

القسم الثاني

الجانب الموضوعي لدور القضاء في المنازعة الادارية
حدود سلطات القاضى الادارى والمنهجية التى يتبعها
في المنازعة وفى تنفيذ احكامه

تمهيد :

تنحصر وظيفة القضاء (١) أساسا في مهمة الفصل في المنازعات بمقتضى احكام تعبر عن الحقيقة القانونية وذلك بان تنزل حكم القاعدة القانونية على موضوع المنازعة لتأكيد الحق وحمايته .

الا أنه قد يحدث عملا ان لا يجد القاضي القاعدة القانونية الواجبة التطبيق ، ولا يقف مكتوف اليدين ازاء هذا القصور القانوني ، وانما يبحث ويجتهد في الكشف عنها سواء في قواعد العدالة المجردة او القانون الطبيعي ، ومن ثم فان دور القاضي ليس دورا تطبيقيا بحتا ، لانه ليس بالآلة الصماء . وانما يقضى بحسب ظروف كل منازعه . وعند هذا انحد يتشابه دور كل من القاضي العادي والقاضي الإداري ، الا ان دور الآخر يكون ابعده مدى (٢) ، واجل اثرا لانه يستهدف دائما الوصول الى نقطة التوازن بين احتياجات الإدارة العامة ومصالح الافراد ، ومن ثم كان الفارق في نظرنا بين دور كل منهما ليس فزقا في الطبيعة ، لان كل منهما يقوم بمهمة الفصل في المنازعة اى بان نزعها ، وانما فارقا في الدرجة ، فبينما يقتصر دور الأول على تطبيق القانون، نجد الأخير لا يقف دوره عند هذا الحد وانما حسب ما تقتضيه طبيعة المنازعات التي يختص بها ويتعمدها الى الكشف عن قواعد قانونية جديدة ، لم يتناولها المشرع بالتنظيم حتى لا ينمى على النظام القانوني للدولة القصور ، فهو يستهدف اذن حماية النظام القانوني للدولة ، وعليه يحل القاضي محل المشرع ، فيضع نفسه ذات موضعه

(١) ومعاني القضاء في اللغة كثيرة منها الفراغ والاداء والحكم والنوع وترجع جميعها الى انقطاع الشيء وتماهه . ويعرف فقهاء الشريعة القضاء بأنه قول ملزم يصدر عن ولاية عامة ، او هو الاخبار عن حكم شرعي على سبيل الالتزام ، فيقال قضى القاضي اى الزم الحق اهله .

انظر د. محمد سلام مذكور - القضاء في الاسلام - طبعة ١٩٦٤ دار النهضة العربية ص ١١ وما بعدها .

وقيل انه « فصل الخصومة بين خصمين وأكثر بحكم الله » .

وقيل انه « الحكم بين الناس بالحق والحكم بما انزل الله » .

المرجع السابق - القضاء في الاسلام - ص ١٢ .

(٢) فالقاضي العادي لا يعنيه الا ان يقيم حكم القانون ، لانه امام مصالح متساوية اى كانت النتائج العملية التي تترتب على ذلك ، اما مجلس الدولة فقد ادرك ان له دورا اخر اخطر اثرا وابعده مدى وهو ان يصل الى نقطة التعادل بين المحافظة على حقوق الافراد وحرمانهم المشروعة ، وبين ما تستلزمه حسن الإدارة وتمكين رجالها من الاشراف على سير المرافق العامة بانتظام واستمرار .

د. سليمان الطماوى - الوجيز في القانون الإداري - دراسة مقارنة ص ٧ طبعة ١٩٧٣ - دار الفكر

العربي .

مستلهما ارادته ، وماذا كان يفعل لو طرح هذا الامر أمامه ؟ وما هي القاعدة التي كان سيقورها المشرع لو فطن اليها وأدركها قبل حدوث المنازعة (١) .

