ . مراعاة ظروف الزمان والمكان :

يفرق مجلس الدولة الفرنسي عند تقديره للخطأ بين ما إذا كان الخطأ إرتكب في ظروف عادية أم في ظروف استثنائية كحرب أو ثورة أو غير ذلك .

وذلك لان المرفق العام في ظل الظروف العادية يؤدي خدماته وفقا لتقاليد وعادات واظب عليها ، أما في الظروف الاستثنائية يصعب بل وقد يستحيل المواظبة على هذه الأعمال ، فقد قضى المجلس في حكمه الصادر في ١٩٢٠/١١/٥ حول حبس جندي اجنبي يعمل في الجيش الفرنسي أثناء الحرب حين قضي لضرورة مراعاة طبيعة المصالح التي يقوم عليها المرفق والصعوبات التي يواجهها في ظل ظروف الحرب[١] .

بل أن المجلس قد راعى ظروف أخرى اخف من هذه ، كالساعة التي وقع فيها الفعل الضار وما إذا كان ذلك بالنهار أو الليل ، وإذا كان بالليل فهل هو في اوله أو في ساعة متاخرة فقد رفض الحكم بالتعويض عن اصطدام طبيب استدعى لحالة مستعجلة في منتصف الساعة الثالثة صباحا بكوم من الحصى الذي قد ترك في وسط طريق عام كانت الإدارة تقوم باصلاحه رغم أن الإضاءة عندها لم تكن بدرجة كبيرة[٢].

---

(١) Page 06 : dalloz 3eme patie cowrs dapple el tribunaux 1920.

(٢) Wamieck 31/01/1917 Page 32; Dolloze 3eme Parite 1917.

ولقد تساهل المجلس في تقرير خطأ الإدارة ، إذا كان المرفق يعمل في ظروف عادية يسمح للقائمين عليه للقيام بالتزام الصيانة والرعاية ، حيث قرر في حكم له بتاريخ ١٩٣٤/١/١٩ أن واجب الإدارة أن تسهر على أن تكون المدارس في وضع لا يعرض طلبتها نتيجة له للخطر ، فإذا لم تف الإدارة بذلك فانها تكون مخطئة وتسأل بالتعويض .

وكذلك أخذ المجلس عند تقريره للخطأ ظروف المكان الذي يؤدي فيه المرفق خدماته ، فكلما كان المرفق في منطقة نائية تشدد في درجة الخطأ المتطلبة ، لان الصعوبات التي يواجهها اشق عما إذا كان المرفق في منطقة العاصمة مثلا فيكتفي في هذه الحالة بالخطأ البسيط .

٣. *مراعاة ظروف المرفق :*

يعد هذا الظرف من أهم الصور التي اهتم بها مجلس الدولة فراعى ظروف المرفق واعباؤه وامكاناته في تقدير الخطأ ، فإذا كانت الخدمة التي يقدمها المرفق سهلة اتخذ مجلس الدولة معيار الخطأ البسيط ، أما إذا كانت الخدمة التي يقدمها المرفق صعبة اتخذ معيار الخطأ الجسيم .

وأخذ كذلك بصفات أخرى في معيار الخطأ الجسيم كإشتراط كونه عيب واضح وغير عادي ، فقد قضى كذلك بمسئولية الدولة بالتعويض نتيجة عدم إتخاذ إجراءات لتنبيه المارة مما ترتب عليه جراح لبعض الأفراد ولسقوطهم في الحفر التي قامت بها الإدارة بالطريق العام[١] .

والمبدأ الذي يتخذه مجلس الدولة الفرنسي في هذه الحالة هو مسئولية الدولة عن الأخطاء التي لا تقع مع الحرص العادي ، أما الأخطاء التي يمكن

---

١. Ville de Baulonge Simer ٠٧/٠٤/١٩٣٧ page ١٥; dolloz ٢eme Cour d'eppel at trib at trib١٩٣٧.

تجنبها بالحرص العادي للادارة تقوم بها مسئولية الدولة ، ومعيار تحديد الحرص العادي للادارة يعتمد على طبيعة المرفق واهميته الاجتماعية وأعباءه وموارده .

ولتوضيح الفرق بين المرافق في معيار الخطأ الذي تقوم بـه مسـئوليتها ، فرق الفقه بين المرافق على التفصيل التالي :

١ . مرفق البوليس :

فمرفق البوليس يقوم على حماية النظام العام بمدلولاته الثلاثة ، الأمن العام والسكينة العامة ، والصحة العامة .

وفي سبيل تحقيقه لاهدافه فإنه يقوم بمهام صعبة وجهـود كبيـرة ، لـذلك اشترط في الخطأ الذي تقوم به مسئولية الإدارة أن يكون جسيماً ، فالخطأ البسيط لا تقوم به المسئولية ، ومن أسباب اشتراط الخطأ الجسيم كذلك أن قيام مسئولية مرفق البوليس لم تقرر إلا في اوائل القرن العشـرين فـي حكـم الصـادر فـي ١٩٠٥/١/١٠ في قضية Tomaso Greco ثم اتخذ مجلـس الدولـة الفرنسـي منحى آخر ، حيث عدم تطلب الخطأ الجسيم في حالـة العمـل المـادي التنفيـذي والإكتفاء بالخطأ البسيط في حالة الإجراءات القانونية على النحو التالي :

أ- الحالات التي اكتفى فيها بالخطأ البسيط :

١. ففي الحجز التعسفي اكتفى باشتراط الخطأ البسيط كمـا فـي الحكم الصادر بتاريخ ١٩٥١/٦/١٥ في قضية Epoux dejoie ولكنه رفض التعويض في الحالات التي تحيط بها ظروف خاصـة ، فقضـى بعدم قيام مسئولية الإدارة كخطئها المصاحب لتحريـر فرنسـا عقـب الحرب العالمية الثانية[١].

---

(١) Taverna 24/11/1950 page 13 Dolloze 1950 .

٢. تقصير البوليس في القيام بواجبه ، اكتفى فيه بالخطأ البسيط وذلك لوجوب أن تتحمل الدولة تبعة هذا التقصير ، والاحكام في هـذه الحالة كثيرة ، فقضى بمسئولية العمدة بصفته سلطة بوليس محلي عن تقصيره في اتخاذ اللازم لمواجهة الاضرار المحتملة نتيجة لانهيار منزل آيل للسقوط رغم تنبيهه إلى ذلك من قبل المواطنين[١] ، وقضى كـذلك بمسئولية مجلس بلدي لإهماله في إعداد الرعاية الطبية اللازمة أثنـاء إقامة أحد الاعياد الرياضية[٢].

٣. تسبب البوليس بخطئه في قتل أحد المواطنين أكتفـى بكـون الخطأ بسيط ، فقضى بمسئولية الدولة بالتعويض لقيـام أحـد رجـال البوليس باطلاق النار بالمخالفة للوائح مما أدى لقتل راكب دراجة[٣].

وبعض هذه الصور يقيم فيها المجلس المسئولية على اساس المخاطر .

٤. الامتناع عن تنفيذ حكم يكتفى فيه بالخطأ البسيط خاصـة إذا كان متعلق بطرد المستأجرين[٤]، ويشترط لهذا أن يكون الامتنـاع دون سبب ، فإذا وجد سبب وجيه يمكن تقرير مسئولية الدولة على اساس المخاطر .

وكذلك الحال إذا طلب من البوليس التدخل بناء على حكـم قضـائي واجـب التنفيذ ، أما إذا طلب من البوليس التدخل دون وجود حكم قضائي واجب التنفيـذ فلا تقوم المسئولية ، ولكنه اعتبر عدم التدخل لمدة تزيد عن شهرين يعتبر خطـأ جسيم[٥].

---

(١) Maural page 03 : dallez 3eme partie conseil detat et tribunaux 1943 .
(٢) page 06 : dallez 3eme patie conseil detat et tribuma au 1920.
(٣) page 03 : dallez 2eme patie cours dappel et tribunaux 1948 .
(٤) Epoua terny page 02 : dalloz 2eme par tie cour dapple et tribunaux 1945.
(٥) Barthelemy page 02 : dalloz 2eme par tie cour dapple et tribunaux 1947 .

ب- الحالات التي اشترط فيها الخطأ الجسيم :

١- إذا لجأ البوليس إلى القوة في معاملة الجماهير ، لا تتقرر مسئوليته إلا إذا كان الخطأ ظاهرا بالغ الجسامة ، كأن تصل القسوة إلى شبه مشاركة في القتل[١] ، أو اللجوء للضرب أثناء الاستجواب مما أدى إلى فقد عينه اليسرى .

٢- ما ينتج من اضرار نتيجة قيام البوليس بالمحافظة على النظام العام وحمايته ضد أعمال الشغب .

٣- ما ينتج من اضرار نتيجة قيام البوليس بمهامه في حراسة الحدود .

وثمة سؤال أخير طرحه الأستاذ " فالين " يتعلق بمدى شرعية الاتفاقات التى تبرمها سلطات البوليس للتخلص من مسئوليتها ، والقاء عبء هذه المسئولية على الغير ، وضرب مثالا لذلك باتفاقية تبرمها سلطة البوليس ومنظمي سباق للسيارات لكي يتحملوا في مواجهة المواطنين ما قد ينجم عن هذا السباق من اضرار ، ويرى الأستاذ " فالين " أن مثل هذا الاتفاق لا يمكن أن يحتج به في مواجهة المضرور ، إذا ما استطاع أن يثبت أن تقصير سلطة البوليس في القيام بواجباتها ، ولكنه اورد كلاماً بعكس الرأي الذي يقول به ، وإن كان قد انتقد هذا الحكم ، وهو الصادر من مجلس الدولة في ١٦ يونيو سنة ١٩٤٤ في قضية Lioyd contienetal Francais [٢].

(٢) المرافق الصحية :

تقوم المستشفيات العامة والمصحات بخدمة أساسية للمجتمع ، وتتعامل في هذا مع فئة معينة من المجتمع ، لذلك اخذ المجلس بمعيار الخطأ الجسيم لتقرير المسئولية قبلها كقاعدة عامة ، على أن معيار الجسامة يختلف حسب الخدمة التي تؤدي بها وذلك على النحو التالي :

---

(1) Veuve Many page 15 : dalloz 3eme partie conseil detat et tribanaux 1951 .

(٢) يراجع الدكتور. سليمان الطماوي - القضاء الإداري - الكتاب الثاني - مرجع سابق - ص١٥٤- ١٥٥ .

١. تشدد مجلس الدولة الفرنسي أقصى تشدد بالنسبة للأخطاء التي تحدث في مستشفيات للأمراض العقلية لتعاملها مع طائفة خطره من المرضى ، فقضى بمسئولية الدولة لإهمالها في رقابة أحد نزلاء مستشفى الأمراض العقلية مما مكنه من اشعال حريق[١].

وكذلك إذا رجع الخطأ على الإدارة الصحية في الدولة كالتأخر في التأكد من القيمة العلاجية لأحد الأمصال[٢].

٢. اخذ المجلس بالخطأ الجسيم بالنسبة للمستشفيات العادية إذا كان الخطأ راجع إلى الاطباء نتيجة لقيامهم بأداء الخدمة بأنفسهم أو تحت اشرافهم المباشر، فقضى بعدم مسئولية الدولة لوجود خطأ في العلاج[٣] ، وكذلك عدم مسئوليتها لخطأ في الجراحة[٤]، وقرر مسئولية الدولة لاسناد عملية جراحية خطيرة لطبيب مبتدئ[٥]، وكذلك لاهمالها في رقابة مريض يحتاج لعناية خاصة لادمانه الخمر[٦].

واخذ بمعيار الخطأ البسيط إذا كان الخطأ راجع إلى الجهاز الإداري للمستشفى[٧] أو لسوء تنظيم العمل بها[٨] ، أو لإحدى الممرضات[٩] أو لطبيب التخدير[١٠].

---

(١) . De Bony 27/1/1933 Page 18; Dolloz 3eme Conell d'sta et tm Ibunaux
(٢) . Merbais 10/5/1957 Page 03; Dolloze "" 1957.
(٣) De lahaye page 05 : dalloz 2eme partie cour dapple et tri bunaux 1945 .
(4) Douhnee page 06 : dalloz 2eme partie cour dapple et tri bunaux 1946
(٥) . Dame Forcina Page 11; Dolloze " ' ' '1954
(٦) . Veuve le Roy 26/20/1943 Page 15; Dolloze "" 1944
(٧) Rouret page 70 : dalloz 2eme partie cour dapple et tri bunaux 1959 .
(٨) Chene page 18 : dalloz 2eme partie cour dapple et tri bunaux .
(٩) Daret page 21 : dalloz 3eme partie consell detat et tri bunaux 1949 .
(١٠) Ferrer page 10 : dalloz 3eme partie consell detat et tri bunaux 1951 .

(٣) مرفق تحصيل الضرائب :

يقوم مرفق تحصيل الضرائب بتحصيل حقوق الدولة من الممولين الخاضعين للضرائب، ومع ما يواجه من صعاب للحفاظ على حقوق الدولة من الضياع ليتفادى التقادم والمتهربين من الضرائب، لذلك تطلب مجلس الدولة الفرنسي لقيام مسئوليته الخطأ الجسيم ، فقضى بمسئولية الإدارة لبيعها أموال أحد الممولين على الرغم من أنه قام بسداد الضرائب المستحقة عليه(١).

وكذلك قضى بمسئولية الإدارة لاتخاذ إجراءات الحجز على أموال أحد الممولين بلا وجه حق(٢).

ولكنها اشترطت للتعويض عن المبالغة في تقدير الضريبة أن يكون الخطأ بالغ الجسامة بعد الحصول على حكم بتخفيض الربط المفروض(٣).

(٤) مرفق مكافحة الحريق :

ولأهمية هذا المرفق وقيامه بدور كبير إشترط المجلس لقيام المسئولية أن تنتج عن خطأ جسيم ، وتقوم المسئولية في هذه الحالة في مواجهة البلديات لأنها هي المنوطة بهذا المرفق

ومن الأخطاء التي أعتبرها مجلس الدولة الفرنسي جسيمة قضاءه بالتعويض لتأخر المطافئ للوصول لمكان الحريق مما نتج عنه زيادة في الأضرار ، وإهمال العمدة في إتخاذ الإجراءات اللازمة لمواجهة الموقف.

ولكنه قرر عدم المسئولية في حكم صادر له في ٢٦ / ٧ / ١٩٨٥ ، حيث طلبت شركة مساهمة التعويض عن الأضرار التي أصابتها من جراء حريق نشب في أدوات فيلم كان يتم تصويره .

---

(١) . Epoux Beauville 11/4/1930 Page 10; Dolloze 1930

(٢) . Demureuil page 31 : dalloz 3eme partie co cours dapp ei et tri bunaux 1929

(٣) . Billard page 09 : dalloz 3eme partie consell detatet tribunaux 1954

(٥) مرفق البريد :

يعفى القانون هذا المرفق من المسئولية عن أخطائه في أغلب الحالات ، لكن مجلس الدولة قرر المسئولية على أساس الأخطاء الجسيمة الناتجة عن أعماله ، فقضي المسئولية عن سرقة حوالة بريدية ، أما الحالات التي لا تدخل تحت نصوص تعفي من المسئولية فأكتفى فيها بالمسئولية عن الخطأ البسيط ، فقضي بالمسئولية عن خطئها الذي تسبب في قطع الخدمة الهاتفية .

(٦) الوصاية والرقابة الإدارية :

تشدد مجلس الدولة الفرنسي في تقرير مسئولية الإدارة عن أخطاء السلطة المركزية في مجال ممارستها للرقابة أو الوصاية على الهيئات المحلية سواء كانت الهيئات أو المؤسسات العامة أو البنوك أو غيرها ، فأشترط أن يكون الخطأ جسيم للحكم بالتعويض .

وعلل هذا بأن إشتراط الخطأ الجسيم فيه نوع من البعد عن الرقابة على مصدر القرار ، بالإضافة إلي صعوبة مهمة الإدارة في ممارسة هذا النوع من الرقابة أو الوصاية، وقد عارض الفقيه جاك مورد هذه الأسباب واعتبارها غير جديرة النفع .

ولقد حاول الفقيه أبلتون تقسيم الأعمال الإدارية وفقاً لدرجة الخطأ التي يتطلبها مجلس الدولة إلي ثلاثة أقسام :

(١) أعمال شبيهة بأعمال السيادة ، وهذه الأعمال إشترط لتقرير المسئولية بالتعويض عنها أن يكون الخطأ ظاهر وواضح وعلى درجة إستثنائية من الجسامة .

(٢) أعمال البوليس وهذه الأعمال إشترط لتقرير المسئولية بالتعويض عنها أن يكون الخطأ على درجة من الخطورة والجسامة .

(٣) أعمال أو تصرفات عادية وهذه يكتف فيها بالخطأ العادي الذي لا يتطلب درجة معينة من الجسامة[١].

غير أن المحاولات الفقهية ليس لها إلا دلالة واحدة ، وهي أن المجلس يقدر الخطأ وفقاً لكل حالة على حده ، ولكنها لا تعبر عن أكثر من ذلك ، لأنه من المستحيل أن نحدد أعمالاً بعينها تندرج تحت كل طائفة من الأقسام الثلاثة التي أتي بها أبلتون ، كما أن أبلتون لم يحدد بوضوح الأعمال التي أعتبرها شبيهة بأعمال السيادة ، والحقيقة أن مجلس الدولة لا يعني بالصفات التي لحقها بالخطأ – سواء وصفه بأنه خطير أو جسيم أو على درجة خاصة من الجسامة وظاهر الوضوح – .... إلخ ، إلا أن الخطأ غير عادي ، ومن ثم لا يمكن أن يكون مغتفراً ولكنه لا يقصد معني محدداً بكل صفة من هذه الصفات ، والدليل القاطع على ذلك أنه كثيراً ما يستعمل هذه الصفات جميعاً بالنسبة لتقدير الخطأ الواحد في نفس الظروف.

فالخلاصة إذن أن الخطأ المرفقي يتخذ صوراً مختلفة ، لا تحقق مسئولية الدولة فيها إلا بتوافر قدر معين من الجسامة ، والذي يحدد مقدار الجسامة هو القضاء ، مراعياً في ذلك العديد من الاعتبارات الخاصة بكل مرفق ودروه وامكاناته بالإضافة إلي علاقة المضرور بالمرفق وظروف الزمان والمكان الذي أرتكب فيه الخطأ[٢].

---

(١) مذكرة ابلتون ، مجموعة دالوز سنة ١٩٢٠ ، القسم الثالث ، ص١ ، ومطولة في القضاء الإداري في الفقرة ٢٣٨ .
(٢) يراجع الدكتور. سليمان الطماوي – القضاء الإداري – الكتاب الثاني – التعويض- مرجع سابق – ص١٥٩

المبحث الثاني
العلاقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي

وإن كان من المستقر – فقهاً وقضاءاً – التمييز بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي – فالموظف يسأل عن خطئه الشخصي ويلزم بالتعويض عنه من ماله الخاص ، والإدارة تلزم بالتعويض عن الخطأ المرفقي .

إلا أن توافر الخطأ الشخصي أو المرفقي يؤدي إلي إثارة نقاط عديدة ، مثل جواز الجمع بينهما ، أو مسالة أن توافر أحدهما هل تؤدي لإنتفاء الأخر ، وما أثر ذلك على المسئولية .

ولقد مر القضاء الفرنسي بمرحلتين في هذا الشأن ففي المرحلة الأولي قرر عدم جواز الجمع بين المسئوليتين ، وفي المرحلة اللاحقة قرر جواز الجمع بين المسئوليتين ، وهذا ما سنتعرض له فيما يلي :

الفـــرع الأول

موقف القضاء من الفصل بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي

إتخذ القضاء الإداري الفرنسي في أول الأمر قاعدة عدم جواز الجمـــع بـــين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي ، وبالتالي عدم إجتماع الخطأين فيكـــون رجـــوع المضرور على الدولة في الخطأ المرفقي دون إمكان رجوعه على الموظف ، ففي الخطأ الشخصي يرجع المضرور على الموظف دون الإدارة لعدم مسئوليتها ولقـــد ظل مجلس الدولة يعتنق هذا المبدأ من الربع الأخير من القرن التاسع عشر حتـــي أوائل القرن العشرين .

ولقد أختلف الفقه المؤيد لهذا المبدأ على الأساس الذي يقوم عليه إلى ثلاثة آراء :

١- فيري البعض أن الفعل الخاطئ لا يمكن أن يكون له طبيعيتان فـــي وقـــت واحد ، فإذا أرتكب الموظف الخطأ بسوء نية عد الخطأ شخصياً ، أمـــا إذا أرتكب الخطأ بحسن نية أعتبر الخطأ مرفقياً .
٢- ويري البعض الآخر أن الخطأ إذا كان جسيماً يسأل عنه الموظـــف فيعـــد خطأ شخصي ، وإذا كان بسيطاً تسأل عنه الدولة فيعد خطأ مرفقي .
٣- ويري البعض الثالث أن الدولة مسئولة عن المخاطر الناجمة عن نشـــاط المرافق العامة وليس على أساس مسئولية التابع عن المتبوع ،ولا يتوافر الضمان إلا إذا كان الخطأ منسوباً إلي المرفق ، وعليه فالخطأ الشخصي لا تتحمله الإدارة لأنها لا يعتبر عملاً وطنياً .

وقد إنتقد الفقيه " جيز " فكرة الفصل بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي ، وذلك على التفصيل التالي :

١- فيري أن التفرقة بين الخطأين كانت بهدف توزيع الإختصاص بين المحاكم الإدارية والمحاكم العادية ، بهدف حماية الموظف أثناء تأدية عمله .

٢- كذلك إنتقد فكرة المسئولية على أساس ضمان مخاطر سير المرافق العامة لأن الأخطاء التي ترتكب تكون أثناء تأدية واجبات الوظيفة فمن الصعب القول بأنها غير متصلة بالوظيفة .

وقد ساعدت عوامل كثيرة على عدم إستمرار قاعدة الفصل بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي ،منها :

١- عدم وضوح معيار التمييز بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي ، فالخطأ الشخصي قريب من الخطأ المرفقي والفرق بينهم مسألة درجة ، فالخطأ حتي درجة معينة مرفقياً فإذا جاوزها أعتبر خطأ شخصي فكيف يصبح هذا المعيار مغير للقواعد القانونية .

٢- وكذلك يترتب على عدم جواز الجمع بين الخطأين أنه في حالة إعسار الموظف وكون الخطأ شخصياً تعذر الحصول على التعويض .

٣- ويترتب أيضاً أن الخطأ اليسير أفضل حالاً من الخطأ الجسيم لأن الدولة تصبح هي الملزمة بالتعويض في الحالة الأولي ، أما في الحالة الثانية يصبح الموظف هو الملزم وقد يكون ــ بل هو غالباً – معسر .

٤- بالإضافة إلي أن هذا المبدأ يقوم على تصوير غير واقعي أو تحكمي ، لأنه من المتصور أن يقوم الضرر على أسباب عديدة بعضها شخصي والأخر مرفقي، ومن الممكن أن يكون نتيجة لعمل ضار بسبب خطأ مشترك ونتيجة لهذا أتجه مجلس الدولة الفرنسي إلي الجمع بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي .

الفرع الثاني

موقف القضاء من الجمع بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي

وقد أخذ مجلس الدولة الفرنسي مبدأ الجمع بين الخطأ الشخصي والمرفقي نتيجة لما سبق ، وقد طبقه لأول مرة في حكم له بتاريخ ٣ / ٢ / ١٩١١ م في قضية Anguet ، حيث ظل أحد الأفراد بمكتب البريد بعد إغلاق الباب المعد للجمهور مما أضطره للخروج من الباب المعد للموظفين ، فظن الموظفين أنه لص فقاموا بالإعتداء عليه وإلقائه بالخارج فكسرت ساقه ، فرفع دعوي يطلب فيها بالتعويض فقضي مجلس الدولة بان الخطأ الناجم يعد خطأ شخصي لوقوع فعل الإعتداء عليه من الموظفين، وأيضاً يعتبر مرفقي لأن الباب المعد لخروج الجمهور أغلق قبل الميعاد بالإضافة إلي أن عتبة الباب المخصص للموظفين كانت سيئة مما أدي لوقوع الحادثة .

ثم توالت الأحكام بعد ذلك ، فأصدر مجلس الدولة الفرنسي في محاولة أحد ضباط الصف فك قنبلة في منزله ، مما ترتب عليه انفجارها وقتل بعض النساء باجتماع المسئوليتين ، المسئولية الشخصية نتيجة القتل الخطأ والمسئولية المصلحية لأن السلطة العسكرية لم تتخذ التدابير الكافية لأمرها بعدم حيازة القنابل(١).

وكذلك قضي نتيجة قتل أحد الجنود لأبن الأسرة التي أنزل لديها وهو في حالة سكر بقيام الخطأين ، الخطأ الشخصي لمعسكر الجندي والخطأ المرفقي لعدم رقابتها على الجنود(٢).

---

(١) Beandelet 15/03/1918 Page 06; Dolloze 3 eme partle 1920 .

(٢) حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ١٤ / ١١ / ١٩١٩م في قضية L'hvillier

وقد إتجه القضاء الفرنسي لتقرير مسئولية الدولة عن الأخطاء الشخصية التي تقع من الموظفين أثناء الخدمة ، وكان هذا في حكمها بتاريخ ٢٦ / ٧ / ١٩١٨م في قضية Le monmier والتي تتلخص وقائعها في إقامة إحتفال على شاطئ نهر ووضع أهداف متحركة على شاطئ النهر للرماية مما أدي إلي لأصابة أحد المارة بجرح خطير ، فقضي بمسئولية العمدة الشخصية لسماحه بهذا العمل في مكان عام دون اتخاذ الاحتياطات الكافية ولتنبيه الكثير مراراً بالخطر من هذا العمل .

وكان أساس هذا الحكم هو تقرير المفوض بلوم والذي قال فيه "... فإذا كان الخطأ الشخصي قد إرتكبه الموظف أثناء الخدمة أو بمناسبتها ، أو إذا كان المرفق قد وضع بين يدي الموظف وسائل الخطأ وأسبابه وإذا ثبت أن المضرور لم يلتق بفاعل الضرر إلا نتيجة لعمل المرفق ، أي إذا كان المرفق هو الذي أدي إلي إرتكاب الخطأ الشخصي وساعد على إحداث آثاره الضارة من قبل فرد معين ، فإن للقاضى الإداري ، بل عليه أن يقوم — إن للمحاكم القضائية أن تقرر ما إذا كان الخطأ ينفصل عن المرفق ولكن بالنسبة للقاضي الإداري فإن المرفق لا يمكن أن ينفصل عن الخطأ[1].

ويمكن القول بان أحكام مجلس الدولة الفرنسى الأخيرة تأخذ بالقواعد التالية فى هذا الشأن :

١- تتحمل الدولة مسئولية التعويض كاملة إذا كان الضرر بسبب خطأ مرفقى أما إذا كان الخطأ مشتركاً فيتم توزيع قيمة التعويض بحسب اسهام كل خطأ فى احداث الضرر ، ويكون للدولة دائما الرجوع على الموظف بقدر نصيبه فى التعويض عن الخطأ الشخصى الذى أسهم فى احداث الضرر .

---

(١) مشار إليه في الدكتور. سليمان الطماوي – القضاء الإداري – الكتاب الثاني – مرجع سابق – ص ١٦٧ .

٢- يختص القضاء الإداري بتقدير نصيب الموظف فى قيمة التعـويض عـن خطئه الشخصي.

٣- يقدر القضاء الإداري قيمة الضرر المترتب على خطأ الموظف الشخصـى كما يقدر قيمة الضرر المترتب على الخطأ المرفقى ، ويكـون للدولـة أو للإدارة الرجوع على الموظف بكل قيمة التعويض المـدفوع للمضـرور اذا كان الضرر بسبب الخطأ الشخصى للموظف وحده .

٤- فى حالة الموظفين المسئولين عن الضرر يتحمل كل منهم نصيبه فى قيمة التعويض بقدر نسبة اسهامه بخطئه فى الحاق الضرر، فاذا دفعت الدولـة التعويض للمضرر فلا ترجع على الموظفين المسئولين بالتضـامن ، بـل ترجع على كل بحسب قدر اسهامه بخطئه الشخصى فى احداث الضرر ، فلا تضامن فى رجوع الدولة على الموظفين المسئولين عن الخطأ .

٥- لا يتمتع حكم التعويض بحجية فى مواجهة الموظف فيما يتعلق بنصـيبه فى التعويض الذى تريد الدولة الرجوع به عليه ، ومن ثم إذا رفعت دعوى الرجوع يكون للموظف مطلق الحرية في نفي نسبة الخطأ له أو تقليل قدر مسئوليته عن الخطأ ، دون الإحتجاج في مواجهته بحجية الحكم الصـادر للمضرور بالتعويض.

ونتيجة لهذا أصبحت قاعدة الفصل بين الخطأ الشخصى والخطأ المرفقى فـى مواجهة الإدارة لا تطبق ، الا بالنسبة للخطأ الذى يصدر من الموظف ولا علاقة له بالوظيفة اطلاقاً .

