

بسم الله الرحمن الرحيم
(ربنا آتانا من لدنك رحمةً وهيئ لنا من أمرنا رشداً)
صدق الله العظيم
الآية (١٠) سورة الكهف

الوجيز في القانون الإداري

الدكتور مازن ليلوراضي
أستاذ القانون العام المشارك

إلى والدي ووالدتي ... آية للوفاء وعرفانا بالجميل ...
إلى رفاق دربي ... زوجتي وأولادي ...

مقدمة عامة

تنقسم القواعد القانونية التي تنظم كل مجتمع إنساني إلى قواعد قانونية تنظم العلاقات التي تنشأ بين الأفراد ، وقد أصطلح على تسميتها بالقانون الخاص ومن فروع القانون المدني والقانون التجاري وقانون المرافعات . أما النوع الآخر من القواعد فينظم العلاقات التي تنشأ بين الدول أو بين الدولة وهيأتها العامة من ناحية والأفراد من ناحية أخرى عندما تظهر الدولة بمظهر السلطة العامة . وقد أصطلح على هذا النوع من القواعد القانونية بالقانون العام ، ومن فروع القانون الدولي العام والقانون الدستوري والقانون الإداري والقانون المالي .

ومن المعروف أن القانون الإداري فرع من فروع القانون العام الداخلي - تمييزاً له عن القانون العام الخارجي الذي ينظم العلاقات بين الدول - والذي يهتم بسلطات الإدارة العامة من ناحية تكوينها ونشاطها وضمان تحقيقها للمصلحة العامة من خلال الإمتيازات الاستثنائية التي تقررها قواعد القانون الإداري .

وعلى ذلك فإن القانون الإداري يختلف اختلافاً جوهرياً عن القانون الخاص لاختلاف العلاقات القانونية التي يحكمها ، واختلاف الوسائل التي تستخدمها السلطات الإدارية في أدائها لوظيفتها من الوسائل القانونية ومادية وبشرية .

وقد ساهم التطور الكبير في الظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية ، وازدياد نشاط الدولة وتدخلها في هذه المجالات وعدم كفاءتها بدورها السابق في الحفاظ على الأمن الداخلي والخارجي ، في تضاعف دور القانون الإداري ومساهمة في وضع الوسائل المناسبة لإدارة دفعة نشاط السلطة العامة . وفي هذه الدراسة نتشرف بتقديم المبادئ العامة التي يقوم عليها القانون الإداري ، والذي يمثل المنهج الدراسي للمرحلة الثانية في كليات القانون .

وقد اتبعنا في هذه الدراسة خطة البحث التالية :-

الباب التمهيدي : طبيعة القانون الإداري .

الباب الأول : التنظيم الإداري .

الباب الثاني : نشاط الإدارة العامة .

الباب الثالث : الوظيفة العامة .

لباب الرابع : القرارات الإدارية .

الباب الخامس : العقود الإدارية .

الباب التمهيدي - طبيعة القانون الإداري

لابد قبل البحث في موضوع القانون الإداري أن نتيين بعض المسائل التي تلقي الضوء على هذا القانون من حيث طبيعته ، فنبين التعريف بالقانون الإداري ونشأته في دولته الأم فرنسا ثم في مصر التي كان لها دور الريادة في العالم العربي وبعد ذلك في العراق ، ثم نذكر خصائص ومصادر هذا القانون. ولعل من أهم ما سنبحثه في هذا الباب أساس القانون الإداري ونطاق تطبيقه ومعيار اختصاص القضاء الإداري ، ومن خلال هذا الموضوع نبين المعيار الذي نستطيع أن نقرر فيه أن نشاط الإدارة يدخل ضمن نطاق هذا القانون ويختص به القضاء الإداري أم لا .

وعلى ذلك سنقسم هذا الباب إلى فصول خمس :

الفصل الأول : التعريف بالقانون الإداري .

الفصل الثاني : نشأة القانون الإداري .

الفصل الثالث : خصائص ومصادر القانون الإداري .

الفصل الرابع : أساس القانون الإداري .

الفصل الأول - التعريف بالقانون الإداري

درج أغلب الفقهاء على تعريف القانون الإداري بأنه ذلك الفرع من فروع القانون العام الداخلي الذي يتضمن القواعد القانونية التي تحكم السلطات الإدارية في الدولة من حيث تكوينها ونشاطها بوصفها سلطات عامة تملك حقوقا وامتيازات استثنائية في علاقاتها بالأفراد. ()

بينما عرفه آخرون بأنه فرع من فروع القانون العام الذي يحكم الإدارة ، أو قانون الإدارة العامة Administration Publique أو قانون السلطة الإدارية Pouvoir Administratif . () في حين عرفه البعض بأنه القانون الذي يتضمن القواعد التي تحكم إدارة الدولة من حيث تكوينها ونشاطها باعتبارها سلطة عامة. ()

ونجد هنا أنه من المناسب أن نبين أن القانون يقسم إلى قسمين رئيسيين ، قانون عام وقانون خاص ، القانون العام هو القانون الذي ينظم نشاط الدولة وسلطاتها العامة ، ويحكم العلاقات القانونية التي تكون الدولة أو إحدى هيئاتها العامة طرفا فيها ، وتظهر فيها الدولة بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات استثنائية لا مقابل لها في علاقات الأفراد .

أما القانون الخاص فينظم نشاط الأفراد ويحكم العلاقات بينهم أو بينهم وبين الدولة أو إحدى هيئاتها عندما تظهر بمظهر الأفراد العاديين أي ليس بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات استثنائية .

ويشتمل كل قسم من هذين القسمين على عدة فروع

فيشتمل القانون العام على الآتي :-

١ - القانون العام الخارجي :- ويتضمن القانون الدولي العام

٢ - القانون العام الداخلي :- ويتضمن القانون الدستوري والقانون الإداري والقانون المالي .

في حين ينقسم القانون الخاص إلى الآتي :-

القانون المدني والقانون التجاري وقانون المرافعات المدنية وغيرها من القوانين الأخرى .

وكما بينا فإن القانون الإداري هو فرع من فروع القانون العام الداخلي يحكم نشاط الإدارة العامة وهو موجود في كل دولة أيا كان مستواها وتطورها الحضاري .

وفي هذا المجال يسود مفهومان للإدارة العامة المفهوم العضوي أو الشكلي ، والمفهوم الموضوعي أو الوظيفي

١ - المفهوم العضوي أو الشكلي :- يهتم بالتكوين الداخلي للإدارة العامة ، فيعرف الإدارة العامة بأنها السلطة الإدارية سواء المركزية منها أو اللامركزية ، وجميع الهيئات التابعة لها .

٢ - المفهوم الموضوعي الوظيفي :- فيعرف الإدارة العامة بأنها النشاط أو الوظيفة التي تتولاها الأجهزة الإدارية لإشباع الحاجات العامة.

وتبعا لذلك فإن القانون الإداري بمعناه العضوي هو القانون الذي يحكم السلطة الإدارية أو الأجهزة الإدارية في الدولة ، بينما يمكننا أن نعرف القانون الإداري بمعناه الموضوعي بأنه القانون الذي يحكم النشاط أو الوظيفة التي تتولاها الأجهزة الإدارية لتحقيق المصلحة العامة .

وقد اختلف الفقه في ترجيح أحد المفهومين إلا أن الاتجاه الحديث يقوم على الجمع بينهما ويعرف القانون الإداري بأنه : " القانون الذي ينظم الأجهزة والهيئات الإدارية في الدولة ، ويحكم النشاط أو الوظيفة التي تتولاها الأجهزة الإدارية لتحقيق المصلحة العامة " .

علاقة القانون الإداري بفروع القانون الأخرى :

من المهم أن نبين استقلال القانون الإداري عن فروع القانون الأخرى من خلال بيان علاقته بهذه القوانين وتحديد أوجه الاتفاق والاختلاف بينها ثم بيان علاقته بعلم الإدارة العامة.

١. العلاقة بين القانون الإداري والقانون الدستوري

أوضحنا أن القانون الإداري هو القانون الذي ينظم الأجهزة والهيئات الإدارية في الدولة ، ويحكم النشاط أو الوظيفة التي تتولاها الأجهزة الإدارية لتحقيق المصلحة العامة .

أما القانون الدستوري : فهو القانون الأعلى والأساس في الدولة ، والذي ينظم القواعد القانونية التي تتعلق بنظام الحكم في الدولة والسلطات العامة فيها والعلاقة بينهما وحقوق وحرريات الأفراد ، والضمانات التي تكفلها .

وعلى هذا فإن القانون الإداري وثيق الصلة بالقانون الدستوري ، فإذا كان القانون الإداري يحكم السلطة الإدارية المركزية وغير المركزية ، فإن القانون الدستوري هو القانون الأساسي والذي يسمو على كافة القوانين الأخرى التي يجب أن تتقيد به وتحترم نصوصه .

وبمعنى آخر يضع القانون الدستوري الأحكام الكلية أو العامة للسلطة التنفيذية ، بينما يضع القانون الإداري القواعد التفصيلية التي تكفل تشغيل الأجهزة الإدارية وأدائها لوظيفتها ، فالقانون الإداري يكون بذلك امتدادا للقانون الدستوري . ()

وهو ما أبرزه الفقيه (بارتلمي) في معرض تمييزه بين القانون الإداري والقانون الدستوري فقال : " أن القانون الدستوري يبين لنا كيف شيدت الآلة الحكومية ، أما القانون الإداري فيبين كيف تسير هذه الآلة وكيف تقوم كل قطعة منها بوظيفتها " . ()

وبسبب تداخل كل من القانونين لتعلقهما بالشؤون الداخلية للمجتمع كونهما يمثلان فرعين من فروع القانون العام الداخلي ، نجد أن الفقه الإنجليزي لا يفرق بين القانون الدستوري والقانون الإداري ويدرس موضوعات القانونين معا .

ومع أن الفقه الفرنسي في معضمه يميز بينهما ، فإن جانباً في الفقه ذهب إلى انتقاد محاولات التمييز بين القانون الإداري والقانون الإداري ، ودعى إلى دراستهما معا ، وتزعم هذا الاتجاه الفقيه دوجي Dugui وجيز Jeze ، وبوتار Bonnaed . ()

ويمكن إجمال أوجه التمييز بين القانونين بالآتي :-

أ - من حيث الموضوع :- يبحث القانون الدستوري في التنظيم السياسي للدولة من حيث تكوين سلطات الدولة الثلاث والعلاقة بينهما ، في حين يبحث القانون الإداري في أعمال السلطة التنفيذية الإدارية منها دون الحكومية .

ب- من حيث تدرج القوانين :- يحتل القانون الدستوري قمة الهرم القانوني في الدولة لأنه يقرر المبادئ الأساسية التي لا يمكن أن تتعدها القوانين الأخرى بما فيها القانون الإداري الذي يحكم بعض المسائل المتفرعة في المبادئ التي أقرها الدستور .

٢- علاقة القانون الإداري بالقانون المالي :-

القانون المالي هو مجموعة القواعد القانونية الخاصة بإدارة الأموال العامة في الدولة ، وهو مكمل للقانون الإداري الذي يتعلق بتنظيم الأجهزة والهيئات الإدارية ، ويوضح النظام القانوني الذي يحكم الأموال العامة والحماية القانونية المقررة لهذه الأموال ، وكيفية الانتفاع بها ، ومن موضوعات هذا القانون كل ما يدخل ضمن إعداد الميزانية العامة في الدولة وسياسة وأنواع الضرائب المفروضة والأشرف والرقابة عليها .

٣- علاقة القانون الإداري بعلم الإدارة العامة :-

يتميز القانون الإداري عن علم الإدارة العامة من حيث زاوية اهتمام كل منهما فالقانون الإداري يبحث في التنظيم القانوني للجهاز الإداري ووظيفة كل عنصر في عناصره وعلاقته بالأفراد ، بينما تبحث

الإدارة العامة في النواحي الفنية والتنظيمية للجهاز الإداري ويمكن تعريفها بأنها ذلك العلم الذي يهتم بدراسة تنظيم وتوجيه وتنسيق نشاط المنظمة الإدارية لتحقيق أهدافها العامة على أكمل وجه . وكما بينا تشتمل الإدارة العامة على مفهومين ، مفهوم عضوي ، يهتم بدراسة هيكل المنظمات الإدارية وفروعها ، دون البحث في طبيعة النشاط الصادر منها ، ومفهوم موضوعي يهتم بدراسة النشاط الإداري لهذه المنظمات بصرف النظر عن شكل المنظمة التي صدر النشاط عنها .

ويظهر الاختلاف بين الإدارة العامة والقانون الإداري من خلال طريقة دراسة الموضوع الإداري محل البحث ، فالقانون الإداري عندما يبحث في تعريف القرار الإداري فإنه يركز عليه كعمل قانوني صادر بالإرادة المنفردة للسلطة الإدارية ويتضمن أثرا قانونيا ، كذلك يبحث في مشروعية القرار الإداري وشروط صحته ونفاذه ، وكيفية الطعن بالإلغاء والتعويض ضد القرارات غير المشروعة .

في حين يعرف علم الإدارة العامة القرار الإداري في خلال البحث في الكيفية العلمية والواقعية التي صدر على أساسها القرار وعملية صنعه والمراحل المختلفة التي مرت بها تلك العملية واكتشاف العيوب والمشاكل التي قد تعيق هذه العملية واقتراح سبل إصلاحها . ()

وفي مجال الوظيفة العامة يبحث القانون الإداري في المركز القانوني للموظف العام وطبيعة علاقته بالدولة وشروط تعيينه وحقوقه وواجباته والعقوبات التأديبية التي يمكن إيقاعها عليه وضمائنه تجاهها ، ويبحث في طرق انتهاء علاقته الوظيفية ، وما إلى ذلك من أمور تنظمها في الغالب نصوص قانونية .

أما الإدارة العامة فتبحث الوظيفة العامة من ناحيتين ، الناحية التنظيمية فيدرس علم الإدارة العامة طبيعة الوظيفة العامة وأسس ترتيب الوظائف العامة ، وتحديد اختصاص ومواصفات كل وظيفة .

والناحية البشرية حيث تبحث الإدارة العامة عن أفضل نظام إداري لتطبيقه على العاملين في المنظمة الإدارية ، وتعرض لطرق اختيارهم ، ووسائل رفع كفاءتهم وتدريبهم ، والارتفاع بمستوى أدائهم ، كما تهتم الإدارة العامة بالحوافز المادية والمعنوية لموظفي الدولة ودراسة مشاكلهم الوظيفية والنفسية ، والبحث في سبل إصلاحها . ()

ومن الجدير بالذكر أن الإدارة العامة تخضع من حيث الأصل إلى قواعد متميزة عن قواعد القانون الخاص ، إلا أنها قد تنزل في أحيان أخرى عن استخدام هذه القواعد فتتزل منزلة الأفراد ، وتطبق قواعد لقانون الخاص ، والقانون الإداري بمعناه الواسع يعني "قانون الإدارة" أي كانت القواعد القانونية التي تحكمها قواعد القانون الخاص أم قواعد قانونية متميزة عنها "قواعد القانون العام" ، والقانون الإداري بهذا المعنى موجود في كل مجتمع سواء اخذ بمبدأ الأزواج القانون أم لم يأخذ .

أما القانون الإداري بمعناه الفني أو الضيق فينحصر دوره بما يطبق على الإدارة من قواعد قانونية متميزة ومغايرة لقواعد القانون الخاص ولا يوجد بهذا المعنى إلا في الدول التي تأخذ بنظام الأزواج القانوني .

ومع أوجه الاختلاف بين القانون الإداري والإدارة العامة فإن بينهما الكثير من أوجه التقارب ، من حيث أنها يتعلقان بالبحث في موضوع واحد هو الجهاز الإداري في الدولة وأن انحصرت دراسة كل منها بجانب من جوانبه ، حتى أننا نجد أنه في الدول التي لا تأخذ بالأزواج القانوني "النظم الانجلوسكسونية" تشتمل دراسة الإدارة العامة على النواحي القانونية التي يحكمها من حيث الأصل القانون الإداري بالإضافة إلى دراسة الناحية الفنية والتنظيمية .

الفصل الثاني - نشأة القانون الإداري وتطوره

تعد فرنسا مهد القانون الإداري ومنها انتشر إلى الدول الأخرى ، ويرجع الفضل في ظهور هذا القانون إلى عوامل تاريخية تأتي في مقدمتها الأفكار التي جاءت بها الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩ م ، التي قامت على أساس الفصل بين السلطات ، ومن مقتضياته منع المحاكم القضائية القائمة في ذلك الوقت من الفصل في المنازعات الإدارية للحفاظ على استقلال الإدارة تجاه السلطة القضائية .

وأدى هذا الاتجاه إلى وجود نظام القضاء المزدوج الذي كان مهدا لنشؤ الأزواج القانوني وظهور القانون الإداري .

المبحث الأول - نشؤ القانون الإداري في فرنسا

كانت سلطات الحكم قبل الثورة الفرنسية مركزة في يد الملك حيث ساد نظام الملكية المطلقة ، ولم تكن الدولة تخضع للمساءلة أو الرقابة أمام القضاء بواسطة دعاوى الأفراد ، وهي إن تعاملت مع الأفراد خضعت معاملاتها للقانون المدني . ()

وفي هذه الفترة كانت توجد محاكم قضائية تدعى البرلمانات Parlements أنشئت لتكون ممثلة للملك في وظائفه القضائية ، وكانت الدعاوى تستأنف أمامها ما لم سند الملك ذلك الاختصاص إلى جهة أخرى ، كما وجدت محاكم مختصة ببعض المنازعات الإدارية . ()

وقد كانت البرلمانات تمارس سيطرة رجعية على الإدارة وتتدخل في شؤونها وتعارض وتعرق كل حركة إصلحية () مما حدى برجال الثورة الفرنسية إلى منع المحاكم القضائية القائمة في ذلك الوقت من الفصل في المنازعات الإدارية للحفاظ على استقلال الإدارة تجاه السلطة القضائية ، من خلال تبنيهم لمبدأ الفصل بين السلطات .

١. مرحلة الإدارة القضائية : Administration Juge

تأكيدا لاتجاه الثورة الفرنسية في الفصل بين السلطات صدر قانون ١٦-٢٤ أغسطس ١٧٩٠ ، الذي نص على إلغاء المحاكم القضائية (البرلمانات) وإنشاء ما يسمى بالإدارة القضائية أو الوزير القاضي كمرحلة أولى قيل إنشاء مجلس الدولة الفرنسي ، ومنع القضاء العادي من النظر في المنازعات التي تكون الإدارة طرفا فيها وأصبحت الهيئات الإدارية هي صاحبة الاختصاص في الفصل بهذه المنازعات . وفي مرحلة الإدارة القضائية كان على الأفراد اللجوء إلى الإدارة نفسها للتظلم إليها وتقديم الشكوى ، فكانت الإدارة هي الخصم والحكم في الوقت ذاته وكان هذا الأمر مقبولا إلى حد ما في ذلك الوقت بسبب السمعة السيئة لقضاء البرلمانات التعسفية .

٢. إنشاء مجلس الدولة الفرنسي :

بنشوء مجلس الدولة في ١٢ ديسمبر ١٧٩٧ في عهد نابليون بونابرت وضعت اللبنة الأولى للقضاء الإداري الفرنسي مع أن اختصاص المجلس كان أو الأمر استشاريا يتطلب تصديق القنصل .

وفي الوقت ذاته تم إنشاء محاكم أو مجالس الأقاليم Les Conseils de Préfecture التي كانت تصدر أحكاما لا تحتاج إلى تصديق سلطة إدارية عليا ، إلا أن أحكامها تستأنف أمام مجلس الدولة الذي كانت أحكامه تعرض على القنصل .

فقد كان عمل المجلس يقتصر على فحص المنازعات الإدارية وإعداد مشروعات الأحكام ، فلم يكن يملك سلطة القضاء وإصدار الأحكام ، ولذا سمي قضاؤه في هذه المرحلة " القضاء المقيد " أو المحجوز Justice Retenue وقد استمرت هذه المرحلة إلى عام ١٨٧٢ حيث أصبح قضاؤه مفوضا .

٣. مرحلة القضاء المفوض Justice déléguée

في ٢٤ مايو ١٨٧٢ صدر قانون منح مجلس الدولة الفرنسي اختصاص البت نهائيا في المنازعات الإدارية دون تعقب جهة أخرى .

ومع أن هذا القانون خول المجلس سلطة البت النهائي في المنازعات الإدارية فإنه أبقى على اختصاص الإدارة القضائية فلا يملك الأفراد اللجوء إلى مجلس الدولة إلا في الأحوال التي ينص عليها القانون ، وفيما عدا ذلك تختص به الإدارة القضائية ، مما أوجد ازدواجا قضائيا ، واستمر هذا الوضع حتى تاريخ ١٣ ديسمبر ١٨٨٩ عندما قبل مجلس الدولة دعوى قدمها أحد الأفراد مباشرة من دون المرور على الإدارة في قضية Cadot وترتب على حكمه فيها أن أصبح مجلس الدولة صاحب الاختصاص العام في المنازعات الإدارية .

وبسبب تراكم العديد من القضايا أمام مجلس الدولة حدد المشرع اختصاص مجلس الدولة على سبيل الحصر بموجب المرسوم الصادر في ٣٠ سبتمبر ١٩٥٣ ، وأصبحت المحاكم الإدارية التي كانت تسمى مجالس الأقاليم صاحبة الاختصاص العام في المنازعات الإدارية .

ثم أعقب ذلك بعض المراسيم التي تضمنت الإصلاحات منها المراسيم الأربعة الصادرة في ٣٠ يوليو ١٩٦٣ المتعلقة بتحديد النظام الأساسي للعاملين في المجلس وتنظيمه الداخلي ونشاطه الداخلي ، وتم تعديل هذا التنظيم بثلاثة مراسيم أخرى في ٢٦ أغسطس ١٩٧٥ م ، وبمرسوم في ١٥ يناير ١٩٨٠ ، وآخر في ١٦ ديسمبر ١٩٨٧ لإصلاح القضاء الإداري أنشأ بموجبه المحاكم الإدارية الاستئنافية ووسع نطاق الطعن بالنقض أمام مجلس الدولة .

وقد أصبح مجلس الدولة خلال تاريخه الطويل قاضي المنازعات الإدارية دون منازع، وساهم في إرساء مبادئ القانون الإداري وقواعده المتميزة عن قواعد القانون الخاص وابتدع الحلول المناسبة لمقتضيات حسن سير الإدارة العامة، وأكد على وجود واستقلال القانون الإداري .

المبحث الثاني - نشوء القانون الإداري في مصر

قبل نشوء مجلس الدولة في مصر عام ١٩٤٦ لم تعرف مصر القضاء الإداري ، وقد كانت المحاكم المختلطة والأهلية السائدة قبل هذا التاريخ في النظام القضائي المصري تطبق بعض القوانين على المنازعات بين الأفراد أو بينهم وبين الإدارة ، ولم يكن من بينها القانون الإداري .

وقد ذهب جانب من الفقه الإداري المصري إلى أن أساس القانون الإداري ومبادئه قد بدأت تظهر من خلال أحكام المحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية ، بينما خالف جانب آخر منهم، وذهب إلى أن مبادئ القانون الإداري لم تنشأ حقيقة إلا من خلال أحكام مجلس الدولة بعد أن إنشأه عام ١٩٤٦ . ()

وكان مجلس الدولة وقت إنشائه يتمتع بصلاحيات محددة وبمحكمة قضاء إداري واحدة ، ثم ما لبث أن توسعت اختصاصاته إذ صدر القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ الذي وسع اختصاصاته ثم أنشأت المحاكم الإدارية بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٤ ، وبعد ذلك في عام ١٩٥٥ تم إنشاء المحكمة الإدارية العليا لتكون في قمة القسم القضائي بمجلس الدولة .

ثم صدر القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ بشأن تنظيم مجلس الدولة ، وقد مر مجلس الدولة بتطورات عدة حتى صدر القانون الحالي رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ وتعديلاته .

ووفقا لهذا القانون يعد مجلس الدولة هيئة قضائية ملحقة بوزير العدل ، ويتكون من رئيس وعدد من نواب الرئيس والمستشارين المساعدين والنواب والمندوبين ومن مندوبين مساعدين .

هذا ولم تؤثر تبعية المجلس لوزير العدل في استقلاله في ممارسة وظيفته إذ لا تتعدى هذه التبعية منح الوزير الإشراف الإداري وضمان حسن سير العمل الوظيفي ، وهو ما أكدته المادة الأولى من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ " مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة " .

ولم يولد المجلس قويا منذ نشأته فقد كان القضاء الإداري صاحب الولاية العامة في نظر المنازعات الإدارية وكانت اختصاصات مجلس الدولة محددة على سبيل الحصر في القوانين التي سبقت القانون الحالي .

ففي ظل القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ والمعدل بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ كان القضاء العادي ينظر بنظر دعاوى مسؤولية الإدارة عن أعمالها المادية ويختص بالاشتراك مع المجلس في نظر طلبات التعويض عن القرارات الإدارية ، ويترتب على رفع دعوى التعويض أمام المحاكم العادية وإذا ما رفعت دعوى الإلغاء أو التعويض إلى مجلس الدولة عدم جواز رفع دعوى التعويض أمام المحاكم العادية فإنه يتمتع رفعها أمام مجلس الدولة .

كما كانت المحاكم العادية تنظر بنظر المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية حتى صدور القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ الذي منح المجلس النظر في منازعات عقود الالتزام والأشغال العامة وعقود التوريد بالاشتراك مع المحاكم العادية .

وفي ظل القانونين ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ و ٥٥ لسنة ١٩٥٩ استمرت المحاكم العادية تنظر بالنظر في دعوى مسؤولية الإدارة عن أعمالها المادية في الوقت الذي استقل به مجلس الدولة بنظر المنازعات المتعلقة بالتعويض عن القرارات الإدارية والعقود الإدارية .

وبصدور القانون ٤٧ لسنة ١٩٧٢ أصبح مجلس الدولة صاحب الولاية العامة بالنظر في المنازعات الإدارية ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ، فقد ورد في المادة ١٧٢ من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ " مجلس

الدولة هيئة قضائية مستقلة ، ويختص بالفصل في المنازعات الإدارية ، وفي الدعاوى لتأديبية ويحدد اختصاصاته الأخرى .

وبذلك أصبح مجلس الدولة قاضي القانون العام المختص بالفصل في المنازعات الإدارية والتأديبية وساهم بإرساء مبادئ القانون الإداري ، وكان له دور رائد في حماية حقوق الأفراد وحرياتهم من عسف الإدارة وإلغاء قراراتها المعيبة والتعويض عنها .

الفصل الثالث - خصائص ومصادر القانون الإداري

نبين في هذا الجزء من الدراسة الخصائص التي يتميز بها القانون الإداري والمصادر التي يستمد منها أحكامه وذلك في مبحثين .

المبحث الأول - خصائص القانون الإداري

يتميز القانون الإداري ببعض الخصائص منها أنه قانون سريع التطور ، وقانون غير مقنن ، وأنه من صنع القضاء .

أولاً : قانون سريع التطور .

يستمد القانون الإداري بأنه قانون يتطور بسرعة تفوق التطور الاعتيادي في القوانين الأخرى ولعل ذلك يرجع إلى طبيعة المواضيع التي يعالجها ، فقواعد القانون الخاص تتميز بالثبات والاستقرار ، وقد ثمر فترة طويلة قبل أن ينالها التعديل أو التغيير ، ويعود ذلك إلى أن العلاقات التي ينظمها القانون الخاص بفروعه المختلفة " قانون مدني ، قانون تجاري ، قانون مرافعات " تتعلق بقواعد عامة تتطلب قدراً من الاستقرار مع ترك الحرية للأفراد من تسيير الأمور الأخرى ذات الطابع المتغير في حدود القواعد العامة المنصوص عليها على عكس القانون الإداري الذي يعالج مواضيع ذات طبيعة خاصة لتعلقها بالمصلحة العامة وحسن تسيير وإدارة المرافق العامة وجانب من أحكامه غير مستمدة من نصوص تشريعية وإنما من أحكام القضاء وخاصة القضاء الإداري الذي يتميز بأنه قضاء يبتدع الحلول للمنازعات الإدارية ولا يتقيد بأحكام القانون الخاص إنما يسعى إلى خلق ما يتلائم مع ظروف كل منازعة على حده تماشياً مع سرعة تطور العمل الإداري ومقتضيات سير المرافق العامة .

ولعل من أسباب سرعة تطور القانون الإداري أنه يتأثر بالعوامل الاقتصادية والاجتماعية والسياسية في الدولة وهي عوامل متغيرة باستمرار وغير مستقرة نسبياً ، فانتساع نشاط الدولة ونزعتها التدخلية وانتشار الحروب والازمات الاقتصادية وظهور المرافق العامة الاقتصادية ، وما إلى ذلك من ظواهر اقتصادية وسياسية وإدارية ، وضرورة استيعاب القانون الإداري لهذه المتغيرات ومواجهتها أدى بالضرورة إلى التطور المستمر في أحكامه .

ثانياً : قانون من صنع القضاء .

يتميز القانون الإداري أيضاً بأنه قانون قضائي نشأ عن طريق المبادئ والقواعد الإدارية التي خلقها القضاء ، وقد ساعد على ذلك عدم تقنين أغلب قواعد القانون الإداري فكان لابد للقضاء أن ينهض بهذه المهمة من خلال وضع أسسه ونظرياته .

وإذا كان التشريع ينهض في الحقيقة ببعض مواضيع القانون الإداري خاصة ما يتعلق ببعض النصوص الدستورية والتشريعية واللائحية التي تحكم جوانب مهمة من علاقات الإدارية العامة مثل قانون الخدمة المدنية ولائحة العقود الإدارية ، فإن التشريع لا زال قاصراً عن مجالات أخرى كثيرة من قبل قواعد القرار الإداري وقواعد المسؤولية الإدارية وشروط الطعن بالإلغاء ، وما إلى ذلك من مجالات لازال القضاء يمثل المصدر الرسمي الرئيس لأحكامه .

وقد كشف مجلس الدولة الفرنسي عن النظريات والمبادئ الأساسية التي يقوم عليها القانون الإداري وأستلم عنه القضاء الإداري في مصر العديد من أحكامه ، حتى أصبح دور المشرع في كثير من الأحيان مقتصر على تسجيل ما توصل إليه القضاء الإداري من أحكام . ()

ودور القضاء الإداري في هذا المجال كان متميزاً عن دور القضاء العادي ، الذي ينحصر بتطبيق القانون على المنازعة دون أن يتعداه لخلق الحلول المناسبة التي تتفق مع طبيعة منازعات القانون الإداري ، الأمر الذي أضفى على قواعد القانون الإداري الطابع العملي الذي يتماشى مع ظروف واحتياجات المرافق العامة ومقتضيات سيرها الحسن وتطورها المستمر .

ومع ذلك يتقيد القضاء في أداء مهامه وابتداعه لمبادئ وقواعد القانون الإداري بعدم مخالفة النصوص التشريعية القائمة على أساس أن القضاء إنما يعبر عن إرادة مفترضة للمشرع ، أما إذا أفصح عن إرادته تلك بنصوص تشريعية فإنه يلتزم بتطبيق تلك النصوص في أحكامه . ()

ثالثا : قانون غير مقنن .

يقصد بالتقنين أن يصدر المشرع مجموعة تشريعية تضم المبادئ والقواعد العامة والتفصيلية المتعلقة بفرع من فروع القانون كما هو الحال في مدونة القانون المدني أو مدونة قانون العقوبات . ولا يخفى ما لتدوين القواعد العامة والتفصيلية لقانون ما من أهمية من حيث إضفاءه الثبات والاستقرار على نصوص التشريع وسهولة الرجوع إلى أحكامه . وقد نشأ القانون الإداري في فتره انتشرت فيها حركة التقنين في أعقاب الثورة الفرنسية وتم تدوين قواعد القانون المدني في مدونة نابليون . ()

إلا أن القانون الإداري لم تشمله هذه الحركة رغم رسوخ مبادئه واكتمال نظرياته ويرجع عدم تقنينه إلى سرعة تطوره وتفرع وسعة مجالاته مما يجعل من الصعوبة جمع أحكامه في مدونه واحدة خاصة وأن أحكامه في الغالب ذات طبيعة قضائية ، ولا يخفى ما في أحكام القضاء الإداري من مرونة تتأثر بالواقع الاقتصادي والاجتماعي والسياسي السائد في المجتمع .

وإذا كان عدم التقنين يعني عدم جمع أحكام القانون الإداري في مجموعة أو مدونة واحدة فإن ذلك لا ينفي وجود تقنيات جزئية لبعض موضوعات القانون الإداري ، من ذلك وجود تشريعات خاصة بالموظفين وتشريعات خاصة بنزع الملكية للمنفعة العامة وقوانين خاصة بالتنظيم الإداري أو القضاء الإداري إلى غير ذلك من مواضيع يتعذر جمعها في تقنين شامل .

المبحث الثاني - مصادر القانون الإداري

تشتمل مصادر القانون الإداري على مصادر القانون بصورة عامة ، وهي عادة أربعة مصادر " التشريع - العرف - القضاء - الفقه " .

وإذا كان التشريع والعرف يعدان المصدران الرسميان للقوانين الأخرى ، بينما يمثل القضاء والفقه المصدران التفسيريان للقواعد القانونية ، فإن القانون الإداري يمنح القضاء دورا هاما ، بل يعده أهم مصادر القانون الإداري على الإطلاق ، ويكون مع التشريع والعرف مصدرا رسميا للقانون الإداري ، بينما يبقى الفقه مصدرا تفسيريا له .

وفيما يلي نعرض لهذه المصادر وبشيء من التفصيل .

أولا : التشريع .

يقصد بالتشريع كمصدر للقانون الإداري مجموعة القواعد القانونية المكتوبة الصادرة من السلطة المختصة في الدولة ، وقد تكون هذه السلطة سلطة تأسيسية فيكون التشريع دستوريا ، أما إذا كانت السلطة تشريعية فيكون التشريع عاديا ويطلق عليه اصطلاح القانون ، وأخيرا إذا كانت هذه السلطة تنفيذية فإننا نكون أمام ما يمكن تسميته بالتشريعات الفرعية أو اللوائح ، ويتميز التشريع عن غير من المصادر الأخرى بوضوحه وتحديده وسهولة تعديله .

أ. التشريع الدستوري :-

تعد التشريعات الدستورية المصدر الأساسي والرسمي للقانون الإداري ، وتقع التشريعات الدستورية الدستورية في قمة الهرم القانوني ، وتسمو على القواعد القانونية الأخرى جميعا ، فهي تحدد شكل الدولة ونظام الحكم فيها وعلاقتها بالمواطنين ، وتتضمن التشريعات الدستورية بعض الموضوعات المتعلقة بالقانون الإداري ، كتنظيم الجهاز الإداري في الدولة ونشاطه وحقوق الأفراد وحررياتهم . ويتوجب على الإدارة بوصفها جهاز السلطة التنفيذية أن تلتزم بالمبادئ التي جاء بها الدستور ولا يحق لها مخالفتها وإلا عدت أعمالها مخالفة لمبدأ المشروعية مما يعرضها للإلغاء والتعويض عما تسببه من أضرار .

والقواعد الدستورية يقصد بها مجموعة القواعد المكتوبة في وثيقة أو عدة وثائق دستورية فحسب فمن الممكن أن تكون تلك القواعد غير مكتوبة في ظل دستور عري يتمتع بسمو القواعد الدستورية المكتوبة ذاتها .

كذلك تتمتع إعلانات الحقوق ما تضمنته هذه الإعلانات في حقوق وحرّيات الأفراد بقوة النصوص الدستورية فلا يجوز مخالفتها .

٢. التشريع العادي .

يأتي التشريع العادي أو القانون بالمرتبة الثانية بعد الدستور ، من حيث التدرج التشريعي باعتباره صادرا من الهيئة التشريعية المعبرة عن الإرادة العامة وهي صاحبة الاختصاص في ذلك . والإدارة بوصفها السلطة التنفيذية تخضع لأحكام القوانين فإذا خالفت حكم القانون أو صدر عمل إداري استنادا إلى قانون غير دستوري وجب إلغاء ذلك العمل . ()

٣. التشريع الفرعي أو اللوائح .

يطلق على القواعد القانونية التي تصدرها السلطة التنفيذية التشريع الفرعي ، وتسمى في مصر اللوائح الإدارية ، وهي قواعد عامة مجردة واجبة الاحترام تلي التشريع العادي في مرتبتها في سلم التدرج القانوني ، وتخضع لرقابة القضاء الإداري على أعمال الإدارة باعتبارها قرارات إدارية يجب أن تكون متفقة مع القانون .

أ / اللوائح التنفيذية :

تصدر الوزارات بصفتها الهيئة لتنفيذية في الدولة اللوائح التنفيذية المتعلقة بتنفيذ القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية لتوضيح ما يكتنفها من غموض وتسهيل تطبيقها .

ب/ اللوائح التنظيمية .

تمارس الإدارة أيضا اختصاص إصدار اللوائح التنظيمية التي تتعدى تنفيذ القوانين إلى تنظيم بعض الأمور التي يتطرق إليها القانون فتقترب وظيفتها من التشريع ، ومن ذلك قيامها بما يتعلق بتنظيم الجهات الإدارية ونظام العمل بها وشؤونها الإدارية والمالية ، وهو من صميم عملا الوزاره بصفتها المختصة بتنظيم الجهاز الإداري في الدولة .

ج/ اللوائح الضبطية أو البوليسية .

تختص الهيئة التنفيذية بإصدار لوائح الضبط الإداري المتعلقة بالمحافظة على الأمن العام والصحة العامة والسكنية العامة من ذلك اللوائح الخاصة بمكافحة الضوضاء أو غلق المحال المضرة بالصحة العامة .

د/ اللوائح التفويضية .

تصدر الهيئة التنفيذية هذا النوع من اللوائح بتفويض من الهيئة التشريعية التي يمثلها البرلمان في العراق في موضوعات تدخل أصلا ضمن اختصاصه ، ومن ذلك اختصاصها بإصدار اللوائح الخاصة بإنشاء وتنظيم المؤسسات والهيئات والمصالح والشركات العامة لممارسة الاختصاصات ذات الطبيعة الاستراتيجية وتحديد أهدافها واختصاصاتها .

هـ/ لوائح الضرورة .

تصادف الهيئة التنفيذية في بعض الأوقات ظروفًا استثنائية تجبرها على إصدار لوائح إدارية تضمن حماية النظام العام وحسن سير المرافق العامة لتعذر صدورها من الهيئة التشريعية المختصة فعلا بإصدارها ، لغيبها أو لحصولها في غير فترة انعقادها على أن تعرض على الهيئة التشريعية خلال مدة معينة لكي تقرها .

ثانيا : العرف :-

العرف الإداري هو مجموعة القواعد التي درجت الإدارة على إتباعها في أداء وظيفتها في مجال معين من نشاطها وتستمر فتصبح ملزمة لها ، وتعد مخالفتها مخالفة لمشروعية وتؤدي إلى أبطال تصرفاتها بالطرق المقررة قانونا .

ويأتي العرف الإداري في مرتبة أدنى من مرتبة القواعد القانونية المكتوبة مما يستلزم إلا يخالف نصاً من نصوص القانون فهو مصدر تكميلي للقانون يفسر ويكمل ما نقص منه ولكي يصبح سلوك الإدارة عرفا إداريا و مصدرا من مصادر القانون الإداري ، يجب أن يتوافر فيه ركنان : ركن مادي و ركن معنوي .

١. الركن المادي :

ويتمثل الركن المادي باعتياد جهة الإدارة على إتباع سلوك معين في نشاط معين وقد يكون هذا الاعتياد ايجابيا يظهر في صورة القيام بعمل ، كما يمكن أن يكون سلبيا في صورة الامتناع عن القيام بعمل ما ، على أن يكون هذا العمل أو الامتناع بشكل ثابت ومستقر ويتكرر في الحالات المماثلة بشرط أن يمسى الزمن الكلي لاستقراره ، وتقدير ما إذا كانت هذه المدة كافية لوجود العرف من عدمه أمر مرجعه إلى القضاء .

٢. الركن المعنوي :

أما الركن المعنوي فهو اعتقاد الإدارة والأفراد بالزامية القاعدة المتبعة وضرورة احترامها وعدم مخالفتها واعتبار ذلك مخالفة قانونية تتطلب الجزاء ، وبهذا المعنى تكون القرارات الإدارية التي تصدر مخالفة للعرف الإداري غير مشروعة وعرضه للإلغاء إذا طعن في مشروعيتها أمام القضاء . إلى جانب ذلك يجب أن يكون العرف الإداري عاما تطبقه الإدارة بشكل منتظم ومستمر بلا انقطاع في جميع الحالات المماثلة وان يكون مشروعا وغير مخالف لنص قانوني أو لائحي . ومن الجدير بالذكر أن التزام الإدارة باحترام العرف لا يحرمها من أماكن تعديله أو تغييره نهائياً إذا اقتضت ذلك المصلحة العامة فالإدارة تملك تنظيم القاعدة التي يحكمها العرف بيد أن قيام العرف الجديد يتطلب توفر الركنين السابقين فلا يتكون بمجرد مخالفة الإدارة للعرف المطبق . () أما إذا خالفت الإدارة العرف في حالة فردية خاصة دون أن تستهدف تعديله أو تغييره بدافع المصلحة العامة فإن قرارها أو إجراءاتها المخالفة للعرف يكون باطلا لمخالفته مبدأ المشروعية . () ومع ذلك فإن دور العرف كمصدر رسمي للقانون الإداري أقل أهمية من المصادر الرسمية أخرى لصعوبة الاستدلال على القاعدة العرفية من جهة ، ولأن الإدارة في الغالب تلجأ إلى اللوائح كوسيلة لتنظيم نشاطها الإداري من جهة أخرى .

ثالثا : القضاء .

الأصل في وظيفة القاضي تطبيق القوانين والفصل في المنازعات المعروضة أمامه ، وهو ملزم قانوناً بالفصل في المنازعة الداخلة في اختصاصه وإلا اعتبر منكراً للعدالة ، لذلك رسم المشرع للقاضي الأسلوب الذي يسلكه لفض المنازعة إذا لم يجد في القواعد القانونية حلاً للمنازعة .

وعلى ذلك لا يعد القضاء مصدراً رسمياً للقانون لدوره المتعلق بتطبيق النصوص التشريعية وتفسيرها وإزالة غموضها وإزالة التعارض المحتمل بينها ، ولا يتعدى القاضي هذا الأمر ليصل إلى حد خلق قواعد قانونية خارج نصوص التشريع . ()

إلا أن الطبيعة الخاصة لقواعد القانون الإداري من حيث عدم تقنيته وظروف نشأته وتعدد مجالات نشاطه ، أدى إلى أن يتجاوز القضاء الإداري دور القضاء العادي ليتماشى مع متطلبات الحياة الإدارية فيعمد إلى خلق مبادئ وأحكام القانون الإداري ،

فيصبح القضاء مصدر رسمي للقانون الإداري بل من أهم مصادرها الرسمية ، ويتعدى دوره التشريع في كثير من الأحيان .

وتتميز أحكام القضاء الإداري بعدم خضوعها للقانون المدني ، فالقاضي الإداري إذا لم يجد في المبادئ القانونية القائمة نصاً ينطبق على النزاع المعروض عليه يتولى بنفسه إنشاء القواعد اللازمة لذلك دون أن يكون مقيداً بقواعد القانون المدني .

ومن جانب آخر أن أحكام القضاء العادي ذات حجية نسبية تقتصر على أطراف النزاع وموضوعه ولهذا تحدد قيمتها بوصفها مصدراً تفسيرياً على النقيض من أحكام القضاء الإداري التي تتميز بكونها حجة على الكافة .

وفي ذلك يتبين أن للقضاء دوراً إنشائياً كبيراً في مجال القانون الإداري ومن ثم فهو يشكل مصدراً رئيسياً من مصادر المشروعية .

رابعا : المبادئ العامة للقانون .

تعد المبادئ العامة للقانون مصدراً مهماً من مصادر القانون الإداري ويقصد بالمبادئ العامة للقانون تلك المبادئ التي لا تستند إلى نص مكتوب ، وإنما يكون مصدرها القضاء وهي تختلف عن المبادئ القانونية التي يكون مصدرها التشريع . ()

وقد لجأ القضاء الإداري إلى المبادئ العامة للقانون للفصل في العديد من المنازعات الإدارية لعدم تقنين قواعد القانون الإداري .

وتستمد أغلب هذه المبادئ من الطبيعة المتميزة للحياة الإدارية ، كمبدأ دوام استمرار سير المرافق العامة بانتظام واطراد ، والمساواة بين المنتفعين بخدمات المرافق العامة ، ونظرية الظروف الاستثنائية ، أو تستمد في فكرة العدل والمنطق والتي بمقتضاها مارس القضاء الإداري رقابته على الوجود المادي للوقائع وصحة التكييف القانوني لها وضرورة التناسب بين جسامته الذنب الإداري والعقوبة المقررة لها . والقضاء الإداري بهذا المعنى لا يخلق المبادئ العامة للقانون إنما يقتصر دوره على كشفها والتحقيق من وجودها في الضمير القانوني للأمة ، ولذلك فمن الواجب على الإدارة والقضاء احترامها والتقيد بها باعتبارها قواعد ملزمة شأنها في ذلك شأن القواعد المكتوبة .

الفصل الرابع - أساس القانون الإداري

سعى الفقه والقضاء نحو إيجاد أساس أو فكرة عامة تصلح أن تكون دعامة تقوم عليها مبادئ ونظريات القانون الإداري وتحديد المعيار المميز لموضوعاته عن موضوعات القوانين الأخرى .

وإذا كان القانون الإداري في معناه التقليدي قد نشأ في ظل النظام القضائي المزدوج فإن البحث عن أساس القانون الإداري يساهم بالإضافة إلى بيان الأساس النظري والفني لأحكام ومبادئ القانون الإداري ، إلى وضع الأسس الكفيلة بتعيين الاختصاص بين القضاء الإداري والقضاء المدني خاصة وقد فشل المشرع في تحديد معاني أو موضوع المنازعة الإدارية وإعداد قائمة باختصاص القضاء الإداري ، لعدم تمكنه من التنبؤ مسبقاً بمختلف المنازعات ذات الطبيعة الإدارية ، كما أن القضاء الإداري لم يعد جهة قضاء استثنائي كما نشأ ابتداءً إنما أصبح نظام قضائي موازي لنظام القضاء المدني وله أهميته وأصاليته .

وعلى ذلك كان لابد من وضع معيار ثابت ومستقر لتحديد أساس القانون الإداري ، وظهر في هذا المجال عدة نظريات أو معايير رغم تعددها لم تعش طويلاً إنما راح بعضها يغلب على بعض تبعاً واندمج بعضها بالبعض الآخر لحد ما انكشف فيها من نقص أو قصور .

وسنعرض فيما يلي لأهم هذه المعايير ...

المبحث الأول - معيار أعمال السلطة وأعمال الإدارة

يقوم هذا المعيار على أساس تقسيم أعمال الإدارة إلى صنفين أعمال سلطة *Acte d'autorite* وهي الأعمال التي تظهر فيها الإدارة بمظهر السلطة العامة وتتمتع بحق الأمر والنهي وهذا النوع من الأعمال تحكمه قواعد القانون الإداري ويخضع لاختصاص القضاء الإداري .

وأعمال الإدارة العادية *Acte de gestion* وهي الأعمال التي تباشرها الإدارة بذات الأساليب التي يلجأ إليها الأفراد وفي نفس ظروفهم ، وتحكمها قواعد القانون الخاص ويختص بها القضاء العادي لأنها لا تتصف بطابع السلطة .

وقد سادت هذه النظرية حتى نهاية القرن التاسع عشر وكان من أنصارها الفقيه لافيرير *Laferrere* وبارتلمي *Berthelemy* () ، واعتمد القضاء الفرنسي عليها فترة من الزمن أساساً وحيداً للقانون الإداري .

إلا أن القضاء الإداري لم يلبث أن هجر هذا المعيار بفعل الانتقادات الموجه إليه ، وكان النقد الأساسي يتمثل في أنه ضيق إلى حد كبير من نطاق القانون الإداري ومن اختصاصات القضاء الإداري ، فطبقاً لهذه النظرية تقتصر أعمال السلطة على القرارات الإدارية والأوامر التي تصدرها سلطات الضبط الإداري لحفظ النظام العام ، وتستبعد من نطاق تطبيقها جميع الأعمال الأخرى من قبيل العقود الإدارية وأعمال الإدارة المادية .

كما أن هذا المعيار وبالرغم من بساطته ووضوحه صعب التطبيق في الواقع أو ليس من السهل التمييز بين أعمال السلطة وتصرفات الإدارة العادية نظرا لطبيعته وتداخل النشاط الإداري .

المبحث الثاني - معيار المرفق العام

ظهر هذا المعيار وتبلور ابتداءً من الربع الأخير من القرن التاسع عشر ، وأصبح الفكرة الأساسية التي اعتمدت عليها أحكام مجلس الدولة الفرنسي ومحكمة التنازع كأساس للقانون الإداري ومعيار لاختصاص القضاء الإداري ، وكان حكم روتشليد Rotchild الصادر عام ١٨٥٥ وديكستر Dekester الصادر عام ١٨٦١ من الأحكام الأولى في تقرير هذه الفكرة.

إلا أن حكم بلانكو Blanco الصادر عام ١٨٧٣ يمثل في نظر الفقه والقضاء حجر الزاوية في نظرية المرفق العام Theorie de Service Public وتتخلص وقائع هذا الحكم في أنه صدمت عربة صغيرة تتبع مصنع تبغ بورديو طفلة فأوقعتها وجرحتها ، فرفع والد الطفلة النزاع إلى القضاء العادي طالبا التعويض من الدولة باعتبارها مسؤولة مدنيا عن الخطأ الذي ارتكبه عمال المصنع التابع لها ، إلا أن محكمة التنازع قررت أن الجهة المختصة بالنظر في النزاع هي القضاء الإداري وليس القضاء العادي ، وقضى بأنه " لا تختص المحاكم العادية إطلاقا بنظر الدعاوى المقامة ضد الإدارة بسبب المرافق العامة أيا كان موضوعها ، حتى لو كانت تستهدف قيام القضاء العادي بمجرد الحكم عليها بمبالغ مالية تعويضا عن الأضرار الناشئة عن عملياتها دون إلغاء أو تعديل أو تفسير قرارات الإدارة " .

ومن جانب آخر قرر هذا الحكم قواعد جديدة تحكم المسؤولية عن الأضرار التي تسببها المرافق العامة فورد " ومن حيث أن مسؤولية الدولة عن الأضرار التي تسببها للأفراد بفعل الأشخاص الذين تستخدمهم في المرفق العام لا يمكن أن تحكمها المبادئ التي يقرها التقنين المدني لتنظيم الروابط بين الأفراد بعضهم وبعض ، وأن هذه المسؤولية ليست عامة ولا مطلقة ، بل لها قواعدها الخاصة التي تتغير تبعا لحاجات المرفق ، ولضرورة التوفيق بين حقوق الدولة والحقوق الخاصة " . ()

وتطبيقا لهذه النظرية فإن أساس القانون الإداري واختصاص القضاء الإداري ، إنما يتعلق بكل نشاط تديره الدولة أو تهيم على إدارته ويستهدف تحقيق المصلحة العامة . والمرفق العام بهذا المعنى هو النشاط الذي تتولاه الدولة أو الأشخاص العامة الأخرى مباشرة أو تعهد به إلى جهة أخرى تحت إشرافها ومراقبتها وتوجيهها وذلك لإشباع حاجات ذات نفع عام تحقيقا للصالح العام . ()

وقد عزز هذا الاتجاه أن وضع العميد (ديجي) Duguitt لأسس نظريته عن المرافق العامة التي كان لها شأن كبير بين نظريات القانون الإداري حتى باتت تقوم على اعتبار المرفق العام ومقتضيات سيره المبرر الوحيد لوجود نظام قانوني خارج عن المألوف في قواعد القانون الخاص .

وقد تجاوزت هذه النظرية الانتقادات التي وجهت لمعيار التفرقة بين أعمال السلطة وأعمال الإدارة العادية ، فشملت جميع نشاطات الإدارة المتصلة مباشرة بالمرافق العامة التي يحكمها القانون الإداري . ويختص القضاء الإداري في نظر المنازعات الناشئة عنها من قبيل القارات والعقود الإدارية والأعمال المادية سواء أصدرت عن الدولة أو الأشخاص العامة الأخرى التابعة لها ، ما دامت تستهدف من هذه الأعمال إشباع حاجات ذات نفع عام تحقيقا للصالح العام .

مع ضرورة الإشارة إلى استثنائين محدودين في هذا المجال يتعلق الأول بإدارة الدولة أو الأشخاص التابعة لها لأموالها الخاصة فلا تكون في كون في هذه الحالة أمام مرفق عام ، أما الاستثناء الآخر فيتعلق ببدول الإدارة عن استعمال وسائل القانون العام واستعمالها قواعد القانون الخاص في إدارة نشاط من نشاطاتها وفي هاتين الحالتين تطبق قواعد القانون الخاص ، ويختص القضاء العادي بنظر المنازعات الناشئة عنها .

وقد أيد جانب كبير من فقهاء القانون الإداري هذه النظرية كأساس للقانون الإداري الذي أصبح يسمى " قانون المرافق العامة " وأطلق على أنصارها " مدرسة المرافق العامة " .

ومن أبرز فقهاء هذه المدرسة تيسيه Teissier ، ديجي Duguitt ، وبونارد Bonnard وجيز Jeze .

أزمة نظرية المرفق العام

رغم النجاح الكبير الذي حققته هذه النظرية كأساس للقانون الإداري ومبادئه وأحكامه ومعياريًا لتحديد اختصاصات القضاء الإداري ، واحتلالها مركز الصدارة بين النظريات الأخرى خلال الربع الأخير من القرن التاسع عشر وبدايات العشرين ، لم تلبث أن تراجعت بفعل تطور الحياة الإدارية ، والتغيرات التي طرأت في القواعد التي قامت عليها فكرة المرافق العامة ، بتأثير من سياسة الاقتصاد الموجه والمبادئ الاشتراكية وزيادة تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي والاجتماعي وما رافق ذلك من ظهور المرافق الاقتصادية والاجتماعية والصناعية والمرافق المهنية المختلفة . ()

ومن الأسباب الأخرى لتراجع نظرية المرفق العام كما اصطلح على تسميتها ظهور مرافق عامة ذات نفع عام يديرها الأفراد أو الأشخاص المعنوية الخاصة .

وأدت هذه التطورات مجتمعة إلى صعوبة تحديد مضمون المرفق العام ، مما أدى الفقه والقضاء إلى البحث عن معيار آخر للقانون الإداري ، إلا أنه مع ما أصاب هذه النظرية من نقد بقيت أحكام مجلس الدولة الفرنسي تؤكد دور المرفق العام كأساس للقانون الإداري إلا أن هذا الدور لم يعد كافيًا أو حجر زاوية كما كان في تحديد نطاق تطبيق القانون الإداري واختصاص القضاء الإداري .

المبحث الثالث - معيار السلطة العامة وأمثارها

إزاء الانتقادات الموجهة إلى معيار المرفق العام ، طرح جانب من الفقه معياراً آخر بديل عنه هو معيار السلطة العامة ، ومقتضاه أن فكرة السلطة ، هي الأقدر في تحديد نطاق تطبيق القانون الإداري ونطاق اختصاص القضاء الإداري ، ذلك أن العنصر المهم في نظام القانون الإداري المميز له عن القانون الخاص لا يتعلق بالأهداف أو الغايات التي تسعى الإدارة إلى تحقيقها المتمثلة بالمنفعة العامة كما ذهبت نظرية أو معيار المرفق العام ، وإنما يقوم على أساس الوسائل التي تستعملها الإدارة في سبيل تحقيق تلك الأهداف ، فإذا كانت هذه الوسائل تتميز بسلطات وامتيازات استثنائية لا نظير لها في علاقات الأفراد ، كنا أمام نشاط يحكمه القانون الإداري ويختص بالمنازعات الناشئة عنه القضاء الإداري . ()

وقد أسس هذا المعيار العميد موريس هوريو Hauriou الذي أنشأ مدرسة مناهضة لمدرسة المرفق العام أطلق عليها " مدرسة السلطة العامة " ، ومبادئ هذه النظرية متميزة عن نظرية السلطة العامة التقليدية والتي تفرق بين أعمال السلطة وأعمال الإدارة العادية .

فنظرية السلطة العامة كما ذهب هوريو لا تتعلق بالأوامر والنواهي إنما تشمل كل نشاط إداري تمارسه الإدارة مع استعمالها لوسائل القانون العام غير المألوفة في القانون الخاص .

ومن الجدير بالذكر أن " هوريو " لم ينكر فكرة المرفق العام ، إنما جعلها ثانوية بالمقارنة مع دور السلطة العامة كأساس للقانون الإداري ومعيار لتحديد اختصاص القضاء الإداري ، فهو غلب عنصر الوسائل التي تستخدمها الإدارة على عنصر الغاية أو الهدف . ()

المبحث الرابع - معيار المنفعة العامة

نادى بهذه الفكرة الأستاذ مارسيل فالين Waline الذي كان من أشد المدافعين عن معيار المرفق العام ثم تخلى عنه تحت تأثير الأزمة التي مر بها هذا المعيار ، واقترح محله فكرة المنفعة العامة .

وتقوم هذه الفكرة على أن أساس القانون الإداري ومعيار اختصاص القضاء الإداري إنما يقوم على تحقيق المنفعة العامة والمصلحة العامة ، فالنشاط الإداري يستهدف تحقيق النفع العام وهو ما يميزه عن النشاط الخاص . ()

وقد اعتمد فالين في تأسيس نظريته على حكم مجلس الدولة في قضية بلدية مونسيجور Commune de Monsegur الصادر في ١٠/٦/١٩٢١ وتتلخص وقائع القضية أنه وقع حادث لصغير حرج في كنيسة مونسيجور بسقوط حوض " ماء مقدس " تسبب فيه بتعلقه واثنين من زملائه به ، مما أصابه بعاهة مستديمة تمثلت بقطع ساقه ، وقد حصل والد الطفل على حكم من مجلس الإقليم بإلزام البلدية المسؤولة عن صيانة الكنيسة بالتعويض ، وقد استئنفت البلدية هذا الحكم من ناحية أنه منذ عام ١٩٠٥ لم تعد البلدية مسؤولة عن دور العبادة لانفصال الدين عن الدولة بقانون ٩/٩/١٩٠٥ ولم تعد الكنائس منذ هذا التاريخ مرافق عامة ، وبالتالي لا تدخل دعوى التعويض في اختصاص القضاء الإداري .

غير أن مجلس الدولة لم يأخذ بهذا الدفع وأسس قضائه على أنه وأن لم تعد مرافق العبادة مرفقاً عاماً منذ انفصال الدين عن الدولة ، فإن ترك الكنائس تحت تصرف المؤمنين والمكلفين بإقامة شعائر العبادة لممارسة ديانتهم إنما يكون تنفيذاً لغرض ذي نفع عام . ()

وفكرة المنفعة العامة هذه أكثر اتساعاً من فكرة المرفق العام إلا أنها لم تسلم من النقد الشديد من حيث أن جل عمل الدولة إنما يتعلق بتحقيق المنفعة العامة أو المصلحة العامة .

كما أن تحقيق النفع العام ليس حكراً على الدولة وأجهزتها الإدارية ، وإنما قد يساهم الأفراد في تحقيقها وذلك من خلال المؤسسات والمشروعات الخاصة ذات النفع العام وهي مشاريع تخضع لأحكام القانون الخاص ويختص القضاء العادي بالمنازعات الناشئة عنها .

لذلك لم تعش هذه الفكرة طويلاً ولم تصلح أساساً للقانون الإداري ومعياراً لتحديد اختصاص القضاء الإداري لسعتها وعدم تحديدها وسرعان ما تخلى عنها فالين نفسه واتجه نحو معيار آخر .

المبحث الخامس - معيار السلطة العامة الحديث

حاول جانب من الفقه إحياء فكرة السلطة العامة وتجديدها لتصلح أساساً وحيداً للقانون الإداري ومعياراً لتحديد اختصاص القضاء الإداري ، ومن هؤلاء الأستاذ جورج فيدل George Vedel الذي ذهب إلى أن فكرة السلطة العامة لا تعني فقط استخدام الإدارة لامتيازات وسلطات القانون العام باعتبارها سلطة أمره ، وإنما تشمل أيضاً القيود التي تحد من حرية الإدارة وتضرب عليها الترامات أشد من الالتزامات المفروضة على الأفراد في ظل القانون الخاص . ()

ومن هذه القيود عدم أمكان تعاقد الإدارة إلا بإتباع إجراءات وشروط معينة لا نظير لها في القانون الخاص ، كأتباعها أسلوب المناقصات أو المزايدات عند اختيار المتعاقد معها .

ومن ثم لا يكفي اتصال نشاط الإدارة بمرفق عام حتى تكون بصدد تطبيق القانون الإداري إنما يجب أن تكون لإدارة قد استخدمت في نشاطها امتيازات وسلطات استثنائية لا مثيل لها في القانون الخاص أو التزمت بقيود وحدود غير مألوفة في هذا القانون ، وفي الحالتين يختص القضاء الإداري بالمنازعات الناشئة عن مباشرة هذا النشاط .

وعلى عكس ذلك يختص القضاء العادي ويطبق القانون الخاص على كل نشاط تؤديه الإدارة مستخدمة أساليب مشابهة لتلك التي يستخدمها الأفراد أو لا تتضمن امتيازات أو شروط استثنائية .

وقد صادف هذا المعيار نجاحاً وقبولاً في الفقه والقضاء الإداريين وانحاز إليه فالين بعد أن تخلى عن معيار المرفق العام وبعده معيار النفع العام .

المبحث السادس - معيار الجمع بين المرفق العام والسلطة العامة

إزاء الانتقادات الموجهة لكل معيار من المعايير السابقة وعجزها في أن تكون أساساً وحيداً للقانون الإداري ومعياراً لتحديد اختصاص القضاء الإداري ، لم يعد الفقه والقضاء يتمسكان بفكره واحدة ، واتجه نحو الجمع بين فكرتي السلطة العامة والمرفق العام .

وفي هذا المجال حاول الأستاذ De Laubadere تجديد معيار المرفق العام بعد ما أصابه من تفكك نتيجة الأزمات التي تعرض لها وذلك عن طريق الجمع بين فكرتي المرفق العام والسلطة العامة ، لكنه جعل الأولوية للمرفق العام ، ثم يأتي استخدام أساليب القانون العام في المرتبة الثانية لسد الفراغ في المجالات التي عجز معيار المرفق العام عن القيام بدوره فيها . ()

بينما ذهب الأستاذ شابى Chapus إلى تغليب فكرة السلطة العامة على فكرة المرفق العام فقال أنه يجب أن لا نعتقد أن معيار الشروط المخالفة " السلطة العامة " دائماً معياراً مساعداً ، فالمعيار المأخوذ من الموضوع هو دائماً معيار مبدأ ، ففي كثير من الأحيان يفضل القاضي استخدام معيار الشرط غير المؤلف وهذا يكون أسهل أو مناسباً أكثر . ()

وعلى هذا الأساس فإن المرفق العام وأن كان عنصراً مهماً في تحديد أساس القانون الإداري إلا أنه لا يكفي لأداء هذا الدور بعد أن اتضح سعة مفهومه وعدم اقتصره على المرافق الإدارية فظهرت فكرة المعيار المزدوج التي أيدها جانب كبير من الفقه وأخذ بها القضاء الإداري في فرنسا في أغلب أحكامه . ()

وعلى ذلك فإن أساس القانون الإداري لا يرجع لمعيار واحد من المعايير السابقة ، إنما يجب الجمع بين المعيارين المهمين المرفق العام والسلطة العامة ، ومن ثم ليكون العمل إداريا وخاضعا للقانون الإداري واختصاص القضاء الإداري ، يجب أولا أن يكون عملا إداريا أو نشاطا متعلقا بمرفق عام " نظرية المرفق العام " .

وثانيا : أن تكون الإدارة في هذا النشاط قد استخدمت امتيازات أو وسائل وسلطات استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص " نظرية السلطة العامة " . مع ضرورة التنبيه أن السلطة العامة لا تبرز من خلال الامتيازات الممنوحة للإدارة حسب وإنما تشمل القيود الاستثنائية المفروضة عليها في أحيان أخرى

الباب الأول - التنظيم الإداري

نبحث في هذا المجال من الدراسة موضوع التنظيم الإداري الذي نبين فيه الوسائل التي تؤدي من خلالها الإدارة وظيفتها التنفيذية وتستدعي الدراسة البحث في الأشخاص المعنوية العامة باعتبارها الأداة التي تجمع السلطات الإدارية في إطارها ، ومن ثم البحث في الأساليب الرئيسية المتبعة في هذا التنظيم وفقا لما يسمى بأسلوب المركزية الإدارية وأسلوب اللامركزية الإدارية .

الفصل الأول - الأشخاص المعنوية العامة

يتمتع الإنسان منذ ولادته بالشخصية القانونية التي تمكنه من اكتساب الحقوق وتحمله بالالتزامات لأداء دوره في المجتمع وأداء رسالته ، والأصل أن الشخصية القانونية نسبت للإنسان فقط إلا أن عجز الإنسان عن النهوض بكافة متطلبات المجتمع لانتهاه شخصيته بالوفاء وحاجة المجتمع إلى دوام استمرار مرافقه ، كان لابد من منح الأهلية القانونية لأشخاص أخرى ، فظهرت نظرية الشخصية المعنوية ومقتضاها منح القانون الشخصية القانونية إلى جانب الإنسان الذي بات يطلق عليه الشخص الطبيعي إلى نوعين من التجمعات : مجموعة من الأفراد أو مجموعة من الأموال تهدف لتحقيق هدف معين ويكون كيان ذاتي مستقل عن الأفراد المكونين لها يسمح بتحقيق هدفها ، وأطلق عليها اصطلاح الشخصية المعنوية الاعتبارية .