فإذا سلمنا للقاضي الإداري بدور انشائي للقواعد القانونية التي تحكم ما يعرض عليه من منازعات ، فإن هذا لا يعنى اعترافا له بسلطان مطلق في علاقته مع الإدارة .

ان مبدا الفصل بين الوظيفة القضائية والوظيفة الإدارية استتبع بالضرورة الفصل بين وظيفة القاضي الإداري ووظيفة الرئيس الإداري ، هذا الفصل ، يقوم على عنصرين أساسيين هما استقلال القضاء الإداري في مواجهة الإدارة ، واستقلال الإدارة في مواجهة القضاء الإداري . وتمتع الإدارة بامتيازات السلطة العامة يقابله تمتع ما يصدره القضاء الإداري من أحكام بحجية الشيء المقضي فيه ، يحقق نوعا من التوازن في علاقة كل من القضاء والإدارة . ولكن المحافظة على هذا التوازن جد صعبة ، لأنها في حقيقتها وقتية وهشة نظرا لزيادة سلطات وامتيازات الإدارة بصورة ملموسة ، وغير متوازنة مع سلطات القاضي ، هذا التزايد الذي قد يؤدي الى مزيد من العرقلة والمماطلة والتسويف من جانب الإدارة عند تنفيذها لأحكام القضاء . ومن ثم أضحي البحث عن وسيلة كى تتأكد بها حجية الأحكام التي يصدرها القضاء أمرا لازما .

(١) وفي الحقيقة ان القاضي العادي مدعو هو الآخر للبحث من القاعدة الواجبة التطبيق على المنازعة المروضة عليه اذا لم يجد لها القاعدة القانونية التي تحكمها سواء في التشريع المكتوب أو المصادر الأخرى ، الا ان دعوته للانشاء والتفسير تكون بدرجة أقل من درجة القاضي الإداري ، قد يكون مرد ذلك في نظرنا تكامل وقدم المجموعات المدنية ، عكس الحال ازاء حدانة القواعد الإدارية والاحتياجات المشطردة والتفيرة للجماعات المختلفة ووفقا لنظم سياسية واجتماعية واقتصادية متباينة .

ويذكر الاستاذ ابراهيم شحاتة في مقالته المبنونة بعنوان « اجتهاد القاضي نظرة مقارنة والنشوء بمجلة الملموم القانونية والاقتصادية السنة ٤ العدد الثاني يوليو ١٩٦٢ ص ١٥ ؛ وما بعدها » .. تلك الحاجة الواقعية حدث بكثير من الشارعين الى الاعتراف بها ومحاولة مواجهتها ، فهذا هو القانون المدني السويسري ينص في مادته الأولى على أنه ان لم يوجد نص ممكن التطبيق يحكم القاضي وفق قواعد العرف وان لم يجد هذا يحكم وفق القواعد التي كان يضمها لو اقام نفسه مقام الشلوع .

« A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier, et à défaut de une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur »

كما تنص المادة الرابعة من قانون الاجراءات المدنية لاتحاد الجمهوريات السوفيتية الاشتراكية ، على أنه ان لم يوجد نص تشريعي أو اداري يحكم النزاع تفصل المحكمة في الخصومة مستهدبة بالبادي العامة في التشريع السوفيتي والسياسات العامة للحكومة العمال والطلابين » .

ونرى ان استقلال الادارة في مواجهة القضاء الادارى ، كان بمثابة الحد الذى كبح جماح القاضى الادارى وحال دون تجاوز سلطاته ووقوفه عند حدود تقليدية ، من حيث عدم قدرته على التدخل فى عمل الادارة الا بناء على منازعة قضائية ، وعدم

المقالة السابقة ص ٤١٨ .