وفي مصر قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه " ... ومن حيث أن المحكمـة تستنتج من سياق هذه الوقائع أن الطاعن لم يكن حريصاً كل الحـرص علـى أداء واجبه ، بل وقع منه تقصير ساهم في إنتاج الضرر ، كما يوجد تقصـير آخـر بعضه مرفقي وبعضه الآخر شخصي ، ومن ثم كان الحكم المطعـون فيـه علـى

صواب في تقسيم الضرر ، وتحميله المرفق العبء الكبير من الضرر لتأديته هذه الخدمة على وجه سيء ، بعضه مادي والبعض الآخر شخصي ، طبقاً لما كشف عنه التحقيق وتقرير اللجنة الفنية ، كما كان هذا الحكم موفقاً في إلقاء جانب يسير من المسئولية على عاتق الطاعن وقد ثبت تقصيره ، وقامت علاقة السببية بين هذا التقصير والضرر الذي حدث ، ولم تنف هذه العلاقة بسبب أجنبي أو بفضل الغير ... [1]".

وقررت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بأنه " ... إذا ما تحقق للشركة قيام هذه الأخطاء الأخرى التي قد تكون ساهمت في إحداث ما لحقها من إضرار يتعين منطقياً تقسيم الضرر بنسبة مساهمة كل مسئول في هذه الأخطاء وفي تحقيق الضرر المترتب عليها عملاً بما تقضي به الأصول القانونية المقررة من أن مسئولية العامل لا تتجاوز حدود ما إرتكبه من خطأ وإن كل خطأ يتحمل مرتكبه جزءاً من تعويض الضرر المترتب عليه بنسبة مساهمته فيه .."

وتابعت "... ولما كان ذلك وكانت الشركة ... لم تعتبر الخطأ الذي وقع منها هو الخطأ الوحيد الذي سبب الضرر ورتبت على ذلك عدم مسئوليتها المدنية فإنه يتعين الأخذ في الإعتبار تقديرها هذا بمقتضى القول بإلزامها بتعويض الضرر في الحدود التي ساهم فيها خطئه في حدوث الضرر ، وأخذاً في الإعتبار الأخطاء التي ساعدت على حدوثه [2]".

وقضت المحكمة الإدارية العليا بأنه " ... ومن حيث أنه على ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة فإنه لا يجوز للإدارة أن ترجع على أي من تابعيها في ماله الخاص لإقتضاء ما تحملته من أضرار عن أخطائهم إلا إذا إتسم هذا الخطأ بطابع شخصي ، وأن الخطأ يعتبر شخصياً إذا كان الفعل التقصيري يكشف عن نزوات مرتكبه وعدم تبصره وتغليبه منفعته الشخصية أو الإضرار بالغير أو كان الخطأ جسيماً[3] ".

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٢٦٨ س ٣٤ ق – جلسة ١٩٨٩/٦/١٠ ص ١١٢٧ .
(٢) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بجلسة ١٩٨٩/٢/١ .
(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٤٢٣ س ٢٩ ق – جلسة ١٩٨٧/١٢/١٢ – المجموعة س٣٣ ص ٣٩٩ .

ومن كل هذا ما يتضح أن تحديد المسئول عن التعويض يتوقف على المنسوب إليه الخطأ ، فإذا كان الخطأ شخصي لا علاقة له بالعمل تحمله الموظف وحده ، أما إذا كان الخطأ مرفقي فقط فتتحمله الإدارة وحدها وتلزم بالتعويض، أما إذا كان الخطأ مشترك تحمله كل من الدولة والموظف كل بحسب مقدار مساهمته بالخطأ ، ويتحصل التعويض من الدولة ، ويكون لها – أي الدولة – الرجوع على المضرور .

الفصل الثاني
مسئولية الدولة على أساس المخاطر

إن الأصل في المسئولية في القانون العام هو قيام المسئولية على أساس الخطأ ، وإستثناءً من ذلك تقررت مسئولية الدولة على أساس الخطر أو المساواة أمام التكاليف العامة.

ويكتفي لتوافر مسئولية الدولة على أساس المخاطر توافر ركنين فقط هما ــ ركن الضرر وعلاقته السببيه ، ويجب أن يكون الضرر خاصاً وغير عادي .

ولقد توسع مجلس الدولة الفرنسي[1] في تطبيق المسئولية على أساس المخاطر في غير حالة الخطر ، أما مجلس الدولة المصري لا يزال يقيم مسئولية الدولة على أساس الخطأ ، وقد صدر منه العديد من الأحكام في المسئولية على أساس المخاطر إلا أنه رجع لتقرير مسئولية الدولة على أساس الخطأ ، وذلك على الرغم من أن المشرع قرر مسئولية الدولة على أساس المخاطر في بعض الحالات وبشروط محددة .

وعلى هذا سنقوم بتقسيم هذا الفصل لمبحثين :

المبحث الأول ــ مسئولية الدولة على أساس المخاطر .

المبحث الثاني ــ مسئولية الدولة على أساس المساواة أمام التكاليف العامة.

---

(1) حول موقف الشريعة الإسلامية من هذه المسئولية ومقارنتها مع كل من فرنسا ومصر يراجع الدكتور ــ رفاعي عثمان على اسماعيل خالد ــ مسئولية الدولة على أساس المخاطر ــ دراسة مقارنة ــ رسالة دكتوراه ــ قسم القانون العام ــ كلية الحقوق جامعة القاهرة ــ ١٩٩٧ ص ٣٧٧ ــ وما بعدها .

المبحث الأول
مسئولية الدولة على أساس المخاطر

نشأت المسئولية على أساس المخاطر فى فرنسا نشأة قضائية في أول الأمر ثم توالت التشريعات لتقرر بعض حالات المسئولية على أساس المخاطر ، أما فـــى مصر فإن الإختصاص كان ينعقد للمحاكم العادية قبل صدور القـــانون ٤٧ لســـنة ١٩٧٢ الخاص بمجلس الدولة – ولم تعترف بنظرية المسئولية على أساس الخطر وبعد إنشاء مجلس الدولة – وانعقاد الإختصاص له ، لم يأخذ بها إلا فـــى أحكـــام قليلة قديمة ، وعليه سنتعرض فى هذا المبحث لفرعين :

الفرع الأول ــ موقف المشرع الفرنسي ومجلس الدولة وتطبيقاته القضائية.

الفرع الثانى ــ موقف القضاء المصرى .

الفرع الأول

موقف المشرع الفرنسي ومجلس الدولة وتطبيقاته القضائية

نشأت المسئولية على أساس المخاطر نشأة قضائية ، فصدر أول حكم يقرها فى ١٨٩٥/٦/٢١ فى قضية تتلخص وقائعها فى أن السيد " كام " كان يعمل بترسانة تابعة للدولة ، وأثناء قيامه بالعمل خرجت شظية من المطرقة التى يستخدمها للطرق على سبيكة حديد أفقدته يده اليسرى والقدرة على العمل ، فتقدم بطلب لمجلس الدولة لحصوله على تعويض ، وأوضح أن الحادث لم يكن نتيجة إهمال أو عدم تبصره ولم يستطع إثبات خطأ الإدارة وأوضح مفوض الدولة " روميو " فى تقريره أنه وإن كانت الإصابة لم ترجع إلى خطأ الإدارة وإنما ترجع لسبب مجهول إلا أن العامل يستحق تعويض عن ذلك تطبيقاً لقناعته الخاصة ولقواعد العدالة ، إذ أن هذا يعد نوعاً من مخاطر المهنة يترتب على استخدام الآلات الميكانيكية فى الظروف العادية ، وحيث أنه لا يوجد نص تشريعى يمنع التعويض فى هذه الحالة فإنه يجب التعويض تطبيقاً لقواعد العدالة[١].

ثم توالت بعد ذلك الأحكام ، إلا أن بعض الحالات لم تكن نتيجة أحكام بل نصوص تشريعية حيث قرر المشرع فيها مسئولية الدولة على أساس المخاطر ومنها :

(١) التشريع الصادر فى ١٨٩٨/٤/٩ ، الذى يقرر مسئولية الدولة على أساس مخاطر اصابة عمال المصانع الحكومية أثناء العمل.

---

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ١٨٩٥/٦/٢١ فى قضية Cames – ص ٥٠٩ .

(٢) القانون الصادر سنة ١٩٢٤ والذى يقرر المسئولية على أساس مخاطر الطيران .

(٣) القانون الصادر فى سنة ١٩٤٥ والذى يقيم المسئولية الإدارية على أساس مخاطر النشاطات الصناعية والتجارية والزراعية .

(٤) القانون الصادر رقم ١٩١٩/٤/١٧ الخاص بتعويض أضرار الحرب العالمية الاولى والذى يقيم مسئولية الإدارة عن الأضرار الناتجة عن الحرب العالمية الثانية .

(٥) القانون الصادر سنة ١٩٤٨ والخاص بمسئولية الدولة عن الأضرار التى تصيب موظفيها أثناء العمل .

(٦) القانون الصادر سنة ١٩٦٥ والمكمل له سنة ١٩٦٨ والذى يقرر ضمان الدولة عن الحوادث الذرية .

أولاً : التطبيقات التقليدية :

ولقد طبق مجلس الدولة الفرنسى مسئولية الإدارة عن المخاطر فى العديد من الحالات :

١- إصابات العمل :

إصابات العمل هى أول الحالات التى قررها مجلس الدولة الفرنسى فى قضية Cames السابق الإشارة إليها ، ثم توالت الأحكام بعد ذلك ، إلى أن قام المشرع بتبنى هذا الإتجاه فى قوانين .

ولقد توسع مجلس الدولة فى إصابات العمل فلم يقصرها على العاملين فقط بل طبق نفس المبدأ على الأفراد المتعاملين مع الدولة فى خدمة المرافق العامة مساوياً بين المجبرين على تقديم الخدمة ومقدميها باختيارهم ، وكانت أول حالة

فى قضية Chavat والذى قضى فيها بالتعويض لشخص أصيب بجـراح نتيجـة إجبار إدارة إطفاء الحريق له على المشاركة فى إخماد حريق[١].

ثم توالت الأحكام على هذا النسق ، فقرر التعويض لشاب أصيب نتيجة نقـل أمتعة سكان حى دمرته القنابل سنة ١٩٤٤ [٢]، وتعويض صاحب سـيارة أصـيب بجروح أثناء تطوعه لنقل أحد المصابين بمرض عقلى إلى مستشـفى الأمـراض العقلية[٣]، وتعويض طبيب أثناء إسعافه لبعض ضحايا اختناق الغاز[٤].

ثم قرر مسئولية الدولة على أساس المخاطر فى مقابل العاملين بالمشروعات الخاصة فقضى بمسئولية الدولة عن الأضرار التى لحقت بشركة أجبرت على العمل للصالح العام[٥].

ولكنه رفض تطبيق هذا المبدأ على طوائف معينة كنزلاء السجون إذا أجبروا على القيام بعمل وأدى لإصابتهم[٦].

ويتضح مما سبق أن مجلس الدولة كان له السبق فى تقرير إصابات العمـل مما حذا بالمشرع إلى إصدار قوانين تقرر هذه المسئولية وفى غير الحالات التـى صدر فيها قوانين يقوم المجلس بتطبيق المسئولية على أساس المخاطر .

٢ - *فصل الموظفين :*

قرر مجلس الدولة الفرنسى تعويض الموظفين الذين تم فصلهم بسبب مفاجئ أو فى وقت غير مناسب ، أما إذا كان سبب الفصل قرار غيـر مشـروع فيكـون التعويض على أساس الخطأ .

---

(١) Chavat 05/03/1943 Pagr 19k Dolloze 1944 .

(٢) Gioacofelli page 03 : dalloz 3eme partie conseip detat et tribunaux 1953 .

(٣) حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى سنة ١٩٥٨ فى قضية Comme . de Grigny.

(٤) C .A affaire chevalier 24/06/1961 page (450 – 451) receuil dalloz jwriapruderce generale 1960 .

(٥) Soc. Bonlegner et cie 21/11/1947 Page 13; Dolloze 1941.

(٦) Vaque 25/01/1952 Page 05; Dolloze 1952 .

فقضى بالتعويض لمهندس أشغال بالبلدية نتيجة إلغاء الوظيفة بقصد الوفر فى النفقات[١]، والتعويض لسكرتير عام البلدية لفصله فجائياً دون ارتكابه لخطأ[٢].

ثم أخذ المشرع بهذا المبدأ فأصدر قانون فى ١٩٢٩/٦/١٢ ينص فيه على تعويض موظفى البلديات الذين يفصلون لإلغاء وظائفهم ، ثم أصدر قانون فى ١٩٤٦/١٠/١٩ يعوض جميع الموظفين عن إلغاء وظائفهم .

٣ – الأشغال العامة

يقصد بالأشغال العامة " كل إعداد مادي كأعمال البناء أو الترميم أو الصيانة أو الحفر فى عقار لحساب شخص معنوى أو بواسطته تحقيقاً للنفع العام[٣].

ويكفى لقيام المسئولية أن يتوافر ضرر نتيجة أعمال تتعلق بعقار مملوك لشخص معنوى عام بقصد تحقيق منفعة عامة ، ولا سبيل لدفع هذه المسئولية إلا نفى وقوع الضرر .

وإذا أمكن إثبات خطأ الغير تستطيع الإدارة أن ترجع عليه بالتعويض[٤].

وتقرر هذه المسئولية للغير فقط ، ويقصد بالغير كل شخص أجنبى عن الأشغال العامة ، وهو الذى لا ينال أى فائدة أو ميزة منها أى أنه يتخذ موقف سلبى قبل الأشغال العامة ، أما بالنسبة للمتعاملين مع الأشغال العامة أو المستفيدين من خدماتها فتقوم المسئولية قبلهم على أساس افتراض قرينة الخطأ وتحمل الدولة تبعة نفى عبء الإثبات .

والعاملين فى الأشغال العامة تنطبق عليهم القواعد العامة فى المسئولية ويقع عليهم عبء الإثبات .

---

(١) Affaire Villenave 19/12/1903 page 29; Dolloze 3eme part a Consell d'etat et du tribunal der conflit's 1903

(٢) Lacourte 15/2/1907 Page 55; Dolloze 2eme Cour Cors d'appel et tribunaux 1907 .

(٣) يراجع الدكتور . محمود عاطف البنا – القضاء الإدارى – مرجع سابق ــ ص ١٨٩ .

(٤) Conel Kalm 15/07/1959 Page 11; 1959 .

فقد قضى مجلس الدولة بالتعويض للغير على أساس المسئولية عن المخاطر لمالك غطت المياه الطابق السفلى فى عقاره نتيجة تدفق المياه من خزان مملوك للإدارة[١] ، ولمالك نشب حريق فى عقاره نتيجة قيام الإدارة الصحية بتطهير عقار مجاور له من الأوبئة[٢] ولمالك تسببت الأشغال العامة فى صعوبة وصوله لعقاره[٣].

٤- الأنشطة الخطرة :

تطور قضاء مجلس الدولة فلم يكتف بكون الضرر راجع إلى الأشغال العامة، بل توسع فى ذلك واكتفى بكون النشاط خطر فى ذاته .

ولقد تقرر هذا المبدأ فى قضية تتلخص وقائعها فى أنه أثناء الحرب العالمية الأولى جمعت السلطات العسكرية كمية من القنابل فى قلعة فى باريس ، وقد انفجرت هذه القنابل مما أدى لأضرار بالمنازل المجاورة ، فحكم مجلس الدولة بالتعويض ليس على أساس الخطأ الذى قال به مفوض الدولة بل على أساس المخاطر فقرر ــ " وحيث أنه قد ثبت من التحقيق أن السلطات العسكرية قد لجأت خلال سنة ١٩١٥ إلى تخزين كميات كبيرة من القنابل فى قلعة التاج المزدوج التى تجاور منطقة آهلة بالسكان ، وكانت تلجأ إلى تركيب وإعداد هذه الوسائل الخطرة لتستطيع أن تزود الجيوش فى الميدان بحاجتها منها بغاية السرعة ، ومن حيث أن هذه العمليات وقد تمت بنظام بدائى تحت وطأة الضرورة التى كانت سائدة فى ذلك الوقت ، قد تضمنت – بالنسبة للأفراد – مخاطر تجاوز فى حدودها تلك التى يفرضها الجوار عادة . ولذلك فإن هذه المخاطر من شأنها أن تؤدى إلى مسئولية الإدارة إذا ما ترتب عليها ضرر ، بصرف النظر عن وقوع خطأ من الإدارة [٤]".

---

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ١٩٥٢/١١/٧ .
(٢) حكم مجلس الدولة الفرنى الصادر فى ١٩٣١/٧/٢٤ .
(٣) حكم مجلس الدولة الفنسى الصادر فى ١٩٦٥/٥/٢٦ .
(٤) مشار إليه فى الدكتور . سليمان الطماوى –القضاء الإدارى – الكتاب الثانى – مرجع سابق – ص ٢٠١ .

ثم توالت الأحكام بعد ذلك ، فقضى مجلس الدولة الفرنسى بالتعويض للبلدية نتيجة نقل بعض المعدات العسكرية المتخلفة عن الحرب العالمية الثانية مما أدى لإتلاف الطرق بها[١] ، وكذلك قضى بالتعويض للسكان المجاورين للسجن المفتوح الخاص بالأحداث نتيجة ما أصابهم من الأعمال الضارة التى قام بها هؤلاء الأطفال دون الحاجة لإثبات الخطأ[٢].

ويتضح مما سبق أن مجلس الدولة الفرنسى نتيجة توسعه فى تقرير مسئولية الدولة على أساس المخاطر ، أدخل حالات غير الناتجة عن الأشغال العامة ثم توسع فى هذه الحالات .

٥- *الأشياء الخطرة :*

لم يكتف مجلس الدولة الفرنسى بتقرير مسئولية الدولة على الأعمال الخطرة، بل زاد عليها مسئولية الدولة على الأشياء والآلات الخطرة .

فقرر مسئولية الدولة عن حوادث السيارات الحكومية على أساس الخطأ المفترض[٣] ، ثم عاد وعدل عن هذا الأساس ، [٤] وقرر مسئولية الدولة على أساس المخاطر إذا لم يتوافر سبب أجنبى أو حادث قاهر.

ثم صدر بعد ذلك القانون فى ١٩٥٧/١٢/٣١ الذي نقل للمحاكم العادية الإختصاص بقضايا التعويض عن إصابات السيارات أياً كان نوعها أو صفاتها .

وقرر كذلك مسئولية الدولة على استعمال الأسلحة النارية ، فقضى بالتعويض لاستعمال رجل البوليس رشاش أدى لإصابة أحد الأفراد[٥].

ولكنه رفض تطبيق هذا المبدأ على القنابل المسيلة للدموع إذا ما أصيب أحد الأفراد نتيجة استعمالها[١].

---

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ١٩٥٠/٦/١٥ فى قضية Nille de Belfort .
(٢) حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ١٩٥٣/٢/٦ فى قضية Gioacofelli.
(٣) حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ١٩٢٤/١٢/١٢ فى قضية Soicete d'assurances mutuelles " les travaillaurs francais " . مشار إليه في الدكتور . سليمان الطماوى – القضاء الادارى – الكتاب الثاني – التعويض – مرجع سابق– ج٢ ص٢٠٤ .
(٤) حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ١٩٤٦/١٠/١٨ فى قضية Bescheu مشار إليه في الدكتور . سليمان الطماوي مرجع سابق ص٢٠٥ و حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ١٩٤٨/٧/٩ فى قضية capat Denis مشار إليه في الدكتور . سليمان الطماوي مرجع سابق ص ٢٠٥ .
(٥) حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر بتاريخ ١٩٤٩/٦/٢٤ فى قضية Lecomte et Daramy مشار إليه في الدكتور. سليمان الطماوي – القضاء الإداري – الكتاب الثاني – مرجع سابق ص٢٠٥

ومن هذا يتضح " أن مجلس الدولة الفرنسى يكتفى فى هذه الحالة بأى قدر من الخطأ ، على خلاف القاعدة التى يجرى عليها بالنسبة إلى مسئولية الإدارة عن مرفق البوليس ، ولكن هذا الحكم محل انتقاد من الفقهاء "[٢].

٦- *الامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية :*

إن امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام القضائية ورفضها ولو تم التنفيذ بالقوة الجبرية يقوم على أساس المسئولية الخطئية ، ولكن فى بعض الحالات تتوافر ظروف يستحيل معها التنفيذ أو قد يؤدى لاضطرابات وفتن مما يعرض الأمن والنظام العام للخطر ، فيصبح امتناع الإدارة مبرراً ولا يجوز نسبة الخطأ إليها ، لذلك إتجه مجلس الدولة الفرنسى لتعويض المضرور عن عدم تنفيذ الأحكام القضائية على أساس المسئولية عن المخاطر .

وقد وضع هذا الأساس فى قضية شهيرة ، تتلخص وقائعها فى أن يونانى هاجر إلى تونس ، واشترى بها أراضى قابلة للزراعة ، وحصل على حكم واجب النفاذ، وعند تنفيذه وجد أن قبيلة عربية تقيم بها وتتخذها مصدر للرزق ، فتقدم بطلب تنفيذ الحكم جبراً فامتنعت الإدارة حفاظاً على النظام العام .

فقام برفع دعوى يطلب فيها التعويض فقضى مجلس الدولة بتعويضه على أساس المخاطر ، لأن الإدارة بامتناعها عن تنفيذ هذا الحكم حافظت على النظام العام ، وهو من حقها ومن واجباتها الأصلية فلا يتوافر فى أى خطأ ، ولأن العدالة تقتضى تعويض المضرور الذى لا يجب أن يتحمل الأعباء العامة وحده بل توزع على الجميع[٣].

---

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ١٩٥١/٦/١ فى قضية evoux Jung ص ٥٧٠ - مشار إليه في الدكتور . سليمان الطماوي – القضاء الإداري – الكتاب الثاني – مرجع سابق ص٢٠٦ .

(٢) يراجع الدكتور . سليمان الطماوى – القضاء الإداري – الكتاب الثاني – مرجع سابق – ص ٢٠٦ .

(٣) Comteas 30/11/1923 Page 28; Dolloze 3eme Partie 1924 مشار اليه فى الدكتور . .سليمان الطماوى – القضاء الادارى – الكتاب الثاني – مرجع سابق - ص٢٠٦ .

وفى البداية قصر هذا المبدأ على الأقاليم الموضوعة تحت الحماية تطبيقاً لنظرية الظروف الاستثنائية ، حتى أنه عندما تقدم أحد الملاك لطلب التعويض لتراخى السلطات فى تنفيذ حكم طرد قضى مجلس الدولة بعدم الإختصاص لتعلق النزاع مباشرة بعلم قضائى "[1].

ثم عمم مجلس الدولة هذا المبدأ ، بمناسبة إصداره حكم فى قضية تتلخص وقائعها فى أنه عام ١٩٣٦ حدثت اضطرابات عمالية ، مما حذا بأصحاب المصانع اللجوء للقضاء والحصول على أحكام بطرد العمال . ولما كان طرد العمال سيؤدى لزيادة الاضطرابات وزيادة تأزم الموقف فإن السلطات رفضت تنفيذ الحكم فلجأ أصحاب المصانع لمجلس الدولة للتعويض .

فقرر المجلس تعويض أصحاب المصانع على أساس المسئولية عن المخاطر لعدم وجود خطأ من جانب الإدارة [2].

ثم صدر بعد ذلك العديد من الأحكام التى تقرر مسئولية الدولة غير الخطئية عن تنفيذ الأحكام ، فقضى بتعويض لمالك لامتناع الإدارة عن تنفيذ حكم طرد مستأجر من مسكنه بسبب أزمة المساكن[3] ، وكذلك قضى بالتعويض بالنسبة لإضراب موظفى برج المطار[4].

ولكن مجلس الدولة قيد التعويض فى هذه الحالة بقيدين :

الأول ــ يجب أن يكون الامتناع عن التنفيذ راجع إلى الصالح العام .

الثانى ــ وأن يكون التأخير غير عادى ويتجاوز المألوف[5].

ويرجع بعض الفقه الأساس فى التعويض فى هذه الحالة إلى المسئولية على أساس المساواة على الأعباء العامة[1].

---

(١) Soyer Page 08; Dolloze 3eme Partie 1934 .
(٢) حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ١٩٣٨/٧/٢٩ فى قضيةCortonneries Saint-Charls
(٣) حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ١٩٥٤/١/٢٠ .
(٤) حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ١٩٨٥/١١/٦ .
(٥) يراجع أ. الدكتور . سليمان الطماوى – القضاء الإدارى – الكتاب الثانى – مرجع سابق – ص ٢٠٨ – ٢٠٩ .

ثانيا ــ التشريعات الحديثة :

استمر المشرع الفرنسى فى منهجه المحمود فى اخذه بالمسئولية على اساس المخاطر فى احكامه، سواء اكان ذلك على مستوى التشريع للحالات الواردة فى القوانين المتضمنة لهذه القواعد ، أو على مستوى القضايا المعروضة على مجلس الدولة ، و الذى كلما اقتضت العدالة حكم التعويض عن الضرر الخاص الاستثنائى الناتج عن فعل الدولة المشروع.

وبالاضافة الى التطبيقات التقليدية التى ذكرناها نجد أن هناك حالات واوضاع حديثة ظهرت نتيجة لتغير وتطور المجتمع الفرنسى ومنها :

١- الانشطة النووية :

هذا المجال من مجالات الطاقة حمل الى البشرية خيرا عظيما وشرا اعظم بسبب سوء استخدامه ، مما يستوجب التصدى لضرره المهلك للحرث والنسل بتنظيم قانونى يضبط استخدام الانشطة النووية ويحكم اثارها .فأصدر المشرع الفرنسى ثلاثة قوانين لتنظيم المسئولية عن هذه الانشطة بداية من ١٩٦٥.[٢]

ولقد تناولت هذه القوانين المسئولية عن الاضرار الناشئة.

- نشاط المنشأت النووية .
- ونشاط السفن النووية .
-

---

(١) يراجع الدكتور . وجدى ثابت غبريال – المساواة على أساس الأعباء العامة – منشاة المعارف ط ١٩٨٨ – ص ٢٣٥ .

(٢) صدرت ثلاثة قوانين فى ١٩٦٥/١١/١٢ يحمل أرقام ٩٥٤٤- ٦٥ و ٩٥٥- ٦٥ و ٩٥٦- ٦٥ بشأن تنظيم المسئولية عن اضرارالأنشطة النووية وعدلة بالقانون رقم ١٠٤٥-٦٨ فى ١٩٦٨/١١/٢٩ بشأن مسئولية مستغل السفن النووية ثم اخيرا القانون المكمل والمعدل لهذه القوانين وهو الصادر فى ١٩٨٨/٢/١ ، وللمزيد يراجع الدكتور . محمد احمد عبد النعيم مسئولية الادارة على اساس المخاطر ــ مرجع سابق ص ٤٠٧ وما بعدها .

حيث يسأل القائم باستغلال هذين النشاطين عن الاضرار الناجمة عن الحوادث النووية الناتجة عنها ، رغم انتفاء الخطأ فى جانبه الا اذا اثبت خطأ المضرور للإعفاء من المسئولية ، كما اقرت الطابع الاحتياطى لمسؤولية الدولة عن الاضرار المتحققة فى هذا الصدد متى تجاوزت قيمة التعويض لحدود معينة ، ونجد أن المشرع فى ذلك قد ضرب صفحا بقوة القانون عن ضرورة تطلب الخطأ لإنعقاد هذه المسئولية.

٢ - *اعمال العنف المصاحبة للتجمعات:*

تجلى فى هذا النوع من المسئولية حرص المشرع الفرنسى على استخدام نظرية المخاطر كأساس للمسؤولية ، حيث ابدع فى اقراره للتعويض عند هذه الاعمال ، استناد الى فكرة التضامن الاجتماعى ، واسند الإختصاص عنها للقضاء الإداري .

فقد صدرت عدة قوانين لتنظيم مسؤولية الدولة عن اضرار الناتجة عن اعمال العنف المصاحبة للتجمعات[١]

حيث قررت بعض مواد هذه القوانين بأن الدولة مسؤولة عن الاضرار والخسائر التى تسببها الجرائم والجنح التى يرتكبها بالقوة او العنف ، جماعات الغوغاء المسلحة او غير المسلحة، وسواء وقعت هذه الاضرار على الاشخاص او الاموال ، الا انه أستبعد فى هذا الشأن ممارسة دعوى الرجوع ازاء المديرية متى انعقدت مسؤوليتها في هذا الشأن[٢].

---

(١) يراجع في سرد هذه القوانين الدكتور . محمد احمد عبد النعيم- مسؤولية الادارة على اساس المخاطر ـ مرجع سابق صـ ٤١٦ وما بعدها .

(٢) المادة ٩٢ من القانون ١٩٨٣/١/٧ بشان توزيع الاختصاصات بين المقاطعات والمديريات والمناطق بين الدولة - مشار اليه فى الدكتور. محمد احمد عبد النعيم ـ مرجع سابق صـ ٤١٦ ومابعدها .

ويتضح هنا قيام هذه المسئولية بعيدا عن محيط فكرة الخطأ، باشتراطة تحقق الاضرار حتى لو عن اعمال المقاومة المشروعة من جانب البوليس ، واقر التعويض على اساس فكرة التضامن الاجتماعى بقيام الدولة بالتعويض عن الضرر حتى ولو لم ينسب اليها خطأ وكان عملها مشروعاً ، إلا إذا ثبت خطأ المضرور فلا تتوافر .

ويأتى هذا التطبيق لحماية أفراد المجتمع من أخطار أعمال العنف والتجمعات إستنادًا إلى فكرة التضامن الاجتماعى كأساس للمسئولية عن المخاطر.

٣- ارتكاب مخالفات جنائية :

صدر قانون فى ١٩٧٧/١/٣ (ولحقته تعديلات) بشأن ضمان التعويض لصالح بعض المتضررين من جراء الاضرار الجسدية الناتجة عن بعض المخالفات الجنائية ، واقر التزام الدولة بالتعويض عن هذه الاضرار رغم انتقاء الخطأ فى جانبها.