وعلى ذلك يمكن تعريف الشخص المعنوي بأنه مجموعة من الأموال أو الأشخاص تستهدف تحقيق هدف معين اعترف لها القانون بالشخصية القانونية .

المبحث الأول - أنواع الأشخاص المعنوية

يوجد نوعين رئيسيين من الأشخاص المعنوية هي : الأشخاص المعنوية العامة ، والأشخاص المعنوية الخاصة ، مع ما تتمتع به الأشخاص المعنوية الخاصة من أهمية في نطاق القانون الخاص فتظهر بشكل الشركات والمؤسسات والجمعيات التي تنشأ بمبادرات الأفراد لتحقيق الربح أحيانا وتحقيق النفع العام أو المصلحة العامة في أحيان أخرى .

و الشخصية المعنوية العامة تحتل أهمية أكبر بكثير في نطاق القانون العام الذي لا يعرف غير هذا النوع من الأشخاص المعنوية رغم أن نظرية الشخصية المعنوية نشأت في ظل القانون الخاص . وقد درج الفقه والقضاء على تقسيم الأشخاص المعنوية العامة إلى ثلاث أنواع :

أولا : الأشخاص المعنوية الإقليمية

وهي الأشخاص المعنوية أو الاعتبارية التي يتعلق اختصاصها في نطاق جغرافي معين من الدولة وهي تشمل الدولة والوحدات المحلية الأخرى .

أ- الدولة

وهي أهم الأشخاص المعنوية على الإطلاق ولهذا فقد ورد النص عليها في القانون المدني على أن الدولة هي أول الأشخاص الاعتبارية .

والدولة هي الشخص المعنوي العام الذي تتفرع عنه الأشخاص المعنوية الأخرى وهي التي تمنح الشخصية المعنوية الخاصة للأفراد والهيئات الخاصة وتمارس الرقابة عليها .

والدولة باعتبارها شخص معنوي عام تشمل سلطات الدولة الثلاث : السلطة التشريعية والتنفيذية والقضائية ، باعتبارها شخص معنوي واحد . إلا أن هذه الوحدة في شخصية الدولة لم تكن أمرا مسلما به فقد اختلف الفقه في شأنها .

فقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن الاعتراف بالشخصية المعنوية العامة للدولة يقتصر على مجال معين من نشاط الدولة وهو الحقوق المادية والتصرفات التي تدرج في القانون الخاص ، أما بالنسبة لتصرفات الدولة التي تحمل طابع السلطة وامتيازاتها فما هي إلا اختصاصات يمارسها ممثلوا الدولة في الحدود التي رسمها القانون تحقيقاً للمصلحة العامة.

ولعل الدافع وراء تبني هذا الرأي الخشية من تعسف الدولة وجورها على الحريات العامة إذا ما اعتبرت تصرفات الدولة حقاً من حقوقها ، بينما ذهب رأي آخر إلى ثنائية شخصية الدولة ، فتكون شخصاً معنوياً خاصاً إذا ما تصرفت في مجال الحقوق المالية أو الحقوق الخاصة المشابهة لتصرفات الأفراد وينطبق عليها القانون الخاص وتعتبر شخصاً معنوياً عاماً إذا قامت بعمل يدخل في ضمن نطاق السلطة العامة وهنا تخضع تصرفاتها لأحكام القانون العام .()

إلا أن هذه الآراء لم تلبث أن انتهت ، وأصبح الرأي السائد فقهاً وقضاً أن شخصية الدولة وحدة لا تتجزأ وهي تشمل جميع تصرفات الدولة وأعمال الخاصة منها والتي تتسم بطابع السلطة العامة . وهو رأي يتماشى مع المنطق القانوني السليم .

٢- الوحدات المحلية المحافظات .

وترتبط فكرة الأشخاص المعنوية العامة المحلية بالديمقراطية التي تسمح لكل إقليم من أقاليم الدولة أن يدير شؤونه المحلية من خلال ممثليه من سكان الإقليم في المحافظات .

ثانياً : الأشخاص الاعتبارية العامة المرفقية

ويطلق عليها أيضاً ألاً مركزية المصلحة أو المرفقية ، وتنشأ لتحقيق مصالح عامة للأفراد تحت رقابة الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية التابعة لها . وتسمى هذه الأشخاص بالهيئات العامة أو المؤسسات أو الشركات العامة .

وقد لجأ المشرع إلى إنشاء هذه الأشخاص لتبشير إدارة المرافق العامة التي تتطلب نوعاً من الاستقلال الفني عن الحكومة المركزية ضمان فاعلية وكفاءة الإدارة . وتختلف هذه الأشخاص عن الأشخاص الاعتبارية الإقليمية في أنها مقيدة بالهدف الذي أنشأت من أجله ، في حين تكون الأخيرة مقيدة بالحدود الجغرافية للإقليم الذي تمثله .

وحيث أن الأشخاص الاعتبارية المرفقية تهدف إلى تحقيق أغراض متنوعة منها ما هو إداري أو اجتماعي أو اقتصادي ، فإن هذا الاختلاف يقود إلى اختلاف أنظمتها القانونية حسب النشاط الذي تتولاه ، أما الأشخاص الإقليمية فالقاعدة العامة أنها تتمتع بذات التنظيم القانوني .

كذلك تفترق الأشخاص الاعتبارية المرفقية عن الأشخاص الاعتبارية الإقليمية في أن الأخيرة تقوم على فكرة الديمقراطية التي تؤكد حق سكان الوحدات المحلية بإدارة شؤونهم المحلية بأنفسهم ، بينما تقوم فكرة الشخصية الاعتبارية المرفقية على ضرورة ضمان الكفاءة الإدارية وحسن إدارة المرافق العامة ذات الطابع الفني ولا علاقة للديمقراطية في ذلك . كما هو الحال في الجامعات والهيئات العامة للمياه والهيئة العامة للإذاعة .

٣ - الأشخاص المعنوية المهنية

بسبب التطور المستمر في مناحي الحياة الاجتماعية والاقتصادية في مختلف الدول وتأثير هذا التطور على القانون الإداري وأحكامه ظهرت فكرة جديدة لأشخاص معنوية أخرى تتمثل في المنظمات والاتحادات ذات الطابع المهني ، تتولى إدارة مرافق عامة ينشأها المشرع لتحقيق مصالح عامة ، ومن ذلك الاتحاد العام لطلبة الجماهيرية واتحاد الأدباء والكتاب والمؤتمر المهني للمعلمين . وتتمتع هذه الأشخاص بالاستقلال ولها إصدار اللوائح الخاصة بتأديب أعضائها وممارسة المهنة التي تشرف عليها .

المبحث الثاني - النتائج المترتبة على منح الشخصية المعنوية

إذا اعترف بالشخص الاعتباري يتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان الطبيعي ، وذلك في الحدود التي قررها القانون .

فيكون لها :

١- الذمة المالية المستقلة :

يتمتع الشخص المعنوي العام ، بذمة مالية مستقلة عن ميزانية الدولة ولها الحق في الاحتفاظ بالفائض من إيراداتها ، كما أنها تتحمل نفقاتها ، والذمة المالية للشخص المعنوي مستقلة عن الذمة المالية للأشخاص المكونين له .

٢- الأهلية القانونية :

يتمتع الشخص المعنوي العام بأهلية قانونية في الحدود التي رسمها القانون تمكنه من اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات ، غير أن هذه الأهلية أضيق نطاقاً من أهلية الشخص الطبيعي فهي مقيدة بممارسة التصرفات القانونية التي تدخل في ميدان نشاطه وتخصصه ، ومفيدة كذلك بحدود الهدف الذي يسعى الشخص الاعتباري العام لتحقيقه . وهذه الشخصية القانونية مستقلة عن شخصية الأعضاء المكونين بالشخص الاعتباري العام ويباشرها عنه من يمثلونه من أشخاص طبيعيين .

٣- حق التقاضي :

للشخص المعنوي العام أهلية التقاضي ، فله مقاضاة الغير ، كما يكون من حق الغير أن يقاضيه ، كما يجوز أن تقاضي الأشخاص المعنوية بعضها ببعض ، ويباشر هذا الحق عن الشخص المعنوي العام أشخاص طبيعيين يمثلونه أو ينوبون عنه ويعبرون عن إرادته في التقاضي

٤- موطن مستقل :

للشخص الاعتباري موطن خاص به يختلف عن موطن الأشخاص المكونين له ، وهو عادة المقر أو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته ، فقد بينت المادة ٢/٥٣ من القانون المدني أن " يعتبر موطنه المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته .. " . وللموطن أهمية خاصة بالنسبة للشخص الاعتباري فيجب إعلان الأوراق الرسمية والقضائية إليه فيه ويتم تحديد المحكمة المختصة بالنظر بالدعاوي التي ترفع ضده .

٥- تمارس الأشخاص المعنوية العامة جانباً من سلطة الدولة باعتبارها من أشخاص القانون العام فتتمتع بامتيازات السلطة التي يقررها القانون للجهات الإدارية فتعتبر قراراتها إدارية ، ويجوز تنفيذها جبراً دون اللجوء إلى القضاء ، كذلك تملك حق نزع الملكية للمنفعة العامة أو الاستيلاء المباشر كما يجوز لها إبرام العقود الإدارية ، وحيث توجد هذه السلطة توجد مسؤولية الشخص المعنوي عن أفعاله الضارة التي قد يتسبب بها موظفيه .

٦- المال الذي تملكه الأشخاص المعنوية العامة يعتبر مالاً عاماً إذا كان مخصصاً للمنفعة العامة ، وبذلك فهو يحظى بالحماية المقررة للمال العام ، ومع ذلك يمكن أن تملك الأشخاص المعنوية العامة أموالاً أخرى خاصة تعد جزءاً من الدومين الخاص ولا تعتبر أموالاً عامة وتخضع لأحكام القانون الخاص .

٧- موظفو الأشخاص المعنوية العامة يعدون موظفين عامين ويرتبطون بعلاقة تنظيمية مع الشخص المعنوي إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك، ولا يمنع ذلك من أن يكون لبعض الأشخاص المعنوية نظام خاص لموظفيها ولوائح خاصة بتأديبهم .

٨- لا يترتب على منح الشخصية المعنوية العامة الاستقلال التام عن الدولة إذ تخضع هذه الأشخاص لنظام " الوصاية الإدارية " التي تمارسها السلطة المركزية في الدولة لضمان احترام هذه الأشخاص للقانون والسياسة العامة للدولة وعدم تجاوز الغرض الذي من أجله أنشأت هذه المرافق .

٩- نتيجة لتمتع الشخص المعنوي العام بامتيازات السلطة العامة وبالتالي اعتباره شخصاً من أشخاص القانون العام ، فإن القضاء الإداري يكون هو المختص في نظر المنازعات الناشئة عن ممارسة نشاطه ، ويخضع كذلك للقيود التي يفرضها القانون الإداري من ضرورة إتباع إجراءات خاصة في التعاقد أو الطعون في القرارات الصادرة منه وغير ذلك من أمور تفرضها الطبيعة الخاصة بنظام القانون العام .

نهاية الشخص المعنوي العام

الدولة باعتبارها أهم الأشخاص المعنوية العامة تنقضي شخصيتها بزوال أو فقد ركن من أركانها التي تقوم عليها كما لو تفتت إلى عدة دول أو اندمجت بدولة أخرى أو فقدائها لإقليمها أو انعدام السلطة السياسية بسبب الفوضى .

أما الأشخاص المعنوية الإقليمية فتنتهي بذات الأداة التي نشأت بها ، كما لو صدر قانون يعيد تقسيم الوحدات المحلية فيلغي بعض الأشخاص المعنوية الإقليمية ويستحدث غيرها أو يدمجها في بعضها .

أما إذا صدر قانون بحل مجلس إدارة الشخص المعنوي فيظل الشخص المعنوي قائماً حتى يتم اختيار الشخص الجديد .

وتنقضي الشخصية المعنوية المرفقية والمهنية بالغائها أو حلها بذات طريقة إنشائها أو باندماجها بشخص معنوي مرفقي آخر .

وعند نهاية الشخص المعنوي العام أيا كانت صورته تنتقل أمواله إلى الجهة التي حددها القانون أو القرار الصادر بالغائه أو حله ، وإلا فإن هذه الأموال تنتقل إلى الجهة التي يتبعها هذا الشخص .

الفصل الثاني - أساليب التنظيم الإداري

تنتهج الدول المختلفة أسلوبين في تنظيمها الإداري هما : المركزية الإدارية واللامركزية الإدارية . يتجه الأسلوب الأول والأقدم في الظهور نحو حصر الوظيفة الإدارية في أيدي السلطة التنفيذية وحدها في العاصمة دون وجود سلطات إدارية أخرى مستقلة عنها . بينما يتجه أسلوب اللامركزية الإدارية نحو توزيع الوظيفة الإدارية ومشاركة هيئات وسلطات لامركزية .

وفيما يلي سنتناول بالدراسة المركزية الإدارية ثم اللامركزية الإدارية وذلك في مبحثين .

المبحث الأول - المركزية الإدارية

المركزية الإدارية هي أول النظم التي اتبعتها الدول في الحكم والإدارة ، وتقوم المركزية على أساس التوحيد وعدم التجزئة ، وفي المجال الإداري يقصد بها توحيد النشاط الإداري وتجميعه في يد السلطة التنفيذية في العاصمة . ()

وتقوم السلطة التنفيذية في هذا النظام بالسيطرة على جميع الوظائف الإدارية من توجيه وتخطيط ورقابة وتنسيق ، وفي النظام المركزي تلتزم السلطة الدنيا بالقرارات التي تصدر عن السلطة العليا ويساعد على هذه الخاصة الترتيب الذي يسود السلطة التنفيذية وتقسيم الموظفين رؤساء ومروؤسين إلى درجات يعلو بعضها بعضاً في سلم إداري منتظم ، يخضع كل مروؤوس فيه لرئيسه خضوعاً تاماً وينفذ أوامره ويعمل تحت إشرافه وتوجيهاته .

ولا تعني المركزية أن تقوم السلطة التنفيذية في العاصمة بجميع الأعمال في أنحاء الدولة ، بل تقتضي وجود فروع لهذه السلطة غير أن هذه الفروع لا تتمتع بأي قدر من الاستقلال في مباشرة وظيفتها وتكون تابعة للسلطة المركزية في العاصمة ومرتبطة بها .

المطلب الأول : أركان المركزية الإدارية

تقوم المركزية الإدارية على ثلاثة عناصر هي : تركيز الوظيفة الإدارية في يد الحكومة والتدرج الهرمي والسلطة الرأسية .

أولاً : تركيز الوظيفة الإدارية في يد الحكومة المركزية

تتركز في هذا النظام سلطة مباشرة الوظيفة الإدارية في يد السلطة التنفيذية بالعاصمة، وتعاونها في ذلك الهيئات التابعة لها في الأقاليم الأخرى تحت إشراف ورقابة السلطة المركزية، ولا توجد في هذا النظام أشخاص معنوية عامة محلية أو مرفقية مستقلة عن السلطة المركزية .

ومن ثم لا توجد مجالس محلية منتخبة أو هيئات عامة يمكن أن تدير المرافق العامة ، وتتركز سلطة اتخاذ القرارات وأداء المرافق العامة في يد الوزراء وممثلهم التابعين لهم والمعنيين منهم تحت رقابتهم وإشرافهم .

ثانياً : التدرج الهرمي

يقوم النظام المركزي على أساس التدرج الهرمي في الجهاز الإداري ومقتضاه أن يخضع موظفي الحكومة المركزية بشكل متدرج ومتصاعد ، تكون الدرجات الدنيا تابعة للأعلى منها تحت قمة الجهاز الإداري وهو الوزير .

وللسلطات العليا حق إصدار الأوامر والتعليمات للجهات الدنيا ويخضع كل مروؤوس خضوعاً تاماً ، ويتجه مجال الطاعة في داخل النظام المركزي إلى درجة كبيرة فالرئيس يباشر رقابة سابقة ولاحقة على أعمال المروؤوس كما أن للرئيس صلاحية تعديل القرارات الصادرة من مروؤوسيه وإلغائها بالشكل الذي يراه مناسباً .

وهذه الدرجات تكون ما يسمى بنظام التسلسل الإداري الذي يبين التمايز بين طبقتي الرؤساء والمرؤوسين ويبرز علاقة التبعية والسلطة الرئاسية.

ثالثاً: السلطة الرئاسية

السلطة الرئيسية le pouvoir herachique ضمانه معترف بها للرؤساء الإداريين ينضمها القانون فيوفر وحدة العمل وفعاليته واستمراريته. () وتعتبر السلطة الرئاسية الوجه المقابل للتبعية الإدارية وهي تتقرر بدون نص وبشكل طبيعي غير أنها من جانب آخر ترتب مسؤولية الرئيس عن أعماله مرؤوسية وبالتالي عدم إمكانية تهربه من هذه المسؤولية. ()

والسلطة الرئاسية من أهم ركائز النظام المركزي ، إلا أنها سلطة ليست مطلقة وليست على درجة واحدة من القوة فهي تتأثر بصاحب السلطة ومركزه في السلم الإداري وبنوع الوظيفة التي يمارسها . والسلطة الرئاسية تتحلل إلى مجموعة من الاختصاصات بعضها يتعلق بشخص المرؤوس والآخر منها يتعلق بأعماله :

أ- سلطة الرئيس على شخص مرؤوسيه

تتضمن سلطة الرئيس على أشخاص مرؤوسه الكثير من الاختصاصات منها ما يتعلق بالحق في التعيين والاختيار ، وحق الرئيس في تخصيص مرؤوسيه لأعمال معينة . كما تتضمن سلطة نقل الموظف وترقيته وإيقاع العقوبات التأديبية عليه والتي قد تصل إلى حد عزله أو حرمانه من حقوقه الوظيفية ، في حدود ما يسمح به القانون .

ب- سلطة الرئيس على أعمال مرؤوسيه

تشمل هذه السلطة في حق الرئيس في توجيه مرؤوسيه عن طريق إصدار الأوامر والتوجيهات إليهم قبل ممارسة أعمالهم وسلطة مراقبة تنفيذهم لهذه الأعمال والتعقيب عليها وتشمل هذه السلطات .

١- سلطة الأمر :

يملك الرئيس إصدار الأوامر والتعليمات ، ويعتبر اختصاصه هذا من أهم مميزات السلطة الرئاسية ، ذلك أن إصدار الأوامر عمل قيادي له أهمية كبرى في سير الأعمال الإدارية ، وعلى وجه العموم نجد أن السلطة الرئاسية تتصف أساساً بأنها سلطة أمره لكونها تقوم على إصدار أوامر ملزمة للمرؤوسين. ()

٢- سلطة الرقابة والتعقيب

سلطة الرئيس في الرقابة على أعمال مرؤوسية تتمثل بحقه في إجازة أعمالهم أو تعديلهم قراراتهم أو إلغائها وسحبها كما يملك أيضاً الحلول محلهم إذا اقتضى العمل ذلك . وتمتد رقابة الرئيس على أعمال مرؤوسيه لتشمل ملائمة هذا العمل أو التصرف ومقتضيات حسن سير المرفق العام. ()

ووسيلة الرئيس في رقابته على مرؤوسيه تتمثل بالتقارير التي يقدمها الموظفون عن أعمالهم بصورة دورية أو بوساطة التقارير التي يضعها المفتشون ويطلعون السلطة الرئاسية عليها ، قد يمارسها الرئيس عن طريق الشكاوي التي يقدمها إليه الأفراد الذين أصابهم الضرر نتيجة تصرفات مرؤوسيه .

المطلب الثاني - صور المركزية الإدارية

تتخذ المركزية الإدارية صورتان : التركيز الإداري وعدم التركيز الإداري

أولاً : التركيز الإداري la concentration

وهي الصورة البدائية للمركزية الإدارية ، ويطلق عليها أيضاً المركزية المتطرفة أو الوزارية، لإبراز دور الوزارة في هذا النظام. ()

ومعنى التركيز الإداري أن تتركز سلطة اتخاذ القرارات في كل الشؤون الإدارية بيد الوزراء في العاصمة ، بحيث لا يكون لأية سلطة أخرى تقرير أي أمر من الأمور ، إنما يتعين على كافة الموظفين في الأقاليم الرجوع إلى الوزير المختص لإصدار القرار .

وينحصر دور الموظفين في الجهاز الإداري في تقديم المقترحات والآراء في المسائل المطروحة عليهم وانتظار ما يقرره الوزير المختص بشأنها ، وتنفيذ هذه القرارات .

ولا شك أن هذه الصورة من التركيز الشديد تضر بمصالح الأفراد وتعرقل عمل الإدارة فمن غير المتصور أن تتخذ جهة إدارية واحدة كافة القرارات في كل أنحاء الدولة وتكون هذه القرارات ملائمة ومناسبة لظروف العمل الإداري وتوفر حلاً لمشاكل الأفراد .

لذلك هجرت أغلب الدول هذه الصورة من المركزية الإدارية إلى الصور المعتدلة للمركزية الإدارية وهي عدم التركيز الإداري .

ثانيا : عدم التركيز الإداري la deconcentration

يطلق على هذه الصورة من المركزية الإدارية ألا وزارية أو المركزية المعتدلة. () ومقتضاها تخفيف العبء عن الحكومة المركزية بتحويل بعض الموظفين في الأقاليم المختلفة سلطة البت في بعض الأمور ذات الطابع المحلي دون الحاجة للرجوع للوزير المختص في العاصمة .
إلا أن هذه الصورة من المركزية لا تعني استقلال هؤلاء الموظفين عن الوزير ، فهم يبقون خاضعين لسلطته الرئاسية وله أن يصدر إليهم القرارات الملزمة وله أن يعدل قراراتهم أو يلغيها ، وكل ما في الأمر أن عدم التركيز الإداري يخفف من العبء على الوزارات والإدارات المركزية وأن بعض القرارات الإدارية أصبحت تتخذ من ممثلي الوزراء في الأقاليم بدلا من أن تتخذ من الوزراء أنفسهم .
ومن ثم يختلف عدم التركيز الإداري عن اللامركزية الإدارية إذ تتعدد السلطات الإدارية في اللامركزية الإدارية نظرا لتعدد الأشخاص المعنوية ، وتختص كل سلطة بجانب من الوظيفة الإدارية في الدولة ، حيث يتم توزيع الاختصاصات على هذا الأساس. ()
وعلى أي حال فإن هذه الصورة من المركزية أفضل من التركيز الإداري وهي مرحلة انتقال صوب نظام اللامركزية الإدارية ، وهي الصورة الباقية في إطار نظام المركزية الإدارية .
ولعل من أبرز وسائل تحقيق عدم التركيز الإداري نظام تفويض الاختصاص ، الذي سنتناوله في هذا الجزء من الدراسة .

المطلب الثالث - تفويض الاختصاص

تستلزم ضرورات العمل الإداري وحسن سير المرافق العامة أن يفوض بعض الموظفين المختصين بعض أعمالهم إلى موظفين آخرين غالبا ما يكونون مرؤوسين بالنسبة لهم . ويقصد بالتفويض أن يعهد صاحب الاختصاص بممارسة جزء من اختصاصاته إلى أحد مرؤوسيه . بشرط أن يسمح القانون بإجراء هذا التفويض وأن تكون ممارسة الاختصاص المفوض تحت رقابة الرئيس الإداري صاحب الاختصاص الأصلي .

وللتفويض مزايا عدة فهو من جانب يخفف العبء عن الرئيس صاحب الاختصاص الأصلي ، فهو يقوم بنقل جزء من اختصاصه في مسألة معينة إلى أحد مرؤوسيه أو جهة أو هيئة ما .
ويؤدي من جانب آخر إلى تحقيق السرعة والمرونة في أداء الأعمال مما يسهل على الأفراد قضاء مصالحهم ويدرب المرؤوسين على القيام بأعمال الرؤساء ، فينمي فيهم الثقة والقدرة على القيادة. ()
أولا: شروط التفويض

للتفويض شروط عامة استقر على إيرادها الفقه وأحكام القضاء، يجب مراعاتها حتى يكون التفويض صحيحا هي :

١- **التفويض لا يكون إلا بنص** : يلزم حتى يكون التفويض صحيحاً أن يسمح القانون بالتفويض ، فإذا منح القانون اختصاص إلى جهة معينة ليس لهذه الجهة التنازل عن هذا الاختصاص أو تفويضه إلى سلطة أخرى إلا إذا أجاز القانون ذلك ومن الضروري أن يصدر قرار صريح من الجهة صاحبة الاختصاص الأصلي عن رغبتها في استخدام التفويض الذي منحه لها القانون .

٢- **التفويض يجب أن يكون جزئياً** : فلا يجوز أن يفوض الرئيس الإداري جميع اختصاصاته لأن هذا يعد تنازلاً من الرئيس عن مزاولة جميع أعماله التي أسندها إليه القانون .

٣- **يبقى الرئيس المفوض مسؤولاً عن الأعمال التي فوضها بالإضافة إلى مسؤولية المفوض إليه ، تطبيقاً لمبدأ أن التفويض في السلطة ولا تفويض في المسؤولية** .

والمرؤوس المفوض إليه لا يسأل عن تصرفاته بشأن السلطات المفوضة إليه إلا أمام رئيسه المباشر الذي قام بالتفويض () ولا تنصرف المسؤولية إلى أعلى منه وفقاً لمبدأ وحدة الرئاسة والأمر .

٤- **لا يجوز للمفوض إليه أن يفوض غيره ، فالتفويض لا يتم إلا مرة واحدة** ، ومخالفة هذه القاعدة تجعل القرار الإداري الصادر من المفوض إليه الثاني معيباً بعدم الاختصاص .

ه- التفويض مؤقت وقابل للرجوع فيه من جانب الرئيس لأن الأصل هو عدم التفويض والاستثناء هو التفويض الذي لا يستطيع الرئيس دائماً إلغاءه بقرار ويسترد اختصاصه. وتثار بشأن التفويض مشكلة سلطة الجهة المفوضة " بكسرلواو " على اختصاصات المفوض إليه " المرؤوس " فهل للسلطة صاحبة الاختصاص الأصلي أن تلغي قرارات السلطة المفوض إليها . ذهب جانب من الفقهاء إلى عدم السماح بتوجيه تعليمات إلى المرؤوسين تتعلق بالاختصاص المفوض إليهم على أساس أن الموظف الذي قام بالتفويض لا يعتبر رئيساً إدارياً بالنسبة للقرارات الصادرة طبقاً للتفويض على أساس أن المرؤوس يعتبر كأنه الرئيس نفسه وعندئذ فإن قراراته واجبة الاحترام. () بينما ذهب جانب آخر من الفقهاء إلى أن الأصل يبقى له الحق في التعقيب على القرارات الصادرة عن المفوض إليه إذا كان الأخير مرؤوساً له ، لأن التفويض لا يقطع العلاقة الرئاسية بين الرئيس والمرؤوس ولا يحول دون ممارسة الرئيس لاختصاصه في التوجيه والرقابة السابقة واللاحقة على أعمال مرؤوس.

وقد يحصل بعض الخلط بين التفويض والحلول لأن الاثنين يساهمان في تسهيل سير العمل الإداري وضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد كما أن كل منهما يعني ممارسة أحد الموظفين لاختصاصات موظف آخر .

إلا أن هناك الكثير من أوجه الاختلاف بين الحلول والتفويض فالحلول يكون في حالة غياب صاحب الاختصاص الأصلي أي كان سبب الغياب اختيارياً كما في حالة الإجازة أو إجبارياً كما في حال المرض فيحل محل الموظف في ممارسة هذه الاختصاصات من حدده المشرع. أما في حالة التفويض فإن الرئيس المفوض يكون حاضراً وليس غائباً .

كما أن التفويض يتحقق بقرار يصدر من الرئيس المفوض إلى المفوض إليه في حين لا بد للحلول أن يقتصر بنص وأن تكون أسبابه صحيحة ويصبح الحلول مستحيلاً إذا لم ينظمه المشرع. () وفي تفويض الاختصاص يأخذ القرار الصادر درجة المفوض إليه ، أما في الحلول فتكون القرارات الصادرة في مرتبة قرارات الأصل الغائب .

وفي التفويض يكون الرئيس المفوض مسؤولاً عن أخطاء المفوض إليه لأن الرئيس يمارس الرقابة الرئاسية على المفوض إليه بينما لا يكون الأصل الغائب مسؤولاً عن أخطاء من حل محله لأنه لا يملك أي سلطة رئاسية بالنسبة لتصرفات الأخير ولأن مصدر سلطته القانون وليس الأصل وحيث توجد السلطة توجد المسؤولية .

ومن الملاحظ أن تفويض الاختصاص لا يعدو أن يكون تخفيفاً عن كاهل الرؤساء ومساعدتهم في تسيير أعمالهم وهذا الغرض لا يجعل المرؤوس ممارساً لاختصاص مانع للتعقيب والرقابة ، ونرى أنه لا مانع من قيام الرئيس المفوض بمراجعة قرارات مرؤوسيه وتوجيههم من خلال إصدار الأوامر والتعليمات التي تتعلق بالاختصاص المفوض ليطمئن إلى سلامة العمل من الناحية القانونية ، خاصة وإن مسؤولية الرئيس المفوض تبقى قائمة عما قام بتفويضه من اختصاص ، لأن لا تفويض في المسؤولية كما بينا سابقاً .

ثانياً: أنواع التفويض

التفويض على نوعين " تفويض اختصاص و تفويض توقيع "

١- تفويض الاختصاص : هذا النوع من التفويض ينقل السلطة بأكملها إلى المفوض إليه ، وهذا يمنع الأصل المفوض من ممارسة الاختصاص الذي تم تفويضه أثناء سريان التفويض .

وفي هذه الصورة من التفويض تكون قرارات المفوض إليه في نطاق التفويض منسوبة إلى المفوض إليه وتأخذ مرتبة درجته الوظيفية ، ويوجه تفويض الاختصاص إلى المفوض إليه بصفة لا شخصية فلا ينتهي التفويض بشغل موظف آخر لوظيفة المفوض إليه

٢- تفويض التوقيع : وهو تفويض شخصي يأخذ بعين الاعتبار شخصية المفوض إليه ، فهو ينطوي على ثقة الرئيس به ومن ثم فهو ينتهي بتغير المفوض أو المفوض إليه ، كما أن هذا التفويض يسمح للمفوض إليه بممارسة الاختصاصات المفوضة باسم السلطة " بكسرالولو " ولا يمنع ذلك من ممارسة

الرئيس المفوض ذات الاختصاص رغم التفويض كما أن القرارات الصادرة في نطاق التفويض تأخذ مرتبة قرارات السلطة المفوضة .

التفويض والحلول :

يقتصر بالحلول أن يصبح صاحب الاختصاص الأصل عاجزاً لسبب من الأسباب عن ممارسة اختصاصه كأن يصاب بعجز دائم أو بمرض أو غيره ، فيحل محله في مباشرة كافة اختصاصاته موظف آخر حدده القانون سلفاً .

وقد يحصل الحلول بان تحل إحدى الجهات الإدارية محل جهة إدارية أخرى

المطلب الرابع- تقييم المركزية الإدارية

درج بعض الفقهاء على إبراز مزايا النظام المركزي بينما ذهب البعض نحو إبراز عيوبه ، ونعرض فيما يلي أهم تلك المزايا والعيوب .

أولاً : مزايا المركزية الإدارية :-

١- النظام المركزي يقوي سلطة الدولة ويساعدها في تثبيت نفوذها في كافة أنحاء الدولة ، ولا شك أن هذا النظام له ما يبرره في الدول الناشئة حديثاً ، والتي تحتاج لتقوية وتدعيم وحدتها. ()

٢- المركزية أسلوب ضروري لإدارة المرافق العامة القومية التي لا يتعلق نشاطها بفضة معينة أو إقليم معين كمرفق الأمن أو الدفاع أو المواصلات .

٣- المركزية تؤدي إلى توحيد النظم والإجراءات المتبعة في كافة أنحاء الدولة كونها تنأتى من مصدر واحد ، مما يمكن الموظفين من الإلمام بكافة الأوامر والتعليمات اللازمة لتنفيذ الوظيفة الإدارية .

٤- يؤدي هذا الأسلوب إلى التقليل من النفقات والحد في الإسراف لعدم الحاجة إلى المجالس والهيئات اللامركزية وخبرة موظفي السلطة المركزية وقلة عددهم .

٥- تحقيق العدل والمساواة في المجتمع لإشراف الحكومة المركزية على المرافق العامة ونظرتها الشمولية البعيدة عن المصالح المحلية .

ثانياً : عيوب المركزية الإدارية :-

١- يؤدي هذا النظام إلى إشغال الإدارة المركزية أو الوزراء بمسائل قليلة الأهمية على حساب المهام الأكثر أهمية في رسم السياسة العامة لوزاراتهم .

٢- المركزية الإدارية لا تتماشى مع المبادئ الديمقراطية القائلة بضرورة أن تدار الوحدات المحلية من خلال سكان هذه الوحدات عن طريق مجالس منتخبة من بينهم .

٣- المركزية الإدارية وبسبب تركيز السلطة بيد الوزراء وفضة قليلة من الرؤساء والإداريين في العاصمة تؤدي إلى قتل روح المثابرة والإبداع لدى الموظفين الآخرين لأن دورهم ينحصر بتنفيذ الأوامر والتعليمات الصادرة من السلطة المركزية ، وعدم مشاركتهم فيها .

٤- المركزية تؤدي إلى زيادة الروتين والبطء في اتخاذ القرارات الإدارية المناسبة وفي الوقت المناسب ، لاستئثار السلطة المركزية بسلطة اتخاذ كافة القرارات في الدولة وبعد مصدر القرار في أكثر الأوقات عن الأماكن المراد تطبيق القرار فيها ، وغالباً ما تأتي هذه القرارات غير متلائمة مع طبيعة المشكلات المراد حلها .

المبحث الثاني - اللامركزية الإدارية

يقوم هذا النظام على أساس توزيع الوظيفة الإدارية بين الحكومية المركزية في العاصمة وبين أشخاص الإدارة المحلية في الأقاليم ، وتتمتع هذه الأشخاص بالشخصية المعنوية المستقلة ، مع خضوعها لرقابة الحكومة المركزية .

ففي هذا النظام تتمتع السلطة المحلية بقدر من الاستقلال في ممارسة اختصاصاتها فتحفظ الإدارة المركزية بإدارة بعض المرافق العامة القومية وتمنح الأشخاص المعنوية المحلية سلطة إنشاء وإدارة بعض المرافق العامة ذات الطابع المحلي .

وعلى ذلك تظهر في هذا النظام إلى جانب الدولة أو الإدارة المركزية أشخاص معنوية محلية أو مرفقية يطلق عليها بالإدارة اللامركزية أو السلطات الإدارية اللامركزية.

المطلب الأول: صور اللامركزية الإدارية

هناك صورتان أساسيتان للامركزية الإدارية " اللامركزية المحلية أو الإقليمية ، واللامركزية المصلحية أو المرفقية " .

أولاً : اللامركزية الإقليمية أو المحلية:

ومعناها أن تمنح السلطات المركزية إلى جزء من إقليم الدولة جانب من اختصاصاتها في إدارة المرافق والمصالح المحلية مع تمتعها بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي والإداري .
وتستند هذه الصورة إلى فكرة الديمقراطية التي تقتضي إعطاء سكان الوحدات المحلية الحق في مباشرة شؤونهم ومرافقهم بأنفسهم عن طريق مجالس منتخبة منهم .
وتقوم اللامركزية الإقليمية أو المحلية على ثلاث عناصر :

1- مصالح محلية أو إقليمية متميزة :

يتم منح الشخصية المعنوية للوحدات المحلية لاعتبارات إقليمية أو محلية ، يجد المشرع أن من الأفضل أن تباشرها هيئات محلية معينة وإسناد إدارتها إلى سكان هذه الوحدات أنفسهم . ولاشك أن سكان هذه الوحدات أدري من غيرهم بواجباتهم وأقدر على إدارة هذه المرافق وحل مشكلاتها ، كما أن هذا الأسلوب يمنح الإدارة المركزية فرصة التفرغ لإدارة المرافق القومية . ويتم تحديد اختصاصات الهيئات المحلية بقانون ولا يتم الانتقال منها إلا بقانون آخر ، وهي تشمل مرافق متنوعة وتتضمن كافة الخدمات التي تقدم لمكان الوحدات المحلية كمرفق الصحة والتعليم والكهرباء والماء وغيرها .

2- أن يتولى سكان الوحدات المحلية إدارة هذه المرافق :

يجب أن يتولى سكان الوحدات المحلية إدارة هذا النوع من المرافق بأنفسهم وان يتم ذلك باختيار السلطات المحلية من هؤلاء السكان وليس عن طريق الحكومة أو الإدارة المركزية ... ويذهب أغلب الفقهاء إلى ضرورة أن يتم اختيار أعضاء المجالس المحلية عن طريق الانتخابات تأكيداً لمبدأ ديمقراطية وإن كان هذا هو الأصل فإنه ليس هناك مانع من مشاركة أعضاء معينين ضمن هذه المجالس لتوفير عناصر ذات خبرة وكفاءة شرط أن تبقى الأغلبية للعناصر المنتخبة ، خاصة وإن الانتخاب يتطلب قدر كبير من الوعي والثقافة مما لا يتوفر غالباً في سكان الوحدات المحلية .

3- استقلال الوحدات المحلية :

إذا كان من الضروري في هذه الأيام أن يكون اختيار أعضاء المجال المحلية عن طريق سكان هذه الوحدات فإن الأكثر أهمية أن تستقل الهيئات اللامركزية في مباشرة عملها عن السلطة المركزية ، فالمرافق اللامركزية لا تخضع لسلطة رئاسة أعلى . إلا أن ذلك لا يعني الاستقلال التام للهيئات المحلية عن السلطات المركزية ، فالأمر لا يعدو أن يكون الاختلاف حول مدى الرقابة التي تمارسها السلطات المركزية على الهيئات المحلية في النظم اللامركزية إذ لا بد من تمتع هذه الهيئات باستقلال كاف في أدائها لنشاطها .

وقد أطلق الفقهاء على الرقابة التي تمارسها السلطة المركزية على الهيئات اللامركزية الوصاية الإدارية la tutelle administrative .

ثانياً : اللامركزية المرفقية:

يجد المشرع في أحيان كثيرة أنه من الضروري أن يمنح بعض المشاريع والمرافق والمصالح العامة الشخصية المعنوية وقدر من الاستقلال عن الإدارية المركزية مع خضوعها لإشرافها ، كمرفق البريد والتلفون والكهرباء والإذاعة والجماعات ، لتسهيل ممارستها لنشاطاتها بعيداً عن التعقيدات الإدارية .
وتمارس اللامركزية المرفقية نشاطاً واحداً أو أنشطة متجانسة كما هو الحال في الهيئات والمؤسسات العامة على عكس اللامركزية المحلية التي تدير العديد من المرافق أو الأنشطة غير المتجانسة . ()
ولا يستند هذا الأسلوب على فكرة الديمقراطية إنما هي فكرة فنية تتصل بكفاءة إدارة المرفق وعلى ذلك ليس من حاجة للأخذ بأسلوب الانتخابات في اختيار رؤساء أو أعضاء مجالس إدارة هذه الهيئات العامة .

هذا ويحرص المشرع دائماً تكون ممارسة هذه المؤسسات لنشاطها ضمن الحدود والاختصاصات التي أجازها ولا يمكن مباشرة نشاط آخر أو التوسيع من اختصاصاتها .
المطلب الثاني : التمييز بين الوصاية الإدارية والسلطة الرئاسية

أطلق جانب من الفقه على الرقابة التي تمارسها السلطات المركزية على الهيئات اللامركزية مصطلح الوصايا الإدارية () إلا إن هذا المصطلح منتقد عند جانب آخر من الفقهاء ويرون أن يستبدل بمصطلح الرقابة الإدارية le control administrative وذلك لوجود اختلاف بين المراد بالوصاية في القانون الخاص ، وبين الوصاية الإدارية في القانون العام ، فالأولى تتعلق بحماية الأفراد ناقصي الأهلية أما الوصايا الإدارية فتتربط على الهيئات المحلية، وهذه الهيئات تتمتع بأهلية كاملة بصفاتها شخصية معنوية معتبرة .

ونرى إزاء هذا الاختلاف البين أن مصطلح الرقابة الإدارية هو الأجدر على وصف العلاقة بين السلطة المركزية والهيئات المحلية .

والرقابة الإدارية في النظام اللامركزي تختلف عن السلطة الرئاسية التي تعتبر أحد عناصر المركزية الإدارية ، فالسلطة الرئاسية كما سبقت الإشارة علاقة التبعية والتدرج الرئاسي بين الموظف ورئيسه . أما في النظام اللامركزي فإن الموظفين في الدوائر والهيئات المحلية لا يدينون بالطاعة لأوامر السلطة المركزية على خلاف الأمر في السلطة الرئاسية ، لأن هذه الهيئات تتمتع بشخصية معنوية تجعلها بمنأى عن الخضوع التام لتوجيهات السلطة المركزية ، ولكنها لا تتخلى عن الرقابة اللاحقة التي تمارسها على أعمال الهيئات المحلية .

ولا يمكن اعتبار هذا الاستقلال منحه من الهيئات المركزية بل هو استقلال مصدره القانون أو الدستور () ويقود هذا الاستقلال إلى أعضاء الرئيس الذي يملك الوصايا من المسؤولية المترتبة من جراء تنفيذ الرؤوس لتوجيهاته إلا الرؤوس لتوجيهاته غلا في الأحوال التي يحددها القانون. ()

كما تختلف (الوصاية الإدارية) عن السلطة الرئاسية في أنه لا يجوز للسلطة المركزية تعديل القرارات التي تصدرها الهيئات المحلية وكل ما تملكه توافق عليها بحالتها أو ترفضها. ()

فإن حاولت السلطة المركزية فرض رئاستها على المرافق اللامركزية بالتعرض لقراراتها بالتعديل أو إلغائها في غير الحدود القانونية كان لهذه الأخيرة الاعتراض على ذلك .

وفي ذلك ورد في حكم لمحكمة القضاء الإداري المصري " إن من المسلم به فقها وقضاء إن علاقة الحكومة المركزية بالمجالس البلدية والقروية إن هي إلا وصاية إدارية وليست سلطة رئاسية ، وبناء على ذلك فإن الأصل إن وزير الشؤون البلدية والقروية لا يملك بالنسبة لقرارات هذا المجلس سوى التصديق عليها كما هي ، أو عدم التصديق عليها كما هي ، دون أن يكون له حق تعديل هذه القرارات". ()

وأخيرا فإن سلطة الوصايا تملك الحلول محل الوحدات المحلية عندما تهمل الأخيرة في ممارسة اختصاصاتها أو تخل بالتزاماتها فتتعرض لقراراتها إجراء معين كان الواجب عليها طبقا للقوانين واللوائح ، حتى لا يتعطل سير المرافق العمامة تحرير السلطة المركزية محل الوحدات اللامركزية لتتخذ الإجراء المطلوب وذلك باسم الوحدات اللامركزية ولحسابها .

ولخطورة هذه السلطة وحتى لا تتعسف السلطة المركزية في ممارسة حق الحلول ، درج القضاء على القول بضرورة وجود نص قانوني صريح يلزم الوحدة اللامركزية بالقيام بالعمل أو بإجراء التصرف وامتناعها عن ذلك ، وقيام السلطة الوصايا بتوجيه إنذار مكتوب إلى الوحدة اللامركزية الممتنعة تدعوها إلى وجوب القيام بالعمل أو الإجراء الذي يفرضه القانون ()

المطلب الرابع - تقييم اللامركزية الإدارية

نظام اللامركزية الإدارية له الكثير من المزايا إلا أن من الفقهاء من أبرز له بعض العيوب وهو ما نبينه في هذه الدراسة :

أولاً: مزايا اللامركزية الإدارية :

١- يؤكد المبادئ الديمقراطية في الإدارة : لأنه يهدف إلى اشتراك الشعب في اتخاذ القرارات وإدارة المرافق العامة المحلية .

٢- يخفف العبء عن الإدارة المركزية . إذ أن توزيع الوظيفة الإدارية بين الإدارة المركزية والهيئات المحلية أو المرفقية يتيح للإدارة المركزية التصرف لأداء المهام الأكثر أهمية في رسم السياسة العامة وإدارة المرافق القومية .

- ٣- النظام اللامركزي أقدر على مواجهة الأزمات والخروج منها . سيما وأن الموظفين في الأقاليم أكثر خبرة من غيرهم في مواجهة الظروف والأزمات المحلية كالثورات واختلال الأمن ، لما تعودوا عليه وتدريبوا على مواجهته وعدم انتظارهم تعليمات السلطة المركزية التي غالبا ما تأتي متأخرة .
- ٤- تحقيق العدالة في توزيع حصيلة الضرائب وتوفير الخدمات في كافة أرجاء الدولة ، على عكس المركزية الإدارية حيث تحظى العاصمة والمدن الكبرى بعناية أكبر على حساب المدن والأقاليم الأخرى
- ٥- تقدم اللامركزية الإدارية حلا لكثير من المشاكل الإدارية والبطء والروتين والتأخر في اتخاذ القرارات الإدارية وتوفر أيسر السبل في تفهم احتياجات المصالح المحلية وأقدر على رعايتها .
- ثانيا : عيوب اللامركزية الإدارية :-**

- ١- يؤدي هذا النظام إلى المساس بوحدة الدولة من خلال توزيع الوظيفة الإدارية بين الوزارات والهيئات المحلية .
- ٢- قد ينشأ صراع بين الهيئات اللامركزية والسلطة المركزية لتمتع الاثنين بالشخصية المعنوية ولأن الهيئات المحلية غالبا ما تقدم المصالح المحلية على المصلحة العامة .
- ٣- غالبا ما تكون الهيئات اللامركزية أقل خبرة ودراية من السلطة المركزية ومن ثم فهي أكثر إسرافا في الإنفاق بالمقارنة مع الإدارة المركزية .
- ولا شك أن هذه الانتقادات مبالغ فيها إلى حد كبير ويمكن علاجها عن طريق الرقابة أو الوصايا الإدارية التي تمارسها السلطة المركزية على الهيئات اللامركزية والتي تضمن وحدة الدولة وترسم الحدود التي لا تتجاوزها تلك الهيئات .
- وفي جانب آخر يمكن سد النقص في خبرة الهيئات اللامركزية من خلال التدريب ومعاونة الحكومة المركزية مما يقلل من فرص الإسراف في النفقات والأضرار بخزينة الدولة .
- ويؤكد ذلك أن اغلب الدول تتجه اليوم نحو الأخذ بأسلوب اللامركزية الإدارية على اعتبار أنه الأسلوب الأمثل للتنظيم الإداري .

الباب الثاني - نشاط الإدارة العامة

- حضيت مشكلة تحديد نشاط الإدارة العامة ونشاط الأفراد بالاهتمام رجال الدولة والمفكرين منذ نشأت الدولة وحتى الوقت الحاضر ، وقد اختلفت غلبة أحد النشاطين على الآخر تبعا للأفكار السياسية السائدة في المجتمع .
- ولعل التطور الاقتصادي والاجتماعي والسياسي وازدياد تدخل الدولة في هذه المجالات المختلفة قاد بالضرورة إلى وضع الوسائل المناسبة لإدارة الدولة في هذه المجالات المختلفة قاد بالضرورة إلى وضع الوسائل المناسبة لإدارة الدولة ونشاطها ، وفقا للفلسفة السياسية التي تؤمن بها الأنظمة السياسية .
- وقد برز دور الدولة من خلال وظيفتين أساسيتين تقوم بهما الإدارة الأولى منها سلبية تتمثل بالضبط الإداري والذي يقوم على مراقبة وتنظيم نشاط الأفراد حفاظا على النظام العام . أما الوظيفة الثانية فهي وظيفة إيجابية تتمثل بإدارة المرافق العامة والوفاء بحاجات الأفراد وإشباع رغباتهم .
- وسنبين في هذا الباب هاتين الوظيفتين في فصلين متتاليين .
- الفصل الأول: الضبط الإداري .**
- الفصل الثاني: المرفق العام .**

الفصل الأول - الضبط الإداري

- نتناول في هذا القسم في الدراسة الجوانب المختلفة للضبط الإداري ، فنعرض لمهامه وأغراضه ووسائل وحدود سلطات الضبط الإداري ، () وذلك في ثلاثة مباحث كما يلي :-
- المبحث الأول : ماهيته الضبط الإداري**
- المبحث الثاني: أغراض ووسائل الضبط الإداري**
- المبحث الثالث: حدود سلطات الضبط الإداري**
- المبحث الأول - ماهية الضبط الإداري**
- لبيان ماهية الضبط الإداري نعرض أولا لتعريفه وتمييزه عما يشبهه به وأخيرا نبين أنواعه .
- المطلب الأول: التعريف بالضبط الإداري .**

يقصد بالضبط الإداري بمعناه العام مجموعة الإجراءات والأوامر والقرارات التي تتخذها السلطة المختصة للمحافظة على النظام العام بمبدولاته الثلاثة "الأمن - الصحة - السكينة".
ويلاحظ أن المشرع سواء في فرنسا أو مصر أو في العراق ، لم يضع تعريفاً محدداً للضبط الإداري ، وإنما اكتفى بتحديد أغراضه ، وترك تعريفه للفقهاء والقضاء.

وفي هذا المجال يعرف De laubadere الضبط الإداري بأنه : " مظهر من مظاهر عمل الإدارة يتمثل في تنظيم حريات الأفراد حماية للنظام العام . (١)

بينما يتجه الفقهاء العرب ومنهم الدكتور طعيمة الجرف إلى تعريفه بأنه " وظيفة من أهم وظائف الإدارة تتمثل أصلاً في المحافظة على النظام العام بعناصره الثلاثة الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة عن طريق إصدار القرارات اللائحية والفردية واستخدام القوة المادية مع ما يتبع ذلك من فرض قيود على الحريات الفردية تستلزمها الحياة الاجتماعية " () بينما يعرفه الدكتور صبيح بشير مسكوني بأنه " مظهر من مظاهر نشاط الإدارة العامة يراد به ممارسة هيئات إدارية معينة اختصاصات فرض قيود على حريات الأفراد وحماية للنظام العام ". ()

وأياً كان الأمر فإن الضبط الإداري نظام وقائي تتولى فيه الإدارة حماية المجتمع من كل ما يمكن أن يخل بأمنه وسلامته وصحة أفراد وسكنتهم ، ويتعلق بتقييد حريات وحقوق الأفراد بهدف حماية النظام العام في الدولة . وبهذا المعنى يتميز الضبط الإداري عن الضبط التشريعي والضبط القضائي.

أولاً : الضبط الإداري والضبط التشريعي

يلجأ المشرع في كثير من الأحيان إلى إصدار القوانين التي تقيد حريات الأفراد وحقوقهم حفاظاً على النظام العام ، وفي ممارسته لهذا الاختصاص إنما يستند لاختصاصه التشريعي ، الذي يجد مصدره في الدستور والمبادئ العامة للقانون ، وتسمى التشريعات الصادرة في هذا الشأن " بالضبط التشريعي " تميزاً له عن الضبط الإداري الذي يصدر من جانب الإدارة في شكل قرارات تنظيمية أو فردية يترتب عليها تقييد حريات الأفراد.

مع ضرورة الإيضاح بأن سلطة الضبط الإداري يجب أن تتم في إطار القوانين والتشريعات وتنفيذاً لها ، غير أن ذلك لا يمنعها من اتخاذ إجراءات مستقلة تتضمن قيوداً على الحريات الفردية بواسطة ما تصدره من لوائح الضبط. ()

ثانياً : الضبط الإداري والضبط القضائي.

يقصد بالضبط القضائي ، الإجراءات التي تتخذها السلطة القضائية للتحري عن الجرائم بعد وقوعها ، والبحث عن مرتكبها تمهيداً للمقبض عليه ، وجمع الأدلة اللازمة للتحقيق معه ومحاكمته وإنزال العقوبة به.

ومن ثم فإن الضبط القضائي يتفق مع الضبط الإداري في أنهما يستهدفان المحافظة على النظام العام ، إلا أنهما يختلفان من حيث السلطة المختصة بإجرائه والغرض منه وطبيعته.

فمن جهة تتولى السلطة التنفيذية وظيفة الضبط الإداري . بينما تتولى السلطة القضائية ممثلة بالقضاة أو أعضاء النيابة العامة وممثلها وظيفة الضبط القضائي.

ومن حيث الغرض فإن مهمة الضبط الإداري وقائية تسبق الإخلال بالنظام العام وتمنع وقوع الاضطراب فيه ، في حين مهمة الضبط القضائي علاجية ولاحقة لوقوع الإخلال بالنظام العام وتهدف إلى ضبط الجرائم بعد وقوعها والبحث عن مرتكبها وجمع الأدلة اللازمة لإجراء التحقيق والمحاكمة وإنزال العقوبة.

وأخيراً يتميز الضبط الإداري في طبيعته إجراءاته التي تصدر في شكل قرارات تنظيمية أو فردية تخضع لرقابة القضاء الإداري إلغاءً وتعويضاً ، أما الضبط القضائي فإنه يصدر في شكل قرارات قضائية لا تخضع لرقابة القضاء الإداري ، وخضوعها لسلطات القضاء العادي محل نظر. ()

المطلب الثاني : أنواع الضبط الإداري.

يطلق مصطلح الضبط الإداري ويقصد به معنيان : الضبط الإداري العام - والضبط الإداري الخاص.
يقصد بالضبط الإداري العام المحافظة على النظام العام بعناصره الثلاثة الأمن والصحة والسكينة العامة . وحماية جميع الأفراد في المجتمع من خطر انتهاكاته والإخلال به.

أما الضبط الإداري الخاص فيقصد به حماية النظام العام من زاوية أو ناحية معينة من نشاط الأفراد من ذلك القرارات الصادرة بتنظيم نشاط صيد بعض الحيوانات النادرة ، وتنظيم عمل في بعض المحلات العامة المضرة بالصحة أو المقلقة للراحة. أو في مكان أو أماكن محددة، حيث يعهد بتولي سلطة الضبط في هذه الأماكن إلى سلطة إدارية معينة ، كان يعهد إلى شرطة الآثار بمهمة المحافظة على النظام العام في الأماكن الأثرية .

ويلاحظ أن الضبط الإداري الخاص قد يستهدف أغراضا أخرى بخلاف أغراض الضبط الإداري العام التقليدية ، إذ يملك أن يفرض القيود التي يراها لتحقيق أهداف أو أغراض أخرى خلاف النظام العام كالقيود التي تفرض على الأفراد لحماية الآثار أو تنظيم السياحة وتجميل المدن. ومن ثم فإن الضبط الإداري الخاص أضيق حدودا من نطاق الضبط الإداري العام لتقيده بمكان أو نشاط أو أغراض معينة. إلا أن ذلك لا يعنى محدودية تأثيره في المجالات التي يتولاها ، بل أن الاتجاه التشريعي في بعض الدول ينحو إلى استبعاد نظام الضبط الإداري العام وانفراد هيئات الضبط الإداري الخاص في تنظيم نشاطات معينة . مثلما هو الحال في الضبط الخاص بشؤون السكك الحديدية والمنشآت الخطيرة والمقلقة للراحة والصحة في فرنسا. ()

المبحث الثاني - أغراض ووسائل الضبط الإداري

نتناول فيما يلي أغراض الضبط الإداري ثم نبين الوسائل أو الأساليب التي يستعين بها لتحقيق هذه الأغراض.

المطلب الأول - أغراض الضبط الإداري

بيننا أن الهدف من الضبط الإداري هو حماية النظام العام ومنع انتهاكه والإخلال به . وتمارس الإدارة سلطة الضبط الإداري متى وجدت ذلك ضروريا ولو لم ينص القانون على إجراء معين لمواجهة هذا الانتهاك أو الإخلال .

والنظام العام فكرة مرنة تختلف باختلاف الزمان والمكان فيما يعتبر مخالفاً للنظام العام في زمان أو مكان معينين قد لا يعد كذلك في زمان أو مكان آخرين : كما يختلف باختلاف الفلسفة السياسية والاقتصادية والاجتماعية السائدة في الدولة . لذلك يجمع الفقه على ضرورة ربط فكرة النظام العام بالمصلحة العامة العليا للمجتمع في كل دولة على حده.

غير أن معظم الفقهاء يتفقون على أن النظام العام يهدف إلى تحقيق ثلاثة أغراض رئيسية هي: الأمن العام والصحة العامة والسكنية العامة .

أولاً : الأمن العام

يقصد بالأمن العام تحقيق كل ما من شأنه اطمئنان الإنسان على نفسه وماله من خطر الاعتداءات والانتهاكات واتخاذ الإجراءات اللازمة لمنع وقوع الكوارث الطبيعية كالكوارث والأخطار العامة كالحرائق والفيضانات والسيول ، والانتهاكات التي قد تسبب بها الإنسان كجرائم القتل والسرقة والمظاهرات وأحداث الشغب وحوادث المرور.

ثانياً : الصحة العامة.

ويقصد بها حماية صحة الأفراد من كل ما من شأنه أن يضر بها من أمراض أو أوبئة إذ تعتمد الإدارة إلى تطعيم الأفراد من الأمراض المعدية وتتخذ الإجراءات التي تمنع انتشارها.

كما تشرف على توفير المياه الصالحة للشرب وتراقب صلاحية الأغذية للاستهلاك البشري ومدى تقيد المحال العامة بالشروط الصحية.

ولاشك أن وظيفة الدولة في مجال الصحة العامة قد توسعت إلى حد كبير بفعل انتشار التلوث وكثرة الاعتماد على المواد الكيماوية في الصناعة وتأثير ذلك على صحة الأفراد .

ثالثاً : السكنية العامة.

ويقصد بها توفير الهدوء في الطرق والأماكن العامة ومنع كل ما من شأنه أن يقلق راحة الأفراد أو يزعجهم كالأصوات والضوضاء المنبعثة من مكبرات الصوت والباعة المتجولين ومحلات التسجيل ومنبهات المركبات. ومن الجدير بالذكر أن مفهوم النظام العام قد اتسع ليشمل النظام العام الأدبي والأخلاق العامة . وأمكن بالتالي استعمال سلطة الضبط الإداري للمحافظة على الآداب والأخلاق

العامّة، فتجاوز بذلك العناصر الثلاثة السابقة . وفى هذه الاتجاه تملك الإدارة منع عرض المطبوعات المخلة بالأداب العامّة . وكذلك حماية المظهر العام للمدن وحماية الفن والثقافة.

وفى ذلك لا يجوز تقديم العروض المسرحية أو التمثيلية أو الموسيقية أو الراقصة أو الغنائية في الملاهي أو المحال العامّة إلا بعد الترخيص بها من الجهة المختصة بوزارة الداخلية والحكم المحلى ولا يجوز الترخيص بالعروض الخليعة أو الفاضحة أو المخلة بالحياء أو التي يقصد بها الإثارة الجنسية أو التي تنطوي على ذلك.

المطلب الثاني - وسائل الضبط الإداري.

في سبيل تحقيق أهداف الضبط الإداري لابد للإدارة أن تستخدم وسائل أو أساليب معينة وهى لوائح الضبط وأوامر الضبط الفرية وأخيرا التنفيذ الجبري.

أولاً: لوائح الضبط الإداري.

تتضمن لوائح الضبط الإداري قواعد عامة مجردة تهدف إلى المحافظة على النظام العام بعناصره الثلاثة ، وتتضمن تقييد حريات الأفراد ، لذلك نشأ خلاف شديد حول مدى مشروعيتها ، على اعتبار أن تقييد الحريات لا يجوز إلا بقانون ووظيفة الإدارة تنحصر بوضع هذه القوانين موضوع التنفيذ.

غير أن الاتجاه السليم في القضاء والفقه يعترف للإدارة بتنفيذ هذه القوانين وتحميلها، وقد تقضى هذه التكملة كما يذهب الدكتور " سامي جمال الدين " إلى تقييد بعض الحريات ، كما قد تقتصر مهمة هذا الضبط الإداري على تطبيق النظم العامة الضبطية التي نصت عليها القوانين.()

ومن ثم تعد لوائح الضبط أهم أساليب الضبط الإداري وأقدرها في حماية النظام العام، ومنها لوائح تنظيم المرور وتنظيم العمل في المحال العامّة ، وتتخذ عدة مظاهر في تقييدها النشاط الأفراد منها الحظر ، والأذن المسبق والأخطار والتنظيم.

١- الحظر.

يقصد بالحظر أن تتضمن لوائح الضبط منع مزاولته نشاط معين منعاً كاملاً أو جزئياً.

والأصل أن لا يتم الحظر المطلق لنشاط ما لأن ذلك يعنى انتهاك للحرية ومصادرة للنشاط . ولكن أجاز القضاء استثناء الحظر الكامل للنشاط عندما يشكل إخلالاً بالنظام العام كمنع إنشاء مساكن للبقاء أو للعب الميسر.

٢- الإذن المسبق.

قد تظهر لوائح الضبط في ضرورة الحصول على إذن مسبق من جهة الإدارة قبل مزاولته النشاط ، ومن الضروري أن يشترط القانون المنظم للحرية الحصول على هذا الإذن ، إذا أن القانون وحدة الذي يملك تقييد النشاط الفردي بإذن سابق وعكس هذا يسمح بالتمييز بين الأفراد.

٣- الأخطار عن النشاط.

ويحصل بان تشترط اللائحة ضرورة أخطار السلطة المختصة بمزاولته نشاط معين حتى تتمكن من اتخاذ ما يلزم من إجراءات تكفل حماية النظام العام . مثال ذلك الأخطار عن تنظيم اجتماع عام . ففي هذه الحالة لا يكون الاجتماع محظوراً وليس من الضروري الحصول على إذن مسبق.

٤- تنظيم النشاط.

قد لا تتضمن لوائح الضبط على حظر نشاط معين أو اشتراط الحصول على إذن مسبق أو الأخطار عنه . وإنما قد تكتفي بتنظيم النشاط الفردي وكيفية ممارسته ، كما لو تم تحديد سرعة المركبات في الطرق العامّة أو تحديد أماكن وقوفها.

ثانياً: أوامر الضبط الإداري الفردي.

قد تلجأ سلطات الضبط إلى إصدار قرارات إدارية أو أوامر فردية لتطبيق على فرد أو أفراد معينين بذواتهم . وقد تتضمن هذه القرارات أوامر بالقيام بأعمال معينة أو نواهي بالامتناع عن أعمال أخرى . مثال ذلك الأوامر الصادرة بمنع عقد اجتماع عام أو الأمر الصادر بهدم منزل آيل للسقوط أو القرار الصادر بمصادرة كتاب أو صحيفة معينة.

والأصل انه يجب أن تستند هذه القرارات إلى القوانين واللوائح فتكون تنفيذاً لها. إلا انه استثناء من ذلك قد تصدر القرارات الإدارية دون أن تكون مستندة إلى قانون أو لائحة تنظيمية عامة . فاللائحة أو

التشريع لا يمكن أن ينص على جميع التوقعات أو التنبؤات التي قد تحدث . كما أن مفهوم النظام العام متغير ، فإذا ظهر تهديدا أو إخلال لم يكن التشريع أو اللائحة قد توقعاه فان طلب أن يكون القرار الفردي مستندا إلى قاعدة تنظيمية يؤدي إلى تجريد سلطة الضبط من فاعليتها . ()

ثالثا: التنفيذ الجبري.

قد تستخدم الإدارة القوة المادية لإجبار الأفراد على تنفيذ القوانين واللوائح والقرارات الإدارية لمنع الإخلال بالنظام العام . وتعد هذه الوسيلة أكثر وسائل الضبط شدة وعنفًا باعتبارها تستخدم القوة الجبرية ولا يخفى ما لذلك من خطورة على حقوق الأفراد وحرياتهم . ويعد التنفيذ الجبري لقرارات الضبط الإداري أحد تطبيقات نظرية التنفيذ المباشر للقرارات الإدارية ، واستنادا لذلك لا يتم الحصول على إذن سابق من السلطات القضائية لتنفيذه . إلا أنه يجب أن تتوفر فيه ذات شروط التنفيذ المباشر .

ومن الحالات التي يمكن فيها اللجوء إلى التنفيذ الجبري أن يبيح القانون أو اللوائح استعمال هذا الحق ، أو يرفض الأفراد تنفيذ القوانين واللوائح ولا يوجد أسلوب آخر لحمل الأفراد على احترام القوانين واللوائح غير التنفيذ الجبري ، كما يتم اللجوء إلى هذا الأسلوب في حالة الضرورة . () ويشترط في جميع الحالات أن يكون استخدام القوة المادية متناسبا مع جسامة الخطر الذي من الممكن أن يتعرض له النظام العام .

ويجب التنويه أخيرا بأن استخدام القوة المادية لا يعنى حتماً مجازاة الأفراد عن أفعال جرمية ارتكبوها . وإنما يقصد بالقوة المادية تلك القوة المستخدمة لمنع وقوع أي إخلال بالنظام العام بعناصره الثلاثة . ()

المبحث الثالث - حدود سلطات الضبط الإداري.

من الضروري وضع حدود لاختصاصات الإدارة في ممارستها لسلطات الضبط الإداري يتم من خلالها الموازنة بين تحقيق متطلبات النظام العام وضمان حقوق وحريات الأفراد، وقد درجت أحكام القضاء الإداري على منح الإدارة حرية واسعة في ممارسة سلطات الضبط الإداري ، غير أنها أخضعتها في ذلك لرقابة القضاء الإداري من نواح عدة . وفي هذا المجال نبين حدود سلطات الضبط الإداري في الأوقات العادية ثم نعرض لحدود هذه السلطة في الظروف الاستثنائية.

المطلب الأول - حدود سلطات الضبط الإداري في الظروف العادية.

تخضع سلطة الضبط الإداري في الظروف العادية لمبدأ المشروعية الذي يستدعي أن تكون الإدارة خاضعة في جميع تصرفاتها للقانون ، وإلا كانت تصرفاتها وما تتخذه من قرارات باطلا وغير مشروعا . وتتمثل رقابة القضاء على سلطات الإدارة في هذه الظروف فيما يلي:

أولاً: أهداف الضبط الإداري.