وقد جاء فى اساسيات التشريع المدنى لاتحاد الجمهوريات السوفيتية الاشتراكية ترجمة د. محمد لبيب شنب والمنشور فى مجلة العلوم القانونية والاقتصادية العدد الثانى السنة ٨ يوليو ١٩٦٦ ص ٢٩٣ وما بعدها . وخاصة فى مصادر الحقوق والالتزامات المدنية (... تنشأ الحقوق والالتزامات المدنية من المصادر التى تنص عليها تشريعات الاتحاد السوفيتى والجمهوريات المتحدة وكذلك من أعمال المواطنين والهيئات التى وان لم ينص عليها القانون ، الا أنها تنشئ الحقوق والالتزامات المدنية وفقا للمبادئ العامة لروح التشريع المدنى ... » .

وعبارات المبادئ العامة لروح التشريع المدنى ، أو المبادئ العامة فى التشريع والسياسة العامة للحكومة العمال والفلاحين ، أو القواعد التى كان يضمها لو اقام نفسه مقام التسارع ، جميعها - رغم عموميتها - فى نظرنا تنطوى على دموع صريحة للقضاء سواء المادى أو الادارى للاجتهاد عند قصور التشريع الوضعى .

وقد سبقت شريعتنا الاسلامية هذه التنظيمات القانونية بتقرير الدموى للاجتهاد - اجتهاد القاضى - منذ أكثر من ثلاثة عشر قرنا فيقول عمر بن الخطاب ، رضى الله عنه ، فى وصيته الدائمة لابی موسى الأشعري « ... ولا يملك قضاء نفسه أمس فراجعت اليوم فيه عقلك وهديت فيه لرشدك ، وان ترجع الى الحق فان الحق قديم ، ومراجعة الحق خير من التماهى فى الغياطل ، الفهم الفهم فيما تلجج فى صدرك مما ليس فى كتاب الله تعالى ولا سنة نبيه ، ثم اعرف الامثال والاشبهاء وكن الامور بنظائرها ... » .

مقدمة بن خلدون - ص ١٥٧ وما بعدها .

وقد اختير الرسول الكريم - صلى الله عليه وسلم - معاذ بن جبل رضى الله عنه حين ارسله الى اليمن فسأله « بم تحكم ؟ قال بكتاب الله ، قال فان لم تجد ؟ قال بسنة رسول الله ، قال فان لم تجد ؟ قال اجتهد برأى . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم - الحمد لله الذى وفق رسول رسول الله لما يرضى الله ورسوله .

ذكره الماوردى - الاحكام السلطانية - ص ٦٥ وما بعدها .

قدرته على توجيه أوامر للإدارة (١) أو إكراهها على القيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو الحلول محلها فيما تقوم به من أعمال ، لأنه إذا قام بأى من هذه الأعمال يكون قد اعتدى على استقلال الإدارة ونصب نفسه « رئيساً للرئيس الإدارى » أو جعل القضاء « هيئة إدارة عليا » .

وإزاء التوسع فى الامتيازات والسلطات التى منحت للإدارة ، أصبحت تمعد إلى الماطلة والتسويف فى اتخاذ قراراتها ، كمنح رخصة ، أو الأمر بالهدم وكذلك فى تنفيذ احكام القضاء (٢) كأن تتمعد الماطلة أو التسويف فى دفع تعويض مثلاً لأحد الأشخاص ، أو الماطلة فى تنفيذ حكم بأحقية شخص ما فى الترقى الى وظيفة معينة ، أو الماطلة فى صرف مسنقاته المالية الناجمة عن ترك دوره فى الترقية دون حق بعد تقرير أحقيته ، ومن ثم كان لزاماً للبحث حول تأكيد سلطة القضاء فى رد الإدارة الى جادة صوابها ، والتلطيف من حدة هذه الحدود التقليدية المفروضة حول القاضى ، كى نحافظ دوماً على استقلال كل منهما ، بما يكفل تحقيق التوازن بينهما (٣) .

ويرجع القاضى عندما يمرض عليه النزاع الى طرق قانونية وأخرى قضائية فى البحث عن حل له ، وتأسيس قراره فيه ، كان يرجع الى نظام معين فى الفهم والتصور والادراك للمنازعة ، واستخدام وسائل الاستدلال المختلفة فى محاولة لفحص المنازعة تمهيداً لإيجاد حل لها ، ثم كيفية بناء قراره من الناحية النحوية والمنطقية وما هو محتوى هذا القرار .