حيث قرر هذا القانون ان كل شخص تحمل ضررا ناجما عن اعمال العنف التى تنجلى فيها الصفة المادية للمخالفة ، يمكنه مطالبة الدولة بالتعويض وفق شروط هى :

- تحقق ضرر بدني أو مادي بدرجة معينة من الجسامة .
- ان ينسب هذا الضرر إلى أحد أعمال العنف .
- تعفى المسئولية فى حالة ثبات خطأ المضرور فقط.

الأمر الذي يؤكد إستبعاد نظرية الخطأ فى هذا التطبيق ، فنشاط الدولة هنا لا يشكل خطورة معينة ، ومع ذلك تلتزم بالتعويض ، و فى ذلك اشارة واضحة الى إنصاف المضرور استنادا الى اعتبارات التضامن الاجتماعى .

٤ – *أعمال الإرهاب:*

كل من يعيش فى هذه الفترة الزمنية وهو مدرك متابع لما يجرى حوله يستطيع الحكم بتعاظم نشاط الاعمال الارهابية حتى اصبحت تشكل ظاهرة عالمية .

مما ولد شعوراً انسانياً وإجتماعياً بوجوب تعويض من امتد عليهم شر وضرر الاعمال الارهابيه بغير ذنب اقترفوه سوى تواجدهم فى مكان تنفيذ هذه الاعمال الوحشية المنكرة .

فتصدى المشرع لوضع تنظيم لتعويض ضحايا الارهاب وحمايتهم استنادا الى اعتبارات التضامن الاجتماعى ، فأصدر القانون رقم ٨٦/١٠٢٠ فى ١٩٨٦/٩/٩ للتعويض عن الاضرار الناشئة عن أعمال الإرهاب ، حيث اشترط فى مجال النشاط المحدث للضرر ان يكون من قبيل الاعمال الارهابية ، واستبعد فكرة الخطأ لانه لا يمكن نسبة هذا العمل للدوله ، ولم يأت المشرع اصلا على ذكره ، واستند فى التعويض الى اعتبارات التضامن الاجتماعى .

٥- مرض نقص المناعه :

هى ظاهره عالمية اخرى وقف العلم الحديث بكل امكانياته الهائلة عن تفسيرها وحل غموضها ، ولم يعد يملك الا النظر فى التخفيف من اثارها ، وهو مايعرف" "بالايدز" ، ورأى المشرع الفرنسى بأن قواعد المسئولية التقليديه لايمكن أن تجبر ضرر المضرور المصاب بهذه الآفه ، والتى تنتقل خصوصا بطريقة نقل الدم الملوث عبر بنوك الدم ومن المرافق الطبيه بواسطة الحقن بالابر الملوثة.

وتحت إلحاح جماعات الضغط التى تنادى بوجود حماية المجتمع وانصاف المتضررين وتعويضهم وورثتهم ، اصدر المشرع القانون رقم ١٤٠٦السنة

١٩٩١/٩/٣١ بشأن نظام وقواعد التعويض عن الاضرار الناشئة عـن الاضـرار الناشئة عن الاصابة بمرض الايدز وفق ضوابط معينة .

ويلاحظ ان هذا القانون قد تضمن فى ثناياه نظاما كاملا لحماية ضحايا مرض الايدز وتوفير الضمان لهم ، عن طريق نظام مسئوولية المخاطر وتبنـى انشـاء صندوق للتعويض عن الاضرار الناتجه عن هذا المرض ، بالرغم من ان الضـرر قد نتج عن عمل مشروع وهو نقل الدم او الحقن الا انه سبب ضررا وهو ما يكفى وحده .

وهنا أيضا كان لنظرية المخاطر الاجتماعية واعتبارات التضامن الاجتمـاعى الدور الرئيس فى توضيح فكرة وأساس التعويض لضحايا مرض الايدز.

الفرع الثانى

موقف المشرع والقضاء المصرى من هذه النظرية

أولاً ـ موقف المشرع المصري من مسئولية الإدارة على أساس المخاطر:

ألجأت نظرية المسئولية الخطئية الصارمة المشرع المصرى للتدخل التشريعى للنص صراحة على الاعتراف بالمسئولية دون اشتراط توافر عنصر الخطأ، وذلك حينما واجهته في الحياة العملية حالات تأبى العدالة عدم تعويض المتضررين، وهو ما يحدث اذا ما طبقنا قواعد المسئولية الخطئية.

و من أهم أمثلة[1] هذا التدخل التشريعى ما يلى :

١-التعويض بشأن الفصل من الوظيفة العامة بغير الطريق التأديبى:

وذلك بموجب القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٧٢ الذى وازن بين مشروعية تصرف الادارة بالفصل من الوظيفة ، لاعتبارات الوفر أو بسبب الالغاء القانونى مثلا مما يعتبر مصلحة عامة، و بين تعويض هؤلاء الموظفين للتضحية بمصالحهم الخاصة.

و قالت المحكمة الإدارية العليا فىهذا الشأن بأن "... قرار الفصل يصدر عن السلطة المختصة و فى الحدود المقررة قانونا و بالتالى فبان المزايا التى يحصل عليها تقرر على أساس اعتبارات العدالة التى تقوم على أساس المسئولية دون خطأ[2] ".

---

(١) يراجع فى سرد هذه الأمثلة التشريعية كلا من الدكتور . محمد احمد عبد النعيم – مسئولية الإدارة على أساس المخاطر- مرجع سابق ص٥٩٠ و ما بعدها و ايضا الدكتور . مجدى مدحت النهرى مسئولية الدولة غير التعاقدية – مرجع سابق – ص ٣٦٨ و مابعدها .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا – رقم ١٥١٩ – س٣ق جلسة ١٩٥٦/٩/١٥ – المجموعة ص١٥٨٢ .

٢- التعويض عن الأضرار الناجمة عن إصابات العمل و الأمـراض المهنية:

و ذلك بموجب عدة قوانين و منها القانون الحالى رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ فى شأن التأمين الاجتماعى[١].

فهذا القانون يرتب نظام تضامن اجتماعى يقرر الحماية للعاملين مـن خطـر إصابة العمل فى ذاتها دون ارتباط لتحديد المسئولية الناشئة ، فالضرر فقط هـو الأساس لإستحقاق التعويض، و يجد هذا التدخل مبرره فـى الاخطـار الصـناعية القاتلة الناتجة عن التطور الهائل للحضارة الصناعية هذه الايام.

٣- التعويض عن الكوارث العامة :

و ذلك بموجب القانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٧٧ بشأن الضـمان الاجتمـاعى ، والذى استند على فكرة التضامن الاجتماعى بين أفراد المجتمع الواحـد، و التـى تعتبر فكرة دستورية نصت عليها أغلب الدساتير الحديثة ، وهى تتـيح تعـويض الافراد عن الاضرار التى تلحق بهم بسبب الكوارث و النكبات العامة دون إشتراط الخطأ الذى ينتفى فى جانب الدولة.

٤- التعويض عن الأضرار الناجمة عن الأنشطة النووية :

بموجب القرار الصادر من رئيس الجمهورية رقم ٨٩ لسـنة ١٩٨٩ بشـأن الموافقة على البروتوكول المشترك بشأن تطبيق اتفاقية فيينا و اتفاقيـة بـاريس للمسئولية المدنية عن الاضرار النووية الموقع فى ١٩٨٨/٩/٢١ بعـد أن وافـق عليه مجلس الشعب فى ٢٥ يونية ١٩٨٩.

---

(١) القوانين المعدلة -له رقم ٤٧ لسنة ١٩٨٤ و رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨٧ و رقم ٢٠٤ لسنة ١٩٩٤ و يجد هذا القانون سنده فـى أول قانون نظم هذا الشأن هو رقم ٦٤ لسنة ١٩٦٣.

مما يعطى لأطراف الاتفاقية الحق فى التعويض عن الاضـــرار ذات المصـــدر النووى فى نطاق أراضيها دون اشتراط اثبات الخطأ وإنما يكتفـــى فقـــط بإثبـــات الضرر و نسبته الى النشاط النووى الذى يمارسه المستغل[1].

ثانياً ـــ موقف القضاء المصرى قبل و بعد انشـــاء مجلـــس الدولة :

لم يتقرر إختصاص مجلس الدولة المصرى بنظر منازعات التعويض إلا فـــى القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ .

لذلك مر الوضع فى مصر فى تقرير المسئولية على أســـاس المخـــاطر فـــي مرحلتين ، الأولى أمام القضاء العادى والثانية أمام القضاء الإداري .

وعلى هذا سنتعرض لهاتين المرحلتين كما يلي :

١ – قبل إنشاء مجلس الدولة .

٢ – بعد إنشاء مجلس الدولة .

١ – موقف القضاء المصري قبل إنشاء مجلس الدولة :

كان القضاء العادي هو المختص أساساً بالتعويض ، واستمد قواعد التعويض من المسئولية المدنية ، وعليه فالخطأ هو أساس المسئولية فقط ، وفـــي محاولـــة منه للتوسع نص القانون المدني على افتراض الخطأ في المسئولية على الأشـــياء والحيوان وعن عمل الغير .

---

(١) الدكتور. مجدى مدحت النهرى – مسئوليه الدولة عن أعمالها غير التعاقدية ـــ مرجع سابق– ص٣٧٦.

وعلى هذا قضت محكمة النقض بأنه "... لا تسأل الحكومة ان هـى قامـت بتنفيذ مشروع من المشروعات العامة مثل تحويل ترعه الي مصرف إلا في نطاق المسئولية التقصيرية فلا تسأل عما يكون قد لحق الأفراد من ضرر بسـبب هـذا المشروع إلا إذا اثبت أنها ارتكبت خطا معينا يكون سببا لمساءلتها[1]" . وقضـت كذلك بانه " ... اذا كانت محكمة الموضوع قد سجلت في حدود سلطتها التقديريـة ان الحكومة لم تبذل العناية الواجبة واعتبرت المحكمة هذا التقصير من الطاعنـة انحرافا عن السلوك المألوف للشخص العادي وبالتالي خطا يستوجب مسئولية عن الضرر .. فلا مطعن على هذا الحكم[2] ".

ومن هذا يتضح ان القضاء العادي لم يأخذ بنظريـة المخـاطر ولـم يقـرر المسئولية الا على أساس الخطأ والخطأ المفترض في بعض الحـالات ، إتباعـا لنصوص القانون المدني .

٢- موقف القضاء المصري بعد إنشاء مجلس الدولة :

مر مجلس الدولة في مصر بمرحلتين ، فقد أخذ في المرحلة الأولى بمسئولية الدولة عن المخاطر وفي المرحلة الثانية عـاد وعـدل عنهـا . وسـنتكلم علـى المرحلتين بالتفصيل التالي :

المرحلة الأولى – اخذ مجلس الدولة بالمسئولية عن المخاطر فـي نطـاق محدود .

فقد قررت محكمة القضاء الإداري بالنسبة لفصل الموظفين بغيـر الطريـق التأديبي بالتعويض عنه فقضت بأنه "... وان كانت المصلحة العامة واحكام القانون المعمول به تقضي – ضمانا لسير المرافق العامـة بانتظـام واضـطراد – بحـق الحكومة في فصل من تري فصله من الموظفين لأسباب تتصل بالصالح العـام ...

(١) حكم محكمة النقض رقم ٤٥٤ س٣٠ ق . جلسة ٣٠ / ٦ / ١٩٦٥ . المجموعة ١٩٦٥ . مدني صـ ٨٧٠.

فان تصرف الحكومة في هذا الشأن يعتبر صحيحا ... إلا أن قواعد العدالة تستوجب هي الأخرى تضمين الموظف المفصول عن الأضرار التي لحقته بسبب قرار الفصل حتى لو تعذر عليه إثبات عيب إساءة استعمال السلطة إذا استبان من وقائع الدعوى أن هذا القرار قد صدر بطريقة تعسفية وبغير مبرر مشروع أو قانوني أو في وقت غير لائق" (١)

واتضح اتجاهها اكثر في حكم لاحق قررت فيه انه "... إذا رغبت الإداة في أن تضحي بالموظف العمومي القابل للعزل بإحالته الي المعاش قبل بلوغه السن المقررة للتقاعد استعمالا لحقها في حدود القانون والمصالح العامة فإنه ينبغي عليها ان تتحمل في الوقت ذاته مخاطر هذا التصرف فتعوض الموظف المفصول تعويضا معقولاً ... لما في ذلك من تطبيق صحيح لقواعد المسئولية في الفقه الإداري وتغليب لقواعد العدالة وتوفير الضمانات للدولة وموظفيها " (٢).

وبالنسبة لعدم تنفيذ الأحكام القضائية ، اخذ مجلس الدولة بالمسئولية على أساس المخاطر ، وقرر انه يجب ترجيح الصالح العام على الصالح الخاص مع مراعاة تعويض المضرور(٣).

المرحلة الثانية ــ اتخذ فيها مجلس الدولة موقف مضاد للمسئولية عن المخاطر فقد قضي مجلس الدولة في حكم له بأنه " ... وإن المحكمة لم تستطع ان تستنبط من ملف خدمة المدعي قرينة على ان القرار مشوب بسوء استعمال السلطة ، ومن ثم يكون القرار سليما ، خاليا من عيوب البطلان ، فتنهار بذلك دعوي الإلغاء ، كما تنهار دعوي التعويض أيضا ، إذ لا محل للتعويض إلا إذا كان القرار المطعون فيه باطلا ...."

---

(١) محكمة القضاء الإداري ، رقم ٣١٣ س- ق جلسة ٢٨ / ٤ / ١٩٤٩ ، المجموعة س ٣ صـ ٦٥٧ .
(٢) محكمة القضاء الإداري رقم ٢٢ س٤ق – ص١٩٠٤ .
(٣) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٨٣ س ٥ ق المجموعة س٦ صـ ١٢٣٨و في نفس المعنى حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٠٧٦ س ١٨ قضائية جلسة ٢٤ / ٢ / ١٩٧٩ .

وقد أيدت المحكمة الإدارية العليا الحكم السابق فقررت بأنه " ... وإذ كان القرار قد صدر صحيحا مبررا من عيب إساءة استعمال السلطة ، مما لا وجه معه لمساءلة الحكومة بتعويض عنه ، إذ أساس هذه المسئولية قيام خطأ من جانبها ، بأن يكون القرار غير مشروع ... وأن يترتب عليه ضرر ، وأن تقوم علاقة سببية بين الخطأ والضرر ، فإذا كان القرار مشروعاً بأن كان سليماً مطابقاً للقانون فلا تسأل الإدارة عنه مهما بلغ الضرر الذي يترتب عليه لانتفاء ركن الخطأ ، فلا مندوحة – والحال هذه – من أن يتحمل الناس نشاط الإدارة المشروع أي المطابق للقانون"[٢].

بل ذهبت المحكمة الي أشد من ذلك إذ قررت أن المسئولية على أساس المخاطر ما هي إلا نوع من التأمين فقضت بأنه " ... ومثل هذا التأمين يجب أن يكون مرجعه إلى القانون و من ثم لزم تدخل المشرع للنص على التعويض في هذه الحالة وبيان حدوده وقواعد تقريره ، الأمر الذي لايمكن أن يكون مرده إلى نظرية قضائية غامضة المعالم تأسيسا على قواعد العدالة المجردة ، كما في ذلك من خطورة تهبط كاهل الخزانة العامة وقد يؤدي بميزانية الدولة إلى البوار[٢]" .

وهذا الموقف منتقد من جانب الغالبية من الفقه ، والتي ترى وجوب إعمال المسئولية على أساس المخاطر وتطبيقاتها كما هو الحال في فرنسا فيقول الدكتور سليمان الطماوي ــ " ويبدو أن المحكمة الإدارية العليا قد أغفلت اعتبارا أساسيا، سلمت به من أول الأمر، وهو استبعادها للقواعد المدنية في مجال المسئولية الإدارية، وفي غيرها من مجالات القانون الإداري"، ويقول الأستاذ الدكتور محمود عاطف البنا "ان إختصاص أو ولاية المجلس في قضاء التعويض لم تعد مقصورة على القرارات الإدارية، وإنما صارت شاملة للمنازعات الإدارية[٣] المتصلة بالأعمال المادية، وهي المجال الذي تظهر فيه أكثر من غيره القواعد الإدارية للمسئولية على أساس المخاطرة "[٤].

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري – جلسة ١٩٥٦/٤/٤ – وحكم المحكمة الإدارية العليا ــ جلسة ١٩٥٦/١٢/٢٥.
(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم٢٤٨٧ س ٦ ق – جلسة ١٩٦٢/٥/١٩ – مجموعة أبو شادي ص ١١٣٤ .
(٣) الدكتور . سليمان الطماوي – القضاء الادارى الجزء٢– مرجع سابق صـ٣٧٣.
(٤) الدكتور . محمود عاطف البنا–القضاء الإداري – مرجع سابق – ص ٢١٣ .

ويقول أستاذنا الدكتور أنور أحمد رسلان ، " وفي رأينا أنـــه يمكـــن الأخـــذ بمسئولية الدولة بدون خطأ في الحالات وبالشروط المطبقة بها في قضاء مجلـــس الدولة الفرنسي ، وأن ذلك أدعى للعدالة من ناحية ، ولأنه لن يثقل كاهل الخزانـــة كثيرا من ناحية ثانية، ولأنه يعتبر أساسا تكميليا أو احتياطيا مـــن ناحيـــة ثالثـــة، ولأنه يشترط أن يكون الضرر خاصا وغير عادي من ناحية رابعة، ولأن ذلك كلـــه يخضع تقدير القاضي وموازنته بين مختلف المصالح من ناحية خامسة [1]" .

(١) الدكتور . أنورأحمد رسلان – مسئولية الدولة غير التعاقدية – مرجع سابق صـــ٢٧٩.

المبحث الثاني
مبدأ المساواة أمام التكاليف العامة كأساس لمسئولية الإدارة على أساس المخاطر

لعلنا نستطيع من خلال هذا المبحث الذى بين أيدينا ، أن نثنى على تبنى[1] مبدأ المساواة أمام التكاليف العامة كأساس يستند عليه التعويض حينما تتوافر المسئولية الإدارية دون خطأ.

ومبدأ المساواة امام التكاليف العامة ، من المبادىء الدستورية المتأصلة فى أعماق النظم الدستورية الديموقراطية ، فها هى المادة (١٣) من اعلان الحقوق الصادر سنة ١٧٨٩ بعد الثورة الفرنسية نصت عليه بحيث أصبحت المصدر التشريعى لهذا المبدأ ، والتى نصت على ضرورة المساهمة الجماعية لمواجهة تكاليف الادارة و القوات المسلحة، و على وجوب توزيع هذه المساهمة على جميع الموظفين حسب امكانياتهم .و مفاد هذا المبدأ هو اشتراك الكافة فى حالة اختلال هذا المبدأ بواسطة الدولة حال قيامها بأعمال مشروعة تحقق الصالح العام و ألحقت اضرار ببعض الافراد ، فمن مقتضيات العدالة تعويض المضرورين من هذه الاجراءات من اجل اعادة التوازن امام توزيع الاعباء العامة.

و أشتراك الكافة يكون على حسب مقدرتهم و ظروفهم الاجتماعية و الاقتصادية فى الانفاق على المرافق العامة ، التى تحقق الصالح العام لمجموع أفراد الدولة لمواجهة هذا الاختلال.

---

(١) يذهب الرأى الراجح فى الفقه الفرنسى الى تأسيس نظرية المسئوليه الإدارية على أساس مبدأ المساواه أمام التكاليف و الاعباء العامة , انظر الدكتور . جابر جاد نصار – مسئولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية – ــ مرجع سابق ص ١٤١.

و سوف نعرض لهذا المبدأ دون الدخول فى الخلافات الفقهية حول مكانة هذا المبدأ فى اعتباره الأساس العام للمسئولية الى جانب الخطأ ، أم انه يعتبر أساس تكميلى كالخطر ، أم انهما يعبران عن فكرة الغنم بالغرم ، وذلك من خلال هذا المبحث فى ثلاثة فروع :

الفرع الأول ــ مبررات قيام هذه المسئولية .

الفرع الثاني ــ حالات المسئولية التي تغيب فيها فكرتي الخطأ والخطر.

الفرع الثالث ــ موقف القضاء المصري والكويتي من توافر الحالات.

يثور هنا تساؤل حول ما إذا كان من العدالة أنه اذا وقع ضرر على احد الافراد بقصد تحقيق النفع للصالح العام للجماعة ، ان نثقل به كاهل هذا الفرد وحده ؟ أم هل من العدالة ان يُفرضَ الغُرم على البعض من اجل ان يستأثر البعض الاخر بالغنم؟ أليس من العدالة ان تتحمل الجماعة (الخزانة العامة) هذا الضرر ؟! من اجل الاجابة على هذه التساؤلات قامت هذه الفكرة.

الفرع الأول

مبررات قيام المسئولية على أساس المساواة أمام التكاليف العامة

وسوف نتعرض في هذا الفرع لمبررات قيام المسئولية على أساس المساواة أمام التكاليف العامة من خلال البحث عن الأساس الدستوري الذي قامت عليه المسئولية ، ثم لذاتية هذه القواعد المسئولية الإدارية، ثم سنوضح أهمية المسئولية على اساس التكاليف العامة كحماية لمشروعيته على النحو التالي:

أولاً ــ الأساس الدستوري .

ثانياً ــ ذاتية قواعد المسئولية الإدارية .

ثالثاً ــ أهمية المسئولية على اساس المساواة لحماية المشروعية .

أولاً ــ الأساس الدستوري لمبدأ المساواة أمام التكاليف العامة.

تعد المادة ١٣ من إعلان حقوق الإنسان الصادر في ٢٦ / ٨ /١٧٨٩ هي الأساس في تقرير المساواة في التكاليف العامة ، حيث تنص على واجب الإدارة في إقامة المساواة أمام التكاليف العامة وتحقيقها ، وفقا لإمكانيات الأفراد ومن خلال مساهمتهم الجماعية لمواجهة التكاليف العامة.

وقد اختلف الفقه في قيمة هذا المبدأ وهل يعد ذو قيمة دستورية ؟ أم أنه ذو قيمة تشريعية، وذلك وفق اختلافهم للقيمة المعطاة للمبادئ القانونية العامة باعتباره من المبادئ القانونية العامة ، والذي نرجحه اعطاءه قيمة دستورية باعتبار أن المبادئ القانونية العامة ذات قيمة دستورية تشكل الإطار العام للمجتمع وهويته.

و المقصود بالمساواة " هو عدم التمييز بين أفراد الطائفة الواحدة اذا تماثلت مراكزهم القانونية "[1].

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا رقم ١١٤ بتاريخ ١٩٨٥/٤/٦ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا س٥ق دستورية – ج ٣ و قاعدة رقم ٢٧ ص ١٧٦ , مشار اليه فى الدكتور . وجدى ثابت غبريال – مبدأ المساواة أمام الاعباء العامة – مرجع سابق ص ٢٣.

و المعنى الذى ننشده هنا فى مقام البحث عن أساس المسئولية الإدارية هـو المساواة بين المواطنين فى التكاليف و الاعباء العامة امام القانون، ولقد حـرص المشرع المصرى الحالى على اقرار مبدأ المساواة فى المادة ٤٠ مـن الدسـتور بقولها أن "...المواطنون لدى القانون سواء ، و هم متساوون فـى الحقـوق و الواجبات العامة لا تمييز بينهم فى ذلك بسبب الجنس أو الاصل أو اللغة أو الـدين أو العقيدة ".

و نص المشرع الكويتى على المساواة بالمعنى العام فى المـادة (٧) فقـال "العدل و الحرية والمساواة دعامات المجتمع. والتعاون والتراحم صلة وثيقة بـين المواطنين".

وحول المساواة أمام التكاليف العامة نص فى المادة (٢٤) على ان " العدالة الاجتماعية اساس الضرائب و التكاليف العامة".

وحول المساواة فى الحقوق والواجبات نص فى المادة (٢٩) بـأن "النـاس سواسية فى الكرامة الانسانية و هم متساوون لدى القانون فى الحقوق و الواجبات العامة ، لا تمييز بينهم فى ذلك بسبب الجنس او الاصـل أو اللغـة أو الـدين أو العقيدة".

مما يفرض على الجميع الالتزام بالتكاليف و الاعباء التى تفرضها الدولة مـن غير أن تخص الدولة فردا بعينه لتحمـل العبء العام دون باقى الافراد ، مما يعطيه الحق في مطالبة الادارة بالتعويض عما لحقه من أضرار ، تحملها نيابة عن المجتمع.

ثانياً ــ ذاتية قواعد المسؤلية الإدارية:

نشأت قواعد المسئولية في فرنسا، ثم أخذت منها العديد مـن الـدول هـذه القواعد ومنها مصر والكويت.

إن المرجع في نشأة القواعد الإدارية والقضاء المزدوج في فرنسا هو تعسف المحاكم العادية و إسرافها في التدخل في شئون الإدارة ، فأدى ذلك إلى نشأة قضاء جديد هو القضاء الإداري ، الذي أخذ يعمل على التوفيق بين الأفراد ومصالحهم وحرياتهم وبين مقتضيات الصالح العام وحاجة الإدارة لتسيير مرافقها بإنتظام وإضطراد ، مما ساهم في خلق قواعد جديدة منفصلة تماما عن قواعد المسئولية المدنية.

وبعد مسيرة حافلة تطورت معها مبادىء وأحكام القضاء الإداري وضع مجلس الدولة الفرنسي الأسس العامة التي سار عليها في المسئولية التي تقع عن الأضرار اللاحقة بالأفراد والتي تقع على عاتق الإدارة.

حيث قرر في حكم له بأن " ... المسئولية التي تقع عن الأضرار اللاحقة بالأفراد والتي تقع على عاتق الإدارة بفعل العاملين الذين يعملون في مرافقها العامة، لايمكن أن تخضع لذات المبادئ المستقرة في التقنين المدني والتي تتعلق بالعلاقة بين الأفراد بعضهم وبعض... وحيث أن هذه المسئولية ليست عامة ولا مطلقة ولها قواعدها الخاصة التي تختلف تبعا لحاجات المرفق العام وضرورة التوفيق بين حقوق الدولة والحقوق الخاصة [1].

ومن هذا يتضح أن قواعد المسئولية الإدارية تختلف عن قواعد المسئولية المدنية ، في العديد من الوجوه ، والتي منها قيام مسئولية المخاطر في القانون العام أما القانون المدني فلا يعترف إلا بالمسئولية على أساس الخطأ أو المسئولية على أساس المخاطر إذا وردت بنص.

والمسئولية على اساس المخاطر تمثل الفارق الجوهري الذي تختلف فيه المسئولية العامة عن المسئولية الخاصة المقررة في القانون المدني ، وقد أدى لتقريرها عجز المسئولية عن الخطأ عن التعويض في بعض الحالات، مما أدى إلى تبني نظرية المخاطر كسبب للتعويض على أن يكون الضرر خاص واستثنائي وبقدر معين من الجسامة.

---

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ٨ / ٢ / ١٨٧٣ في قضية Blanco، ص ٦١.

وتتميز المسئولية على أساس المساواة في التكاليف العامة بأنها تسري على حالات لا يرجع الضرر فيها إلى وقوع حوادث معينة ، فلا يتعلق الأمر بجبر الضرر ، وأن الضرر وحده يكفي لقيام هذه المسئولية والذي يشترط فيه أن يكون ضرراً خاصاً وغير عادياً.

ثالثاً ــ أهمية المسئولية على أساس المساواة لحماية المشروعية.

إن المساواة بين الأفراد في تحمل التكاليف العامة هو من الحقوق الدستورية التي يجب الأخذ بها، فمبدأ المساواة لا ينطبق فقط في مجال الحقوق العامة، بل أيضا في نطاق التكاليف العامه كذلك ، لأنه بدون المساواة أمام الأعباء العامة تتحول المساواة في الحقوق إلى مساواة نظرية بحتية "[1].

وهذا ما يقرره الفقه والقضاء على حد سواء ، كما أنه هو المستخلص من المادة ١٣ من إعلان حقوق الإنسان الصادر في ٢٦ / ٨ / ١٧٨٩.

وهذه المساواة ليست مطلقة ، بل تختلف بحسب الظروف و المراكز القانونية بكل مواطن ، وهذا ما نص عليه الدستور المصري في المادة ٤٠ منه بأن " المواطنون لدى القانون سواء ، وهم متساوون في الحقوق والواجبات العامة لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة " ، وفي ذلك قررت المحكمة الإدارية العليا في مصر حيث قالت بأن "... إن المقصود بالمساواة هو المساواة النسبية وليس المساواة المطلقة بين المصريين جميعا، وإنما المقصود بها المساواة النسبية بينهم ، بمعنى المساواة في الحقوق والواجبات بين جميع من تحقق فيهم الشروط اللازم توافرها للتمتع بالحق أو الالتزام بالواجب "[2].

---

(١) يراجع الدكتور . عبد الغني بسيوني عبدالله – النظم السياسية – الدار الجامعية بيروت– ١٩٨٥ ص ٣٧٦.
(٢) مجموعة المبادئ القانونية التي قررها قسم التشريع بمجلس الدولة في مصر، من ١٩٧٠/١٠/١ إلى ١٩٧٥/١٢/٣١ – المكتب الفني– المبدأ ٢١٦ ص ١٩٧٤/٨/٢٥ طبعة ١٩٧٩ ص ١٣٢.