يجب أن تتقيد الإدارة بالهدف الذي من أجله قرر المشرع منح هيئات الضبط هذه السلطات ، فليس للإدارة تخطي هذا الهدف سواء كان عاما أم خاصا ، فإذا استخدمت سلطاتها في تحقيق أغراض بعيدة عن حماية النظام العام . أو سعت إلى تحقيق مصلحة عامة لكي لا تدخل ضمن أغراض الضبط التي قصدها المشرع فان ذلك يعد انحرافا بالسلطة ويخضع قرار الإدارة لرقابة القضاء المختص.

ثانيا: أسباب الضبط الإداري.

يقصد بسبب الضبط الإداري الظروف الخارجية التي دفعت الإدارة إلى التدخل وإصدار قرارها، ولا يعد تدخل الإدارة مشروعا إلا إذا كان مبنيا على أسباب صحيحة وجدية من شأنها أن تخل بالنظام العام بعناصره الثلاثة الأمن العام والصحة العامة والسكنية العامة.

ثالثا: وسائل الضبط الإداري.

يجب أن تكون الوسائل التي استخدمتها سلطات وهيئات الضبط الإداري مشروعة ، وفي القيود التي استقر القضاء على ضرورة اتباعها واستخدام الإدارة لوسائل الضبط الإداري لا يجوز أن يترتب على استعمال هذه الوسائل تعطيل التحريات العامة بشكل مطلق لأن ذلك يعد إلغاء لهذه الحريات ، والحفاظ على النظام العام لا يلتزم غالبا هذا الإلغاء وإنما يكتف بتقييدها . ومن ثم يجب أن يكون الحظر نسبيا ، أي إن يكون قاصرا على زمان أو مكان معينين.

وعلى ذلك تكون القرارات الإدارية التي تصدرها سلطة الضبط الإداري بمنع ممارسة نشاط عام منعاً عاماً ومطلقاً غير مشروعة. ()

رابعاً: ملائمة قرارات الضبط الإداري.

لا يكفي أن يكون قرار الضبط الإداري جائزاً قانوناً أو أنه قد صدر بناءً على أسباب جدية ، إنما تتسع رقابة القضاء لبحث مدى اختيار الإدارة الوسيلة الملائمة للتدخل ، فيجب أن لا تلجأ إلى استخدام وسائل قاسية أو لا تتلائم مع خطورة الظروف التي صدر فيها.

ومن الضروري أن نبين أن سلطة القضاء في الرقابة على الملائمة هي استثناء على القاعدة العامة في الرقابة على أعمال الإدارة فالأصل هو استقلال الإدارة في تقدير ملائمة قراراتها ، لكن بالنظر لخطورة قرارات الضبط على الحقوق والحريات فإن القضاء يبسط رقابته على الملائمة. ()

وفي هذا المجال لا يجوز مثلاً لرجال الأمن أن يستخدموا إطلاق النار لتفريق تظاهره في الوقت الذي كان استخدام الغاز المسيل للدموع أو خراطيم المياه كافياً لتحقيق هذا الغرض.

المطلب الثاني - حدود سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية.

قد تطرأ ظروف استثنائية تهدد سلامة الدولة كالحروب والكوارث الطبيعية ، وتجعلها عاجزة عن توفير وحماية النظام العام باستخدام القواعد والإجراءات السابق بيانها . وفي هذه الحالة لابد أن تتسع سلطات هيئات الضبط لمواجهة هذه الظروف من خلال تمكينها من اتخاذ إجراءات سريعة وحازمة لمواجهة الظرف الاستثنائي.

على أن الظرف الاستثنائي أياً كانت صورته حرباً أو كوارث طبيعية لا يجعل الإدارة في منأى من رقابة القضاء بشكل مطلق ، فلا يعدو أن يكون الأمر توسعاً لقواعد المشروعية ، فالإدارة تبقى مسؤولة في ظل الظروف الاستثنائية على أساس الخطأ الذي وقع منها، غير أن الخطأ في حالة الظروف الاستثنائية يقاس بميزان آخر غير أن ذلك الذي يقاس به الخطأ في الظروف العادية.

أولاً : التنظيم القانوني لسلطة الضبط في الظروف الاستثنائية.

وحيث أن نظام الظروف الاستثنائية من شأنه المساس المباشر بحقوق وحريات الأفراد التي يكفلها الدستور ، فلا بد أن يتدخل المشرع لتحديد ما إذا كان الظرف استثنائياً أو لا، ويتم ذلك باتباع أسلوبين : الأول أن تصدر قوانين تنظيم سلطات الإدارة في الظروف الاستثنائية بعد وقوعها ، ويتسم هذا الأسلوب بحماية حقوق الأفراد وحرياتهم لأنه يحرم السلطة التنفيذية من اللجوء إلى سلطات الظروف الاستثنائية إلا بعد موافقة السلطة التشريعية ، ويعيبه أن هناك من الظروف الاستثنائية ما يقع بشكل مفاجئ لا يحتمل استصدار تلك التشريعات بالإجراءات الطويلة المعتادة () ، بينما يتمخض الأسلوب الثاني عن وجود قوانين منظمة سلفاً لمعالجة الظروف الاستثنائية قبل قيامها ويرخص الدستور للسلطة التنفيذية بإعلان حالة الظروف الاستثنائية والعمل بمقتضى هذه القوانين .

ولا يخفى ما لهذا الأسلوب من عيوب تتمثل في احتمال إساءة الإدارة سلطتها في إعلان حالة الظروف الاستثنائية في غير أوقاتها للاستفادة مما يمنحه لها المشرع من صلاحيات في تقييد حريات الأفراد وحقوقهم.

وقد اخذ المشرع الفرنسي بالأسلوب الأخير إذا منحت المادة السادسة عشرة من دستور الجمهورية الخامسة الصادر عام ١٩٥٨ رئيس الجمهورية الفرنسية سلطات واسعة من أجل مواجهته الظروف الاستثنائية.

الفصل الثاني - المرفق العام

يعد المرفق العام المظهر الإيجابي لنشاط الإدارة وتتولاه الإدارة بنفسها أو بالاشتراك مع الأفراد ، وتسعى من خلاله إلى إشباع الحاجات العامة . وتعد فكرة المرافق العامة من أهم موضوعات القانون الإداري وترد إليها معظم النظريات والمبادئ التي ابتدعها القضاء الإداري كالعقود الإدارية والأموال العامة والوظيفة العامة.

ونبين في هذا الجزء من الدراسة مفهوم المرفق العام والمبادئ التي تحكم المرافق العامة وأخيراً طرق إدارة المرافق العامة وذلك في ثلاثة مباحث على النحو التالي :

المبحث الأول : ماهية المرفق العام .

المبحث الثاني : المبادئ التي تحكم المرافق العامة .
المبحث الثالث : طرق إدارة المرافق العامة .

المبحث الأول - ماهية المرفق العام

البحث في ماهية المرفق العام يستدعي منا أن نبين تعريفه وعناصره ، ثم نستعرض أنواع المرافق العامة ونوضح أخيرا إنشاء وإلغاء هذه المرافق .

المطلب الأول : تعريف وعناصر المرفق العام

ليس من السهل تعريف المرفق العام، ولعل صعوبة تعريفه تعود إلى أن عبارة المرفق العام مبهمه ولها معنى عضوي وآخر موضوعي . ()

المعنى العضوي ويفيد المنظمة التي تعمل على أداء الخدمات وإشباع الحاجات العامة، ويتعلق هذا التعريف بالإدارة أو الجهاز الإداري. أما المعنى الموضوعي فيتعلق بالنشاط الصادر عن الإدارة بهدف إشباع حاجات عامة والذي يخضع لتنظيم وإشراف ورقابة الدولة.

وعلى ذلك يمكن القول بأن المرفق العام هو في حالة السكون المنظمة التي تقوم بنشاط معين ، أما في حالة الحركة فهو النشاط الذي يهدف إلى إشباع حاجات عامة بغض النظر عن الجهة التي تؤديه.

وقد تراوح التعريف بين هذين المعنيين فقد أكد بعض الفقهاء على العنصر العضوي للمرفق العام، بينما تناولوه البعض الآخر من الناحية الوظيفية أو الموضوعية ، وبعد أن كان القضاء الإداري في فرنسا ومصر يتبنى المعنى العضوي، تطورت أحكامه للجمع بين المعنيين، ثم استقر فيما بعد على المعنى الموضوعي فعرف المرفق العام بأنه النشاط الذي تتولاه الدولة أو الأشخاص العامة الأخرى، مباشرة أو تعهد به لآخرين كالأفراد أو الأشخاص المعنوية الخاصة، ولكن تحت إشرافها ومراقبتها وتوجيهها وذلك لإشباع حاجات ذات نفع عام تحقيقا للصالح العام . ()

وفي ذلك يعرف الأستاذ "رفيرو" المرفق العام بمعناه الوظيفي بأنه نشاط يهدف إلى تحقيق الصالح العام. ويعرفه الدكتور طعيمة الجرف بأنه " نشاط تتولاه الإدارة بنفسها أو يتولاه فرد عادي تحت توجيهها ورقابتها وإشرافها بقصد إشباع حاجة عامة للجمهور " . ()

وفي الحقيقة يمكن الجمع بين المعنى العضوي والوظيفي للوصول إلى تعريف سليم للمرفق العام لوجود التقاء بين المعنيين ، عندما تسعى الهيئات العامة التابعة لشخص من أشخاص القانون العام إلى تحقيق النفع العام وإشباع حاجات الأفراد، وهذا يحصل دائما في المرافق العامة الإدارية.

غير أن تطور الحياة الإدارية، والتغيرات الكبيرة التي طرأت في القواعد التي تقوم عليها فكرة المرافق العامة أدى إلى ظهور المرافق العامة الاقتصادية أو التجارية التي يمكن أن تدار بواسطة الأفراد أو المشروعات الخاصة مما قاد إلى انفصال العنصر العضوي عن الموضوعي وأصبح من حق الإدارة أن تنظم نشاط معين في صورة مرفق عام وتعهد به إلى الأفراد فيتوافر فيه العنصر الموضوعي دون العضوي.

وقد اعترف مجلس الدولة في فرنسا للمرافق الاقتصادية والتجارية بصفة المرفق العام، بل أطلق هذه الصفة على بعض المشروعات الخاصة ذات النفع العام التي تخضع لترخيص إداري مقيد ببعض الشروط، وفق ما يعرف بفكرة المرافق العامة الفعلية . ()

وفي الاتجاه ذاته اعترف القضاء الإداري في مصر للمرافق الاقتصادية بصفة المرافق العامة وأخضعها لنظام القانون العام . ()

عناصر المرفق العام

من التعريف السابق يتضح أن هناك ثلاثة عناصر يجب توافرها حتى يكتسب المشروع صفة المرفق العام ويعود العنصر الأول إلى الهدف الموكل إلى المرفق الذي يقوم بالنشاط والثاني ارتباط المشروع بالإدارة ورقابتها لسير العمل فيه وأخيرا استخدام امتيازات السلطة العامة .

أولا : عنصر الهدف .

لا بد أن يكون الغرض من المرفق العام تحقيق المنفعة العامة وإشباع حاجات الأفراد أو تقديم خدمة عامة، وهذه الحاجات أو الخدمات قد تكون مادية كمد الأفراد بالمياه والكهرباء أو معنوية كتوفير الأمن والعدل للمواطنين.

وعلى ذلك يعد تحقيق النفع العام من أهم العناصر المميزة للمرفق العام عن غيره في المشروعات التي تستهدف تحقيق النفع الخاص أو تجمع بين هذا الهدف وهدف إشباع حاجة عامة أو نفع عام. ومع ذلك فإن تحقيق بعض المرافق العامة للربح لا يعني حتماً فقدانها صفة المرفق العام، طالما أن هدفها الرئيس ليس تحقيق الربح، وإنما تحقيق النفع العام كما أن تحصيل بعض المرافق لعوائد مالية لقاء تقديمها الخدمات إلى المواطنين كما هو الحال بالنسبة لمرفق الكهرباء والقضاء لا يسعى لكسب عوائد مالية بقدر ما بعد وسيلة لتوزيع الأعباء العامة على كل المواطنين. ()

ومع ذلك فإن هدف المنفعة العامة الذي اعترف القضاء الإداري به عنصراً من عناصر المرفق العام لا يمكن تحديده بدقة، فهو الهدف قابل للتطور ويتوقف على تقدير القاضي إلى حد كبير.

وفي هذا السبيل ذهب جانب من الفقه إلى أن الذي يميز المرفق العام، أن المشروعات التي تنشئها الدولة تعتبر مرافق عامة لأنها تستهدف تحقيق وجها من وجوه النفع العام الذي عجز الأفراد وأشخاص النشاط الخاص عن القيام بها، أو لا يستطيعون القيام بها على أكمل وجه. ()

إلا أن المتتبع لأحكام القضاء الإداري الفرنسي يجد أنه اعتبر الكثير من النشاطات تهدف إلى تحقيق المنفعة العامة، رغم إن نشاطها من السهل أن يتولاه الأفراد، ومن ذلك حكم 1903 Terrier المتعلق بقتل الثعابين، وحكم 1910 Therond الخاص برفع جثث الحيوانات. ()

ثانياً : عنصر الإدارة

تقوم الدولة بإنشاء المرافق العامة ويجب أن يكون نشاط المرفق العام منظماً من جانب الإدارة وموضوعاً تحت إشرافها ورقابتها، وخاضعاً لتوجيهها لضمان عدم انحرافه عن المصلحة العامة لحساب المصالح الخاصة. ()

وإذا عهدت الإدارة إلى أحد الأشخاص المعنوية العامة بإدارة المرافق فإن هذا لا يعني تخليها عن ممارسة رقابتها وإشرافها عليه من حيث تحقيقه للمصلحة العامة وإشباع الحاجات العامة للأفراد، ونفس الأمر إذا أصبحت الإدارة بيد هيئة خاصة بمقتضيات المصلحة العامة تقتضي النص على إخضاع هذه الهيئة الخاصة كاملة فلا نكون أمام مرفق عام.

مع إن هناك جانب من الفقه تؤيده بعض أحكام مجلس الدولة الفرنسي يذهب إلى أن هناك ما يمكن تسميته بالمرافق العامة الفعلية، وتخضع لبعض أحكام المرافق العامة، لأن هذا الاتجاه يتعارض والمستقر في مبادئ وأحكام القانون الإداري التي تقضي بضرورة وجود نص يخول الإدارة إنشاء المرافق العامة.

ثالثاً : وجود امتيازات السلطة العامة :-

يلزم لقيام المرافق العامة أن تتمتع الجهة المكلفة بإدارة المرفق العام بامتيازات غير مألوفة في القانون الخاص تلائم الطبيعة الخاصة للنظام القانوني الذي يحكم المرافق العامة.

غير أن هذا الشرط مختلف فيه بين الفقهاء على اعتبار أن التطورات الاقتصادية وتشعب أنشطة الإدارة أفرزت إلى جانب المرافق العامة الإدارية مرافق عامة صناعية وتجارية تخضع في الجانب الأكبر من نشاطها إلى أحكام القانون الخاص كما أن خضوع المرفق للقانون العام هو مجرد نتيجة لثبوت الصفة العامة للمرفق، ومن غير المنطقي أن تعرف الفكرة بنتائجها. ()

غير أننا لا نتفق مع هذا الرأي من حيث أن المرافق العامة الصناعية والتجارية وأن كنت تخضع في بعض جوانبها لأحكام القانون الخاص فأنها لا تدار بنفس الكيفية التي تدار بها المشروعات الخاصة كما أن إرادة المشرع في إنشائها تضعها في إطار نظام قانوني غير مألوف وأن لم تتضمن امتيازات غير مألوفة في القانون الخاص.

ومن هنا نرى ضرورة خضوع المرافق العامة لنظام قانوني متميز عن نظام القانون الخاص بسبب طبيعتها المتميزة واستهدافها المصلحة العامة ومن قبيل ذلك حقها في التنفيذ المباشر وحقها في استيفاء الرسوم، وهذا ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي. ()

المطلب الثاني : أنواع المرافق العامة

لا تأخذ المرافق العامة صورة واحدة بل تتعدد أنواعها تبعاً للزاوية التي ينظر منها إليها، فمن حيث طبيعة النشاط الذي تمارسه تنقسم إلى مرافق إدارية ومرافق اقتصادية، ومرافق مهنية، ومن حيث

استقلالها تنقسم إلى مرافق ذات شخصية معنوية مستقلة ومرافق لا تتمتع بالشخصية المعنوية، ومن حيث نطاق نشاطها إلى مرافق قومية وأخرى محلية. ومن حيث مدى الالتزام بإنشائها إلى مرافق اختيارية ومرافق إجبارية.

أولاً : المرافق العامة من حيث طبيعة نشاطها .

تنقسم المرافق العامة من حيث موضوع نشاطها أو طبيعة هذا النشاط ' لى ثلاثة أنواع :

١. المرافق العامة الإدارية :-

يقصد بالمرافق العامة الإدارية تلك المرافق التي تتناول نشاطاً لا يزاوله الأفراد عادة أما بسبب عجزهم عن ذلك أو لقلّة أو انعدام مصلحتهم فيه، ومثالها مرافق الدفاع والأمن والقضاء. () وتخضع المرافق الإدارية من حيث الأصل لأحكام القانون الإداري، فعمالها يعتبرون موظفين عموميين وأموالها أموالاً عامة، وتصرفاتها أعمالاً إدارية، وقراراتها تعد قرارات إدارية وعقودها عقوداً إدارية، وبمعنى آخر تتمتع المرافق العامة الإدارية باستخدام امتيازات السلطة العامة لتحقيق أهدافها . إلا أنها قد تخضع في بعض الأحيان استثناءً لأحكام القانون الخاص، وذلك عندما يجد القائمون على إدارتها أن هذا الأسلوب يكفي لتحقيق أهداف المرفق وتحقيق المصلحة العامة.

٢. المرافق الاقتصادية :-

بفعل الإزمات الاقتصادية وتطور وظيفة الدولة ظهر نوع آخر من المرافق العامة يزاوّل نشاطاً تجارياً أو صناعياً مماثلاً لنشاط الأفراد و تعمل في ظروف مماثلة لظروف عمل المشروعات الخاصة، وبسبب طبيعة النشاط الذي تؤديه هذه المرافق دعا الفقه والقضاء إلى ضرورة تحرير هذه المرافق من الخضوع لقواعد القانون العام.

والأمثلة على هذه المرافق كثيرة ومنها مرفق النقل والمواصلات ومرفق توليد المياه والغاز ومرفق البريد.

وقد اختلف الفقه حول معيار تمييز المرافق العامة الاقتصادية عن المرافق العامة الإدارية وعلى النحو التالي:-

أ- المعيار الشكلي

يعتمد هذا المعيار على أساس شكل المشروع أو مظهره الخارجي فإذا اتخذ المشروع شكل المشروعات الخاصة كما لو تمت إدارته بواسطة شركة فإنه مرفق اقتصادي ، وبعكس ذلك لو تمت إدارته بواسطة الإدارة أو تحت رقابتها وإشرافها وباستخدام أساليب السلطة العامة فهو مرفق عام إداري.

ب- معيار الهدف .

اتجه هذا المعيار إلى التمييز بين المرافق الإدارية والمرافق الاقتصادية على أساس الغرض الذي يستهدفه المرفق، فالمرافق الاقتصادية تقوم بنشاط صناعي أو تجاري يهدف إلى تحقيق الربح مثلما هو الحال في المشروعات الخاصة.

في حين لا تسعى المرافق الإدارية إلى تحقيق الربح بل تحقيق المنفعة العامة وإشباع حاجات الأفراد .

غير أن هذا المعيار يتسم بالقصور من حيث أن الربح الذي تحققه المرافق الاقتصادية ليس الغرض الأساسي من إنشائها بل هو أثر من آثار الطبيعة الصناعية أو التجارية التي تمارسها فهي تستهدف أساساً تحقيق المنفعة العامة. ()

كما أن المرافق الإدارية يمكن أن تحقق ربحاً من جراء ما تتقاضاه من رسوم تقوم بتحصيلها مقابل الخدمات التي تقدمها.

ج- معيار القانون المطبق

ذهب جانب من الفقه إلى التمييز بين المرافق العامة الاقتصادية والمرافق العامة الإدارية على أساس النظام القانوني الذي يخضع له المرفق .

فإذا كان يخضع لأحكام القانون الخاص اعتبر المرفق اقتصادياً وعلى العكس من ذلك إذا كان يخضع لأحكام القانون العام فهو مرفق عام إداري .

غير أن هذا المعيار غير سليم ولا يتفق مع المنطق لأن المطلوب هو تحديد نوع المرفق العام قبل إخضاعه لنظام قانوني معين، وليس العكس أي أن خضوع المرفق الاقتصادي لقواعد القانون الخاص هو نتيجة لثبوت الصفة الاقتصادية للمرفق.

كما أن خضوع المرفق العام للقانون الخاص مجرد قرينة على أن هذا المرفق ذو صفة اقتصادية ولكن لا يمكن الاعتماد عليها بثبوت هذه الصفة قطعاً. ()

د - معيار طبيعة النشاط :-

ذهب رأي آخر من الفقه وهو الرأي الراجح إلى أن المرفق يكون اقتصادياً إذا كان النشاط الذي يقوم به يعد نشاطاً تجارياً بطبيعته طبقاً لموضوعات القانون التجاري، ويعتبر المرفق مرفقاً عاماً إدارياً إذا كان النشاط الذي يمارسه نشاطاً إدارياً ومما يدخل في نطاق القانون الإداري.

وقد أخذ بهذا الرأي جانب كبير من الفقهاء، ومع أن القضاء الإداري في فرنسا لم يعتمد معياراً واحداً منها وإنما أخذ بمعيار يقوم على فكرتين أو عنصرين :-

العنصر الأول : ويعتمد على موضوع وطبيعة النشاط الذي يمارسه المرفق الاقتصادي الذي يتماثل مع النشاط الخاص.

العنصر الثاني : يتعلق بالأساليب وطرق تنظيم وتسيير المرفق في ظل ظروف مماثلة لظروف عمل المشروعات الصناعية. ()

أما بخصوص القانون الذي تخضع له المرافق الاقتصادية فقد استقر القضاء الإداري على أن تخضع لقواعد القانون الخاص في نشاطها ووسائل إدارتها، مع خضوعها لبعض قواعد القانون العام من قبيل انتظام سير المرافق العامة والمساواة بين المنتفعين بخدماتها وقابليتها للتغيير بما يتلائم مع المستجدات وتمتعها ببعض امتيازات السلطة العامة اللازمة لحسن أدائها لنشاطها مثل نزع الملكية للمنفعة العامة، والاستيلاء المؤقت، وينعقد الاختصاص في هذا الجانب من نشاطها لاختصاص القضاء الإداري .

وبهذا المعنى فهي تخضع لنظام قانوني مختلط يجمع بين أحكام القانون الخاص والقانون العام معاً، إلا أن العمل قد جرى في القضاء الليبي على استثناء المرافق العامة الاقتصادية التي تدار من قبل الشركات والمنشآت العامة من تطبيق أحكام القانون الإداري فلم يعتبر العاملين فيها موظفين عامين كما أن الأعمال الصادرة منها لا ترقى إلى مرتبة القرارات الإدارية ويخضع نظامها المالي لحكام القانون الخاصة، وتعتبر العقود التي تبرمها عقوداً خاصة. ()

٣- المرافق المهنية :-

وهي المرافق التي تنشأ بقصد توجيه النشاط المهني ورعاية المصالح الخاصة بمهنة معينة، وتتم إدارة هذه المرافق بواسطة هيئات أعضائها ممن يمارسون هذه المهنة ويخولهم القانون بعض امتيازات السلطة العامة. مثل نقابات المهندسين والمحامين والأطباء وغيرها من النقابات المهنية الأخرى.

وقد ظهر هذا النوع من المرافق عقب الحرب العالمية الثانية لمواجهة المشاكل التي كان يتعرض لها أصحاب هذه المهن والدفاع عنهم وحماية مصالحهم، لا سيما في فرنسا التي ظهرت فيها لجان تنظيم الإنتاج الصناعي عام ١٩٤٠ .

وتخضع هذه المرافق لنظام قانوني مختلط فهي تخضع لنظام القانون العام واختصاص القضاء الإداري في بعض المنازعات المتعلقة بنشاطها غير أن الجانب الرئيس من نشاطها يخضع لأحكام القانون الخاص. فالمنازعات المتعلقة بنظامها الداخلي وعلاقة أعضائها بعضهم ببعض وشؤونها المالية تخضع للقانون الخاص ولاختصاص المحاكم العادية، أما المنازعات المتصلة بمظاهر نشاطها كمرفق عام وممارستها لامتيازات السلطة العامة فتخضع لأحكام القانون العام واختصاص القضاء الإداري. ()

ومن ثم فإن المرافق المهنية تتفق مع المرافق العامة الاقتصادية من حيث خضوعها لنظام قانوني مختلط، غير أن نظام القانون العام يطبق بشكل أوسع في نطاق المرافق المهنية ويظهر ذلك في امتيازات القانون العام التي يمارسها المرفق، في حين ينحصر تطبيقه في مجال تنظيم المرفق في المرافق الاقتصادية

ثانياً : المرافق من حيث استقلالها

تنقسم المرافق العامة من حيث استقلالها إلى مرافق تتمتع بالشخصية المعنوية أو الاعتبارية ومرافق لا تتمتع بالشخصية المعنوية.

١- المرافق العامة التي تتمتع بالشخصية المعنوية : وهي المرافق التي يعترف لها قرار إنشائها بالشخصية المعنوية ويكون لها كيان مستقل كمؤسسة عامة مع خضوعها لقدر من الرقابة أو الوصاية الإدارية.

٢- المرافق العامة التي لا تتمتع بالشخصية المعنوية : وهي المرافق التي لا يعترف لها قرار إنشائها بالشخصية المعنوية ويتم إلحاقها بأحد أشخاص القانون العام وتكون تابعة لها، كالدولة أو الوزارات أو المحافظات، وهي الغالبية العظمى من المرافق العامة.

وتبدو أهمية هذا التقسيم في مجال الاستقلال المالي والإداري وفي مجال المسؤولية ، إذ تملك المرافق العامة المتمتعة بالشخصية المعنوية قدرا كبيرا من الاستقلال الإداري والمالي والفني في علاقتها بالسلطة المركزية مع وجود قدر من الرقابة كما أوضحنا ، غير أن هذه الرقابة لا يمكن مقارنتها بما تخضع له المرافق غير المتمتعة بالشخصية المعنوية من توجيه وإشراف مباشرين من السلطات المركزية ، أما من حيث المسؤولية فيكون المرفق المتمتع بالشخصية المعنوية مستقلا ومسؤولا عن الأخطاء التي يتسبب في إحداثها للغير في حين تقع هذه المسؤولية على الشخص الإداري الذي يتبعه المرفق العام في حالة عدم تمتعه بالشخصية المعنوية.

ثالثا: المرافق العامة من حيث نطاق نشاطها

تنقسم المرافق العامة من حيث نطاق أو مجال عملها إلى مرافق قومية ومرافق محلية.

١- المرافق القومية

يقصد بالمرافق القومية تلك المرافق التي يتسع نشاطها ليشمل كل إقليم الدولة. كمرفق الدفاع ومرفق القضاء ومرفق الصحة، ونظرا لعمومية وأهمية النشاط الذي تقدمه هذه المرافق فإنها تخضع لإشراف الإدارة المركزية في الدولة من خلال الوزارات أو ممثلها أو فروعها في المدن، ضمانا لحسن أداء هذه المرافق لنشاطها وتحقيقا للمساواة في توزيع خدماتها.

وتتحمل الدولة المسؤولية الناتجة عن الأضرار التي تتسبب فيها المرافق القومية بحكم إدارتها لها والإشراف على شؤونها.

٢- المرافق المحلية :-

ويقصد بها المرافق التي يتعلق نشاطها بتقديم خدمات لمنطقة محددة أو إقليم معين من أقاليم الدولة ، ويعهد بإدارتها إلى الوحدات المحلية، كمرفق النقل، أو مرفق توزيع المياه أو الكهرباء وغيرها من المرافق التي تشبع حاجات محلية.

وتتميز المرافق المحلية بالاختلاف والتنوع في أساليب إدارتها بحكم اختلاف وتنوع حاجات كل وحدة محلية أو إقليم تمارس نشاطها فيه كما أن المسؤولية الناتجة عن الأضرار التي تتسبب بإحداثها المرافق المحلية أو موظفيها ويتحملها الشخص المعنوي المحلي أو الإقليمي . ()

رابعا : المرافق العامة من حيث مدى الالتزام بإنشائها

تنقسم المرافق العامة من حيث حرية الإدارة في إنشائها إلى مرافق اختيارية وأخرى إجبارية :-

١- المرافق الاختيارية .

الأصل في المرافق العامة أن يتم إنشائها بشكل اختياري من جانب الدولة . وتملك الإدارة سلطة تقديرية واسعة في اختيار وقت ومكان إنشاء المرفق ونوع الخدمة أو النشاط الذي يمارسه وطريقة إدارته . ومن ثم لا يملك الأفراد إجبار الإدارة على إنشاء مرفق عام معين ولا يملكون الوسائل القانونية التي يمكنهم حملها على إنشاء هذا المرفق أو مقاضاتها لعدم إنشائها له. ويطلق الفقه على المرافق العامة التي تنشئها الإدارة بسلطتها التقديرية اسم المرافق العامة لاختيارية () .

٢- المرافق العامة الإجبارية :

إذا كان الأصل أن يتم إنشاء المرافق العامة اختيارياً فإن الإدارة استثناء تكون ملزمة بإنشاء بعض المرافق العامة عندما يلزمها القانون أو جهة إدارية أعلى بإنشائها ومثال ذلك إنشاء الإدارة لمرفق الأمن والصحة فهي مرافق إجبارية بطبيعتها وتهدف لحماية الأمن والصحة العامة وغالبا ما تصدر القوانين بإنشائها.

المطلب الثالث - إنشاء وإلغاء المرافق العامة

نعرض في هذا المطلب المبادئ المتعلقة بإنشاء وإلغاء المرافق العامة .

أولا : إنشاء المرافق العامة :

عندما تجد السلطة المختصة أن حاجة الجمهور تقتضي إنشاء مرفقاً عاماً لإشباعها ويعجز الأفراد عن ذلك، فإنها تتدخل مستخدمة وسائل السلطة العامة وتنشئ المرفق العام. وحيث إن إنشاء المرافق العامة يتضمن غالباً المساس بحقوق الأفراد وحياتهم لاعتمادها أحياناً على نظام الاحتكار الذي يمنع الأفراد من مزاولته النشاط الذي يؤديه المرفق وفي أحيان أخرى يقيدهم بممارسة نشاطات معينة بحكم تمتع المرافق العامة بوسائل السلطة العامة وامتيازاتها التي تجعل الأفراد في وضع لا يسمح لهم بمنافسة نشاطات هذه المرافق ولأن إنشاء المرافق العامة يتطلب اعتمادات مالية كبيرة في الميزانية لمواجهة نفقات إنشاء هذه المرافق وإدارتها. فقد درج الفقه والقضاء على ضرورة أن يكون إنشاء المرافق العامة بقانون أو بناء على قانون صادر من السلطة التشريعية أي أن تتدخل السلطة التشريعية مباشرة فتصدر قانوناً بإنشاء المرفق أو أن تعهد بسلطة إنشاء المرفق إلى سلطة أو هيئة تنفيذية. وكان هذا الأسلوب سائداً في فرنسا حتى عام ١٩٥٨ عندما صدر الدستور الفرنسي دون أن يذكر أن إنشاء المرافق العامة ضمن الموضوعات المحجوزة للقانون، وأصبح إنشاء هذه المرافق في اختصاص السلطة التنفيذية دون تدخل من جانب البرلمان إلا في حدود الموافقة على الاعتمادات المالية اللازمة لإنشاء المرفق (١).

مع ضرورة التنبيه إلى أن إنشاء المرافق العامة يتم بأسلوبين :

الأول : أن تقوم السلطة المختصة بإنشاء المرفق ابتداءً .

والثاني : أن تعتمد السلطة إلى نقل ملكية بعض المشروعات الخاصة إلى الملكية العامة، كتأميمها لاعتبارات المصلحة العامة مقابل تعويض عادل .

ثانياً : إلغاء المرافق العامة

بينما أن الأفراد لا يملكون إجبار الإدارة على إنشاء المرافق العامة ولا يستطيعون إجبارها على الاستمرار في تأدية خدماتها إذا ما قدرت السلطة العامة إن إشباع الحاجات التي يقدمها المرفق يمكن أن يتم بغير وسيلة المرفق العام أو لاعتبارات أخرى تقدرها هي وفقاً لمتطلبات المصلحة العامة. والقاعدة أن يتم الإلغاء بنفس الأداة التي تقرر بها الإنشاء ، فالمرق الذي تم إنشاؤه بقانون لا يتم إلغاؤه إلا بنفس الطريقة وإذا كان إنشاء المرفق بقرار من السلطة التنفيذية فيجوز أن يلغى بقرار إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك.

وعندما يتم إلغاء المرفق العام فإن أمواله تضاف إلى الجهة التي نص عليها القانون الصادر بإلغائه، فإن لم ينص على ذلك ، فإن أموال المرفق تضاف إلى أموال الشخص الإداري الذي كان يتبعه هذا المرفق . أما بالنسبة للمرافق العامة التي يديرها أشخاص معنوية عامة مستقلة فإن مصير أموالها يتم تحديده من خلال معرفة مصدر هذه الأموال كأن تكون الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الإقليمية الأخرى فيتم منحها لها.

أما إذا كان مصدرها تبرعات الأفراد والهيئات الخاصة فإن هذه الأموال تأول إلى أحد المرافق العامة التي تستهدف نفس غرض المرفق الذي تم إلغاؤه أو غرضاً مقارباً له، احتراماً لإرادة المتبرعين . (٢)

المبحث الثاني - المبادئ التي تحكم المرافق العامة

تخضع المرافق العامة لمجموعة من المبادئ العامة التي استقر عليها القضاء والفقه والتي تضمن استمرار عمل هذه المرافق وأدائها لوظيفتها في إشباع حاجات الأفراد ، وأهم هذه المبادئ مبدأ استمرار سير المرفق العام ومبدأ قابلية المرفق للتغيير ومبدأ المساواة بين المنتفعين.

المطلب الأول - مبدأ استمرار سير المرفق العام

تتولى المرافق العامة تقديم الخدمات للأفراد وإشباع حاجات عامة وجوهريّة في حياتهم ويترتب على انقطاع هذه الخدمات حصول خلل واضطراب في حياتهم اليومية.

لذلك كان من الضروري أن لا تكتفي الدولة بإنشاء المرافق العامة بل تسعى إلى ضمان استمرارها وتقديمها للخدمات، لذلك حرص القضاء على تأكيد هذا المبدأ واعتباره من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها القانون الإداري ومع أن المشرع يتدخل في كثير من الأحيان لإرساء هذا المبدأ في العديد من

مجالات النشاط الإداري، فإن تقريره لا يتطلب نص تشريعي لأن طبيعة نشاط المرافق العامة تستدعي الاستمرار والانتظام.

ويترتب على تطبيق هذا المبدأ عدة نتائج منها: تحريم الإضراب، وتنظيم استقالة الموظفين العموميين ونظرية الموظف الفعلي ونظرية الظروف الطارئة، وعدم جواز الحجز على أموال المرفق.

أولاً: تحريم الإضراب

يقصد بالإضراب توقف بعض أو كل الموظفين في مرفق معين عن أداء أعمالهم لمدة معينة كوسيلة لحمل الإدارة على تلبية طلباتهم دون أن تنصرف نيّتهم إلى ترك العمل نهائياً. وللإضراب نتائج بالغة الخطورة على سير العمل في المرفق وقد تتعدى نتائجها إلى الأضرار بالحياة الاقتصادية والأمن في الدولة وليس هناك موقف موحد بشأن الإضراب، ومدى تحريمه فهناك من الدول التي تسمح به في نطاق ضيق. ()

غير أن أغلب الدول تحرمه وتعاقب عليه ضماناً لدوام استمرار المرافق العامة.

ثانياً: تنظيم الاستقالة

في تطبيقات هذا المبدأ تنظيم استقالة الموظفين بعدم جواز إنهاء خدمتهم بإرادتهم عن طريق تقديم طلب يتضمن ذلك قبل قبوله لما يؤدي إليه هذا التصرف من تعطيل العمل في المرفق.

ثالثاً: الموظف الفعلي

يقصد بالموظف الفعلي ذلك الشخص الذي تدخل خلافاً للقانون في ممارسة اختصاصات وظيفية عامة متخذاً مظهر الموظف القانوني المختص. ()

ولا شك أنه لا يجوز للأفراد العاديين أن يتولون وظيفة عامة بصورة غير قانونية لأنهم يكونون مغتصبين لها وجميع تصرفاتهم تعتبر باطلة. ()

غير أنه استثناء على هذه القاعدة وحرصاً على دوام استمرار سير المرافق العامة في ظروف الحروب والثورات عندما يضطر الأفراد إلى إدارة المرفق دون إذن من السلطة اعترف القضاء والفقه ببعض الآثار القانونية للأعمال الصادرة منهم كموظفين فعليين، فتعتبر الأعمال الصادرة عنهم سليمة ويمنحون مرتباً لقاء أدائهم لعملهم إذا كانوا حسنى النية.

رابعاً: نظرية الظروف الطارئة

تفترض نظرية الظروف الطارئة أنه إذا وقعت حوادث استثنائية عامة غير متوقعة بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه وخارجه عن إرادة المتعاقد وكان من شأنها أن تؤدي إلى إلحاق خسائر غير مألوفة وإرهاق للمتعاقد مع الإدارة فإن للإدارة أن تتفق مع المتعاقد على تعديل العقد وتنفيذه بطريقة تخفف من إرهاق المتعاقد وتتحمل بعض عبئ هذا الإرهاق بالقدر الذي يمكن المتعاقد من الاستمرار بتنفيذ العقد فإن لم يحصل هذا الاتفاق فإن للقضاء أن يحكم بتعويض المتعاقد تعويضاً مناسباً.

وهذه النظرية من خلق مجلس الدولة الفرنسي، أقرها خروجاً على الأصل في عقود القانون الخاص التي تقوم على قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" ضماناً لاستمرار سير المرافق العامة وللحيلولة دون توقف المتعاقد مع الإدارة عن تنفيذ التزاماته وتعطيل المرافق العامة.

خامساً: عدم جواز الحجز على أموال المرفق العام.

خلافاً للقاعدة العامة التي تجيز الحجز على أموال المدين الذي يمتنع عن الوفاء بديونه، لا يجوز الحجز على أموال المرافق العامة وفاء لما يتقرر للغير من ديون في مواجهتها لما يترتب على ذلك من تعطيل للخدمات التي تؤديها.

ويستوي في ذلك أن تتم إدارة المرافق العامة بالطريق المباشر أو أن تتم إدارتها بطريق الالتزام مع أن أموال المرفق في الحالة الأخيرة تكون مملوكة للملتزم، فقد استقرت أحكام القضاء على أنه لا يجوز الحجز على هذه الأموال تأسيساً على مبدأ دوام استمرار المرافق العامة ولأن المرافق العامة أياً كان أسلوب أو طريقة إدارتها تخضع للقواعد الضابطة لسير المرافق العامة. ()

المطلب الثاني - مبدأ قبلية المرفق للتغيير

إذا كانت المرافق العامة تهدف إلى إشباع الحاجات العامة للأفراد وكانت هذه الحاجات متطورة ومتغيرة باستمرار فإن الإدارة المنوط بها إدارة وتنظيم المرافق العامة تملك دائماً تطوير وتغيير المرفق

من حيث أسلوب إدارته وتنظيمه وطبيعة النشاط الذي يؤديه بما يتلاءم مع الظروف والمتغيرات التي تطرأ على المجتمع ومسايرة لحاجات الأفراد المتغيرة باستمرار ومن تطبيقات هذا المبدأ أن من حق الجهات الإدارية القائمة على إدارة المرفق كلما دعت الحاجة أن تتدخل لتعديل إدارتها المنفردة لتعديل النظم واللوائح الخاصة بالمرفق أو تغييرها بما يتلاءم والمستجدات دون أن يكون لأحد المنتفعين الحق في الاعتراض على ذلك والمطالبة باستمرار عمل المرافق بأسلوب وطريقة معينة ولو أثر التغيير في مركزهم الشخصي .

وقد استقر القضاء والفقه على أن هذا المبدأ يسري بالنسبة لكافة المرافق العامة أياً كان أسلوب إدارتها بطريق الإدارة المباشرة أم بطريق الالتزام .

كما أن علاقة الإدارة بالموظفين التابعين لها في المرافق علاقة ذات طبيعة لائحية. فلها دون الحاجة إلى موافقتهم نقلهم من وظيفة إلى أخرى أو من مكان إلى آخر تحقيقاً لمقتضيات المصلحة العامة. ومن تطبيقات هذا المبدأ أيضاً حق الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة دون أن يحتج المتعاقد " بقاعدة العقد شريعت المتعاقدين " إذ أن الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية وتعلقها بتحقيق المصلحة العامة، تقتضي ترجيح كفة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، ومن مستلزمات ذلك أن لا تقتيد الإدارة بقاعدة العقد شريعت المتعاقدين وأن تتمكن من تعديل عقودها لتتمكن من تلبية التغير المستمر في المرافق التي تديرها. ()

وسلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية أثناء تنفيذها تشمل العقود الإدارية جميعها دونما حاجة إلى نص في القانون أو شرط في العقد وقد اعترف القضاء والفقه بهذه الفكرة ولاقت القبول تأسيساً على أن طبيعة احتياجات المرافق العامة المتغيرة باستمرار هي التي تقضي بتعديل بعض نصوص العقد، على أن لا يمس هذا التعديل النصوص المتعلقة بالامتيازات المالية .

وفي هذا الاتجاه يذكر الدكتور "سليمان الطماوي" إن الأساس الذي تقوم عليه سلطة التعديل مرتبطة بالقواعد الضابطة لسيير المرافق العامة ومن أولها قاعدة قابلية المرفق العام للتغيير والمرفق العام يقبل التغير في كل وقت متى ثبت أن التغير من شأنه أن يؤدي إلى تحسين الخدمة التي يقدمها إلى المنتفعين وفكرة التعديل هي فكرة ملازمة للقاعدة السابقة. ()

وتتبع هذه الطريقة في إدارة المرافق العامة الإدارية القومية بصفة أساسية ويرجع ذلك إلى أهمية هذه المرافق واتصالها بسيادة الدولة كمرفق الأمن والدفاع والقضاء ، وفي الوقت الحاضر أصبحت الكثير من المرافق الإدارية تدار بهذه الطريقة وكذلك بعض المرافق الصناعية والتجارية متى وجدت الإدارة أن من المناسب عدم ترك إدارتها لأشخاص القانون الخاص .

ولا شك أن هذا الأسلوب يسمح للإدارة بالإدارة المباشرة لنشاط المرفق ويوفر المقدرة المالية والفنية والحماية القانونية واستخدام أساليب السلطة العامة مما لا يتوفر لدى الأفراد. لكن الإدارة المباشرة منتقدة من حيث أن الإدارة عندما تقوم بالإدارة المباشرة للمرفق تقتيد بالنظم واللوائح والإجراءات الحكومية التي تعيق هذه المرافق عن تحقيق أهدافها في أداء الخدمات وإشباع الحاجات العامة. ()

غير أننا نرى أن هذا الأسلوب لا يفيد أهمية بالنسبة للمرافق الإدارية القومية بالنظر لخطورتها وتعلقها بسيادة وأمن الدولة والتي لا يمكن أن تدار بأسلوب آخر، والمرافق الإدارية التي يعرف عن إدارتها الأفراد لانعدام أو قلة أرباحها .

المطلب الثاني - أسلوب المؤسسة أو الهيئة العامة

قد يلجأ المشرع إلى أسلوب آخر لإدارة المرافق العامة ، فيمنح إدارتها إلى أشخاص عامة تتمتع بالشخصية المعنوية المستقلة ويسمح لها باستخدام وسائل القانون العام ويكون موظفيها موظفين عموميين وأموالها أموالاً عامة وأعمالها أعمالاً إدارية .

ويطلق على هذه الأشخاص الإدارية الهيئات العامة إذا كان نشاط المرفق الذي تديره تقديم خدمات عامة ويطلق عليها المؤسسات العامة إذا كان الموضوع نشاط المرفق تجارياً أو صناعياً أو زراعياً أو مالياً. كما تتميز الهيئات العامة عن المؤسسات العامة من حيث أن المؤسسات العامة لها ميزانية مستقلة لا تلحق في الغالب بالميزانية العامة للدولة وتوضع ميزانياتها على نمط المشاريع الاقتصادية والتجارية

وتكون أموالها مملوكة للدولة ملكية خاصة ، في حين تعد أموال الهيئات العامة أموالاً عامة وتلحق ميزانيتها بميزانية الدولة .

كذلك تتميز رقابة الدولة على الهيئات العامة بأنها أكثر اتساعاً من رقابتها على المؤسسات العامة نظراً لطبيعة نشاط الهيئات العامة وتعلقه بتقديم الخدمات العامة () .

المطلب الثالث - التزام أو امتيازات المرافق العامة

بمقتضى هذه الطريقة تتعاقد الإدارة مع فرد أو شركة لإدارة واستغلال مرفق من المرافق العامة الاقتصادية لمدة محددة بأمواله وعماله وأدواته وعلى مسؤوليته مقابل التصريح له بالحصول على الرسوم من المنتفعين بخدمات المرفق وفق ما يسمى بعقد التزام المرافق العامة أو عقد الامتياز .

وقد استقر القضاء والفقه على اعتبار عقد الالتزام عملاً قانونياً مركباً يشمل على نوعين من النصوص () ، الأول منه يتعلق بتنظيم المرفق العام وبسيره وتملك الإدارة تعديل هذه النصوص وفقاً لحاجة المرفق أما النوع الثاني من النصوص فيسمى بالنصوص أو الشروط التعاقدية التي تحكمها قاعدة " العقد شريعتا المتعاقدين " ، ومنها ما يتعلق بتحديد مدة الالتزام و الالتزامات المالية بين المتعاقدين ولا تتعدى ذلك لتشمل أسلوب تقديم الخدمات للمنتفعين () .

وعلى أي حال فإن المرفق العام الذي يدار بهذا الأسلوب يتمتع بذات امتيازات المرافق العامة الأخرى كونه يهدف إلى تحقيق النفع العام ، فهو يخضع لنفس المبادئ الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة وهي مبدأ إقرار سير المرافق بانتظام واطراد ومبدأ قابلية المرفق للتعديل ومبدأ المساواة في الانتفاع بخدمات المرفق ، كما يتمتع الملتزم بحق شغل الدومين العام أو طلب نزع الملكية للمنفعة العامة .

غير أن من يعمل في المرفق الذي يدار بهذا الأسلوب لا يعد موظفاً عاماً بل يخضع في علاقته بالملتزم لأحكام القانون الخاص ، وتمارس الإدارة في مواجهة الملتزم سلطة الرقابة والإشراف على ممارسته عمله وفقاً لشروط العقد والقواعد الأساسية لسير المرافق العامة ، على أن لا تصل سلطة الإدارة في الرقابة حداً يغير من طبيعة الالتزام ، وتعديل جوهره أو أن تحل محل الملتزم في إدارة المرفق وإلا خرج عقد الالتزام عن مضمونه وتغير استغلال المرفق إلى الإدارة المباشرة () .

غير أن الإدارة تملك إنهاء عقد الالتزام قبل مدته بقرار إداري ولو لم يصدر أي خطأ من الملتزم كما قد يصدر الاسترداد بموجب قانون حيث تلجأ الإدارة إلى المشرع لإصدار قانون باسترداد المرفق وإنهاء الالتزام وهو ما يحصل غالباً عند التأميم . وفي الحالتين للملتزم الحق في المطالبة بالتعويض .

وفي مقابل إدارة الملتزم للمرفق العام وتسييره يكون له الحق بالحصول على المقابل المالي المتمثل بالرسوم التي يتقاضاها نظير الخدمات التي يقدمها للمنتفعين كما يكون له الحق في طلب الإعفاء من الرسوم الجمركية ومنع الأفراد من مزاولته النشاط الذي يؤديه المرفق .

المطلب الرابع - الاستغلال المختلط

يقوم هذا الأسلوب على أساس اشتراك الدولة أو أحد الأشخاص العامة مع الأفراد في إدارة مرفق عام . ويتخذ هذا الاشتراك صورة شركة مساهمة تكتتب الدولة في جانب من أسهمها على أن يساهم الأفراد في الاكتتاب بالجزء الآخر .

وتخضع هذه الشركة إلى أحكام القانون التجاري مع احتفاظ السلطة العامة بوصفها ممثلة للمصلحة العامة بالحق في تعيين بعض أعضاء مجلس الإدارة وأن يكون الرأي الأعلى لها في هذا المجلس ويأتي هذا من خلال الرقابة الفعالة التي تمارسها الدولة أو الشخص العام المشارك في هذه الشركة على أعمالها وحساباتها .

وتتم إدارة المرفق إدارة مختلطة من ممثلي الإدارة و توفر هذه الطريقة نوع من التعاون بين الأفراد والسلطة العامة في سبيل الوصول إلى إدارة ناضجة و ربح معقول () .

وقد انتشرت شركات الاقتصاد المختلط في كثير من الدول الأوروبية كوسيلة لإدارة المرافق العامة ذات الطابع الاقتصادي لا سيما فرنسا في إدارة مرافق النقل والطاقة لما يحققه هذا الأسلوب في فائدة تتمثل في تخليص المرافق العامة من التعقيدات والإجراءات الإدارية التي تظهر في أسلوب الإدارة المباشرة ، كما أنه يخفف العبء عن السلطة العامة و يتيح لها التفرغ لإدارة المرافق العامة القومية ، ويساهم في توظيف رأس المال الخاص لما يخدم التنمية الاقتصادية .

الباب الثالث - الوظيفة العامة

تمارس الدولة نشاطها المرفقي من خلال موظفيها فهم أداة الدولة لتحقيق أهدافها ، وتحضى الوظيفة العامة بعناية المشرع والفقهاء في مختلف الدول ، ويتحدد دور الموظف العام ضيقا واتساعا حسب الفلسفة الاقتصادية والاجتماعية لكل دولة فالتوسع نشاط الدولة وعدم اقتصار دورها على حماية الأمن الداخلي والخارجي وحل المنازعات بين الأفراد ، وقيامها ببعض الأشغال العامة وازدياد تدخلها في مجالات اقتصادية واجتماعية شتى ، قاد بالضرورة إلى ازدياد عدد الموظفين واهتمام الدولة بتنظيم الجهاز الإداري .

ومن ثم فقد أصبح للوظيفة العامة نظاماً خاصاً بها يحدد حقوق وواجبات الموظفين العاملين وشروط التحاقهم بالوظيفة وأيضاً مسائلهم تأديبياً .

ولا لقاء الضوء على نظرية الموظف العام نقسم هذا الباب إلى خمسة فصول على النحو التالي :-

الفصل الأول :- ماهية الموظف العام .

الفصل الثاني :- التعيين في الوظيفة العامة .

الفصل الثالث :- حقوق وواجبات الموظف العام .

الفصل الرابع :- تأديب الموظف العام .

الفصل الخامس :- انتهاء خدمة الموظف العام .

الفصل الأول - ماهية الموظف العام

للقوف على ماهية الموظف العام لابد من تعريف وتحديد المقصود بالموظف العام وبيان طبيعة العلاقة التي تربطه بالإدارة .

المبحث الأول - تعريف الموظف العام .

لم يرد في معظم التشريعات تعريف منظم يحدد المقصود بالموظف العام . () ويرجع ذلك إلى اختلاف الوضع القانوني للموظف العام بين دولة وأخرى وإلى صفة التجدد المضطرد للقانون الإداري . واكتفت أغلب التشريعات الصادرة في ميدان الوظيفة العامة بتحديد معني الموظف العام في مجال تطبيقها . ()

فقد نصت المادة الأولى من نظام الموظفين الفرنسي على أن " هذا النظام يطبق على الموظفين الذين يعينون في الإدارات المركزية للدولة والمصالح التابعة لها والمؤسسات العامة للدولة ، ولا يطبق على القضاة والعسكريين والعاملين في الإدارات والمصالح والمؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري " . ويبدو أن المشرع قد ترك أمر تعريف الموظف العام للفقهاء والقضاء ، ويختلف هذا التعريف في مجال القانون الإداري عنه في المجالات الأخرى كالقانون المدني والقانون الجنائي والاقتصاد السياسي فإن معناه في هذه المجالات قد يكون أوسع أو أضيق من معناه في القانون الإداري . () ونبين فيما يلي مفهوم الموظف العام في التشريعات والفقهاء المقارن :

أولاً : في فرنسا .

لم تعط التشريعات الفرنسية تعريفاً محدداً للموظف العام ، إنما اكتفت بتحديد الأشخاص الذين تسرى عليهم أحكام تلك التشريعات ، فقد نصت الفقرة الأولى من قانون التوظيف الفرنسي رقم ٢٢٩٤ الصادر في ١٩ أكتوبر ١٩٤٦ " يسرى على الأشخاص الذين يعينون في وظيفة دائمة ويشغلون درجة من درجات الكادر في إحدى الإدارات المركزية للدولة أو في إحدى الإدارات الخارجية التابعة لها أو في المؤسسات القومية " .

وقد نص نظام الموظفين الصادر بالمرع ٩٥/٢٤٤ في ٤-٢-١٩٥٩ الذي حل محل قانون ١٩ أكتوبر ١٩٤٦ والقانون الخاص بحقوق والتزامات الموظفين رقم ٦٣٤ الصادر في ١٣ يوليو ١٩٨٣ على نفس المفهوم . ويتبين من ذلك أن المشرع الفرنسي يطبق أحكامه على من تتوافر فيهم الشروط الآتية :-

١. الوظيفة الدائمة .
٢. الخدمة في مرفق إداري عام .

وبذلك فهو يخرج عن نطاق الخضوع لأحكام الوظيفة العامة موظفوا البرلمان ورجال القضاء ورجال الجيش والعاملون في مرافق ومنشآت عامة ذات طابع صناعي أو تجاري .

أما على صعيد الفقه والقضاء فقد عرف الأستاذ " هوريو " Hauriou الموظفين العمامين بأنهم " كل الذين يعينون من قبل السلطة العامة تحت اسم موظفين أو مستخدمين أو عاملين أو مساعدي عاملين يشغلون وظيفة في الكوادر الدائمة لمرفق عام تديره الدولة أو الإدارات العامة الأخرى " . ()

وعرفه دويز Duez ، ودبيير Debeyre بأنه " كل شخص يساهم في إدارة مرفق عام يدار بالاستغلال المباشر من قبل الدولة ويوضع بصورة دائمة في وظيفة داخله في نطاق كادر إداري منظم " . ()

وقضى مجلس الدولة الفرنسي بأن الموظف هو " كل شخص يعهد إليه بوظيفة دائمة في الملاك وتكون في خدمة مرفق عام " ، واشترط المجلس أن يكون المرفق العام إداريا . ()

أما المرافق الصناعية والتجارية فقد فرق فيها بين شاغلي الوظائف الإدارية والوظائف الأقل أهمية Subalterne واعتبر العاملين في النوع الأول من الوظائف موظفين عامين أما الوظائف الأخرى فأخضعها للقانون الخاص وعزى المجلس هذه التفرقة إلى أن شاغلي وظائف المحاسبة والإدارة أكثر ارتباطا بالمرفق العام . ()

ثانيا : في مصر

اكتفى المشرع المصري شأنه شأن الفرنسي بتحديد الموظفين الذين يخضعون للأحكام الواردة في القوانين واللوائح الصادرة في شأن الموظفين العموميين .

فقد نصت المادة الأولى من القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٥١ بشأن نظام موظفي الدولة بأنه " تسري أحكام هذا الباب على الموظفين الداخلين في الهيئة سواء كانوا مشبته أم غير مشبته " .

ويعتبر موظفا في تطبيق أحكام هذا القانون كل من يعين في إحدى الوظائف الداخلة في الهيئة بمقتضى مرسوم أو أمر جمهوري أو قرار من مجلس الوزراء أو من أية هيئة أخرى تملك سلطة التعيين قانونا .

أما في ظل القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٤ فقد ورد في المادة الثانية منه " يعتبر عاملا في تطبيق أحكام هذا القانون كل من يعين في إحدى الوظائف الدائمة أو المؤقتة بقرار من السلطة المختصة " .

وفي هذا القانون أزال المشرع التفرقة بين الوظائف الدائمة والمؤقتة ، بينما ورد في نظام العاملين المدنيين بالدول الصادر بالقانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٧١ " يعتبر عاملا في تطبيق أحكام هذا القانون كل من يعين في إحدى الوظائف المبينة بموازنة كل وحده ويكون التعيين في الوظائف المؤقتة للمتمتعين بالجنسية المصرية أو الأجانب وفقا للقواعد التي تتضمنها اللائحة التنفيذية مع مراعاة الأحكام الخاصة بتوظيف الأجانب " .

أما القانون الحالي رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ فقد جاء أكثر إيجازا ولم يتطرق للوظائف الدائمة والمؤقتة ولا إلى تعيين الأجانب ، إذا نصت الفقرة الأخيرة من المادة الأولى منه على أنه " يعتبر عاملا في تطبيق أحكام هذا القانون ، كل من يعين في إحدى الوظائف المبينة بموازنة كل وحدة " . وفي مكان آخر في المادة نفسها نص على سريان هذا القانون على العاملين بوزارات الحكومة ومصالحها والأجهزة التي لها موازنة خاصة بها ، ووحدات الحكم المحلي ، والعاملين بالهيئات العامة فيما لم تنص عليه اللوائح الخاصة بها .

بينما ذهب غالبية الفقهاء المصريين إلى تعريف الموظف العام بأنه " كل شخص يعهد إليه بعمل دائم في خدمة أحد المرافق العامة يتولى إدارتها ، الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الإقليمية أو المرفقية ، وذلك بتولي منصبا دائما يدخل في نطاق التنظيم الإداري للمرفق " . ()

وقد عرفت المحكمة الإدارية العليا الموظف العام بقولها " الموظف العام هو الذي يعهد إليه بعمل دائم في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الأخرى عن طريق شغله منصبا يدخل في التنظيم الإداري لذلك المرفق " . ()

ويبدو من ذلك أن الفقه والقضاء المصري يشترط توافر عنصرين في المرفق العام هما :-

١. العمل في خدمة مرفق عام أو أحد أشخاص القانون العام .

٢. أن يقوم بعمل منتظم غير عارض .

أما في العراق فقد استقر القضاء والفقه على أنه يشترط في الموظف العام ما يلي:

١. أن يعهد إليه بعمل دائم :

يشترط لإضفاء صفة الموظف العام أن يشغل العامل وظيفة دائمة داخلية في نظام المرفق العام ، وبذلك لا يعد العاملون بصورة مؤقتة أو موسمية كالخبراء والمشاورين القانونيون موظفين . ومن متممات العمل الدائم أن تكون الوظيفة داخله ضمن الملاك الدائم في الوحدة الإدارية . ومن الواجب عدم الخلط بين الموظف الذي يعمل بعقد مؤقت في وظيفة دائمة والوظيفة المؤقتة أو الموسمية لأن شاغل الوظيفة الأولى يعد موظفا عاما ولو أمكن فصله بانتهاء مدة العقد . أما الثانية فلا يعد شاغلا موظفا عاما تغليباً للطبيعة اللائحية لعلاقة شاغل الوظيفة الدائمة بالإدارة على العلاقة التعاقدية .

٢- أن يعمل الموظف في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو أحد أشخاص القانون العام :

لا يكفي لاعتبار الشخص موظفا عاما أن يعمل في وظيفة دائمة إنما يلزم أن يكون عمله هذا في خدمة مرفق عام Le Service Public وللمرفق العام معنيان : المعنى العضوي ويفيد المنظمة التي تعمل على أداء الخدمات وإشباع الحاجات العامة ، ويتعلق هذا التعريف بالإدارة أو الجهاز الإداري . أما المعنى الآخر فهو المعنى الموضوعي ويتمثل بالنشاط الصادر عن الإدارة بهدف إشباع حاجات عامة والذي يخضع لتنظيم وإشراف ورقابة الدولة . () وقد كان المعنى العضوي الشائع في القضائين الفرنسي والمصري ثم جمعا بين المعنيين بتطور أحكامهما ومن ثم استقرا على المعنى الموضوعي .

ويشترط لاكتساب صفة الموظف العام أن تدير الدولة أو أحد أشخاص القانون العام هذا المرفق إدارة مباشرة . وبذلك لا يعد الموظفون في المرافق التي تدار بطريقة الالتزام موظفين عموميين . وكذلك العاملون في الشركات والمنشآت التي لا تتمتع بالشخصية الاعتبارية العامة ولو تم إنشائها بقصد إشباع حاجات عامة .

٣- أن تكون تولية الوظيفة العامة بواسطة السلطة المختصة :

الشرط الأخير اللازم لاكتساب صفة الموظف العام هو أن يتم تعيينه بقرار من السلطة صاحبة الاختصاص بالتعيين .

فلا يعد موظفا عاما من يستولي على الوظيفة دون قرار بالتعيين كموظف فعلي . كما أن مجرد تسليم العمل أو تقاضي المرتب لا يكفي لاعتبار المرشح معينا في الوظيفة إذا لم يصدر قرار التعيين بإدارة القانونية ممن يملك التعيين . ()

المبحث الثاني - طبيعة العلاقة التي تربط الموظف بالإدارة

ثار الخلاف في الفقة والقضاء في فرنسا حول طبيعة العلاقة التي تربط الموظف بالدولة ، هل هي علاقة تعاقدية ينظمها العقد ام هي علاقة قانونية تنظيمية تحكمها القوانين واللوائح .

أولاً: تكييف علاقة الموظف بالإدارة على أنها علاقة تعاقدية

كان الرأي السائد في الفقه والقضاء أن الموظف في علاقته بالدولة في مركز تعاقدية وعلى هذا الأساس ظهرت العديد في النظريات التعاقدية التي تتفق على أن العقد هو أساس هذه العلاقة إلا أنها تختلف في طبيعة هذا العقد ، فالبعض اعتبره من عقود القانون الخاص ، بينما كيفه البعض الآخر على أنه من عقود القانون العام .

١. نظرية العقد المدني :

مفاد هذه النظرية وجود عقد مدني بين الموظف والدولة يلتزم الموظف بموجبه بتقديم خدمه لقاء قيام الدولة بتنفيذ الإعباء المناطة بها من تقديم الأجر اللازم تحقيقا للمصلحة العامة .

وتكييف العلاقة بين الموظف والدولة بأنها علاقة خاصة يحكمها القانون الخاص إنما يقوم على افتراض أن إبرام العقد إنما يتم بمفاوضات بين الموظف والدولة ، وأن هذه المفاوضات تهدف إلى تحديد مضمون العقد من حيث موضوعه وشروطه وآثاره . ()

ويبدو أن هذه النظرية مازالت تجد نوعا من الرواج في البلاد ألا نجلوسكسونية كإنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية . ()

٢. نظرية عقد القانون العام :

بعد أن ظهر عجز نظرية العقد المدني عن تبرير العلاقة بين الموظف والدولة ظهرت من جانب أصحاب النظريات التعاقدية ترجع العلاقة إلى عقد من عقود القانون العام على اعتبار أن هذه العقود تخول الإدارة سلطات واسعة في مواجهة المتعاقد معها لتحقيق المصلحة العامة، وحيث أن هذا العقد يهدف إلى حسن سير المرافق العام فإنه يكون قابلاً للتعديل من قبل الدولة، وبذلك لا تنقيد الإدارة بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين. ()

كما تملك الإدارة الحق بمسائلة الموظف إذا أخل بالتزاماته الوظيفية الناشئة عن العقد تأديبياً دون موافقة مسبقة من الموظف .

ومن أنصار هذه النظرية في مصر الدكتور عبد الحميد حشيش الذي يرى أن نظرية عقد القانون العام قد أكسبت الفكرة العقدية الأصلية مرونة، إذا أصبح في مكنه الإدارة تعديل النصوص التعاقدية بإرادتها المنفردة، ووفقاً لمشيئتها أعمالاً مبدأً قابلية قواعد المرفق للتعديل والتغيير لمطابقة حاجات الناس المتغيرة. ()

وقد اعتنق مجلس الدولة الفرنسي هذه النظرية حتى وقت قريب ليحرم الموظفين المضربين من ضمانات التأديب .

بينما اتجه بعض أنصار هذه النظرية إلى القول بأن عقد المرفق العام هو أساس الرابطة التعاقدية بين الموظف والدولة ومن أنصار هذا الاتجاه الفقيه "جيلينك" الذي ذهب إلى أن الموظف وفقاً لهذا العقد يخضع لسلطة المرفق كأي سلطة محددة تلتزم بقواعد القانون، غير أن الأوامر لا تنفذ مباشرة بموجب قانون موضوعي وإنما وفقاً لحق شخصي، مكتسب بموجب هذا العقد وهو لا يتفرع عن سلطة رئاسية عليا، وإنما تنبثق منه السلطات الخاصة لرئيس المرفق. ()

وقد تعرض تكييف العلاقة بين الموظف والدولة على هذا الأساس للنقد أيضاً شأن النقد الموجه لنظرية العقد المدني لأنه وأن أخرج علاقة الموظف من نطاق تطبيق أحكام القانون الخاص إلا أنه لم يتحرر نهائياً من الأساس التعاقدية لهذه العلاقة. ()

وبالنظر إلى كثرة عيوب النظريات التعاقدية فقد هجرها القضاء والفقه والتشريعات المختلفة، وكان من أبرز الرافضين للنظريات التعاقدية الفقيهان Duguit , Hauriou، وقد استند "هوريو" في رفضه هذا على تحليله لعملية تعيين الموظف، مبيناً أنها لا تتضمن مقومات التعاقد لا من حيث عناصره الشكلية ولا من حيث الموضوع. ()

ثانياً : النظرات التنظيمية :-

بدأ الفقه الفرنسي منذ أواخر القرن التاسع عشر في الاتجاه نحو تكييف العلاقة بين الموظف والإدارة بأنها علاقة تنظيمية تحكمها القوانين واللوائح. () ومضمون هذه النظريات أن القوانين واللوائح هي التي تحدد شروط وأحكام الوظيفة العامة وحقوق الموظف وواجباته .