(١) دبائش - المرجع السابق - ص ٥٤٦ وما بعدها .

د . وصفى - المرجع السابق - ص ٢٦ وما بعدها .

(٢) ويتساءل دبائش لماذا لا يستطيع القاضى - الذى يملك الحكم على الإدارة بدفع تعويض - ان يحكم بالزامها بدفع هذا المبلغ . حيث المشاهد مادة أن الإدارة لا ترفض صراحة الحكم ، ولكنها تستخدم طرق فى الماطلة والتسويف تفقد الحكم قيمته ، حتى يصبح المحكوم له متردداً فى أن يظن على مسلكها من جديد ويقبل على مفض ما تفرضه عليه ، وبذلك يضيع الحكم لان القاضى لم يستطع ان يوفر له تنفيذاً سريعاً ضد المحكوم عليه .

أنظر دبائش - المرجع السابق - ص ٥٥٥ .

(٣) بل أن تطور دور القاضى أصبح ضرورة تقتضيها طبيعة تطور دور الإدارة الناجمة عن التحول من أفكار المذهب الفردى الى المذهب الاجتماعى . هذا المذهب الاخير الذى يجعل دور القاضى اكثر ايجابية فى الخصومة . حيث يمد ممثلاً للمجتمع فى الخصومة التى يهيم أن ينتصر فيها الاحق ، فإذا كانت أفكار المذهب الاجتماعى قد منحت للإدارة سلطات وأطلقت يدها لتحقيق مصلحة الجماعة ، فانها تمنح بقدر مواز للقاضى دوراً اكثر ايجابية ، وهذا التخريج هو ما نرجعه لمفهوم التوازن فى ظل هذا المذهب .

وتختلف سلطة القاضي باختلاف طبيعة المنازعة ، فنجد ان دوره يكاد ان ينكمش في منازعات الاعناء عن دورد في منازعات التعويض ، سواء من حيث نطاق رقابته للمشروعية ، وحريةته في اصدار الحكم ، حيث يقف دوره عند حدود شرعية معينة بأن يراقب الوفاق من حيث صحته وجودها (١) وتكييفها وفقا للقواعد التي تنظمها دون ان يملك سلطه ملاءمتها وتعديل خطورها (٢) ، ومن ثم تقتصر سلطته على ازالة القرار المطعون فيه أو رفض الطلب دون ان يملك سلطة تعديل القرار .
وسوف نقسم هذا القسم الى ثلاثة أبواب هي :

الباب الأول : وتتناول فيه حدود سلطة القاضي الإداري .

الباب الثاني : وتتناول فيه المنهجية التي يتبعها القاضي الإداري لحل القضية وتأسيس حكمه .

الباب الثالث : وتتناول فيه سلطة القاضي في الحكم وكيفية تنفيذه .

ونعرض في نهاية القسم لخاتمة الأطروحة (الرسالة) . مع ملاحظة اننا سنعرض للنظام القضائي محل الدراسة والنظم المقارنة كلما قدرنا ضرورة القضاء الضوء على كل من هذه النظم وذلك لان الأفكار التي سنتناولها خاصة في البابين الأول والثاني من هذا القسم تتسم بالعمومية في مجال العمل القضائي سواء الداخلي عاما أو خاصا أو الخارجي سواء تعلق بالنظام محل الدراسة أو النظم المقارنة .