وعلى هذا يتضح لنا أهمية المساواة في التكاليف العامة، لأنه ليس من المعقول القول بالمساواة في الحقوق دون الواجبات "ومن هنا بدأت تظهر في الأفق ضرورة مسئولية الدولة عن الأضرار التي تحدث للأفراد نتيجة مزاولة عملها، لأن هذا العمل ، وإن قام به موظف عام إلا أنه يقوم به باسم ولحساب الدولة ، فضلا على كل ذلك، فإن منطق العدالة الاجتماعية يأبى أن يصاب شخص بضرر ما ولا يحصل التعويض عما لحقه من ضرر.فالالتزام بالتعويض أمر يتفق وقواعد الأخلاق التي توجب عدم الإضرار بالغير"[1].

(١) يراجع الدكتور. أنس قاسم جعفر – التعويض في المسئولية الإدارية – دار النهضة العربية ١٩٨٧ ص ٥ ، ٦.

الفرع الثاني

حالات المسئولية التي تغيب فيها فكرة الخطأ والخطر

اتجه القضاء الفرنسي كعادته- للتوسع في مسئولية الدولة على منحي جديد وهو تقرير مسئولية الدولة في حالات لا تتوافر فيها فكرة الخطأ ولا فكرة الخطـر وهذه الحالات هي :

أولاً ــ الأشغال العامة :

وهذه الحالة تختلف عن الحالة المقررة في المسئولية على أساس المخاطر ، من حيث أن الضرر هنا ليس نتيجة حادثة معينة ، وإنما نتيجة طبيعيـة لازمـة للقيام بالأشغال العامة، بالإضافة إلى أن التعويض هنا للجميع وليس للغير فقط.

أي أنه يمكن القول أن التعويض هنا مقابل مساوئ الجوار للأشغال العامة.

وقد أقرها مجلس الدولة الفرنسي في حكم له حيث رفض فيه التعويض لعدم توافر شروط الضرر ، فقد رفع أحد الملاك دعوى يطلب فيها التعويض عن تساقط أوراق الشجر في فصل الخريف على سطح منزله ، ولكن المجلس رفض التعويض لاعتبار الضرر اللاحق به من الأضرار العادية الناتجة عن الجوار العادي[١].

وقضى بتعويض لصاحب محل لمنع الزبائن من الوصول إليه نتيجة عمليـات ترميم وتصليح لإحدى الطرق [٢]، وكذلك قضى بالتعويض نتيجة أضرار لحقت من اضطرابات في طريقة الاستفادة من المساكن الموجودة [٣].

---

(١) comme de vie fezensac 04/07/1931 Page 14; Dolloze 2em Comr d'ate et du tu Ibunaux Renault page 23 dalloz 3eme partie conseil detat et tribunaux 1957 .

(٢) C .A affaire ville de paris , 06/06/1970 page (767-768) receuil dalloz juris prudcnue qencrale 1473 .

(٣)

ثانياً ـ القرارات الإدارية المشروعة:

نفرق هنا بين القرارات الفردية والقرارات اللائحية.

١ - القرارات الفردية :

إذا ترتب على القرار الفردي المشروع أضرار خاصة غير عادية تلزم جهة الإدارة بالتعويض ، وفي ذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي بالتعويض لرفض الجهة المختصة لمؤسسة استخدام حقها في فصل بعض موظفيها الزائدين عن الحاجة والذي تسبب في إحداث خلل جسيم في الاقتصادية لهذه المؤسسة "[١] ، وقضى كذلك بالتعويض لرفض المحافظ إعطاء إذن للمالك برفع دعوى أمام القضاء العادي ضد جاره الذي شيد بناء بدون الحصول على حكم بهدم هذا البناء[٢].

وللمضرور الحق في التعويض سواء كان القرار الإداري صريح او ضمني وسواء كان بالإيجاب أو بالسلب وذلك برفض اتخاذ القرار ، لأن الامتناع المشروع عن اتخاذ قرار يعد أيضا سببا للحق في التعويض[٣].

٢ - القرارات اللائحية :

من الممكن أن تحدث أضراراً خاصة وغير عادية نتيجة إصدار قرارات لائحية لاعتبارات اقتصادية او اجتماعية معينة ، والمساواة هنا تقتضي التعويض في هذه الحالة.

وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بالتعويض لبائع أشياء تذكارية أصيب بضرر غير عادي وخاصة نتيجة إعادة تنظيم حركة المرور في بعض الطرق الجبلية [٤].

---

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ٢٨ / ١٠ / ١٩٤٩ في قضية des atelies du car vavarra .

(٢) 1974 rrceuil dalloz jurisprud enu qenerale (480 -481) C . A affaire navarra 20/03/1973 pagc

(٣) الدكتور . رأفت فوده -دروس في قضاء المسئولية الإدارية - مرجع سابق - ص ٢٠٧ .

(٤) C. A affaire (ommc de cavav , 22/02/1963 page(745) re ceuil dalloz jurisprudenu generale 1969 .

ثالثا ـــ القوانين والمعاهدات الدولية :

إن إصدار القوانين والمعاهدات الدولية قد ينتج عنه أضرار يستحيل الأخذ فيها بفكرة المسئولية على أساس الخطأ ، لأنها صادرة عن الإرادة العامة للمشرع أو الموقعين على المعاهدة بصفتهم ممثلين لدولهم ، بالإضافة إلى أنها نصوص عامة مجردة من الصعب توافر شروط الضرر الموجبة للمسئولية من حيث كونه خاص وغير عادي.

وفي الغالب يرفض القضاء التعويض عن هذه الأضرار إذا كانت القوانين أو المعاهدات صدرت أو أبرمت للصالح العام .

ومن هذا يتضح أن المسئولية عن القوانين والمعاهدات الدولية تعد استثناء من قاعدة سيادة الدولة .

وتقررت هذه المسئولية بحكم شهير لمجلس الدولة الفرنسي ، تتلخص وقائعه في أن المشرع أصدر قانون يحظر فيه صناعة الكريمة والجبن من غير المنتجات الطبيعية . مما أدى لحظر نشاط شركة واحدة . فأقامت هذه الشركة دعوى تطلب فيها التعويض ، ورغم سكوت الحكم عن التعويض إلا انه قرر مسئولية الدولة مما فُسر على انه تقرير لحق التعويض[1].

ثم أصدر في سنة ١٩٦٦ ،حكم قرر فيه مسئولية الدولة عن المعاهدات الدولية ، في قضية تتلخص وقائعها في أن شركة استولى عليها الألمان سنة ١٩٤٠ وبعد انتهاء الحرب وقعت فرنسا وألمانيا اتفاقية ترجئ التعويضات عن مساوئ الألمان في فرنسا ، فقامت هذه الشركة برفع دعوى تطلب فيها التعويض عن هذه المعاهدة ، فقضى بإمكانية التعويض عن الأضرار التي تسببها معاهدة دولية على أساس مبدأ المساواة أمام التكاليف العامة ولكنه رفض التعويض لعدم توافر صفة الضرر العادي.

---

(١) LaFl eurette 14/07/1938 Page 20; Dolloze 3eme partie Concell d'etat et tribunaux 1939 .

ويجب لقيام هذه المسئولية عن القوانين والمعاهدات تحقق الشروط الآتية :

١- يجب أن يكون الضرر مؤكدا وان تتوافر علاقة السببية بينه وبين القانون أو المعاهدة وهذا شرط عام للمسئولية .

٢- أن يكون الضرر خاصا بالإضافة لكونه غير عادي أو جسيم بدرجة معينة .

٣- ألا يكون القانون أو المعاهدة قد حظرا صراحة الحق في التعويض [١].

رابعاً ــ الامتناع عن تنفيذ الاحكام القضائية .

إن الامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية يعد قرار فردي برفض استخدام القوة الجبرية ، وهو أول الحالات التي قرر مجلس الدولة الفرنسي التعويض عنها .

وقد تقرر هذا في حكم صادر من مجلس الدولة الفرنسي ، تتلخص وقائعه في أن شخص يوناني اشترى قطعة ارض في تونس وحصل على حكم بصحة ونفاذ البيع وعندما طلب من الإدارة تنفيذه امتنعت عن تنفيذه لوجود قبيلة عربية في الأرض تمتنع عن إخلائها مما سيؤدي لحدوث فتن واضطرابات ، فرفع دعوى يطلب فيها التعويض فقضى له المجلس بالتعويض[٢].

وهذا الحكم يعده بعض الفقهاء الأساس القضائي للمسئولية عن المخاطر [٣]، والبعض الأخر[٤] يعده الأساس القضائي للمسئولية على أساس المساواة أمام الأعباء العامة استنادا لتقرير مفوض الحكومة الذي أعتبر السند في تقرير التعويض هو المادة ١٣ من إعلان حقوق الإنسان الصادر سنة ١٧٨٩ .

---

(١) الدكتور . رأفت فوده – دروس في قضاء المسئولية الإدارية – مرجع سابق – ص ٢١٠ .
(٢) Couiteas 30/11/1923 Page 28; Dolloze 3eme Partie 1924 ، الدكتور . سليمان الطماوي – مسئولية الإدارة عن أعمالها غير التعاقدية – مرجع سابق – ص ١٦٩، وأيضا الدكتور . محمد عبد الحميد أبو زيد – القضاء الإداري – دار الثقافة العربية ١٩٨٨ ص ٢٥٦ .
(٣) الدكتور . وجدي ثابت غبريال – مبدأ المساواه أمام الأعباء العامة – مرجع سابق – ص ١٣٥ وما بعدها ، وأيضا الدكتور . رأفت فوده- دروس في قضاء المسؤلية الإدارية – مرجع سابق – ص ٢٠٦ وما بعدها ، وأيضا الدكتور . أنور أحمد رسلان – مسئولية الدولة غير المتعاقدية – مرجع سابق – ص ٢٧٠ وما بعدها .

ثم أفصح مجلس الدولة صراحة عن الأخذ بمبدأ المساواه في حكم له تتلخص وقائعه في أن عائلة كبيرة العدد تشغل عقارا مملوك لمجموعة من الملاك الشركاء وقد صدر حكم بالطرد من العقار لهم ، وعند تنفيذ الحكم رفضت الإدارة التنفيذ لان في التنفيذ خطر على النظام العام ، فقام الشركاء الملاك برفع دعوى يطلبوا فيها التعويض فقررت محكمة أول درجة التعويض ولكن لم تحدد قيمة التعويض ، فرفع الملاك طعن أمام مجلس الدولة الذي قضى بإعلان مسئولية الدولة في ظروف محددة وأحال تحديد مبلغ التعويض لوزير الداخلية .[1]

ويعتبر بعض الفقهاء أن هذا الحكم قد أزال كافة الشكوك التي كانت تحيط بأساس المسئولية في حالة عدم تنفيذ الأحكام القضائية، والذي يتمثل في مبدأ المساواة أمام التكاليف العامة [2].

(١) C . A affarie les consorte chauche 10/02/1961 page (220) receuil dalloz , consei l detat 1961

(٢) الدكتور . وجدي ثابت غبريال – مبدأ المساواه أمام الأعباء العامة – مرجع سابق – ص ١٣٨ -١٣٩ .

الفرع الثالث

موقف القضاء المصري من توافر هذه الحالات

مما أوضحناه سابقا أن القضاء الإداري المصري لم يتخذ بفكرة المسئولية على غير أساس الخطأ إلا في أحكام قليلة وقديمة ، وانه اخذ بما يقرره القانون المدني في المسئولية .

وهذا أمر منتقد من اغلب الفقه ، لأنه من الواجب الأخذ بالمسئولية الإدارية في هذه الحالات ، لاختلاف الأساس الذي تقوم عليه كل من المسئولتين المدنية والإدارية .

الخلاصة :

"ان مبدأ المساواة أمام التكاليف العامة يقوم على وجوب مساهمة المواطنين فى الاعباء المترتبة على ادارة المرافق العامة ، كل فى حدود امكانياته ، طبقا لما يحدده القانون ، و على عدم جواز تحملهم خارج هذه الحدود بالاعباء و التكاليف المفروضة لصالح المجموع أو الا كان فى ذلك اخلال بالمساواة أمام التكاليف العامة يجب تعويضه من المال العام ، و بذلك تحترم الحدود القانونية لهذه الاعباء و التكاليف .

و بمعنى أخر فان المرافق العامة التى تقوم على اشباع الحاجات الجماعية للمواطنين قد تتسبب فى الاضرار بهم. وهذه الاضرار يمكن اعتبارها من ضمن التكاليف العامة الواقعة على المضرورين الذين يحق لهم الحصول على تعويض من المال العام فى حالة الاخلال بحقهم فى المساواة أمام التكاليف العامة"[1].

([1]) يراجع الدكتور . حاتم على لبيب جبر – نظرية الخطأ المرفقى – ــ مرجع سابق ص ٣٩٨.

المبحث الثالث
وضع مسئولية الدولة غير التعاقدية في الكويت

بإستقراء قانون إنشاء الدائرة الإدارية في الكويت رقم ٢٠ لسنة ١٩٨٠ فيما يتعلق بمنازعات المسئولية ، نجد نص المادة الخامسة الذي يقول " تكون للدائرة الإدارية وحدها ولاية الحكم بإلغاء القرارات الإدارية المشار إليها في البنود ثانيا وثالثا ورابعا وخامسا من المادة الأولي ، كما تكون لها وحدها ولاية الحكم في طلبات التعويض عن الأضرار الناشئة عن تلك القرارات سواء وقعت عليها بطريقة أصلية أو تبعية ".

ومقتضي ذلك أن للدائرة الإدارية وحدها ولاية الحكم في طلبات التعويض عن الأضرار الناشئة عن القرارات المعيبة سواء رفعت إليها بطريقة أصلية أو تبعية[١].

وعليه فان مسئولية الإدارة عن قراراتها غير المشروعة هنا تقوم على القواعد العامة في اشتراط أركان المسئولية الثلاثة وهي الخطأ وهو هنا الفعل الناتج عن عدم مشروعية القرار[٢] والضرر وعلاقة السببية بينها.

وقد استقرت أحكام التمييز على ذلك حيث قررت في أحد أحكامها على أنه "... لما كان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن المناط في مسئولية الإدارة عن القرارات الإدارية هو الخطأ الذي يتمثل في إصدار قرار إداري غير مشروع، استخلاص الخطأ الموجب للمسئولية وعلاقة السببية بينه وبين الضرر هو من الأمور الواقعية التي تدخل في سلطة قاضي الموضوع..." [٣] .

---

(١) انظر حكم محكمة التمييز رقم ١٠ لسنة ١٩٨٩ اداري جلسة ١٩٨٩/٧/٣ . موسوعة مبادئ القضاء الإداري –ج٥ ص ١٣ وما بعدها .

(٢)) لا يعد كل عدم مشروعية خطأ الا أن هذا الخطأ لا يرتب بالضرورة التعويض ، فبعض العيوب الشكلية لا تؤدي الي القضاء بالتعويض .

(٣) حكم محكمة التمييز رقم ٢٩٢ لسنة ٢٠٠٠ (تجاري إداري) جلسة ٢٠٠٠/١٢/١١ – غير منشور .

وبالتالي فان المسئولية الإدارية عن أعمال الإدارة المادية القائمة على الخطأ لا يندرج نظرها تحت مظلة القضاء الإداري ، بل يختص القضاء العادي بنظر دعاوي التعويض عن العمل غير المشروع الذي يقع من تابعي جهة الإدارة ، وعلى ذلك قررت محكمة التمييز في أحد أحكامها بقولها أنه " لما كان الأصل أن المحاكم هي صاحبة الولاية بين الأفراد أو بينهم وبين إحدى وحدات الدولة ما لم يكن الدستور أو القانون قد قصر الإختصاص بالفصل فيها على القانون ١٠٢ لسنة ١٩٨٠ بشأن الخدمة الإلزامية ولا في غيره ما يفيد عدم إختصاص المحاكم العادية بنظر دعاوي التعويض القائمة على العمل غير المشروع الذي يقع من الموظفين القائمين على تنفيذ أحكامه أثناء قيامهم بعملهم [١].

وكذلك يشترط وجود الخطأ من قبل الإدارة لكي تقوم مسئوليتها، وعليه فإن المعمول به هو تطبيق قواعد المسئولية على الأخطاء التقليدية بحيث إذا انتفى الخطأ انتفت المسئولية، وعلى ذلك قررت محكمة التمييز "عدم مسئولية الدولة أو جهة الإدارة عما لحق الطاعن من أضرار مادية وأدبية نتيجة إصابته من جراء القصف الذي تعرض له سكن الأطباء الملحق بالمستشفى الذي يعمل به الطاعن بحسبان انه من المعلوم للكافة أن القوات المتحالفة قد قامت من جانبها بكافة الاحتياطات اللازمة لتتفادى قصف المستشفيات"[٢].

وإذا كان الخطأ حقيقة لا ينسب إلى الإدارة إلا مجازا، فإن التساؤل الذى يمكن أن يثار هنا هو حول مسئولية الموظف الذي تستخدمه الإدارة لتسيير أعمالها في حالة ارتكابه خطأ ، ونتج عن هذا الخطأ ضرر للغير؟ وكنا قد رأينا في كل من فرنسا ومصر كيف درج القضاء الإداري فيهما على التفرقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي.

---

(١) حكم محكمة التمييز رقم ٧٣ لسنة ١٩٩٥- مدني-جلسة ١٩٩٦/٤/٨- موسوعة مبادئ القضاء الإداري -ج٥ - ص١٦ وما بعدها.

(٢) حكم محكمة التمييز رقم ١٨٧ لسنة١٩٩٤ تجاري - جلسة ١٩٩٥/١/٢٤ موسوعة مبادئ القضاء الإداري -ج٥ - ص ٤٦ .

أما في الكويت فقد نص قانون الخدمة المدنية رقم ١٥ لسنة ١٩٧٩ على تطلب وجود الخطأ الشخصي، فقال في المادة (٢٧)- الفقرة الثانية- على أنه "يعفي الموظف من العقوبة التأديبية إذا اثبت أن ارتكابه المخالفة كان تنفيذا لأمر كتابي صدر إليه من رئيسه بالرغم من تنبيهه إلى المخافة. وفي هذه الحالة تكون المسئولية على مصدر الأمر. ولا يسأل الموظف مدنيا إلا عن خطئه الشخصي" .

وحينما صدر القانون المدني رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ تضمن المادة (٢٣٧) التى تنص على انه "لا يكون الموظف العام مسؤولا عن عمله الذي أضر بالغير إذا أداة تنفيذا لأمر القانون أو لأمر صدر إليه من رئيسه متى كانت طاعة هذا الأمر واجبة عليه أو كان يعتقد لمبررات مقبولة أنها واجبة و أثبت أنه كان لديه أسباب معقولة جعلته يعتقد مشروعية العمل الذي أتاه وأنه راعي في عمله جانب الحيطة و الحذر .

وقالت المذكرة الإيضاحية حول هذه المادة بأن "... الأصل أن من يرتكب خطأ يتحمل مسئوليته، حتى لوكان في إثباته قد ائتمر بأمر من له عليه واجب الطاعة، ولكن القانون يملي استثناء هاما خاص بالموظف العام الذي ينفذ أمر القانون أو أمر رئيسه مقررا بأنه لا يسأل عن فعله ولوكان خاطئا كلما جاء طاعة لأمر رئيسه حالة كونها واجبة عليه أو اثبت أنه كان لديه أسباب معقولة جعلته يعتقد أنها واجبة عليه وأنه راعى في عمله جانب الحيطة و الحذر، و حكمة انفراد الموظف العام بالحكم هو الرغبة في عدم تعطيل الوظيفة العامة، عن طريق تغطية مسئولية المرؤوسين حتى لا يحجموا عن تنفيذ أوامر رؤسائهم متى كانت في ظاهرها على الأقل صحيحة و سليمة ".

وبررت المحكمة أساس مسئولية الإدارة عن قراراتها الخاطئة بقولها " من المقرر أن مسئولية الإدارة عن القرارات الإدارية الصادرة في شأن الموظفين العموميين إنما تنسب إلى المصدر الخامس من مصادر الالتزام في القانون المدني وهو القانون ، على أساس أن هذه القرارات هي تصرفات قانونية وليست أفعالا

مادية و أن علاقة الإدارة بموظفيها علاقة تنظيمية مصدرها القوانين واللوائح وبالتالي فلا تطبق على تلك المسئولية أحكام المادة ١/٢٥٣ من القانون المدني والخاصة بالمسئولية عن العمل المشروع [١]."

التطبيقات القضائية الكويتية في بيان أركان وعناصر المسئولية القائمة على الخطأ :

رأينا أن القاعدة في تقرير المسئولية المدنية في الكويت هي بتوافر عناصر النظرية التقليدية وهي نظرية المسئولية القائمة على خطأ ، وبالتالي يجب أن تتوافر أركان هذه المسئولية وهي الخطأ و الضرر وعلاقة السببية بينهما.

وسوف نتناول تطلب وجود هذه الأركان وفقا للقواعد المستقرة في قضاء محكمة التمييز.

أولا- وجود عنصر الخطأ:

عرفت محكمة التمييز الكويتية الخطأ الموجب لمسئولية الجهة الإدارية في أحد أحكامها بأنه "... لما كان من المقرر أن الخطأ الموجب للمسئولية عن العمل غير المشروع وعلى مقتضى المادة ٢٢٧ من القانون المدني يتحقق بالانحراف عن السلوك المألوف وما يلزم به الشخص العادي من اليقظة و التبصر حتى لا يضر بالغير في مثل الظروف المحيطة بالمنسوب إليه الخطأ..."[٢] .

وقالت أيضا حول مسئولية الإدارة عن قراراتها بأن ركن الخطأ هنا يتوافر إذا كان القرار غير مشروع، وبالتالي فلا مسئولية إذا كان القرار مشروع ، وذلك لازمة أن يكون القرار مستندا إلى سبب يبرره لإحداث أثر قانوني هو محل القرار ابتغاء الصالح العام الذي هو غاية القرار فإذا صدر القرار سليما انتفى خطأ الإدارة و لا تسأل عن أي ضرر يترتب على القرارات[٣].

---

(١) حكم محكمة التمييز رقم ٨٧ لسنة ١٩٩٤ تجاري جلسة ١٩٩٥/١/٣٠ - موسوعة مبادئ القضاء الإداري -ج٥ - مرجع سابق القاعدة ٤٨٤-ص ٩٤.

(٢) حكم محكمة التمييز رقم ٧٣ لسنة ١٩٩٥ مدني جلسة ١٩٩٦/٤/٨- موسوعة مبادئ القضاء الإداري -ج٥ القاعدة ٤٨٥ - ص ١٠٢ وأيضا حكمها رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٩ بتاريخ ١٩٨٩/١١/١٢ وحكمها رقم ١٥٦ لسنة ١٩٩٢ تجاري جلسة ١٩٩٤/١/٣ وحكمها رقم ٤٢ لسنة ١٩٩٤ تجاري جلسة ١٩٩٤/١٢/١٩.

(٣) حكم محكمة التمييز رقم ٣٩ لسنة ١٩٩٤ تجاري جلسة ١٩٩٤/٧/٤- موسوعة مبادئ القضاء الإداري - ج٥ -القاعدة ٤٨٦- ص ١٠٣.

وقررت نفس المبدأ في حكم آخر قالت فيه ".. نص المادة الأولى والرابعة من القانون رقم ١٩٨١/٢٠ بإنشاء دائرة بالمحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية المعدل بالقانون رقم ٦١لسنة ١٩٨٢ أن أساس مسئولية الإدارة عن قراراتها إنما تقوم على أساس الخطأ بأن يكون القرار الإداري معيبا بعيب عدم الإختصاص أو وجود عيب في الشكل أو مخالفة القوانين و اللوائح أو إساءة استعمال السلطة ، مؤدي ذلك أنه لا يمكن ترتيب المسئولية على أساس آخر، فإذا كان القرار مشروعا ومطابق للقانون ولم يشبه أي من العيوب المتقدمة فلا تسأل الإدارة عن نتيجة مهما بلغ الضرر الذي يترتب عليه لانتفاء ركن الخطأ[١].

وتناولت محكمة التمييز في بعض أحكامها تعريف الخطأ المرفقي والخطأ الشخصي ومعيار التفرقة بينهما حيث قالت في أحد أحكامها بأنه " من المقرر في مجال قيام مسئولية الإدارة على أساس ركن الخطأ التفرقة بين الخطأ المصلحي أو المرفقي الذي ينسب فيه الإهمال والتقصير إلى المرفق العام ذاته، وبين الخطأ الذي ينسب إلى الموظف، ففي الحالة الأولى تقع المسئولية على عاتق الإدارة وحدها، ولا يسأل الموظف عن أخطائه المصلحية، و الإدارة هي التي تلزم بأداء التعويض بينما تقع المسئولية في الحالة الثانية على عاتق الموظف شخصيا ، فيسأل عن أخطائه الشخصية ، وينفذ الحكم في أمواله الخاصة بحيث إذا أدت الإدارة التعويض عنه، كان لها الرجوع به عليه".

و استطرت قائلة "... وفيصل التفرقة بين الخطأ الشخصي و الخطأ المصلحي أو المرفقي يكون بالبحث وراء نية الموظف فإن كان الدافع لتصرفه تحقيق الصالح العام، فإن الخطأ يندمج في أعماله الوظيفية بحيث لا يمكن فصله عنها ويعتبر من الأخطاء المنسوبة للمرفق العام، ويكون خطأ الموظف حينئذ مصلحيا ومرفقيا، ما لم يصل إلى جدار ارتكاب جريمة تقع تحت طائلة قانون الجزاء، ففي هذه الحالة يعتبر خطأ الموظف شخصيا يسأل عنه في ماله الخاص ..."[٢]

---

(١) حكم محكمة التمييز رقم ٤٤ لسنة ١٩٨٥ تجاري جلسة ١٩٨٦/٣/٥ موسوعة مبادئ القضاء الإداري – ج٥ – قاعدة – ٤٨٧ ص ١٠٩.

(٢) حكم محكمة التمييز رقم ٢٩٣ لسنة ١٩٨٩ تجاري جلسة ١٩٩٠/٣/٢٥ – موسوعة مبادئ القضاء الإداري – ج٥ –القاعدة ٤٨٨ ص ١١٨.

وقررت مبدأ يوافق ما استقر عليه الوضع في كل من فرنسا ومصر، بأنه يرجع للقاضي استخلاص وجود الخطأ أو نفيه، فيستقل به قاضي الموضوع فقالت إن "... استخلاص الخطأ الواجب للمسئولية أو نفيه هو من الأمور الواقعية التي يستقل بها قاضي الموضوع بغير معقب متى ما أقام قضاءه على أسباب سائغة..."(١).

وتطبيقا لهذه المبادئ يمكن استخلاص صور لهذه المسئولية من خلال أحكام محكمة التمييز ومنها :

١- صدور قرار البلدية بإرجاء منح تراخيص البناء مقيد بألا يتجاوز سنتين :

حيث قررت بأنه " .. من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن المناط في مسئولية الإدارة عن القرارات الإدارية هو الخطأ الذي يتمثل في إصدار قرار إداري غير مشروع ، أن حق البلدية في إرجاء منح التراخيص للمناطق محل الدراسة التنظيمية ليس مطلقا بل مقيد بالا تتجاوز المدة سنتين ، وإذا التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر ــ ورتب على ذلك أن حق جهة الإدارة في إرجاء الموافقة يتعين ألا يتجاوز سنتين بعدها يضحى قرارها بالرفض غير مشروع لمخالفته القانون ، مما يكون ركن الخطأ في جانب الإدارة موجباً للتعويض"(٢).

٢- صدور قرار من الإدارة العامة للجمارك بإعادة تقدير الضريبة الجمركية: حين قررت بأن " إدارة الجمارك حين قامت بإعادة تثمين "... كان ذلك من قبيل ممارستها السلطة التقديرية التي خولتها لها المادة الرابعة من قانون الجمارك قبل الإفراج النهائي عن البضاعة وقبل أن يصبح تقديرها الأولي نهائيا مما يجوز لها أن التحلل منه لأنه في هذا الوقت لم يكن قد ترتب للمستورد المستأنف ضده مركز قانوني لا يجوز المساس به ومن ثم لا يكون هناك ثمة خطأ يمكن نسبته للإدارة بشأن ما اتخذته من قرار إعادة التثمين ــ بما لا تتوافر معه مسؤوليتها ولا محل لإلزامها عنه بالتعويض ... "(٣).

---

(١) حكم محكمة التمييز رقم ١٢٨ ، ١٤٠ لسنة ١٩٩٤ تجارى جلسة ١٩٩٤/١٢/٦ – موسوعة مبادئ القضاء الإداري – ج٥ – القاعدة ٤٩١ ص ١٤٠ .

(٢)حكم محكمة التمييز رقم ٧٧٢ س ٢٠٠١ إداري ، جلسة ٢٠٠٢/١١/٢٥ حكم غير منشور .

(٣) حكم محكمة التمييز رقم ١٩٤ لسنة ٢٠٠٢ إداري ، جلسة ٢٠٠٣/٥/٢٦ حكم غير منشور .

٣- صدور قرار من جامعة الكويت بوقف طالب عن الدراسة:

حيث قررت بأن ".. أساس المسئولية التقصيرية هو الخطأ الذي من صوره العمل المخالف للقانون متى نشأ عنه ضرر للغير ... وإن القرار الصادر من الجامعة في صد المطعون ضده بوقفه عن الدراسة قد صدر معيبا لمخالفة للقانون، وهو ما يتوفر به ركن الخطأ الذي سبب له ضررا متمثلا في حرمانه من ممارسة فرصته في التقدم للامتحان بالفصل الدراسي الأول وهو في حد ذاته أيا كانت النتيجة التي ستؤول إليها هذه الفرصة فضلا عما في ذلك من مساس بحريته في تلقى العلم على قدم المساواة مع زملائه الطلبة الجامعيين دون سند ...." [١].