ويترتب على هذه النظرية أن الإدارة حرة في تعديل أحكام الوظيفة بإرادتها المنفردة دون حاجة لاستشارة الموظف، ولو كان في هذا التعديل إنقاص في الامتيازات المادية والأدبية مما يتعذر معه إسباغ الصفة التعاقدية على علاقة الموظف بالدولة في هذه الحالة. () على أن يكون هذا التعديل بإجراء عام بناءً على تعديل في قوانين التوظيف أما التعديل في المزايا المادية والأدبية بقرار فردي فلا يكون إلا بإجراء تأديبي .

ومن النتائج التي تترتب على هذا المركز اللائحي، أن قرار تعيين ونقل الموظف وترقيته وعزله هي قرارات إدارية تصدر من الإدارة وحدها، بإرادتها المنفردة دون مشاركة من الموظف .

كما لانقطع صلة الموظف بالوظيفة بمجرد تقديم استقالته من العمل وإنما تظل هذه الصلة قائمة إلى يتم قبول استقالته من السلطة المختصة .

وقد أخذ المشرع الفرنسي بالمركز التنظيمي للموظف العام منذ صدور قانون التوظيف رقم ٢٢٩٤ الصادر في ١٩ أكتوبر ١٩٦٤ إذ نصت المادة الخامسة منه على أن "علاقة الموظف بجهة العمل علاقة تنظيمية ولائحية".

وكذلك نصت المادة الخامسة من النظام العام للموظفين الصادر بالأمر رقم ٢٤٤ في ٤ فبراير ١٩٥٩ على أن " يكون الموظف اتجاه الإدارة في مركز تنظيمي ولائحي " .
وأخيراً جاء في القانون رقم ٦٣٤ في ١٣ يوليو ١٩٨٣ المتعلق بحقوق والتزامات الموظفين في المادة الرابعة منه أن " الموظف اتجاه الإدارة في مركز لائحي وتنظيمي " .
ولم يحدد المشرع المصري في القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٥١ الخاص بنظام موظفي الدولة ولا في القانون رقم ٤٦ لسنة ١٢٦٤ الخاص بنظام العاملين المدنيين بالدولة المركز القانوني للموظف العام غير أن القانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٧١ الخاص بنظام العاملين المدنيين بالدولة جعل الموظف في مركز نظامي إذ نصت المادة ٥٢ منه على " الوظائف العامة تكليف للقائمين بها ، هدفها خدمة المواطنين تحقيقاً للمصلحة العامة طبقاً للقوانين واللوائح والنظم المعمول بها " .
وقد رد المشرع نفس النص في المادة ٧٦ من القانون الحالي رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ الخاص بنظام العاملين المدنيين بالدولة .

الفصل الثاني - التعيين في الوظيفة العامة

لكي يلتحق الشخص بالوظيفة العامة يجب توافر بعض الشروط العامة ليتسنى بعد ذلك اختباره وإصدار قرار بتعيينه .
ونقسم هذا الفصل إلى ثلاث مباحث نتناول في أولهما الشروط العامة في التعيين ، ونوضح في ثانيهما الطرق المختلفة المتبعة في تعيين الموظفين العموميين ، أما المبحث الثالث فنخصصه للمبحث في حركة الموظف أثناء الخدمة .

المبحث الأول - الشروط المتبعة في التعيين :

أن الحرص على الارتقاء بالوظيفة العامة يجعل من الضروري العناية باختبار الموظفين واشتراط توفر قدرة وكفاية فيمن يعين في الوظائف العامة تحقيقاً للصالح العام .
وفي العراق مثلاً يتطلب المشرع في تولي الوظائف العامة مايلي:
١. أن يكون متمتعاً بالجنسية العراقية ومتمتعاً بحقوقه المدنية :
تطبيقاً لمبدأ السيادة الوطنية ورغبة الدولة في حماية أمنها وضماناً للولاء لها ، فإن الدول تشترط فيمن يتولى الوظائف العامة أن يكون ممن يحملون جنسيتها .
إلا أن هذا المبدأ لا يجري على إطلاقه إذ غالباً ما تستعين الدولة ببعض الأجانب في حالة الضرورة أو عدم الاكتفاء بالعناصر الوطنية المتوفرة لديها . وغالباً ما يتم ذلك لفترة مؤقتة وبعقود خاصة .
ولا يكفي لتقلد الوظيفة العامة أن يكون المرشح مواطناً عراقياً ، إنما يجب أن يكون متمتعاً بالحقوق المدنية .
ويفقد الشخص تمتعه بالحقوق المدنية كعقوبة تبعية تترتب على الأحكام التي يتم إيقاعها عليه في بعض الجرائم .

٢. حسن السيرة والسلوك :

السيرة والسلوك الحسن هي مجموعة الصفات الحميدة التي يتمتع فيها الفرد وتشيع عنه فيكون موضع ثقة عند الآخرين .
ومقتضى هذا الشرط أن يكون المرشح لتولي الوظيفة العامة بعيداً عن الشبهات التي تثير الشك لدى الآخرين وتؤدي إلى الإخلال بنزاهة الوظيفة العامة .
والأصل أن كل شخص حسن السيرة والسلوك إلا إذا ثبت العكس ويقع عبء الإثبات على الإدارة العامة التي يجب عليها أن تسبب قرارها ، عندما تستبعد المرشح للوظيفة ويكون قرارها هذا خاضعاً لرقابة القضاء . ()

ومن الجدير بالذكر أن تقدير حسن السيرة والسلوك أمر نسبي يختلف من مجتمع إلى آخر فشرب الخمر ولعب القمار لا يعد سوء السيرة في المجتمعات الأوربية بينما هو كذلك في المجتمعات الشرقية .

٣. أن لا يكون قد حكم عليه بعقوبة جنائية أو في جنائية أو جنحة مخله بالشرف :

يتفرع هذا الشرط إلى شقين ، الأول : أن لا يكون قد سبق وأن حكم على الموظف بعقوبة عن جنائية ، والثاني : يتعلق بعدم الحكم عليه بجنائية أو جنحة مخلتة بالشرف .

بالنسبة إلى الشق الأول اعتبر المشرع أن الحكم على الشخص بعقوبة الجنائية "السجن المؤبد أو المؤقت أو السجن" مانعا من التعيين في أحد الوظائف العامة ، على اعتبار أن الحكم على هذا الشخص بمثل هذه العقوبة الجسيمة قرينة قاطعة على عدم صلاحيته لتولي الوظائف العامة وخطورته على المجتمع ، ويبدو أن المشرع قد نظر إلى نوع العقوبة فسحب النص على المعاقب بجنائية سواء في قانون العقوبات الليبي أو القوانين الأخرى .

أما الشق الثاني من هذا الشرط فيتعلق بالحكم على الشخص بعقوبة الجنائية أو الجنحة المخلة بالشرف وهنا ينظر المشرع إلى طبيعة هذه الجريمة سواء كان الحكم على الشخص بعقوبة الجنائية أو الجنحة مادامت الجريمة تتعلق بالإخلال بالشرف . وفي جميع الأحوال يشترط في الحكم أن يكون نهائياً لاستبعاد المرشح من شغل الوظيفة العامة ، وتحقق الإدارة في توافر هذا الشرط من خلال طلبها من المرشح تقديم شهادة الحالة الجنائية من الجهات المختصة .

٤. إلا يكون قد فصل من الخدمة بقرار تأديبي نهائي :

ويعود هذا الشرط لكون أن قرار الفصل يؤكد عدم صلاحية الموظف لتولي الوظيفة لأخلاله إخلالاً جسيماً بأحكامها مما أدى إلى صدور قرار تأديبي نهائي بفصله واستبعاده عن الوظيفة . ويجب أن يكون قرار الفصل نهائياً أي لا يتطلب نفاذ إجراءات أخرى من اعتماد أو تصديق من جهة إدارية عليا .

٥. إلا يقل سن المرشح عن ثماني عشر سنة :

من الضروري للقيام بأعباء الوظيفة العامة أن يكون المرشح قد بلغ سناً من النضج تؤهله لتحمل تبعات منصبه . ويتم إثبات سن المرشح بشهادة ميلاد مستخرجة من سجلات الأحوال المدنية أما إذا تعذر تقديمها جاز استثناء تقدير السن بإحالة المرشح على لجنة طبية ويكون قرارها غير قابل للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن ولو قدمت شهادة ميلاد غير ذلك . ()

٦. أن يكون المرشح لائقاً صحياً :

يجب أن يتوافر لدى المرشح للوظيفة العامة اللياقة الصحية التي تؤهله القيام بأعباء وظيفته ، ويتم التأكد من ذلك بشهادة تثبت خلوه من الأمراض ولياقته الصحية أو تتم إحالته إلى لجنة طبية مختصة ..

واللياقة الصحية تختلف من وظيفة إلى أخرى فمن لا يكون لائقاً صحياً لوظيفة قد يكون لائقاً لأخرى حسب طبيعة الوظيفة وظروفها .

٧. أن يكون مستوفياً للشروط اللازم توافرها فيمن يشغل الوظيفة :

يجب أن تتوافر في المرشح للوظيفة العامة المؤهلات العلمية التي تحفظ كفاءة معينة للقيام بالوظيفة .
المبحث الثاني - طرق اختيار الموظفين العموميين

تسعى الإدارة إلى اختيار أفضل العناصر لشغل الوظائف العامة . وأساليب الإدارة في اختيار موظفيها تختلف من مجتمع إلى آخر حسب الظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي يعيشها . ولعل أهم الأساليب أو الطرق التي تتبعها الإدارة في اختيار موظفيها إنما تتم بأربعة أساليب : الاختيار الحر ، الأعداد والتأهيل ، الاختيار الديمقراطي . وأسلوب المسابقة والامتحان .

أولاً: أسلوب الاختيار الحر

تتمتع الإدارة في هذا الأسلوب بحرية اختيار الموظفين ، دون قيود أو ضوابط . فالإدارة وحدها من يملك تحديد المعايير والمقومات التي يستند عليها الاختيار دون أن تكون ملزمة بالإعلان عن هذه المعايير أو تبرير اختيارها لفئة دون أخرى من المرشحين . () وقد سادت هذه الطريقة قديماً فقد كان يتمتع الحاكم بسلطة مطلقة في اختيار العاملين ، إذ يتم اختيارهم على أساس الثقة الشخصية دون تطلب أي شروط موضوعية أخرى . () وتتبع هذه الطريقة في اختيار كبار الموظفين نظراً لأهمية هذه الوظائف التي تتطلب فيمن يشغلها الثقة والمقدرة الفنية والكفاءة السياسية .

وقد كان التعيين بهذه الطريقة منتشراً في الولايات المتحدة الأمريكية حتى عام ١٨٨٣، ويعرف باسم " نظام الاسلاب و الغنائم " والتي كان مؤداها أن الحزب المنتصر في الانتخابات الرأسيه يكون له حق شغل الوظائف المهمة في الإدارات الاتحادية بعد طرد أنصار الحزب المنافس .

ومع ذلك فأن هذا الأسلوب لا يعنى أن الإدارة تملك السلطة المطلقة في الاختيار، إذ يجب أن تراعى اعتبارات المؤهلات والكفآت العلمية الأزمة لشغل هذه الوظائف تحقيقاً للصالح العام .

ثانياً : أسلوب الأعداد والتأهيل :

في هذه الطريقة تقوم الدولة بإنشاء الكليات والمعاهد المتخصصة ومراكز التعليم المهني و الأكاديمي . لأعداد الأشخاص الراغبين في تولي الوظائف العامة . وعلى الرغم من أهمية هذا الأسلوب في الأعداد للوظائف العامة فإنه يتطلب الكثير من النفقات والجهود من الدولة .

وهذه الطريقة شائعة في تأهيل الكوادر الفنية والإدارية في الجماهيرية ، ومن أمثلتها مراكز إعداد المدربين ومعاهد المهن الشاملة ومعاهد التمريض و البريد .

ثالثاً: أسلوب الاختيار الديمقراطي :

ويقصد بهذا الأسلوب أن يتم اختيار الموظفين عن طريق الأفراد في الوحدات الإدارية التي يراد شغل الوظيفة العامة فيها .

ويؤدي اتباع هذا الأسلوب إلى شعور الأفراد بأهميتهم لمشاركتهم في اختيار الموظفين ، كما أنها تشعر الموظف بأن الأفراد قد وضعوا ثقتهم فيه مما يتوجب عليه احترامهم وتأدية رغباتهم .

رابعاً : أسلوب المسابقة والامتحان :

يعد هذا الأسلوب افضل الطرق لشغل الوظيفة العامة فهو يحقق مبدأ تكافؤ الفرص والمساواة بين الأفراد ، كما يؤدي إلى وصول من هم أهل لتولي المسؤولية في المناصب الإدارية .

ويعتبر اختيار الموظفين بهذا الأسلوب الأكثر انتشاراً بين الدول في الوقت الحاضر فهو ينطوي على الموضوعية في الاختيار بعيداً عن الأهواء السياسية والمحسوبية والاعتبارات الشخصية . إلا أن الدول تتفاوت في مدى تطبيقية فبعض الدول تستخدم نظام الامتحان والمسابقة في شغل الوظائف الدنيا في السلم الإداري ، بينما تستخدمه دول أخرى كقاعدة عامة في الاختيار في الوظائف الدنيا والوظائف العليا على حد سواء .

ولكي يجري الامتحان أو المسابقة في ظروف تمكن من اختيار افضل المرشحين لابد من أحاطته بضمانات وضوابط تكفل العدالة والموضوعية في الاختيار .

ولا تجرى الامتحانات أو المسابقات على نمط واحد في كل الدول وإنما تتخذ صور متعددة فأما أن يكون الامتحان شفويًا أو تحريريًا أو بمقابلات شخصية ويمكن الجمع بين هذه الصور .

السلطة المختصة بالتعيين :

بعد انتهاء إجراءات الترشيح والتأكد من توافر شروط شغل الوظيفة العامة ، يجب ان يصدر قرار من السلطة المختصة بتعيين الشخص في الوظيفة المرشح لها وفقاً للأوضاع المقررة قانوناً .

وعلى ذلك فلا يعتبر موظفاً عاماً الشخص الذي يتولى واجبات وظيفية قبل صدور قرار تعيينه ولو تقاضي مرتباً لقاء عمله هذا ، ولا يعد موظفاً من يغتصب الوظيفة ويقحم نفسه عليها دون أن يصدر له قرار بالتعيين في السلطة المختصة .

إلا أنه استثناء استقر القضاء والفقه على إضفاء صفة المشروعية على الأعمال التي يجريها الموظف الفعلي وهو شخص يباشر مهام الوظيفة العامة بقرار تعيين معيب أو لم يصدر قرار بتعيينه أصلاً ، ويتم ذلك في حالتين الأولى الأحوال العادية عندما يصدر قرار بتعيين شخص في الوظيفة العامة دون اتباع الشروط والإجراءات التي يتطلبها القانون ، فيكون قرار التعيين باطلاً في هذه الجهة وتبعاً لذلك تكون كافة تصرفات هذا الشخص باطلة حتماً . ()

إلا أن القضاء والفقه درج على الاعتراف بشرعية هذه التصرفات حماية للجمهور حسن النية الذي يعتمد على المظاهر الخارجية ، فمن غير المتصور أن يطلب الجمهور من الموظف إثبات صحة شغله للوظيفة العامة .

و الثانية الأحوال الاستثنائية فقد يتولى بعض الأشخاص ممارسة بعض الوظائف مؤقتاً نتيجة لحصول ثورة أو حرب أو حالة طوارئ لضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد ، مما يقتضي الاعتراف بشرعية الأعمال التي يجرونها ويحق للموظف الفعلي في هذه الحالة أن يطالب الإدارة بمقابل قيامه بالعمل . ()

أما في غير الحالتين السابقتين فإن كل ممارسة للوظيفة العامة دون حق مشروع تعد بمثابة اغتصاب للوظيفة العامة وانتحال صفة يعاقب عليه القانون وتكون تصرفات من يباشره منعدمة وليس لمن يمارسها الحق في تقاضي أي مقابل . ()

الآثار المترتبة على صدور قرار التعيين :

يترتب على صدور قرار التعيين تولي مهام وظيفته المعين بها وما يستتبع ذلك من حقوق والتزامات ، إذ أن العلاقة الوظيفية تبدأ من تاريخ صدور قرار التعيين ، ويخضع الموظف للقوانين واللوائح الخاصة بالوظيفة العامة ، ويبدأ في هذا التاريخ حق الموظف بالترقية والأقدمية .

ويترتب على صدور قرار التعيين جواز الطعن بالإلغاء ممن له مصلحة في ذلك ويعتقد أن قرار التعيين غير مشروع وأن شروط التعيين غير متوافرة أو أنه حق بالتعيين في الوظيفة التي تم شغلها . ()

المطلب الثالث - مبدأ المساواة بين المنتفعين

يقوم هذا المبدأ على أساس التزام الجهات القائمة على إدارة المرافق بأن تؤدي خدماتها لكل من يطلبها من الجمهور ممن تتوافر فيهم شروط الاستفادة منها دون تمييز بينهم بسبب الجنس أو اللون أو اللغة أو الدين أو المركز الاجتماعي أو الاقتصادي .

ويستمد هذا المبدأ أساسه من الدساتير والمواثيق وإعلانات الحقوق التي تقتضي بمساواة الجميع أمام القانون ولا تمييز بين أحد منهم .

غير أن المساواة أمام المرافق العامة مساواة نسبية وليست مطلقة، ومن مقتضياتها أن تتوافر شروط الانتفاع بخدمات المرفق فيمن يطلبها، وأن يتواجد الأفراد في المركز الذي يتطلبه القانون والقواعد الخاصة بتنظيم الانتفاع بخدمات المرفق ثم يكون لهم الحق بالمعاملة المتساوية سواء في الانتفاع بالخدمات أو في تحمل أعباء هذا الانتفاع .

وبمعنى آخر على الإدارة أن تحترم مبدأ المساواة بين المنتفعين متى تماثلت ظروفهم وتوافرت فيهم شروط الانتفاع التي حددها القانون ، أما إذا توافرت شروط الانتفاع في طائفة من الأفراد دون غيرهم فإن للمرفق أن يقدم الخدمات للطائفة الأولى دون الأخرى أو أن يميز في المعاملة بالنسبة للطائفتين تبعاً لاختلاف ظروفهم كاختلاف رسوم مرفق الكهرباء والمياه بالنسبة لسكان المدينة وسكان القرى .

ومع ذلك فإن هذا المبدأ لا يتعارض مع منح الإدارة بعض المزايا لطوائف معينة من الأفراد لاعتبارات خاصة كالسماح للعجزة أو المعاقين بالانتفاع من خدمات مرفق النقل مجاناً أو بدفع رسوم مخفضة أو إعفاء أبناء الشهداء من بعض شروط الالتحاق بالجامعات .

أما إذا أخلت الجهة القائمة على إدارة المرفق بهذا المبدأ وميزت بين المنتفعين بخدماته فإن للمنتفعين أن يطلبوا من الإدارة التدخل لإجبار الجهة المشرفة على إدارة المرفق على احترام القانون ، إذا كان المرفق يدار بواسطة ملتزم ، فإن امتنعت الإدارة عن ذلك أو كان المرفق يدار بطريقة مباشرة فإن من حق الأفراد اللجوء إلى القضاء طالبن إلغاء القرار الذي أخل بمبدأ المساواة بين المنتفعين وإذا أصابهم ضرر من هذا القرار فإن لهم الحق في طلب التعويض المناسب .

المبحث الثالث - طرق إدارة المرافق العامة

تختلف طرق إدارة المرافق العامة تبعاً لاختلاف وتنوع المرافق وطبيعة النشاط الذي تؤديه، وأهم هذه الطرق هي الاستغلال المباشر أو الإدارة المباشرة وأسلوب المؤسسة أو الهيئة العامة وأسلوب الالتزام وأخيراً الإدارة أو الاستغلال المختلط . ()

المطلب الأول - الإدارة المباشرة

يقصد بهذا الأسلوب أن تقوم الإدارة مباشرة بإدارة المرفق بنفسها سواء أكانت سلطة مركزية أم محلية مستخدمة في ذلك أموالها وموظفيها ووسائل القانون العام ولا يتمتع المرفق الذي يدار بهذه الطريقة بشخصية معنوية مستقلة .

ويترتب على ذلك أن يعتبر موظفي المرافق التي تدار بهذا الأسلوب موظفين عموميين وتعد أموال المرفق أموالاً عامة تتمتع بالحماية القانونية المقررة للمال العام .
و إذا صدر قرار التعيين باطلاً لاحتوائه على عيب من عيوب المشروعية ، فإن السلطة المختصة بالتعيين تملك سلطة سحب قرارها الباطل ، أما الأعمال التي صدرت عن الموظف الذي تم تعيينه فإنها تعد مشروعة تطبيقاً لنظرية الموظف الفعلي .

المبحث الثالث - حركة الموظف أثناء الخدمة

قد تطرأ على الحياة الوظيفية للموظف تغييرات معينة طبقاً لمتطلبات العمل الوظيفي والمصلحة العامة ، فقد ينقل الموظف نقلاً نوعياً أو مكانياً أو ينتدب إلى وظيفة أخرى لمدة معينة أو تتم إعادته إليها ، وسوف نبين هذه المواضيع تباعاً :-

أولاً : النقل .

الأصل أن الإدارة تملك سلطة تقديرية واسعة في نقل موظفيها من وظيفة إلى أخرى بحكم خضوعهم إلى مركز قانوني عام يجوز تغييره في أي وقت ولها حرية تقدير ظروف العمل ومقتضياته وليس للموظف الحق في الطعن بقرار النقل قضائياً اللهم إلا بطريق التظلم أو خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إبلاغه أمام الجهة التي أصدرت القرار أو لجنة التظلمات المختصة .
والنقل نوعان ، فهناك النقل المكاني والنقل النوعي :

١. النقل المكاني :

يقصد بالنقل المكاني أن يتم تغيير مكان عمل الموظف من مكان إلى آخر مع ممارسته لذات الوظيفة التي كان يمارسها سواء أكان النقل داخل الدائرة التي يعمل فيها الموظف أم خارجها .

٢. النقل النوعي :

ويقصد به أن يسند إلى الموظف وظيفة أخرى غير وظيفته الأصلية التي تم تعيينه فيها من حيث الدرجة أو الأقدمية أو المرتب ، سواء أكان النقل في داخل الوحدة الإدارية التي كان يعمل فيها أو إلى إدارة أخرى .

وفي هذه الحالة تختص دوائر القضاء الإداري بالرقابة على قرار الإدارة بنقل موظفيها لانطواء القرار على آثار سلبية تلحق الموظف ، ولاحتمال أن تسعى الإدارة من وراء قرارها بالنقل إلى معاقبة الموظف كوسيلة مقنعة لتأديبه .

ثانياً : الندب .

يقصد بالندب أن يسند إلى الموظف مؤقتاً وظيفة أخرى خارج الجهة التي يعمل فيها مع احتفاظه بدرجة الوظيفية .

وتتمتع الإدارة بسلطة تقديرية بشأن انتداب موظفيها دون معقب من القضاء الإداري بشرط عدم إساءة استعمال هذه السلطة ، فإذا انحرفت الإدارة في استعمال سلطتها وسعت من وراء قرارها بالندب إلى معاقبة الموظف بغير الطريق التأديبي فإن قرارها يعد بمثابة القرار التأديبي ويختص القضاء الإداري بنظر الطعن فيه .

ثالثاً : الإعارة .

الإعارة هي توقف الموظف مؤقتاً عن أداء وظيفته والتحاقه بعمل آخر لدى إدارة أخرى يخضع لشروطها ويتقاضى مرتبها أو مرتبه الكامل مضافاً إليه نسبة مئوية معينة مع بقاء علاقة الموظف بجهة عمله الأصلية من حيث العلاقات والأقدمية والترقيات .

ويترتب على انتهاء الإعارة قبل مدتها بقرار من الجهة المعيرة أو بناء على طلب الجهة المستعيرة أو طلب الموظف نفسه ، عودة الموظف المعار ليشغل وظيفته الأصلية إذا كانت شاغرة أو أي وظيفة أخرى من ذات درجته .

الفصل الثالث - حقوق وواجبات الموظف العام .

كفل المشرع للموظف العام جملة من الحقوق حددها في القوانين واللوائح وفي مقابل ذلك ألزمه بواجبات محددة لا يجوز مخالفتها أو الاتفاق على ما يخالفها باعتبارها من النظام العام ، وسنتطرق في هذا الفصل إلى الحقوق والواجبات التي يلتزم بها الموظف العام وفي مبحثين .

المبحث الأول : حقوق الموظف العام .

تأميناً لفاعلية الوظيفة العامة ولتوفير الاطمئنان للموظف العام فقد حدد المشرع جملة من الحقوق التي يجب أن يتمتع بها الموظف منها ما هو ذي طبيعة مالية ومنها ما هو ذي طبيعة أدبية ، نتناولها تباعاً - المرتب وملحقاته .

- الترقية

- الإجازات .

أولاً : المرتب وملحقاته .

يقصد بالمرتب المبلغ المالي الذي يتقاضاه الموظف شهرياً نظير القيام بمهام وظيفته ، ويحضر ويدخل ضمن معنى المرتب كافة المزايا المالية الأخرى الملحقه به كالمرتب الإضافي وبديل السفر والإقامة وعلاوة السكن والعلاوات الأخرى .

ويعد حق الموظف في تقاضي المرتب أهم حقوق الموظف لأنه السبب الرئيس في التحاقه بالوظيفة غالباً ، ولأهميته تلك فقد أضفى عليه المشرع حماية خاصة ، فمن جهة تختص دوائر القضاء الإداري دون غيرها في نظر المنازعات المتعلقة بالمرتبات التي يتقاضاه الموظفون .

وتقسم العلاوات إلى نوعين :-

١. العلاوات الدورية :- وتمنح للموظف سنوياً اعتباراً من أول الشهر التالي لانقضاء سنة من تاريخ التعيين أو منح العلاوة السنوية السابقة .

ويستحق الموظف العلاوة السنوية بصفة اعتيادية ولو تمت ترقية الموظف إلى درجة أخرى ' إلا أن المشرع اشترط أن يؤدي الموظف خدمته بصورة مرضية .

٢. العلاوة التشجيعية : أجاز المشرع منح الموظف مكافأة تشجيعاً على بذل أقصى قدر ممكن من الجهد في العمل تعادل العلاوة الدورية المقررة له و لا يؤثر منح هذه العلاوة على منح العلاوة الدورية في موعدها السنوي .

ثانياً : الترقية .

يقصد بالترقية كل ما يطرأ على الموظف من تغيير في مركزه القانوني يكون من شأنه تقديمه وتميزه عن أقرانه .

والترقية تحقق للموظف مزايا مادية ومعنوية فهي تفسح المجال للموظف في الوصول إلى المناصب العليا فيحقق بذلك طموحه في الحصول على درجة مالية أكبر واختصاصات أكثر أهمية .

ثالثاً : الإجازات .

كل موظف لابد له من الراحة من عناء العمل لتجديد نشاطه ، كما أن ظروفه الصحية والاجتماعية قد تضطره لطلب الإجازة .

كما أن المصلحة العامة تقتضي في كثير من الأحيان منح الموظف فترة من الراحة ليعود بعدها نشيطاً وكفوءاً لممارسة عمله .

١. الإجازة السنوية .

وهي الإجازة التي تتقرر سنوياً من أجل الراحة من عناء العمل ولتجديد نشاط الموظف مما ينعكس على كفاءته في تأدية وظيفته .

٢. الإجازات الطارئة .

الإجازات الطارئة أو العارضة كما تسمى أحياناً هي تلك التي ينقطع فيها الموظف عن عمله لأسباب تملئها عليه الضرورات ، ويجب أن يستأذن الموظف رؤسائه للترخيص له بالغياب .

٣. الإجازة المرضية .

من المهم الحفاظ على صحة الموظف العام ليتمكن من القيام بمهامه الوظيفية على أكمل وجه ، وعلى ذلك كان من الواجب على المشرع أن يوفر العناية الأزمّة للموظف من خلال منحه إجازة إذا لحق به مرض يحول دون قيامه بعمله على الوجه المطلوب .

المبحث الثاني - واجبات الموظف العام

في مقابل الحقوق التي يتمتع بها الموظف العام يجب أن يؤدي مهام معينة ضماناً لحسن سير الوظيفة العامة ، وقد تعرض المشرع لواجبات الموظفين. ولابد من الإشارة إلى أن هذه الواجبات ليست محددة على سبيل الحصر ، وإنما هي واجبات عامة ناتجة عن طبيعة الوظيفة العامة ، وقد نص المشرع على الأساسية منها والتي سنبينها تباعاً :

- أداء العمل .
- طاعة الرؤساء .
- احترام القوانين واللوائح .
- عدم إفشاء أسرار الوظيفة .
- المحافظة على شرف وكرامة الوظيفة .
- عدم جواز الجمع بين الوظيفة وأي عمل آخر .
- عدم ممارسة الأعمال السياسية والمناهضة للدولة .

أولاً : أداء العمل .

الواجب الأول والجوهرى الذي يلتزم به الموظف هو أن يؤدي العمل بنفسه وفي الوقت والمكان المخصصين لذلك ، وهذا الواجب من النظام العام لا يجوز للموظف أن يتنازل عنه أو ينيب غيره فيه لتعلقه بقواعد الاختصاص المحددة قانوناً . ()

ويتفرع من هذا الواجب أن يقوم الموظف بالعمل بدقة وأمانة ، وأن يبذل غاية جهده فيه تحقيقاً للمصلحة العامة .

ويلزم أن يكون عمل الموظف خلال ساعات العمل منتجاً فلا يعنى هذا الواجب أن يتواجد الموظف بمقر وظيفته دون أن يؤدي عملاً ، كما يجوز أن يكلف الموظف بعمل في غير الأوقات الرسمية المحددة سلفاً إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك وله أن يحصل على أجر إضافي مقابل ذلك .

ثانياً : طاعة الرؤساء .

ويمثل واجب إطاعة الرؤوس لرؤسائه أحد الواجبات الهامة التي تقع على عاتق الموظف العام ويتوقف نجاح التنظيم الإداري على كيفية تلقي الأوامر وكيفية تنفيذها .

والطاعة الرأسيّة مناطها السلم الإداري أو التدرج الرأسي الذي يقوم على أساس خضوع كل طبقة من الموظفين لما يعلوها من طبقات . ()

وتتضمن سلطة الرئيس على مرؤوسيه مجموعة من الاختصاصات بعضها يتعلق بشخص المرؤوس والآخر يتعلق بأعماله . ()

تتضمن سلطة الرئيس على أشخاص مرؤوسيه الكثير من الاختصاصات منها ما يتعلق بالحق في التعيين والاختيار وحق الرئيس في تخصيص مرؤوسيه لأعمال معينة أو نقلهم وترقيتهم وإيقاع العقوبات التأديبية عليهم .

أما سلطة على أعمال مرؤوسيه فتتضمن حقه في توجيه مرؤوسيه عن طريق إصدار الأوامر والتوجيهات إليهم قبل ممارسة أعمالهم وسلطة مراقبة تنفيذهم لهذه الأعمال والتعقيب عليها ، فيملك الرئيس سلطة إصدار الأوامر والتعليمات الملزمة للمرؤوسين . ()

وطاعة الموظف أمر مفروض تمليه طبيعة الوظيفة العامة وضرورة استمرارها إلا أن هذه الطاعة يجب أن تكون مقصورة على ما يتعلق بالعمل وحده ولا تمتد إلى خارجه كالحياة الخاصة للموظف إلا إذا كانت الحياة الخاصة تؤثر على أداء الموظف لعمله .

ويجب أن يكون الأمر صادراً للموظف عن رؤسائه المباشرين في نفس الوزارة أو المصلحة أو الإدارة () . وللموظف أن يتجاهل الأمر الصادر إليه من موظف آخر أعلى منه درجة لكن لا تربطه به أي صلة رئاسية مباشرة أو غير مباشرة . ()

إلا أن هذه الأوامر يجب أن تكون مشروعه حتى تكون محلاً للطاعة فإذا كانت غير مشروعه فالأصل أن الموظف غير ملزم بتنفيذها إلا إذا نبه رئيسه كتابه إلى أن ما أصدره إليه من أوامر تتعارض مع مبدأ المشروعية ، فإذا أصر الرئيس على موقفه كتابته وطلب تنفيذ أوامره ، ففي هذه الحالة يكون واجباً على الموظف التقيد بهذه التعليمات ويتحمل الرئيس المسؤولية الناتجة عن تنفيذ هذه الأوامر .
بينما نجد أن المشرع الفرنسي في قانون التوظيف الفرنسي رقم ٦٣٤ الصادر في ١٣ يوليو ١٩٨٣ أكد ضرورة الامتثال لجميع التعليمات الصادرة من الرئيس الإداري إلى موظفيه ، حتى لو كانت هذه الأوامر غير مشروعه إلا إذا كان من شأنها أن تهدد المصلحة العامة تهديداً جسيماً . () وهذا ما أكدته مجلس الدولة الفرنسي في العديد من أحكامه . ()

وفي جميع الأحوال ليس للرئيس أن يكلف أحد مرؤوسيه بارتكاب جريمة وليس للمرؤوس أن يطيع الأمر الموجه إليه إذا كان يعلم أنه ينطوي على ارتكاب جريمة وليس له أن يدفع بجهله للقانون بهذا الشأن ، فمن حق الرئيس بل من واجبه الامتناع عن تنفيذ الأوامر التي تشكل جريمة يعاقب عليها القانون ، وإلا تعرض للمسؤولية الجنائية فضلاً عن مسؤوليته التأديبية .
ويتفرع من واجب الطاعة التزام آخر هو احترام الموظف رؤسائه وتمسكه بأداب اللياقة في مخاطبتهم ، وهذا الالتزام يحد من حرية تعبير المرؤوس عن مشاعره وأفكاره . ()
فالموظف يجب أن يتقيد بالحدود اللازمة للمحافظة على كرامة رؤسائه وحرمة الوظيفة عندما يجد نفسه مجبراً على ابداء آرائه ومقترحاته بشأن مسألة معينة . تقول الأستاذة (كاترين) catherine في هذا الشأن " أن الطاعة فضيلة أخلاقية ، عندما يتعلق الأمر بطلب توضيحات شخصيه ، فيجب أحياناً التنازل عن آراء وقيم متمسك بها والتدريب على السيطرة على الإرادة وهذا يتم أحياناً بالقسوة " . ()

ثالثاً : احترام القوانين واللوائح :

يلتزم الموظف بواجب احترام القانون بمعناه الواسع فيشمل ذلك احترام الدستور واللوائح والتعليمات والأوامر الرأسية .
أما فيما يتعلق بالمحظورات على الموظف العام فإنه يحظر على الموظف بالذات أو بالواسطة أن يقوم بأي عمل من الأعمال المحظورة أو المحرمة بمقتضى القوانين أو اللوائح أو الأنظمة المعمول بها .
وفي حالة مخالفة الموظف هذا الواجب فإنه يعرض نفسه للمسؤولية التأديبية والجنائية إذا ما توافرت شروطها .

رابعاً : عدم إفشاء أسرار الوظيفة .

يطلع الموظف بحكم وظيفته على أمور وأسرار يتعلق بعضها بمسائل تمس المصلحة العامة للدولة كالأسرار العسكرية والاقتصادية والسياسية وبعضها يتعلق بمصلحة الأفراد وحياتهم الخاصة .
وفي الحالتين يلتزم الموظف بعدم إفشاء هذه الأسرار ويبقى هذا الالتزام سارياً حتى بعد انتهاء خدمة الموظف العام .

ويزول هذا الواجب إذا فقد الموضوع سرية أو صار معروفاً بطبيعته ، أو لإلغاء الأمر الذي فرض هذه السرية () . أو سمحت السلطات المختصة بإفشاء السر أو أذن صاحب السر بإفشائه أو إذا كان من شأن إذاعة السر منع ارتكاب جريمة . ()

ويترتب على مخالفة الموظف لهذا الواجب تعرضه للمسؤولية التأديبية والمسؤولية الجنائية إذا يشكل إفشاء أسرار الوظيفة جريمة بنص قانون العقوبات العراقي .

خامساً : المحافظة على شرف وكرامة الوظيفة .

حرصت التشريعات على عدم قصر مسؤولية الموظف على الإخلال بواجباته في داخل نطاق الوظيفة ، إنما أخذت تتدخل في سلوكه وتصرفاته في الحياة الخاصة والعامة لتمنع كل ما يخل بشرف وكرامة الوظيفة العامة .

وغاية المشرع من هذه المحظورات أن يبعد الموظف عن مواطن الشبهات والريبة وهي محظورات وردت على سبيل المثال لا الحصر .

سادساً : عدم جواز الجمع بين الوظيفة وأي عمل آخر .

حفاظاً على نشاط الموظف وأداء عمله بدقه وكفائه حظر المشرع في قانون الخدمة المدنية الجمع بين الوظيفة وأي عمل الا في الأحوال التي يجوز فيها لذوى المؤهلات المهنية والعلمية مزاولة هذه المهن في غير أوقات العمل الرسمي.

الفصل الرابع - تأديب الموظف العام

إذا اخل الموظف العام بواجب من واجبات الوظيفة ، لابد أن يعاقب أو يجازى تأديبياً .

المبحث الأول - مفهوم الجريمة التأديبية

في العادة لا يضع المشرع تعريفاً محدداً للجريمة التأديبية () كما هو الشأن في الجريمة الجنائية ويكتفي غالباً بإيراد الوجبات والمحظورات وينص على أن كل موظف يجب أن يلتزم بهذه الواجبات ويمتنع عن كل ما يخل بها .

ولعل خشية المشرع في إضفاء وصف الجريمة على المخالفات التأديبية يعود إلى التشابه الذي قد يحصل بينها وبين الجريمة في المجال الجنائي :

لكن الفقه من جانبه قد سد النقص في هذا المجال فقد عرف الدكتور مغاوري محمد شاهين الجريمة التأديبية بأنها إخلال بواجب وظيفي أو الخروج على مقتضاها بما ينعكس عليها . ()

وعرفها الأستاذ الطماوي تعريفاً مقارباً فقال : " انها كل فعل أو امتناع يرتكبه العامل ويجافى واجبات منصبه " () ، كما عرفها الأستاذ محمد مختار محمد عثمان بأنها كل فعل أو امتناع عن فعل مخالف لقاعدة قانونية أو لمقتضى الواجب يصدر من العامل اثناء اداء الوظيفة أو خارجها مما ينعكس عليها بغير عذر مقبول . ()

ومن الملاحظ ان هذه التعاريف قد جاءت خالية من الإشارة الى دور الارادة بوصفها ركن من اركان الجريمة التأديبية لا يمكن ان تقوم الجريمة بدونه وان هذا الاتجاه لو اصبحت اتجاها عاماً فإنه سيؤدي الى مساواة حسن النية من الموظفين بسوء النية ولاشك ان ذلك يقود الى التطبيق العشوائي للمساءلة التأديبية مما يترك اثراً سلبياً على العمل في المرفق .

ويمكننا تعريف الجريمة التأديبية بأنها كل فعل أو امتناع إرادي يصدر عن الموظف من شانة الإخلال بواجب من واجبات الوظيفة التي ينص عليها القانون فهذا التعريف يجمع بين جنباته أركان الجريمة التأديبية كافة من ركن مادي ومعنوي وشرعي وركن الصفة .

أولاً: الخطأ أو الآثم التأديبي :

الخطأ التأديبي لا يخضع لقاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص كما هو الشأن في الجريمة الجنائية فالموظف عليه أن يتجنب الواقع في كل ما يعتبر أخلاً لا منه بواجب من الواجبات الوظيفية سواء كان هذا الإخلال بفعل ايجابي أو كان بفعل سلبي ويكون هذا الخطأ مستوجبا لقيام المسؤولية الإدارية سواء نتج عنه ضرر أم لا .

فبالضرر يكون مفترضاً لكونه اثر للإخلال بواجبات الوظيفة باعتباره إخلالاً بالصالح العام . () أما تقدير ما إذا كان فعل الموظف يشكل خطأ تأديبياً أم لا فالأمر لا يخرج عن معيارين استند إليهما الفقه في قياس سلوك الموظف المنحرف .

فبالخطأ قد يقاس بمعيار شخصي ومضمونة أن ينظر إلى سلوك الموظف المخطئ ويوزن في ظروف معينة فيعتبر مخطئاً إذا كان سلوكه دون المعتاد منه في مثل تلك الظروف () ولاشك أن هذا المعيار منتقد فهو يجعل الموظف النشيط الدائب في العمل يؤخذ على اهمالته اليسير غير المعتاد منه أما الموظف المهمل فلا يسأل عن إخلاله بواجبه ما دام إهماله معتاد وهذه نتيجة غريبة لا يمكن معها الاعتماد على هذا المعيار في قياس الموظف أما المعيار الآخر وهو المعيار الموضوعي فينظر فيه إلى الفعل الذي ارتكبه الموظف ويقاس وفق المألوف من سلوك الموظف المعتاد ، في ذات فئة الموظف الذي يراد قياس سلوكه فيعتبر الموظف مخطئاً إذا خرج عن هذا المألوف وهذا المعيار هو السائد العمل فيه فقها وقضاء () ، فالمعيار الموضوعي معيار واقعي يراعى في التطبيق الظروف التي صدر فيها التصرف من ناحية الموظف الذي قام بالفعل من حيث سن الموظف وحالته الصحية وجنسه ومن ناحية الزمان والمكان والبيئة وافترض أن الموظف المعتاد أحاطت به نفس الظروف التي أحاطت الموظف الذي ينسب الخطأ إليه ويوزن التصرف في هذا الأساس فإذا كان تصرف الموظف المعتاد مشابهاً لتصرف الموظف المخطئ فلا مسؤولية على الأخير

أما لو حصل العكس فإن الموظف يعتبر مرتكباً لخطأ يستوجب المسائلة التأديبية ، فالمعيار الموضوعي لم يعد معيار موضوعيا خالصا فهو موضوعي في الأساس إلا انه شخصي عندما يقيس ظروف الموظف المخطئ الذي يتعين الاعتماد عليه وهذا المعيار هو الأقدر على تقرير متى يعتبر الموظف مخالفا لواجباته الوظيفية ومتى يمكن مساءلته تأديبيا .

ثانيا : التمييز بين الجريمة التأديبية والجريمة الجنائية :

تختلف الجريمة التأديبية عن الجريمة في المجال الجنائي من حيث الطبيعة والأركان . () ويمكن أن نوجز ما تتميز به الجريمة التأديبية عن الجريمة في النظام الجنائي بما يلي :

١. من حيث الأشخاص :

يشترط لوقوع الجريمة التأديبية أن يكون الفعل المعاقب عليه قد ارتكبه موظف مرتبط بالإدارة برابطه وظيفية . ()

وهذا مادعى الفقه إلى القول بأن نظام التأديب نظام " طائفي " أي انه يتعلق بطائفة في المجتمع على عكس النظام العقابي الذي يتصف بالعمومية والشمول . ()

٢. من حيث الأفعال المكونة للجريمة :

أن الجرائم التأديبية ليست محددة على سبيل الحصر لذلك فهي لا تخضع لمبدأ " لا جريمة و عقوبة إلا بنص " وإنما مددها الإخلال بكرامة الوظيفة و الخروج على مقتضيات الواجب وتقرير قيام الجريمة من عدمه خاضع لتقرير الإدارة . ()

أما الجريمة في المجال الجنائي فحدده على سبيل الحصر .

٣. من حيث الهدف :

يهدف النظام التأديبي الى حسن أداء الموظفين لأعمالهم وضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد . أما في النظام الجنائي فالأمر يتعلق بحماية المجتمع كله وضمان استقراره وأمنه .

٤. من حيث المسؤولية :

تستقل الجريمة التأديبية عن الجريمة الجنائية من حيث المسؤولية ، فإن إعفاء الموظف من المسؤولية الجنائية وإلغاء التهمة الجنائية المنسوبة إليه لا يمنع من مساءلته تأديبيا () ، فالمخالفة التأديبية أساسا قائمة على ذاتها مستقلة عن التهمة الجنائية ، قوامها مخالفة الموظف العام لواجبات وظيفته ومقتضياتها ، وهذا الاستقلال قائم حتى ولو كان هناك ارتباط بين الجريمتين ، فالموظف قد يسأل تأديبيا لمخالفته النصوص التشريعية أو العرف الإداري ومقتضيات الوظيفة العامة ، في حين أن الجريمة الجنائية لا تقوم إلا إذ خالف الفاعل نصا تشريعا .

٥. من حيث نوع العقاب المفروض :-

أن العقاب التأديبي يتعلق بالمساس بمركز الموظف ومتعلقاته ، ويكون بإيقاع مجموعة من الجزاءات محددة على سبيل الحصر ، وأثارها محددة سلفا أما في النظام الجنائي فإن العقاب يتعلق بالمساس بحرية الشخص أو حياته أو ماله ، وللمقاضي الحرية في تقدير العقوبة وفق الواقعة المنظورة في الحدود المسموح بها قانونا .

٦. من حيث الإجراءات :

تتميز الجريمة التأديبية في الجريمة في المجال الجنائي ، من حيث الإجراءات الواجب اتباعها منذ ارتكاب الموظف للجريمة ومساءلته عنها وحتى إيقاع الجزاء عليه ، وهذه الإجراءات تنظمها قوانين خاصة بالوظيفة العامة والموظفين .

أما الجريمة في المجال الجنائي فلها أصولها الخاصة التي تنظمها القوانين العامة كقانون الإجراءات الجنائية وقانون المرافعات المدنية . ()

غلا أن الاختلافات السابقة لا تنفي وجود نوع الترابط والصلة بين الجريمتين التأديبية والجنائية ، فالجريمتان عبارة عن سلوك شاذ يعاقب عليه القانون ويجب تجنبه تحقيقا للمصلحة العامة ، ومن يرتكبه بعرض نفسه للمساءلة والعقاب المناسب .

كما أن هذا السلوك المنسوب إلى الموظف قد يشكل جريمتين تأديبية وأخرى جنائية ، ولكن المسائلة التأديبية لا تنقيد بالمحاكمة الجنائية إلا فيما يتعلق بوقوع الفعل المكون للجريمة من الموظف

أو عدم وقوعه ، وفضلاً عن ذلك قد تعتبر بعض الع عقوبات التأديبية بمثابة عقوبة تكميلية للعقوبات في المجال الجنائي .

المبحث الثاني - أركان الجريمة التأديبية

اختلف الفقهاء في تحديد أركان الجريمة التأديبية بصورة عامة ولهم في ذلك مذاهب كثيرة فكان لكل فقيه رأيه الخاص .

فذهب الأستاذ الطماوي إلى أن الجريمة التأديبية تقوم على عنصرين هما الموظف والخطأ أو الذنب الإداري . ()

وذهب الأستاذ ماجد راغب الحلو إلى أن الجريمة التأديبية تقوم على ركنين هما الركن المادي والركن المعنوي . ()

بينما ذهب الأستاذ عبد الفتاح حسن إلى أن الجريمة التأديبية تقوم على ثلاثة أركان أو عناصر العنصر المادي والعنصر المعنوي ونصر الصفة . ()

والراجع أن أركان الجريمة التأديبية هي نفس الأركان في أي جريمة أخرى هي الركن الشرعي والركن المادي والركن المعنوي وللطبيعة الخاصة التي تتميز بها الجريمة التأديبية يكون الركن الرابع فيها ركن الصفة .

أولاً: الركن المادي :

يتعلق هذا الركن بماديات الجريمة ومظهرها الخارجي ة لا خلاف في عدم قيام أي جريمة أو تأديبية دون توافر هذا الركن .

سواء كان تمثل بمسلك إيجابي ، كما لو كان بشكل ارتداء على رئيس في العمل ظن أو بمسلك سلبي كالامتناع عن تنفيذ أمر رئاسي واجب الطاعة .

ولكي يكون فعل الموظف مسوغاً للمساءلة التأديبية يجب أن يكون محدداً وثابتاً فلا قيام للركن المادي استناداً للظن أو الشائعات ، لذلك فإن تهامات العامة أو النعوت المرسلّة لا يمكن تعتبر مكونة لهذا الركن . ()

كما أن مجرد التفكير دون ان يتخذها هذا التفكير مظهراً خارجياً ملموساً لا يشكل مخالفة تنجيز المساءلة التأديبية . ()

كما أن الأعمال التحضيرية التي تتمثل في إعداد وسائل تنفيذ الجريمة ، ولا يعاقب عليها إلا إنها قد تعتبر في حد ذاته جريمة تأديبية مستقلة . ()

ثانياً: الركن المعنوي :

الركن المعنوي هو الإرادة الآثمة للموظف الذي يرتكب الفعل أو الترك الذي يشكل إخلالاً بواجبات الوظيفة ومقتضياتها ، ولا يكفي للمساءلة التأديبية أن يرتكب الموظف ما يعتبر منه مخالفة لواجب وظيفي ، وإنما يجب أن يتوافر عنصر نفسي واع يتجه إلى ارتكاب الفعل أو الامتناع وهذا العنصر هو الإرادة الآثمة أو الركن المعنوي .

والركن المعنوي في الجريمة التأديبية يختلف في الجريمة العمدية عنه في جريمة الخطأ ففي الجريمة العمدية لا يكفي أن يحيط الموظف علماً بالفعل الذي يرتكبه وإنما يجب أن يقصر تحقيق النتيجة المترتبة على تصرفه .

أما في الجريمة غير العمدية أو جريمة الخطأ فيتمثل الركن المعنوي في تقصير الموظف وعدم اتخاذه الحيطة والحذر اللازمين لداء واجباته الوظيفية ، ويكون بانصراف إرادة الموظف إلى ارتكاب العمل دون الرغبة في النتيجة المترتبة عليه .

ولابد لارتكاب الجريمة سواء كانت جنائية أو تأديبية من توافر الركن المعنوي فإذا تخلفت بأن انعدمت إرادة الموظف لقوة قاهرة أو مرض أو إكراه أو أمر رئاسي مكتوب فلا قيام للجريمة .

غير أن البعض ذهب إلى ضرورة توافر الركن المعنوي في المجال التأديبي في بعض الجرائم التأديبية المقننة ، وفي مجال الأخطاء التي حددها المشرع وجرمها بنصوص خاصة .

إلا انه في جرائم أخرى لم يصنعها المشرع على سبيل الحصر ، فالإرادة الآثمة لا تعنى أكثر من أن الموظف قد ارتكب الفعل أو الامتناع دون عذر شرعي . ()

إلا أن الرأي الصائب هو أن المساءلة التأديبية تتطلب فين يحاسب غدراكاً ووعياً لما يقتضيه لذلك قيل بأن يلزم لقيام الجريمة التأديبية أن يكون الفعل راجعاً إلى إرادة العامل إيجاباً أو سلباً . ()

ثالثاً: الركن الشرعي :

يتعلق الركن الشرعي بخضوع الفعل للجرائم وتعلق صفة عدم المشروعية به ، ولابد من القول بأن الأفعال المكونة للذنب التأديبي ليست محددة على سبيل الحصر ، وإنما مردها الإخلال بواجبات الوظيفة ومقتضايتها لا غير ، وهذا ما دعا البعض إلى القول بأن الجريمة التأديبية لا تخضع لمبدأ شرعية الجرائم ولا يتوافر فيها الركن الشرعي . ()

إلا أن الملاحظ أن شرعية الجرائم التأديبية هي غيرها بالقياس لشرعية الجرائم في المجال الجنائي حيث الخضوع لمبدأ " جريمة ولا عقوبة إلا بنص " .

فالمبدأ في الجرائم التأديبية أن الموظف يعاقب إذا ما خالف القواعد والواجبات الوظيفية المنصوص عليها في القوانين والأنظمة والتعليمات . ()

ولا يعني ذلك عدم خضوعها لمبدأ المشروعية ، فالمشروعية في مجال الجرائم التأديبية لا تقتصر على النصوص القانونية وإنما تلعب فيها أحكام القضاء الإداري دوراً كبيراً يفوق دور النصوص القانونية . فالنصوص القانونية التي تحدد الواجبات الوظيفية وتعاقب عند الإخلال بها وأحكام القضاء التي تمارس رقابتها على تطبيق هذه النصوص كصفة لتقرير مبدأ شرعية الجرائم التأديبية .

وفي ذلك نقول محكمة القضاء الإداري المصرية : " أن الجزاء التأديبي - كأى قرار إداري - يجب أن يقوم على سبب يبرره ن والسبب في الجزاء التأديبي هو الجريمة التأديبية التي تدفع الرئيس الإداري إلى التدخل بسلطته العامة ليحدث في حق الموظف مركزاً قانونياً معيناً هو العقوبة التي يقوقعها عليه ابتغاء

مصلحة عامة هي حسن سير العمل ، وقد يكون مشار النزاع من هذه الناحية - ناحية السبب - هو التحقق من صحة قيام الأفعال المنسوبة إلى الموظف ، أو التكييف القانوني لهذه الأفعال على فرض حصولها ، وهل تكون الجريمة التأديبية طبقاً للقانون ، وليس من شك في أن سلطة الإدارة في هذه الناحية أو تلك ليست سلطة تقديرية ، بل هي سلطة محددة بحدود القانون مقيدة بقيوده . ()

وفي ذات الاتجاه قضت المحكمة العليا الليبية بقولها : " أن المشرع لم يعدد الجرائم التأديبية على سبيل الحصر كما فعل في الجرائم الجنائية حيث تخضع الأخيرة لمبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص ، وإنما ترك لسلطة التأديب حرية واسعة في تقديرها وهذه الحرية يجب أن يقابلها رقابة قضائية فعالة وواسعة ضماناً لجدية ركن السبب في القرار الإداري " . ()

رابعاً: ركن الصفة :

ركن الصفة أو الركن الشخصي هو الركن الرابع الذي لا يمكن قيام الجريمة التأديبية بدونه ، وهو شرط لازم في الجرائم التأديبية دون سواها في الجرائم جنائية كانت أم مدنية . فلا بد أن يقع الفعل المكون للجريمة من أحد العاملين المرتبطين بجهة الإدارة برابطة وظيفية . ()

ويثار في هذا المجال سؤال حول الأفعال التي تصدر من الموظف الفعلي أو الظاهر ، وهو شخص تدخل خلافاً للقانون في ممارسة اختصاصات وظيفة عامة متخذاً مظهر الموظف القانوني النختص ، فهل يجوز مساءلته تأديبياً في مثل هذه الحالة ؟ .

قبل الإجابة على هذا السؤال لابد من القول أن القاعدة كما بينا سابقاً أنه لا يجوز للأفراد العاديين أن يتولوا وظيفة علمية بصورة غير قانونية ، لأنهم بذلك يكونون مغتصبين لها وجميع تصرفاتهم تعد باطلية ، إلا في حالة الموظف الفعلي استثناءً حفاظاً على دوام سير المرافق العامة في ظروف الحروب واثلاثورات عندما يضطر الأفراد إلى إدارة المرفق بدون إذن من السلطة ، أو حفاظاً على الوضع الظاهر أمام الجمهور عندما يشغل الشخص وظيفة معينة بناءً على أمر بالتعيين لم يتخذ الشكل القانوني المطلوب لصدوره أو استمراره يشغل الوظيفة رغم انتهاء صفته كموظف عام ، أو في حالة سكوت الإدارة عن تجاوز الموظف اختصاصاته واستقرار العمل على ذلك .

ففي هذه الحالات اعترف القضاء والفقه ببعض الآثار القانونية للوظيفة الفعلية كمنح الموظف الفعلي راتباً مقابل إدائه لعمله إذا كان حسن النية .

أما حول إمكانية مساءلة الموظف الفعلي تأديبياً ، فقد ثار خلاف فقهي بهذا الشأن، فذهب جانب من الفقه إلى أن التزامات الموظف الفعلي أقل من التزامات الموظف الرسمي ، وأنه لا يخضع للجزاءات التأديبية لأن مسؤوليته عادية لا مسلكية ، فإذا صدر خطأ شخصي أو زاول العمل بالقوة والعنف والتهديد ، فإن المراجعة بشأن تصرفاته هي من اختصاص المحاكم العادية جنائي أو مدنية . ()
لذلك لا يمكن حسب هذا الرأي تصور مساءلة الموظف الفعلي تأديبياً ، أما الجانب الآخر من الفقه فذهب إلى أن نظرية الموظف الفعلي تضم قطاعين الأول هم الموظفون الفعليون في الأوقات الاستثنائية ، أي أوقات الحرب والازمات والتورات . وفي هذه الحالة يكون من تولى الوظيفة فرداً عادياً لا تجوز مساءلته تأديبياً عن أعماله اثناء شغله للوظيفة .

أما القطاع الثاني فهم الموظفون الفعليون الذين يمارسون اختصاصاً معيناً في الظروف العادية ، بسبب بطلان التعيين أو انقطاع الصلة بالوظيفة أو حالة الاستمرار غير المشروع في العمل أو سكون الإدارة عن اختصاص الموظف الظاهر . فهؤلاء يخضعون لأحكام التأديب وما يقع منهم من أخطاء في ممارسة الوظيفة بشكل جريمه تأديبيه . ()

ونرى ان هذا الرأي هو الاصولي ذلك ان نظام التأديب لا يسري الا على الافراد المرتبطين مع الاداره برابطه وظيفيه والموظف الفعلي لا يكون مرتبطاً بهذه العلاقه في ظل الظروف الاستثنائية .
وقد أيد القضاء الإداري هذا الرأي فقالت المحكمة الإدارية العليا " أن مناهج مسؤولية الموظف الإخلال بالواجبات العامة ، وتحقيق هذه المخالفات ولا اثر لكون الموظف الذي وقع منه الإخلال مستوفياً شروط الوظيفة أم لا ، مادام قائماً بعمله فعلاً كأصيل أو منتدب . إذ أن الأمانة مطلوبة منه في عمل يؤديه يقطع النظر عن ظروف إسناد العمل إليه ، ولا يبيح الإخلال بهذا ، أو يمحو عن الإخلال بالمسؤولية المترتبة عليه ، عدم إحالته في العمل الذي أنيطت به اختصاصاته ، كما أن تطوع الموظف للقيام بعمل موظف آخر لا يعفيه من المسؤولية عن أخطائه " . ()

الباب الخامس - القرار الإداري

موضوع القرار الإداري من أكثر المواضيع أهمية وحيوية في القانون الإداري ، فهو الأسلوب الأكثر شيوعاً في أعمال الإدارة ، ولا نظير له في مجال القانون الخاص ، فمن شأنه أحداث آثار قانونية على عاتق المخاطبين به دون أن يتوقف ذلك على قبولهم .

وفي هذا الجزء من الدراسة نجد أنه من المناسب تمييز بين القرار الإداري وأعمال الدولة الأخرى ، ونبين أركانها أو عناصره وأنواعه والشروط اللازم توافرها في القرار الإداري ليكون صحيحاً وسليماً من الناحية القانونية وأخيراً نبين في نهاية القرارات الإدارية .
وفي هذا السبيل سنقسم هذا الباب إلى :

الفصل الأول : تمييز القرار الإداري عن أعمال الدولة الأخرى .

الفصل الثاني : مفهوم وعناصر القرار الإداري .

الفصل الثالث : تصنيف القرارات الإدارية .

الفصل الرابع : النظام القانوني للقرارات الإدارية .

الفصل الخامس : نهاية القرارات الإدارية .

الفصل الأول - تمييز القرار الإداري عن أعمال الدولة الأخرى

تمارس الدولة وفقاً لمبدأ الفصل بين السلطات ثلاث مهام أو وظائف هي الوظيفة التشريعية والوظيفة القضائية والوظيفة التنفيذية ، فالوظيفة التشريعية تتضمن مهمة وضع القواعد السلوكية العامة والمجردة وتختص بممارستها السلطة التشريعية ، أما الوظيفة القضائية فتتضمن الفصل في المنازعات وتختص بها السلطة القضائية .

أما الوظيفة لتنفيذية فتختص بها السلطة التنفيذية التي تمارس أعمالاً مختلفة منها الأعمال المادية كبناء المنشآت العامة وتعبيد الطرق أو بناء الجسور ، كما تصدر أعمالاً قانونية وهذه الأخيرة منها ما يصدر بإرادتها المنفردة دون مشاركة الأفراد وهذه القرارات الإدارية ، ومنها الأعمال القانونية التعاقدية التي تصدر باتفاق أرائتين .

ومن ثم فإن تمييز القرار الإداري ليس بالأمر السهل ، فالفصل بين السلطات لا يعني الفصل التام إذ تقتصر كل هيئة على ممارسة وظيفة خاصة ، إنما تمارس بعض الأعمال الداخلة أصلاً في نشاط الهيئات الأخرى . ()

فالسطة التشريعية تمارس عملاً إدارياً عندما تصدر الميزانية والسلطة التنفيذية قد تفصل في خصومة عن طريق المجالس الإدارية ذات الاختصاص القضائي ، بينما يمارس القضاء بعض الاختصاصات الإدارية المتعلقة بموظفي الهيئات القضائية فضلاً عن وظيفته الأصلية في الفصل في المنازعات .

لذلك كان من الواجب تمييز القرار الإداري عن أعمال السلطة التشريعية والسلطة القضائية ، ثم نبحت في تمييز القرار الإداري عن العمل المادي .

المبحث الأول - القرارات الإدارية والأعمال التشريعية

القرارات الإدارية تقبل الطعن بالإلغاء أمام القضاء الإداري وعلى العكس من ذلك فإن القوانين لا يمكن الطعن فيها إلا بالطريق الدستوري المقرر . ()

ويتردد الفقه الحديث بين معيارين لتحديد صفة العمل التشريعية أم إدارية :

أولاً : المعيار الشكلي :

وفقاً للمعيار الشكلي أو العضوي يتم الرجوع إلى الهيئة التي أصدرت العمل أو الإجراءات التي اتبعت في إصداره دون النظر إلى موضوعه فإذا كان العمل صادراً من السلطة التشريعية فهو عمل تشريعي ، أما إذا كان صادراً من إحدى الهيئات الإدارية بوصفها فرعاً من فروع السلطة التنفيذية فهو عمل إداري . ومن ثم يمكن تعريف العمل الإداري وفق هذا المعيار بأنه كل عمل صادر من فرد أو هيئة تابعة للإدارة أثناء أداء وظيفتها .

فهذا المعيار يقف عند صفة القائم بالعمل دون أن يتعدى ذلك إلى طبيعة العمل ذاته ، وهو معيار سهل التطبيق لو التزمت كل سلطة بممارسة نشاطها وأخذت بمبدأ الفصل التام بين السلطات ، إلا أن طبيعة العمل تقتضي في أحيان كثيرة وجد نوع من التداخل والتعاون بين السلطات مما دعى بالفقه إلى البحث عن معيار آخر للتمييز بين القرارات الإدارية والأعمال التشريعية .

ثانياً : المعيار الموضوعي :

يعتمد المعيار الموضوعي على طبيعة العمل وموضوعه بصرف النظر عن الجهة التي أصدرته أو الإجراءات التي اتبعت في إصداره فإذا تمثل العمل في قاعدة عامة مجردة فأنشأ مركزاً قانونياً عاماً اعتبر عملاً تشريعياً أما إذا تجسد في قرار فردي يخص فرداً أو أفراداً معينين بذواتهم فأنشأ مركزاً قانونياً خاصاً اعتبر عملاً إدارياً . ()

وينقد أنصار هذا الاتجاه المعيار الشكلي لأنه يقف عند الشكليات وعدم الاهتمام بطبيعة العمل وجوهره ، ويأتي في مقدمة أنصار الاتجاه الموضوعي الفقيه دوجي وبونار وجيز .

ويؤمن هؤلاء الفقهاء بأن القانون يقوم على فكرتين أساسيتين هما فكرتا المراكز القانونية والأعمال القانونية : ()

١. المراكز القانونية : وهي الحالة التي يوجد فيها الفرد أزاء القانون وتقسّم إلى قسمين :

أ- المراكز القانونية العامة أو الموضوعية : وهو كل مركز يكون محتواه واحد بالنسبة لطائفة معينة من الأفراد ، فترسم حدوده ومعالمه قواعد مجردة متماثلة لجميع من يشغلون هذا المركز ومثله مركز الموظف العام في القانون العام والرجل المتزوج في القانون الخاص .

ب- المراكز القانونية الشخصية أو الفردية : وهي المراكز التي يحدد محتواها بالنسبة لكل فرد على حده ، وهي بهذا تختلف من شخص إلى آخر ولا يمكن أن يحدد القانون مقدماً هذه المراكز لأنها تتميز بأنها خاصة وذاتية ومثله مركز الدائن أو المدين في القانون الخاص ومركز المتعاقد مع الإدارة في القانون العام .

٢. الأعمال القانونية : وتتماز بأنها متغيرة ومتطورة بحسب الحاجة ويتم هذا التغيير إما بإرادة المشرع أو بإرادة شاغلها ويقسم " دوجي " هذه الأعمال إلى ثلاثة أقسام :

أ- أعمال مشرعة : وهي كل عمل قانوني ينشئ أو يعدل أو يلغى مركزاً قانونياً عاماً أو موضوعياً من هذه الأعمال القوانين المشرعة واللوائح والأنظمة ، والتي تتضمن قواعد تنظيمية عامة وغير شخصية .

ب- أعمال شخصية أو ذاتية : وهي الأعمال القانونية التي تنشئ أو تتعلق بمراكز شخصية لا يمكن تعديلها إلا بإرادة أطرافه وأوضح مثال على هذه الأعمال العقود .