(١) وقد قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر في مجال رقابة القاضي الإداري لصحة الوجود المادي للوقائع « بأن صدور قرار رئيس الجمهورية بنقل احد اعضاء السلكين الدبلوماسي والتقني الى مصلحة الضرائب ، تقديم الجهة الادارية الوقائع الواردة بتقرير مكتب المخابرات الصامة كسبب لاصدار قرار رئيس الجمهورية بالنقل - خضوع هذه الوقائع للرقابة القضائية التي تسلكها المحكمة لوزن القرار بميزان المشروعية - اذا اثبت ان هذه الوقائع لم يجرى اى تحقيق فيها وكان من الواجب قانونا سماع اقوال شهود هذه الوقائع ودفاع المدعى ، فان ما ذكر في التقرير لا يعدو مجرد اقوال مرسله - تضمن ملف الخدمة ما يدل على كفاءة المدعى في عمله وحسن سلوكه - مؤدى ذلك ان سبب القرار يكون غير مستمد من اصول صحيحة تنتج ماديا وقانونا .

(المحكمة الادارية العليا - جلسة ١٩٧٦/٢/١ القضيتين رقمي ٨٦٢ ، ١٢٧٨ س ١٤ ق السنة ٢١

ص ٤٣)

(٢) وهو ما اعتنقته الغرفة الادارية للمجلس الاعلى حيث قررت « .. ان لدى الادارة سلطة تقديرية للتصرف حسب مشيئتها المقوية للتأديبية التي تأمر بها نظرا لخطورة الخطيئة المرتكبة ، وليس لدى القاضي الإداري الفاصل في قضية تجاوز السلطة تقدير أهمية المقوية المتخذة من السلطة الادارية ومدى مناسبتها لخطورة الخطيئة السببية لها .. » القرار رقم ٢١ الصادر في ١٩٧٨/٣/١٨ القضية رقم ١٤٤١٧ .

الباب الاول

ما هي حدود سلطة القاضي الادارى ؟

تمهيد :

ايسس لقاضى سلطان مطلق عند ممارسته لوظيفته القضائية وانما ترد على وظيفته عدة حدود او قيود ، بعضها يجد مصدره فى طبيعة المنازعات (١) والثانى يجد مصدره فى طبيعة الاشخاص الممتلة فى المنازعة ، والثالث يجد مصدره فى طبيعة الوظيفة القضائية ذاتها ، وبالنسبة للطائفة الاولى من القيود والتي تمسح من طبيعة المنازعات نجد انه فى مجال منازعات تجاوز السلطة يرد على سلطة القاضى قيد مزدوج ، فمن ناحية لا يملك الا ان يحكم بالفاء القرار المعلوم فيه او رفض طلب الانهاء لان دوره ينحصر اساسا فى مجرد البحث حول شرعية هذا القرار ، ومن ناحية ثانية يتقيد بطلبات ودفع الخصوم . والقاضى هنا يراقب المشروعية الخارجية للعمل الادارى المعلوم فيه ، بمعنى تقتصر مراقبته على عنصرى الاختصاص والشكل ، وتدرجيا بدأ القاضى الادارى يمد رقابته على بعض مظاهر المشروعية الداخلية وذلك بفرض رقابته على صحة الوجود المادى للواقعة (السبب) وتكييفها القانونى ، وكذلك امتد دوره ليفرض رقابته على عمل الادارة فى حالة الخطأ الظاهر L'erreur manifeste (٢) وهو الخطأ الذى يثيره الخصوم ويدركه القاضى من فوره دون حاجة الى الاستعانة برأى خبير ولا يوجد ادنى شك فى التعرف عليه واستنباطه من المنازعة .

(١) دباتش - المرجع السابق - ص ٥٤٦ .

(٢) دباتش - المرجع السابق - ص ٧٤٢ .