٤- صدر قرار من وزارة التجارة والصناعة بوقف ترخيص مزاولة التجارة:

حيث قررت بأنه " ما كان يجوز لجهة الإدارة أن تمتنع عن الترخيص للمطعون ضده بمزاولة تجارة الصرافة في المحل المشار إليه على سند من اعتراض بنك برقان واستصدار الحكم بصحة إجراءات الحجز التحفظي لصالح البنك على منقولات محل الصرافة لان منقولات المحل هي أمر مختلف عن الترخيص محل المنازعة اذ ليس في توقيع ذلك الحجز او حتى تمام بيع المنقولات ما يحول بذاته دون منح المطعون هذا الترخيص المطلوب ومن ثم لا يصلح سنداً القرار رفض منح الترخيص له .....[٢].

٥- قيام بلدية الكويت بالتنفيذ المباشر لقرار هدم محل :

حيث قررت بأن "... المدة المحددة في عقد إيجار أملاك الدولة هي التي يلتزم بها كلا الطرفين .. للحكومة أن تخلي العقار المؤجر بالطريق الإداري عند انتهاء مدته على أن ينذر المستأجر قبل الإخلاء بمدة يحددها القرار الصادر بذلك

---

(١) حكم محكمة التمييز رقم ٢٤٤ ، ٢٤٩ لسنة ١٩٨٦ تجاري جلسة ١٩٨٦/٧/٢ - موسوعة مبادئ القضاء الإداري - ج٥ - القاعدة ٤٩٤ ص ١٥٣ .

(٢) حكم محكمة التمييز رقم ١٦٤ لسنة ١٩٨٨ تجاري جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٦ - موسوعة مبادئ القضاء الإداري - ج٥ - القاعدة ٤٩٧ ص ١٦٨ .

... ومن ثم فان ما جاء به القرار الصادر في ٨٣/١١/١٩ من إخلاء العقار من الشركة خلال فترة تنتهي في ١٩٨٣/١١/٣٠ يكون موافقا لصحيح القانون ... فلا يمكن نسب أي خطأ للإدارة الأمر الذي تنتفي معه مسئوليتها عن التعويض المطالب به " (١)

٦- قيام مؤسسة الموانى العامة بإلغاء مناقصة :

حيث قررت بأنه " ..... لا يترتب على قرار الترسية أي حق للمناقص الفائز قبل المؤسسة في حالة العدول عن الترسية إلا انه إذا لابس إجراءات الترسية والعدول عنها خطأ من جانب الجهة الإدارية رتب ضررا بالمناقص قامت مسئوليتها التقصيرية طبقا للأصل المقرر في المادة ٢٢٧ من القانون المدني .... ومن أن الثابت من وقائع المنازعة المماثلة أن ثمة خطأ تقصيرياً وقعت فيه المؤسسة المستأنف عليها الطاعنة إذ أنها بعد أن أرست المناقصة على المستأنفة .... وقامت بابلاغ المستأنفة بقرار الترسية ..... عادت المؤسسة فأبلغتها بكتابها المؤرخ ١٩٨٥/١٢/٤ بقرارها بإلغاء ترسية المناقصة عليها ... ومن ثم تكون المؤسسة مسئولة عن تعويض المستأنفة مما أصابها من أضرار نتيجة ذلك الخطأ الذي وقعت فيه ..... على أساس أحكام وقواعد المسئولية التقصيرية..." (٢) .

٧- قرار إنهاء الإعارة :

حيث قررت بأن " .... الاستمرار في الإعارة أو إلغائها أو تجديدها أو إنهائها من الأمور التي تترخص الجهة الإدارية في قبولها أو رفضها بما لها من سلطة تقديرية في هذا المجال وان القرار الصادر من الجهة المستعيرة بإنهاء إعارة الموظف بناء على طلب الجهة المعيرة له يعد خطأ يستوجب مسئوليتها لان المناط في مسئولية الإدارة عن القرارات الإدارية هو الخطأ الذي يتمثل في إصدار قرار إداري غير مشروع ...." (٣)

---

(١) حكم محكمة التمييز رقم ٣٤٦ لسنة ١٩٨٨ تجاري جلسة ١٩٨٩/٥/١- موسوعة مبادئ القضاء الإداري - ج٥ -القاعدة رقم ٤٩٩ ص ١٧٩ .

(٢) حكم محكمة التمييز رقم ٢٥٩ لسنة ١٩٨٩ تجاري جلسة ١٩٩٠/٢/١١ - موسوعة مبادئ القضاء الإداري - ج٥ -القاعدة ٥٠٠ ص ١٨٧.

(٣) حكم محكمة التمييز رقم ١٣٩ لسنة ١٩٩٠ تجاري جلسة ١٩٩١/١٢/٨ - موسوعة مبادئ القضاء الإداري - ج٥ -القاعدة ٥٠١ ص ١٩٣.

٨- مسئولية الإدارة في قرار استبعاد الفائز:

حيث قررت بأنه "... من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن مناط مسئولية الإدارة في قراراتها هو الخطأ... أن الشروط العامة للمناقصة تقضي بأن يقبل العطاء الأقل سعرا في مجموعة متى كان مطابقا للمواصفات و أن استبعاد الطاعن تم إعمالا لهذه الشروط، ولما يترتب عليه من وفر لجهة الإدارة وتتحقق به المصلحة العامة، كما أن المادة ٥٢ من قانون المناقصات لا ترتب أي حق للمناقص الفائز بها في حالة العدول عن ترشيحه بقرار من مجلس الوزراء ... أن لجنة المناقصات رفعت الأمر إلى مجلس الوزراء فوافق على ما ارتأته من ترسية المناقصة على الشركة الفائزة مما مفاده أن العدول عن الترسية على المؤسسة المستأنف عليها لاقى موافقة مجلس الوزراء مما لا يدع مجالا لإدعاء المستأنف عليها بأي حق قبل الدولة على أساس المسئولية التقصيرية لسلامة قرار جهة الإدارة في هذا الصدد..."[1].

٩- قرار البنك المركزي بالاعتراض على الترشيح لعضوية مجلس إدارة أحد البنوك:

حيث قررت بأن ".. قرار البنك المركزي بالإعتراض على ترشيح الطاعن لعضوية مجلس إدارة البنك التجاري الكويتي كان نتيجة التفتيش الذي أجراه البنك المركزي ابتداء من ٩٢/١٠/٦ على الشركة الدولية الكويتية للاستثمار التي كان الطاعن يعمل مدير أعمالها ..وقد أسفر التفتيش عن مخالفات ... ولهذا أصدر البنك المركزي قراره رقم ١٩٤ في جلسة ١٩٩٢/١٢/٢ بتطبيق المادة ٢٠ من القرار الوزاري في شأن إخضاع شركات الاستثمار لرقابة البنك المركزي وقرر توقيع الجزاء بمفادة أن الإهمال والتقصير المنسوب إلى الطاعن أثناء تأديته لمهام وظيفته مديرا عاما للشركة الدولية الكويتية الاستثمار كان السبب المباشر لاعتراض البنك المركزي على ترشيح الطاعن لعضوية مجلس إدارة البنك التجاري يترتب على ذلك انتفاء الخطأ الموجب لمسئولية

(١) حكم محكمة التمييز رقم ١٥٢ لسنة ١٩٩٦ تجاري بتاريخ ١٩٩٧/١/٦-- موسوعة مبادئ القضاء الإداري - ج٥ -القاعدة ٥٠٢ ص ١٩٩.

الإدارة ورفض طلب التعويض بحسبان المناط في مساءلة الإدارة بالتعويض عن القرارات الإدارية هو قيام خطأ من جانبها فإذا كان القرار سليماً مطابقاً للقانون فلا تسأل عنه الإدارة ورفض طلب التعويض بحسبان المناط في مساءلة الإدارة بالتعويض عن القرارات الإدارية هو قيام خطأ من جانبها فإذا كان القارا سليماً مطابقاً للقانون فلا تسأل عنه الإدارة [1].

١٠- قرار الفصل من الخدمة :

حيث قررت بتأييد حكم قضى بالتعويض عن قرار فصل خاطئ لموظف من الخدمة فقالت بأنه "...ولما كان كذلك وكان الحكم قد وصم قرار الفصل بعدم المشروعية لإنطوائه على غلو في تقدير الجزاء فإن مؤدي ذلك انه لولا خطأ الإدارة وحدها الماثل في غلوها في تقدير الجزاء، لما كان الفصل من الخدمة ولما وقع بالتالي الضرر الذي عوض عنه المستأنف عليه وهو حرمانه من راتبه حتى ولو كان الخطأ الوظيفي المنسوب إلى المستأنف عليه يستوجب توقيع جزاء آخر أدنى من الفصل حسبما ذهب إليه الحكم الاستئنافي المشار إليه وعليه فإن هذا الخطأ الوظيفي المنسوب إلى المستأنف عليه لم يشارك في إحداث الضرر الذي حاق به من جراء الفصل..." [1] .

ثانيا ــ وجود عنصر الضرر

أما بالنسبة للركن الثاني من أركان المسئولية وهو الضرر فإننا سنتعرض لبعض المبادئ التي تحكم فكرة الضرر وذلك من خلال أحكام محكمة التمييز.

---

(١) حكم محكمة التمييز رقم ٢١٤ لسنة ١٩٩٦ تجاري بتاريخ ١٩٩٧/٥/١٢ – موسوعة مبادئ القضاء الإداري – ج٥ –القاعدة – ٥٠٣ ص ٢٠٥

(١) حكم محكمة التمييز رقم ٢٩٢ لسنة ٢٠٠٠ تجاري إداري جلسة ٢٠٠٠/١٢/١١ – حكم غير منشور .

١- عدم مسئولية الإدارة عن الضرر الناتج عن قرار إداري سليم.

حيث قررت بأنه "... من المقرر أن مسئولية الإدارة عن تعويض الأضرار الناجمة عن قراراتها الإدارية رهينة بأن يكون قرارها معيبا فإذا كان القرار سليما مطابقا فلا تسأل الإدارة عن نتيجته أيا كانت الأضرار التي لحقت بالفرد من جراء تنفيذه ..." (٢).

٢- شروط الضرر

حيث قررت بأنه " ...من المقرر أن أساس المسئولية التقصيرية هو الخطأ الذي يلزم فيه أن يكون محقق الوقوع وليس محتملا بيد أن الفرصة و أن كانت أمرا محتملا إلا أن تفويتها هو أمر محقق وعنصر من عناصر الضرر المستوجب للتعويض وإذا كان للمحكمة المطلوب إليها بالتعويض أن تقضي بالتعويض الكامل إذا ما تثبتت من مدى الضرر الذي استقر نهائيا وكان قد ثبت خطأ الجامعة بالقرار المعيب الذي أصدرته بوقف المستأنف عن دراسته، بما ترتب عليه من تأخير تخرجه لمدة ستة أشهر مما فوت عليه ما كان سيعود عليه فيما لو باشر عملا خلال تلك الفترة، وهذا بالإضافة إلى الضرر الأدبي المتمثل فيما أصابه من أذى نفس نتيجة المساس بحريته في تلقي العلم كسائر أترابه المنتفعين بالتعليم الجامعي " (١)

٣- عناصر التعويض عن الضرر الأدبي وماهيتها :

حيث رفضت تعويض أستاذ جامعي حاصل على الدكتوراة بسبب إنهاء عقده بعد تجديده بستة أيام فقالت بأن "... مفاد نص الفقرة الثانية من المادة ٢٣١ من القانون المدني أن الضرر الأدبي يشمل على الأخص ما يلحق الشخص من أذى

---

(٢) حكم محكمة التمييز رقم ١٠٠ لسنة ٩٢ تجاري جلسة ١٩ / ٤/ ١٩٩٣- موسوعة مبادئ القضاء الإداري - ج٥ -القاعدة - ٥٠٦ ص ٢٢٤ .

(٢) حكم محكمة التمييز رقم ٢٤٤،٢٤٩/١٩٨٥ تجاري جلسة ١٩٨٦/٧/٢ - الموسوعة مبادئ القضاء الإداري الكويتية - ج٥ -القاعدة - ٥٠٤ ص ٢١٧ .

حسي أو نفسي نتيجة المساس بحياته أو جنسيته أو بحريته أو بشرفه أو بسمعته أو بمركزه الاجتماعي أو الأدبي باعتباره المادي، كما يشمل الضرر الأدبي كذلك ما يستشعره الشخص من الحزن و الأسى..."

وبناء عليه قررت المحكمة بأنه "... ولما كان أنهاء خدمة الطاعن لصالح العمل ليس من شأنه الحاق أذي نفسي به أو المساس بشرفه أو سمعته أو مركزه الاجتماعي والأدبي فإن إنهاء عقد مؤقت لداعي المصلحة العامة التي تعلو على الصالح الفردي لا يستحق عنه التعويض عن ضرر أدبي ..." (١) .

ثالثاً ــ ضرورة توافر علاقة السببية بين الخطأ والضرر:

أما بالنسبة للركن الثالث من أركان المسئولية وهو توافر علاقة السببية بين الخطأ و الضرر فقد أقرت محكمة التمييز بشأنه المبادئ التالية:

١- وجوب قيام علاقة سببية مباشرة بين الخطأ والضرر لإستحقاق التعويض:

حيث قررت المحكمة بأنه"... من المقرر أن قرار الإدارة الخاطئ ليس من شأنه أن يرتب في حقها حتما المسئولية التي تستوجب التعويض فهو لا يؤدي إلى مسئوليتها إلا إذا ترتب عليه ضرر وكان بينه و بين تصرفها علاقة سببية مباشرة..."(٢)

٢- أن يكون الضرر نتيجة طبيعية للخطأ :

فقالت انه "... من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن مفاد نص المادة ٢٢٧ من القانون المدني أنه وأن كان كل فعل خاطئ نشأ عن ضرر للغير يستوجب مسئولية فاعله بالتعويض عن الخسارة التي وقعت للمضرور والكسب الذي فاته إلا أن ذلك مشروط بان يكون نجم عنه مباشرة بحيث لم يكن في المقدرة تفاديه ببذل الجهد المعقول الذي تقتضيه ظروف الحال من الشخص العادي ."

---

(١) حكم محكمة التمييز رقم ١٨٢ ، ١٩٢ لسنة ١٩٨٨ تجارى جلسة ١٩٨٩/٢/٦ – موسوعة مبادئ القضاء الإداري – ج٥ – القاعدة – ٥٠٥ ص ٢٢١.

(٢) حكم محكمة التمييز رقم ٩٩ لسنة ١٩٨٦ تجاري جلسة ١٩٨٧/١/٢١ – موسوعة مبادئ القضاء الإداري – ج٥ –القاعدة – ٥٠٧ ص ٢٢٩ .

وتابع الحكم في تقريره بان "... الخسارة التي لحقت الطاعن والكسب الـذي فاته نتيجة فوات فرصته في الترقية لم يكن نتيجة طبيعية لخطأ المطعـون ضـده وانه كان في مقدور الطاعن توقي هذه الخسارة وعدم تفويت فرصة الترقية لو انه بذل جهدا معقولا بالطعن على قرار الترقية عند إعادته للعمل ، وإذ رتـب الحكـم على ذلك عدم مسئولية الإدارة في هذا الخصوص فإنه يكون قد نفى فـي أسـباب سائغة تؤدي إلى ما خلص إليه علاقة السببية بين الضرر المدعى به والخطأ الذي ينسبه الطاعن إلى الجهة الإدارية ومن ثم فان النعى على الحكم بهذا السبب يكون على غير أساس .[1] "

٣- تعريف السبب المنتج وفكرة استغراق الخطأ وتعدد الأسباب :

فقد قامت بتطبيق قواعد المسئولية المدنية في كون رابطة السببية فيها تقوم على الخطأ المنتج للضرر حيث قالت بأن "... الحكم المطعون فيه قد أقام قضـاءه بإلزام الطاعن بالتعويض متضامنا مع المطعون ضده الثالث على ما خلص إليه من ثبوت الخطأ في جانبه متمثلا في عدم قيامه بما هو من واجباته الأساسـية مـن إزالة المخلفات التي تركها العدو العراقي من الأجسام والمواد الخطـرة .... فـان صدور حكم جزائي بإدانة ابن المطعون ضده الثالث لإلقائه القنبلة التي عثر عليها من تلك المخلفات مما أصاب أولاد المطعون ضدهما الأول والثانية لا يمنع من قيام مسئولية الطاعن بصفته لمساهمته بخطئه في وقوع الحادث مما يعد صورة مـن صور تعدد المسئولية عن الضرر ...." فان الحكم المطعون فيـه .... قـد اعمـل صحيح القانون ..." [2] .

---

(١) حكم محكمة التمييز رقم ٦٦ لسنة ١٩٩٥ تجاري جلسة ١٩٩٦/١/٢٩ – موسوعة مبادئ القضاء الإداري – ج٥ –القاعدة – ٥٠٨ ص ٢٣٢ .

(٢) حكم محكمة التمييز رقم ١٠١ لسنة ١٩٩٧ تجاري جلسة ١٩٦٨/٥/٤ – موسوعة مبادئ القضاء الإداري – ج٥ –القاعدة – ٥٠٩ ص ٢٣٧ .

رابعا ــ سلطة المحكمة فى تقرير علاقة السببية :

١-إن الكشف عن علاقة السببية من مسائل الموضوع التي يستقل قاضي الموضوع ببحثها وتقريرها وأكدت ذلك محكمة التمييز في احد أحكامها حيث قررت إن ".... استخلاص الخطأ الموجب للمسئولية وعلاقة السببية بينه وبين الضرر من اطلاقات المحكمة بغير معقب عليها في ذلك متى كان الاستخلاص سائغا ومستمدا من عناصر تؤدي إليه من وقائع الدعوى ...." (١)

وهكذا رأينا ان القضاء الكويتي فى تطبيقاته يقيم المسئولية المدنية على أساس الخطأ (كقاعدة عامة) ، وذلك بتطلب توافر أركان هذه المسئوليه التقليدية من حيث وجوب توافر عنصر الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما.

رأينا : والجدير بالذكر ان واقع القوانين فى الكويت ، اثناء مرحلة تطبيق مجلة الاحكام العدلية قد كانت طبقا لاحكام الشريعه الاسلامية التى كانت تقوم على مسئولية المباشر المطلقة وتقييد مسئولية المباشر ، وعلى ذلك فكانت المسئولية عن ايذاء النفس تخضع لقواعد الدية التى نظمتها قواعد الشريعة الاسلامية ، والمسئولية الناتجة عن اتلاف الحال تخضع لاحكام اجلة.

ثم صدور القانون رقم ٦لسنة ١٩٦١ ، الخاص بتنظيم الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع الذى ينظم موضوعات المسئولية المدنية ، والذى جاء ليقوم مقام احكام المجلة ، وقد نظم هذا القانون المسئولية المدنية على اساس الخطأ كقاعده عامه باشتراطه لامكان مساءلة الشخص ان يكون هناك تعمد او تعد.(٢) .

---

(١) حكم محكمة التمييز رقم ١٠١ لسنة ١٩٩٧ تجاري جلسة ١٩٩٨/٥/٤ – موسوعة مبادئ القضاء الإداري – ج٥ –القاعدة – ٥١١ ص ٢٤٩ .

(٢) يراجع الدكتور. ابراهيم الدسوقى ابو الليل – المسئولية المدنية بين التقييد والاطلاق – دار النهضة العربيه – رقم الايداع ١٩٨٠/٣١٦٠-بدون سنة طبع- صـ٣٥٩ .

تغير الوضع عما كان عليه فى ظل مجلة الاحكام حيث مسئولية المباشر مطلقة، فبموجب هذا القانون وكما تقول مذكرته الايضاحية انه تطلب التعمد او التعدى أي الخطأ التقصيرى ، لتحقق المسئولية ، ويستوى فى اشتراط الخطأ التقصيرى ان يكون العمل غير المشروع قد احدث الضرر مباشرةأو تسبيباً ففى الحالتين لاتتحقق المسئولية التقصيرية الا اذا كان هناك تعمد أو تعد [1] ".

وبظل هذا القانون ظهرت حالات تقررت المسئولية غير الخطئية فيها بنص المشرع فيها ، مثل مسؤولية حارس الأشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة .

وأيضا الاضرار الناتجة عن الالات الميكانيكية ، والتى تقرر مسئولية الحارس عن الاضرار التى تحدثها الا فى حالة القوة القاهرة او الحادث الفجائى أو خطأ المضرور او خطأ الغير مما تنتفى معها مسئولية ولو كان الضرر بفعل مباشر

ثم نص المشرع فى تعديل تشريعى لاحق بموجب القانون رقم ٤٢لسنة ١٩٦٧[2] ، باضافة الماده ١٩ مكرر التى تقرر بانه "...اذا وقع ضرر على النفس اثناء استعمال الاشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة ولم تثبت المسئولية عنه فان المباشر يكون مسئولا عن هذا الضرر وفقا لقواعد الدية الشرعيه الا اذا ثبت ان المصاب قد تعمد اصابة نفسه او ثبت ان الحادث وقع نتيجة سوء سلوك فاحش ومقصود من جانب المصاب" . [3] "

ونص القانون المدنى الكويتى فى المادة (٢٥٥) على نفس المبدأ المقرر فى القانون السابق ، مستهدفا التجاوب مع احكام الشريعة الاسلامية فى ضمان اذى النفس وهى الحالة التى يسفك فيها الدم بفعل شخص معلوم ، ولكن من غير ان يقع منه الخطأ او ما هو فى حكمه ، بحيث يضمن للمصاب دمه فى الاحوال التى تعجز فيها احكام المسئولية عن العمل غير المشروع عن التعويض عنه ، مما يعتبر هذا خروجا على احكام هذه المسئولية واستثناء عليها.

---

(1) مشار إليها في الدكتور. ابراهيم ابو الليل – المسئولية المدنية بين التقييد والاطلاق – مرجع سابق صـ ٣٥٩.

(2) تم عدل بمقتضى المرسوم بقانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٧٦ .

(3) يراجع الدكتور . ابراهيم الدسوقى ابو الليل – المسئولية المدنيه بين التقييد و الأطلاق – مرجع سابق صـ ٣٦٠ .

فيقرر هذا النص الجزاء على من يكون قد باشر سفك الدم لمجرد انه باشره الا ان هذه المسئولية هنا مقيدة بموجب هذا النص فقط على من يكون قد باشر الضرر بشيء مما يتطلب لخطورته على الناس عناية خاصة كالسيارات ونحوها من المركبات، اما غير ذلك مما يشكل خطر اخر فغير منصوص عليها ، مما يعنى العودة او التغير جزئيا نحو القاعدة التى تقرر ان المباشر ضامن ولو لم يتعد الإسلامية ، الا انه تطبيق جزئى مبتسر لانه مقيد بالآتي :

١- ان يكون الضرر نتج من الاشياء التى يتطلب لحراستها عناية خاصة عمن يتولى امرها.

٢- انها قاصرة على ضمان اذى النفس تجب فيه الدية فقط دون تلف المال.

٣- الا يكون الضرر نتيجة تعمد المصاب الحاق الاذى بنفسه او نتيجة سلوك فاحش ومقصود من جانبه.

ونلاحظ ايضا على النص المادة ٢٥٥ايضا بان ضمان اذى النفس يكون فى حدود مما يستوجب الدية وفقا لاحكام الشرع فقط مما يعانى عدم شمولها للتعويض والذى هو ذو معنى أوسع فى جبر الضرر ويشمل نوعى الضرر المادي و الأدبى .

ويمكن القول انه من ضمن الاستثناءات التى اوردها القانون المدنى الكويتى على نظرية الخطأ هى مسئولية متولي الرقابة ومسئولية المتبوع عن عمل التابع ، ومسؤولية الشخص عما يلغيه أو يسقطه من مكان يشغله ، اعتبارا بانها قد تتمثل فى بعض الاحيان مسؤولية عن فعل من يتواجدون فى المكان .

ومسؤولية المتبوع عن الضرر الناجم عن فعل التابع كما تقرر المذكرة الايضاحية للقانون المدنى فى شرحها للمدة٢٤٠، فإنها " انما تقررت لمصلحة المضرور اذ كان فعل التابع يتمثل منه عملا غير مشروع من شأنه ان يشغل مسؤوليته هو ، وبشرط ان يكون قد وقع منه فى اداء وظيفته ، أو بسبب هذه الوظيفة ".

فمما سبق عرضه تبين لنا ان الخطأ وان كان اساس مهم للمسؤولية المدنية الا ان اهميته اخذت تتناقص على مر الزمن ، على حد تعبير المذكرة الايضاحية للقانون المدنى الكويتى ،و أن المشرع قد آثر أن يبقى عليه فى مجال المسئولية عن عمل النفس.

وتأكد لنا ان ركن الخطأ بدأ يتلاشى ، وذلك من كثرة الاستثناءات التى اصبحت ترد عليه سواء اكان ذلك بنصوص صريحة ام احكام قضائية واضحة .

ولعله يجوز لنا ان نقتبس مما ورد فى المذكرة الايضاحية الذى يدل على قناعتها بتدهور نظرية الخطأ ، وبتبشيرها بأساس آخر أو اكثر من أساس لقيام المسئولية المدنية حيث قالت فى تعليقها على بعض المواد المتعلقة بضمان اذى النفس بانه" واذا كان من الممكن ان تقوم الدولة بالتعويض عما يصيب الناس من اضرار اذا تعذر الوصول الى معرفة المسؤول عنه سواء الحقت هذه الاضرار النفس ام المال ، إلا إن المشرع آثر مع ذلك ان يقتع اليوم شأنه فى ذلك شأن غيره من كثير من القوانين الحديثة فى اوروبا وامريكا واستراليا ، بالوقوف عند الضرر الذى يلحق النفس وهو الاخطر والاهم حتى اذا ما استقر المبدأ واستوعبته حضارة الجيل امكن بعد ذلك النظر فى تعميمه".

وهناك من الأمور ما يهيىء الارضية المناسبة للكويت لتبنى أسس اخرى لتقرير المسئولية المدنية والتخلى عن المسئولية الخطأية ، وخاصة فى بعض الصور والتطبيقات التى يمكن التعويض عنها لمصلحة المضرور وذلك لمطابقتها للعدالة ، وهى ان فعلت ذلك كان لها الشرف الريادة والقيادة للتشريعات العربية المتمسكة بهذه النظرية .

فمن الامور التى تهيىء المناخ المناسب لهذه الخطوة المدنية التقدمية ، هو ما ورد في الأمر الأميرى رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦ باصدار قانون التامينات الاجتماعية فى الباب الرابع منه تأمين إصابات العمل ، مع انه وللاسف قد تاجل العمل باحكام هذا الباب لحين صدور مرسوم اميرى بتحديد تاريخ العمل به وذلك بمقتضى المرسوم بالقانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٧٧ ، والى الان لم يتم العمل بهذا الباب لعدم صدور المرسوم المشار اليه.

ثم أصدر مجلس الوزراء القرار رقم ٤٣ /٨٣ حالات التعويض عن الوفاة او الاصابة بالعجز اثناء العمل او بسببه الى كل من وزير العدل والشئون القانونية ووزير المالية ، اللذان قاما بتشكيل لجنة ثلاثية لبحث طلبات التعويض عن اصابات العمل بتاريخ- ١١/ ١٢/١٩٨٦، وعرضها على لجنة التعويض للفصل فيها ، مع الاستهداء بالتعميم بالقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٨٣ الصادر من ديوان الموظفين بشأن اجراءات تعويض الموظفين عما يلحقهم من وفاه او اصابات اثناء العمل وبسببه.

وقد تطلب هذا التعميم من الجهات الحكومية عمل تحقيق بشأن الحادث يبين ظروف وقوعه وما اذا كان نتيجة عمد او سوء سلوك فاحش ومقصود من الموظف المصاب.

ثم ارسال الحالة المعروضة الى ادارة الفتوى والتشريع كى تتولى بحث هذه الحالة وبيان ما اذا كان الاساس القانونى للتعويض هو قواعد المسئولية عن العمل غير المشروع ام قواعد العدالة .

ويبدو أن قضاء محكمة التمييز في الكويت قد فهم من أن تشكيل هذه اللجنة لبحث طلبات التعويض عن إصابات العمل لم يأت بإعتبارات أن التعويض هو حق للعاملين عن إصابات العمل وأن عمل اللجنة هو بحثها وبيان أساس القانوني للتعويض فقط، هل هو يستند إلى قاعدة المسئولية عن العمل غير المشروع أم هو يسند إلى قواعد العدالة، ومن ثم عرض الحالة للنظر في مقدار التعويض الذي تؤدية الحكومة إلى الموظف المصاب أو إلى ذوية، كحق له ولهم ، دون أن يعتبر هذا التعويض " منحة " من الدولة ، والذي جاءت احكام محكمة التمييز على إعتبار أنه منحة وليس حق، وأن تكون الإصابة قد نشأت عن خطأ تسأل عنه الدولة، حيث قالت محكمة التمييز في حكم حديث لها بأنه " ... من المقرر أنه وإن كان التعويض الذي تمنحه الدولة بناء على قرار اللجنة الثلاثية المختصة ببحث طلبات

التعويض عن إصابات العمل لموظفي الدولة لا يحول دون مطالبة الموظف بتكملة التعويض الجابر لكامل الضرر الذي لحق به من جراء إصابته أثناء العمل وبسببه إذ أن هذا الحق يظل مع ذلك قائماً وفقاً لأحكام القانون المدني إلا أن المنـــاط فـــي ذلك أن تكون هذه الإصابة قد نشأت عن خطأ تســـأل عنـــه الدولـــة... إن أوراق الدعوى قد خلت مما يثبت أن أصابة الطاعن قد نشأت عن خطأ تسأل عنه الدولـــة مناط رجوع الطاعن عليها بالتعويض... وإذ كان هذا الذي خلص إليـــه الحكـــم لا مخالفة فيه للقانون..." وأكملت قائلة بأن "... المبلغ الذي تقرره اللجنـــة المشـــار إليها لا يعدو أن يكون منحة من الدولة للموظف الذي أصيب أثناء وبسبب العمل.."