ج- أعمال شرطية : وهي الأعمال الصادرة بصدد فرد معين وتسند إليه مركزاً عاماً ، فهي تجسيد لقاعدة عامة على حالة أو واقعة فردية ، ومثاله في القانون العام قرار التعيين في وظيفة عامة ، فهذا القرار يعد عملاً شرطياً لأنه لا ينشئ للموظف مركزاً شخصياً ، لأن هذا المركز كان قائماً وسابقاً على قرار التعيين .

وبهذا المعنى فإن العمل التشريعي عند " دوجي " هو الذي يتضمن قاعدة عامة موضوعية " قوانين أو اللوائح " بغض النظر عن الهيئة أو الإجراءات المتبعة لإصداره ، في حين يعد إدارياً إذا اتم بطابع الفردية وهذا يصدق على القرارات والأعمال الفردية والأعمال الشرطية . ()

ويبدو أن المشرع والقضاء الفرنسيان يأخذان بالمعيار الشكلي فالأصل أن لا يقبل الطعن بالإلغاء ضد أعمال السلطة التشريعية سواء في القوانين أو القرارات الصادرة من البرلمان ، واعتمد المشرع على ذلك في الأمر الصادر في ١٩٤٥/٧/٣١ المنظم لمجلس الدولة ، إذ نص على أن محل الطعن بسبب تجاوز السلطة هو الأعمال الصادرة من السلطات الإدارية المختلفة .

إلا أن القضاء الفرنسي لجأ في بعض الحالات إلى الأخذ بالمعيار الموضوعي للتمييز بين الأعمال الإدارية والأعمال التشريعية قابلاً للطعن بالإلغاء في أعمال البرلمان المتعلقة بتسيير الهيئة التشريعية كاللوائح الداخلية للبرلمان والقرارات الصادرة بتعيين موظفيه ، لا سيما بعد صدور الأمر النظامي في ١٩٥٨/١١/١٧ الذي سمح لموظفي المجالس برفع المنازعات ذات الطابع الفردي إلى القضاء الإداري . ()

وهو الاتجاه الذي اعتمدته القضاء الإداري المصري فهو وأن اعتمد المعيار الشكلي قاعدة عامة في الكثير من أحكامه إلا أنه اعتبر في أحكام أخرى القرارات الصادرة من مجلس الشعب بإسقاط عضوية أحد أعضائه عملاً إدارياً يقبل الطعن فيه بالإلغاء . ()

المبحث الثاني - القرارات الإدارية والأعمال القضائية

يشترك القضاء مع الإدارة في سعيهما الحثيث نحو تطبيق القانون وتنفيذه على الحالات الفردية ، فهما ينقلان حكم القانون من العمومية والتجريد إلى الخصوصية والواقعية وذلك بتطبيقه على الحالات الفردية . ()

ويظهر التشابه بينهما أيضاً في أن الإدارة شأنها شأن القضاء تسهم في معظم الأحيان بوظيفة الفصل في المنازعات من خلال نظرها في تظلمات الأفراد وفي الحالات يكون القرار الإداري الصادر من الإدارة والحكم القضائي الصادر من السلطة القضائية أداة لتنفيذ القانون .

ومع هذا التقارب سعى الفقه والقضاء إلى إيجاد معيار للتمييز بين العمل القضائي والعمل الإداري لخطورة النتائج المترتبة على الخلط بينهما ، فالقرارات الإدارية يجوز بصورة عامة إلغاؤها وتعديلها وسحبها ، أما الأحكام القضائية فطرق الطعن فيها محددة تشريعياً على سبيل الحصر .

وبرزت في مجال التمييز بين القرارات الإدارية والأعمال القضائية نظريات عدة يمكن حصرها في ضمن معيارين :

أولاً : المعيار الشكلي .

يقوم هذا المعيار على أساس أن العمل الإداري هو ذلك العمل أو القرار الذي يصدر عن فرد أو هيئة تابعة لجهة الإدارة بصرف النظر عن مضمون وطبيعة العمل أو القرار ذاته ، بينما يعد العمل قضائياً إذا صدر عن جهة منحها القانون ولاية القضاء وفقاً لإجراءات معينة ، بصرف النظر عن مضمون وطبيعة العمل وهذا المعيار منتقد من حيث أنه ليس جل الأعمال القضائية أحكاماً ، بل أن منها ما يعد أعمالاً إدارية بطبيعتها ، ومن جانب آخر نجد أن المشرع كثيراً ما يخول الجهات الإدارية سلطة الفصل في بعض المنازعات فيكون لهذه الجهات اختصاص قضائي .

وعلى هذا الأساس فإن المعيار الشكلي لا يكفي لتمييز الأعمال الإدارية عن الأحكام القضائية .

ثانياً : المعيار الموضوعي :

المعيار الموضوعي أو المادي يقوم على أساس النظر في موضوع وطبيعة العمل نفسه دون اعتبار بالسلطة التي أصدرته ، واعتمد هذا المعيار عناصر عدة يتم من خلالها التوصل إلى طبيعة ومضمون العمل ، فيكون العمل قضائيا ، إذ تضمن على " أدعاء بمخالفة القانون ، وحل قانوني للمسألة المطروحة يصاغ في تقرير ، وقرار هو النتيجة الحتمية للتقرير الذي انتهى إليه القاضي " . ()

في حين يكون العمل إداريا إذا صدر من سلطة تتمتع باختصاص تقديرية وليس من سلطة تتمتع باختصاص مقيد كما في أحكام القضاء ، وأن يصدر بشكل تلقائي وليس بناء على طلب من الأفراد وأن يكون الغرض من العمل إشباع حاجات عامة .

ولا شك أن هذه العناصر لا تكفي لتمييز الأعمال الإدارية عن أعمال القضاء ، لأن الكثير من قرارات الإدارة إنما يصدر عن اختصاص مقيد ، وكثيرا منها لا يصدر إلا بطلب من الأفراد .

والإدارة عندما تفصل في المنازعات باعتبارها جهة ذات اختصاص قضائي إنما يقترب نشاطها من نشاط القضاء ويهدف إلى حماية النظام القانوني للدولة .

إزاء ذلك نشأ معيار مختلط يقوم على أساس المزج بين المعيارين الشكلي والموضوعي إذ ينظر إلى طبيعة العمل من ناحية ، والشكل الذي يظهر فيه العمل والإجراءات المتبعة لصدوره من ناحية أخرى .

والمتتبع لأحكام مجلس الدولة في فرنسا يجد أنه يأخذ في الغالب بالمعيار الشكلي لتمييز العمل القضائي عن القرار الإداري إلا أنه يتجه في بعض الأحيان إلى المعيار الموضوعي فهو يمزج بين المعيارين الشكلي والموضوعي لأن العمل القضائي الذي لا يعد قرارا إداريا ولا يخضع للطعن أمام القضاء الإداري لا يشمل حتما كل ما يصدر عن الجهة القضائية . ()

، يبدو أن القضاء الإداري المصري قد واکب هذا الاتجاه فقد قضت محكمة القضاء الإداري : " أن شرح القانون العام قد اختلفوا في وضع معايير التفرقة بين القرار الإداري والقرار القضائي فمنهم من أخذ بالمعيار الشكلي ، ويتضمن أن القرار القضائي هو الذي يصدر من جهة منحها القانون ولاية القضاء ، ومنهم من أخذ بالمعيار الموضوعي وهو ينتهي إلى أن القرار القضائي هو الذي يصدر في خصومة لبيان حكم القانون فيها وبينما رأى آخرون أن يؤخذ بالمعيارين معا - الشكلي والموضوعي - وقد اتجه القضاء في فرنسا ثم في مصر إلى هذا الرأي الأخير وعلى أن الراجع هو الأخذ بالمعيارين معا مع بعض الضوابط ، وبيان ذلك أن القرار القضائي يفترق عن القرار الإداري في أن الأول يصدر من هيئة قد استمدت ولاية القضاء من قانون محدد لاختصاصها مبين لإجراءاتها وما إذا كان ما تصدره من أحكام نهائيا أو قابلا للطعن مع بيان الهيئات التي تفصل في الطعن في الحالة الثانية وأن يكون هذا القرار حاسما في خصومة ، أي في نزاع بين طرفين مع بيان القواعد التي تطبق عليه ووجه الفصل فيه " . ()

المبحث الثالث - القرارات الإدارية والأعمال المادية

العمل المادي مجرد واقعة مادية غير مؤثرة في المراكز القانونية التي تتصل بها، فإذا كان وجود الأثر القانوني هو معيار القرارات الإدارية ، فإن غيبة هذا الأثر تصبح هي معيار الأعمال المادية . ()

والأعمال المادية أما أن تكون أفعالا إرادية أرادتها الإدارة وتدخلت لتحقيقها ، مثل الإجراءات التنفيذية التي لا تسمو لمرتبة القرار الإداري كهدم المنازل الآيلة للسقوط تنفيذا لقرار الإدارة بالهدم .

وقد تكون أفعالا غير إرادية تقع بطريق الخطأ والإهمال مثل حوادث السير التي يسببها أحد موظفي الإدارة .

والأعمال المادية لا تعتبر من قبيل الأعمال القانونية الإدارية لأنها لا ترتب آثارا قانونية مباشرة وتخرج هذه الأعمال عن نطاق الطعن بالإلغاء أمام القضاء الإداري .

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بأن : " محل العمل المادي الذي لا يختص به القضاء الإداري يكون دائما واقعة مادية أو إجراء مثبتا لها دون أن يقصد به تحقيق آثار قانونية إلا ما كان منها وليد إرادة المشرع مباشرة لا إرادة جهة الإدارة " . ()

وبهذا يتميز محل العمل القانوني عن العمل المادي الذي يكون دائما نتيجة مادية واقعية " . ()

وعلى الرغم من ذلك فإن عدم اعتبار العمل المادي قرارا إداريا وأن كان يمنع الطعن فيه بالإلغاء ، فإنه يصح أن يكون محلا لمنازعة إدارية تمس مصالح الأفراد فيكون محلا لطلب التعويض على أساس دعوى القضاء الكامل .

ومن المستقر في القضاء الإداري أن كل قرار لم يصدر عن إرادة الإدارة في أحداث أثر قانوني سلبياً كان أن إيجابياً لا يعد قراراً إدارياً صالحاً للطعن فيه بالإلغاء ولا يعدو أن يكون إجراءً تنفيذياً أو عملاً مادياً .

الفصل الثاني - مفهوم القرار الإداري وعناصره

في هذا الجزء من الدراسة نبحث في تعريف القرار الإداري والعناصر الأربعة لوجوده صحيحاً وسليماً من الناحية القانونية .

المبحث الأول - تعريف القرار الإداري

نال موضوع القرار الإداري عناية الكثير من الفقهاء ، كما أسهم القضاء الإداري في الكشف عن الكثير من ملامحه ، ومع اختلاف تعريفات الفقه والقضاء للقرار الإداري من حيث الألفاظ فإنه ينم عن مضمون واحد .

فقد عرفه العميد " دوجي " بأنه كل عمل إداري يصدر بقصد تعديل الأوضاع القانونية كما هي قائمة وقت صدوره أو كما تكون في لحظة مستقبلية معينة .

وعرفه " بونار " بأنه كل عمل إداري يحدث تغييراً في الأوضاع القانونية القائمة . ()

وعرفه " رفيرو " بأنه العمل الذي بواسطته تقوم الإدارة باستعمال سلطاتها في تعديل المراكز القانونية بإرادتها المنفردة . ()

أما في الفقه العربي ، فقد عرفه الدكتور " سامي جمال الدين " بأنه تعبير عن الإرادة المنفردة لسلطة إدارية بقصد أحداث أثر قانوني معين . ()

وجاء في تعريف الدكتور " ماجد راغب الحلو " بأن القرار الإداري هو إفصاح عن إرادة منفردة يصدر عن سلطة إدارية ويرتب آثاراً قانونية . ()

أما القضاء الإداري المصري فقد استقر على تعريفه أنه أفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد أحداث أثر قانوني معين ابتغاء مصلحة عامة . ()

ويتضح من هذا التعريف أن هناك عدة شروط يجب توافرها لتكون أمام قرار إداري وهي :

- أن يصدر القرار من سلطة إدارية وطنية .

- أن يصدر بالإرادة المنفردة للإدارة .

- ترتيب القرار لأثار قانونية .

أولاً : أن يصدر القرار من سلطة إدارية وطنية :

يشترط في القرار الإداري أن يصدر من سلطة إدارية وطنية سواء أكانت داخل حدود الدولة أو خارجها من دون النظر إلى مركزية السلطة أو عدم مركزيتها ، والعبرة في تحديد ما إذا كانت الجهة التي أصدرت القرار وطنية أم لا ليس بجنسية أعضائها ، وإنما بمصدر السلطة التي تستمد منها ولاية إصدار القرار .

ولنكون أمام قرار إداري ينبغي أن يصدر هذا القرار من شخص عام له الصفة الإدارية وقت إصداره ولا عبرة بتغير صفته بعد ذلك ، وهو ما يميز القرار الإداري عن الأعمال التشريعية والقضائية التي بينهاها وفقاً للمعيار الشكلي ، إذ يتم النظر إلى صفة الجهة التي قامت بالعمل والإجراءات المتبعة في إصداره .

ووفقاً لهذا الشرط لا يمكن اعتبار القرارات الصادرة عن أشخاص القانون الخاص قرارات إدارية إلا في حالتين اعترف فيهما القضاء الإداري بالصفة الإدارية للقرارات الصادرة من أشخاص القانون الخاص ؛ تتعلق الحالة الأولى بالقرارات الصادرة عن الموظف الفعلي أو الظاهر ، وهو شخص تدخل خلافاً للقانون في ممارسة اختصاصات وظيفة عامة ، متخذاً مظهر الموظف القانوني المختص . () أما في الحالة الثانية فتتعلق بالقرارات الصادرة من ملتزم المرافق العامة . ()

ثانياً : صدور القرار بالإدارة المنفردة للإدارة .

يجب أن يصدر القرار من جانب الإدارة وحدها ، وهو ما يميز القرار الإداري عن العقد الإداري الذي يصدر باتفاق أرائتين سواء أكانت هاتين الإرادتين لشخصين من أشخاص القانون العام أو كان أحدهما لشخص من أشخاص القانون الخاص .

والقول بضرورة أن يكون العمل الإداري صادراً من جانب الإدارة وحدها ليكتسب صفة القرار الإداري لا يعني أنه يجب أن يصدر من فرد واحد ، فقد يشترك في تكوينه أكثر من فرد كل منهم يعمل في مرحلة من مراحل تكوينه لأن الجميع يعملون لحساب جهة إدارية واحدة . ()

ثالثاً : ترتيب القرار لأثار قانونية .

لكي يكون القرار إدارياً يجب أن يرتب آثاراً قانونية وذلك بإنشاء أو تعديل أو إلغاء مركز قانوني معين ، فإذا لم يترتب على العمل الإداري ذلك فإنه لا يعد قراراً إدارياً . لهذا نجد القضاء الإداري الفرنسي يشترط في القرار المطعون فيه بالإلغاء أن ينتج ضرراً برفع الدعوى . () ومن ثم تكون له مصلحة في إلغاء هذا القرار ويتطلب توفر عنصرين أساسيين للقول بوجود مصلحة للطاعن هما :

١. وجوب تولد آثار قانونية عن القرار المطعون فيه ، ومن ثم يجب استبعاد القرارات التي لا يحدث آثاراً قانونية من نطاق دعوى الإلغاء . ()

٢. أن يحمل القرار قابلية أحداث آثار قانونية بنفسه . ()

وبناءً على ذلك فإن الأعمال التمهيدية والتقارير والمذكرات التحضيرية التي تسبق اتخاذ القرار لا تعد قرارات إدارية لعدم تحقق هذين العنصرين ، ونجد أنه من المناسب أن نبين مضمون بعض هذه الأعمال : أ- الأعمال التمهيدية والتحضيرية : وهي مجموعة من القرارات التي تتخذها الإدارة وتتضمن رغبات واستشارات وتحقيقات تمهيداً لإصدار قرار إداري وهذه الأعمال لا تولد آثاراً قانونية ولا يجوز الطعن فيها بالإلغاء .

ب- المنشورات والأوامر المصلحية : وهي الأعمال التي تتضمن تعليمات وتوجيهات صادرة من رئيس الدائرة إلى مرؤوسيه لتفسير القوانين أو اللوائح وكيفية تطبيقها وتنفيذها ، ما دامت هذه المنشورات لم تعد هذا المضمون أما إذا تضمنت أحداث آثار في مراكز الأفراد فأنها تصبح قرارات إدارية يقبل الطعن فيها بالإلغاء .

ج- الأعمال اللاحقة لصدور القرار : الأصل أن هذه الأعمال لا ترتب أثراً قانونياً لأنها أما أن تكون بمثابة إجراءات تنفيذية لقرارات سابقة فلا يقبل الطعن فيها بالإلغاء لأنها تنصب على تسهيل تنفيذ القرار الإداري السابق ، ولا تشير إلى قرارات مستقبلية فلا يكون الأثر المترتب عليها حالاً .

د- الإجراءات الداخلية : وتشمل إجراءات التنظيم للمرافق العامة التي تضمن حسن سيرها بانتظام واطراد ، والإجراءات التي يتخذها الرؤساء الإداريون في مواجهة موظفيهم المتعلقة بتقسيم العمل في المرفق وتبصير الموظفين بالطريق الأمثل لممارسة وظائفهم .

وهذا النوع من الإجراءات لا يدخل من ضمن القرارات الإدارية التي يجوز الطعن بها أمام دوائر القضاء الإداري لأنها لا تؤثر في المراكز القانونية للأفراد .

المبحث الثاني - عناصر القرار الإداري

يقوم القرار الإداري على عناصر أساسية إذا لم يستوفها يكون معيباً أو غير مشروع ، وقد درج الفقه والقضاء على أنه يلزم أن يتوافر للقرار الإداري باعتباره عملاً قانونياً خمس عناصر لينتج أثره ويكون صحيحاً هي : الاختصاص ، الشكل ، السبب ، المحل ، الغاية .

أولاً : الاختصاص .

أن توزيع الاختصاصات بين الجهات الإدارية من الأفكار الأساسية التي يقوم عليها نظام القانون العام ويراعى فيها مصلحة الإدارة التي تستدعي أن يتم تقسيم العمل حتى يتفرغ كل موظف لأداء المهام المناطة به على أفضل وجه ، كما أن قواعد الاختصاص تحقق مصلحة الأفراد من حيث أنه يسهل توجه الأفراد إلى أقسام الإدارة المختلفة ويساهم في تحديد المسؤولية الناتجة عن ممارسة الإدارة لوظيفتها .

ويقصد بالاختصاص القدرة على مباشرة عمل إداري معين أو تحديد مجموعة الأعمال والتصرفات التي يكون للإدارة أن تمارسها قانوناً وعلى وجه يعتد به . ()

والقاعدة أن يتم تحديد اختصاصات كل عضو إداري بموجب القوانين والأنظمة ولا يجوز تجاوز هذه الاختصاصات وإلا اعتبر القرار الصادر من هذا العضو باطلاً .

وقواعد الاختصاص تتعلق بالنظام العام ، لذلك لا يجوز لصاحب الاختصاص أن يتفق مع الأفراد على تعديل تلك القواعد ، وإلا فإن القرار الصادر مخالفا لهذه القواعد يكون معيبا بعبء عدم الاختصاص ، ويكون لصاحب الشأن أن يطعن بهذا العيب أمام القضاء الإداري بدعوى الإلغاء ولا يسقط الدفع بهذا العيب بالدخول في موضوع الدعوى، ويجوز إبداءه في أي مرحلة من مراحلها ، وعلى القاضي أن يحكم بعدم الاختصاص تلقائيا لو لم يثيره طالب الإلغاء .

وقد شبه بعض الفقهاء قواعد الاختصاص في القانون العام بقواعد الأهلية في القانون الخاص لأن كلاهما يقوم في الأساس على القدرة على مباشرة التصرف القانوني .

ويتضح الاختلاف من حيث المقصود في كل منها ، فالهدف من قواعد الاختصاص حماية المصلحة العامة أما قواعد الأهلية فالهدف منها هو حماية الشخص ذاته ، وأن الأهلية في القانون الخاص هي القاعدة ، أما عدم الأهلية فاستثناء على هذه القاعدة ، ويختلف الاختصاص عن ذلك في أنه يستند دائما إلى القانون الذي يبين حدود أماكن مباشرة العمل القانوني ، وأن سبب عدم الأهلية يتركز في عدم كفاية النضج العقلي للشخص بينما يكون الدافع في تحديد الاختصاص هو العمل على التخصيص وتقسيم العمل بين أعضاء السلطة الإدارية . ()

والقواعد القانونية المتعلقة بالاختصاص يمكن حصرها بالعناصر الآتية :

١. **قواعد الاختصاص من حيث الأشخاص :** يشترط لصحة القرار الإداري أن يصدر من الشخص أو الهيئة المنوط بها إصداره ، فلا يملك هذا الشخص أو تلك الجهة نقل اختصاصها للغير إلا في الأحوال التي يجيزها القانون بناءً على تفويض أو حل قانوني صحيح وإلا كان القرار الصادر مشوبا بعبء عدم الاختصاص .

٢. **قواعد الاختصاص من حيث الموضوع :** يحدد القانون اختصاصات كل موظف أو جهة إدارية بموضوعات معينة فإذا تجاوز هذا الموظف أو الإدارة اختصاصاته تلك فتعدى على اختصاصات جهة أخرى ، تحقق عيب عدم الاختصاص ، ويكون هذا الاعتداء إما من جهة إدارية على اختصاصات جهة إدارية أخرى موازية أو مساوية لها ، أو من جهة إدارية دنيا على اختصاصات جهة إدارية عليا أو من جهة أخرى إدارية عليا على اختصاصات جهة أدنى منها، أو اعتداء السلطة المركزية على اختصاصات الهيئات اللامركزية .

٣. **قواعد الاختصاص من حيث المكان :** يتم من خلالها تحديد النطاق المكاني الذي يجوز لرجل الإدارة أن يباشر اختصاصه فيه ، فإذا تجاوز هذا النطاق ، فإن قراراته كون مشوبة بعبء عدم الاختصاص ، وهذا العيب قليل الحدوث في العمل لأن المشرع كثيرا ما يحدد وبدقة النطاق المكاني الذي يجوز لرجل الإدارة أن يمارس اختصاصه فيه وغالبا ما يتقيد الأخير بحدود هذا الاختصاص ولا يتعداه .

٤. **قواعد الاختصاص من حيث الزمان :** وذلك بأن يتم تحديد فترة زمنية معينة يكون لرجل الإدارة أن يباشر اختصاصه فيها ، فإذا أصدر قرار خارج النطاق الزمني المقرر لممارسته ، كما لو أصدر رجل الإدارة قرارا إداريا قبل صدور قرار تعيينه أو بعد قبول استقالته أو فصله من الوظيفة أو إحالته على التقاعد .

كذلك إذا حدد المشرع مدة معينة لممارسته اختصاص معين أو لإصدار قرار محدد فإن القرار الإداري الصادر بعد انتهاء المدة الزمنية المعينة لإصداره يعد باطلا ومعيبا بعدم الاختصاص إذا اشترط المشرع ذلك ، فإن لم يفعل فقد درج القضاء الإداري في فرنسا ومصر على عدم ترتيب البطلان . ()

ومخالفة قواعد الاختصاص إما أن تكون في صورة إيجابية أو في صورة سلبية ، فتكون المخالفة إيجابية عندما يصدر الموظف أو الجهة الإدارية قرارا من اختصاص موظف آخر أو جهة إدارية أخرى .

وتكون المخالفة سلبية عندما يرفض الموظف أو الإدارة إصدار قرار معين ظنا منهما بأن القرار غير داخل في ضمن اختصاصاتهما .

ثانياً : الشكل .

الشكل هو المظهر الخارجي أو الإجراءات التي تعبر بها الإدارة عن إرادتها الملزمة للأفراد . والأصل أن الإدارة غير ملزمة بأن تعبر عن إرادتها بشكل معين إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك ، وفي هذه الحالة يجب أن يتخذ القرار الشكلية المقررة لصدوره ، كأن يشترط القانون ضرورة أن يكون القرار مكتوبا ، أو استشارة جهة متخصصة قبل إصداره أو تسببيه إلى غير ذلك من أشكال أخرى .

ويحدد القانون بمعناه العام قواعد الشكل والإجراءات بما ينص عليه الدستور أو التشريع العادي أو الأنظمة و كذلك تؤدي المبادئ القانونية العامة دورا مهما في ابتداء قواعد شكلية غير منصوص عليها في القانون والأنظمة بالاستناد إلى روح التشريع وما يمليه العقل وحسن تقدير الأمور . ()

وعندما يشترط القانون إتباع شكل أو إجراء معين إنما يسعى من جهة إلى تحقيق مصلحة الأفراد وعدم فسح المجال للإدارة لإصدارها قرارات مجحفة بحقوقهم بصورة ارتجالية، ومن جهة أخرى يعمل على تحقيق المصلحة العامة في إلزام الإدارة بإتباع الأصول والتروي وعدم التسرع في اتخاذ قرارات خاطئة .

وقد درج القضاء الإداري على التمييز بين ما إذا كانت المخالفة في الشكل والإجراءات قد تعلقت بالشروط الجوهرية التي تمس مصالح الأفراد وبين ما إذا كانت المخالفة متعلقة بشروط غير جوهرية لا يترتب على إهدارها مساس بمصالحهم ويترتب البطلان بالنسبة للنوع الأول دون النوع الثاني .

١. الأشكال التي تؤثر في مشروعية القرار الإداري :

لا يمكن أن نحصر الأشكال والإجراءات التي يترتب على مخالفتها بطلان القرار الإداري إلا أن المستقر في الفقه والقضاء الإداري أن أهم هذه الشكليات تتعلق بشكل القرار ذاته ، وتسببيه والإجراءات التمهيدية السابقة على إصداره ، والأشكال المقررة لحماية مصالح المخاطبين بالقرار أو التي تؤثر في الضمانات المقرر للأفراد في مواجهة الإدارة . ()

٢. الأشكال التي لا تؤثر في مشروعية القرار الإداري :

في المستقر في القضاء الإداري أنه لا يترتب البطلان على كل مخالفة للشكليات دون النظر إلى طبيعة هذه المخالفة فقد أطرده القضاء على التمييز بين الأشكال الجوهرية والأشكال الثانوية أو غير الجوهرية ورتب البطلان على الأولى دون الثانية .

والتمييز بين أشكال الجوهرية والأشكال غير الجوهرية مسألة تقديرية تتقرر في ضوء النصوص القانونية ورأي المحكمة ، وبصورة عامة يكون الإجراء جوهريا إذا وصفه القانون صراحة بذلك ، أو إذا رتب البطلان كجزء على مخالفتها ، أما إذا صمت القانون فإن الإجراء يعد جوهريا إذا كان له أثر حاسم ، وبالعكس ذلك فإنه يعد إجراء ثانويا ومن ثم فإن تجاهله لا يعد عيبا يؤثر في مشروعية ذلك القرار . ()

وقد استقر القضاء الإداري على أن الإجراءات الثانوية والتي لا يترتب على مخالفتها بطلان القرار الإداري على نوعين : النوع الأول يتمثل في الأشكال والإجراءات المقررة لمصلحة الإدارة ، أما النوع الثاني فيتعلق بالأشكال والإجراءات الثانوية التي لا تؤثر في مضمون القرار كإغفال الإدارة ذكر النصوص القانونية التي كانت الأساس في إصداره . ()

ثالثا : السبب .

سبب القرار الإداري هو الحالة الواقعية أو القانونية التي تسبق القرار وتدفع الإدارة لإصداره ، فالسبب عنصر خارجي موضوعي يبرر للإدارة التدخل بإصدار القرار وليس عنصرا نفسيا داخليا لدى من إصدار القرار .

فالأصل أن الإدارة غير ملزمة بتسبيب قراراتها استناداً إلى قرينة المشروعية التي تفترض أن قرارات الإدارة تصدر بناءً على سبب مشروع وعلى صاحب الشأن إثبات العكس، أما إذا أفصحت الإدارة عن هذا السبب من تلقاء ذاتها فإنه يجب أن يكون صحيحا وحقيقيا . () ما لم تكن الإدارة ملزمة بذكر سبب القرار قانونا .

وقد استقر القضاء على ضرورة توفر شرطين في سبب القرار الإداري :

١. أن يكون سبب القرار قائما وموجودا حتى تاريخ اتخاذ القرار ، ويتفرع من هذا الشرط ضرورتان الأولى أن تكون الحالة الواقعية أو القانونية موجودة فعلا وإلا كان القرار الإداري معيبا في سببه ، والثاني يجب أن يستمر وجودها حتى صدور القرار فإذا وجدت الظروف الموضوعية لإصدار القرار إلا أنها زالت قبل إصداره فإن القرار يكون معيبا في سببه وصدر في هذه الحالة ، كذلك لا يعتد بالسبب الذي لم يكن موجودا قبل إصدار القرار إلا أنه تحقق بعد ذلك ، وأن جاز يكون مبررا لصدور قرار جديد . ()

٢. أن يكون السبب مشروعاً ، وتظهر أهمية هذا الشرط في حالة السلطة المقيدة للإدارة ، عندما يحدد المشرع أسباباً معينة يجب أن تستند إليها الإدارة في إصدار بعض قراراتها ، فإذا استندت الإدارة في إصدار قرارها إلى أسباب غير تلك التي حددها المشرع فإن قرارها يكون مستحقاً للإلغاء لعدم مشروعية سببه. () بل أن القضاء الإداري درج على أنه حتى في مجال السلطة التقديرية لا يكفي أن يكون السبب موجوداً بل يجب أن يكون صحيحاً ومبرراً لإصدار القرار الإداري . ()

وقد تطورت رقابة القضاء على ركن السبب في القرار الإداري من الرقابة على الوجود المادي للوقائع إلى رقابة الوصف القانوني لها إلى أن وصلت إلى مجال الملائمة أو التناسب :

١. الرقابة على وجود الوقائع : وهي أول درجات الرقابة القضائية على ركن السبب في القرار الإداري ، فإذا تبين أن القرار المطعون فيه لا يقوم على سبب يبرره فإنه يكون جديراً بالإلغاء لانتفاء الواقعة التي استند عليها ، أما إذا صدر القرار بالاستناد إلى سبب تبين أنه غير صحيح أو وهمي وظهر من أوراق الدعوى أن هناك أسباب أخرى صحيحة فإنه يمكن حمل القرار على تلك الأسباب . ()

٢. الرقابة على تكييف الوقائع : وهنا تمتد الرقابة لتشمل الوصف القانوني للوقائع التي استندت إليها الإدارة في إصدار قرارها فإذا تبين أن الإدارة أخطأت في تكييفها القانوني لهذه الوقائع فإنه يحكم بإلغاء القرار الإداري لوجود عيب في سببه ، بمعنى أنه إذا تحقق القاضي من وجود الوقائع المادية التي استندت إليها الإدارة في إصدار قرارها يتنقل للبحث فيما إذا كانت تلك الوقائع تؤدي منطقياً إلى القرار المتخذ .

٣. الرقابة على ملائمة القرار للوقائع : الأصل أن لا تمتد رقابة القضاء الإداري لتشمل البحث في مدى تناسب الوقائع مع القرار الصادر بناءً عليها ، لأن تقدير أهمية الوقائع وخطورتها مسألة تدخل ضمن نطاق السلطة التقديرية للإدارة .

إلا أن القضاء الإداري في فرنسا ومصر أخذ يراقب الملائمة بين السبب والقرار المبني عليه لا سيما إذا كانت الملائمة شرطاً من شروط المشروعية وخاصة فيما يتعلق بالقرارات المتعلقة بالحريات العامة . ثم امتدت الرقابة على الملائمة لتشمل ميدان القرارات التأديبية .

رابعاً : المحل .

يقصد بمحل القرار الإداري الأثر الحال والمباشر الذي يحدثه القرار مباشرة سواء بإنشاء مركز قانوني أو تعديله أو إنهائه .

ويجب أن يكون محل القرار ممكناً وجائزاً من الناحية القانونية ، فإذا كان القرار معيباً في فحواه أو مضمونه بأن كان الأثر القانوني المترتب على القرار غير جائز أو مخالف للقانون أياً كان مصدره دستورياً أو تشريعياً أو لائحياً أو عرفاً أو مبادئ عامة للقانون ، ففي هذه الحالات يكون غير مشروع ويكون القرار بالتالي باطلاً .

ومخالفة القرار للقواعد القانونية تتخذ صوراً متعددة وهي :

١. المخالفة المباشرة للقاعدة القانونية : وتتحقق هذه عندما تتجاهل الإدارة القاعدة القانونية وتتصرف كأنها غير موجودة ، وقد تكون هذه المخالفة عمدية ، كما قد تكون غير عمدية نتيجة عدم علم الإدارة بوجود القاعد القانونية بسبب تعاقب التشريعات وعدم مواكبة الإدارة للنافذ منها . ()

٢. الخطأ في تفسير القاعدة القانونية : وتتحقق هذه الحالة عندما تخطأ الإدارة في تفسير القاعدة القانونية فتعطي معنى غير المعنى الذي قصده المشرع .

والخطأ في تفسير القاعدة القانونية أما أن يكون غير متعمد من جانب الإدارة فيقع بسبب غموض القاعدة القانونية وعدم وضوحها ، واحتمال تأويلها إلى معان عدة ، وقد يكون متعمداً حين تكون القاعدة القانونية المدعى بمخالفتها من الوضوح بحيث لا تحتمل الخطأ في التفسير ، ولكن الإدارة تتعمد التفسير الخاطيء فيختلط عيب المحل في هذه الحالة بعيب الغاية .

٣. الخطأ في تطبيق القاعدة القانونية : ويحصل هذا الخطأ في حالة مباشرة الإدارة للسلطة التي منحها القانون إياها ، بالنسبة لغير الحالات التي نص عليها القانون أو دون أن تتوفر الشروط التي حددها القانون لمباشرتها . ()

ويتخذ الخطأ في تطبيق القانون صورتين الأولى تتمثل في حالة صدور القرار دون الاستناد إلى وقائع مادية تؤيده ، ومثال ذلك أن يصدر الرئيس الإداري جزاء تأديبيا بمعاقبة أحد الموظفين دون أن يرتكب خطأ يجيز هذا الجزاء .

أما الثانية فتتمثل في حالة عدم تبرير الوقائع للقرار الإداري ، وهنا توجد وقائع معينة إلا أنها لا تكفي أو لم تستوف الشروط القانونية اللازمة لاتخاذ هذا القرار ، كأن تكيف الإدارة جريمة معينة بأنها مرتكبة ضد الإدارة العامة فتصدر قرارا بإنهاء خدمات الموظف ثم يتبين عدم صحة هذا التكييف . ()

خامسا : الغاية .

يقصد بالغاية من القرار الإداري **الهدف الذي يسعى هذا القرار إلى تحقيقه** ، والغاية عنصر نفسي داخلي لدى مصدر القرار ، فالهدف من إصدار قرار بتعيين موظف هو لتحقيق استمرار سير العمل في المرفق الذي تم تعيينه فيه ، والهدف من إصدار قرارات الضبط الإداري هو حماية النظام العام بعناصره الثلاث السكينة العامة ، والصحة العامة ، والأمن العام .

وغاية القرارات الإدارية كافة تتمثل في تحقيق المصلحة العامة للمجتمع ، فإذا انحرفت الإدارة في استعمال سلطتها هذه بإصدار قرار لتحقيق أهداف تتعارض مع المصلحة العامة فإن قرارها يكون مشوبا بعيب إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها ، ويعد هذا العيب من أسباب الطعن بالإلغاء التي ترد على القرار الإداري .

والأصل أن كل قرار إداري يستهدف تحقيق المصلحة العامة ، ويفترض فيه ذلك ، وعلى من يدعي خلاف ذلك الإثبات وعيب الانحراف بالسلطة أو الغاية عيب قصدي أو عمدي يتعلق بنية مصدر القرار الذي يجب أن يكون سيء النية يعلم أنه يسعى إلى غاية بعيدة عن المصلحة العامة أو غير تلك التي حددها القانون .

ولأن هذا العيب يتصل بالبواعث النفسية الخفية لجهة الإدارة ، وإثباته يتطلب أن يبحث القضاء في وجود هذه البواعث وهو أمر بعيد المنال ، فقد أضفى القضاء على هذا العيب الصفة الاحتياطية فلا يبحث في وجوده طالما أن هناك عيب آخر شاب القرار الإداري ، مثل عدم الاختصاص أو عيب الشكل أو مخالفة القانون .

ويمكن تحديد الغاية من القرار الإداري وفقا لثلاثة اعتبارات :

١. استهداف المصلحة العامة : السلطة التي تتمتع بها الإدارة ليست غاية في ذاتها إنما هي وسيلة لتحقيق الغاية المتمثلة بالمصلحة العامة ، فإذا حادت الإدارة عن هذا الهدف لتحقيق مصالح شخصية لا تمت للمصلحة العامة بصلة كمحاباة الغير أو تحقيق غرض سياسي أو استخدام السلطة بقصد الانتقام فإن قراراتها تكون معيبة وقابلة للإلغاء . ()

٢. احترام قاعدة تخصيص الأهداف : على الرغم من أن الإدارة تستهدف تحقيق المصلحة العامة دائما فقد يحدد المشرع للإدارة هدفا خاصا يجب أن تسعى قرارها لتحقيقه وإذا ما خالفت هذا الهدف فإن قراراتها يكون معيبا بإساءة استعمال السلطة ولو تذرعت الإدارة بأنها قد قصدت تحقيق المصلحة العامة ، وهذا ما يعرف بمبدأ تخصيص الأهداف ومثال ذلك قرارات الضبط الإداري التي حدد لها القانون أهدافا ثلاثة لا يجوز للإدارة مخالفتها وهي المحافظة على الأمن العام و السكينة العامة والصحة العامة ، فإذا خالفت الإدارة هذه الأهداف في قرارات الضبط الإداري فإن قرارها هذا يكون معيبا وجديرا بالإلغاء . ()

٣. احترام الإجراءات المقررة : يتعين على الإدارة احترام الإجراءات التي بينها القانون لتحقيق الهدف الذي تسعى إليه ، فإذا انحرفت الإدارة في الإجراءات الإدارية اللازمة لإصدار قرار معين بإجراءات أخرى لتحقيق الهدف الذي تسعى إليه فإن تصرفها هذا يكون مشوبا بعيب إساءة استعمال السلطة في صورة الانحراف بالإجراءات .

وتلجأ الإدارة إلى هذا الأسلوب أما لأنها تعتقد أن الإجراء الذي اتبعته لا يؤدي لتحقيق أهدافها أو أنها سعت إلى التهرب من الإجراءات المطولة أو الشكليات المعقدة ، ومثال ذلك أن تلجأ الإدارة إلى الاستيلاء المؤقت على العقارات بدلا من سيرها في طريق إجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة تفاديا لطول إجراءات

نزع الملكية ، أو أن تقرر الإدارة ندب موظف وهي تستهدف في الحقيقة معاقبته فتلجأ إلى قرار الندب لتجريده من ضمانات التأديب

الفصل الثالث - تصنيف القرارات الإدارية

تنقسم القرارات الإدارية إلى أنواع متعددة حسب الزاوية التي ينظر منها إلى القرار أو حسب الأساس الذي يقوم عليه التقسيم . ()

فمن حيث التكوين توجد قرارات بسيطة وأخرى مركبة ومن حيث أثرها تنقسم إلى قرارات منشئة وقرارات كاشفة ومن زاوية رقابة القضاء توجد قرارات خاضعة لرقابة القضاء وقرارات لا تخضع لرقابة القضاء وفي حيث نفاذها في مواجهة الأفراد تنقسم إلى قرارات نافذة في حق الأفراد وأخرى غير نافذة في حقهم وأخيرا من حيث مدى القرارات وعموميتها توجد قرارات فردية وأخرى تنظيمية

المبحث الأول - القرارات الإدارية من حيث التكوين (قرارات بسيطة وقرارات مركبة)

تنقسم القرارات الإدارية من هذه الجهة إلى قسمين الأول القرارات البسيطة أو المستقلة وهي تلك القرارات التي تتميز بكيان مستقل وتستند إلى عملية قانونية واحدة غير مرتبطة بعمل قانوني آخر كالقرار الصادر بتعين موظف أو ترقيته أو نقله وهي الصورة الأكثر شيوعا في القرارات الإدارية . أما النوع أو القسم الثاني فيسمى بالقرارات المركبة وهي تلك القرارات التي تدخل في عملية قانونية مركبة تتم من عدة مراحل ومن هذه القرارات قرار نزع الملكية للمنفعة العامة وقرار إرساء المزداد أو إجراء المناقصة في العقود الإدارية .

فالقرار الإداري الصادر بنزع الملكية للمنفعة العامة تصاحبه أعمال إدارية أخرى قد تكون سابقة أو معاصرة أو لاحقة له وتتم على مراحل متعددة تبدأ بتقرير المنفعة العامة للعقار موضوع نزع الملكية ثم أعداد كشوف الحصر لها وأخيرا صدور قرار نقل الملكية أو تقرير المنفعة العامة .

ولهذا التقسيم أهمية تاريخية في فرنسا إذ أن القرارات التي تدخل في تكوين عمل إداري مركب كانت لا تقبل الطعن فيها بدعوى الإلغاء إمام مجلس الدولة تطبيقا لنظرية الدعوى الموازية على أساس أن القانون قد نظم لصاحب الشأن طريقا قضائيا آخر يستطيع به تحقيق ما توفره دعوى الإلغاء من مزايا وقد تخلص مجلس الدولة عن هذه النظرية بصورة تدريجية عندما سمح بالطعن بالإلغاء استقلالا في الأعمال القابلة للانفصال عن العملية المركبة ولو أنه مازال يأخذ بها في دائرة ضيقة . ()

ومن جانب آخر تظهر أهمية هذا التقسيم في أن القرارات البسيطة يمكن الطعن فيها بالإلغاء باعتبارها قرارات إدارية نهائية أما في حالة القرارات المركبة فلا يجوز الطعن بالقرارات التمهيدية أو التحضيرية التي تتطلب تصديق جهات إدارية أخرى ولا يمكن الطعن بالإلغاء إلا بالقرار الإداري النهائي نتائج العملية المركبة . ()

ومع ذلك فقد سمح القضاء الإداري كما بينا بفصل القرار الإداري الذي يساهم في عملية مركبة وفق ما يسمى بالأعمال القابلة للانفصال وقبل الطعن فيها بصفة مستقلة وبشروط معينة .

فقد استقر القضاء الإداري في فرنسا ومصر على أن القرارات الإدارية السابقة على أبرام العقد أو الممهدة لانعقاده مثل قرارات لجان فحص العطاءات ولجان البث في العطاءات وقرار استبعاد احد المتقدمين وقرار إرساء المزايدة أو إلغائها هي قرارات إدارية مستقلة عن العقد يجوز الطعن بها بدعوى الإلغاء وسمحت نظرية الأعمال الإدارية المنفصلة لمن له مصلحة من الغير أن يطعن بالإلغاء في هذه القرارات أما المتعاقدون فليس لهم أن يطعنوا في هذه القرارات إلا أمام قاضي العقد وعلى أساس دعوى القضاء الكامل .

المبحث الثاني - القرارات الإدارية من حيث آثارها (قرارات منشئة وقرارات كاشفة)

يمكن تقسيم القرار الإداري من حيث طبيعة آثارها إلى قسمين : قرارات منشئة وهي القرارات التي يترتب عليها إنشاء مراكز قانونية جديدة أو أحداث تغيير في المراكز القانونية القائمة تعديلا أو إلغاء ، كالقرار الصادر بتعيين موظف عام أو فصله أو معاقبته .

أما القسم الثاني من القرارات فيسمى بالقرارات الكاشفة ويقصد بها القرارات التي لا تحدث مركزا قانونيا جديدا وإنما تقرر حالة موجودة أو تكشف عن مركز قانوني قائم مسبقا ، مثل القرار الصادر

بفصل موظف لصدور حكم ضده بعقوبة جنائية أو بعقوبة مقيدة للحرية في جريمة مخلة بالشرف أو القرار الذي يتضمن تأكيد أو تفسير قرار سابق دون أن يضيف إليه . ويتبين من ذلك أن أثر القرارات الكشافة ينحصر في إثبات وتقرير حالة موجودة من قبل ولا يتعدى ذلك إلى إنشاء مراكز قانونية جديدة .

وتبدو أهمية التفرقة بين القرارات الإدارية الكشافة والقرارات الإدارية المنشئة في أمرين :
١. أن القرارات المنشئة ترتب آثارها منذ صدورها أما القرارات الكشافة فترجع آثارها إلى التاريخ الذي ولدت فيه الآثار القانونية التي كشف عنها القرار ، إلا أن ذلك لا يعتبر إخلالاً بمبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية ، لأن أثر القرارات الكشافة فوري إذ تكشف عن العمل القانوني المنشئ للمركز القانوني محل القرار الكاشف . ()

٢. القرارات الكشافة يجوز للإدارة سحبها دون التقيد بميعاد محدد مطلقاً ، أما القرارات الإدارية المنشئة فإن سحبها يكون مقيد بميعاد الطعن بالإلغاء .

المبحث الثالث - القرارات الإدارية من حيث رقابة القضاء (قرارات تخضع للرقابة وقرارات لا تخضع للرقابة)

تنقسم القرارات الإدارية من زاوية خضوعها لرقابة القضاء ، إلى قرارات تخضع لرقابة القضاء وهذا هو الأصل ، وقرارات لا تخضع لرقابة القضاء وهي القرارات المتعلقة بأعمال السيادة أو تلك التي منعت التشريعات الطعن فيها أمام القضاء .

أولاً : القرارات الخاضعة لرقابة القضاء .

تعد رقابة القضاء على أعمال الإدارة أهم وأجدي صور الرقابة والأكثر ضماناً لحقوق الأفراد وحياتهم لما تتميز به الرقابة القضائية من استقلال وما تتمتع به أحكام القضاء من قوة وحجية تلزم الجميع بتنفيذها واحترامها .

والأصل أن تخضع جميع القرارات الإدارية النهائية لرقابة القضاء أعمالاً لمبدأ المشروعية ، ومن المستقر وجود نوعين من نظم الرقابة القضائية على أعمال الإدارة الأول يسمى القضاء الموحد ، أما الثاني فيسمى نظام القضاء المزدوج .

١. **نظام القضاء الموحد :** في هذا النظام من القضاء تنحصر الرقابة القضائية في نطاق ضيق من جانب القضاء ، يتمثل في التعويض عن الأضرار التي قد تنتج من جراء تطبيق القرارات الإدارية . () ويسود هذا النظام في إنكلترا والولايات المتحدة الأمريكية وبعض الدول الأخرى ، ومقتضاه أن تختص جهة قضائية واحدة بالنظر في جميع المنازعات التي تنشأ بين الأفراد أنفسهم أو بينهم وبين الإدارة أو بين الهيئات الإدارية نفسها .

وهذا النظام يتميز بأنه أكثر اتفاقاً مع مبدأ المشروعية إذ يخضع الأفراد والإدارة إلى قضاء واحد وقانون واحد مما لا يسمح بمنح الإدارة أي امتيازات في مواجهة الأفراد . () بالإضافة إلى اليسر في إجراءات التقاضي إذا ما قورنت بأسلوب توزيع الاختصاصات القضائية بين القضاء العادي والإداري في نظام القضاء المزدوج .

ومع ذلك فقد وجه النقد إلى هذا النظام من حيث أنه يقضي على الاستقلال الواجب للإدارة بتوجيهه الأوامر إليها بما يعيق أداؤها لأعمالها ، مما يدفع الإدارة إلى استصدار التشريعات التي تمنع الطعن في قراراتها ، ولا يخفي ما لهذا من أضرار بحقوق الأفراد وحياتهم .

ومن جانب آخر يؤدي هذا النظام إلى تقرير مبدأ المسؤولية الشخصية للموظفين مما يدفعهم إلى الخشية من أداء عملهم بالوجه المطلوب خوفاً من المساءلة .

٢. **نظام القضاء المزدوج :** يقوم هذا النظام على أساس وجود جهتين قضائيتين مستقلتين ، جهة القضاء العادي وتختص بالفصل في المنازعات التي تنشأ بين الأفراد أو بينهم وبين الإدارة عندما تتصرف كشخص من أشخاص القانون الخاص ، ويطبق القضاء على هذا النزاع أحكام القانون الخاص .

وجهة القضاء الإداري تختص بالفصل في المنازعات التي تنشأ بين الأفراد والإدارة عندما تظهر الأخيرة بصفاتها صاحبة السلطة وتتمتع بامتيازات لا يتمتع بها الأفراد ويطبق القضاء الإداري على المنازعة قواعد القانون العام .

ووفقاً لهذا النظام تخضع جميع القرارات الإدارية لرقابة القضاء الإداري إلغاءً وتعويضاً ، إلا في استثناءات معينة تتعلق بأعمال السيادة والقرارات التي حصنها المشرع من رقابة القضاء . ومن الدول التي أخذت بهذا الأسلوب فرنسا التي تعد مهد القضاء الإداري ومنها انتشر هذا النظام في كثير من الدول كبلجيكا واليونان ومصر والعراق .

ثانياً : القرارات غير خاضعة لرقابة القضاء .

القرارات الإدارية التي لا تخضع لرقابة القضاء تتمثل في صنفين الأول يتعلق بأعمال السيادة أو الأعمال الحكومية ، أما الثاني فيشمل القرارات الإدارية التي يحصنها المشرع من رقابة القضاء لاعتبارات خاصة .

١. أعمال السيادة : اختلف الفقه والقضاء في تعريف أعمال السيادة ، وهي في حقيقتها قرارات إدارية تصدر عن السلطة التنفيذية ، وتتميز بعد خضوعها لرقابة القضاء سواء أكان بالإلغاء أو التعويض . () وقد نشأت نظرية أعمال السيادة في فرنسا عندما حاول مجلس الدولة الفرنسي أن يحتفظ بوجوده في حقبة إعادة الملكية إلى فرنسا عندما تخلى عن الرقابة على بعض أعمال السلطة التنفيذية . () غير أن الانتقادات الموجهة لهذا المعيار دفعت مجلس الدولة إلى التخلي عنه والأخذ بمعيار طبيعة العمل الذي يقوم على أساس البحث في موضوع العمل الإداري فإذا تعلق بتحقيق مصلحة الجماعة السياسية والسهر على احترام الدستور وسير الهيئات العامة وعلاقات الدولة مع الدول الأجنبية فإن العمل يكون من الأعمال الحكومية أو أعمال السيادة ، أما إذا كانت الأعمال الإدارية التي تتعلق بالتطبيق اليومي للقوانين والإشراف على علاقات الأفراد بالهيئات الإدارية مركزية أو غير مركزية فإن العمل يكون إدارياً ويخضع لرقابة القضاء إلغاءً وتعويضاً . ()

في حين اتجه جانب من الفقه إلى الأخذ بمعيار آخر يسمى القائمة القضائية ، يقوم على أن تحديد أعمال السيادة يعتمد على ما يقرره القضاء فهو يبين هذه الأعمال ويحدد نطاقها ، وقد أسهم مجلس الدولة الفرنسي ومحكمة التنازع في وضع قائمة لأعمال السيادة أهمها :

- الأعمال المتعلقة بعلاقة الحكومة بالبرلمان .
- القرارات الخاصة بانتخاب المجالس النيابية والمنازعات الناشئة عنها .
- قرارات رئيس الجمهورية المتعلقة بالعلاقة بين السلطات الدستورية ، وممارسة الوظيفة التشريعية مثل قرار اللجوء إلى السلطات الاستثنائية المنصوص عليها المادة ١٦ من الدستور ١٩٥٨ الفرنسي . ()
- الأعمال المتصلة بالعلاقات الدولية والدبلوماسية . ()
- الأعمال المتعلقة بالحرب . ()

٢- القرارات المحصنة في الرقابة القضاء :- من مظاهر سيادة القانون أن تخضع قرارات الإدارية جميعاً لرقابة القضاء ، فهو الوسيلة الوحيدة للحفاظ على حقوق الأفراد في مواجهة الدولة بهيئاتها المختلفة التشريعية والتنفيذية . ()

فالقضاء يملك تقويم الإداري وإجبارها على احترام المشروعة إذا ما حدث عنها ولاشك أن في ذلك ضمان مهمة لحماية حقوق الأفراد وحررياتهم ، وتتم من خلال السماح للأفراد بالطعن في قرارات الإدارية إذا مست مصالحهم طالبن إلغائها أو التعويض عنها .

وإذا كان الأصل خضوع الإدارة لرقابة القضاء فإن مستلزمات المصلحة العامة قد تقتضي التخفيف من صرامة هذا المبدأ فتسمح بموازنة مبدأ المشروعية من خلال نظرية السلطة التقديرية والظروف الاستثنائية .

إلا أن الدول تبالغ أحياناً في استبعاد الكثير من القرارات الإدارية من الخضوع للطعن أمام القضاء للاعتبار مختلفة .

ولاشك أن هذا الاتجاه خطير من المشرع لأن تحصينة للقرارات الإدارية من الطعن ، يجرّد الأفراد من ضمانه مهمه في مواجهة عسف الإدارة وذلك .

المبحث الرابع - القرارات الإدارية من حيث نفاذها في مواجهة الأفراد
(قرارات نافذة وقرارات غير نافذة)

تنقسم القرارات الإدارية من حيث أثرها بالنسبة للأفراد إلى قرارات ملزمة للأفراد و نافذة بحقهم ،وعليهم احترامها وإذا قصرُوا في ذلك اجبروا على التنفيذ ، وهذا الأصل في القرارات الإدارية .
وقرارات إدارية ويقتصر أثرها على الإدارة تسمى الإجراءات الداخلية ومنها المنشورات والتعليمات على اختلاف أنواعها وتعليمات شارحة ،أو أمره أو ناصحه أو مقرره ومؤكده () وهذا النوع من القرارات غير نافذ في حق الأفراد وغير ملزم له ،ولا يحتج بها عليهم .

بل ان من القضاء من أنكر على التعليمات صفتها القانونية وأعتبرها من قبيل الاعمال المادية محللين ذلك بانها موجهة من الرؤساء الاداريين الى موظفين وليس من الواجب على هؤلاء اطاعتها ولا يمكن الزامهم بها الا بطريق غير مباشر عن طريق العقوبات التأديبية .

بيد ان هذا القول لا يمكن الاعتداد به لان مخالفة التعليمات بنتج عنها بطبيعة الحال التهديد بالمساس بالمركز الشخص للموظف ونعتقد ان هذا كاف لاضفاء طابع العمل القانوني على التعليمات . ()
الا ان مايميز هذا النوع من القرارات هو انها غير موجهة للأفراد ولا ترتب آثار قانوني في مواجهتهم لانها تخاطب الموظفين فقط .

ويترتب على هذا التقييم ان الاجراءات الداخلية أو التعليمات لا يمكن ان تكون موضوعا لدعوى الإلغاء ،فلا يقبل من الافراد الطعن بالإلغاء ضدها لانها غير نافذة في مواجهتهم ،كما انه لايقبل من الموظف الذي تخاطبه هذه القرارات الطعن فيها بالإلغاء لانه يقع على عاتقه اطاعتها والعمل بها والالتعرض للعقوبات التأديبية .

المبحث الخامس - القرارات الإدارية من حيث مداها أو عموميتها (القرارات تنظيمية،قرارات فردية)

تنقسم القرارات الادارية من حيث مداها الى قرارات تنظيمية أو لوائح ،وقرارات فردية ،ويعد هذا التقسيم من أهم تقسيمات القرارات الادارية لما يترتب عليه من نتائج تتعلق بالنظام القانوني الذي يخضع له كل من القرارات التنظيمية والقرارات الفردية .

أولا : القرارات التنظيمية :

القرارات التنظيمية هي تلك القرارات التي تحتوي على قواعد عامة مجرد تسري على جميع الافراد الذين تنطبق عليهم الشروط التي وردت في القاعدة .

وعمومية المراكز القانونية التي يتضمنها القرار التنظيمي لاتعني انها تنطبق على كافة الاشخاص في المجتمع ،فهي تخاطب فرد أو فئة معينة في المجتمع معينين بصفاتهم لاذواتهم . ()

والقرارات التنظيمية هي في حقيقتها تشريع ثانوي يقوم الى جانب التشريع العادي ،الا أنه يصدر عن الادارة ،وعلى ذلك فهو تشريع ثانوي يطبق على كل من يستوفي شروطا معينة تضعها القاعدة مسبقا ولا تسنفذ اللائحة موضوعها بتطبيقها ،بل تظل قائمة لتطبق مستقبلا ،() مع انها اقل ثباتا من القانون.

وعلى الرغم من اشتراك اللائحة مع القانون من حيث انها يتضمنان قواعد عامة مجردة ،فانهما يختلفان في مضمون كل منهما فالقانون يضع او يقرر مبادئ عامة اساسية ،بينما يقتصر دور اللائحة على ايراد الاحكام التفصيلية التي يتعرض اليها القانون كما ان القانون يصدر بعد إقراره من السلطة التشريعية ،اما القرارات التنظيمية أو اللوائح فتصدر عن السلطة التنفيذية .

وتتنوع اللوائح الى عدة انواع أهمها:-

١- **اللوائح التنفيذية :-** وهي التي تصدرها الادارة بغرض وضع القانون موضع التنفيذ ، وهي تخضع تماما للقانون وتقيد به وتتبعه ، فلا تملك ان تعدل فيه او تضيف اليه او تعطل تنفيذه.

٢- **لوائح الضبط :-** وهي تلك اللوائح التي تصدرها الادارة بقصد المحافظة على النظام العام بعناصره المختلفة، الامن العام ،والصحة العامة والسكنية العامة ،وهي مهمه بالغة الاهمية لتعلقها مباشرة بحياة الافراد وتقيد حرياتهم لانها تتضمن اوامر ونواهي و توقع العقوبات على مخالفيها ،مثل لوائح المرور وحماية الاغذية والمشروبات والمحال العامة .

٣- **اللوائح التنظيمية :-** وتسمى ايضا اللوائح المستقلة وهي اللوائح التي تتعدى تنفيذ القوانين الى تنظيم بعض الامور التي لم يتطرق اليها القانون فتقترب وظيفتها من التشريع .

٤- **لوائح الضرورة :-** وهي اللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية في غيبة البرلمان أو السلطة التشريعية لمواجهة ظروف استثنائية عاجلة تهدد أمن الدولة وسلامتها ، فتمتلك السلطة التنفيذية من خلالها ان تنظم امور ينظمها القانون اصلا ويجب ان تعرض هذه القرارات على السلطة التشريعية في اقرب فرصة لاقرارها .

٥- **اللوائح التفويضية :-** وهي القرارات التي تصدرها السلطة التنفيذية بتفويض من السلطة التشريعية لتنظيم بعض المسائل الداخلة اصلا في نطاق التشريع ويكون لهذه القرارات قوة القانون سواء اصدرت في غيبة السلطة التشريعية أو في حالة انعقادها .

ثانيا : القرارات الفردية .

وهي القرارات التي تنشئ مراكز قانونية خاصة بحالات فردية تتصل بفرد معين بالذات أو أفراداً معينين بذواتهم و تستنفذ موضوعها بمجرد تطبيقها مرة واحدة . () مثل القرار الصادر بتعيين موظف عام أو ترقية عدد من الموظفين .

ويظهر الاختلاف بين القرارات التنظيمية أو اللوائح والقرارات الفردية فيما يلي :

١. تسري القرارات الفردية على فرد معين بالذات أو أفراد أو حالات معينة بالذات ، بينما تتضمن القرارات التنظيمية قواعد عامة مجردة تطبق على كل من تتوافر فيهم شروط معينة دون أن يتم تحديد هؤلاء الأشخاص مقدما بذواتهم أو أسمائهم .

٢. يسري القرار الفردي من تاريخ إعلان صاحب الشأن به كقاعدة عامة ، في حين يبدأ سريان القرارات الإدارية التنظيمية من تاريخ نشرها في الجريدة الرسمية .

٣. تملك الإدارة الحق في تعديل القرارات التنظيمية أو إلغائها أو سحبها دون أن يكون لأحد الحق بالتمسك بحقوق مكتسبة ، على اعتبار أنها تنظم قواعد عامة ، في حين تخضع الإدارة في سحبها وإلغائها أو تعديلها للقرارات الإدارية الفردية لشروط معينة حددها القانون . ()

٤. تختص المحاكم العادية في تفسير القرارات التنظيمية ، كما هو الحال في تفسير القوانين ، في حين يختص القضاء الإداري بتفسير القرارات الإدارية الفردية . ()

الفصل الرابع - النظام القانوني للقرارات الإدارية

Le Regim des decision administratives

يتضمن النظام القانوني للقرارات الإدارية على امتيازات مهمة مقررة للسلطة ، مثلما يحتوى على قيود ترد على حرية الإدارة ، وفي هذا الجانب من الدراسة نتناول هذه الامتيازات والقيود في ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : سلطة الإدارة في إصدار القرارات الإدارية .

المبحث الثاني : نفاذ القرارات الإدارية .

المبحث الثالث : تنفيذ القرارات الإدارية

المبحث الأول - سلطة الإدارة في إصدار القرارات الإدارية

تمارس الإدارة سلطتها في إصدار القرار بإتباع أسلوبين : الأول أن تمارس اختصاصاً مقيداً عندما يلزمها المشرع بوجوب التصرف على النحو معين ، والأسلوب الثاني يتمثل بممارسة الإدارة اختصاصاً تقديرياً ، عندما يترك لها المشرع قدراً من حرية التصرف .

أولاً : الاختصاص المقيد .

يقصد بالاختصاص المقيد أن لا تكون الإدارة حرة في اتخاذ القرار أو الامتناع عن اتخاذه ، فالقانون يفرض عليها عند توفر شروط معينة أو قيام عناصر واقعية محددة ، إصدار قرار معين ، وقد يحدد الهدف الذي يتعين على الإدارة أن تعمل على تحقيقه أو الوقت المناسب لإصداره .

وفي هذه الحالة تكون مهمة الإدارة مقصورة على تطبيق القانون على الحالات التي تصادفها عندما تتحقق أسبابها ، فلا يترك لها أية حرية في التقدير . ()

ومثال الاختصاص المقيد حالة ترقية الموظف بالأقدمية فإذا توفرت هذه الأقدمية فإن الإدارة مجبرة على التدخل وإصدار قراراتها بالترقية .

ومع ذلك فإن المشرع قد لا يكبل الإدارة بجميع هذه القيود فمن المستحيل أن تكون جميع عناصر القرار الإداري مقيدة ، لأن المهم أن يسير القرار الإداري الصادر ضمن الاختصاص المقيد للإدارة في مجال النطاق القانوني الذي رسمه المشرع حتى لا يكون مشوباً بعدم مشروعيته .

ويتمثل الاختصاص المقيد في بعض عناصر القرار الإداري أكثر من الأخرى ، فلا تتمتع الإدارة بحرية في مجال عنصر الاختصاص ، حيث يكون قرارها باطلاً أو معدوماً إذا لم تحترم قواعد الاختصاص ، وكذلك في عنصر الشكل عندما يرسم المشرع القواعد والإجراءات الواجب إتباعها عند إصدار القرار ، كما يرد الاختصاص المقيد أحياناً في العناصر الموضوعية من القرار الإداري فيجب أن يكون للقرار الإداري سبب ومحل مشروعان ، وأن تهدف الإدارة من إصداره إلى تحقيق المصلحة العامة .

ثانياً : السلطة التقديرية

يقصد بالسلطة التقديرية أن تكون الإدارة حرة في اتخاذ القرار أو الامتناع عن اتخاذه أو في اختيار القرار الذي تراه ، أي أن المشرع يترك للإدارة حرية اختيار وقت وأسلوب التدخل في إصدار قرارها تبعاً للظروف .

فالمشرع يكتفي بوضع القاعدة العامة التي تتصف بالمرونة تاركاً للإدارة تقدير ملائمة التصرف ، شريطة أن تتوخى الصالح العام في أي قرار تتخذه وأن لا تنحرف عن هذه الغاية ، وإلا كان قرارها مشوباً بعيب إساءة استعمال السلطة . () مثال ذلك سلطة الإدارة في إصدار قرار الترقية بالاختيار على أساس الكفاءة .

وتتجلى سلطة الإدارة التقديرية في عنصر السبب وهو الحالة الواقعية والقانونية التي تبرر اتخاذ القرار ، والمحل وهو الأثر القانوني المترتب عنه حالاً ومباشرة ، أما باقي عناصر القرار الإداري وهي الاختصاص والشكل والغاية فإنها تصدر بناءً على اختصاص مقيد .

مدى رقابة القضاء على السلطة التقديرية .

ترتبط السلطة التقديرية بفكرة ملائمة القرار الإداري ، إذ أن المشرع منح الإدارة هذه السلطة شعوراً منه بأنها أقدر على اختيار الوسائل المناسبة للتدخل واتخاذ القرار الملائم في ظروف معينة ، وأنه مهما حاول لا يستطيع أن يتصور جميع الحالات التي قد تطرأ في العمل الإداري ويضع الحلول المناسبة لها .

في حين يقوم الاختصاص المقيد على فكرة مشروعية القرار الإداري ، لأن الإدارة مقيدة دائماً بما يفرضه القانون ، ويترتب على ذلك أن القضاء يملك بسط رقابته على مشروعية القرار الصادر بناءً على اختصاص الإدارة المقيد ، ويملك إلغاؤه إذا ما تبين أنه مخالف للقانون .

ويتضح مجال الرقابة على عنصر السبب في أن الإدارة تملك تقدير أهمية وخطورة الوقائع ولا تخضع في ذلك لرقابة القضاء ، في حين يمارس القضاء رقابته على صحة قيام الوقائع المادية التي قام عليها القرار ، وكذلك فيما يتعلق بالتكييف القانوني لهذه الوقائع .

أما بالنسبة لعنصر المحل فمن الممكن القول بأن معظم الاختصاص فيه هو اختصاص تقديري فبعد أن تتحقق الإدارة من قيام الوقائع المادية ، وبعد أن تكييفها التكييف القانوني الصحيح ، وتقدر مدى خطورة هذه الوقائع ، تنتقل إلى عنصر المحل المتمتع بسلطة تقديرية واسعة في أن تتدخل أو لا تدخل واختيار وقت هذا التدخل كما تتمتع الإدارة بسلطة تحديد الأثر القانوني الذي تريد ترتيبه ، ما لم ينص المشرع على ضرورة تدخلها ووقته والأثر المترتب عليه . ()

وقد برز في مجال رقابة القضاء على السلطة التقديرية اتجاهان فقد ذهب جانب من الفقه إلى أن القضاء يمتنع عن بسط رقابته على أعمال الإدارة المستندة إلى سلطاتها التقديرية ، فالقاضي بحسب رأيهم يمارس المشروعية وليس رقابة الملائمة ولا يجوز له أن يمارس سطوته على الإدارة فيجعل من نفسه رئيساً لها . ()

في حين يذهب الجانب الآخر إلى جواز تدخل القاضي لمراقبته السلطة التقديرية على أساس ما يتمتع به القاضي الإداري من دور في الكشف عن قواعد القانون الإداري فيمكن له أن يحول بعض القضايا المدرجة في السلطة التقديرية والمرتبطة بالملائمة إلى قضايا تدرج تحت مبدأ المشروعية تلتزم الإدارة بإتباعها وإلا تعرضت أعمالها للبطلان . ()

والرأي الأكثر قبولاً في هذا المجال يذهب على أن سلطة الإدارة التقديرية لا تمنع من رقابة القضاء وإنما هي التي تمنح الإدارة مجالاً واسعاً لتقدير الظروف الملزمة لاتخاذ قراراتها وهذه الحرية مقيدة بأن لا تتضمن هذه القرارات غلطاً بيناً أو انحرافاً بالسلطة، وهي بذلك لا تتعارض مع مبدأ المشروعية بقدر ما تخفف من اختصاصات الإدارة المقيدة.

المبحث الثاني - نفاذ القرارات الإدارية

الأصل أن يكون القرار الإداري نافذاً من تاريخ صدوره من السلطة المختصة قانوناً بإصداره، ولكنه لا يسري في حق الأفراد المخاطبين به إلا إذا علموا به عن طريق إحدى الوسائل المقررة قانوناً. ومن ثم فهناك تاريخان رئيسيان لنفاذ القرارات الإدارية هما تاريخ صدور القرار، وتاريخ العلم به أو سريانه في مواجهة الأفراد، وسنبحث هذين التاريخان ثم نبحث في مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية و أماكن أرجاء آثاره إلى المستقبل.

أولاً: تاريخ صدور القرار الإداري ذاته.

الأصل أن القرار الإداري يعد صحيحاً ونافذاً من تاريخ صدوره، ومن ثم فإنه يسري في حق الإدارة من هذا التاريخ ويستطيع كل ذي مصلحة أن يحتج بهذا التاريخ في مواجهتها غير أن هذا القرار لا يكون نافذاً بحق الأفراد إلا من تاريخ علمهم به.

إلا أن هذه القاعدة ترد عليها بعض الاستثناءات، من ذلك أن هناك من القرارات ما يلزم لنفاذها إجراءات أخرى من قبيل التصديق أو وجود اعتماد مالي، فلا ينفذ القرار إلا من تاريخ استيفاء هذه الإجراءات، كما قد تعتمد الإدارة إلى أرجاء آثار القرار إلى تاريخ لاحق لتاريخ صدوره وهو ما يعرف بإرجاء آثار القرار الإداري. ()

ثانياً: سريان القرار الإداري في مواجهة الأفراد.

إذا كان القرار الإداري ينفذ في حق الإدارة بصدوره، فإنه لا يكون كذلك في مواجهة الأفراد، فيلزم لذلك علمهم به بأحدى وسائل الإعلام المقررة قانوناً، وهي: الإعلان، النشر، أو بعلم صاحب الشأن علماً يقينياً.

١. الإعلان:

يقصد بالإعلان تبليغ القرار الإداري إلى المخاطب به بالذات، والأصل أن الإعلان يتم بكافة الوسائل المعروفة والتي من خلالها يمكن أن يتحقق علم صاحب الشأن بالقرار، كتسليمه القرار مباشرة أو بالبريد أو عن طريق محضر، أو لصقه في المكان المخصص للإعلان.

والإعلان هو الوسيلة الواجبة لتبليغ القرارات الفردية الصادرة بصدد فرد معين بالذات أو أفراداً معينين بذواتهم أو بخصوص حالة أو حالات معينة، كما هو الحال بالنسبة لقرار تعيين موظف أو منح رخصة مزاولته مهنة معينة، وعلى ذلك لا يكفي نشر القرار لافتراض العلم به. ()

وهذا الإعلان قد يكون تحريرياً كما يصح شفهاً و فالإدارة غير ملزمة بإتباع وسيلة معينة للإعلان إلا أن الصعوبة تكمن في إثبات التبليغ الشفهي لذلك نجد الإدارة تسعى دائماً إلى أن يكون إعلانها كتابة حتى تتجنب مخاطر التبليغ لأن من السهل عليها إثبات التبليغ الكتابي.

إلا أن عدم تطلب شكلية معينة في الإعلان لا ينفي ضرورة احتواء الإعلان على مقومات تتمثل في ذكر مضمون القرار والجهة الصادر منها وأن يوجهه إلى ذوي المصلحة شخصياً أو من ينوب عنهم. ()

٢. النشر:

النشر هو الطريقة التي يتم من خلالها علم أصحاب الشأن بالنسبة للقرارات الإدارية التنظيمية أو اللوائح.

وعادة ما تتضمن القرارات التنظيمية قواعد عامة مجردة تنطبق على عدد غير محدد من الحالات أو الأفراد، مما يتطلب علم كافة به من خلال نشره.

ويتم النشر عادة في الجريدة الرسمية إلا إذا نص القانون على وسيلة أخرى للنشر فيجب على الإدارة إتباع تلك الوسيلة كأن يتم في الصحف اليومية أو عن طريق لصق القرار في أماكن عامة في المدينة.

وحتى يؤدي النشر مهمته يجب أن يكشف عن مضمون القرار بحيث يعلمه الأفراد علماً تاماً وإذا كانت الإدارة قد نشرت ملخص القرار فيجب أن يكون هذا الملخص يغني عن نشره كله فيحوي على عناصر القرار الإداري كافة، حتى يتسنى لأصحاب الشأن تحديد موقفهم من القرار.

٣. العلم اليقيني

أضاف القضاء الإداري إلى النشر والإعلان العلم اليقيني بالقرار كسبب من أسباب علم صاحب الشأن بالقرار الإداري وسريان مدة الطعن بالإلغاء من تاريخه. ()
والعلم اليقيني يجب أن يكون متضمناً المضمون الكامل لعناصر القرار الإداري ومحتوياته فيقوم مقام النشر والإعلان، فيصبح صاحب الشأن في مواجهة القرار في حالة تسمح له بالإلمام بكافة ما تجب معرفته، فيتبين مركزه القانوني من القرار وإدراك مواطن العيب فيه، وما يمس مصلحته، فلا عبره بالعلم الظني أو الافتراض مهما كان احتمال العلم قويا. ()
ويمكن أن يستمد هذا العلم من أية واقعة أو قرينة تفيد حصوله دون التقيد بوسيلة معينة للإثبات ولل قضاء الإداري أن يتحقق من قيام أو عدم قيام هذه القرينة وهل هي كافية للعلم أم لا، ولا يبدأ سريان مدة الطعن إلا من اليوم الذي يثبت فيه هذا العلم اليقيني.
ويلزم أخيراً إمكان ثبوت العلم اليقيني في تاريخ معين حتى يمكن حساب ميعاد الطعن بالإلغاء من تاريخه، ومن ثم فلا عبره بالعلم اليقيني بالقرار حتى وأن ثبتت واقعة أو قرينة العلم به طالما أنها تمت دون أن يوضع تاريخها. ()

ثالثاً: مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية.

الأصل أن تسري آثار القرارات الإدارية على المستقبل، ولا تسري بأثر رجعي على الماضي احتراماً للحقوق المكتسبة والمراكز القانونية التي تمت في ظل نظام قانوني سابق، واحتراماً لقواعد الاختصاص من حيث الزمان.

والمسلم به في القضاء الإداري أن قاعدة عدم رجعية القرارات الإدارية هي قاعدة أمره وجزاء مخالفتها بطلان القرار الإداري ذي الأثر الرجعي، ويقوم مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية على عدة اعتبارات تتمثل في:

١. احترام الحقوق المكتسبة: إذا اكتسب الأفراد حقاً في ظل نظام قانوني معين أو رتب لهم قرار إداري مركزاً قانونياً معيناً، فإنه لا يجوز المساس بهذا المركز إلا بنص خاص ويسري التغيير أو التعديل في هذا المركز بأثر حال ومباشر من تاريخ العمل به وليس بأثر رجعي.

٢. استقرار المعاملات بين الأفراد: المصلحة العامة تقتضي أن لا يفقد الأفراد الثقة والاطمئنان على استقرار حقوقهم ومراكزهم الذاتية التي تمت نتيجة لتطبيق أوضاع القانونية السابقة.

٣. احترام قواعد الاختصاص: تقوم قاعدة عدم رجعية القرارات الإدارية على ضرورة اعتداء مصدر القرار على اختصاص سلفه.

ومن الجدير بالذكر أن بطلان القرار الإداري الذي يصدر خلافاً لقاعدة عدم الرجعية على الماضي قد لا يكون بطلاناً كلياً، كما لو صدر قرار بترقية موظف عام من تاريخ لا يستحق فيه الترقية، فإذا كان القرار سليماً فإنه يلغي جزئياً فيما يتعلق بالتاريخ المحدد للترقية، وتعتبر الترقية من التاريخ الذي استكمل فيه المدة القانونية، أما إذا كان القرار غير قابل للتجزئة فإن البطلان يشمل كله. ()
غير أن قاعدة عدم رجعية القرارات الإدارية على الماضي لا تسري على إطلاقها فقد بدأ القضاء الإداري يخفف من حدتها فظهرت بعض الاستثناءات التي يمكن ردها إلى ما يلي:-

١. إباحة الرجعية بنص القانون: يجوز للمشرع أن يخول الإدارة بنص صريح أن تصدر قرارات معينة بأثر رجعي على اعتبار أن المشرع يمثل المصلحة العامة التي تسعى الإدارة إلى تحقيقها.

٢. إباحة الرجعية في تنفيذ الأحكام: الحكم القضائي الصادر بإلغاء قرار إداري يؤدي إلى إعدام هذا القرار بالنسبة للمستقبل والماضي، وحتى تنفذ الإدارة حكم الإلغاء لابد لها من إصدار قرارات متضمنة بالضرورة آثاراً رجعية، كما لو حكم القضاء بإلغاء قرار الإدارة بفصل موظف فإن الإدارة تلتزم بإعادته إلى وظيفته السابقة مع منحه الامتيازات والحقوق التي فاته التمتع بها في فترة انقطاعه عن الوظيفة.

٣. رجعية القرارات الإدارية الساحبة : درج القضاء على أن قرار الإدارة بسحب القرارات الإدارية يتم بأثر رجعي نظرا لإعدامه القرار المسحوب من تاريخ صدوره، فالإدارة تملك حق سحب قراراتها التنظيمية في كل وقت سواء كانت مشروعة أو غير مشروعة ، وكذلك يجوز لها سحب قراراتها الفردية الغير مشروعة والمرتبة لحقوق ذاتية خلال مدة الطعن بالإلغاء .

٤. رجعية القرارات المؤكدة والمفسرة : إذا صدر قرار بقصد تأكيد أو تفسير قرار سابق و فإن القرار المؤكد أو المفسر يسرى حكمه من تاريخ تطبيق القرار الأول لأنه لا يضيف أثرا جديدا له بل يقتصر على تأكيده أو تفسيره .

٥. رجعية القرارات الإدارية لمقتضيات المرافق العامة : استقر القضاء الإداري في فرنسا ومصر على عدم تطبيق قاعدة رجعية القرارات الإدارية كلما تعارض تطبيقها مع مقتضيات سير المرافق العامة . ()

رابعاً : أرجاء آثار القرار الإداري للمستقبل .

في مقابل قاعدة عدم الرجعية القرارات الإدارية على الماضي تملك الإدارة في بعض الأحيان أرجاء تنفيذ القرار الإداري إلى تاريخ لاحق ، ودرج القضاء الإداري على التمييز في ذلك بين القرارات الإدارية التنظيمية أو اللوائح والقرارات الإدارية الفردية :

١. القرارات الإدارية التنظيمية : تملك الإدارة أرجاء آثار القرارات التنظيمية إلى تاريخ لاحق لصدورها ، لأن ذلك لا يتضمن اعتداء على سلطة الخلف ، لأن هذا الخلف يملك دائماً حق سحب أو إلغاء أو تعديل قراراته التنظيمية لأنها لا ترتب حقوقاً مكتسبة بل تنشئ مراكز تنظيمية عامة .

٢. القرارات الإدارية الفردية : الأصل في القرارات الإدارية الفردية أن لا يجوز للإدارة أن ترجئ آثارها للمستقبل لأن ذلك يمثل اعتداء على السلطة القائمة في المستقبل لأنه يولد عنها مراكز قانونية خاصة ، يستطيع الأفراد أن يحتجوا بها في مواجهة الإدارة استناداً إلى فكرة الحقوق المكتسبة .

كما لو أصدرت السلطة الإدارية الحالية قراراً بتعيين موظف وأرجئت تنفيذ هذا القرار إلى فترة لاحقة ، فتكون قد قيدت السلطة الإدارية في المستقبل بقرار التعيين خلافاً لقواعد الاختصاص .

ومع ذلك يجوز أحياناً ولضرورات سير المرافق العامة تأجيل آثار القرار الإداري إلى تاريخ لاحق ، فيكون المرجع هنا هو الباعث وليس التأجيل ذاته ، ويكون الحكم على مشروعية هذا القرار أن يكون محله قائماً حتى اللحظة المحددة للتنفيذ ، فإن انعدم هذا الركن أصبح القرار منعماً لانعدام ركن المحل فلا يرتب أثراً . ()

المبحث الثالث - تنفيذ القرارات الإدارية

تتمتع الإدارة بامتيازات وسلطات استثنائية في تنفيذ قراراتها ، منها قرينة المشروعية، التي تفترض سلامة قراراتها الإدارية حتى يثبت العكس ، وتمتع قراراتها بقوة الشيء المقرر وقابليته للتنفيذ ، وهو ما يجعل الإدارة في مركز المدعى عليها باستمرار ، ويفرض على الأفراد احترام القرارات الصادرة عنها . كما تتمتع الإدارة في مجال تنفيذ قراراتها الإدارية بامتياز التنفيذ المباشر الذي يتيح لها تنفيذ القرارات الإدارية التي تصدرها بنفسها .

أولاً : مفهوم التنفيذ المباشر

يقصد بالتنفيذ المباشر السلطة الاستثنائية التي تملكها الإدارة في تنفيذ قراراتها بنفسها تنفيذاً جبرياً عند امتناع الأفراد عن تنفيذها اختيارياً دون اللجوء إلى القضاء ، وتقوم هذه السلطة على أساس افتراض أن كل ما تصدره الإدارة من قرارات يعد صحيحاً ومطابقاً للقانون إلى أن يثبت العكس لوجود قرينة المشروعية التي تعفى الإدارة من إثبات صحة قراراتها ، ومن ثم لا يقبل من أحد الامتناع عن تنفيذها لمطابقتها للقانون .

وهنا يجب التمييز بين نفاذ القرار الإداري وتنفيذه فالنفاذ يتعلق بالآثار القانونية للقرار الإداري وهي عنصر داخلي في القرار الإداري ، في حين يكون تنفيذ القرار بإظهار آثاره في الواقع وإخراجه إلى حيز العمل وتحويله إلى واقع مطبق يؤدي إلى تحقيق الهدف من اتخاذه . ()

ومن ثم فهناك من القرارات الإدارية ما يكفي فيها القوة التنفيذية أو النفاذ ولا تتطلب إجراءً تنفيذياً خارجياً كقرار الإدارة بتوقيع عقوبة الإنذار على موظف عام ، أو قرارات الإدارة التي تنفذ طوعية من الأفراد المخاطبين بها .

أما إذا تعنت الأفراد في تنفيذ قرارات الإدارة فإن الأمر يستدعي التنفيذ المادي للقرار ، وحيث أن طريق التنفيذ المباشر هو طريق استثنائي فإنه يتم اللجوء إلى القضاء للحصول على حكم بالتنفيذ إذا لم يقبل الأفراد بتنفيذ القرار اختياريا ويتم ذلك عن طريق استخدام الدعوى الجنائية أو الدعوى المدنية .

غير أن الإدارة باعتبارها سلطة عامة قائمة على حماية المصلحة العامة وتحقيق مصالح الأفراد وضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد ، أتاح لها المشرع الحق في أن تنفيذ قراراتها بالقوة الجبرية إذا رفض الأفراد تنفيذها اختيارا دون حاجة إلى إذن من القضاء. ()

ثانيا : حالات التنفيذ المباشر .

لأن التنفيذ المباشر يعد وسيلة استثنائية فإن الإدارة لا تلجأ إلى استخدامه إلا في حالات معينة هي :

١. النص من جانب المشرع : قد يخول المشرع الإدارة سلطة تنفيذ قراراتها تنفيذا جبريا دون الحاجة إلى إذن سابق من القضاء ، مثال ذلك حجز الإدارة على المرتب والعلاوات والمعاشات والمكافآت وسائر المزايا المالية التي يستحقها الموظف في حدود معينة .

٢. عدم وجود وسيلة قانونية أخرى لتنفيذ القرار الإداري : إذا لم يكن للإدارة وسيلة قانونية تلجأ إليها لتنفيذ القرار الإداري ، كان لها أن تنفذه جبريا لتكفل احترامه ولو لم ينص القانون على ذلك .

فإذا نص المشرع على جزاءات جنائية تترتب على الأفراد في حالة امتناعهم عن تنفيذ القرار الإداري ، فإنه يمنع على الإدارة استعمال سلطة التنفيذ المباشر .

٣. حالة الضرورة : يجوز للإدارة أن تلجأ إلى التنفيذ المباشر في حالة وجود خطر يهدد النظام العام بعناصره الثلاثة الأمن العام و السكينة العامة و الصحة العامة ، بحيث يتعذر عليها مواجهة هذا الخطر باستخدام الطرق العادية ، ونظرا لخطورة اللجوء إلى التنفيذ المباشر في هذه الحالة فقد جرى القضاء والفقه على أن حالة الضرورة لا تقوم إلا بتوافر شروط معينة يمكن إجمالها بما يلي :

أ-وجود خطر جسيم يهدد النظام العام بعناصره الثلاثة "الأمن،الصحة، السكينة".

ب-تعذر دفع هذا الخطر بالوسائل القانونية العادية .

ج-أن يكون هدف الإدارة من تصرفها تحقيق الصالح العام .

د- أن يكون تصرف الإدارة في الحدود التي تقتضيها الضرورة .

ثالثا : شروط تطبيق التنفيذ المباشر .

يشترط للجوء الإدارة إلى التنفيذ الجبري في الحالات السابقة توافر الشروط الآتية:

١. أن يستند القرار المراد تنفيذه إلى نص تشريعي إذ أن الفكرة الأساسية التي تبرر التنفيذ المباشر هي وجوب تنفيذ القانون ، ومن ثم لا يمكن استعمال هذا الأجراء إلا لتنفيذ نص تشريعي أو قرار إداري صادر تنفيذا للقانون . ()

٢. اصطدم تنفيذ القانون أو القرار بامتناع من جانب الأفراد ، ومن ثم على الإدارة أن تنذرهم بوجوب تنفيذ حكم القانون أو القرار طوعا ، فإذا رفضوا جاز للإدارة استعمال طريق التنفيذ المباشر . ()

٣. يجب أن يقتصر التنفيذ المباشر على الإجراءات الضرورية لتنفيذ القرار ، دون أن تنصرف وتستعمل ما يتجاوز الضروري .

فإذا خالفت الإدارة هذه الشروط ، وتذرعت بالتنفيذ المباشر ، فأنها تتحمل ما قد ينشأ عن تنفيذ القرار من أضرار تلحق بالأفراد ، ويعد إجراءها اعتداء ماديا مع عدم المساس بالقرار الإداري الذي من الممكن أن يكون مشروعا في ذاته .

الفصل الخامس - نهاية القرارات الإدارية

بقصد بنهاية القرارات الإدارية انتهاء كل أثر قانوني لها ، وقد تنتهي القرارات الإدارية بنهاية طبيعية عندما ينفذ مضمونها ، أو تنتهي المدة المحددة لسريانها ، أو استنفاد الغرض الذي صدر لأجله أو يستحيل تنفيذه لانعدام محله أو وفاة المستفيد منه ، إلى غير ذلك من أسباب لا دخل لأي سلطة في تقريرها .

وقد تكون نهاية القرارات الإدارية بنهاية غير طبيعية بأن تتدخل إحدى السلطات الثلاث لإنهاءها كأن يتدخل المشرع أو القضاء لإلغاء القرار ، كما قد يصدر قرار الإنهاء من الإدارة وذلك بسحب القرار أو إلغاؤه .

وسنبحث فيما يلي الصور المختلفة لنهاية القرارات الإدارية وذلك في مبحثين :
المبحث الأول : نهاية القرارات الإدارية بغير عمل الإدارة .
المبحث الثاني : نهاية القرارات الإدارية بعمل من جانب الإدارة .

المبحث الأول - نهاية القرارات الإدارية بغير عمل الإدارة

ينتهي القرار الإداري نهاية لا دخل للإدارة فيها أما بنهايتها الطبيعية ، أو عن طريق القضاء بحكم قضائي ، ولأن الحالة الأخيرة تدخل ضمن موضوع رقابة القضاء على أعمال الإدارة فأننا سنقصر البحث في هذا الجانب من الدراسة على النهاية الطبيعية للقرار الإداري .
وتنتهي القرارات الإدارية نهاية طبيعية مهما طال مدة سريانها في الحالات التالية :

أولاً : تنفيذ القرار الإداري .

ينتهي القرار الإداري بمجرد تنفيذه أو استنفاذ الغرض منه ، كتفويض القرار بإبعاد أجنبي ، فإن القرار ينتهي بمغادرة ذلك الأجنبي البلاد ، والقرار الصادر بهدم منزل آيل للسقوط ينتهي بهدم ذلك البيت .
وقد تستدعي طبيعة بعض القرارات استمرارها لمدة طويلة من الزمن ، كالقرار الصادر بترخيص محل ، فلا ينتهي القرار بإنشاء المحل ، بل يستمر ما دام المستفيد من الترخيص مزاولاً لنشاطه ، إلا إذا تدخلت الإدارة وقامت بسحب الترخيص لمقتضيات المصلحة العامة أو لمخالفة المستفيد لشروط الاستفادة منه .

ثانياً : انتهاء المدة المحددة لسريان القرار :

قد يحدد المشرع مدة معينة لسريان القرار الإداري يتوقف أثره بانتهائها ، كما في حالة الترخيص بالإقامة الأجنبي لمدة معينة ، أو قرار منح جواز سفر ، ففي الحالتين ينتهي القرار بانتهاء المدة المحدد سلفاً لنفاذ الترخيص وجواز السفر .

ثالثاً : زوال الحالة الواقعية أو القانونية التي تعلق عليها استمرار نفاذ القرار الإداري :

كما لو منحت الإدارة الأجنبي الترخيص بالإقامة لأنه يعمل في جهة أو مصلحة حكومية فإذا انتهت خدمته في هذه الجهة انتهت معها الترخيص له بالإقامة . ()

رابعاً : استحالة تنفيذ القرار :

كالقرار الصادر بترخيص مزاول مهنة معينة ، ثم يتوفى المستفيد من الرخصة أو القرار الصادر بتعيين موظف يتوفى قبل تنفيذه لقرار التعيين .

فالأصل في هذه الأحوال أن يرتبط مصير القرار بمصير من صدر لصالحهم إلا في بعض الحالات الاستثنائية التي تسمح بترتيب بعض آثار القرار على ورثة المستفيد .

خامساً : تحقق الشرط الفاسخ الذي يعلق عليه القرار :

قد يصدر القرار معلقاً على شرط فاسخ ، وهو قرار كامل وتكون آثاره نافذة ، غير أن تحقق الشرط الفاسخ يؤدي إلى زوال القرار من تاريخ صدوره وليس من تاريخ تحقق الشرط . ()

كما في قرار التعيين فهو قرار فردي مقترن بشرط فاسخ يتمثل في رفض صاحب الشأن فإذا لم يتحقق الرفض استمر القرار صحيحاً ومنتجاً لآثاره ، أما إذا رفض التعيين زالت آثار القرار بأثر رجعي من تاريخ صدوره وليس من تاريخ تحقق الشرط .

سادساً : اقتران القرار بأجل فاسخ :

قد تقرر الإدارة القرار الإداري بأجل فاسخ ، فإذا حل هذا الأجل زال القرار الإداري من تاريخ حلول الأجل على خلاف القرار المعلق على شرط فاسخ الذي تزول آثاره بأثر رجعي في تاريخ صدوره .

فالقرار في هذه الحالة يكون نافذاً ومنتجاً لآثاره حتى يتحقق الأجل الفاسخ ، ومن ذلك القرارات الإدارية التي تحدد علاقة الموظف بالدولة والتي تنتهي حكماً ببلوغ الموظف سن التقاعد .

سابعاً : الهلاك المادي للشيء الذي يقوم عليه القرار :

كما لو صدر قرار بالترخيص لأحد الأشخاص باستعمال جزء من المال العام ، فينتهي القرار بهلاك هذا الجزء من المال العام ، أو فقده لصفة العمومية .

ثامناً : تغيير الظروف التي دعت إلى إصدار القرار :

القرار الصادر تنفيذاً لقانون معين من الطبيعي أن ينتهي بزوال أو إلغاء القانون ، إلا إذا نص على غير ذلك .

المبحث الثاني - نهاية القرارات الإدارية بعمل من جانب الإدارة
قد ينتهي القرار الإداري نتيجة لتصرف من جانب الإدارة و يتم ذلك بوسيلتين : الإلغاء والسحب .
أولاً : الإلغاء

أن سرعة تطور الحياة الإدارية وتغيرها يؤدي إلى ضرورة تطور القرارات الإدارية وتغيرها في كل وقت ، لتساير هذا التطور وتجاوب مع لأوضاع المتغيرة . ()
لذلك تلجأ الإدارة في كثير من الأحيان إلى وضع حد لتطبيق قراراتها غير المناسبة ، وفق ما يسمى الإلغاء .

والإلغاء بهذا المعنى هو العمل القانوني الذي يصدر عن الإدارة متضمناً إنهاء أثر القرار الإداري بالنسبة للمستقبل مع ترك آثاره التي رتبها منذ لحظة صدوره وحتى إلغاءه .
والأصل أن يتم الإلغاء بقرار صادر من السلطة التي أصدرت القرار الأصلي أو السلطة الرئاسية لها ، ما لم ينص المشرع على منح سلطة أخرى هذا الحق ، ومن الضروري أيضاً أن يتخذ قرار الإلغاء نفس شكل وإجراءات صدور القرار الأصلي ، فإذا كان الأخير كتابياً يجب أن يكون قرار الإلغاء كتابياً أيضاً . ()
ويختلف حق الإدارة في إلغاء قراراتها الإدارية باختلاف قراراتها تنظيمية أو فردية .

١. إلغاء القرارات الإدارية التنظيمية .

لما كانت القرارات التنظيمية تنشئ مراكز عامة لا ذاتية ، فإن الإدارة تملك في كل وقت أن تعدلها أو تلغيها أو تستبدل بها غيرها وفقاً لمقتضيات الصالح العام ، وليس لأحد أن يحتج بوجود حق مكتسب .
وإذا كان إلغاء القرارات التنظيمية يتم بهذه المرونة ، فإن ذلك لا يعني عدم إلزامية القواعد التنظيمية ، فهذه القواعد ملزمة لكل السلطات العامة في الدولة بما فيها السلطة التي أصدرتها ، وان الخروج على أحكامها في التطبيقات الفردية غير جائز إلا إذا تقرر ذلك في القاعدة التنظيمية ذاتها .
ومن ناحية أخرى يجب أن يتم إلغاء القرار التنظيمي أو تعديله بقرار تنظيمي مماثل ، وأن تظل القرارات الفردية التي اتخذت بالتطبيق للقرار الملغى نافذة ومنتجة لآثارها .

٢. إلغاء القرارات الإدارية الفردية .

تلزم التفرقة في هذا المجال بين القرارات الفردية التي ترتب حقوقاً للأفراد وتلك التي لا تولد حقوقاً .
أ- القرارات التي ترتب حقوقاً للأفراد :

الأصل أن القرارات الإدارية الفردية إذا ما صدرت سليمة مستوفية للشروط التي يتطلبها القانون وترتب عليها حق شخصي أو مركز خاص ، فإن الإدارة لا تملك المساس بها إلا في الحالات التي يجبرها القانون .

ويقرر الفقه أن احترام المراكز الخاصة التي تنشأ عن القرارات الإدارية الفردية ، يعتبر مثله في ذلك مثل مبدأ المشروعية من أسس الدولة القانونية . ()

إلا أن هذا الأصل لا يجري على إطلاقه ، فالإدارة تملك أحياناً أن تلغي قراراً ترتب عليه حقوق مكتسبة ، ومن ذلك القرار الصادر بتعيين شخص في وظيفة عامة فهذا القرار ون أكسب هذا الشخص حقاً في تقلده الوظيفة العامة ، فإن الإدارة تستطيع فصل الموظف في حالة ارتكابه خطأ يبرر هذا الجزاء .

هذا إذا كان القرار الفردي سليماً ، أما إذا كان القرار الفردي المنشئ لحقوق مكتسبة غير سليم ، فإن الإدارة تملك أن تلغيه أو تعدل فيه وإلغائها له يمثل جزءاً لعدم مشروعيتها .

إلا أن الإدارة لا تستطيع أن تجري هذا الإلغاء أو التعديل في أي وقت ، فقد استقرت أحكام القضاء على أن القرار الإداري غير المشروع يتحصن ضد رقابة الإلغاء القضائية بفوات مدة الطعن المحددة قانوناً ، وليس من المقبول أن يباح للإدارة ما لا يباح للقضاء ، مما يتعين معه حرمان الإدارة من سلطة إلغائه بفوات مدة الطعن اعتباراً من تاريخ صدوره .

ب- القرارات الإدارية التي لا ترتب حقوقاً للأفراد .

القرارات الإدارية التي لا ترتب حقوقاً للأفراد ، تستطيع الإدارة إلغائها أو تعديلها ، وقد استقر الفقه على عدة أنواع منها :

- القرارات الوقتية : وهي القرارات التي لا تنشئ حقوقاً بالمعنى القانوني لتعلقها بأوضاع مؤقتة ولو لم ينص على سريانها لمدة معينة ، ومن ذلك القرارات الصادرة بندب موظف عام أو بمنح تراخيص مؤقتة .

- القرارات الولائية : وهي القرارات التي تخول الأفراد مجرد رخصة من الإدارة لا تترتب عليها أي آثار قانونية أخرى مثل منح أحد الموظفين أجازة مرضية في غير الحالات التي يحتمها القانون ، فهذا القرار لا يمكن اعتباره حقا مكتسبا وبالتالي تملك الإدارة إلغاؤه في أي وقت .

- القرارات السلبية : القرار السلبي هو ذلك القرار الذي لا يصدر في شكل الإفصاح الصريح عن إرادة جهة الإدارة بإنشاء المركز القانوني أو تعديله أو إنهائه ، بل تتخذ الإدارة موقفا سلبيا من التصرف في أمر كان الواجب على الإدارة أن تتخذ أجراء فيه طبقا للقانون واللوائح ، فسكوت الإدارة عن الإفصاح عن أرائها بشكل صريح يعد بمثابة قرار سلبي بالرفض ، وهذا القرار لا يترتب حقوقا أو مزايا للأفراد ويجوز إلغاؤه في أي وقت ، مثل قرار الإدارة برفض منح رخصة لأحد الأفراد لمزاولة مهنة معينة .

- القرارات غير التنفيذية : وهي القرارات التمهيدية التي تصدر بقصد الإعداد لإصدار قرار معين ، مثل قرار الإدارة بإيقاف موظف عن عمله بقصد إحالته إلى المحاكمة التأديبية ، والقرارات التي تحتاج إلى تصديق من السلطة الرأسيّة . ()

فهذه القرارات جميعا يمكن للإدارة العدول عنها وإلغاؤها بالنسبة للمستقبل في أي وقت ودون التقيد بميعاد معين .

ثانيا : السحب .

يقصد بسحب القرارات الإدارية إعدامها بأثر رجعي من تاريخ صدورها ، وكأن القرار لم يولد مطلقا ولم يترتب أية آثار قانونية .

والسحب بهذا المعنى كالإلغاء القضائي من حيث أثره ، إذ يترتب عليه إنهاء جميع الآثار القانونية المترتبة على القرارات الإدارية اعتبارا من تاريخ صدورها ، وإذا كان من حق القضاء إلغاء القرارات الإدارية المعيبة خلال مدة معينة هي مدة الطعن بالإلغاء ، فإن المنطق يحتم أن تتمتع الإدارة بحق سحب قراراتها المعيبة خلال هذه المدة ، توكيفا لإجراءات التقاضي المطولة ، كما أن سحب الإدارة قرارها المعيب أكرم لها من إلغائه قضائيا .

وفي هذا المجال يجب التمييز بين سحب القرارات الإدارية المشروعة وسحب القرارات الإدارية غير المشروعة .

١. سحب القرارات المشروعة .

القاعدة العامة المستقرة فقها وقضاء أنه لا يجوز سحب القرارات الإدارية المشروعة ، حماية لمبدأ المشروعية وضمان الحقوق المكتسبة للأفراد ، سواء أكانت قرارات فردية أو تنظيمية مع أن الأخيرة لا تنشئ مراكز شخصية بل مراكز عامة أعمالا للاستقرار في الأوضاع القانونية وتطبيقا لمبدأ عدم الرجعية القرارات الإدارية .

غير أن القاعدة لا تجري على إطلاقها ، فقد أجاز القضاء الإداري سحب القرارات الإدارية المشروعة في حالات معينة من ذلك :

أ- القرارات الإدارية الخاصة بفصل الموظفين : أجاز القضاء الإداري في مصر وفرنسا ولا اعتبارات تتعلق بالعدالة سحب قرار فصل الموظف ، بشرط ألا يؤثر قرارا السحب على حقوق الأفراد التي قد اكتسبت ، كما لو تم تعيين موظف آخر لشغل الوظيفة التي كان يقوم بها الموظف المفصول .

ب- القرارات التي لا يتولد عنها حقوق للأفراد : إذا لم يترتب أي حقوق مكتسبة للأفراد عن القرار الإداري ، فإن الإدارة تملك أن تسحبه ، ومن ذلك قرارها بسحب قرارها بتوقيع الجزاء التأديبي على أحد موظفيها لعدم تعلق هذا القرار بحق مكتسب لشخص آخر .

وهنا تظهر مسألة القرارات الإدارية التنظيمية فهي تنشئ مراكز قانونية عامة ، وبالتالي لا تترتب أي حقوق مكتسبة للأفراد وهذا يعني أمكان سحب القرارات التنظيمية في أي وقت ، إلا أن هذا الحق مقيد بأن لا يترتب هذا القرار حقوقا للأفراد ولو بطريق غير مباشر .

٢. سحب القرارات الإدارية غير المشروعة .

القاعدة المستقرة في القضاء الإداري أنه يجوز للإدارة أن تسحب قراراتها غير المشروعة ، كجزء لعدم مشروعيتها واحتراما للقانون .

وأساس هذه القاعدة هو أن القرارات الإدارية المخالفة لمبدأ المشروعية لا تنشأ حقوق مكتسبة للأفراد ومن ثم يجوز إعدام آثارها بالنسبة للماضي والمستقبل .
وعلى ذلك يجب أن يكون القرار موضوع السحب غير مشروع بأن يكون معيباً بأحد عيوب القرار الإداري ، الشكل والاختصاص ، ومخالفة القانون ، والسبب ، أو الانحراف بالسلطة .
وقد يكون سحب القرار سحبا كليا أو جزئيا إذا تعلق العيب في جزء منه وكان القرار قابلا للتجزئة .
والسلطة التي تملك سحب القرار هي السلطة التي أصدرته أو السلطة الرأسيّة لها ما لم يمنح المشرع هذا الحق لسلطة أخرى .
المدة المحددة للسحب .

يقضي مبدأ المشروعية احترام الإدارة للقانون في جميع تصرفاتها ، في حين تتطلب المصلحة العامة استقرار الحقوق والمراكز القانونية القائمة ، ولا بد للتوفيق بين الأمرين أن يتم سحب القرارات الإدارية المعيبة خلال مدة معينة يتحصن بعدها القرار .
لذلك فقد استقر القضاء على اشتراط أن يتم سحب القرارات الإدارية الفردية خلال المدة التي يجوز فيها الطعن بالإلغاء أمام القضاء ، أي خلال ستين يوما من تاريخ صدورها بحيث إذا انقضى هذا الميعاد اكتسب القرار حصانة تمنعه من أي إلغاء أو تعديل .
أما بالنسبة للقرارات الإدارية غير المشروعة فيجوز سحبها في أي وقت حسبما تقتضيه المصلحة العامة .
إلا أن قاعدة التقيد بميعاد سحب القرارات الإدارية الفردية المعيبة ترد عليها بعض الاستثناءات تستطيع الإدارة فيها أن تسحب قراراتها دون التقيد بمدة معينة تمثل فيما يلي :

أ- القرار المنعدم :

القرار الإداري المنعدم هو القرار المشوب بعيب جسيم يجرده من صفته الإدارية ويجعله مجرد عمل مادي ، لا تتمتع بما يتمتع به الأعمال الإدارية من حماية ، فلا يتحصن بمضي المدة ، ويجوز سحبه في أي وقت ، كما يجوز لصاحب الشأن أن يلجأ إلى القضاء طالبا إلغاء القرار المنعدم دون التقيد بمواعيد رفع دعوى الإلغاء .

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن سحب هذه القرارات ليس ضرورياً ، لأن جهة الإدارة يمكن أن تكتفي بتجاهلها بدون الحاجة إلى إعلان ذلك صراحة ، إلا أنها تقدم على ذلك رغبة منها في أن توضح الأمور للأفراد ، وعلى ذلك فلا يجوز تقييدها في هذا المجال بميعاد معين لسحب قراراتها المعدومة . ()
ومن قبيل هذه القرارات صدور القرار من فرد عادي لا يتمتع بصفة الموظف أو من هيئة خاصة لا تمت بصلة للإدارة صاحبة الاختصاص . ()

ب- القرار الإداري المبني على غش أو تدليس :

إذا صدر القرار الإداري بناءً على غش أو تدليس من المستفيد من القرار ، فإن للإدارة أن تسحب القرار دون التقيد بمدة السحب لأنه لا يوجد و الحال هذه ما يبرر حماية المركز القانوني لهذا الشخص الذي استعمل طرقا احتيالية بنية تضليل الإدارة وحملها على إصدار القرار استنادا إلى القاعدة التي تقرر أن الغش يفسد كل شيء .

ولنكون أمام هذه الحالة لابد من أن يستعمل المستفيد من القرار طرق احتيالية للتأثير على الإدارة ، وأن تكون هذه الطرق هي التي دفعت الإدارة إلى إصدار القرار مثال ذلك قرار تعيين موظف على أساس تقديم شهادات خبرة مزورة .

وقد تكون هذه الطرق الاحتياطية التي استخدمها المستفيد طرقاً مادية كافية للتضليل وأخفاء الحقيقة ، وقد يكون عملا سلبيا محضاً في صورة كتمان صاحب الشأن عمدا بعض المعلومات الأساسية التي تجهلها جهة الإدارة ، ولا تستطيع معرفتها عن طريق آخر ويؤثر جهلها بها تأثيرا جوهريا في إرادتها مع علم صاحب الشأن بهذه المعلومات وبأهميتها وخطورها . ()

ج- القرارات الإدارية المبينة على سلطة مقيدة :

القرارات الإدارية التي تصدر بناءً على سلطة مقيدة بحيث لا يترك المشرع للإدارة حرية في التقدير ، فإنه يكون لها أن ترجع في قراراتها كلما أخطأت في تطبيق القانون دون تقيد بمدة .

ومثال القرارات التي تصدر بناءً على اختصاص مقيد قرار الإدارة بترقية موظف على أساس الأقدمية ، فإذا أخطأت الإدارة في مراعاة هذا الشرط وأصدرت قرارها متخطية الموظف المستحق إلى الموظف أحدث ، جاز لها أن تسحب قرار الترقية دون التقيد بمدة معينة . وعلى العكس من ذلك إذا مارست الإدارة اختصاصا تقديرياً ، فإنه لا يجوز لها أن ترجع في قرارها المعيب إلا خلال المدة المحدد للطعن بالإلغاء .

د- القرارات الإدارية التي لم تنشر أو لم تعلن :

من المستقر فقها وقضاء أن القرار الإداري يكون نافذاً في مواجهة الإدارة من تاريخ صدوره في حين لا يسري في مواجهة الأفراد إلا بعلمهم به بالطرق المقررة قانوناً . وبناءً على ذلك فإن لجهة الإدارة أن تسحب قراراتها الإدارية التي لم تنشر أو لم تعلن في أي وقت ومن باب أولى أن يتم ذلك في شأن القرارات الإدارية المعيبة التي لم تعلن أو تنشر . ()

الباب الخامس - العقود الإدارية

التصرفات القانونية التي تجريها لإدارة وتقصدها إلى أحداث الآراء القانونية ، أما أن تتمثل بالتصرفات التي تقوم بها الإدارة من جانب واحد وبإرادتها المنفردة وتشمل القرارات والأوامر الإدارية التي أوضحناها سابقاً .

وأما أن تتمثل بالأعمال القانونية الصادرة عن الإدارة بالاشتراك مع بعض الأفراد بحيث تتوافق الإدارتان وتتجهان نحو أحداث أثر قانوني معين و لجأ الإدارة إلى إتباع هذا الأسلوب لتحقيق هدفها في إشباع الحاجات العامة ، وفق ما يمكن تسميته بعقود الإدارة .

والعقود التي تبرمها الإدارة لا تخضع لنظام قانوني واحد ، فهي على نوعين : الأول عقود الإدارة التي تخضع للقانون الخاص والتي تماثل العقود التي يبرمها الأفراد في نطاق القانون الخاص ، والنوع الثاني هو العقود الإدارية التي تخضع لقانون العام والتي تبرمها الإدارة باعتبارها سلطة عامة تستهدف تنظيم مرفق عام أو تشغيله ، وفي هذا الجزء من الدراسة نبين موضوع العقود الإدارية في خمسة فصول كما يلي :

العقود التي تبرمها الإدارة لا تخضع لنظام قانوني واحد ، فهي على نوعين : الأول عقود الإدارة التي تخضع للقانون الخاص والتي تماثل العقود التي يبرمها الأفراد في نطاق القانون الخاص ، والنوع الثاني هي العقود الإدارية التي تخضع للقانون العام والتي تبرمها الإدارة باعتبارها سلطة عامة تستهدف تنظيم مرفق عام أو تشغيله .

تمت تقسيم هذا الباب إلى خمسة فصول كما يلي :-

الفصل الأول : ظهور فكرة العقود الإدارية .

الفصل الثاني : معيار تمييز العقد الإداري .

الفصل الثالث : إبرام العقود الإدارية .

الفصل الرابع : الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد الإداري .

الفصل الخامس : نهاية العقود الإدارية .

الفصل الأول - ظهور فكرة العقود الإدارية

لم تظهر فكرة العقود الإدارية إلا في تاريخ متأخر لا يتجاوز مطلع القرن العشرين ، وقد مر تحديد مفهوم نظرية العقود الإدارية وأسسها العامة بتطور استغرق حقبة طويلة من الزمن . وفي هذا الفصل نتناول بالدراسة نشأة نظرية العقود الإدارية ، ثم نبحث في استقلال هذه النظرية والتعريف بالعقد الإداري .

المبحث الأول - نشأة العقود الإدارية

حظيت مشكلة تحديد نشاط السلطة العامة باهتمام كبير من رجال القانون والإدارة ، واختلف هذا الاهتمام تبعاً للأفكار السياسية التي يؤمن بها كل منهم .

ولعل أبرز مذهبين كان لهما التأثير في هذا المجال هما المذهب الفردي الحر والمذهب التدخل المعاصر ، حيث وضع كل منهما أسلوباً محدداً لدور الدولة ووظيفتها في مختلف المجالات وفقاً للفلسفة السياسية التي يؤمن بها .

وكان لانتصار مفهوم الدولة التدخلية وتوسيع مجال نشاط السلطة العامة في نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين ، وانتشار المرافق العامة المهنية والاقتصادية الفضل في خلق مبادئ قانونية جديدة هي مبادئ القانون الإداري تتميز عن قواعد القانون الخاص وتتماشى مع طبيعة نشاط الإدارة وهدفها ولا تغفل في الوقت نفسه حقوق الأفراد وحررياتهم ، وساهم في ذلك بشكل كبير مجلس الدولة الفرنسي الذي يعود له الفضل في تأسيس العديد من نظريات القانون الإداري ومنها نظرية العقود الإدارية .

وقد طبقت مصر أحكام العقود الإدارية عقب إنشاء مجلس الدولة في عام ١٩٦٤ واختص مجلس الدولة بنظر منازعات العقود الإدارية بصدور القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ .

المبحث الثاني - استقلال نظرية العقود الإدارية

نشأ الكثير من الجدل حول الطبيعة القانونية للعقود التي تبرمها الدولة مع الغير ، وقد دار هذا النقاش بين قدسية الالتزامات التعاقدية وبين امتيازات الدولة التشريعية والإدارية التي تمارس من خلال أجهزتها لتحقيق المصلحة العامة . ()

ولا شك أن العقد الإداري ناتج عن توافق إرادتين على إنشاء الالتزام شأنه شأن عقود القانون الخاص وفي هذا المعنى يتضح أن العناصر الأساسية في كلا العقدين واحدة ، فيجب أن يتوافر الرضا ويجب أن يكون صحيحا وصادرا من الجهة الإدارية المختصة ، وسليما من العيوب .

ألا فيما يتعلق بالأهلية ، فأحكامها في العقد الإداري ليست كما هي عليه في العقد المدني لاختلاف أهلية الإدارة عن أهلية الشخص الطبيعي في الحكم . ()

كما يتميز العقد الإداري في أن الإدارة تكون دائما طرفا فيه ، وأن تكوينه وأن كان يتم بتوافق إرادتين لا يكون بمجرد إفصاح فرد معين من أعضاء السلطة الإدارية عن إرادته وإنما يتكون من عدة أعمال قانونية ، يشترك فيها أكثر من عضو من أعضاء السلطة الإدارية ، لأن الاختصاصات الإدارية لا تتركز في يد واحدة . ()

كذلك يجب أن يتوافر السبب في العقود الإدارية مثلما هو الحال بالنسبة لعقود القانون الخاص مع ضرورة أن يكون الباعث الدافع في العقود الإدارية هو تحقيق المصلحة العامة .

وكما هو الشأن في عقود القانون الخاص يجب أن يكون السبب موجودا ومشروعا وألا عد العقد باطلاً . من جهة أخرى يشترط في محل العقد الإداري أن يكون محددًا أو قابلاً للتحديد ومشروعا . ()

والمحل يتمثل في الحقوق والالتزامات التي ينشئها العقد على طرفيه كما هو الحال في عقود القانون الخاص مع ضرورة الذكر بأن محل العقد الإداري يتميز بمرونة خاصة توفرها الامتيازات الممنوحة لجهة الإدارة والتي تخولها تعديل التزامات المتعاقدين في بعض الأحيان تحقيقا للمصلحة العامة .

وبسبب التشابه الكبير بين الأركان في هذين العقدين ، لم يتفق الشراح على موقف واحد إزاء استقلال نظرية العقد الإداري عن النظرية التقليدية لعقود القانون الخاص ، وقد برز اتجاهان :

الاتجاه الأول :

ذهب الأستاذ Dugit إلى أنه لا يوجد فرق أساسي بين العقد المدني والعقد الإداري لأنهما متفقان في عناصرهما الجوهرية فالعقد الإداري يتمتع دائما بالخصائص نفسها والآثار عينها .

وعلى هذا الأساس لا يوجد عقد إداري متميز عن العقود التي تبرم بين الأفراد ولكن يوجد اختلاف في الاختصاص القضائي فقط إذ يرفع النزاع أمام القضاء الإداري لأن الإدارة تبرز في العقد بصفتها سلطة عامة وبقصد تسيير مرفق عام وإدارته . والفرق بين هذه العقود والعقود المدنية يشبه تماما الفرق بين العقد المدني والعقود التجارية التي تخضع للمحاكم التجارية لاستهدافها أغراضا تجارية . ()

الاتجاه الثاني:

يمثل هذا الاتجاه الذي يختلف عن السابق طائفة من الفقهاء منهم الأستاذ . Jeze () و de

laubadere () اللذان ذهبا إلى أن النظام القضائي في القانون الإداري نظام خاص مستقل عن نظام القانون الخاص لاختلاف منابعهما ومصادرهما القانونية الأساسية ، كما أن العقود الإدارية تختلف هي أيضا عن عقود القانون الخاص من حيث نظام منازعاتها والقواعد الأساسية التي تختلف بصورة

عامة عن قواعد القانون المدني وتناقضها أحياناً ، وهذه الخصوصية تمليها متطلبات المصلحة العامة التي تهدف العقود الإدارية إلى تحقيقها .

والحق أنه لا يمكننا التسليم بما ذهب إليه الاتجاه الأول وأن كان ينطوي على حقيقة مفادها وجود نقاط توافق كبيرة بين العقود الإدارية وعقود القانون الخاص ، ألا أن هذا التوافق لا ينفي وجود نظام قانوني متميز يخضع له العقد الإداري ، ينبذ الفكرة القائلة بوحدة العقد سواء إبرام بين الأفراد أم بينهم وبين الدولة .

ففي الوقت الذي تكون فيه المصالح متكافئة والمتعاقدان متساويين في عقود القانون الخاص نجد أن المصلحة العامة في ظل عقود القانون العام تتميز بالأولوية إذ تقدم المصلحة العامة للإدارة على المصلحة الخاصة للأفراد . ()

والإدارة بهذه الحال وبوصفها قائمة على تحقيق المصلحة العامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بها المتعاقد معها تخولها حق مراقبة تنفيذ العقد وتوجيه المتعاقد نحو الأسلوب الأصلح في التنفيذ ، وحق تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة ، دون أن يستطيع المتعاقد أن يتمسك بقاعدة أن العقد شريعت المتعاقدين يضاف إلى ذلك بعض الحقوق والامتيازات الأخرى التي لا مثيل لها في عقود القانون الخاص ، التي لا تهدر مصلحة المتعاقد وإنما تجعل مصلحته ثانوية بالنسبة للمصلحة العامة . ()

المبحث الثالث - التعريف بالعقد الإداري

اختلف القضاء و الفقه في وضع تعريف محدد للعقود الإدارية، وقد حاول القضاء الإداري في فرنسا ومصر والعراق حسم هذا الخلاف بتحديد المبادئ الرئيسية للعقود الإدارية.

وفي ذلك عرفت المحكمة الإدارية العليا في مصر العقد الإداري بأنه "العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره، وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمين العقد شروطاً أو شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص". ()

وقد أيد جانب كبير من الفقهاء في مصر هذا الاتجاه، منهم الدكتور سليمان محمد الطماوي، الذي ذهب إلى أن العقد الإداري "هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر في نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، وآية ذلك أن يتضمن شروطاً استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص أو يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام". () ويبدو أن الرأي الغالب سواء في مصر أم العراق قد أستقر على أن العقد يكتسب صفته الإدارية إذا توافرت فيه ثلاثة عناصر هي :

١- أن يكون أحد طرفي العقد شخصاً معنوياً.

٢- أن يتصل هذا العقد بمرفق عام .

٣- أن تختار الإدارة وسائل القانون العام .

الفصل الثاني - المعيار المميز للعقد الإداري

مر تمييز العقد الإداري عن عقود الإدارة الأخرى بمراحل زمنية متعاقبة بدأت بمحاولة المشرع تمييز عقود الإدارة بإرادته، وفق ما يسمى في نظرية العقد الإداري بمرحلة العقود الإدارية بتحديد القانون ثم أعقبت ذلك مرحلة أخرى وضع فيها القضاء الإداري عدة معايير للتمييز سميت بمرحلة التمييز القضائي للعقود الإدارية .

وفي هذا الفصل نبحت هاتين المرحلتين من مراحل تمييز العقود الإدارية .

المبحث الأول - العقود الإدارية بتحديد القانون

Contrats Administratif par Determination delaloi

يلجأ المشرع في بعض الأحيان - وعندما يجد أن تطبيق نظام القانون العام أكثر ملائمة لحل المنازعات المعروضة من القانون الخاص - إلى إضفاء الصفة الإدارية على بعض العقود ويقرر اختصاص القاضي الإداري بالنظر فيما تشيره من منازعات ويطلق على هذه العقود، العقود الإدارية بتحديد القانون . () وقد ظهر هذا التحديد أول مرة في نص المشرع الفرنسي في بداية عهد الثورة الفرنسية عندما وصف بعض العقود بأنها إدارية وخص مجلس الدولة فيما تشيره من منازعات سعياً منها لتطبيق مبدأ الفصل

بين السلطات بمنع القضاء العادي من التصدي لأعمال الإدارة، فجعل اختصاص النظر في المنازعات في شأن بعض العقود لمجلس الدولة .

وقد تمثلت النصوص التي عقدت الاختصاص فيما تثيره من منازعات لمجلس الأقاليم بموجب قانون (٢٨) بلفوز "السنة الثامنة للثورة". ()

وكذلك المرسوم الصادر في ١١-٦-١٨٠٦ المتعلق بعقود التوريد و القانون الصادر في ١٧-٧-١٧٩٠ و ٢٦-٩-١٧٩٣ المتعلق بعقود القروض العامة وعقود بيع أملاك الدولة و المرسوم بقانون الصادر في ١٧-٦-١٩٣٠ عد كل عقد يتضمن شغلا لمال عام عقدا إداريا في كل الحالات أيا كان شكله أو تسميته وسواء أبرمته الإدارة المركزية أم جهاز لا مركزي إقليمي أو مرفقي أو ملتزم لمرفق عام. ()

أما في مصر فقد حدد المشرع في المادة العاشرة من القانون (٧٤) لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة، العقود الإدارية التي يختص مجلس الدولة بنظر المنازعات الناشئة عنها بالنص "تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المسائل الآتية : حادي عشر : المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد آخر".

وقد تعرضت فكرة التحديد القانوني للعقود الإدارية لكثير من النقد لأسباب ترجع إلى طبيعة بعض العقود التي قد لا تتلائم مع التكيف الذي يضيفه عليها المشرع، وفي الحالات التي ينسجم فيها هذا التكيف مع طبيعة العقد ومضمونه فإن تحديد المشرع له يكون كاشفا فقط.

لذلك نعتقد أن ترك تحديد العقود الإدارية للقضاء لا شك أقدر على كشف الطبيعة القانونية لها، خاصة إذا كان هذا القضاء إداريا متخصصا.

المبحث الثاني - التمييز القضائي للعقود الإدارية

إزاء الانتقادات الموجهة لتحديد المشرع للعقود الإدارية و سعي القضاء نحو توسيع اختصاصه ليشمل عقوداً أخرى لسد ما في التشريع من نقص - تكفل القضاء بالبحث في الطبيعة القانونية للعقد وفق معايير محددة من قبل، وفي حالة توفرها يكون العقد إداريا ويعكسه يبقي العقد ضمن دائرة القانون الخاص.

وقد ظهرت هذه المعايير نتيجة لتطور قضائي طويل انتقلت فيه غلبة كل معيار على الآخر تباعاً . وسنتكلم فيما يأتي عن المعايير التي اعتمدها القضاء و الفقه الإداريان في تمييز العقود الإدارية.

أولاً :- أن تكون الإدارة طرف في العقد

من المسلم به أن العقد الذي لا تكون الإدارة طرفاً فيه لا يعد عقداً إدارياً، وهذا الشرط تستلزمه المبادئ العامة للقانون الإداري الذي وجد ليحكم نشاط السلطات الإدارية أما العقود التي تبرم بين الأفراد أو أشخاص القانون الخاص الأخرى فأنها تعد من عقود القانون الخاص ولو أبرمت لتحقيق المصلحة العامة .

وأشخاص القانون العام تتمثل بالدولة و الوزارات و المؤسسات الإدارية التابعة لها فضلاً عن الأشخاص العامة المحلية من محافظات ومدن وأحياء يضفي القانون عليها الشخصية المعنوية .

وفي هذا السبيل فقد استقر الرأي على استبعاد عقود القانون الخاص ولو حققت مصلحة عامة إلا في أحوال معينة بالقياس إلى العقود التي تبرم باسم الإدارة ولحسابها، وقد ذهب القضاء الإداري في فرنسا ومصر إلى أن العقود التي تبرمها الإدارة مع أشخاص القانون الخاص تعد إدارية إذا ما ظهر أن أحد المتعاقدين قد تعاقّد باسم الإدارة ولحسابها متى توفرت الشروط الأخرى من اتصال العقد بالمرفق العام وتضمينه شروطاً استثنائية .

وقد طبقت محكمة التنازع هذا الاتجاه في حكم له بشأن عقد أبرمته إحدى شركات الاقتصاد المختلط مع منشأة خاصة وتتلخص وقائع هذه القضية في أن شركة الاقتصاد المختلط التي كانت ملتزمة بتسوية وتمهيد لقريتي " ماسي و انتوني " بالتعاقد مع منشأة خاصة لمعاونتها في القيام بهذه الأشغال واعتبرت المحكمة في قرارها العقد إداريا على أساس أن شركة الاقتصاد المختلط لم تتصرف إلا باسم قريتي " ماسي و انتوني " ولحسابها. ()

وقد سلكت محكمة القضاء الإداري في مصر النهج نفسه في حكمها الصادر في ٢٤-٤-١٩٥٦ الذي جاء فيه " متى كان الثابت أن وزارة التموين بصفتها المشرفة على مرفق التموين بالبلاد تدخلت في أمر سلعة

الشاي و اتخذت من الإجراءات وأصدرت من التشريعات ما رآته كفيلاً بتحقيق ما تهدف إليه من توفير سلعة من السلع مع ضمان وصولها إلى المستهلكين بالسعر المحدد وقد استعملت في سبيل ذلك سلطتها في الاستيلاء على هذه السلعة، ووضعت القواعد التي تحكم تنظيم تداولها وتوزيعها وعهدت بذلك " لجنة توزيع الشاي " ثم المعبئين الذين أصبحوا مسؤولين عن توصيل هذه السلعة بعد تعبئتها إلى التجار في مختلف أنحاء البلاد، متى كان ثابت مما تقدم فإن ذلك في حقيقته يتضمن أمراً بتكليف هذه اللجنة بخدمة عامة ومن ثم تكون الاتفاقات والعقود التي تعقدها اللجنة هي العقود الإدارية". ()

ولا يمكن اعتبار هذا القرار خروجاً على شرط أن تكون الإدارة أحد طرفي العقد، فإذا تعاقد طرف من العقد باسم الإدارة ولحسابها فإنه يعد نائباً عن الإدارة و تنصرف آثار العقد إلى الجهة الإدارية، ولو أن محكمة القضاء الإداري لم تبين بصورة واضحة هذه الفكرة .

ومن ثم فإن المعيار العضوي لا يكفي لوحده لتمييز العقد الإداري ففي الكثير من الأحيان تكون الإدارة طرف في هذا العقد إلا أنه يعد من عقود القانون الخاص بيد أن شرط وجودها طرفاً في العقد يبقى شرطاً أساساً لإضفاء الصفة الإدارية عليه إذا ما عزز بالشروط الأخرى التي يستلزمها القضاء كمعيار لتمييز العقد الإداري .

ومع ذلك فقد استقر القضاء الإداري الفرنسي على وصف العقود بين شخصين من أشخاص القانون العام عقوداً إدارية ما لم يثبت العكس .

ومن ذلك قرار محكمة التنازع عام ١٩٣٨ في حكم U.A.P وحكم مجلس الدولة في ٨-١-١٩٨٨ الذي اعتبر فيها الاتفاقات بين حاكم أحد المقاطعات بشأن تحديد توزيع المرافق العامة بين الدول والمحليات من قبيل العقود الإدارية. ()

ثانياً : اتصال العقد بنشاط مرفق عام .

Le Rattachement Aune activite Deservice Public

لا يكفي لاعتبار العقد إدارياً أن تكون الإدارة أحد الأطراف إنما يجب البحث فيما إذا كان العقد متعلقاً بمرفق عام على وجه من الوجوه.

وبعد أن كان القضاء في فرنسا ومصر يتبنى المعنى العضوي للمرفق تطورت أحكامه للجمع بين المعنيين - ثم استقر فيما بعد على المعنى الموضوعي - فعرف المرفق العام بأنه النشاط الذي تتولاه الدولة أو الأشخاص العامة الأخرى، مباشرة أو التعهد به إلى آخرين كالأفراد أو الأشخاص المعنوية الخاصة، ولكن تحت إشرافها ومراقبتها وتوجيهاتها وذلك لإشباع حاجات ذات نفع عام تحقيقاً للصالح العام .

تطور فكرة المرفق العام :

ظهرت فكرة المرفق العام وتبلورت ابتداءً من الربع الأخير من القرن التاسع عشر فأصبحت الفكرة الأساسية، التي اعتمدتها أحكام مجلس الدولة الفرنسية ومحكمة التنازع في تقرير معيار الاختصاص القضاء الإداري ومن حكم Rotschild الصادر في ٦-٩-١٨٥٥ و Dekeister عام ١٨٦١ و Blanco بتاريخ ٨-٢-١٨٧٣. وعزز هذا الاتجاه وضع العميد Duguít لأسس نظريته عن المرافق العامة التي كان لها شأن كبير في نظريات القانون الإداري التي باتت تقوم على اعتبار المرفق العام و مقتضيات سيره، المبرر الوحيد لوجود نظام قانوني خارج عن المألوف في قواعد القانون الخاص. ()

و الدولة في هذا الاتجاه تسعى نحو تحقيق هدف معين هو حسن أداء المرافق العامة، وتستعمل في هذا السبيل وسائل القانون العام، لأن المرفق العام أصبح يمثل الفكرة الأساسية التي يقوم عليها القانون الإداري الذي أصبح يسمى " قانون المرافق العام " ويتحدد نطاق تطبيقه على أساسها.

وعلى هذا الأساس فإن العقود الإدارية لا تكتسب صفتها هذه إلا إذا اتصلت بنشاط مرفق من المرافق العامة، فأصبحت هذه النظرية معياراً مميزاً للعقد الإداري عن عقود القانون الخاص.

ونتيجة لتطور الحياة الإدارية، و التغيرات الكبيرة التي طرأت في القواعد التي نهضت عليها فكرة المرافق العامة، بتأثير من سياسة الاقتصاد الموجه و المبادئ الاشتراكية وزيادة تدخل الدولة في النشاط

الاقتصادي و الاجتماعي وما رافق ذلك من ظهور المرافق الاقتصادية و الاجتماعية و الصناعية و المرافق المهنية المختلفة، لم تعد نظرية المرافق العامة تحظى بأهميتها السابقة مما عرضها للنقد الشديد. حتى ذهب البعض إلى القول أن مفهوم المرفق وأهميته بالنسبة للقانون الإداري قد أصبحت ثانوية، في حين أعتبر آخرون ما حصل تطوراً في مفهوم المرفق العام. () ومع ما أصاب هذه النظرية من نقد بقيت أحكام مجلس الدولة الفرنسي و المصري تؤكد ضرورة اتصال العقد بنشاط مرفق عام لإضفاء الصفة الإدارية عليه. غير أن من الفقهاء من ذهب إلى أن فكرة المرفق العام كمعيار لتمييز العقد الإداري لم تعد كافية أو صالحة للتطبيق. ()

مما جعل من الضروري أن يحدد هذا المعيار بإضافة عنصر جديد يتمثل باستعمال أساليب القانون العام، بعد أن تبين ما في فكرة المرفق العام من سعة وعدم اقتصار على المرافق الإدارية وشموله للمرافق الاقتصادية و التجارية وتجلي ذلك بظهور المعيار المزدوج الذي يجمع بين فكرتي المرفق العام واستخدم وسائل القانون العام.

ففي عام ١٩٠٣ أصدر مجلس الدولة الفرنسي حكمه في قضية "Terrir" الذي كان يمثل مع تقريره مفوض الدولة "Romieu" نقطة تحول في قرارات مجلس الدولة ، فقد تعرض مفوض الدولة في تقريره إلى النظرية الإدارية الخاصة بوصفها معياراً لتوزيع الاختصاص بين القضاة المدني و الإداري وورد في تقريره " وتتم هذه التفرقة بين ما اقترح تسميته بالإدارة العامة Gest - Publ و الإدارة الخاصة Gest - Privee أما على أساس طبيعة المرفق محل النظر وأما على أساس التصرف الذي يتعين تقديره فقد يكون المرفق مع أهميته لشخص لعام لا يتعلق إلا بالإدارة دوميته خاص، وفي هذه الحالة يعتبر الشخص العام يتصرف كشخص خاص، كمالك في أوضاع القواعد العامة. ومن جهة أخرى قد يحدث أن الإدارة وأن تصرف لا كشخص خاص ولكن كشخص عام لمصلحة مرفق عام بالمعنى الحقيقي لا تتمسك بالإفادة من مركزها كشخص عام وتضع نفسها باختيارها في نفس أوضاع الفرد سواء بإبرام أحد عقود القواعد العامة ذي طابع حدده التقنيين المدني بوضوح " استئجار عقار مثلاً لتقرر فيه مكاتب إدارة ما " لا يفترض بذاته تطبيق أية قاعدة خاصة بتسيير المرافق العامة". () ومن هذا التاريخ اتجهت آراء الفقه في الأغلب إلى رأي مفاده أن الإدارة إذا ما اتبعت أساليب القانون العام فإن عقودها تنطبع بالطابع الإداري أما إذا كانت أساليبها متشابهة لأساليب الأفراد في القانون الخاص فتكون عقودها مدنية أو تجارية.