وأردفت قائلة بأن ".... إحالة حالات تعويض موظفي الدولة عن إصابات العمل إلى كل من وزير العدل والشئون الإجتماعية و وزير المالية وبتفويضهما بتشكيل لجنة ثلاثية لبحث طلبات التعويض تلك فأن ذلك مؤداه أن المشرع لم يضع على عـــاتق الدولة إلتزاماً بالتعويض عن إصابة العمل التي تقع للعاملين المدنيين بالدولة ..."

ختمت بقولها بأنه "... لا يجوز الأرتكان إلى قاعدة العدالة للقضاء بـــإلزام جهـــة الإدارة بالتعويض عن إصابات العمل التي تقع للعاملين المدنيين في الدولة اثنـــاء وبسبب العمل في حالة انتفاء خطئها الموجب للمسئولية وعـــدم تـــوافر الشـــروط اللازمة للرجوع على الدولة بالجدية الشرعية بإعتبارها ضامنة لأذى الـــنفس لأن نص المادة الأولى من القانون المدني لم تورد قواعد العدالة مـــن بـــين مصـــادر التشريع الرسمية الأصلية أو الأحتياطية التي حددتها تلك المادة على سبيل الحصر والتي يتعين على القاضي أن يلتمس فيها الحكم القانوني المنطبق علـــى الواقعـــة المطروحة عليه...[1]" .

وتابعت وزارة العدل المحكمة في هذا المنهج حيث ورد في مذكرة للمكتب الفنـــي لوزارة العدل حول التنظيم التشريعي للتعويض عن إصابات العمل أوضحت أنه من غير الملائم إصدار قرار من مجلس الوزراء يتناول وضع نظام وضوابط التعويض عن إصابات العمل ، لأنه سيكون بمثابة تشريع يفتح الباب على مصرعية للدعاوي أمام القضاء عند عدم إجابة طالب التعويض إلى طلبه[2].

---

(١) حكم محكمة التمييز رقم ٢٠٧،٢٠٦ لسنة ٢٠٠١ مدني/٢ – جلسة ٢٠٠٢/٣/١٨ – حكم غير منشور .
(٢) مذكرة بشأن ضوابط التعويض التعويض عن إصابات العمل ٠ المكتب الفني – وزارة العدل – مذكرة غير منشورة.

- فهل تحتاج مبادئ العدالة والتي هي هـدف التشـريعات السـماوية والأرضية – إلى إقرار والنص عليها في صلب القوانين..؟ .
- وهل هذا هو الجزاء العادل للموظف الذي أفنى حياتـه فـي خدمـة الدولة وتعرض أثناءها إلى إصابة أن ينظر إلى وصفه فقـد يمـنح تعويضاً أو لا يمنح..!!! في حين أنه من المفروض أن تكون ذلـك حقاً ثابتاً له.. وهل في لجوء طالب التعويض إلـى القضـاء بطلـي تعويضه خوف أو سبب ذعر إلا على من لا يريد أن يسلم بما عليـه من حقوق...؟ .
- ولعل مثل هذه الأحكام ما يدفع أيضاً بإتجاه فتح العمل بأحكام البـاب الرابع من قانون التأمينات الإجتماعية والمتعلـق بإصـابات العمـل ويدفع أيضاً بإتجاه المطالبة نحو تقرير المسـئولية المدنيـة غيـر أساس الخطأ.

يضاف على ذلك الاقتراح المرفوع من اللجنة الاستشارية العليا للعمل علـى استكمال تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية ، والمتضمن تقرير اللجنة التشـريعية[1] باقتراح تعديل بعض أحكام المرسوم بقانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ بإصدار القانون المدني .

حيث رأت اللجنة تعديل المادة / ٢٢٧ يجعل أساس المسئولية هـو الضـرر وليس الخطأ وذلك تماشياً مع الفقه لإسلامي استناداً إلـى حـديث " لا ضـرر ولا ضرار " .

وعلقت المذكرة الايضاحية للاقتراح المذكور على هـذا التعـديل بقولهـا أن "...النص الحالي يجعل أساس مسئولية الخطأ بينما يذهب الفقه الإسلامي إلى جعل أساس المسئولية المدنية هو الضرر ، وليس الخطأ ، وذلك استناداً إلى حديث " لا

(١) رفع التقرير إلى حضرة صاحب السمو أمير دولة الكويت في صفر ١٤١٥ هـ الموافـق يوليـو ١٩٩٤ انظـر التقريـر مـن منشورات الديوان الأميري ص ٣٢ .

ضرر ولا ضرار " والقاعدة التي تقول أن الضرر يزال المادة " ٢٠ من مجلة الأحكام العدلية " وأخذ الفقه الإسلامي من ذلك أن مسؤولية من يضر بغيره أنها مسئولية مالية لا تقوم على الخطأ بل تقوم على الضرر ومن ثم فلا يشترط في هذه المسئولية أن يكون مرتكب الفعل الضار مميزا فالتعويض يناط بالضرر المترتب على فعل محظور في ذاته ، ولو صدر من عديم الأهلية فغير المميز مسئول في حالة التلف الذي يلحق المال او النفس لذا فقد استبدلت عبارة " كل فعل سبب ضرراً للغير " بعبارة " كل من أحدث بفعله الخاطئ ضرراً للغير " وميزه النص المقترح أنه يخفف من عبء الاثبات على عاتق المضرور فيكفيه إثبات الفعل الذي ترتب عليه الضرر أي أثبات نسبة هذا الفعل إلى المدعى عليه فلا يتحمل المضرور اثبات خطأ صدر من المسئول وغالبا ما يصعب عليه ذلك " [1] .

ونحن في هذا المطالبات وانما يشتد ظهرنا ويقوى، لاستنادنا الى ركن شديد الا وهو دستورنا العتيد الذى حرص فى الباب الثانى منه فى معرض بيان المقومات الاساسية للمجتمع الكويتى فى المادة (٢٥) منه بأن " تكفل الدولة تضامن المجتمع فى تحمل الاعباء الناجمة عن الكوارث والمحن العامة وتعويض المصابين بأضرار الحرب او بسبب تأدية واجباتهم العسكرية ".

وما نأمله من المشرع هو التدخل اولا باصدار قانون ليفتح الباب بالعمل بقانون التامينات الاجتماعية فى الباب الرابع منه بشأن تأمين اصابات العمل.

وثانيا الاستجابة لما بشرت به المذكرة الايضاحية بتعميم المبدأ الذى نظم الضرر الذى يلحق بالنفس ، وإمكانية قيام الدولة بالتعويض عما يصيب الناس من اضرار.

---

(١) هذا النص المقترح يقابل في التشريعات العربية المواد ١٦٩ من المشروع المصري ، ٢٨٢ ، ٢٨٣ ، إماراتي ، ٢٦٤ من مشروع القانون العربي الموحد ، ٢٥٦ أردني . و ١٦٥ بحريني .

الخاتمة

أما وقد آن لهذه الرسالة أن تحط رحالها ... وتصل إلى مبتغاها فلا بد من كلمة أخيرة نحو القضاء الإداري في الكويت نوضح فيها وضعه القائم وتأثره من خلال وضعه ضمن دوائر المحكمة الكلية .

وباعتقادي أن هذه رسالة الباحث الحقيقية والتي أراد بها أن يلفت الأنظار نحو استقلال القضاء الإداري وإنشاء مجلس الدولة الكويتي .

ولم أريد أن تكون الخاتمة كما جرى عليه العرف في الرسائل العلمية في أن تكون ترديدا لما ورد بها ، أو إيجازا لما عرض في ثناياها ، مع الإشارة إلى أن الباحث ـ ومن خلال ما سبق عرضه ـ قد أشار في كل موضوع إلى ما يستحق إليه الإشارة وأقترح ما يفيد إن تعرض لإنتقاد ما وجب انتقاده .

وخير ما يمكن أن تستهل به هذه الخاتمة هو ما ورد في المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ بإنشاء دائرة بالمحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية حيث ورد فيها ما يلي :

(عندما صدر الدستور أجازت المادة " ١٦٩ " منه أن تخول الفصل في الخصومات الإدارية لغرفة أو محكمة خاصة يبين القانون نظامها وكيفية ممارستها للقضاء الإداري ومنذ ذلك الوقت قدمت بحوث ومشروعات عديدة في هذا الشأن .

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 ، وهذا النظر يتفق مع واقع البلاد التي سيعتبر 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 النظر في الموضوع واختيار الحل الملائم في ضوء ما يستجد من ظروف).

وبناء عليه نقول :

١- صدر الدستور الكويتي عام ١٩٦٢ وذكر القضـــاء الإداري ، ثـــم تراخـــت الحكومة في تفعيل هذه النصوص الدستورية إلـــى عـــام ١٩٨١ بإنشـــاء دائـــرة إدارة بالمحكمة الكلية .بمعنى أنها تأخرت (١٩) عاما لتفعيل النصوص الدستورية المعنيـــة بالقضاء الإداري .

٢- عللت الحكومة بالمذكرة الإيضاحية اختيارها هذا المسلك بـــ : ـــ

أ) اتفاقه مع واقع البلاد التي سيعتبر فيها قضاء أو الإلغاء في دور التجربة .

ب) حتى لا ينشأ جهاز جديد ضخم لعدد محدود من القضايا .

ثم تابعت المذكرة الإيضاحية وأوضحت إمكانية تغيير هذا الوضع وإعادة النظـــر فيه والوصول إلى حل ملائم إذا ما :

١- أسفرت التجربة عن نجاح هذا القضاء .

٢- وتزايد عدد القضايا المنظورة أمامه .

وتعتقد الآن أنه قد أن الأوان لإنشاء مجلس دولة مستقل لتحقق الأسباب السابقة وهي : ـــ

١- نجاح التجربة القضاء الإداري الكويتي بعد ممارسة امتدت لمـــدة ٢٣ عـــام أسفرت عن تراث كبير من الأحكام الإدارية .

٢- تزايد عدد القضايا المنظورة أمامه بدليل عدد ازدياد عـــدد الدوائر الإداريـــة إلى ٩ دوائر بعد أن كانت دائرة واحدة فقط .

ويضاف إلى ما سبق ، أن الأرضية في دولة الكويت الآن جاهزة ومهيأة لاستقبال إنشاء مجلس دولة فيها للأسباب الآتية :

١- وجود لجنة المناقصات المركزية منذ عام ١٩٦٤ كتعبير عن وجود العقود الإدارية منذ عهد طويل .

٢- وجود إدارة الفتوى والتشريع مع ما تمثله من تعبير لأقسام كثيرة ممكن أن تنضم إلى مجلس الدولة كقسم الفتوى وقسم التشريع .

٣- وجود كلية الحقوق وتدريس مادة القانون الإداري والقضاء الإداري بشكل خاص ، وقيام الكلية بطرح برامج للحصول على درجة الماجستير في القانون الإداري والقضاء الإداري .

ورغم هذا كله وبدراسة الواقع يتبين لنا أن القضاء الإداري لم يأخذ المكانة المفروضة والتي تليق به كحامي حمى المشروعية .

إن نشأة الدوائر الإدارية فى إطار النظام القضاء العادي ومن رحم هذا القضاء قلل ــ إن لم يكن قد قضي ــ على فرصة التطور الذاتي والطبيعي لهذه الدوائر نحو الاستقلال وإنشاء مجلس الدولة الكويتي ، واستقر المقام بهذه الدوائر ــ بحكم الواقع ــ باعتبارها مجرد دوائر نوعية من دوائر المحكمة الكلية المدنية والتجارية لا تختلف عن دوائر الأحوال الشخصية والدوائر العمالية ، وهي لم تصل حتى إلى اعتبارها محكمة مستقلة ضمن محاكم القضاء العادي لها جمعيتها العمومية واستقلالها وذاتيتها.

لقد أدي انخراط الدوائر الإدارية ضمن دوائر المحكمة الكلية إلى إسناد الاختصاص بتوزيع وتعيين قضاه هذه الدوائر إلى الجمعية العمومية للمحكمة الكلية ، وقد أدي ذلك إلى العديد من السلبيات التي انعكست على أداء ومستقبل الدوائر الإدارية من الجوانب الآتية:

أولا: ملاحظات على النظام القضائي للدوائر الإدارية.

١- رغم أن قانون إنشاء الدائرة الإدارية لم يتطلب صراحة وجود قضاة متخصصين في فروع القضاء الإداري إلا أن المذكرة أشارت إلى ذلك بقولها " دائرة تخصص لهذا الغرض " ورغم ذلك فقد أصبح قضاة ورؤساء هذه الدوائر هم بحسب الأصل من قضاة الدوائر المدنية والتجارية ، وهو ما أثر بالسلب على ذاتية هذا النوع من القضاء المبدع لافتقار قضاتها إلى التنشئة الخاصة والتمرس والتخصص .

وإذا ما تم تعيين بعض القضاة أو رؤساء الدوائر واكتسبوا الخبرة ، فإن حركة تنقلاتهم السنوية أو ترقياتهم أو نظام الإعارة من الدول العربية وعدم تقيده بأن يبدأ مع بداية الموسم القضائي كل ذلك يؤدي إلى استبدالهم بغيرهم، وهكذا فلا تستطيع هذه الدوائر أن تصل إلى غايتها من الاستقرار والنضج القانوني اللازم لها وهو أحد السمات الأساسية للقضاء الإداري ، لأن الإبداع والتطور لا يتأتى إلا بالخبرة الطويلة الناضجة وهي فرصة لا تتاح لقضاة هذه الدوائر.

٢- أن أداء الدوائر الإدارية بدأ يتأثر كثيرا بأسلوب العمل المتبع في الدوائر المدنية والتجارية كإصدار أحكام الاستجواب وكثرة إصدار الأحكام التمهيدية أو غير المنهية للخصومة وندب الخبراء والإحالة للتحقيق ، وهى وسائل يلجأ إليها القاضي المدني تقيدا بمبدأ حياد القاضي المدني ودوره السلبي فى إدارة وتوجيه المنازعات التي تعرض عليه فهو حسبه إتاحة الفرصة للخصوم لتقديم ما يعن لهم من دفاع لكنه لا يوجه الخصوم أو الخصومة ، بعكس القاضي الإداري الذي يتسم دوره بالايجابية ويستطيع بل يجب عليه توجيه الخصوم والخصومة إلى مسارها الصحيح ودوره الايجابي في الإثبات مما قد يعتبره بعض قضاة الدوائر المدنية خروجا على مبدأ حياد القاضي .

٣- أما مرحلة الطعن بالتمييز على الأحكام الإدارية فمن الملاحظ في مرحلة فحص الطعون والتي يبين من خلال المذكرات المقدمة عدم التعمق في البحث الفني الدقيق لوجوه الطعن على الأحكام الواردة بصحف الطعن .

أما دوائر محكمة التمييز المشكلة من قضاة القضاء المدني والتجاري أو الجنائي، وبالرغم من وجود عضوين من المتخصصين في القضاء الإداري ، فإنه ومن خلال الأحكام التي تعرضنا لها وجدنا تضارباً وعدم استقرار للمبادئ القضائية ، مما يدل على عدم تلاقح أحكام القضاء مع نتاج الفقه فيما وصل إليه حديثا في تحليله للقوانين الموجودة أو مناقشة للأحكام ، مع ملاحظة معالجة وجوه الطعن بأسلوب نمطي على ذات النهج بالأحكام المدنية والتجارية دون مراعاة ذاتية القضاء الإداري .

ثانيا: ملاحظات على اختصاص القضاء الإداري بالمنازعات الإدارية المستعجلة .

١- تمييز طلبات وقف تنفيذ القرارات الإدارية:

ينبغي التفرقة فى هذا الشأن بين منازعات الأفراد ومنازعات الموظفين

أ- منازعات الأفراد

تعتبر منازعات الأفراد هي صاحبة القدر الأوفر من حيث عدد الأحكام ومن حيث اتساع ولاية الدائرة الإدارية في وقف تنفيذ القرارات الإدارية المتعلقة بالأفراد ، حيث لا توجد قيود استثنائية على ولاية الدائرة الإدارية في نظر طلبات وقف تنفيذ القرارات الإدارية المتعلقة بالأفراد، وتتطابق الشروط المتطلبة لوقف التنفيذ في القانون الكويتي مع قانون مجلس الدولة المصري في هذا الشأن.

ب- منازعات الموظفين:

يمكن القول بأن ولاية الدائرة الإدارية في شأن طلبات وقف تنفيذ القرارات الإدارية المتعلقة بالموظفين تعتبر معدومة،حيث لا تملك الدوائر الإدارية الحكم بوقف تنفيذ أي قرار من القرارات الإدارية المتعلقة بالوظيفة والمحددة على سبيل الحصر،ولم يتيح لها سوى الحكم باستمرار صرف الراتب فى أحوال الطعن على قرارات إنهاء الخدمة(قرارات الفصل التأديبي،قرارات إنهاء الخدمة للاستقالة الصريحة،قرارات إنهاء الخدمة للاستقالة الحكمية فى أحوال الانقطاع عن العمل،وقرارات الإحالة للتقاعد) وشريطه توافر شرطا الجدية والاستعجال. أما في غير هذه الأحوال فهي لا تملك ولاية وقف تنفيذ أى قرار وهو بلا شك قصور تشريعي واضح يتعين التدخل لمعالجته واباحة طلبات وقف تنفيذ هذا النوع من القرارات.

٢- دعاوى تهيئة الدليل :

يجب التفرقة فى هذا الشأن بين أمرين:

الأول : دعاوى إثبات الحالة المتصلة أو المتعلقة بقرار إداري ، وقد استقرت دوائر القضاء المستعجل (المدينة) على الحكم بعدم اختصاصها نوعيا بهذا النوع من الدعاوى وإحالتها للدوائر الإدارية .

الثاني : وهى دعاوى إثبات الحالة المتصلة أو المتفرعة أو المتعلقة أو الناشئة من عقد إداري.

وهذا النوع من الدعاوى لا تزال حتى الآن تتنازعه دوائر القضاء المستعجل المدنية والدوائر الإدارية، فإذا رفعت دعوى إثبات الحالة أمام إحدى دوائر القضاء المستعجل فإنها تستمر في نظرها حتى بلوغ غايتها بالحكم بانتهاء الدعوى، فإذا عدل المدعي طلباته إلى طلبات موضوعية فإنها تحيلها للدوائر الإدارية.

وإذا رفعت دعوى إثبات الحالة أمام الدوائر الإدارية فهي تنظرها فى الحاليين سواء بلغت غايتها بإنتهاء الدعوي أم عدلت الطلبات منها إلى طلبات موضوعية بإعتبارها المختصة بالأمرين معا .

٣- الدوائر الإدارية المختصة بالمنازعات الإدارية المستعجلة :

لا توجد دوائر إدارية متخصصة بنظر المنازعات الإدارية المستعجلة وبطلبات وقف التنفيذ كما هو الحال فى محاكم مجلس الدولة المصري إذ خلال فترة الموسم القضائي التي تمتد من ٩/١ حتى ٦/٣٠ من كل عام يتم توزيع الدعاوى آليا عن طريق الحاسب الآلي بإدارة كتاب المحكمة دون تمييز بين دائرة وأخري وتنظر الدوائر الإدارية الدعاوى المستعجلة ضمن الدعاوى الموضوعية الأخرى التي تنظرها ولكن الدعاوى المستعجلة أو التي تتضمن طلبا مستعجل تتميز عن غيرها من الدعاوى الموضوعية بأمرين.

الأمر الأول : أنها لا تخضع لمدة التحديد التي تمر بها الدعاوى الموضوعية حيث لا تحدد جلسة لنظر الدعاوى الموضوعية إلا بعد انقضاء مدة شهر من تاريخ قيد الدعوى وشرط تمام إعلانها حتى تحدد جلسة لنظرها فإذا لم يتم إعلانها فإنها تستمر دون تحديد جلسة إلى فترات متفاوتة تجاوز مدة الشهر .

أما الدعاوى المستعجلة أو التي تنطوي على طلب وقف تنفيذ فتحدد لها جلسة بمجرد رفعها وبشرط أن يقدم المدعي طلبا لرئيس الدائرة المختصة لتحديد اقرب جلسة لنظرها ، وقد أدى ذلك إلى نوع من التحايل بإدراج طلبات وهمية ومفتعلة بقصد الإسراع في تحديد جلسة لنظر الدعوي .

الأمر الثاني : أن الدعاوى المستعجلة أو ذات الشق المستعجل تخصص لها دائرة إدارية أسبوعية خلال فترة العطلة القضائية لنظر الشق المستعجل وحده والفصل فيه في المحكمة الكلية فقط .

ولا يزال الأمر معقودا أن تخصص الجمعية العمومية للمحكمة الكلية احدي الدوائر الإدارية بصورة دائمة للفصل فى الدعاوى المستعجلة أو طلبات وقف التنفيذ طوال العام أسوة بما هو متبع فى محاكم مجلس الدولة المصري.

ثالثاً : ملاحظات على اختصاص الدوائر الإدارية بنظر إشكالات التنفيذ:

برغم استقرار الأمر مؤخرا على اختصاص الدوائر الإدارية لنظر والفصل فى إشكالات التنفيذ الوقتية أو الموضوعية فى الأحكام الصادرة في المنازعات الإدارية إلا أن ثمة ملاحظتين غاية الأهمية فى هذا الشأن :-

الملاحظة الأولى : هي عزوف المتقاضين عن رفع إشكالات التنفيذ في الأحكام والمنازعات الإدارية أمام الدائرة الإدارية حيث لا يمنح المستشكل الشهادة المعتادة التي تفيد الأثر الواقف بقوة القانون للإشكال الأول إلا بالنسبة للإشكالات التي ترفع أمام القضاء المستعجل المدني بصفته قاضيا للتنفيذ لأنه إذا تم رفع الإشكال أمام الدائرة الإدارية يعامل الإشكال بإعتباره دعوى عادية ما لم تحكم الدائرة الإدارية بوقف تنفيذ الحكم المستشكل فى تنفيذه وهو ما أدى بحكم الواقع إلى لجوء المتقاضين فى رفع إشكالاتهم في تنفيذ الأحكام الصادرة في المنازعات الإدارية أمام القضاء المستعجل المدني بصفته قاضيا للتنفيذ بل أن الجهات الإدارية ذاتها تلجأ إلى هذا الأسلوب للتمتع بميزة الأثر الواقف للإشكال الأول بقوة القانون بمجرد رفعة أمام هذه الدوائر رغم علمها بأنها غير مختصة .

الملاحظة الثانية : أن بعض دوائر القضاء المستعجل لا تزال حتى الآن تتصدى للفصل في إشكالات التنفيذ المرفوعة عن أحكام صادرة من الدوائر الإدارية وتنكر اختصاص الدوائر الإدارية بنظرها على أساس أن قانون إنشاء الدائرة الإدارية لم يخولها هذا الاختصاص وباعتبارها ليست محكمة مستقلة وإنما احدي دوائر المحكمة الكلية وأن دوائر القضاء المستعجل هي القاضي الطبيعي صاحبة الولاية العامة فى

المنازعات المستعجلة ومنازعات التنفيذ وان القانون لم يستثني من إختصاصها إشكالات التنفيذ في الأحكام الصادرة من الدوائر الإدارية.

وحتى إدارة الفتوى والتشريع تساهم في تكريس هذه الممارسة ، حيث أنها عندما ترفع الإشكالات فإنها ترفعها أمام القضاء المستعجل وليس أمام الدوائر الإدارية .

رابعا : ملاحظات على اختصاص قضاة الدوائر الإدارية بإصدار الأوامر الولائية والأوامر على العرائض:

إن المحاكم الكويتية لم تنتبه إلى هذا النوع من الاختصاص المتفرع من اختصاص الدوائر الإدارية إلا حين توالي صدور الأوامر على عرائض من قضاة المحاكم الابتدائية المدنية في شأن قرارات إدارية لا شبهه فيها كإصدار أمر على عريضة بوقف قرار إزالة وإصدار أمر على عريضة بالترخيص لشركة بممارسة نشاطها وإصدار أمر على عريضة بوقف قرار وزارة التجارة بعقد جمعية عمومية لإحدى الشركات، وقد اعترضت إدارة الفتوى والتشريع وقامت برفع تظلم من هذه الأوامر أمام الدائرة الإدارية التي قضت بإلغاء هذه الأوامر.

تأسيسا على انعدام ولاية قاضي الأمور الوقتية فى إصدار هذه الأوامر إلا انه حتى الآن لا يزال النظام المتبع لاستصدار الأوامر الولائية والأوامر على عرائض لا يميز بين أنواع هذه الأوامر وإسناد ما يتصل فيها بالمنازعات الإدارية لقضاة الدوائر الإدارية ولم يتم تناول هذا الاختصاص بثمة تنظيم حتى الآن، كما لم يسبق لقضاة الدوائر الإدارية التصدي، لإصدار هذه الأوامر لأن توزيع طلبات استصدار هذه الأوامر يتم مركزيا عن طريق المكتب الفني للمحكمة الكلية والذي لا يمايز بينه ما هو متصل بمنازعة إدارية أو غيره.

خامساً : الملاحظات على اختصاص الدائرة الإدارية :

تحدثنا في المبحث التمهيدي عن اختصاص الدائرة الإدارية ، ويهمنا هنا فقط الإشارة إلى ما يلي :

١-عدم دستورية المنهج الحصري الوارد في قانون إنشاء الدائرة الإدارية .

٢-المطالبة على الأقل ــ مرحلياً ــ بإطلاق اختصاص الدائرة الإدارية بجميع منازعات الموظفين .

وفي نهاية هذا المشوار نسأل المولى جل وعلا أن يوفق المخلصين من أبناء هذا البلد إلى أنزال القضاء الإداري منزلته اللائقة وإدخال التعديلات التشريعية المناسبة .

سبحان ربك رب العزة عما يصفون

وسلام على المرسلين

والحمد لله رب العالمين

ثبت بأهم المراجـــع

أولاً : المؤلفـــات :

١- الدكتور / إبراهيم الدسوقي أبو الليل .
*المسئولية المدنية بين التقييد والأخلاق – دار النهضة العربية –١٩٨٠.

٢- الدكتور / إبراهيم طه الفياض.
* العقود الإدارية – النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي – مكتبة الفلاح ١٩٨١.

٣- الدكتور / أحمد أبو الوفا.
* التحكيم الاختياري والإجبارى – منشأة المعارف – الإسكندرية – الطبعة الخامسة ١٩٨٨ .
* التعليق على نصوص قانون المرافعات ـ الطبعة السادسة ـ ١٩٩٠ .

٤- الدكتور / أحمد عثمان عياد.
* مظاهر السلطة العامة في العقود الإداريـــة – دار النهضـــة العربيـــة – ١٩٧٣.

٥ – الدكتور / أحمد كمال أبو المجد.
* رقابة القضاء على أعمال الإدارة.

٦ – الدكتور أحمد محمود جمعة .
* العقود الإدارية طبقاً لأحكام قانون المناقصـــات والمزايـــدات الجديـــد – منشأة المعارف – طبعة٢٠٠٢ .

٧- الدكتور / أحمد يسرى.
* أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي – منشأة المعارف – ١٩٩١

٨- الدكتور / إسماعيل البدوي.
* القضاء الإداري –أربعة أجزاء – دار النهضة العربية ١٩٩٦.

٩- الدكتور / السيد خليل هيكل.
* رقابة القضاء الإداري على أعمال الإدارة ـ كليـــة الحقـــوق ـ جامعـــة أسيوط .

١٠- الدكتور / السيد محمد مدني.
* مسئولية الدولة عن أعمالها المشرعة (القوانين واللوائح) في القانون المصري-المطبعة العالمية -١٩٥٢.

١١- الدكتور / أنور أحمد رسلان.
* الوسيط في القضاء الإداري - دار النهضة العربية -١٩٩٩ .
* مسئولية الدولة غير التعاقدية- دار النهضة العربية- الطبعة الثانية- ١٩٨٢ .
* تقارير الكفاية- دار النهضة العربية-١٩٨٣.

١٢- م / أنور العمروسى.
* أصول المرافعات ومذكرات الدفاع في الدعاوى والطعون- دار الفكر الجامعي - الإسكندرية -١٩٩٩.

١٣- الدكتور / توفيق شحاته.
* مبادئ القانون الإداري القاهرة - ١٩٥٥.

١٤- الدكتور / ثروت بدوى.
* النظرية العامة للعقود الإدارية.

١٥- الدكتور / جابر جاد نصار.
* التحكيم في العقود الإدارية - دار النهضة العربية - ١٩٩٧

١٦- الدكتور / جورجي شفيق ساري .
* التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجالي العقود الإدارية ـ دار النهضة العربية ـ ١٩٩٩ .

١٧- م / حمدي ياسين عكاشة.
* موسوعة العقود الإدارية في التطبيق العملي - منشأة المعارف - الإسكندرية١٩٩٨.
* موسوعة القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة - طبعة ١٩٨٧وطبعة ٢٠٠٠ ـ دار أبو المجد للطباعة بالهرم .