وأخذت قرارات مجلس الدولة الفرنسية تتوالى مؤكدة الاتجاه ذاته ومن ذلك حكم المجلس في ٣١-٧-١٩١٢ في قضية شركة الجرائد ورد " ومن حيث أن العقد المبرم بين المدينة و الشركة خلا من أي أشغال تنفذها الشركة وكان محله الوحيد التوريد عند التسليم حسب قواعد وشروط العقود المبرمة بين الأفراد، وإنه بهذا يثير الطلب منازعة لا يختص القضاء الإداري بنظرها". () وعلى هذا الأساس برزت فكرة العيار المزدوج في فرنسا التي تعد عقداً إدارياً إذا كانت الإدارة طرفاً فيه واتصل العقد بمرفق عام واتجهت نية الإدارة إلا الأخذ بأسلوب القانون العام. ومنذ ذلك الوقت برز مفهوم الشروط الاستثنائية غير المألوفة التي تخرج عن المألوف في قواعد القانون المدني معياراً رئيسياً ينهض إلى جانب معيار المرفق العام للتعبير عن نية الإدارة في اتباع أسلوب القانون العام.

فلا يكفي وفق هذه النظرية اتصال العقد بمرفق عام لإضفاء الصفة الإدارية على العقد مثلما لا يكفي تضمن العقد لشروط استثنائية لاعتباره عقداً إدارياً. () وفي ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر أن علاقة العقد بالمرفق العام إذا كانت ضرورية لكي يصبح العقد إدارياً ليس كافية لمنحة تلك الصفة، اعتباراً بأن قواعد القانون العام ليست علاقة حتمية بالمرفق إذ أنه مع اتصال العقد بالمرفق العام فإن الإدارة قد لا تلجأ في أبرامته إلى أسلوب القانون العام لما تراه من مصلحتها في العدول عن ذلك إلى أسلوب القانون الخاص. ()

وبالرغم من التأييد الكبير الذي حظيت به فكرة المعيار المزدوج حاول أنصار نظرية المرفق العام إحياء نظريتهم و الاكتفاء بها معيارا وحيدا لتمييز العقد الإداري واستبعاد وسائل القانون العام ممثلة في الشروط الاستثنائية عن طريق أساليب عدة لعل من أهمها نظرية اشتراك المتعاقد في تسيير المرفق العام.

نظرية اشتراك المتعاقد في تسيير المرفق العام:

بتاريخ ٢٠-٤-١٩٥٦ إصدار مجلس الدولة الفرنسي قرار مهما عد إحياء لنظرية المرفق العام، ينحصر مضمونه على أن العقد الذي يعهد إلى المتعاقد بتنفيذ المرفق العام ذاته يعد إداريا دون البحث في صفة العقد الإداري أو تضمينه شروطا غير مألوفة.

وتتلخص وقائع هذا الحكم الذي سمي بحكم الزوجين بيرتان "Epoux Bertin" إنه عندما انتهت الحرب العالمية الثانية وضع الرعاية الروس الموجودين في فرنسا في مراكز الإيواء تمهيدا إلى ترحيلهم إلى بلادهم وفي تاريخ ٢٤-١١-١٩٤٤ أبرم عقد شفوي بين رئيس أحد هذه المراكز والزوجان "بيرتان" يلتزم هذان الزوجان بمقتضاه بتغذية اللاجئين مقابل مبلغ محدد من المال عن كل فرد في اليوم. أدعى الزوجان عام ١٩٤٥ أن المقابل المستحق لها قد زاد مقداره نتيجة لزيادة كميات الأغذية التي قدمت للاجئين بأمر المركز وطلبا صرف المقابل لهذه الزيادة، إلا أن الوزارة المشرفة على المعسكرات رفضت الدفع. فأقام الزوجان الدعوى أمام مجلس الدولة.

دفعت الوزارة بعدم اختصاص مجلس الدولة بنظر النزاع مستنده أن العقد لم يتضمن شروطا استثنائية ولذلك فهو لا يعد عقدا إداريا.

إلا أن مجلس الدولة رفض هذا الدفع وحكم "إن محل هذا العقد أن يعهد في هذا الصدد إلى أصحاب الشأن بتنفيذ المرفق العام ذاته lexécution memme du service public المكلف آنذاك بكفالة إعادة اللاجئين من جنسيات أجنبية الموجودين في إقليم فرنسا إلى أوطانهم وإن هذا الطرف يكفي بذاته في دمج العقد محل البحث بصفة العقد الإداري؛ وأنه يترتب على ذلك دون حاجة لبحث ما إذا كان العقد المذكور يتضمن شروطا غير مألوفة في القواعد العامة." ()

وبعد هذا الحكم بعشرين يوما أصدر مجلس الدولة قرارا آخر يؤكد هذا المبدأ في قضية Gondrand. ودرجت محكمة التنازع على ذلك ففي قضية Houend في ١٢-٦-١٩٧٨ وفي قرارين اعتبرت المحكمة عمل موظفه في مدرسة للفتيات تقوم بمراقبة نوم الفتيات "النهوض والنوم" اشتراكا بصورة مباشرة في تنفيذ خدمة عامة تخص التعليم وكذلك اعتبرت عمل زوجها وهو عامل مكلف بصيانة بعض الأجهزة وتعليم الطلاب استعمالها.

وفي المجال نفسه اطردت أحكام القضاء الإداري الفرنسي على اعتبار الفنانين الذين يعملون في المسرح البلدي كالمغنيين أو الراقصات أو العازفين، مشتركين في تنفيذ المرفق العام وهو ما قضت به محكمة التنازع في ١٧-١-١٩٧٩ في قضية: Dme le Cachey et autres. ()

وقد وجد هذا الاتجاه تطبيقا له في قضاء محكمة القضاء الإداري المصري فورد في قرار لها في ٢٧-١-١٩٦٣ "قاعدة ضرورة اطراد سير المرافق العامة تتطلب أن تطبق على الأشخاص الذين يساهمون في تسيير قواعد معينة لا يجب تعليق تطبيقها على وجود أو تخلف شروط غير مألوفة في العقد المبرم بين الشخص المعنوي العام وبين الأفراد معاونين له، خاصة إذا توافرت للمرفق أهمية خاصة أو بلغت معاونة الفرد المتعاقد مع الإدارة درجة كبيرة فإن معيار العقد الإداري يكون حينئذ معيارا منفردا قائما بذاته لا ضرورة لبحث شروطه من ناحية ما إذا كانت تتضمن استثناءات غير مألوفة في القانون الخاص." ()

وفي الاتجاه نفسه تقريرا برزت أحكام تعد اشتراك المتعاقد في تسيير المرفق بصورة دائمة participation du Concontrant a lexécution du service public. كافيا لإضفاء الصفة الإدارية على العقد دون الحاجة للبحث عما يحتويه من شروط استثنائية غير مألوفة. وقد أيد جانب في الفقه هذا الاتجاه فذهب pequignot إلى القول إن اشتراك المتعاقد في تسيير المرفق بصفة دائمة يجعل العقد

إدارياً في جميع الأحوال دون اللجوء إلى البحث فيما إذا كان العقد يحتوي على شروط غير مألوفة أم لا ، وقد طبق "بكينو" هذه الفكرة في عقود إجارة الأشخاص والخدمات وعقود الامتياز . () وعلى هذا فإن العقد الذي يعهد إلى المتعاقد بصورة مباشرة بتنفيذ المرفق نفسه أو يتضمن اشتراك المتعاقد في تسيير المرفق بصفة دائمة يعد إدارياً دون الحاجة إلى أي شروط أخرى . وقد عد أنصار فكرة المرفق ذاته إن أحكام مجلس الدولة المؤيدة لاتجاههم قد أدت إلى استبعاد الرأي القائل بصلاحيّة الشروط غير المألوفة لتكون معياراً وحيداً لتمييز العقد الإداري ، وإن هذه الفكرة أعادت الأهمية لنظرية المرفق العام .

فذهب Lamarque إلى إن المعيار المأخوذ من موضوع العقد . ويقصد معيار تنفيذ المرفق ذاته . يبدو أكثر إيجابية . وإن اعتبار العقد إدارياً إذا احتوى على شروط غير مألوفة لا يضيف إلى العقد إلا عنصراً إضافياً . ()

في حين ذهب prosper إلى القول أن معيار العقد الإداري أصبح بصور حكم "بيرتان" في أزمة بددت الاستقرار والتوازن الذي استمر لفترة طويلة في ظل المعيار المزدوج . () كما أيد هذا القضاء جانب من الفقهاء في مصر ومنهم الدكتور عبد الفتاح حسن الذي قال : " لذلك لا غرو أن يكون حكم مجلس الدولة الذي صدر في ٢٠-٤-١٩٥٦ م - يقصد حكم بيرتان - من أحكام المبادئ أعاد الحياة لقضاء قديم ، وإعادة شابا يعمل في مجالات أكثر اتساعاً . " () إلا أن ذلك لا يعني إجماع من القضاء والفقهاء حول اعتماد هذا المبدأ معياراً كافياً لتمييز العقد الإداري فما زالت نظرية الشروط الاستثنائية تتمتع بأهمية كبيرة في هذا المجال وتحظى بتأييد جانب كبير من الفقهاء .

ثالثاً : إتباع أسلوب القانون العام :

L'emploi du procede de Droit public

بعد تراجع نظرية المرفق العام أساساً وحيداً للقانون الإداري ومعياراً لتمييز العقد الإداري دعا طائفة من الفقهاء إلى ضرورة إبراز دور السلطة العامة في تمييز العقد الإداري ، من خلال البحث فيما يتضمنه العقد من شروط استثنائية خارجة عن القانون الخاص . تكشف عن نية المتعاقدين في إتباع أسلوب القانون العام ، وإخضاع العقد لقواعده وأحكامه . ()

وقد برز هذا الاتجاه أولاً في حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية Terrier عام ١٩٠٣ ثم ما لبث أن توالى أحكام مجلس الدولة في الاتجاه نفسه فصدر في عام ١٩١٢ م حكم المجلس في قضية " شركة الجرانيت " إذ وضع مفوض الدولة Leon blum مبدأ عاماً يتعلق بمعيار التمييز بين العقود الإدارية وعقود القانون الخاص ، فبين في تقريره : " إذا تعلق الأمر بعقد يجب البحث ليس عن الغاية من إبرامه ، ولكن ما هو العقد بذات طبيعته ، ولا يكفي لكي يختص القاضي الإداري وجوب استعمال التوريد وهو محل العقد عقب تمامه لمرفق عام ؛ فيجب أن يكون هذا العقد بذاته وبطبيعته الخاصة أما من العقود التي لا يستطيع أن يعقدها ألا شخص عام أو أن يكون بشكله وتكوينه عقداً إدارياً .. فما يجب بحثه هو طبيعة العقد ذاته استقلالاً عن الشخص الذي عقده والغاية التي أبرم من أجلها " . () وعلى ذلك لم يعد اتصال العقد بالمرفق العام كافياً لكي يكتسب الصفة الإدارية ، إنما يلزم أن تكشف الإدارة عن نيتها في اختيار أسلوب القانون العام ، والوسيلة في ذلك هي تضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص .

ولأهمية هذه الشروط ، أصبحت علامة مميزة يمكن الاسترشاد بها في تقرير الطبيعة الإدارية للعقود التي تبرمها الإدارة بصفتها سلطة عامة تتمتع بامتيازات لا يتمتع بها الفرد العادي ، وتخضع العقد لنظام قانوني هو نظام القانون العام .

ولا شك أن فكرة الشروط الاستثنائية تتطلب الكثير من البحث لما ثار حولها من جدل في فقه القانون الإداري وأحكام القضاء التي لم توضح بصورة قاطعة مضمون هذه الشروط .

يكتب الأستاذ pequignot عن فكرة الشروط الاستثنائية فيقول: "أنها تبدو صعبة التحديد في أحكام القضاء الإداري .. وأنه من الصعب أن نجد في أحكام القضاء الإداري تحديدا للشروط التي يعدها هذا القضاء غير عادية". ()

في حين عد Vedel معيار الشروط الاستثنائية المعيار الحقيقي للعقد الإداري وهو الوحيد الذي يكشف عن إرادة المتعاقدين في إتباع أسلوب القانون العام . إذا كتب في هذا الصدد " الشرط الاستثنائي هو المعيار الوحيد الكافي لإضفاء الصفة الإدارية على العقد فمضمون العقد هو الذي يبين الشروط الخارجة عن القانون الخاص ، ونية الإدارة في تمسكها بمباشرة حقوق السلطة العامة ، ومعرفة التصرف الذي تتخذه الإدارة في ظل نظام السلطة العامة لا يتحقق إلا من طريق واحد هو الاختيار الذي قرره الإدارة بموافقة المتعاقد وذلك ما يكشف عن وجود الشروط الاستثنائية أو غيابها". ()

تقدير نظرية الشروط الاستثنائية :

لم تسلم نظرية الشروط الاستثنائية معياراً وحيداً للعقد الإداري ، من النقد وفي هذا المجال ذهب بعض الفقهاء إلى القول أن معيار الشرط غير المؤلف أثار صعوبات كبيرة ساعد عليها القضاء الإداري في عجزه عن تعريف الشرط غير المؤلف واتساع مفهومه ليشمل أنواع عديدة من الشروط من قبيل الشروط المانحة للإدارة امتيازات في مواجهة المتعاقد معها كحق الإدارة بالرقابة والتوجيه ، فهي وإن كانت من الشروط الغير المؤلفات فإنها لا تعد مجهولة في عقود الأفراد العاديين وهي ليست حكراً على عقود القانون العام . إذ من الممكن أن تتضمنها عقود الإذعان والعقود المبرمة بين الشركات متفاوتة القدرة والاتساع مما يتيح لأحد الأطراف أن يملي شروط أحادية الجانب من حيث الأسعار وظروف الدفع .

ومن هؤلاء الأساتذة Lamarque الذي يضيف بالقول " أن الدور الذي نسب إلى الشرط غير المؤلف دوراً مصطنعاً مجرد من كل قيمة منطوقية جوهرية". () بيد أن هذه الانتقادات لم تقض نهائياً على معيار الشروط غير المؤلفات إنما جعل لها دوراً ثانوياً فهو يتمتع بأهمية ، خاصة عندما لا يكون العقد إدارياً في مضمونه باتصاله بالمرفق العام ، إذ يتم البحث عن الشروط غير المؤلفات في حالة عدم القدرة على حسم ما إذا كان العقد يتضمن مشاركة في تنفيذ المرفق ذاته وهو ما عرف بالمعيار المتناوب .

وبالاتجاه نفسه يذهب Chapus إلى أنه يجب أن لا يعتقد إن معيار البند أو الشروط المخالفة دائماً معيار مساعد ، فالمعيار المأخوذ من الموضوع هو دائماً معيار مبدأ ، ففي كثير من الحالات يفضل القاضي استخدام معيار الشرط غير المؤلف ، فهذا يمكن أن يكون أكثر تناسبا من غيره ويجب أن لا ننسى أن معيار الشرط غير المؤلف يستطيع هو بمفرده إعطاء صفة إدارية لكل عقد . ()

إلا أن المعيار المتناوب هو الآخر لم يسلم من النقد إذا قاد تطبيقه في القضاء الإداري الفرنسي إلى نتائج غير مقبولة في بعض الأحيان ، من ذلك قرار محكمة التنازع في ٢٥-١١-١٩٦٣ في قضية Vve

Mazerand "مدام مازران" وهي مستخدمة في مدرسة عام ١٩٤٢ وحتى عام ١٩٤٦ من أجل تنظيف الأبنية ومسؤولية عن الإنارة وصيانة آلات التدفئة ثم قامت بعد ذلك بتنظيم حضانة للأطفال في المدرسة ومنذ عام ١٩٤٦ إلى ١٩٥٢ كان عليها أن تخدم في هذه الحضانة فحكمت محكمة التنازع أن العقد الذي يربطها بالبلدية هو من اختصاص القانون الخاص بين ١٩٤٢ و ١٩٤٦ ولكنه إداري من ١٩٤٦ إلى ١٩٥٢ .

مما توجب على السيدة "مازران" أن تقيم دعويين واحدة أمام المحاكم العادية والأخرى أمام القضاء الإداري . وهذا قضاء غريب تكرر في أحكام أخرى منها قرار محكمة التنازع في ٢٦-١١-١٩٩٠ في قضية

Mlle Salliege استخدمت فيها السيدة من قبل المستشفى ابتداء لمساعدة المرضى أثناء تنقلهم (مشاركة مباشرة في الخدمة الطبية) وكذلك في أعمال غسل الملابس (غياب المشاركة المباشرة) وقد تم تكليفها بهذه الأعمال الأخيرة بعد ذلك فأصبحت شخص من أشخاص القانون الخاص ، وبما أنه قد تم تسريحها من الخدمة وهي تملك الصفة الأخيرة فإن النزاع يعد من اختصاص المحاكم العادية . ()

إزاء ذلك لا نعتقد بصلاحيّة المعيار المتناوب ليكون معياراً كافياً لتمييز العقد الإداري ولا نرى مانعاً من أن يشتمل معيار التمييز المبادئ الثلاثة التي توصل إليها القضاء الإداري في سني تطوره التي استغرقت عقوداً من الزمن ، وهذا المعيار التخييري يوكل به قاضي الموضوع إذ يتفحص العقد ويطبق كل مبدأ من هذه المبادئ فإذا ما تحقق من توافر أحدها فيه كان العقد إدارياً دون الحاجة للبحث في توافرها معاً ، وإن هذه المبادئ متساوية في أهميتها فليس هناك مبدأ رئيسي وآخر مساعد وهذه المبادئ هي :

المبدأ الأول : الاشتراك المباشر في تنفيذ المرفق العام ذاته. ويقوم هذا المبدأ على أساس اعتبار العقد الذي يتضمن تنفيذ التعاقد للمرفق العام ذاته عقداً إدارياً دون الحاجة لوجود الشروط غير المألوفة. وقد ظهر هذا المعيار بحكم بيرتان ١٩٥٦ وحقق نجاحاً كبيراً من خلال شموله أغلب الموظفين في الإدارات العامة واعتبار عقود توظيفهم إدارية .

وفي هذا السبيل عد مجلس الدولة الفرنسي العديد من العقود إدارية لأن موضوعها هو تنفيذ مرفق عام ففي قرار مجلس الدولة في قضية Soc-Codiam في ٨-٦-١٩٩٤ عد العقد إدارياً عندما أبرمته مستشفى مع شركة أجهزة التلفاز لتأجير أجهزة إلى المرضى. باعتبار أن خدمة الاستشفاء تعني بالإضافة للعناية الطبية تحسين ظروف الإقامة للمرضى كذلك عدت محكمة التنازع في قرار حديث لها في ١٦-١-١٩٩٥ في قضية Cie nat,du Rhoc ,EDF العقد إدارياً لأنه يسمح بأن تستخدم شركة الكهرباء الفرنسية الطاقة المنتجة من الشركة الوطنية لمنطقة (الرون) باعتبار أن هذا العقد يتضمن تنسيقاً لوظائف الشركتين المتعلقة بالمرفق العام. ()

وهذا المبدأ في الحقيقة يتسم بسهولة التطبيق إذ تكفي الإشارة إلى طبيعة المهمة التي كان يمارسها التعاقد مع الإدارة لمعرفة العقد فيما إذا كان إدارياً من عدمه ، بالإضافة إلى أنه عد أغلب عقود التوظيف في الإدارات العامة عقوداً إدارية ومن ذلك عقود الأطباء والمهندسين والأساتذة والعاملين في المسارح العامة .

غير أنه مع حسنة شموله جميع الموظفين بمظلة القانون العام فإن القول به سيؤدي في النهاية إلى عدم الحاجة إلى البحث في مدى ارتباط مبدأ المشاركة في تنفيذ المرفق في العقد الإداري لأن جل عقود الوظيفة العامة ستعد إدارية من حيث الموضوع حتماً .

المبدأ الثاني : الشروط غير المألوفة :- إن عدم تنفيذ التعاقد للمرفق ذاته لا يجعل من العقد من عقود القانون الخاص حتماً ، إذ يتوجب على القاضي أن يبحث فيما إذا كان العقد محتوياً على شروط غير مألوفة من عدمه .

ففي هذه الحالة يستعيد مبدأ الشروط الغير مألوفة ، أهميته يذهب الأستاذ Chapus إلى القول أن كل عقد يتم الإفصاح عنه يعود للقانون الخاص ولا يعترف به كعقد إلا تبعاً للتأكد بأنه ليس إدارياً لا في موضوعه ولا من ناحية شروطه . ()

المبدأ الثالث : العقود الإدارية تبعاً لأنظمتها : منذ صدور حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية Riviere du Sant عام ١٩٧٣ برز الاتجاه الذي يعد العقد إدارياً ليس من خلال ما يحويه من شروط غير مألوفة ولا من خلال تنفيذ التعاقد للمرفق العام ذاته وإنما لقيام العقد على نظام قانوني غير مألوف ، وقد أثار هذا المبدأ عند ظهوره بعض الارتباك بخروجه عن الاستقرار النسبي في ظل المعيار المتناوب .

ونعتقد إن هذا المبدأ يمثل قاعدة ثالثة يمكن الاعتماد عليها في وضع حل لمعضلة التمييز بين العقد الإداري وعقود القانون الخاص ويؤكد ذلك اعتماده من القضاء الإداري الفرنسي في الكثير من الأحكام ومع ذلك وباستثناء بعض قرارات محكمة التنازع التي لم تعد العقود خاضعة لنظام قانوني استثنائي مثال ذلك قرارها في ١١-١٠-١٩٩٣ في قضية Soc-Central siderurgique de richemont فإنه لا يمكننا أن ننفي كون أن مبدأ النظام القانوني غير المألوف قد أصبح ركناً أو مبدأ مهماً في تمييز العقد الإداري في الوقت الحاضر .

المبحث الثالث - التعريف بأهم أنواع العقود الإدارية

تبرم الإدارة أنواعاً مختلفة من العقود الإدارية، منها عقود نظمها المشرع بأحكام خاصة ونص عليها في القانون المدني ومنها ما ورد عليه النص في لائحة العقود الإدارية، ومنها ما ترك تحديده للقضاء الإداري وفي هذا المبحث سنتناول أهم ثلاثة عقود إدارية أشارت إليها أغلب التشريعات العربية ،

- ١- عقد الالتزام أو الامتياز .
- ٢- عقد الأشغال العامة .
- ٣- عقد التوريد .

أولاً : عقد الالتزام أو الامتياز :

يعد عقد الالتزام من أهم العقود الإدارية، لأنه يمنح فرد أو شركة الحق بإدارة واستغلال مرفق من المرافق العامة .

عرفته محكمة القضاء الإداري المصرية بقولها " .. إن التزام المرافق العامة ليس إلا عقداً إدارياً يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته وتحت مسؤوليته المالية بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية، وطبقاً للشروط التي توضع لها، بأداء خدمة عامة للجمهور، وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستيلائه على الأرباح " () .

وقد ثار بشأن طبيعة عقد الالتزام خلاف فقهي كبير، إذ ذهب فريق من الفقهاء " الألمان " إلى القول أنه عمل من جانب واحد هو الإدارة. وعلى ذلك فإن آثاره لا تنشأ عن عقد وإنما عن أمر انفرادي تصدر السلطة بإرادتها المنفردة، وتملك تعديله أو إلغائه.

ولم يصادف هذا الرأي القبول لأنه ينفي دور الملتزم في تحديد شروط الالتزام ودور إرادته في إبرامه . () وانقسم الفقه الفرنسي إلى اتجاهين ذهب الأول نحو اعتبار عقد الالتزام من عقود القانون الخاص ، متجاهلاً خصائصه المميزة من حيث منحه الملتزم سلطات من طبيعة خاصة من قبيل سلطته في فرض أعباء مالية على المنتفعين بالمرفق وسلطته في شغل الدومين العام وما إلى ذلك من امتيازات أخرى ويوفرها له نظام القانون العام .

أم الاتجاه الثاني ويتزعمه الفقيه Duguít فيعتبر الالتزام عملاً قانونياً مركباً يشتمل على نوعين من النصوص الأول منها يتعلق بتنظيم المرفق العام وبسيره، وتملك الإدارة تعديل هذه النصوص وفقاً لحاجة المرفق . أما النوع الثاني من النصوص فيسمى بالنصوص أو الشروط التعاقدية التي تحكمها قاعدة " العقد شريعة المتعاقدين " ومنها ما يتعلق بتحديد مدة الالتزام والالتزامات المالية بين المتعاقدين ولا تتعدى ذلك لتشمل أسلوب الخدمات للمنتفعين .

وقد لاقى هذا الرأي ترحيباً في القضاء الإداري في فرنسا ومصر إذ أن المسلم به فقها وقضاء إن شروط عقد التزام المرفق العام تنقسم إلى نوعين : شروط لائحية وشروط تعاقدية . الشروط اللائحية فقط هي التي يملك مانح الالتزام تعديلها بإرادته المنفردة في أي وقت وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة، دون أن يتوقف ذلك على قبول الملتزم. والمسلم به إن التعريضة أو خطوط السير وما يتعلق بهما، من الشروط اللائحية القابلة للتعديل بإرادة مانح الالتزام المنفردة.

وقد سعى المشرع العراقي نحو تنظيم أحكام عقد الالتزام ليكفل حسن سير المرفق محل الالتزام ومن ذلك ما نص عليه القانون المدني العراقي بخصوص المساواة بين المنتفعين في المرفق .

وتمارس الإدارة في مواجهة الملتزم سلطة الرقابة والإشراف على ممارسة عمله وفقاً لشروط العقد والقواعد الأساسية لسير المرافق العامة .

على أن لا تصل سلطة الإدارة في إصدار قراراتها بمناسبة سلطة الرقابة حداً يغير من طبيعة الالتزام وتعديل جوهره أو أن تحل محل الملتزم في إدارة المرفق وإلا خرج عقد الالتزام عن مضمونه، وتغير استغلال المرفق إلى الإدارة المباشرة .

ثانياً : عقد الأشغال العامة :

عرفت أحكام القضاء الإداري المختلفه عقد الأشغال العامة بأنه عقد مقاولته بين شخص من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة بمقتضاه يتعهد المقاول بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة مقابل ثمن يحدد في العقد . ()

ومن هذا التعريف يتبين أنه يتميز عقد الأشغال العامة بتوافر العناصر التالية:

١- أن يتعلق موضوع العقد بعقار . ويشمل ذلك أعمال البناء والترميم والصيانة الواردة على عقار . وكذلك بناء الجسور وتعبيد الطرق وما إلى ذلك .

ويخرج من نطاق الأشغال العامة العقود الواردة على منقول مهما كانت ضخامته ، فلم يعتبر القضاء الإداري في فرنسا من عقود الأشغال العامة الاتفاقات التي يكون محلها إعداد أو بناء أو ترميم سفينة أو حظيرة متحركة للطائرات . ()

وقد توسع مجلس الدولة الفرنسي في مفهوم الأشغال العامة وأدخل في اختصاصه كثيراً من العقود التي تتعلق بصيانة الأموال العامة من قبيل أعمال التنظيف والرش في الطرق العامة، وعقود توريد ونقل المواد اللازمة للأشغال العامة، وكذلك عقود تقديم مساعدة مالية أو عينية لتنفيذ أشغال عامة . ()

٢- أن يتم العمل لحساب شخص معنوي . سواء كان العقار محل الأشغال مملوكاً لشخص عام أم مملوكاً لشخص من أشخاص القانون الخاص لكن العمل قد تم لحساب شخص معنوي عام . () كذلك اعترف القضاء الإداري الفرنسي بصفة الأشغال العامة لأشغال المرافق العامة الصناعية والتجارية التي تدار بالإشراف مباشر من مؤسسات عامة . () أو الأشغال التي تقوم بها البلدية من تلقاء نفسها في عقار مهدد بالسقوط لكفالة الطمأنينة العامة . ()

٣- أن يكون القصد من الأشغال تحقيق نفع عام .

في البداية كان مفهوم الأشغال العامة يقتصر على الأشغال التي تتعلق بعقارات تدخل في ضمن نطاق الدومين العام أما الأعمال التي تجري على عقارات تدخل في نطاق الدومين الخاص فلا تعد عقوداً إدارية .

إلا أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي لم يستقر على هذا المبدأ فعمد إلى توسيع مفهوم الأشغال العامة ليشمل الأعمال المتعلقة بعقارات مخصصة للنفع العام ولو كانت داخله ضمن نطاق الدومين الخاص .

ومن ذلك في قضية Commune de Monsegur في ١٠-٦-١٩٢١ بخصوص تعويض قاصر عن حادث أصيب به كنيسة البلدية بمدينة منسيجور إذ ورد " .. إذا كان مرفق العبادة لم يعد مرفقاً منذ قانون ٩ ديسمبر سنة ١٩٠٥ بفصل الكنائس عن الدولة فتتص المادة ٥ من قانون ٢ يناير سنة ١٩٠٧ على أن تستمر المباني المخصصة لممارسة العبادة . في غير حالات إزالة التخصيص المنصوص عليها في قانون ٩ ديسمبر سنة ١٩٠٥ . متروكة تحت تصرف المؤمنين والمكلفين بإقامة شعائر العبادة لممارسة ديانتهم ، وأنه يترتب على ذلك إن الأشغال التي تنفذ في الكنيسة لحساب شخص عام من أجل غرض ذي نفع عام تحتفظ بصفة الأشغال العامة وتدخل الدعاوي الموجهة ضد البلديات بسبب الأضرار الناشئة عن عدم صيانة الكنائس في اختصاص مجلس الأقاليم باعتبارها مرتبطة بتنفيذ أحد الأشغال العامة" .

ويتميز عقد الأشغال العامة في أن الإدارة تملك سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقد في أوسع مدى لها، إذ تملك سلطة توجيه العمال واختيار طريقة التنفيذ، كما يجوز للإدارة أن تعدل الشروط الأصلية للعقد بما يحقق المصلحة العامة .

ثالثاً : عقد التوريد :

عرفت محكمة القضاء الإداري المصرية عقد التوريد بأنه " إتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة يتعهد بقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين . " ()

ومن ذلك يتبين أنه يشترط في هذا العقد مايلي :

١- موضوع عقد التوريد أشياء منقولة دائماً، وهو ما يميزه عن عقد الأشغال العامة الذي يتعلق بالعقارات والعقارات بالتخصيص، ومن قبيل هذه المنقولات توريد مواد التموين والأجهزة والبضائع المختلفة الأخرى .

٢- اتصال العقد بمرفق عام وتضمنه شروطاً استثنائية غير مألوفة، وإلا فإن العقد يعد من عقود القانون الخاص .

ويستوي بالنسبة لعقد التوريد أن يتم دفعة واحدة أو علي دفعات متعددة ، وقد أفرز التطور الصناعي ظهور عقود جديدة دخلت ضمن نطاق عقد التوريد، تتعلق بتسليم منقولات بعد صناعيتها وسميت هذه العقود بعقود التوريد الصناعية Marches industriels والتي تقسم بدورها إلى نوعين من العقود: عقود التصنيع arches de fabrication وعقود التعديل والتحويل Marches de donversion et transomration ().

الفصل الثالث - إبرام العقود الإدارية

لا تملك الإدارة حرية واسعة عند التعاقد، مثلما هو الحال في إبرام الأفراد عقودهم. إذ فرض المشرع جملة من القيود والإجراءات تلتزم الإدارة باتباعها حفاظا على المصلحة العامة و المال العام. وقد أكدت محكمة القضاء الإداري المصرية هذا الاتجاه عندما قضت " من حيث أن الأصل في كيفية إبرام العقود الإدارية و التي يشتر فيها القيد على حرية جهة الإدارة عند تعاقدتها يرجع إلى أن الشارع هو الذي يستقل ببيان طريقة إبرام العقود العامة وهو في هذا السبيل يسعى إلى إدراك هدفين كبيرين الأول: تحقيق أكبر وفر مالي للخزينة العامة ، وهذا يستلزم بدهاء التزام جهة الإدارة اختيار المتعاقد الذي يقدم أفضل الشروط والضمانات المالية والثاني : مراعاة المصلحة الإدارية ويتطلب تبعا لذلك تمكين جهة الإدارة من أن تختار أكفا المتقدمين لأداء الخدمة التي تحرص هي على تحقيقها ". () وسنتناول في هذا الفصل طرق وأساليب اختيار المتعاقد مع الإدارة ثم نبحث في إجراءات التعاقد وفقا لما ورد بهذه اللائحة وفي مبحثين.

المبحث الأول - طرق إبرام العقود الإدارية

تتبع إدارة أساليب عدة في إبرام عقودها الإدارية وفي هذا المجال بينت لائحة العقود الإدارية طرق أساسية لإبرام العقود الإدارية أوردتها المادة العاشرة من اللائحة هي:

١- المناقصة .

٢- الممارسة .

٣- التكليف المباشرة .

٤- المزايدة العامة .

أولا : المناقصة :

يقوم نظام المناقصة على أساس وجود عدد من الراغبين في التعاقد مع الإدارة، يتنافسون فيما بينهم لتقديم العطاءات تختار الإدارة أفضلها سعرا وشروطا. ()

وتلجأ الإدارة إلى هذا الأسلوب عندما تريد الحصول على الخدمات و السلع مثلما وهو الحال في العقود الأشغال العامة و التوريد، ولا يجوز العدول عن أسلوب المناقصة إلا في حالات خاصة.

إذ ورد في المادة الحادية عشر "تبرم عقود الأشغال، وعقود التوريد وغيرها من التوريد وغيرها من العقود الإدارية - بصفة عامة - بطريقة المناقصة العامة ولا يجوز العدول عن طريق المناقصة العامة إلى

طريق آخر من طرق التعاقد .. إلا لمقتضى يستند إلى أحكام هذه اللائحة".

وتقوم المناقصة على ثلاثة مبادئ رئيسية هي:

١- الإعلان عن المناقصة .

٢- حرية المنافسة.

٣- المساواة بين المتنافسين.

١. الإعلان عن المناقصة :

إعلان الإدارة عن رغبتها بالتعاقد شرط ضروري لضمان فرص متساوية للراغبين بالتعاقد تتيح لهم تقدير كلفة المشروع موضوع العقد ونوع الخدمات المراد تقديمها وشروطها.

إذا يتوجب على الإدارة أن تضع مواصفات تفصيلية كاملة وجداول الكميات التي تبين للأفراد البنود و الإجراءات الواجب اتباعها في تنفيذ العقد و الجزاءات التي يمكن توقيعها على المتعاقد في حالة الإخلال

بأحكامه أو التأخر في تنفيذه. إضافة إلى صفة المناقصة وشروط العقد العامة. ()

وتتولى لجنة العطاءات الإعلان عن المناقصة بناء على قرار الجهة المختصة بعد التحقق من صدور الأذن من الجهة المختصة.

٢. حرية المنافسة :

من مقتضيات هذا المبدأ إعطاء الحق لكل المقاولين أو الموردين المنتمين للمهنة التي تختص بنوع النشاط الذي تريد الإدارة التعاقد عليه، أن يتقدموا بعطاءاتهم بقصد التعاقد مع أحدهم وفق الشروط التي تضعها هي. ()

ولا يجوز للإدارة أن تبعد أياً من الراغبين في التعاقد والمنتمين إلى هذه المهنة من الاشتراك في المناقصة. ويقوم أساس المنافسة الحرة في نظر الأستاذ De Laubadere على فكرة الليبرالية الاقتصادية القائمة على حرية المنافسة، وفكرة المساواة بين الأفراد في الانتفاع من خدمات المرافق العامة. () بالإضافة إلى أن هذا المبدأ يقوم على أساس وقوف الإدارة موقفاً حيادياً إزاء المتنافسين، فهي ليست حرة في استخدام سلطتها التقديرية بتقدير فئات المقاولين التي تدعوها وتلك التي تبعتها. () إلا أن هذا المبدأ لا يسري بإطلاقه، إذ ترد عليه قيود تقتضيها المصلحة العامة، تسمح للإدارة بإبعاد بعض الراغبين بالتعاقد مؤقتاً أو نهائياً من التعاقد مع الإدارة.

٣. المساواة بين المتنافسين:

يقوم هذا المبدأ على أساس أن جميع المتقدمين بعطاءاتهم يكونوا على قدم المساواة مع بقية المتنافسين، وليس للإدارة أن تقيم أي تمييز غير مشروع بينهم فلا تطلب من أحدهم ما لا تطلبه من غيرهم. () إلا أن هذا القيد لا ينبغي تعميمه، إذ أن الإدارة تستطيع أن تفرض شروطاً إضافية على المتقدمين إليها تضمن توفر خبرات خاصة أو تطلب وثائق أو شهادات معينة لا تتوفر إلا لفئة معينة من الراغبين في التعاقد.

ناهيك عن أن الإدارة تملك إعفاء بعض المتقدمين من بعض الشروط كإعفاء الشركات الوطنية من التأمين الابتدائي الواجب تقديمه أو شرط توافر القدرة المالية . و المناقصات تقسم على أنواع منها المناقصة العامة و المناقصة المحدودة :

المناقصة العامة هي تلك التي يعلن عنها لجميع الراغبين في التعاقد مع الإدارة دون تعيين، وهي القاعدة العامة في المناقصات وتقوم على أساس المبادئ الأساسية التي سبق ذكرها. وعرفت لها لائحة العقود الإدارية بأنها هي التي يعلن عنها لجميع أدوات التنفيذ بقصد الوصول إلى أصلح عرض .. ()

و المناقصة العامة أما أن تكون مناقصة داخلية أو محلية وأما أن تكون مناقصة دولية وتتبع في المناقصة المحلية إجراءات المناقصة العامة ذاتها من حيث وجوب المساواة بين المتقدمين وحرية المنافسة فضلاً عن الإجراءات الأخرى، لكن المناقصة تختلف في أن المشاركة فيها تقتصر على الشركات المحلية و المقاولين المحليين الذين يختارون من بين المقيدة أسماؤهم في السجلات المعدة لذلك وهي على ذلك يعلن عنها بالنشر في وسائل الإعلام المحلية.

في حين يعلن عن المناقصة العامة أو الدولية عن طريق النشر في وسائل الإعلام المحلية و العالمية، ويتعلق هذا النوع من المناقصات ببعض العقود المهمة التي تتطلب قدراً عالياً من الخبرة، التي لا تتوفر في الشركات المحلية، فيسمح باشتراك الأفراد و الشركات الأجنبية.

أما المناقصات المحدودة، فهي المناقصات التي يقتصر الاشتراك فيها على جهات أو أشخاص يختارون عن طريق قائمة تعدها الإدارة بأسمائهم ولا يحق لمن هم خارج هذه القائمة المشاركة إلا في حالات استثنائية. ()

وهذه القائمة تعد بناء على توافر شروط معينة تقررها الإدارة من حيث المقدرة المالية للشركات أو خبرتها الفنية في الأعمال المماثلة، وتلجأ الإدارة إلى هذا الأسلوب في حالات الضرورة ولا اعتبارات تعود إلى طبيعة المشروعات التي ترغب الإدارة بإنجازها، والتي تتطلب قدرة من الخبرة والكفاية، مثلما هو الحال في إنشاء الجسور والأنفاق و المصلي... الخ .

ثانياً : الممارسة :

يمكن للإدارة أن تلجأ إلى طريق آخر في إبرام عقودها هو طريق الممارسة، ويتم بتقديم العروض أو الاتصال بجهات أو أشخاص متخصصين و التفاوض معهم للوصول إلى أفضل الشروط و الأسعار للتعاقد. ()

ويتميز هذا الأسلوب باختصار الإجراءات الطويلة التي يستغرقها غالباً طريق المناقصة، بالإضافة إلى طابع العلنية من خلال معرفة جميع الراغبين بالتعاقد بالأسعار التي يقدمها المنافسون، و التفاوض العلني للوصول إلى الاتفاق، مثلما هو الشأن بالنسبة لعقود القانون الخاص.

ثالثاً: التكليف المباشر :

تملك الإدارة أيضاً حرية التعاقد مع الجهات بصورة مباشرة دون اتباع إجراءات خاصة، بإصدار أمر الشراء أو التكليف بالأعمال مباشرة من المختص بتوقيع العقود في الوحدات الإدارية، وفق ما يسمى بطريقة التكليف المباشر، وتلجأ الإدارة لهذا الأسلوب في أحوال معينة استثناء.

رابعاً المزايدات :

تسلك الإدارة طريق المزايدة في إبرام العقود الإدارية المتعلقة ببيع الأشياء التي تستغني عنها الإدارة أو التي يتقرر بيعها وفقاً للقانون، وتتم عن طريق تقديم عطاءات أو عروض للشراء أو بطريق المناذرة للوصول إلى أعلى الأسعار. ()

المبحث الثاني - إجراءات التعاقد

يمر التعاقد في العقود الإدارية بأربع مراحل، حددها المشروع في لائحة العقود الإدارية وأوجب اتباعها وهي :

المرحلة الأولى : استيفاء الإجراءات الشكلية السابقة على التعاقد.

المرحلة الثانية : تقديم العطاءات.

المرحلة الثالثة : فظ المظاريف و البت فيها.

المرحلة الرابعة : إبرام العقد .

المرحلة الأولى : استيفاء الإجراءات الشكلية السابقة على التعاقد.

يتطلب القانون أن تستكمل الإدارة بعض الإجراءات الشكلية قبل إبرام العقد وأهمها :

١- الاعتماد المالي.

٢- دراسة الجدوى .

٣- الحصول على تصريح بالتعاقد.

(١) الاعتماد المالي :-

الإدارة لا تستطيع التعاقد أو إجراء أي تصرف يرتب عليها التزامات مالية، ما لم تتوفر لديها الاعتماد المالي اللازم، كذلك تلتزم الإدارية أن بعدم تجاوز حدود هذا الاعتماد المالي. ويترتب على مخالفة الإدارة لهذا الالتزام مسئوليتها القانونية.

وقد أوجبت المادة الثامنة من لائحة العقود الإدارية تراعي الجهات الإدارية حدود الاعتماد قبل إبرام أي عقد من العقود الإدارية باستثناء الأعمال أو المشروعات التي تتم بالجهد الذاتي أو التطوعي أو العمل الجماعي المنظم، ولا يجوز التعاقد على أي عمل أو مشروع غير مدرج بالخطة أو الميزانية. كما لا يجوز التعاقد إلا في حدود الاعتمادات المدرج بالخطة و الميزانية للعمل موضوع العقد.

وهنا لابد من التساؤل حول مآل العقد الذي يبرم مخالفاً لشرط توافر الاعتماد المالي أو متجاوزاً لحدوده .

وفي هذا المجال نجد أن القضاء و الفقه الإداريين قد أستقرا على اعتبار تصرف الإدارة بإبرام عقودها الإدارية بهذه الظروف يكون صحيحاً وملزماً لإطرافه () مع ما يشكله من استحالة تنفيذ الإدارة لالتزاماتها المالية في مواجهة المتعاقد معها مما يرتب مسئوليتها القانونية.

وقد برر القضاء الإداري القضاء ذلك بضرورة حماية الأفراد في تعاقدهم مع الإدارة كون علاقتهم مع الإدارة فردية وليست تنظيمية مع وجوب عدم زعزعة الثقة الإدارية.

ووفقاً للقواعد العامة في التعاقد لا يمنع تعاقد الإدارة في هذه الحالة، من مطالبة المتعاقد فسخ العقد لعدم تنفيذ الإدارة التزاماتها المالية المستحقة لصالحها مع التعويض إذا كان لها مقتضى .

(٢) دراسة الجدوى :

يوجب المشرع قبل المباشرة بأي إجراء من الإجراءات التعاقد دراسة موضوع العقد وإجراء استشارات متعددة في سبيل إنجاز المشروعات وفقاً للمواصفات المطلوبة في الخطة مع مراعاة حدود الاعتماد المالي المخصص.

ونعتقد أن هذه الضوابط لا تعدو أن تكون توجيهات للإدارة تستنير بها قبل الإقدام على التعاقد ومع نص المشرع على وجوب اتباعها، لا يترتب على مخالفة ذلك اعتبار العقد باطلاً. إذ أن دراسة الجدوى من التعاقد في هذين النصوص لا تبلغ حد الاستشارة الإلزامية أو الأذن بالتعاقد. ولا يترتب على مخالفة الإدارة لهذه الضوابط إلا مسئوليتها أمام السلطة الإدارية العليا.

(٣) التصريح بالتعاقد :

يشترط قبل إبرام العقد الإداري الحصول على إذن الجهة المختصة التي يحددها القانون، وبعبارة ذلك لا يجوز للإدارة مباشرة أي إجراء من إجراءات التعاقد .

ويترتب على ذلك أن العقد الذي تبرمه الإدارة دون الحصول على الأذن معدوماً من الناحية القانونية ولا يجوز تصحيحه بصدور إذن لاحق.

وعلى ذلك لا تتوافر الرابطة التعاقدية بين الإدارة و الطرف الآخر، ويملك هذا الأخير المطالبة بالتعويض الذي لحق به على أساس المسئولية التقصيرية إذا كان له مقتضى.

المرحلة الثانية : تقديم العطاءات :

خلال المدة التي يحددها الإعلان يتقدم الراغبون بالتعاقد بعطاءاتهم، ولا يعتد بالعطاءات بعد هذه المدة. إلا إذا قررت لجنة العطاءات تمديد مدة قبول العطاءات لأسباب تتعلق بقلّة عدد العطاءات المقدمة بالنسبة لأهمية المشروع، أو عندما تطلب مد الميعاد أغلبية الشركات أو المنشآت التي دعيت للمناقصة أو طلب ذلك عدد كبير من الشركات أو المنشآت الراغبة في التقدم للمناقصة.

محتويات العطاء:

وإذا تم تقديم العطاء فيجب توافر مجموعة من المعلومات و المواصفات التي يتعلق بعضها بالراغب بالتعاقد بينما يتعلق القسم الآخر بالمشروع موضوع المناقصة. وهذه المعلومات ينبغي أن تكون واضحة ودقيقة بشكل لا يسمح بوجود لبس أو تفسير خاطئ.

وقد استقر التعامل على وجوب احتواء العطاء على ما يأتي :

أولاً : اسم ولقب وعنوان الراغب بالتعاقد وتوقيعه شخصياً على العطاء. وإذا كان مقدم العطاء شركة فيجب تقديم عقد تأسيس هذه الشركة ونوعها ومقدار رأس مالها .

ثانياً : بيان طريقة وأسلوب إنجاز المشروع ونوع المكائن والآلات التي يعتزم الراغب بالتعاقد استعمالها في التنفيذ

ثالثاً : قائمة تتضمن الأعمال المماثلة التي قام به مقدم العطاء.

رابعاً : الوثائق التي تؤيد أن مقدم العطاء غير محروم من التعامل مع الجهات الإدارية أو مستبعد من التقدم للتعامل معها وأنه لم يسبق أن أدين بجناية أو جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة

خامساً : قائمة بالأسعار التي يقترح الراغب بالتعاقد، التعاقد بها.

سادساً : أن يرفق مع العطاء التأمين الابتدائي أو المؤقت.

ولا يلتفت إلى العطاءات غير مصحوبة بهذا التأمين في الكثير من التشريعات وبعضها يستعيض عنه بخطاب ضماً وهذا الشرط يضمن جدية التقدم للمناقصة، وهو من الشروط الأساسية للنظر في العطاء، ومع ذلك يجوز لمقتضيات المصلحة العامة وبموافقة الجهة طالبة التعاقد النظر في العطاءات غير مصحوبة بالتأمين ابتدائي، إذا ما قدم صاحب العطاء أشعار من المصرف بمباشرة إجراءات إصدار التأمين.

التزام المتقدم بالعطاء بالبقاء على أيجابه :

استقر القضاء والفقه على أن إعلان الإدارة عن المناقصة يعد دعوة الإدارة. ()

وقد درجت دفاتر الشروط العامة التي تحيل إليها العقود الإدارية وتفرق في الغالب مع العطاءات المقدمة من الراغب بالتعاقد، على النص على التزام مقدم العطاء بالبقاء على أيجابه حتى نهاية المدة المحددة لسريان العطاءات.

وذهب مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في ٩-٧-١٩١٩ في قضية Crande إلى وجوب التزام مقدم العطاء بعطائه وعدم سحبه حتى ولو لم يتضمن دفتر الشروط هذا المبدأ إذ ورد فيه "منذ لحظة تقديم العطاء يلزم المتقدم نهائياً تجاه البلدية، وبناء على ذلك فادعاء السيد Crande بأنه أبدى رغبته بسحب عطائه أمر لا قيمة له". ()

واتبعت محكمة القضاء الإداري المصري الاتجاه ذاته في حكمه الصادر في ٢٤-٢-١٩٥٧ عندما قررت أن المدعي في وقائع هذه الدعوة قصد الارتباط بعطائه إلى الوقت الذي تفتح فيه المظاريف، ويخطر صاحب العطاء بقبول عطائه من عدمه. ()

ويلتزم المتقدم بالبقاء على أيجابه حتى تعلن نتيجة المناقصة إذ يتحرر مقدموا العطاءات جميعاً باستثناء من ترسو عليه المناقصة الذي يظل ملتزماً بعطائه إلى أن يتم اعتماد المناقصة.

وقد استقر الفقه والقضاء على أن التزام مقدم العطاء بالبقاء على أيجابه مصدره إرادته المنفردة. ()

ومن هؤلاء الفقيه De laubadere الذي ذهب إلى أن الالتزام الناتج عن العطاء إنما هو في الحقيقة، التزام انفرادي ويؤيد رأيه ذلك بقوله: "أن بعض فقهاء القانون الخاص يرون أن المتقدم بالعطاء في القانون المدني يلتزم بالعطاء عندما يحدد مدة لذلك يلتزم خلالها. فإن لم يحدد مدة جاز له سحب عطائه متى شاء عكس ما يحصل في المناقصات العامة حيث لا يستطيع المتقدم للتعاقد مع الإدارة سحب عطائه". ()

المرحلة الثالثة: فض المظاريف و البت فيها :

وفي اليوم المحدد لفض المظاريف تقوم اللجنة المركزية للعطاءات أو اللجنة الفرعية لها بفتح صندوق العطاءات في تمام الساعة الثانية عشر، لفحص كل عطاء على حدة بعد ترقيمه و التحقق من سلامة الأختام، ثم يقرأ اسم مقدم العطاء وقيمه الإجمالية بحيث يسمعه الحاضرون من مقدمي العطاءات ويدون ذلك بمحضر الجلسة.

بعد ذلك يجري إرساء المناقصة على صاحب العطاء الأفضل شروطاً و الأقل سعراً من بين العطاءات الأخرى، كقاعدة عامة. ومع ذلك يجوز للجنة أن ترسي المناقصة على مقدم أنسب العروض ولو لم يكن أقلها سعراً لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة، مع ضرورة أن تتمثل هذه الأسباب بعوامل جدية تتعلق بطبيعة الأعمال موضوع المناقصة وقيمتها ومواصفاتها، على أن لا يكون الفارق في الأسعار بين أنسب العروض المقدمة وأقلها سعراً كبيراً ويجب أن يكون قرار اللجنة باعتماد هذا العطاء مسبباً. ()

كذلك إذا كان العطاء الأقل سعراً مصحوباً بتحفظات فيجوز للجنة أن تفاوض صاحب العطاء لينزل عن تحفظاته كلها أو بعضها، فإذا رفض جاز التفاوض مع من يليه من مقدمي العطاء. أما إذا تساوت الأسعار بين عطاءين أو أكثر فإنه يجوز تجزئة المقادير أو الأعمال موضوع المناقصة بين مقدميها إذا كان ذلك في الصالح العام. ()

المرحلة الرابعة: إبرام العقد

إرساء المناقصة لا يعني إلزام الإدارة بإبرام العقد مع من رسي عليه العطاء فلا يعد قرار الإرساء آخر إجراءات التعاقد وإنما هو إجراء تمهيدي ينتهي بصورة قرار باعتماد الإرساء من الجهة المختصة. ()

لا نزاع في أن للجهات الإدارية السلطة تقديرية في إبرام العقود بعد فحص العطاءات وإرسائها على المتعهدين، ذلك أن تطرح المناقصة في السوق وتقديم العطاءات عنها وفحصها وإرسائها على صاحب أفضل عطاء كل ذلك ما هو إلا تمهيد للعقد الذي تبرمه الحكومة مع المتعهد ومن ثم فهي تملك كلما رأت أن المصلحة العامة تقضي بذلك إلغاء المناقصة و العدول عنها دون أن يكون لصاحب العطاء أي حق في إلزامها بإبرام العقد أو المطالبة بأي تعويض عن عدم إبرامه.

الفصل الرابع - الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد الإداري

إذا أبرم العقد الإداري فإنه يترتب عليه جملة من الآثار على طرفيه المتعاقدين، تتمثل في الحقوق والالتزامات التي تتمتع بها الإدارة من جهة وما يقابلها من حقوق والتزامات يتمتع بها المتعاقد من جهة أخرى .

وبسبب الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية فإن ما تملكه الإدارة من امتيازات يفوق ما يتمتع به المتعاقد الآخر باعتبار أنها تسعى نحو تحقيق الصالح العام . ومن قبيل هذه الامتيازات سلطتها في الرقابة والتوجيه وسلطتها في توقيع الجزاءات على المتعاقد وسلطة تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة . وعلى ذلك سنتناول حقوق والتزامات المتعاقدين في العقد الإداري في مبحثين :

المبحث الأول : سلطات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها .

المبحث الثاني : حقوق المتعاقد في مواجهة الإدارة .

المبحث الأول - سلطات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها

مع أن العقود الإدارية تتفق مع عقود القانون الخاص في أنها تنشئ بين الأطراف حقوقاً والتزامات متبادلة، غير إنها تختلف من حيث عدم تسليمها بقاعدة المساواة بين المتعاقدين، فتتمتع الإدارة بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد ترجيحاً للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة للمتعاقد . وفي ذلك تنص المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكم لها: " فبينما مصالح الطرفين في العقد المدني متساوية ومتوازنة إذا بكفتي المتعاقدين غير متكافئة في العقد الإداري تغليباً للمصلحة العامة على المصلحة الفردية من ذلك سلطة الإدارة في 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 الآخر بقاعدة العقد شريعت المتعاقدين وكذا حق توقيع جزاءات على المتعاقد وحق فسخ العقد وإنهائه بإجراء إداري دون رضاء هذا المتعاقد إنهاء مبتسراً دون تدخل القضاء." ()

وعلى ذلك نبين فيما يأتي حقوق وسلطات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها في المجالات الآتية :

أولاً : سلطة الرقابة والتوجيه .

ثانياً : سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد .

ثالثاً : سلطة تعديل شروط العقد .

رابعاً : سلطة إنهاء العقد .

أولاً : سلطة الرقابة والتوجيه Le pouvoir de control et surveillance

تتمتع الإدارة بحق الرقابة والإشراف على تنفيذ العقد، كما تملك سلطة توجيه المتعاقد وإصدار الأوامر والتعليمات اللازمة لهذا التنفيذ .

وغالباً ما تشترط الإدارة ضمن نصوص عقودها الإدارية أو في دفاتر الشروط العامة والخاصة التي تحيل عليها، حقها في إصدار القرارات التنفيذية التي تخضع التنفيذ لتوجيهها وتراقب المتعاقد في تنفيذ التزاماته .

فالإدارة عندما تتعاقد مع الأشخاص لا تتخلى عن مسئوليتها للمتعاقد معها، إنما تعاون المتعاقد في تسيير المرفق تحت إشرافها ورقابتها، ويكون لزاماً عليها الرقابة والتوجيه أثناء عمل المتعاقد في تنفيذ العقد .

ولهذه السلطة نظيرها في عقود القانون الخاص أما في العقود الإدارية فإن الإدارة تملك سلطات أوسع تتعدى الرقابة إلى توجيه المتعاقد إلى كيفية التنفيذ والتدخل باختيار الطريقة المناسبة للتنفيذ . وحق الإدارة في الرقابة والتوجيه يختلف في مداه من عقد إداري إلى آخر، فهي محدودة في عقد التوريد وأكثر اتساعاً في عقود الأشغال العامة إذ أن الإدارة غالباً ما تمارس هذه السلطة عن طريق إرسال مهندسيها لزيارة موقع العمل والتأكد من سير العمل وفقاً للمدى الزمني المحدد ووفقاً للمواصفات المذكورة في العقد وإصدار الأوامر المناسبة في هذا المجال . شريطة أن تكون هذه التعليمات لازمة لتنفيذ العمل .

ومن قبيل رقابة الإدارة وأشرفها على تنفيذ عقودها حق الإدارة في التدخل في علاقة المتعاقد بمستخدميه وعماله، وتنظيم ساعات العمل وتحديد الأجور الخاصة بهم . ()

غير أن السلطة ليست مطلقة إذ أن الإدارة تلتزم بعدم التعسف باستخدامها لتحقيق أغراض خاصة لا تتعلق بالمصلحة العامة. ومن جانب آخر يجب أن لا تؤدي الرقابة والتوجيه إلى حد تغيير طبيعة العقد ().

ثانياً : سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد

تملك الإدارة سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها إذا قصر في تنفيذ التزاماته سواء امتنع عن التنفيذ أو تأخر فيه أو نفذ الالتزام على غير الوجه المطلوب أو أحل غيره محله في التنفيذ دون موافقة الإدارة.

وتعد سلطة فرض الجزاءات أخطر السلطات التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها بقرار تصدره دون اللجوء إلى القضاء. ()

وتخضع سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها لنظام قانوني خاص هو نظام القانون العام في العقود الإدارية إذ أن ضرورة الحرص على سير المرافق العامة بانتظام وأطراد تستلزم التشدد في التعامل مع المتعاقد لإجباره على تنفيذ العقد بدقة ، ولما كانت الإجراءات المعروفة في قواعد القانون الخاص كالفسخ والتنفيذ العيني مع التعويض لا تكفي للحيلولة دون إخلال المتعاقد، استلزم أن تتمتع الإدارة بهذا الحق تحقيقاً للمصلحة العامة.

وقد درجت الإدارة على النص في عقودها في الشروط العامة والخاصة الملحقة بها على سلطة الإدارة بإيقاع الجزاءات ، وعد القضاء الإداري في فرنسا ومصر في العديد من أحكامه الشروط التي تتضمن هذا الحق شروطاً استثنائية باعتبارها امتيازاً من امتيازات السلطة العامة.

وفي ذلك قررت محكمة النزاع الفرنسية في حكمها بتاريخ ١٤-١١-١٩٦٠ في قضية Societe Vandroy - Jaspas " أن النص على الجزاءات في العقد يعد في حد ذاته شروطاً استثنائية.. " () كذلك فإن العديد من قرارات مجلس الدولة الفرنسي نصت على أن سلطة توقيع الجزاءات مستقلة عن نصوص العقد وتوجد ولو لم ينص عليها فيه أما إذا نص العقد على بعضها فإن ذلك لا يعني تقييد حرية الإدارة فيما عدا ما نص عليه، بل تستطيع الإدارة تحت رقابة القضاء أن توقع على المتعاقد أنواع الجزاءات المقررة جميعها. ()

وقد أيد هذا الاتجاه غالبية الفقهاء إلا أن المحكمة الإدارية العليا أكدت في قرارها في ٨-٤-١٩٦٧ أنه إذا توقع المتعاقدان خطأً معيناً وحدد له في العقد جزاء معيناً فلا يجوز للإدارة أن تخالف ما نص عليه العقد. إذ ورد في الحكم " إذا توقع المتعاقدان في العقد الإداري خطأً معيناً ووضع له جزاء بعينه فيجب أن تتقيد جهة الإدارة بما جاء في العقد ، ولا يجوز لها كقاعدة عامة أن تخالفه أو تطبق في شأنه نصوص لائحة كانت ماثلة أمامها عند إبرام العقد " . ()

ولا نعتقد صواب هذا الاتجاه إذ غالباً ما تكون المخالفة من الجسامته بحيث لم تكن الإدارة قد توقعت حصولها عند إبرام العقد وأن الجزاء الذي نص عليه العقد لا يتناسب مع مقدار تلك المخالفة.

هذا وتنبع فكرة الجزاءات الإدارية من مفهوم السلطة العامة في العقود الإدارية وما هي إلا تطبيق لامتياز التنفيذ المباشر الإرادة ملزمة باستخدام هذه السلطة حفاظاً على حسن سير المرافق العامة ومن غير الممكن أن تتنازل عن هذه السلطة لا جزئياً بتقييد حقها في اتباع أنواع معينة من صور الجزاءات ولا كلياً وتتمتع بسلطة تقديرية في فرض هذه الجزاءات لا يقيد بها في ذلك إلا المصلحة العامة.

أنواع الجزاءات الإدارية :

استقر غالبية الفقهاء على تقسيم الجزاءات الإدارية التي توقعها الإدارة على المتعاقد معها. إلى ثلاثة أقسام رئيسية وهي الجزاءات المالية والجزاءات غير المالية (الضاغطة) والجزاءات التي تسمح بإنهاء العقد.

١- الجزاءات المالية Les Sanctions pecunaires

الجزاءات المالية هي عبارة عن مبالغ المال التي يحق للإدارة أن تطالب بها المتعاقد إذا أخل بالتزاماته التعاقدية سواء امتنع عن تنفيذ التزاماته بالكامل أو تأخر في تنفيذها أو نفذها على وجه غير مرض بالكامل أو حل غيره محله دون موافقة الإدارة.

والجزاء المالية نوعين فقد تكون مرتبطة بحصول ضرر لحق الإدارة نتيجة لخطأ المتعاقد ، وقد تكون نوعاً من العقاب على المتعاقد بغض النظر عن صدور خطأ منه، فالجزاء المالية في العقود الإدارية لا تقتصر على تعويض الضرر بل تشمل الغرامات التأخيرية التي تعد ضماناً لإنجاز المتعاقد مع الإدارة عمله على أتم وجه ويشكل إرغاماً للمتعاقد على الوفاء بالتزاماته التعاقدية. () ويمكننا الإشارة إلى أهم أنواع هذه الجزاءات وكالاتي :

أ-التعويضات Les Dommages

من المستقر فقها وقضاء أن كل إخلال بالتزام عقدي أو بالتزام يفرضه القانون ويسبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض .

ويؤكد غالبية الفقهاء أن التعويض في العقود الإدارية يقترب من فكرة التعويض في القانون الخاص فيما يتعلق بكيفية تقديره وفي اشتراط ركن الضرر، ولكن النظامين يختلفان من حيث طريقة تحديده وكيفية تحصيله .

بل أن من الفقهاء من لا يعد التعويض من الجزاءات الإدارية لأنه تطبيق للقواعد العامة في القانون الخاص كما يرونه. ()

ولا نرى صواب هذا الاتجاه إذ أن التعويض في مجال العقود الإدارية ، يتميز في أن الإدارة تملك فرضه بإرادتها المنفردة وهي التي تحدد مقداره وكيفية تحصيل قيمته وهذه الامتيازات تبرز الطبيعة الخاصة لهذا الجزاء بصفته جزاء إدارياً ، ويضاف إلى ذلك أن التعويض في العقود الإدارية لا يعد دائماً تعويضاً عن ضرر، إذ غالباً ما يمثل إجراء ضاغظاً على المتعاقدين توخياً لتنفيذ التزاماتهم على الوجه الأكمل. ()

ويسمح التشريع الفرنسي للإدارة في كثير من الحالات بأن تلجأ إلى تحصيل التعويضات بمقتضى أوامر بالدفع تصدرها بإرادتها المنفردة . وللمتعاقد أن يطعن بالتعويض أمام القضاء ويجوز لقاضي العقد أن يقرر إعفاءه منه متى تبين له صحة الأساس الذي يبنى عليه كما يجوز له تخفيضه إذا كان مبالغاً فيه. ()

أما المحكمة الإدارية العليا فإنها تسمح للإدارة بحق تحصيل التعويض بشرط أن ينص في العقد على ذلك. بهذا الشأن تقول " لا وجه لإلزام الإدارة بأن تلجأ إلى القضاء لتحصيل منه على حكم بالتعويض، ما دام أن العقد يخولها صراحة الحق في إجراء المقاصة من أية مبالغ تكون مستحقة أو تستحق للمتعاقدين معها مهما كان سبب الاستحقاق لدى المصلحة نفسها أو أي مصلحة حكومية أخرى عن كل خسارة تلحقها . فإذا كان العقد قد نص أيضاً على أن يكون ذلك بدون الإخلال بالمصلحة في المطالبة قضائياً بالخسارة التي لا يتيسر لها استردادها فلا يعني هذا بالضرورة إلزام المصلحة بالاتجاه إلى القضاء ما دام أن حوزتها القدر من المبالغ الكافية لجبر التعويض عن الأضرار، بل النص يعني تحويل الإدارة حق الاتجاه إلى القضاء إذ لم تكف المبالغ التي في حوزتها لجبر الضرر كاملاً". ()

ب- الغرامات التأخيرية Les penales

الغرامات التأخيرية هي مبالغ إجمالية من المال تقدرها الإدارة مقدماً تتضمنها نصوص العقد بصفته جزاء يفرض على الطرف الآخر إذا تراخى أو تأخر في التنفيذ. ()

والغرامة التأخيرية جزاء من الممكن أن تتضمنه شروط العقود الإدارية كافة، وهو امتياز تتمتع به الإدارة ولو لم تتعرض لضرر ما من جراء تأخر المتعاقد لأن الضرر يكون مفترضا لتعلقه بتسيير مرفق عام .