١٨- الدكتور / خميس السيد إسماعيل.
* دعوى الإلغاء ووقف تنفيذ القرار الإداري- دار الطباعة الحديثة - ١٩٩٣.

١٩- الدكتور / داود الباز .
*أصول القضاء الإداري في النظام الإسلامي ـــ دار النهضة العربية ـــ ١٩٩٦ .

٢٠- الدكتور / داود العيسى.
* المبادئ العامة للقضاء الإداري- ثلاثة أجزاء- مذكرات لطلبة الليسانس- كلية الحقوق- جامعة الكويت-غير منشورة.

٢١- الدكتور / رأفت فودة.
* النظام القانوني لميعاد الطعن بالإلغاء – دار النهضة العربية – ١٩٩٨.
* عناصر وجود القرار الإداري – دار النهضة العربية -١٩٩٩.
* دروس في قضاء المسئولية الإدارية- دار النهضة العربية – ١٩٩٤.

٢٢- الدكتور / رشوان حسن رشوان أحمد.
* أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد ـ الطبعة الأولى ـــ ١٩٩٤ ـــ دار الهاني للطباعة .

٢٣- الدكتور / رمزي سيف.
* الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية -١٩٥٩.

٢٤- الدكتور / رمزي طه الشاعر.
* قضاء التعويض " مسئولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية " -١٩٩٠.

٢٥- الدكتور / رمضان أبو السعود وآخرين .
* المبادئ الأساسية في القانون – منشأة المعارف ـ الإسكندرية ـــ ١٩٩٦.

٢٦- الدكتور / سامي حامد سليمان .
* نظرية الخطأ الشخصي في مجال المسئولية الإدارية – الطبعة الاولى – مكتبة النهضة المصرية – ١٩٨٨.

٢٧- الدكتورة / سعاد الشرقاوي.
* العقود الإدارية – دار النهضة- الطبعة الثانية.
* قضاء الإلغاء والتعويض.

٢٨- الدكتور / سعد عصفور.
* القضاء الإداري

٢٩- الدكتور / سليمان محمد الطماوي.
* القضاء الإداري – ثلاثة أجزاء- دار الفكر العربي- طبعة ــ ١٩٩٦
* نظرية التعسف في استعمال السلطة- مطبعة جامعة عين شمس – الطبعة الثالثة-١٩٧٨.
* مسئولية الإدارة عن أعمالها التعاقدية – مطبعة الاعتماد – الطبعة الاولى ١٩٥٣.
* الأسس العامة للعقود الإدارية- الطبعة الخامسة- دار الفكر العربي – ١٩٩١.
* النظرية العامة للقرارات الإدارية – دار الفكر العربي ــ الطبعة السادسة ــ ١٩٩١.

٣٠- الدكتور / سمير عبد السيد تناغو.
* النظرية العامة للقانون – منشأة المعارف – الإسكندرية.

٣١- الدكتور / سيد أحمد محمود.
* خصومة التحكيم القضائي ــ كلية الحقوق ــ جامعة الكويت.
* مذكرات لطلبة الدورات التدريبية .

٣٢- الدكتور / صلاح الدين فوزي ــ قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ــ دار النهضة العربية ــ ٢٠٠٠ .

٣٣- الدكتور / طارق فتح الله خضر.
* دعوى الإلغاء – دار النهضة العربية – القاهرة.

٣٤- الدكتور / طعيمة الجرف.
* مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون -١٩٧٦.
* قضاء الإلغاء.
* القانون الإداري – ١٩٦٤ وطبعة ١٩٧٣.

٣٥- الدكتور / عادل الطبطبائى.
* النظام الدستوري في الكويت -الطبعة الثالثة – ١٩٩٨.
* الحدود الدستورية بين السلطة التشريعية والقضائية-جامعة الكويت- الطبعة الأولى-٢٠٠٠.
* الوسيط في قانون الخدمة المدنية- الطبعة الثالثة ١٩٩٨ ــ كلية الحقوق ــ جامعة الكويت .

٣٦- الدكتور / عاصم أحمد عجيلة .
* طاعة الرؤساء وحدودها في الوظيفة العامة – الطبعة الرابعة – عالم الكتب –١٩٩٢.

٣٧- الدكتور / عبد الحكيم عبدالبصير فوده.
* الدفوع والدفاعات في المواد المدنية والجنائية في ضوء الفقه وقضاء النقض – دار المطبوعات الجامعية – الإسكندرية–١٩٩٨.
* النظرية العامة في تفسير العقود في القانون المدني المصري– جامعة الإسكندرية– ١٩٨٣.

٣٨- الدكتور / عبد الحميد الشواربى ، و أسامة عثمان.
* أحكام التقادم في القانون الإداري – منشأة المعارف– الإسكندرية.

٣٩- الدكتور / عبد الحى حجازي.
* المدخل لدراسات العلوم القانونية – كلية الحقوق والشريعة – جامعة الكويت–١٩٧٢.

٤٠- الدكتور / عبد الرازق السنهوري.
* الوسيط في شرح القانون المدني الجديد – نظرية الإلتزام – دار النشر للجامعات المصرية – ١٩٥٢ .

٤١- الدكتور / عبد الرضا علي أسيري .
*النظام السياسي في الكويت ــ مبادئ وممارسات ــ مطابع دار الوطن ــ الكويت ــ الطبعة السادسة معدلة ــ ٢٠٠٢ .

٤٢- الدكتور / عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد.
* أثر فعل الأمير على تنفيذ العقد الإداري – طبعة ١٩٨٩ – الولاء للطبع والتوزيع شبين الكوم.

٤٣- الدكتور / عبد الغنى بسيونى عبد الله.
* القضاء الإداري – منشأة المعارف بالإسكندرية – ١٩٩٦.
* النظم السياسية – الدار الجامعية – بيروت – ١٩٨٥ .

٤٤- الدكتور / عبد الفتاح أبو الليل.
* قضاء المشروعية – دار النهضة العربية – ١٩٩٨ .

٤٥- الدكتور / عبد الفتاح حسن.
* مبادئ القانون الإداري الكويتي- دار النهضة العربية -١٩٦٩
* التفويض في القانون الإداري وعلم الإدارة العامة – دار النهضة العربية – ١٩٧٠ – ١٩٧١.

٤٦- الدكتور / عبد الفتاح عبد الباقي.
* مصادر الالتزام في القانون المدني الكويتي- العقد والإرادة المنفـردة – ١٩٨٣.
* نظرية العقد- طبعة ١٩٦٤.

٤٧- الدكتور / عبد الله حنفي.
* العقود الإدارية – الكتاب الأول- دار النهضة العربية – ١٩٩٩

٤٨- الدكتور / عبد المجيد فياض.
* نظرية الجزاءات في العقد الإداري ـ دار الفكر العربي ـ ١٩٧٥.
* العقد الإداري في التطبيق ـ الملكية القانونية ـ ١٩٨٣.

٤٩- الدكتور / عبد المنعم الشرقاوى.
* نظرية المصلحة في الدعوى – طبعة ١٩٤٧.

٥٠- الدكتور /عبدالجليل محمد على.
* مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والأنظمة القانونيـة المعاصـرة – عالم الكتب – الطبعة الاولى – ١٩٨٤.

٥١- الدكتور/ عبدالحميد كمال حشيش.
* القرارات الإدارية القابلة للانفصال وعقود الإدارة – دار النهضة العربية.

٥٢- الدكتور / عثمان عبد الملك صالح.
* النظام الدستوري والمؤسسات السياسية في الكويت – الطبعة الأولـى – ١٩٨٩.
* السلطة اللائحية للادارة في الكويت- ملحق مجلة الحقوق والشـريعة- جامعة الكويت ـ الطبعة الثانية-١٩٩٤.
* الرقابة القضائية أمام المحكمة الدستورية في الكويت ـ ملحـق مجلـة الحقوق ـ كلية الحقوق ـ جامعة الكويت ـ الطبعة الأولي ـ ١٩٨٦ .

٥٣- الدكتور / عدلي أمير خالد .
*الإرشادات العملية في إجراءات الدعاوى المدنية ــ منشأة المعارف ــ الإسكندرية ــ الطبعة ١ ــ ١٩٩٨ .

٥٤- الدكتورة / عزيزة الشريف.
* نظرية العقد الإداري – دار النهضة العربية – مطبعة جامعة القاهرة – ١٩٨١.
* دراسات في نظرية العقود الإدارية وتطبيقاتها في الكويت – ١٩٩٨.

٥٥- الدكتور / عصمت عبدالله الشيخ .
* التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولى –٢٠٠٠.

٥٦- الدكتور / على الفحام.
* سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري– دار الفكر العربي –١٩٧٦.

٥٧- الدكتور / على عبدالعال سيد أحمد.
* دور القضاء في تفسير القاعدة القانونية – الكويت – دار الكتب – الطبعة الثانية ١٩٩٧.

٥٨- الدكتور / عمرو فؤاد أحمد بركات.
* مبادئ القانون الإداري.

٥٩- الدكتور / فؤاد العطار.
* القضاء الإداري – دار النهضة العربية.
* مبادئ القانون الإداري – الطبعة الأولي ــ ١٩٥٥ .

٦٠- الدكتور / فتحي فكرى.
* الوجيز في قضاء الإلغاء – ١٩٩٦

٦١- الدكتور / فكرى أحمد مغاوري .
* تطور القانون الإداري الكويتي ــ إدارة الفتوى والتشريع مجلس الوزراء ــ ١٩٨٢ .

٦٢ – الدكتور / ماجد راغب الحلو.
* القضاء الإداري – دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية – ١٩٩٩.
* القانون الإداري ــ دار المطبوعات الجامعية – ١٩٩٤ .
* القانون الإداري الكويتي وقانون الخدمة المدنية الجديد ــ ذات السلاسل الكويت ــ ١٩٨٠ .
٦٣- الدكتور / مجدي المتولي السيد يوسف.
* أثر الظروف الاستثنائية على مبدأ المشروعية – القاهرة – ١٩٩٠ .

٦٤- مجدي مدحت النهري.
* مسئولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية " قضاء التعويض" – الطبعة الثانية – دار النهضة العربية – ١٩٩٧.

٦٥- الدكتور / محسن شفيق.
* التحكيم التجاري الدولي-١٩٩٧ ــ دار النهضة العربية .

٦٦- الدكتور / محمد إبراهيم دسوقي.
* تقرير التعويض عن الخطأ – الإسكندرية.

٦٧- الدكتور / محمد أحمد عبدالمنعم .
*مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية – دار النهضة العربية – ٢٠٠٠.

٦٨- الدكتور / محمد السنارى.
* الضوابط القانونية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود الإدارية – دار النهضة العربية.

٦٩- الدكتور / محمد أنس قاسم جعفر.
* العقود الإدارية – دار النهضة العربية ــ الطبعة الثانية ــ ٢٠٠٢.
* التعويض في المسئولية الإدارية – دار النهضة العربية – ١٩٨٧.

٧٠- الدكتور / محمد حامد فهمي.
* المرافعات المدنية والتجارية – طبعة ١٩٣٥-١٩٣٦.

٧١ – الدكتور / محمد فؤاد عبد الباسط.
* أعمال السلطة الإدارية – ١٩٨٩.
* القرار الإداري – دار الفكر الجامعي – الإسكندرية-٢٠٠٠.

٧٢ – الدكتور / محمد فؤاد مهنا.
* مبادئ وأحكام القانون الإداري في ظل الاتجاهات الحديثة – ١٩٧٨.
* دروس في القانون الإداري- ١٩٥٦.
٧٣- الدكتور / محمد صبري السعدي.
* تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية – دار النهضة العربية – الطبعة الأولى – ١٩٧٩.

٧٤- الدكتور / محمد عبد السلام مخلص.
* نظرية المصلحة في دعوى الإلغاء – دار الفكر العربي ١٩٨١ .

٧٥- الدكتور / محمد عبد المحسن المقاطع ، والدكتور / أحمد الفارسي
* القانون الإداري الكويتي – ١٩٩٧ – مطبعة جامعة الكويت.

٧٦- الدكتور / محمد عبد الواحد الجميلى.
* ماهية العقد الإداري في ضوء أحكام القضاء الفرنسي والمصري – دار النهضة العربية – ١٩٩٥.
* قضاء التعويض " مسئولية الإدارة عن أعمالها غير التعاقدية "- دار النهضة-١٩٩٦.

٧٧- الدكتور/ محمد عبدالمحسن المقاطع
* دراسة في اتجاهات القضاء الدستوري- جامعة الكويت- الطبعة الاولى- ١٩٩٩.
٧٨- المستشار / محمد عزمي البكرى.
* الدفوع في قانون المرافعات- فقها وقضاء – دار محمود للنشر والتوزيع-١٩٩٦.

٧٩- الدكتور / محمد على ال ياسين.
* القانون الإداري – الطبعة الأولى – الكتاب الثاني – ١٩٧٣.

٨٠- الدكتور / محمد كامل ليلة.
* التنفيذ المباشر- دراسة مقارنة – ١٩٦٢.
* الرقابة على أعمال الإدارة- دار النهضة العربية -١٩٧٠.

٨١- الدكتور / محمد ماجد محمود.
* مدى جواز التحكيم في العقود الإدارية ــ دراسة مقارنة ــ مؤتمر الكويت الدولي للتحكيم التجاري ــ ١٩٩٧ ــ إصدارات إدارة التحكيم القضائي ــ دولة الكويت .

٨٢- الدكتور / محمد ماهر أبو العينين.
* التأديب في مجال الوظيفة العامة .
* دعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري.
* موسوعة القرار الإداري - دار أبو المجد - ٢٠٠١ .
* العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات - دار أبو المجد - ٢٠٠٤ .

٨٣- الدكتور / محمد محمد بدران.
* رقابة القضاء على أعمال الإدارة .
* مذكرات في حكم التحكيم ـ ١٩٩٩ ـ دار النهضة العربية .

٨٤- الدكتور محمد محمود أبوزيد .
* القضاء الإداري - دار الثقافة العربية - ١٩٨٨ .

٨٥- الدكتور /محمد مرغني خيري.
* القضاء الإداري ومجلس الدولة -٢٠٠٠.

٨٦- الدكتور / محمود حلمي.
* القضاء الإداري - ١٩٧٧.
* دستور الكويت والدساتير العربية المعاصرة- ذات السلاسل-١٩٨٩.
* العقد الإداري - دار الفكر العربي- الطبعة الثانية ـ ١٩٧٧.

٨٧ - الدكتور / محمود سامي جمال الدين.
* القضاء الإداري والرقابة على أعمال الإدارة - منشأة المعارف-١٩٨١.
* التنظيم الإداري للوظيفة العامة ١٩٩٠.
* أصول القانون الإداري - ١٩٩٣.
* القضاء الإداري في دولة الكويت- الطبعة الأولى -١٩٩٨.

٨٨ - الدكتور / محمود عاطف البنا.
* الوسيط في القضاء الإداري - دار الفكر العربي - ١٩٩٠ .
* العقود الإدارية ـ دار العلوم للطباعة والنشر ـ الرياض ـ ١٩٨٤ .

٨٩ - الدكتور / محمود عبد المجيد المغربي .
* المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية وآثارها القانونية ـ المؤسسة الحديثة للكتاب ـ لبنان ـ الطبعة الأولى ـ ١٩٩٨ .

٩٠_ الدكتور / مصطفي أبوزيد فهمي
* الوجيز في القانون الإداري – ١٩٩٥.
* الدستور المصري – دار المطبوعات الجامعية – الطبعة التاسعة- ١٩٩٦.
* القضاء الإداري ومجلس الدولة – دار المطبوعات الجامعية – الاسكندرية –الطبعة العاشرة-١٩٩٨.

٩١ – الدكتور / مصطفي كامل.
* المبادئ العامة للقضاء الإداري وشرح قانون مجلس الدولة – مكتبة النصر المصرية- ١٩٥٤.

٩٢ – الدكتور / محمد كامل ليلة.
* الرقابة على أعمال الإدارة " الرقابة القضائية " ١٩٦٧ – ١٩٦٨.

٩٣ – الدكتور / مصطفي كمال وصفي.
* أصول إجراءات القضاء الإداري – مطبعة القاهرة – ١٩٦١.

٩٤- الدكتورة / نبيلة عبد الحليم كامل.
* الدعاوى الإدارية والدستورية – دار النهضة العربية – القاهرة ١٩٩٧ .

٩٥- الدكتور / هشام عبد المنعم عكاشة.
* مسئولية الإدارة عن أعمال الضرورة - دار النهضة العربية -١٩٩٨.

٩٦- الدكتور/ وجدي ثابت غبريال.
* مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة كأساس للمسئولية الإدارية – منشأة المعارف -١٩٨٨.

٩٧- الدكتور / وجدى راغب فهمي.
* مبادئ القضاء المدني من قانون المرافعات – دار الفكر العربي – طبعة ١٩٨٦

٩٨- الدكتور / وحيد رأفت .
* رقابة القضاء على الأعمال – القاهرة – ١٩٤٢ .

٩٩- الدكتور / يحي الجمل.
* النظام الدستوري في الكويت- ١٩٧٠ – ١٩٧١ – مطبوعات جامعة الكويت

ثانياً : الرسائل العلمية :

١- الدكتور/ حاتم على لبيب جبر
* رسالة دكتوراه – نظرية الخطأ المرفق ــ دراسة مقارنة ــ كلية الحقوق – جامعة القاهرة ١٩٦٨.

٢- الدكتور / حنفي علي جبالي
* المسئولية عن القوانين – رسالة دكتوراه عام ١٩٨٧

٣- الأستاذ / ذهبيان خالد العجمي.
* القيود الواردة على حق التقاضي و مدى مخالفتها للدستور – بحث لاستكمال متطلبات الماجستير في القانون – قسم القانون العام – كلية الحقوق – جامعة الكويت –١٩٩٧.

٤- الدكتور /رفاعي عثمان علي إسماعيل خالد .
* مسئولية الدولة على أساس المخاطر–دراسة مقارنة – رسالة دكتوراه – قسم القانون العام – كلية الحقوق – جامعة القاهرة –١٩٩٧.

٥- المستشار/ عادل ماجد بورسلى.
* إجراءات المنازعة الإدارية وفقاً للنظام القانوني الكويتي– بحث لاستكمال متطلبات الماجستير في القانون –قسم القانون العام – كلية الحقوق – جامعة الكويت ــ ١٩٩٥ .

٦- الدكتور / عبدالرحمن عبدالعزيز متولي .
* سلطة القاضي التقديرية في تعديل مضمون العقد – رسالة دكتوراه – جامعة القاهرة – ١٩٩٥ .

٧- الدكتور / عبد الفتاح صبري أبو الليل .
* دراسة مقارنة أساليب التعاقد الإداري بين النظرية والتطبيق – دراسة مقارنة رسالة دكتوراه – جامعة الزقازيق –١٩٩٤ .

٨- الدكتور / عناد رضوان محمود جراح
* فصل الموظف العام –رسالة دكتوراه–دراسة مقارنة– كلية الحقوق – جامعة القاهرة.

٩- الدكتور / فهد مرزوق فهد العنزي .
* النظام القانوني للترخيص الإداري في دولة الكويت – دراسة مقارنة – رسالة ماجستير – جامعة الدول العربية -٢٠٠٢ .

١٠- الدكتور/ محمد أحمد عبد النعيم عبد المنعم .
* مسئولية الإدارة على أساس المخاطر في القانون الفرنسي والمصري .
رسالة دكتوراه – كلية الحقوق – جامعة عين شمس-١٩٩٥.

١١- الدكتور / محمد صلاح عبد البديع السيد
* سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري – ١٩٩٣ – رسالة دكتوراه – كلية الحقوق – جامعة الزقازيق.
١٢ – الدكتور / مهند مختار نوح .
* الإيجاب والقبول في العقد الإداري – رسالة دكتوراه .

١٣- الأستاذة / نجلاء أحمد الغيص.
* مدى جواز التحكيم في العقود الإدارية – دراسة مقارنة في النظام الفرنسي والمصري و الكويتي – بحث لاستكمال متطلبات الماجستير في القانون – قسم القانون العام – كلية الحقوق-جامعة الكويت -٢٠٠٢.

١٤- الدكتورة / نجلاء حسن سيد أحمد خليل.
* التحكيم الإداري في المنازعات الإدارية في مصر وفرنسا- رسالة دكتوراه – كلية الحقوق- جامعة القاهرة -٢٠٠٢.

١٥- الدكتور / نجم أحمد الأحمد.
* التعاقد من الباطن في نطاق العقود الإدارية – رسالة دكتوراه – جامعة عين شمس- ٢٠٠١ .

١٦- الدكتورة / نهى الزيني.
* مسئولية الإدارة عن أعمال السلطة التشريعية – رسالة دكتوراه – كلية الحقوق- قسم القانون العام – كلية الحقوق- جامعة القاهرة – ١٩٨٥.

ثالثاً : الأبحاث العلمية :

١- الدكتور / إبراهيم علي حسن .
* تأملات في اختصاص التحكيم بمنازعات عقود الدولة – مجلة هيئة قضايا الدولة – العدد ٢ السنة ٤١ – ١٩٩٧–ص٢٤ وما بعدها .

٢- الدكتور / أحمد السيد عوضين حجازي.
* الرقابة الذاتية للإدارة العامة على أعمالها – كلية الحقوق – جامعة القاهرة ــ مجلة الحقوق.

٣- الدكتور/ أحمد كمال أبو المجد.
* الدور الإنشائي للقضاء الإداري بين المذاهب الشكلية والمذاهب الموضوعية – مجلة القانون والاقتصاد – السنة ٣٢- سنة ١٩٦٢ – العددين ٣،٤.

٤- الدكتور / أحمد كمال الدين مرسى.
* دعاوى الإدارة أمام القضاء الإداري – مجلة العلوم الإدارية – العدد الثالث–سنة١٩٧٧.

٥- الدكتور / أكثم الخولي.
* الإتجاهات العامة في قانون التحكيم الجديد – بحث مقدم الى مؤتمر القانون المصري الجديد للتحكيم التجاري الدولي وتجارب الدول المختلفة التي اعتمدت على القانون النموذجي – مركز القاهرة الإقليمي بالاشتراك مع لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي ١٢ – ١٣ سبتمبر١٩٩٤.

٦- الدكتور/ السعيد إبراهيم قصه المحامى
* الشروط الموضوعية لدعوى الإلغاء- مجلة المحاماة – السنة ٧١ – سنة ١٩٩١- العددان السابع والثامن.

٧- الدكتور / السيد صبري.
* نظرية المخاطر كأساس لمسئولية الدولة في القانون الإداري ــ مجلة العلوم الإدارية ــ السنة ٢ يونيه ١٩٦٠ .

٨- الدكتور/ أنور أحمد رسلان .
* التحكيم في منازعات العقود الإدارية – بحث مقدم لمؤتمر التحكيم لكلية شرطة دبي .

٩- الدكتور / بكر القباني.
* القانون الإداري في دول الخليج العربي – مجلة القانون والاقتصاد – السنة ٤٦ سنة ١٩٧٦- العددان ٢،٣ .

١٠- الدكتور / حسن درويش عبدالحميد .
* حدود السلطة الإدارية وحق الإدارة في سحب القرارات غير المنشورة – مجلة العلوم الإدارية – العدد٢ ديسمبر ١٩٨٢.

١١- الدكتور/ سامي عبدالحميد .
* سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري وحقوق المتعاقد – مجلة معهد القضاء – معهد الكويت للدراسات القضائية –السنة٣ العدد ٧ – ٢٠٠٤ .

١٢- الدكتور / سليمان الطماوي.
* شرط المصلحة في دعوى الإلغاء – مجلة مجلس الدولة – القاهرة ـ السنة ٤.

١٣- الأستاذ / سليمان خالد المطوع.
* لمحات من تطور القضاء و التشريع في الكويت – مجلة المحامى ـ العدد السابع ـ يناير ١٩٧٤ .

١٤- الأستاذ / سيد محمد السيد عرمان.
* نظرية القانون مصادره وأسسه العامة – مجلة الحقوق – جامعة الإسكندرية ـ ١٩٩٩ .

١٥- الأستاذ / صابر الرماح المحامى.
* المصلحة بين دعوى الإلغاء ودعاوى القضاء المدني – مجلة المحاماة – السنة ٧٠ – السنة ١٩٩٠- العددان ٧،٨.

١٦- الدكتور / صلاح الدين فوزي
* العقود الإدارية و عرض تحليلي لأحكام القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ في شأن المناقصات و المزايدات – مجلة البحوث القانونية والاقتصادية – جامعة المنصورة العدد٣٢ ابريل ١٩٩٨.

١٧- الدكتور/ عادل الطبطبائي.
* اختصاص المحكمة الدستورية بنظر شرعية اللوائح – مجلة المحامي – ١٩٨٧ – أعداد يناير , فبراير , مارس ص٢٦٥.
* مدى اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالحكم بعدم دستورية و عدم شرعية اللوائح – تعليق على الحكم القاضي بعدم دستورية وعدم شرعية قرار وزير التجارة والصناعة الخاص بمنع بيع أسهم – مجلة المحامي- السنة الرابعة –العددان ٤،٥- ص ٤٨.
* نشأة القرار السلبي وخصائصه القانونية – مجلة العلوم الإدارية – العدد الأول – يونيو-١٩٩٤.

١٨- الدكتور / عبد الحميد كمال حشيش.
* التطور الحديث للمبادئ العامة للعقود الإدارية – بحث منشور بمجلة العلوم الإدارية – لسنة١٩٦٣.

١٩- الدكتور / عبد الرسول عبدالرضا.
* موجز عن النظام القانوني والقضائي لدولة الكويت – مجلة الفتوى والتشريع –يوليو ١٩٩٨.

٢٠- الدكتور /عبد الفتاح حسن.
* إنعدام القرار الإداري – مجلة العلوم الإدارية – السنة ٢ – العدد ٢ – سنة ١٩٦٠.

٢١- الدكتور : عبد الفتاح عبدالحليم عبدالبر.
* الإنحراف في استعمال الإجراء الإداري- مجلة العلوم الإدارية – العدد الثاني – ديسمبر ١٩٨٠.
* التعويض في استعمال الإجراء الإداري – مجلة هئية قضايا الدولة – العدد الثانى – إبريل يونية ١٩٩٦.

٢٢- الدكتور / عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة.
* إلغاء القرار الإداري لحياده عن الهدف المخصص لإصداره – مجلة المحاماة – العدد الأول – ٢٠٠١.

٢٣- الدكتور / عثمان عبدالملك الصالح.
* التنظيم الدستوري للرقابة القضائية على أعمال الإدارة في الكويت ومحاولات وضعه موضع التنفيذ – مجلة الحقوق- السنة ١٠ – العدد ٢ – يونيو١٩٨٦ –كلية الحقوق – جامعة الكويت .
* ولاية الدائرة الإدارية في نظر طعون الموظفين ــ مجلة الحقوق ــ السنة ١٠ ــ العدد ٤ ــ ديسمبر ١٩٨٦ ــ كلية الحقوق ــ جامعة الكويت.

٢٤- الدكتور / علي الباز .
* جمعية المحامين الكويتية ــ مجلة المحامي ــ السنة ١٩ ــ يوليو ــ أغسطس ــ سبتمبر ١٩٩٥ .

٢٥ – الدكتورة / عزيزة الشريف.
* تطور الاختصاص القضائي بنظر منازعات القانون العام في أعقاب صدور القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ بشأن التحكيم القضائي – مجلة الحقوق – جامعة الكويت – ١٩٩٨سنة٢٢ العدد٢.

٢٦- الدكتور / محمد المقاطع.
* مدى اختصاص لجنة حقوق الإنسان في مجلس الأمة الكويتي بنظر شهادة سحب الجنسية – مجلة الحقوق – كلية الحقوق – جامعة الكويت – العدد ١ السنة ٢٥-١٩٩٣.

٢٧- الدكتور / محمد عبد الجواد.
* مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة – مقال بمجلة القانون و الاقتصاد س ٣٣ العدد ٤.

٢٨- الدكتور / محمود أبو السعود.
* سلطة الإدارة في تنفيذ العقد الإداري – بحث منشور بمجلة العلوم القانونية و الاقتصادية – كلية الحقوق – جامعة عين شمس – ١٩٩٧.

٢٩- الدكتور/ محمود إسماعيل علم الدين.
* تطوير فكرة القرار الإداري – مجلة العلوم الإدارية – السنة ١٠ – العدد ٢ –أغسطس ١٩٦٨.
٣٠- الدكتور / مصطفي كمال وصفي.
* سلطة الإدارة في تعديل شروط بإرادتها المنفردة – مجلة العلوم الإدارية – السنة ١٣ – العدد الأول – ابريل ١٩٧١.

٣١- الدكتور / مصطفي كمال وصفي.
* انعدام القرارات الإدارية – مجلة مجلس الدولة المصـــري – القـــاهرة – السنة٧.

٣٢- الدكتور / يسرى العصار.
* نطاق التحكيم في المنازعات الإدارية في مصر وفرنسا والكويت- تقرير مقدم الى مؤتمر مراكز التحكيم العربية المنعقد في جامعة بيروت العربية – في الفترة من ١٦ الى ١٨ مايو ١٩٩٩.

رابعاً : المجلات ومجموعات الأحكام :

في مصر :

١- مجلـــة المحـــامـــاة .

٢- مجلة العلـــوم الإداريـــة.

٣- مجلـــة القانون والاقتصـــاد.

٤- مجلـــة هيئـــة قضايا الدولة.

٥- مجلـــة مجلـــس الـــدولة .

٦- مجلـــة الوقائـــع المصرية.

٧- مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية.

٨- مجلـــة العلـــوم القانونية والاقتصـــادية .

٩- مجلـــة البحـــوث القانونيـــة والاقتصادية .

١٠- مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا – المكتب الفني.

١١- مجمـــوعة فتـــاوى مجلـــس الدولـــة – المكتـــب الفنـــي.

١٢- مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة القضاء الإداري – المكتب الفني .

١٣- 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.

١٤- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الجمعية العمومية للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع بمجلس الدولة مجموعة سمير أبو شادي .

١٥- مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا .

١٦- مجموعة أحكام محكمة النقض – الدائرة المدنية – المكتب الفني .

١٧ – 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 القانونية التي قررتها إدارة الفتوي 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 – ادارة الفتوى والتشريع – إعداد الأستاذان جمال الجلاوي –ناصر معلا .

٧- مجلة معهد القضاء – معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية – وزارة العدل .

٨- مجلة المحامى – جمعية المحامين الكويتية.

٩- الدستور الكويتي.

١٠- وثائق مجلس الامة.

١١- الجريدة الرسمية (كويت اليوم).

١٢- محاضر اجتماعات اللجنة التشريعية والقانونية – مجلس الأمة.

١٣- المرجع التشريعي لعقود الأشغال العامة والاتفاقيات الاستشارية ذات الصلة بعمل الوزارة ــ مجموعة المبادئ القانونية – التي قررتها المحاكم وإدارة الفتوى والتشريع في أربعين عاماً ١٩٦١-٢٠٠١ – وزارة الأشغال العامة طبعة ديسمبر ٢٠٠٢ – إعداد م.أحمد منصور – أ. نجوى بكر .

فهرس

منهجية الدراسة وخطة البحث ١

المقدمة ١
فكرة الدراسة وتحديد المشكلة ٤
أهداف الدراسة ٦
أهمية الدراسة وما تثيره من تساؤلات للمستقبل ٦
منهج الدراسة ٧
خطة البحث ٨

الفصل التمهيدى: تطور الإختصاص بالمنازعات الإدارية في بالكويت ١٠

المبحث الأول: الإختصاص بنظر المنازعات الإدارية قبل
إنشاء الدائرة الإدارية ١٣

المطلب الأول: التطور التاريخى لمفاهيم القضاء الإدارى
قبل إنشاء الدائرة الإدارية ١٤

الفرع الأول: غياب مفهوم القضاء الإدارى
والخصائص العامة للنظام القضائى قبل صدور قانون
تنظيم القضاء رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ ١٥

أولاً: غياب مفاهيم القضاء الإدارى فى هذه المرحلة ١٥

ثانياً: الخصائص العامة للنظام القضائى الكويتى
فى هذه المرحلة ١٨

١- تعدد هيئات الجهاز القضائي ١٩
٢- إجراءات الدعوى القضائية ٢٠
٣- وحدة القضاء وتعدد المحاكم وحق التمييز ٢١

الفرع الثانى: ظهور وانتشار مفهوم القضاء الإدارى
بعد صدور قانون تنظيم القضاء رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ ٢٢

أولاً: تنظيم القضاء الكويتى فى القانون
رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ ٢٣

ثانياً: الخصائص العامة للنظام القضائى الكويتى
فى هذه المرحلة ٢٥

ثالثاً: الاختصاص بنظر الطعون للتعويض على القرارات الإدارية ٢٥

أ- بالنسبة للقرارات الإدارية ٢٦
ب- بالنسبة لأعمال السيادة ٢٦

رابعاً: صدور الدستور والقواعد الخاصة بالقضاء الإدارى ٢٧

المطلب الثانى: التنظيم القانونى والتشريعى لولاية القضاء قبل إنشاء الدائرة الإدارية ٢٨

الفرع الأول: التنظيم القانونى لولاية القضاء الإدارى من خلال قانون تنظيم القضاء رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ ٢٩

أولاً: إستحداث اختصاص المحاكم بنظر دعاوى الطعون للتعويض فى القرارات الإدارية ٣٠

ثانياً: الحالات المحددة للطعن بالإلغاء قبل إنشاء الدائرة الإدارية ٣٤

ثالثاً: القيود الواردة علي اختصاص المحاكم بنظر المنازعات الإدارية ٣٧

١- القيد المطلق ٣٧
٢- القيد النسبي ٤١
٣- القيد المستقبلي ٤٣

الفرع الثانى: التنظيم التشريعى لولاية القضاء الإدارى ٤٤

أولاً: التنظيم الدستورى لولاية القضاء الإدارى من خلال وجوب إنشاء محكمة إدارية خاصة ٤٦

ثانياً: التنظيم الدستورى لولاية القضاء الإدارى من خلال الإجازة بإنشاء مجلس دولة مستقل ٤٧

ثالثاً: التنظيم الدستورى للرقابة على دستورية اللوائح من خلال إنشاء محكمة دستورية مختصة ٤٨

المبحث الثانى: الإختصاص بنظر المنازعات الإدارية بعد إنشاء الدائرة الإدارية ٥٠

المطلب الأول: تنظيم ولاية القضاء الإداري من خلال قانون إنشاء الدائرة الإدارية رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ ٥١

أولاً: الإختصاص المقيد لولاية القضاء الإدارى ٥٢

١- القرارات الإدارية المشمولة بقضاء الإلغاء ٥٣

٢- القرارات الإدارية المحصنة من قضاء الإلغاء ٥٥

ثانياً: ولاية القضاء الإداري علي منازعات العقود الإدارية ٥٨

ثالثاً: خصوصية تعريف الموظف المدني ٥٩

رابعاً: عدم رجعية الاختصاص الجديد للدائرة الإدارية علي القرارات الصادرة قبل إنشائها ٦٢

المطلب الثاني: تنظيم ولاية القضاء الإداري من خلال قانون تنظيم القضاء رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٠ ٦٣

أولاً: الجوانب القانونية الجديدة في القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٠ ٦٤

١- إلغاء القانون رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ ٦٤

٢- شمول ولاية القضاء لكافة أنواع المنازعات الإدارية إلغاءً وتعويضاً إلا ما إستثنى بنص خاص ٦٥

ثانياً: المآخذ القانونية على القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٠ ٦٧

١- استمرار استبعاد بعض المنازعات الإدارية من ولاية القضاء الإداري تحت مبدأ الإستثناء القانوني ٦٨

٢- استمرار استبعاد أعمال السيادة من ولاية القضاء الإداري ٦٩

٣- عدم تعرضه للأسلوب الحصري لإختصاصات الدائرة الإدارية الواردة في قانون إنشائها رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ ٧٠

الباب الأول: رقابة القضاء الإدارى الكويتى على القرارات الإدارية ٧٥

مقدمة : مفهوم دعوى الإلغاء وخصائصها ٧٦

خصائص دعوى الإلغاء ٧٨

١- دعوى الإلغاء دعوى قضائية ٧٨

٢- دعوى الإلغاء دعوى عينية أو موضوعية ٧٩

٣- دعوى الإلغاء تنتمي إلى قضاء المشروعية ٨٠

الفصل الأول: شـــروط قبول دعوى الإلغـــاء ٨٢

المبحث الأول: الشروط الشكلية لقبول دعوى الإلغاء ٨٣

المطلب الأول: القرار الإدارى محل دعوى الإلغاء ٨٤

الفرع الأول: مفهوم القرار الإدارى ٨٥

الفرع الثانى: عناصر وجود القرار الإدارى ٩٠

الغصن الأول: القرار الإداري تعبير بإرادة منفردة ٩٠

البند الأول : التعبير عن القرار ٩١
البند الثاني : صدور القرار بالإرادة المنفردة ٩٨

الغصن الثـــانى: صدور القرار من سلطة إدارية وطنية ١٠١

البند الأول : مفهوم صدور القرار من سلطة إدارية ١٠١
البند الثاني : مفهوم السلطة الإدارية الوطنية ١٠٤

الغصن الثالث: أن يحدث القرار أثر قانونياً ١٠٦

البند الأول : الأعمال التي ليس لها أثر قانوني ١١٦
البند الثاني: الإجراءات الداخلية ١٢٢
البند الثالث : المنشورات ١٢٥
البند الرابع : الإجراءات التنفيذية ١٢٦

المطلب الثانى: ميعاد رفع دعوى الإلغاء ١٢٩

الفرع الأول: بدء سريان ميعاد الطعن بالإلغاء وإمتداده ١٣٠

الغصن الأول: بدء سريان ميعاد الطعن بالإلغاء. ١٣١

أولاً : النشر ١٣٢
ثانياً : الإعلان ١٣٣
ثالثاً : العلم اليقيني ١٣٥

الغصن الثاني: كيف يتم إحتساب الميعاد ١٤٢
الغصن الثالث : إمتداد الميعاد. ١٤٦

أولاً : العطلات الرسمية ١٤٦
ثانياً : مواعيد المسافة ١٤٨
ثالثاً : حالة القرارات المستمرة ١٥٠
رابعاً : حالة القارارت المعدومة ١٥١

الفرع الثـــاني: أحكام ميعاد الطعن بالإلغاء ١٥٥
الغصن الأول : وقف الميعاد ١٥٥
أولاً : حالة القوة القاهرة ١٥٦
ثانياً : حالة النص في القانون ١٥٧
الغصن الثاني : فتـــح الميعـــاد ١٥٨
الغصن الثالث : قطـــع الميعـــــاد ١٦٣
البند الأول : حالة رفع الدعوى إلى محكمة غير مختصة ١٦٣
البند الثاني : طلب الإعفاء من الرسوم القضائية ١٦٣
البند الثالث : إعتراض جهة إدارية على القرار ١٦٥
البند الرابع : التظلم ١٦٥
أولاً : مفهوم التظلم الإداري وهدفه ١٦٦
ثانياً : شكل التظلم الإداري وأنواعه ١٧٠
ثالثاً : قواعد تنظيم التظلم الإداري ١٨٠
الغصن الرابع : انقضاء الميعاد والآثار المترتبة عليه ١٩٧
المبحث الثـــاني: الشروط الموضوعية لقبول دعوى الإلغاء ٢٠١
المطلب الأول: شرط المصلحة ٢٠١
الفرع الأول: مفهوم المصلحة ووقت توافرها ٢٠١
أولاً : مفهوم المصلحة ووقت توافرها ٢٠١
ثانياً: وقت توفر المصلحة ومدى تطلب إستمرارها ٢٠٧
الفرع الثـــاني: خصائص شرط المصلحـــة ٢١٢
أولا: المصلحة الشخصية والمباشرة ٢١٢
ثانياً : المصلحة المادية والمصلحة الأدبية ٢١٤
ثالثا : المصلحة المحققة والمصلحة المحتملة ٢١٦
رابعاً : المصلحة الجماعية ٢١٩

المطلب الثاني: شرط الصفة ٢٢٢
الفرع الأول: العلاقة بين الصفة والأهلية ٢٢٢
أولاً: مفهوم الصفة ٢٢٣
ثانياً : مدي ارتباط الصفة بالأهلية ٢٢٤
الفرع الثاني: العلاقة بين الصفة والمصلحة فى دعوى الإلغاء ٢٢٨
الفصل الثـــاني: أوجه الطعن بالإلغاء في القرار الإداري ٢٣٦
المبحث الأول: العيوب الشـــكلية ٢٤١
المطلب الأول: عيب عدم الاختصاص وخصائصه ٢٤١
الفرع الأول: مفهوم عيب عدم الإختصاص وخصائصه ٢٤٢
الفرع الثاني : أحكام عيب عدم الإختصاص ٢٤٦
الغصن الأول: صور عدم الاختصاص ٢٤٦
أولاً: عدم الاختصاص الموضوعي ٢٤٦
ثانياً: عدم الاختصاص المكاني ٢٥٥
ثالثاً: عدم الاختصاص الزماني ٢٥٦
الغصن الثاني : مدى الإرتباط بين عيب عدم الإختصاص والقرار المنعدم والقرار الباطل ٢٥٨
المطلب الثاني: عيب الشكل في القرار الإداري ٢٦١
الفرع الأول: مفهوم عيب الشكل في القرار الإداري وخصائصه ٢٦٢
الفرع الثاني: أحكام عيب الشكل ٢٦٤
الغصن الأول: قواعد أساسية للشكل في القرار الإداري ٢٦٤
الغصن الثاني : صور عيب الشكل ٢٦٧
المبحث الثاني: أوجه الطعن الموضوعية ٢٧٤
المطلب الأول: عيب المحل أو مخالفة القانون ٢٧٥
الفرع الأول: مفهوم مخالفة القانون في القرار الإداري ٢٧٦

الفرع الثـــاني: حالات عيب مخالفة القانون ٢٧٩

أولا: المخالفة المباشرة للقانون ٢٨٠
ثانيا: الخطأ في تفسير القانون ٢٨٢
ثالثا: الخطأ في تطبيق القانون ٢٨٣

المطلب الثاني: عيب السبب في القرار الإداري ٢٨٧

الفرع الأول: مفهوم عيب السبب في القرار الإداري ٢٨٨
الفرع الثـــاني: أحكـــام عيب الســـبب ٢٩٣

المطلب الثالث: عيب إساءة إستعمال السلطة ٣٠٠

الفرع الأول: مفهوم إساءة إستعمال السلطة ٣٠١

أولاً: مفهوم عيب إساءة إستعمال السلطة ٣٠١
ثانياً: صور إساءة إستعمال السلطة ٣٠٤

الفـــرع الثـــانـــي: خصائص عيب إساءة استعمال السلطة ٣١٢

الباب الثاني: رقابة القضـــاء الإداري الكويتـــي علـــى العقـــود الإدارية ٣١٩

مبحث تمهيدي: تعريف العقد الإداري وبيان أركانه وذكر أهم صوره ٣٢٢

المطلب الأول: ماهية العقد الإداري ٣٢٣

الفرع الأول: ماهية العقد الإداري وما قد يختلط به من تصرفات قانونية ٣٢٥

أولاً : العقد والقرار ٣٢٧
ثانياً : العقد الإداري وعقد الإدارة المدني ٣٢٨

الفرع الثاني: أركان العقد الإداري والجزاء على تخلف إحداها ٣٣١

الغصن الأول : أركان العقد الإداري ٣٣٣

أولاً : الرضا ٣٣٣
ثانياً : المحل ٣٤٠
ثالثاً : الســـبب ٣٤١

الغصن الثاني : الجزاء على تخلف أحد أركان العقد الإداري ٣٤٢

المطلب الثاني: أهم صور العقود الإدارية ٣٤٤

الفرع الأول: عقد امتياز المرافق العامة ٣٤٤

أولاً : مفهوم عقد امتياز المرافق العامة ٣٤٤
ثانياً : خصائص عقد الالتزام ٣٤٨
ثالثاً : انتهاء عقد الامتياز ٣٥٤

الفرع الثاني: عقد الأشغال العامة ٣٥٧

١- أن يرد موضوع العقد على عقار ٣٥٨
٢- أن يكون تنفيذ العقد لصالح شخص معنوي عام ٣٥٩
٣- أن يكون غرض العقد تحقيق نفع عام ٣٥٩

الفصل الأول: تمييز العقد الإداري ٣٦١

المبحث الأول: معايير تمييز العقد الإداري ٣٦٢

المطلب الأول: أن تكون الإدارة طرفاً فيه ٣٦٤

المطلب الثاني: أن يتصل العقد بتسيير مرفق عام ٣٦٨

المطلب الثالث: أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية ٣٧٢

المبحث الثاني: شروط إبرام العقد الإداري وأساليب إبرامه ٣٧٩

المطلب الأول: شروط إبرام العقد الإداري ٣٨٠

الفرع الأول: القيود السابقة على التعاقد ٣٨٢

أولاً : الاعتماد المالي (الإذن المالي) ٣٨٢
ثانياً : التصريح بالتعاقد واستصدار قرار بالتعاقد ٣٨٤
ثالثاً : الاستشارات الأولية : (الاستشارات السابقة) ٣٨٧

الفرع الثاني: القواعد الشكلية في العقود ٣٨٨

أولاً: مدى إستلزام شرط الكتابة في العقد ٣٨٩
ثانياً: أنواع الوثائق المكتوبة في عقود الإدارة ٣٩١

المطلب الثاني: أساليب إبرام العقد الإداري ٣٩٣

الفرع الأول: الأساليب العامة لإبرام العقد الإداري ٣٩٥

الغصن الأول : أنواع المناقصات ومبدائها العامة ٣٩٧

أولا: أنواع المناقصات ٣٩٨
ثانياً : المبادىء العامة التي تحكم فكرة المناقصات ٤٠٠

الغصن الثاني : المراحل التي تمر بها المناقصة وأحكامها القانونية ٤٠٦

البند الأول : مرحلة التقدم إلى المناقصـــات ٤٠٦

أولاً : الإعلان وعناصره ٤٠٦
ثانياً : شروط التقدم للمناقصة وإجراءاتها ٤١١
ثالثاً: القيود الواردة على حق الاشتراك في المناقصة ٤١٤
رابعاً : الطبيعة القانونية للتقدم للمناقصة ٤١٥
خامساً : إجراءات التقدم للمناقصة العامة والأثر المترتب عليه ٤١٧

البند الثاني : مرحلة تقديم العطاءات ٤١٩

أولاً : ميعاد التقدم بالعطاءات ٤١٩
ثانياً : موعد سريان العطاءات ٤٢٠
ثالثاً : شروط العطاء وأحكام التأمين ٤٢٠
رابعاً : فض العطـــاءات ٤٢٥

البند الثالث : مرحلة ترســية المناقصة ٤٢٦

أولاً : أحوال الترســية ٤٢٦
ثانياً : الطبيعة القانونية لقرار الترسية ٤٢٧

البند الرابع : الأحكام القانونية للمناقصة ٤٣٠
أولاً : أحوال المناقصة ٤٣٠

١- إلغـــاء المناقصة ٤٣٠
٢- إعادة طرح المناقصة ٤٣١
٣- تجزئـــة المناقصة ٤٣٢
٤- آلية التفاوض في المناقصات ٤٣٣
ثانياً : مرحلة إبرام العـــقـــد ٤٣٥
ثالثاً : مرحلة التوقيع على العقد ٤٣٧

الغصن الثالث : أحكام المزايدة العامة ٤٤١

الفـــرع الـــثانـــي: الأساليب الإستثنائية لإبرام العقد الإداري ٤٤٣

الغـصن الأول : الممارسة ٤٤٤

الغصن الثاني : الاختيار بالإتفاق المباشر ٤٤٧

الفرع الثالث: وضع لجنة المناقصات المركزية في الكويت ٤٥٠

أولاً : دور اللجنة المركزية بعد الترسية ٤٥٠
ثانياً : التظلم من قرارات اللجنة ٤٥١
ثالثاً : نطاق تطبيق قانون المناقصات ٤٥٣

المطلب الثالث: مدى جواز الإتفاق على التحكيم في منازعات العقود الإدارية ٤٥٧

الفرع الأول: الوضع في مصر ٤٥٩

الفرع الثاني: الوضع في الكويت ٤٦٢

أولاً : رأي الفقه ٤٦٣

١- الإتجاه المعارض للتحكيم بالفصل فى منازعات العقود الادارية ٤٦٤
٢- الإتجاه المؤيد للتحكيم للفصل في منازعات العقود الإدارية ٤٦٤

ثانياً : رأى إدارة الفتوى والتشريع في مدى جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية ٤٦٥

١- الفتاوى المعارضة التحكيم ٤٦٦
٢- الفتاوى المؤيدة للتحكيم ٤٦٦

ثالثاً: رأي هيئات التحكيم ٤٦٧

١- الرأي المؤيد للإختصاص بالتحكيم ٤٦٧
٢- الرأي الرافض للإختصاص بالتحكيم ٤٦٨

رابعاً : رأي القضاء الإداري في مدى جواز الإتفاق على التحكيم في منازعات العقود الإدارية ٤٦٩

خامساً : تقييمنا لهذا الموضوع ٤٧٠

الفـصل الثـاني: تنفيـذ العقـد الإداري ٤٧٢

المبحـث الأول: القواعد التي تحكم تنفيذ العقد الإداري ٤٧٣

المطلب الأول: سلطات وإلتزامات الإدارة المتعاقدة ٤٧٤

الفـــرع الأول: ســـلطات الإدارة المتعاقدة ٤٧٥

البند الأول : الإشراف والرقابة والتوجيه ٤٧٦
البند الثاني : ســـــلطة التـــعديل ٤٨٠
البند الثالث : ســـلطة التنفـــيذ المباشر ٤٨٨

١) حلول الإدارة محل المتعاقد معها في
تنفيذ التزاماته ٤٨٨
٢) اقتضاء الإدارة حقوقها مباشرة بإرادتها
المنفردة دون اللجوء للقضاء ٤٩٠

البند الرابع : سلطة توقيع الجزاءات ٤٩٢

الغصن الأول : المبادئ والأحكام القانونية ٤٩٢

الغصن الثاني : أنواع الجزاءات ٤٩٥

أولاً : الجزاءات المالية ٤٩٥

١- الغرامة التأخيرية ٤٩٥
٢- مصادرة التأمين ٥٠١
٣- التعويض ٥٠٣

ثانياً : الجزاءات القسرية ٥٠٤

ثالثاً : الجزاءات الفاسخة ٥١٢

١ - أنواع الفسخ ٥١٣

٢ - إعذار المتعاقد بالفسخ ٥١٥

٣ - الشطب كعقوبة تبعية
لجزاء الفسخ ٥١٧

رابعاً : الجزاءات الجنـــائية ٥١٧

البند الخامس : سلطة إنهاء العقد ٥١٩

الفـــــرع الثاني: التزامات الإدارة المتعاقدة ٥٢٥

أولاً :التزام احترام الالتزامات العقدية ٥٢٦
ثانياً : تسليم موقع الأعمال خال من العوائق ٥٢٧

ثالثاً : التزام الإدارة بتسليم المواد و الأدوات والأصناف المتفق عليها ٥٢٨

رابعاً : التزام الإدارة بمعاونة المتعاقد في الحصول على التراخيص اللازمة ٥٣٠
خامساً : التزام الإدارة بالتعامل بحسن النيه في تنفيذ العقد ٥٣١
سادساً : جزاء مخالفة الإدارة لالتزاماتها العقدية ٥٣٣

المطلب الثاني: التزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة ٥٣٥

الفرع الأول: إلتزامات المتعاقد مع الإدارة ٥٣٦

أولاً : الإلتزام بالتنفيذ الشخصي ٥٣٧
ثـــانـــياً : الالتزام بالتنفيذ في المواعيد المحددة ٥٤٣
ثـــالثـــا : الالتزام بضمان سير المرفق العام ٥٤٧
رابعاً : الالتزام بضمانة سلامة الأعمال ٥٤٨

الفـــــرع الـــثانـــي: حقـــوق المتـــعاقـــد مـــع الإدارة ٥٥٠

الغصن الأول : حق الحصول على المقابل المادي ٥٥١
الغصن الثـــاني : حق اعادة التوازن المالي للعقد ٥٥٣

المبحث الثـــاني: عوارض تنفيذ العقد الإداري ٥٥٥

المطلب الأول: عوارض التنفيذ الناتجة عن عمل الإدارة " نظرية عمل الأمير " ٥٥٧

الفـــــرع الأول: شروط نظرية فعل الأمير وحالاتها ٥٥٩

أولا : شروط نظرية فعل الأمير ٥٥٩

ثانياً : حالات فعل الأمير ٥٦٨

الفرع الثاني: الأثر المترتب على توافر شروط النظرية ٥٧٢

أولاً : الأساس القانونى لالتزام الإدارة بالتعويض ٥٧٣

ثانياً : معايير تحديد التعويض ٥٨٣

المطلب الثاني: عوارض التنفيذ الناتجة عن الظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة ٥٨٥

الفرع الأول: نظرية الظروف الطارئة ٥٨٦

الغصن الأول : مفهوم هذه النظرية ٥٨٨

الغصن الثاني : شروط نظرية الظروف الطارئة ٥٩٢

الغصن الثالث : أثار تطبيق نظرية الظروف الطارئة ٦١٢

الفرع الثاني: الصعوبات المادية غير المتوقعة ٦١٨

أولاً : أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ٦١٩
ثانياً : شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية
غير المتوقعة ٦٢٠
ثالثاً : آثار النظرية ٦٢٤
رابعاً : مدى تطبيق نظرية الصعوبات المادية
غير المتوقعة فى دولة الكويت ٦٢٥

الباب الثالث : إتجاهات القضاء الإداري الكويتي في مجال المسئولية غير العقدية ٦٣٤

الفصل الأول : مسئولية الإدارة على أساس الخطأ ٦٤٠

المبحث الأول : الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي ٦٤٢

المطلب الأول : التمييز بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي ٦٤٣

الفرع الأول : موقف الفقه والقضاء في التمييز بين
الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي ٦٤٣

الغصن الأول : موقف الفقه ٦٤٣

الغصن الثاني : موقف القضاء ٦٤٧

أولاً : موقف القضاء الفرنسي ٦٤٧

ثانياً : موقف القضاء المصري ٦٥١
الفرع الثاني : المسئولية عن التصرفات القانونية
وعن الأعمال المادية ٦٥٦

أولاً : الأعمال المادية ٦٥٦
ثانياً : الجريمة الجنائية ٦٦٤
ثالثاً : أثر أمر الرئيس ٦٦٩
المطلب الثاني : صور الخطأ المرفقي وتقديره ٦٧٦
الفرع الأول : صور الخطأ المرفقي ٦٧٩

الفرع الثاني : تقدير الخطأ المرفقي ٦٨٦

أولاً : الخطأ في القرارات الإدارية ٦٨٦

ثانياً : الخطأ في الأعمال المادية ٦٩١
المبحث الثاني : العلاقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي ٧٠٢

الفرع الأول : موقف القضاء من الفصل بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي ٧٠٣
الفرع الثاني : موقف القضاء من الجمع بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي ٧٠٥

الفصل الثاني : مسئولية الدولة على أساس المخاطر ٧١٠

المبحث الأول : مسئولية الدولة على أساس المخاطر ٧١١

الفرع الأول : موقف المشرع الفرنسي ومجلس الدولة وتطبيقاته القضائية ٧١٢
أولاً : التطبيقات التقليدية ٧١٣

ثانياً : التشريعات الحديثة ٧٢٠

الفرع الثاني : موقف القضاء والمشرع المصري من هذه النظرية ٧٢٥

أولاً : موقف المشرع المصري من مسئولية الدولة على أساس المخاطر ٧٢٥

ثانياً : موقف القضاء المصري قبل وبعد إنشاء مجلس الدولة ٧٢٧
المبحث الثاني : مبدأ المساواة أمام التكاليف العامة كأساس لمسئولية الدولة
على أساس المخاطر ٧٣٢

الفرع الأول : مبررات قيام المسئولية على أساس المساواة أمام التكاليف العامة ٧٣٤

أولاً : الأساس الدستوري لمبدأ المساواة أمام التكاليف العامة ٧٣٤
ثانياً : ذاتية قواعد المسئولية الإدارية ٧٣٥
ثالثاً : أهمية المسئولية على أساس المساواة لحماية المشروعية ٧٣٧

الفرع الثاني : حالات المسئولية التي تغيب فيها فكرة الخطأ والضرر ٧٣٩

أولاً: الأشغال العامة ٧٣٩

ثانياً : القرارات الإدارية المشروعة ٧٤٠

ثالثاً : القوانين والمعاهدات الدولية ٧٤١

رابعاً : الإمتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية ٧٤٢

الفرع الثالث : موقف القضاء المصري من توافر هذه الحالات ٧٤٤

المبحث الثالث : وضع مسئولية الدولة غير التعاقدية في الكويت ٧٤٥

التطبيقات القضائية الكويتية في بيان أركان وعناصر المسئولية على خطأ ٧٤٨

أولاً : وجود عنصر الخطأ ٧٤٨

ثانياً : وجود عنصر الضرر ٧٥٤

ثالثاً : ضرورة توافر علاقة السببية بين الخطأ والضرر ٧٥٦

رابعاً : سلطة المحكمة في تقرير علاقة السببية ٧٥٨

الخاتمة ٧٦٦

المراجع ٧٧٧

مستخلص الرسالة

إذا كان القانون الإداري ضروريا لتنظيم علاقات الإدارة فيما بينها وبين الأفراد فإن وجود القضاء الإداري هو ضرورة حتمية للفصل في المنازعات التى قد تثور بشأن هذه العلاقات، فالقضاء الإداري من أهم المؤسسات القضائية المعاصرة ، لحماية المشروعية والدستورية وإرساء دعائم العدالة وبناء دولة القانون ، مستهدفاً تجسيد مبدأ حق التقاضي تجسيداً فعليا على صعيد الواقع .

وإذا كان الدستور الكويتي لم يرد أن يرهق الدولة في بدايتها بوجود نظام قضائي إداري مستقل ومنفصل ، إلا أنه استشرق المستقبل وفتح الباب لإنشاء مجلس دولة يتربع على عرش القضاء الإداري إذا تحققت المبررات ، والتي لا شك بيقين وجودها منذ فترة طويلة ، الأمر الذي أرادت هذه الرسالة توجيه النظر إليه والحث على سرعة تبني إنشاء مجلس الدولة الكويتي ، لتكون هذه الرسالة لبنة في طريق بناء صرح القضاء الإداري الشامخ لحفظ الحقوق والحريات ، وملاذ الأفراد من أن تفرط عليهم الإدارة أو أن تطغي.

جامعة البحرين
المكتبة
LIBRARY
University of Bahrain