وفي الغالب تنص العقود التي تبرمها الإدارة على اشتراط الغرامة التأخيرية، وتملك الإدارة توقيعها دون الحاجة إلى إنذار أو اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم بتطبيقها .

ويلزم النص في العقد على الغرامة تقييد الإدارة بمبلغها فلا تستطيع المطالبة بتعديل المبلغ على أساس أن الضرر يفوق على مبلغ الغرامة، كما أن المتعاقد لا يستطيع إثبات أن الإدارة لم يصيبها ضرر من جراء التأخير في التنفيذ .

أما إذا نص على مقدار من الغرامة وتضمنت الشروط العامة أو الخاصة مقدراً آخر فالعبرة بما ورد في العقد لأن إرادة الطرفين قد اتفقت على اعتبار أحكامه أساساً لالتزاماتها، أما إذا اغفلا النص على

الغرامات وتضمنتها الشروط فتعتمد الغرامات التأخيرية المنصوص عليها في الشروط لكونها جزءاً مكملًا للعقد .

لكن السؤال المهم هو هل يمكن فرض الغرامات التأخيرية ولو لم ينص عليها لا في العقد ولا في الشروط الملحقه به ٩.

ذهب جانب من الفقه أن الإدارة تملك الحق في فرض الغرامات التأخيرية ولو لم يرد عليها نص في العقد ().

إلا أن الراجح أنه لا بد من النص على الغرامات التأخيرية في العقد أو الشروط الملحقه به التي يحيل العقد عليها. وقد أوضح القسم الاستشاري بمجلس الدولة المصري هذا الأمر بقوله " أن هذه اللائحة لا تعتبر مكمله للعقد، ولا يمكن تطبيق الجزاءات المبينة ما لم يتضمن العقد أحكامها أو الإحالة عليها باعتبارها جزء مكمل له، وبذلك فإن الإدارة لا يجوز لها توقيع غرامة لم ينص عليها العقد استناداً إلى اللائحة المذكورة .." ()

ومن المستقر عليه في الفقه والقضاء الإداريين أن الإدارة تتمتع بسلطات تقديرية واسعة في فرضها للغرامات التأخيرية، ومع ذلك لا يجوز فرض الغرامة إذا كان التأخير لسبب عائد للإدارة، أو بسبب قوة قاهرة أو ظرف طارئ كذلك يعفى المتعاقد من الغرامة إذا ثبت إن التأخير قد حصل بفعل طلبه مهلة للتنفيذ ووافقت الإدارة على ذلك، أو أن التأخير حصل بفعل الغير .

ج- مصادرة التأمينات :

التأمينات هي مبالغ مالية تودع جهة الإدارة تتوقى بها آثار الأخطاء التي يرتكبها المتعاقد أثناء تنفيذ العقد الإداري ويضمن لها ملائته لمواجهة المسؤوليات الناتجة عن تقصيره ().

ومصادرة التأمينات عبارة عن شرط جزائي من شروط العقود الإدارية يتم الإتفاق عليه مع المتعاقد جزاء لإخلاله بالتزاماته التعاقدية إلا أنه يختلف عن الشرط الجزائي في عقود القانون الخاص ، في أن الإدارة تملك فرضه بإرادتها المنفردة دون الحاجة لصدور حكم من القضاء بذلك ودون أن تسلتزم تحقق ضرر ما، وبهذا المعنى يكتسب هذا الشرط طبيعته الإدارية .

والتأمين على نوعين تأمين ابتدائي يدفع عند التقدم بالعطاء للعقد لضمان جدية المتقدم بالعطاء وتأمين نهائي يدفع بعد قبول العطاء لضمان قيام المتعاقد بتنفيذ التزاماته طبقاً لشروط العقد . وليس هناك ما يمنعه من الجمع بين جزاء مصادرة التأمينات واستحقاق التعويض بما لا يتجاوز التعويض الكلي لجبر الضرر الذي أصاب الإدارة ، على أساس أن التأمين النهائي، يمثل الحد الأدنى للتعويض الذي يحق للإدارة اقتضاؤه لكنه لا يمثل الحد الأقصى، شرط أن لا ينص العقد الإداري ضمن شروطه على منع ذلك وأن يجاوز الضرر الحاصل للإدارة التأمين المودع لديها ().

٢- الجزاءات غير المالية أو الضاغطة Les Sanctions Coercitives

هذا النوع من الجزاءات لا يهدف إلى تحميل المتعاقد أعباء مالية نتيجة إخلاله بالتزاماته التعاقدية إنما يهدف إلى الضغط عليه لإجباره على التنفيذ. وتتخذ وسائل الضغط ثلاث صور:-

أ-وضع المشروع تحت الحراسة في عقد الامتياز La mise Sous Sequestre

يتعلق هذا الإجراء بعقد التزام المرافق العامة، ويتم بأن تضع جهة الإدارة المرفق موضوع العقد تحت الحراسة ، وذلك في حالة التوقف الكلي أو الجزئي للمرفق، حتى ولو لم يكن هناك خطأ منسوباً إلى الملتزم ().

فقد تفرض الإدارة هذا الإجراء بسبب التوقف الكلي أو الجزئي للمرفق لأسباب لا دخل لإرادة الملتزم بها لو كما كان التوقف راجعاً لقوة قاهرة ضماناً لاستمرار سير المرفق، وفي هذه الحالة لا يتحمل الملتزم المخاطر المالية، التي تترتب على إدارة المرفق، أما في حالة فرض الحراسة جزاءً لتقصير الملتزم فإن المشروع يدار على حسابه وتحت مسؤوليته .

ومن المعروف أن هذه السلطة تملكها الإدارة دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء بشرط أن تعذر الملتزم، ولأخير الحق في الطعن بقرار الإدارة ، طالبا للتحقق من أن الحراسة قد فرضت لدواعي المصلحة العامة في استمرار عمل المرفق وليس لدواعي أخرى .

فالإدارة معرضة لإلغاء قرارها إذا كان مشوباً بعدم المشروعية أو لم يكن له ما يبرره من ناحية توافر الخطأ مع التعويض إذا كان له مقتضى .()

ب- سحب العمل من المقابل في عقد الأشغال العامة: La Mise en regie

يقصد بهذا الجزء أن تحل الإدارة محل المقاول المقصر في تنفيذ أعماله وقيامها بتنفيذ العمل بنفسها على حسابها أو تعهد إلى غيره بتنفيذ هذه الأعمال على مسئولية المقاول وحسابه .()

وغالباً ما يتطلب قيام الإدارة بهذا الإجراء وجود تقصير أو إخلال بالغ الجسامته من المتعاقد . وتنص دفا تر الشروط العامة غالباً على الحالات التي يجوز للإدارة أن تستخدم هذا الإجراء في حالة تحققها . ومن آي اب فرض هذا الجزء على سبيل المثال:

١- إذا تأخر في البدء في التنفيذ أو تباطأ فيه على نحو ترى معه الجهة المتعاقدة أنه لن يتمكن من إتمامه في المدة المحددة بالعقد وذلك برغم تنبيهه كتابته .

٢- إذا أوقف العمل إيقافاً تاماً دون سبب معقول .

٣- إذا تأخر في تنفيذ العقد في المواعيد المتفق عليها ولم تر الجهة المتعاقدة إعطاء مهلة لذلك أو عجز عن الإنجاز في المهلة التي أعطيت له .

٤- إذا قام بنفسه أو بواسطة غيره وبطريق مباشر أو غير مباشر باستعمال وسيلة من وسائل الغش أو التدليس أو التلاعب في تنفيذ العقد أو التعامل مع الجهة المتعاقدة أثناء ذلك التنفيذ .

٥- إذا أعسر المتعاقد أو أشهر إفلاسه أو دخل في صلح مع دائنيه .

٦- إذا أهمل إهمالاً جسيمياً في تنفيذ العقد أو أغفل القيام بأحدى التزاماته الجوهرية المقررة في العقد ولم يباشر في إصلاح آثار ذلك .

هذا وقد استقرت أحكام مجلس الدولة الفرنسي والمحكمة الإدارية العليا في مصر . على وجوب أعذار المقاول المقصر في تنفيذ التزاماته ما لم يتضمن العقد نصاً صريحاً يعفي الإدارة من هذا الإجراء أو في حالة الاستعجال والضرورة .

إلا أن رقابة القضاء على قرار سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة ينصرف إلى مشروعية هذا القرار ومدى ملاءمته والتعويض عنه إذا كان له مقتضى ، لكنه لا يتعدى إلى إلغاء القرار .

ويلاحظ أن الإدارة عندما تستخدم إجراء السحب فإنها تملك احتجاز ما يوجد بموقع العمل من منشآت وقتية ومبان وآلات وأدوات ومواد وغير ذلك وأن تستعملها في إتمام العمل دون أن تكون مسئولة لدى المقاول عما يصيبها من تلف أو نقص لأي سبب كان أو دفع أي أجر عنها .

كما تملك حجز هذه الأدوات بعد انتهاء العمل ضماناً لحقوقها قبل المقاول، ولها أن تبيعها لاستيفاء هذه الحقوق وما يكون قد ترتب لها من تعويضات عما لحقها من أضرار بسبب سحب العمل .()

هذا ومن المهم التفرقة بين سحب العمل من المقاول وبين قيام الإدارة بالاتفاق معه على أن تتجزأ قسماً من الماولة بنفسها أو بالاستعانة بمقاول آخر فالمقاول يتحمل النفقات الإدارية في الحالة الأولى ولا يتحملها في الحالة الثانية .

ج - الشراء على حساب المتعاقد في عقد التوريد: Le Marche pardefut

يرتبط هذا الجزء في الغالب بعقود التوريد فإذا تخلف المتعاقد عن تنفيذ التزامه بالتوريد، تقوم الإدارة بالتنفيذ على حسابها ومسئوليتها .

وقد جرى العمل على أن تمنح الإدارة للمتعاقد مهلة أولية بإخطاره بوجوب تنفيذ التزاماته مع توقيع غرامة إذا اقتضى الأمر ذلك، إلا إذا اشترط في العقد على إعفاء الإدارة من توجيه الإنذار .

ومن المسلم به أنه يجب أن يكون إخلال المتعاقد من الجسامته بحيث يبرر للإدارة استخدام هذا الجزء، ويتمتع القضاء بسلطة تقديرية واسعة بهذا الشأن عند الطعن في مشروعية قرار الإدارة بفضه .

٣- الجزاءات التي تسمح للإدارة بإنهاء عقودها :

للإدارة سلطة إنهاء العلاقة التعاقدية بينها وبين المتعاقد معها قبل أجل المحدد في عقد الامتياز والقيام بالتنفيذ الكامل في عقود الأشغال العامة وعقد التوريد، واصطلح على هذه السلطة بالفسخ بالنسبة للعقود الإدارية المختلفة "والإسقاط" عندما يتعلق العقد بإنهاء عقد الالتزام .

أ- فسخ العقد : Resiliation du contrat

الفسخ جزء يجوز الإدارة توقيعه على المتعاقد يضع نهاية الرابطة التعاقدية بينهما، وفي الغالب تستخدم الإدارة هذا الجزء في حالة ارتكاب المتعاقد خطأ جسيماً في تنفيذ التزاماته التعاقدية. ومن المخالفات الجسيمة التي تبرر الفسخ حالة ثبوت إخلال المتعاقد بتعهد مراعاة أحكام قانون مقاطعة العدو الصهيوني و القرارات الصادرة بمقتضاه. ()

وقد ذهب جانب من الفقه إلى أن الحق الإداري بالفسخ لعدم التنفيذ هو تطبيق لما قرره المادة (١١٨٤) من القانون المدني الفرنسي ومضمونه أنه في حالة العقود الملزمة للجانبين يكون للأفراد الحق بفسخ العقد عندما لا ينفذ أحد المتعاقدين ما عليه من التزامات. ()

ولا يمكن التسليم بهذا الرأي لمخالفته المستقر في أحكام القضاء الإداري الذي يعد حق الإدارة في الفسخ قائماً بذاته مستقلاً عن العقد و الشروط كما أن الإدارة تستطيع أن تفرض هذا الجزء دون أن تلجأ إلى القضاء للحصول على حكم الفسخ اعتماداً على سلطتها في التنفيذ المباشر، على خلاف المستقر في القانون الخاص وما تقضي به المادة المذكورة. ()

ومن المبادئ العامة المستقرة قضاء أن يكون قرار الفسخ مسبقاً بأعذار المتعاقد، إلا إذا اشترط في العقد على إعفاء الإدارة منه أو إذا ثبت من ظروف الحال أن الأعذار لا فائدة منه.

وتملك الإدارة فسخ العقد بإرادتها المنفردة حتى ولو لم ينص العقد على هذا الحق ودون الحاجة إلى انتظار موافقة القضاء على إيقاعه .

ورقابة القضاء على مشروعية قرار الفسخ وملاءمته لخطأ المتعاقد تنصرف إلى التعويض في حالة مخالفة القرار للمشروعية دون التعدي إلى إلغاء القرار.

ب- الإسقاط : Decheance

الإسقاط هو المصطلح الذي أطلقه مجلس الدولة الفرنسي على فسخ عقد الالتزام، والإسقاط، طريقة من طرق إنهاء العقد الإداري قبل انقضاء مدة انتهائه الطبيعية، وما هو إلا جزء توقعه السلطة مانحة الالتزام على الملزم نتيجة لإخطاء جسيمة اقترفها في إدارته للمرفق، بحيث يصبح من المتعذر الاطمئنان إلى استمراره في إدارة المرفق وتسييره على نحو سليم، ولا يستحق الملزم أية تعويضات نتيجة لإسقاط التزامه .

وبهذا يختلف الإسقاط عن الاسترداد التي تقرره السلطة مانحة الالتزام في أي وقت تشاء قبل انتهاء مدة الامتياز الممنوحة للملزم حتى ولو لم يصدر أي خطأ من جانبه، مقابل تعويض يكون واجباً على الإدارة لقاء حرمان الملزم من إدارة المرفق حتى نهاية مدة الالتزام. ()

وتملك الإدارة هذا الحق ولو لم ينص في عقد الامتياز، لكن المعتاد أن عقود الامتياز تتضمن نصاً خاصاً ينظم هذه الحالة لأهمية هذه العقود التي تتعلق بتسيير مرافق عامة.

ومن الأخطاء الجسيمة التي استقر مجلس الدولة الفرنسي على اعتبارها من الأخطاء التي تبرر اتخاذ قرار الإسقاط، التنازل عن الالتزام دون موافقة الإدارة، والإخلال المستمر والمنظم بالتزامات التعاقدية، أو ترك المرفق دون استغلال، أو عدم أداء المستحقات المالية للجهة مانحة الالتزام أو إخلاله بالالتزام جوهري في العقد. ()

ويتوجب على الإدارة عند إصدار قرار الإسقاط أن تحذر الملزم ولولم ينص العقد أو الشروط على ذلك إلا إذا نص العقد على إعفاء الإدارة من هذا الإجراء أو أعلن الملزم صراحة أنه لم يعد يستطيع إدارة المرفق، أو إذا كان الإسقاط بسبب الإفلاس أو التصفية القضائية بالنسبة للملزم. ()

وينفرد عقد الامتياز في فرنسا بوجود أن يكون قرار الإسقاط صادراً عن قاضي العقد فالإدارة لا تستطيع ممارسة هذا الحق ابتداء ما لم ينص العقد على هذا الحق أو تتضمنه الشروط العامة أو الخاصة الملحقة بالعقد .

وفي هذه الحالة يتمتع مجلس الدولة بسلطة واسعة في الرقابة على قرار الإدارة بالإسقاط لتجاوز المشروعية والملاءمة إلى التعويض والإلغاء. ()

ولا يأخذ مجلس الدولة في مصر بهذا إذ تتمتع الإدارة بسلطة إسقاط الالتزام دون الحاجة إلى نص في العقد أو شرط في دفاتر الشروط، بناء على ما تملكه من سلطة التنفيذ المباشر. ()

ثالثاً : سلطة تعديل شروط العقد :

من المبادئ الرئيسية التي تقوم عليها عقود القانون الخاص قاعدة العقد شريعتة المتعاقدين ومضمونها أن لا يجوز لأي من المتعاقدين التحلل من التزاماته بصورة منفردة ولا يجوز لأي من المتعاقدين تعديل العقد أو نقضه إلا بالاتفاق مع المتعاقد الآخر .

إلا أن الطبيعة الخاصة للعقود الإداري وعدم مساواة المتعاقدين لكون الفرد يسعى لتحقيق مصلحته الخاصة بينما تسعى الإدارة لتحقيق المصلحة العامة. مما تقتضي ترجيح كفة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، ومن مستلزمات ذلك أن لا تنقيد الإدارة بقاعدة العقد شريعتة المتعاقدين، وأن تتمكن من تعديل عقودها لتتمكن من تلبية التغيير المستمر في المرافق التي تديرها .

وقد نشأ جدل فقهي كبير حول مسألة تمتع الإدارة بهذه السلطة بين مؤيدين ومعارضين. فقد ذهب الفقيه لوليه L huillier إلى إنكار هذه السلطة والقول أن سلطة الإدارة في تعديل الإدارية، فكرة ابتدعها الفقه ولم تؤيد بأحكام مجلس الدولة الفرنسي، وأضاف أن هذه الفكرة وجدت في قضاء مجلس الدولة، إنما تجد أساسها في تفسير العقد وفقاً لنية المتعاقدين التي تتضح في نص صريح أو ضمني من نصوص العقد ذاته أو اللائحة المرفقة به . ()

بينما ذهب الرأي الراجح من الفقه الفرنسي إلى وجود سلطة تعديل الإدارة لعقودها الإدارية كقاعدة عامة من مقتضاها إن الإدارة تملك أثناء تنفيذها العقد سلطة تغيير شروطه وتعديل مدى التزامات المتعاقد بالزيادة أو بالنقصان، وتشمل هذه القاعدة العقود الإدارية جميعها دونما حاجة إلى نص في القانون أو شرط في العقد . ()

وقد اعترف مجلس الدولة الفرنسي بفكرة تعديل العقود الإدارية أول مرة في ٢١-٢-١٩١٠ في القضية الخاصة بشركة (ترام مرسيليا) المتعلقة بعقد التزام مرفق عام، ثم امتدت هذه السلطة لتشمل العقود الإدارية كافة . ()

ولاقى هذه السلطة القبول لدى الفقه والقضاء الإداريين وأصبحت الإدارة تفرض بإرادتها المنفردة على المتعاقد معها تغيير أحد شروط العقد كمدته أو أوضاع تنفيذه أو كمية الأعمال المراد تنفيذها . () هذا ويجوز للمتعاقد أن يطلب من الجهة الإدارية المتعاقدة تمديد مدة العقد إذا كانت هناك أسباب جوهريّة تبرر ذلك .

ويقدم طلب التوريد من جانب المتعاقد إلى الجهة المتعاقدة مرفقاً ببيان للمبررات والأسباب بوضوح والمدة الإضافية المطلوبة، ولا يجوز في هذه الحالة للمتعاقد أن يطالب الجهة المتعاقدة بأية نتيجة لهذا التمديد .

شروط استعمال الإدارة لسلطة التعديل :

أن سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري ليست سلطة مطلقة دون قيود ولهذا فإن القانون الإداري وأحكام القضاء قد فرضت على الإدارة قيوداً لا بد من مراعاتها عندما تنوي استخدام سلطة التعديل وهذه المبادئ والأحكام يمكن إجمالها بما يلي :

١- اقتصار تعديل العقود على نصوصه المتصلة بتسيير المرفق وحاجاته :

أن طبيعة احتياجات المرفق المتغيرة باستمرار هي التي تقتضي بتعديل بعض نصوص العقد، ويجب أن لا يمس هذا التعديل النصوص المتعلقة بالامتيازات المالية لأن هذا الأمر سيؤدي حتماً إلى عزوف الأفراد عن التعاقد مع الإدارة .

قضت محكمة القضاء الإداري المصري " أن سلطة الإدارة في التعديل ليست مطلقة، بل يرد عليها قيود منها أنها تقتصر على نصوص العقد المتعلقة بتسيير المرفق وحاجاته ومقتضياته " . ()

إلا في أحوال معينة استثنيت الشروط العامة الملحقه بالعقود الإدارية في بعض الدول وأجازت تعديل أجور السلع وأسعارها في عقود التزام المرافق العامة مع الأخذ بالحسبان التوازن المالي للعقد . ()

كما يشترط أن تكون تلك التعديلات في حدود معقولة على أساس مداها بحيث لا تؤدي إلى فسخ العقد الأصلي أو تبدل موضوعه أو تضع العقوبات في طريق تنفيذ العقد .

٢- وجود ظروف قد استجدت بعد إبرام العقد :

اثر النقاش حول وجوب أن تكون قد استجبت ظروف بعد إبرام العقد تبرر إقدام الإدارة على تعديل عقودها لكي تستخدم سلطتها على هذا الأساس .

ذهب الدكتور ثروت بدوي إلى تأكيد أن سلطة الإدارة في التعديل لا تقوم إلا إذا استجبت بعد إبرام العقد ظروف تبرر هذا التعديل، فإذا أخطأت الإدارة في تقرير مقتضيات سير المرافق العامة، فهي لا تملك بعد ذلك تعديل العقد بما يتفق ومقتضيات سير المرافق العامة. (٢)

ويرد الدكتور سليمان الطماوي على هذا الرأي بالقول "أن هذا الرأي يتجاهل الأساس الذي تقوم عليه سلطة التعديل فهي مرتبطة بالقواعد الضابطة لسير المرافق العامة ومن أولها قاعدة قابلية المرافق العامة للتغيير، والمرفق العام يقبل التغيير في كل وقت متى ثبت أن التغيير من شأنه أن يؤدي إلى تحسين الخدمة التي يقدمها إلى المنتفعين، وفكرة التعديل هي فكرة ملازمة للقاعدة السابقة، وسواء أكانت الإدارة مخطئة أو غير مخطئة في تقديراتها، فإنه يجب أن تمكنها من تنظيم المرافق بالطريقة التي تحقق الصالح العام على أتم وجه ممكن، لأننا لسنا بصدد عقاب الإدارة على خطئها ولكن بصدد أعمال القواعد الضابطة لسير المرافق العامة." (٣)

ويبدو أن رأي الدكتور "سليمان الطماوي" أكثر صواباً لأن عدم قدرة الإدارة على التوقع أو توقعها غير السليم لا يسلب حقها بضرورة مواجهة الظروف المستجدة التي قد يتعرض لها المرفق . أما إذا ثبت أن الظروف التي تدعي الإدارة أنها قد استجبت كانت موجودة عند إبرام العقد أو أن الإدارة لا تستهدف من التغيير مقتضيات المصلحة العامة وضرورة تسيير المرافق العامة وإنما تسعى لتحقيق مصالح خاصة، فإن للمتعاقد أن يلجأ إلى القضاء لإقتضاء التعويض المناسب .

٣- الالتزام بموضوع العقد :

لا يجوز أن يؤدي التعديل إلى تغيير طبيعة العقد، فلا يجوز للإدارة أن تجري من التعديلات ما يجعل المتعاقد أمام عقد جديد ففي هذه الحالة يكون للمتعاقد أن يطلب فسخ العقد ويمتنع عن التنفيذ. وقد جرى القضاء الإداري في فرنسا على عدم جواز تعديل نصوص العقد الأساسية على أساس أن الشروط غير قابلة للتعديل، إذ أن ذلك يستلزم أخذ موافقة الطرف الثاني وإقالة العقد القديم وإنشاء عقد جديد متى توافرت عناصره (٤).

٤- احترام قواعد المشروعية :

يجب على الإدارة في الأحوال التي يجوز لها تعديل العقد أن تحترم مبدأ المشروعية ، إذ لا بد أن يصدر قرار التعديل من سلطة مختصة به وفق الصيغة التي حددها القانون ، وينبغي أن يكون قرارها موافقاً للأنظمة النافذة .

وقد استقرت أحكام القضاء الإداري على أن الإدارة لا يحق لها إجراء أي تعديل في شروط العقد إلا إذا اقتضت ذلك المصلحة العامة، فللإدارة حق تعديل شروط العقد وإضافة شروط جديدة بما يتراءى لها أكثر اتفاقاً مع الصالح العام (٥) . أو كلما اقتضت المصلحة العامة ذلك (٦) .

رابعاً : سلطة إنهاء العقد :

تتمتع الإدارة بامتياز مهم في عقودها الإدارية هو قدرتها على إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة قبل إتمام هذا العقد نهائياً، دون أن يصدر خطأ من جانب المتعاقد.

وقد ورد في حكم محكمة القضاء الإداري المصري "أن العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة .. ويتربط على ذلك أن للإدارة دائماً سلطة إنهاء العقد إذا قدرت أن هذا يقتضيه الصالح العام وليس للطرف الآخر إلا الحق في التعويض إن كان له وجه وهذا على خلاف الأصل في العقود المدنية التي لا يجوز أن يستقل أحد الطرفين بفسخها أو إنهاؤها دون إرادة الطرف الآخر" (٧) .

وغالباً ما تضمن الإدارة عقودها شرط تمتعها بهذا الامتياز تجاه المتعاقد معها، وتضمنه في أحيان أخرى في دفاتر الشروط العامة والخاصة، إلا أن ذلك لا يعني أن الإدارة لا تملك إنهاء عقودها إذا لم يوجد مثل هذا الشرط، فمن المستقر فقها وقضاء أن هذه السلطة موجودة خارج شروط العقد ونصوص القوانين والأنظمة (٨) .

وقد اختلف الفقهاء في تحديد الأساس القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية دون خطأ إلا أن أغلبهم ذهب إلى أن هذه السلطة ما هي إلا صورة من صور التعديل الانفرادي، على أساس أن الإنهاء هو تعديل للشرط الخاص بالمدة.

وفي ذلك ذهب Rivero إلى أن حق الفسخ الانفرادي هو امتداد طبيعي لسلطة الإدارة في التعديل الانفرادي (.) .

بينما ذهب Benoit إلى أن حق الإدارة في فسخ عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة هو مبدأ مقرر بواسطة القضاء، إلا أنه يضيف إلى ذلك أن هذه السلطة تختلف عن سلطة التعديل الانفرادي فلكل منها نطاقها المستقل إذ أن التعديل معناه أن يفرض على المتعاقد تقديم أشياء أو أداء أعمال لم ينص عليها في العقد في حين يشمل الإنهاء كل حذف جزئي أو كلي لالتزامات المتعاقد دون أن يطلب منه تقديم بديل عنها (.) .

وأوضح جانب آخر من الفقهاء أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد إنما تقوم على ضرورات المرافق العامة التي تستلزم إنهاء العقود التي لم تعد نابعة أو متماشية مع المصلحة العامة، ومن أنصار هذا الرأي الفقيه Pequignot، الذي ذهب إلى أنه من غير المعقول أن يصبح العقد حائلاً دون تحقيق أهداف الإدارة وتأمين المنفعة العامة (.) . وقد أيد هذا الاتجاه جمع كبير من الفقهاء العرب (.) .

ويمارس القضاء الإداري رقابته على قرار الإدارة بإنهاء العقد للمصلحة العامة من حيث مدى مشروعيتها وتأسيسه على مقتضيات المصلحة العامة، فإذا تبين للقضاء أن قرار الإنهاء لم يرقم على أسبـا قرار الإنهاء لم يرقم على أسباب مشروعية حكم للمتعاقد بالتعويض المناسب، دون أن تمتد سلطة المحكمة للبحث في ملائمة القرار وإلغائه. على أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي يملك إلغاء قرار الإنهاء إذا تبين أنه لم يؤسس على سبب مشروع بالإضافة إلى حق المتعاقد في الحصول على التعويض المناسب لما لحقه من ضرر نتيجة إنهاء العقد قبل أوانه دون تقصير منه .

المبحث الثاني - حقوق المتعاقد في مواجهة الإدارة

مثلما تملك الإدارة حقوق في مواجهة المتعاقد معها، فإن الأخير يتمتع بحقوق تماثله وتتمثل هذه الحقوق في حقه في الحصول على المقابل النقدي وحقه في اقتضاء بعض التعويضات، وأخيراً حقه في ضمان التوازن المالي للعقد.

أولاً : المقابل النقدي :-

يسعى المتعاقد مع الإدارة لتحقيق مصالح مادية من وراء تعاقدته تتمثل بالمقابل النقدي للسلع أو الخدمات التي قدمها للإدارة وفقاً لالتزاماته التعاقدية .

وتختلف طبيعة هذا المقابل باختلاف العقود الإدارية، ففي عقد الامتياز يتمثل بما يحصل عليه المتعاقد من رسوم تفرض على المنتفعين من خدمات المرفق ، أما في عقود التوريد والأشغال العامة، قد يكون بشكل الثمن الذي تدفعه الإدارة نظير السلع التي تم توريدها أو الأشغال التي تم تنفيذها.

والقاعدة فيما يخص المقابل المادي تنص على أن لا يدفع إلا بعد إنتهاء تنفيذ العقد، وتسوية الحساب الختامي إلا في بعض الحالات التي تتعلق بطبيعة العقد الذي يتطلب تنفيذه مدة طويلة.

ثانياً : حق اقتضاء التعويضات :-

للمتعاقد وفقاً للقواعد العامة أن يتقاضى بعض التعويضات في حالة تسبب الإدارة بإحداث ضرر به لعدم تنفيذه التزاماته التعاقدية .

كذلك يتقاضى المتعاقد التعويض عن الأعمال الإضافية التي ينجزها ولم تكن واردة بالعقد إذا كانت هذه الأعمال ضرورية لتنفيذ العقد وتكون مطالبته في هذه الحالة استناداً إلى قاعدة الإثراء بلا سبب (.) . كما يستحق المتعاقد التعويض إذا واجه أثناء تنفيذ العقد صعوبات مادية استثنائية لم تدخل في حساب طريف العقد وتقديرهما عند التعاقد وتجعل التنفيذ أكثر من الكلفة التي قدرها .

وقد أفتت الجمعية العمومية لقسم الرأي في مصر بتاريخ ٤ / ٢ / ١٩٦٤ "أن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة تجمل في أنه إذا ما صادف المتعاقد في تنفيذ التزاماته صعوبات مادية ذات طبيعة استثنائية

خالصة، ولا يمكنها توقعها بحال من الأحوال عند إبرام التعاقد وتؤدي إلى جعل تنفيذ العقد مرهقا فإن من حقه أن يطالب بتعويض كامل عما تسببه هذه الصعوبات من أضرار" ().

ثالثا : ضمان التوازن المالي للعقد :-

أن الاعتراف للإدارة بسلطة تعديل شروط العقد وزيادة أو إنقاص التزامات المتعاقد معها بإرادتها المنفردة لابد أن يقابلها من جانب آخر حق للمتعاقد يتمثل بمنحه من الامتيازات المالية ما يساوي الزيادة في التزاماته، فالعدالة تقتضي أن يكون من طبيعة العقود الإدارية أن تحقق بقدر الإمكان توازنا بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة وبين المزايا التي ينتفع بها .

وأصطلح على هذه الفكرة بفكرة التوازن المالي للعقد، وقد أقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي هذه الفكرة في العديد من أحكامه وخاصة في مجال عقود الالتزام كما أشار إليها الكثير من مفوضي الدولة. ففي تقرير مفوض الدولة ليون بلوم Leon blum في قضية (الشركة الفرنسية العامة للترام) بتاريخ ٢١-٣-١٩١٠ أوضح أنه "إذا انهار الاقتصاد المالي للعقد، وإذا أدى استعمال السلطة مانحة الالتزام حقها في التدخل إلى حدوث شيء من الاختلاف في هذا التوازن بين المزايا والأعباء، بين الالتزامات والحقوق.. فليس ما يمنع الملتزم من اللجوء إلى قاضي العقد فيثبت أن التدخل وإن كان مشروعا في ذاته وإن كان ملزما له، سبب له ضررا يتعين تعويضه عنه" ().

وقد انقسم الفقه في تحديد معنى التوازن المالي للعقد إلى جانبين ذهب الجانب الأول منه ويتزعمهم الفقيه Pequignot إلى القول أن التوازن المقصود هنا هو وضع نسبة حسابية دقيقة بين التزامات المتعاقد وحقوقه ().

بينما ذهب الجانب الآخر إلى أن التوازن المالي للعقد لا يعني الجمود الحسابي بين الحقوق والالتزامات، وإنما يقصد به مرونة التزامات المتعاقد مع الإدارة تقضي مرونة حقوقه في مواجهة الإدارة، فيكون من الضروري أن تناسب حقوق المتعاقد معه التزاماته، زيادة أو نقصا على الأقل إذا كان حصول هذه الزيادة أو النقص بفعل الإدارة .

وهذا الاتجاه هو الراجح فقها وقضاء، فقد قضت محكمة القضاء الإداري المصري في ٣٠-٦-١٩٥٧ "أن الفقه والقضاء الإداري قد خلق نظرية الظروف الطارئة ونظرية التوازن المالي للعقد وغيرها من النظريات والقواعد التي تحقق بقدر الإمكان توازنا بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة وبين المزايا التي ينتفع بها.. أن من حق المتعاقد المضار من حالة الظروف الطارئة أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته في هذه الخسائر التي تحملها فتعوضه عنها تعويضا جزئيا..". ثم يستمر هذا الحكم ليقرر مبدأ استقلال نظرية التوازن المالي للعقد عن النظريات الأخرى فيقول : "ومن هذا تختلف هذه النظرية " نظرية الظروف الطارئة" عن نظرية التوازن المالي للعقد من ناحية أن نظرية التوازن المالي 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 فإن العقد يظل قائما وموجودا كما هو، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن التعويض تأسيسا على نظرية التوازن المالي للعقد يكون تعويضا كاملا عن جميع الأضرار التي تصيب المتعاقد أما في حالة الظروف الطارئة فإنه يكون مقصورا على معاونة ومساهمة في مقدار الضرر.. ()

وعلى هذا فإن فكرة التوازن المالي تتعلق بالاختلال المالي للعقود بفعل الإدارة وهي فكرة ملازمة للتعديل في العقود الإدارية ولا يمكن الاعتماد عليها أساسا فيما يتعلق بالنظريات الأخرى التي تحدد الالتزامات التعاقدية كنظرية عمل الأمير ونظرية الظروف الطارئة ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، ونجد أن من المناسب أن نتناولها تباعا.

١-نظرية عمل الأمير Theorie du fait du prince

يراد بعمل الأمير جميع الأعمال الإدارية المشروعة التي تصدر عن السلطة الإدارية المتعاقدة، وتؤدي إلى ضرر بالمركز المالي للمتعاقد معها .

وهذه النظرية من خلق مجلس الدولة الفرنسي وقد كان يطبقها بالنسبة لجميع الأعمال الإدارية التي تصدر من السلطات العامة في الدولة وينتج عنها إخلال بالتوازن المالي للعقد، إلا أنه ضيق من

نطاق هذه الأعمال وحصرها بالأعمال الصادرة عن الجهة الإدارية التي أبرمت العقد، وقد اتبع القضاء الإداري في مصر هذا الاتجاه .

فقد ورد في فتوى صادرة عن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مصر أن عمل الأمير هو " إجراء خاص أو عام يصدر عن جانب الجهة الإدارية المتعاقدة لم يكن متوقعا وقت التعاقد، يترتب عليه إلحاق ضرر خاص بالمتعاقدين لا يشاركه فيه سائر من يمسهم الإجراء " () .

شروط تطبيق النظرية :

يشترط لتطبيق نظرية الأمير توافر ما يأتي :-

١- أن يتعلق عمل الأمير بعقد إداري : لا تقوم نظرية الأمير إلا بخصوص تنفيذ عقد إداري أي كان نوعه، ولا مجال لتطبيق هذه النظرية على عقود القانون الخاص .

٢- أن يكون الفعل الضار صادرا من جهة الإدارة المتعاقدة : ومع ذلك فإذا صدر هذا الفعل من جهة أخرى لا يمنع من تطبيق نظرية الظروف الطارئة إذا توافرت شروطها، ويستوي أن يكون هذا الفعل قد صدر بشكل تشريع أو قرار إداري. ()

٣- أن ينتج عن هذا الفعل ضرر للمتعاقدين : ويتمثل هذا الضرر في زيادة أعباء تنفيذ شروط التعاقد إلى حد يخل بالتوازن المالي للعقد، ولا يشترط في هذا الضرر درجة معينة من الجسام، فقد يكون جسيما أو يسيرا وبهذا تختلف نظرية فعل الأمير عن نظرية الظروف الطارئة التي تتطلب إصابة المتعاقدين بضرر جسيم لتطبيقها .

٤- أن لا تكون الإدارة المتعاقدة قد أخطأت بعملها الضار: يشترط لتطبيق هذه النظرية أن تتصرف الإدارة في حدود سلطاتها المعترف بها وأن لا تكون الإدارة قد أخطأت باتخاذ هذا العمل .

فالإدارة تسأل في نطاق هذه النظرية بصرف النظر عن قيام خطأ في جانبها، ذلك أن المسؤولية هنا تكون مسؤولية عقدية بلا خطأ أما إذا انطوى تصرفها على خطأ، فإنها تسأل على أساس هذا الخطأ . ()

٥- أن يكون الإجراء الذي أصدرته الإدارة غير متوقع : يشترط لتطبيق هذه النظرية أن يكون الإجراء أو التشريع الجديد غير متوقع الصدور وقت التعاقد، فإن التعاقد مع الإدارة يكون قد أبرم العقد وهو مقدر لهذه الظروف الأمر الذي يترتب عليه تعذر الاستناد إليها. ()

ومن المستقر في هذا المجال أن شرط عدم التوقع لا ينصرف إلى أصل الحق في التعديل، فهذا التعديل متوقع من الإدارة دائما، ولكن عدم التوقع هو في حدود هذا التعديل ()

الآثار المترتبة على تطبيق نظرية عمل الأمير :-

يترتب على توافر شروط تطبيق نظرية عمل الأمير إعادة التوازن المالي للعقد عن طريق تعويض المتعاقدين عن الأضرار التي لحقت به نتيجة الإجراء الذي أصدرته الإدارة، تعويضا كاملا . وفي ذلك استقرار القضاء الإداري على أن يشمل التعويض ما لحق المتعاقدين من خسارة بسبب عمل الأمير من قبيل ما تحمله من نفقات إضافية ورسوم جديدة ، وكذلك مافاته من كسب يتمثل بالمبالغ التي كان سيحصل عليها لو لم يخلل التوازن المالي للعقد . ويتم تقدير مبلغ التعويض باتفاق الطرفين، فإذا لم يتم هذا الاتفاق فإن القضاء يتولى هذا التقدير .

وقد بينت محكمة القضاء الإداري المصري الأسس التي يتم من خلالها تحديد مقدار التعويض في حكمها بتاريخ ٣٠-٦-١٩٥٧ الذي ورد فيه " أن القاعدة بالنسبة للتعويض على أساس التوازن المالي للعقد .. أنه إذا لم يكن مقداره متفقا عليه في العقد، فإن جهة الإدارة لا تملك أن تستقل بتقديره، بل يقدره قاضي العقد اعتبارا بأنه ينشأ عن تكاليف غير متوقعة، وإن كل ما هو غير متوقع يعتبر خارجا عن نطاق العقد، فلا تطبق عليه شروطه، ولتعبير "عدم التوقع" في هذه الخصوصية معنى خاص بها هو أن التكاليف الزائدة التي تلقى على عاتق المتعاقدين تعتبر غير متوقعة، ما دام إنها ليست جزءا من الاتفاق، بمعنى أنه لا يقابلها في شروط العقد أي تقدير ، والمحكمة إنما تقدر هذا التعويض طبقا للقواعد المقررة في القانون الإداري في هذا الشأن وهو يشمل عنصرين، الأول ما لحق المتعاقدين من خسارة ، ويتضمن هذا العنصر المصروفات الفعلية التي أنفقتها المتعاقدين، وهذه المصروفات تختلف باختلاف الأحوال وطبيعة التعديل ونتائجه، ومثال ذلك ما إذا طلبت الإدارة سرعة إنجاز الأعمال، فإن ذلك قد يؤدي إلى زيادة التكاليف على المتعاقدين بدفع أثمان مرتفعة أو زيادة في أجور الأيدي العاملة، كما أنه من

الجائز أن يترتب على تعديل العقد أثناء تنفيذه خسائر متنوعة، وفي هذه الحالة يجب تقدير هذه الخسائر مادامت علاقة السببية قائمة بينها وبين الإجراء الذي طلبت جهة الإدارة من المتعاقد معها اتخاذه، والثاني ما فات المتعاقد مع الإدارة من كسب اعتبارا بأن من حقه أن يعرض عن ربحه الحلال من عمله ورأس ماله .." () .

٢. نظرية الظروف الطارئة: Theorie du L'imprévision

نظرية الظروف الطارئة من خلق مجلس الدولة الفرنسي، الذي أقرها في حكمه بتاريخ ٣٠-٣-١٩١٦ بشأن قضية إنارة مدينة "بورديو" وتتلخص وقائع القضية في أن الشركة الملتزمة بتوريد الغاز لمدينة بورديو، أثناء تنفيذها للعقد، وجدت أن الأسعار التي تتقاضاها أبعد كثيرا من أن تغطي النفقات بعد الارتفاع في أسعار الفحم المستخرج منه الغاز ارتفاعا كبيرا عقب نشوب الحرب العالمية الأولى، بحيث ارتفع سعر الفحم إلى أكثر من ثلاثة أمثاله، فقد كان ثمن طن الفحم عند إبرام العقد في عام ١٩٠٤- "٢٣ فرنكا"، وارتفع في عام ١٩١٦ إلى أكثر من "٧٣ فرنكا"، مما أصبح معه تنفيذ الشركة لالتزاماتها مرهقا .

وقد طلبت الشركة من بلدية المدينة المتعاقد معها رفع الأسعار المفروضة على المنتفعين، فرفضت البلدية ذلك، وتمسكت بشروط العقد استنادا إلى قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" المتبعة في عقود القانون الخاص.

وقد عرض النزاع على مجلس الدولة الذي أقر بدوره نظرية الظروف الطارئة كسبب لإعادة التوازن المالي للعقد، وفي ذلك ورد الحكم " .. من حيث أنه نتيجة لاحتلال العدو الجزء الكبير من مناطق إنتاج الفحم في أوروبا القارة، ولصعوبات النقل بالبحر التي تتزايد خطورة أكثر فأكثر سواء بسبب الاستيلاء على البواخر أو بسبب طبيعة أعمال الحرب البحرية ومدتها، فإن الارتفاع الطارئ خلال الحرب العالمية الحالية في أسعار الفحم، وهو المادة الأولية في صناعة الغاز بلغ نسبة لا توصف فقط بأنها ذات طبيعة استثنائية بالمعنى المعتاد لهذا اللفظ ولكنه أدى كذلك إلى ارتفاع في تكلفة صناعة الغاز لدرجة أخلت بكل الحسابات، وجاوز أقصى حدود الزيادات التي كان يمكن للطرفين توقعها عند إبرام عقد الالتزام، وأنه نتيجة لاجتماع كل الظروف السابق بيانها انقلب اقتصاد العقد بصورة مطلقة، وأن الشركة إذن على حق في التمسك بأنها لا تستطيع كفالة تشغيل المرفق بذات الشروط المتفق عليها أصلا طالما استمر الموقف غير العادي المذكور أعلاه .." وخلص المجلس من ذلك إلى قوله "باللتزام الشركة بضمان المرفق محل الالتزام، ومن ناحية أخرى بأن عليها أن تتحمل فقط خلال هذه الفترة الوقتية جزء من النتائج المبهضة لموقف القوة القاهرة.. الذي يسمح بالتفسير المترن للعقد بتركه على عاتقها..". () .

ومن هذا يتضح أن نظرية الظروف الطارئة لا تجعل تنفيذ العقد مستحيلا مثلما هو الحال بالنسبة للقوة القاهرة التي تعفي المتعاقد من التنفيذ، فالتنفيذ في نظرية الظروف الطارئة يبقى ممكنا ولكنه مرهق، وعلى ذلك لا تعفى المتعاقد من تنفيذ العقد، إلا أنها تمنح المتعاقد الحق في الطلب من الإدارة أن تسهم في تحمل بعض الخسائر التي تلحق به، ضمانا لحماية المرفق العام واستمراره في أداء خدماته دون انقطاع .

شروط تطبيق النظرية :

يشترط لتحقيق هذه النظرية توافر الشروط الآتية :-

١- وقوع حوادث استثنائية عامة غير متوقعة بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه ويشترط ألا يمكن دفعها أو تداركها من قبيل الظروف الاقتصادية كارتفاع الأسعار ارتفاعا فاحشا، أو سياسيا مثل إعلان الحرب، أو طبيعيا كحدوث زلزال أو فيضان .

ويشترط في هذا الظرف أن لا يكون متوقعا، وفي ذلك بينت محكمة القضاء الإداري، أن هذا الشرط ينطوي إلى حد كبير على معنى المفاجأة في صورة معينة، كأن يجد المتعاقد مع الإدارة نفسه إزاء حالة لم يكن يتوقع حدوثها، لا بناء على دفتر الشروط ولا من دراسته الأولية للمشروع أو على الرغم من تنبيهه أو ما اتخذه من حيلة لا تفوت على الشخص البصير بالأمر قبل الإقدام على الإسهام في تسيير المرفق العام والتعاقد بشأنه () .

هذا ويعد الضرر الطارئ غير متوقع ولو كان ذلك يتعلق فقط بنطاق هذا الضرر الطارئ لا بأصله، فإذا كان المتعاقد يتوقع ارتفاع الأسعار ولكنه لم يكن يتوقع ارتفاعها إلى الحد الذي وصلت إليه فإن الشرط يعد متوفرا وتطبق النظرية في هذه الحالة ().

٢- أن يكون الحادث الطارئ خارجا عن إرادة المتعاقد ومستقلا عن إرادته: فلا يستطيع المتعاقد أن يستفيد من هذه النظرية، إذا كان متسببا بإحداث الضرر الذي جعل تنفيذ التزامه مرهقا. كذلك يلزم أن لا تكون الإدارة هي التي تسببت في إحداث هذا الضرر بخطئها أو بفعلها فتكون ملزمة في هذه الحالة بتعويض المتعاقد عما لحقه من ضرر وفق قواعد المسؤولية أما على أساس الخطأ أو استنادا إلى فكرة المسؤولية دون خطأ وفقا لنظرية عمل الأمير التي أوضحناها سابقا .

٣- أن يؤدي الضرر الطارئ إلى إلحاق خسائر غير مألوفة ومن شأن هذه الخسائر أن تؤدي إلى اضطراب في التوازن المالي للعقد، وإرهاق المتعاقد.

وعلى ذلك فإن حدوث خسائر بسيطة للمتعاقد لا تسمح بالاستفادة من هذه النظرية التي تستلزم أن تكون الخسارة الناشئة عن الضرر الطارئ تجاوز الخسارة العادية المألوفة .

هذا ومن الواجب أن ينظر إلى العقد بمجمله لتحديد مدى الإرهاق الذي لحق بالمتعاقد فلا ينظر إلى جانب من جوانب العقد الذي من الممكن أن يكون مجزيا ومعوضا عن العناصر الأخرى، التي أدت إلى الخسارة ().

٤- أن يستمر المتعاقد في تنفيذ العقد :

لكي يتمكن القاضي من رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول يجب أن يكون الالتزام قائما ولم يتم تنفيذه، وهذا الشرط يستلزم أن يكون العقد من شأنه أن يمتد مدة من الزمن تسمح بتحقيق الظروف الطارئة، ويحصل ذلك في الغالب في عقود امتياز المرافق العامة وعقود التوريد والأشغال العامة .

الآثار المترتبة على تطبيق نظرية الظروف الطارئة :-

أن تطبيق نظرية الظروف الطارئة متى توافرت شروطها لا تعفى المتعاقد من تنفيذ التزاماته فالمتعاقد يبقى ملزما بالاستمرار في تنفيذ العقد، وهذا ما يميز نظرية الظروف الطارئة عن القوة القاهرة التي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا .

كما تختلف نظرية الظروف الطارئة عن نظرية عمل الأمير في أنه يترتب على تحقق عمل الأمير تعويض المتعاقد تعويضا كاملا يشمل ما لحق المتعاقد من خسارة وما فاتته من كسب أما في نظرية الظروف الطارئة فإن التعويض لا يغطي إلا الخسائر التي نجمت عن الضرر الطارئ والتي تجاوزت الحدود المعقولة ().

وقد بينت المحكمة الإدارية العليا هذا المبدأ بقولها "أن التعويض الذي تلتزم به جهة الإدارة لا يستهدف تغطية الربح الضائع - أيا كان مقداره أو الخسارة العادية المألوفة في التعامل - وإنما أساسه تحمل الجهة الإدارية المتعاقدة لجزء من خسارة محققة وفادحة" ().

والإدارة في سبيل تعويض المتعاقد، قد تتفق مع المتعاقد على تعديل العقد وتنفيذه بطريقة تخفف من إرهاقه وتتحمل بعض عبء هذا الإرهاق بالقدر الذي يمكن المتعاقد من الاستمرار بتنفيذ العقد ، وإذا لم يتم هذا الاتفاق فإنه للقضاء أن يحكم بتعويض المتعاقد استنادا إلى التفسير المعقول للعقد ().

هذا ويتميز حق التعاقد في اقتضاء التعويض وفق نظرية الظروف الطارئة بأنه حق مؤقت ينقضي بانقضاء الضرر الطارئ، فلا يتصور أن يستمر طويلا ، ويملك أي من المتعاقدين أن يفسخ العقد وذلك بالاستناد إلى نظرية القوة القاهرة التي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا ويكون الفسخ أما بحكم قضائي أو قرار إداري ومن الممكن أن يكون حكم المحكمة بالفسخ مصحوبا بالتعويض إذا كان له مقتضى .

ومن الملاحظ هنا أنه لا يجوز الاتفاق على إعفاء الإدارة من التعويض استنادا إلى نظرية الظروف الطارئة ويعد باطلا اشتراط الإدارة ذلك لمخالفته للنظام العام .

٣- نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة Theorise des Suj etions imprevue

يصادف المتعاقد مع الإدارة في بعض الأحيان وخاصة في عقود الأشغال صعوبات مادية غير متوقعة لم تدخل في حساب طرئ العقد عند التعاقد، وتجعل تنفيذ الالتزام أشد وطأة على المتعاقد مع الإدارة وأكثر كلفة.

وفي هذه الحالة درج القضاء الإداري في فرنسا على ضرورة تعويض المتعاقد إذا أدت الصعوبات التي واجهته إلى قلب اقتصاديات العقد، على أساس أن النية المشتركة لأطراف العقد اتجهت إلى أن الأسعار المتفق عليها في العقد أنما وضعت في ظل الظروف العادية وأن أي زيادة في الأسعار بسبب الصعوبات المادية غير المتوقعة تتطلب تقدير خاص يتناسب معها. ()

وغالبا ما تظهر هذه الصعوبات في صورة ظواهر طبيعية كما لو صادفت المتعاقد لحضر نفق كتل صخرية بالغة الصلابة لم يكن في وسعة توقعها رغم ما اتخذه من حيلة ودراسات للمشروع قبل التنفيذ .

وقد طبق القضاء الإداري المصري هذه النظرية فقضت محكمة القضاء الإداري بتاريخ ٢٠-١-١٩٥٧ " ومن حيث أن المدعى يؤسس طلب التعويض - في هذه الحالة - على النظرية المعروفة بنظرية الصعوبات غير المتوقعة، وهي من النظريات التي ابتكرها الفقه والقضاء الإداري، مقتضاها أنه عند تنفيذ العقود الإدارية وبخاصة عقود الأشغال العامة قد تطرأ صعوبات مادية استثنائية لم تدخل في حساب طرئ العقد وتقديرهما عند 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 تغطي جميع الأعباء والتكاليف التي تحملها اعتبارا بأن الأسعار المتفق عليها في العقد لا تسري إلا على الأعمال العادية المتوقعة فقط، وأن هذه هي نية الطرفين المشتركة، والتعويض هنا ، لا يتمثل في معاملة مالية جزئية تمنحها جهة الإدارة للمتعاقد معها بل يكون تعويضا كاملا عن جميع الأضرار التي يتحملها المقاول، وذلك بدفع مبلغ إضافي له على الأسعار المتفق عليها.. " ()

شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية

يشترط لتطبيق هذه النظرية توافر الشروط الآتية :-

١- أن تكون الصعوبات مادية : وترجع هذه الصعوبات في الغالب إلى ظواهر طبيعية ترجع إلى طبيعة طبقات التربة محل العقد كأن يكتشف المتعاقد أن الأرض المراد تنفيذ العقد فيها ذات طبيعة صخرية مما يقتضي زيادة مرهقة في النفقات و التكاليف ، أو يفاجا المتعاقد بوجود طبقات غزيرة من المياه تحتاج إلى نفقات غير عادية في سحبها وتجهيزها . ()

كما قد ترجع الصعوبات إلى فعل الغير ، وليس إلى ظواهر طبيعية ، كوجود قناة مملوكة لشخص ولم يشر إليها أو مواصفاته . ()

٢- أن تكون الصعوبات المادية استثنائية وغير عادية : يشترط القضاء لتطبيق هذه النظرية مثلا إذا كانت الطبقة الصلبة من التربة لمساحة محدودة وإنما يجب أن تكون بامتداد غير عادي ومساحة واسعة أو بنسبة كبيرة من مجموع المنطقة محل العقد . ()

ويترك للقاضي مسألة ما إذا كانت الصعوبات المادية ذات طابع استثنائي من عدمه ويختلف ذلك حسب الحالات المعروضة كل على حده .

٣- أن تكون الصعوبات المادية طارئة أو غير متوقعة : يشترط لتطبيق هذه النظرية أن تكون الصعوبات المادية طارئة وغير متوقعة وقت التعاقد كأن يفاجا المتعاقد بحاله لم يكن قد توقعها لابناء على دفتر الشروط ولافى دراساته الاولى المشروع أو على الرغم مما نبه إليه أو ما اتخذه من حيله لا تفوت على الشخص البصير بالأمور قبل الإقدام على المساهمة في تسيير المرفق العام والتعاقد بشأنه . ()

٤- أن يكون من شأن هذه الصعوبات أن تلحق اضطراب في التوازن المالي للعقد :

وعلى ذلك فإذا كان من شأن الصعوبات أن تلحق بالمتعاقد خسائر بسيطة فإنه لا يسمح بالاستفادة في هذه النظرية فمن الواجب أن يصل الضرر حدا يتجاوز الخسارة المألوفة ليقرب اقتصاديات العقد ويتبين ، هذا من مقدار النفقات والتكاليف التي ينفقها المتعاقد زيادة على القيمة الاجمالية للعقد.

٥- أن تكون الصعوبات من غير عمل أحد طرفي العقد : يشترط لتطبيق هذه النظرية أن لا يكون للمتعاقد دخل في أحداث الصعوبات أو زيادة آثارها خطورة وأن يثبت أنه لم يكن في وسعه توقى آثارها وأنه لم يخرج على شروط العقد أثناء قيامه بتنفيذ التزاماته . ويشترط من جانب آخر أن لا يكون للإدارة دخل في وجود تلك الصعوبات وأن كان يمكن الاستفادة من نظريه عمل الأمير في هذا المجال .

٦- أن يستمر المتعاقد في تنفيذ العقد : لكي يستفيد المتعاقد من هذه النظرية يجب أن يستمر في تنفيذ العقد رغم الصعوبات المادية التي يواجهها ، فإذا توقف فإنه يتعرض للجزاء المترتبة على إخلاله بتنفيذ العقد ويفقده الحق في المطالبة بالتعويض استناداً إلى هذه النظرية . وفى هذا تتفق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة مع نظرتي الظروف الطارئة وعمل الأمير التي لا تؤدي إلى تحليل المتعاقد من التزاماته .

الآثار المترتبة على تطبيق النظرية :

يترتب على توافر شروط هذه النظرية حصول المتعاقد مع الإدارة على تعويض كامل عن جميع الأضرار التي يتحملها وذلك بدفع مبلغ معين إضافي له على الأسعار المتفق عليها.)) وبذلك تختلف هذه النظرية من حيث سببها والنتائج المترتبة عليها عن نظرية الظروف الطارئة، فهذه الأخيرة تطبق بسبب ظروف سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية ينتج عنها قلب اقتصاديات العقد أو اختلال توازنه المالي ويقتصر التعويض فيها على قدر محدد تساهم فيه جهة الإدارة . كما أنها تختلف عن نظرية عمل الأمير من حيث سببها ، فهذه الأخيرة تطبق بسبب إجراء عام أو خاص صادر عن السلطة الإدارية المتعاقدة ، ولكنها تتفق معها في النتيجة ، ففي كلا الحالتين التعويض كامل وليس جزئي ، على أن تطبق هذه النظرية لا يعفي بحال من الأحوال من الاستمرار في تنفيذ التزاماته ، ما لم يصبح هذا التنفيذ مستحيلاً فنكون أمام حالة القوة القاهرة .

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا في مصر هذا الاتجاه في حكمها بتاريخ ٣٠-١٢-١٩٩٧ بقولها "الثبت من الأوراق أن هناك صعوبات مادية لم تكن متوقعة لدى طرفي العقد قد صادفت تنفيذ الأعمال الإضافية التي قامت الإدارة بإسنادها إلى المطعون ضده ، خارج نطاق العقد ، وإن تلك الصعوبات غير عادية ، وترجع إلى طبيعة الأرض والأتربة ، وأنه ما كان بإمكان طرفي العقد توقعها ، وهو ما يفيد توفر شروط انطباق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، بما يتعين معه تعويض المقاول بالتكاليف التي تحملها باعتبار أن الأسعار المتفق عليها في العقد لا تسري إلا على الأعمال العادية المتوقعة . وإذا ذهب الحكم المطعون عليه هذا المذهب ، حيث قضى بإلزام الإدارة بجميع الأعباء والتكاليف التي تحملها المطعون ضده عند تنفيذ الأعمال الإضافية ، بما يجاوز نسبة ٢٥٪ من الأعمال الأصلية ، فإنه يكون قد صادف حكم القانون وجديراً بالتأييد." ()

الفصل الخامس - نهاية العقود الإدارية

تنتهي العقود الإدارية بالطرق الطبيعية لانتهاء العقود في ظل القانون الخاص ، أما بتنفيذ الالتزامات الناشئة عنها ، أو بانقضاء مدتها وقد تنتهي العقود الإدارية نهايةً طبيعية أو مبتسرة قبل أجلها الطبيعي . وسنتناول في هذا الفصل هاتين الطريقتين لانتهاء العقود الإدارية في مبحثين ، نخصص الأول للمبحث في انقضاء العقود الإدارية بالطريق العادي ، ونبين في المبحث الثاني حالات الانقضاء المبسر .

المبحث الأول - الانقضاء العادي للعقد الإداري

ينقضي العقد الإداري مثلما هو الحال في عقود القانون الخاص بتنفيذ موضوعه أو بانتهاء المدة المحددة له :

أولاً - انقضاء العقد بتنفيذ الالتزامات المترتبة على طرفيه تنفيذاً كاملاً :

ينقضي عقد الأشغال العامة بتنفيذ تلك الأشغال واستلام المتعاقد الثمن ، كذلك ينتهي عقد التوريد بإتمام تسليم البضائع محل التوريد واستلام المتعاقد الثمن من الإدارة .

ثانياً : انقضاء العقد الإداري بانتهاء المدة المحددة له :

متى كان العقد محدد المدة فإن انتهاء هذه المدة يستتبع انتهاء العقد ، مثلما هو الحال في عقود الالتزام . وهذه هي القاعدة بالنسبة للعقود فورية التنفيذ .

المبحث الثاني - الانقضاء المبسر للعقد الإداري

بالإضافة إلى الانقضاء العادي للعقد الإداري، من الجائز أن ينقضي العقد نهاية مبسرة قبل أوانه في حالات معينة.

أولاً: الفسخ باتفاق الطرفين:

قد يتفق المتعاقد مع جهة الإدارة على إنهاء العقد قبل مدته أو أتمام تنفيذه، ويكون الإنهاء في هذه الحالة اتفاقاً يستند إلى رضا الطرفين وتطبق على الفسخ هذا أحكام الإقالة في عقود القانون الخاص . وقد يكون إنهاء العقد بهذه الطريقة مصحوباً بالتعويض عما فات المتعاقد من كسب نتيجة لإنهاء العقد قبل أوانه، إذا ما اتفق المتعاقدان على ذلك.

ثانياً: الفسخ بقوة القانون:

ينقضي العقد بقوة القانون في حالات معينة تطبيقاً للقواعد العامة ومنها :

١- هلاك محل العقد: ينقضي العقد بقوة في حالة هلاك محله، إلا أنه يجب التمييز بين ما إذا كان الهلاك بسبب خارج عن إرادة الطرفين وبين ما إذا كان الهلاك بسبب راجع للإدارة ففي الحالة الأولى ينقضي العقد دون أن يتحمل أي من الطرفين تعويضاً بسبب الإنهاء .

أما في حالة الثانية فإن الإدارة تعوض المتعاقد عن هذا الإنهاء المبسر الذي تسببت فيه للعقد، إلا إذا كان هلاك محل التعاقد تنفيذاً لإجراء عام كهدم دور آيلة للسقوط كان المتعاقد ملتزماً بصيانتها، إذا توافرت شروط نظرية عمل الأمير.

٢- إذا تحققت شروط معينة منصوص عليها في العقد ويتم الاتفاق على أن العقد يعد مفسوخاً من تلقاء نفسه في حالة تحققها فينقضي العقد اعتباراً من هذا التاريخ.

٣- إذا تحققت أسباب معينة منصوص عليها في القوانين واللوائح فعندئذ يتم أنفساخ العقد من تاريخ تحققها .

ثالثاً: الفسخ القضائي :

قد يتقرر فسخ العقد الإداري بحكم قضائي بناء على طلب الإدارة أو المتعاقد معها في حالات معينة.

أ- الفسخ القضائي بسبب القوة القاهرة:

تؤدي القوة القاهرة إلى إعفاء المتعاقد من تنفيذ التزاماته إذا ما ثبت أن تحققها بسبب أجنبي لا دخل فيه ولم يكن في وسعه توقعه .

ويتبين من نص هاتين المادتين أنه إذا ما تحققت القوة القاهرة فإن العقد يعد مفسوخاً من تلقاء نفسه ولا تستطيع الإدارة أن ترغم المتعاقد على التنفيذ، وإذا التجأ المتعاقد إلى القضاء للحصول على حكم بأن استحالة التنفيذ ترجع إلى سبب أجنبي فأن الحكم في هذه الحالة يقرر الفسخ ولا ينشئه. ()

ومع ذلك فقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي معززاً رأيه ببعض أحكام مجلس الدولة إلى أنه يتعين على المتعاقد أن يلجأ إلى القضاء للحصول على حكم بأنفساخ العقد للقوة القاهرة في حين تستطيع الإدارة إنهاء العقد بقرار منها استناداً منها إلى القوة القاهرة ويكون الفسخ هنا فسخاً إدارياً. ()

٢- الفسخ القضائي كجزاء للإخلال بالالتزامات العقدية :

أن حق الفسخ بحكم قضائي بناء على طلب الإدارة أو المتعاقد، لإخلال الطرف الآخر بتنفيذ التزاماته مضمون للطرفين ما دامت الإدارة تملك حق فسخ العقد بقرار إداري استناداً إلى خطأ المتعاقد في تنفيذ التزاماته العقدية، فلا تلجأ إلى القضاء لتقرير الفسخ إلا لكي تضمن عدم رجوع المتعاقد عليها بالتعويض إذا تبين أن قرارها بالفسخ مشوباً بالتعسف .

باستثناء حالة طلب إسقاط الالتزام في فرنسا، إذ أن القضاء الفرنسي مستقر على أنه لا يجوز أن يتم الفسخ إلا بحكم قضائي .

أما بالنسبة للمتعاقد فلا بد له من اللجوء إلى القضاء للحصول على حكم بفسخ العقد إذا أخلت الإدارة بالتزاماتها إخلالاً جسيماً، وإذا حكم القضاء بذلك فأن آثار الفسخ ترتد إلى يوم رفع الدعوى .

٣- الفسخ في مقابل حق الإدارة في تعديل العقد :

تملك الإدارة كما بينا سلطة تغيير شروط العقد وإضافة شروط جديدة بما يتراءى لها أنه أكثر اتفاقاً مع الصالح العام ، ويملك المتعاقد في مقابل هذا الحق المطالبة بالتعويض.

وإذا وجد المتعاقد أن التعويض غير كاف لمواجهة الظروف التي أوجدها التعديل، وأن التعديل تجاوز إمكانياته المالية وقدراته الفنية وتسبب في قلب اقتصاديات العقد. فإن للمتعاقد الحق في المطالبة بفسخ العقد قضاء مع التعويض، لأن مرجع الفسخ في هذه الحالة هو تصرف الإدارة دائماً .

رابعاً : الفسخ عن طريق الإدارة :

تملك الإدارة في بعض الحالات التي ينص عليها في العقد أو في دفاتر الشوط العامة أو لائحة العقود الإدارية أن تفسخ عقودها الإدارية، دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء. كذلك إذا كان العقد مبرماً مع أكثر من متعاقد وتوفي أحد هؤلاء المتعاقدين فتملك الإدارة الخيار بين إنهاء العقد مع رد التأمين وبين تكليف باقي المتعاقدين بالاستمرار في تنفيذه. ويتم إنهاء العقد في هاتين الحالتين بخطاب مسجل دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء أو اتخاذ أي إجراءات أخرى .

ومن جانب آخر للإدارة أن تنهي عقودها الإدارية دون الحاجة لنص في قانون أو اللائحة إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك دون وقوع خطأ من جانب التعاقد، مع تعويضه عن ذلك عند الاقتضاء. وسبق وأن أوضحنا الضوابط الواجب مراعاتها عند إنهاء الإدارة لعقودها للمصلحة العامة .