وقد اكد مجلس الدولة الفرنسى دور القاضى فى رقابة الخطأ الظاهر فى احكام حديثه نسبيا منها

— C.E. 6.11. 1970, Sieur Guye

«.....que la commission departementale de remembrement en estimant que les

وبالنسبة للطائفة الثانية من القيود والتي تستمد من طبيعة الأشخاص المثلة في المنازعة وعادة ما تكون الإدارة طرفا في الخصومة الإدارية ، ولما كانت تتمتع باستقلال في مواجهة القاضي الإداري بالإضافة الى ما تتمتع به من امتيازات السلطة العامة ، فإن خضوعها لرقابه القاضي يقابل من جانبها ببعض المقاومة ، على اختلاف النظم القضائية (١) ، هذه المقاومة التي تتمثل اما في محاولة للتخلص من الرقابة أو استبعاد بعض أعمالها من رقابة القضاء (٢) ، كالأعمال التي تقوم بها الإدارة بناء على سلطتها التقديرية أو أعمال السيادة ، أو ما تقرر تحصيله ضد رقابة القضاء بمقتضى نص تشريعي ، إلا أن هذه المقاومة من جانب الإدارة تقابل عادة بمواقف متزنة من القضاء دون أن يتطلى عن دوره في الرقابة ، حيث نجده يبسط رقابته رويدا رويدا على ما تحاول الإدارة استبعاده من رقابته ، فإن لم يمارس دوره كقاضي الغاء على أعمال الإدارة التقديرية ، أو أعمال السيادة فإنه يمارس دوره عليها كقاضي تعويض (٣) ، حيث يقرر أحقية الضرور من جراء عمل الإدارة ، في صرف تعويض معادل لما وقع به من ضرر سواء عن عمل الإدارة المشروع (بناء على مسئولية الإدارة على أساس المخاطر) (٤) أو عمل الإدارة غير المشروع (بناء على مسئولية الإدارة التصيرية) .

échanges auxquels elle a procédé étaient équivalents , a fondé son appréciation sur une erreur manifeste».

— C.E. 13.11. 1970, LAMBERT.

ويتهى مجلس الدولة في حكم لامبرت الى ان « من الخصائص الفنية أن قاضي تجاوز السلطة يرفض مراقبته حيث قدر انه لا يكون له اختصاص مطلوب والى حالة الخطأ الظاهر يملك هذا الاختصاص ، وهو الخطأ الذي يمكن تحديده وتعيينه مثل الخطأ الفاحش ، الخطير ، الجلي ، والذي يمكن ادراكه بواسطة غير الخبير وغير العالم بأصول المهنة .

— انظر أرنست حموي — المرجع السابق — ص ١١

— وانظر أيضا تعليق Braibant حول حكم لامبرت والمنشور في A.J.D.A. عام ١٩٧١ ص ٥٣

(١) انظر هنري بوجيه — المرجع السابق بند ٣٠٦ ص ١٨٧ .

(٢) انظر د. سليمان الطماوي — مقالته بعنوان « مشكلة استبعاد المشرع لبعض القرارات الإدارية

من رقابة القضاء » المنشورة بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية — السنة الثالثة — العدد الاول يناير

١٩٦١ ص ١١٥ وما بعدها .

(٣) انظر د . محمود حافظ — القرار الإداري — دراسة مقارنة ص ١٠٧

مذكرات مطبوعة لطلبة دبلوم القانون العام — الطبعة الثانية ١٧٩٢ كلية الحقوق جامعة القاهرة

(٤) انظر القرار رقم ٧٥ الصادر من الفرقة الإدارية للمجلس الأعلى بتاريخ ١٩٧٧/٩ في القضية

ولما كانت الإدارة هي دائما أحد طرفي المنازعة الإدارية ، وتهدف دائما الى مقاومة رقابة القضاء في ظل مبدأ استقلال الإدارة ، واستنادا الى ما تتمتع به من امتيازات السلطة العامة ، فان القاضي أصبح لا يملك أن يصدر أمرا للإدارة للقيام بعمل (١) ، أو الامتناع عن عمل ، أو تهديدها (٢) لحملها للقيام بالعمل ، أو الامتناع عن عمل ، كما انه من باب أولى لا يملك الحل محل الإدارة فيما تقوم به من أعمال، ولو في مجال سلطتها المقيدة كي لا يعتدى على استقلالها ، كما ليس له أن يجرى بتقديره ما يتطلب تقديرها ، وبالمثل ليس له أن يوجهها أو يلومها لحملها على القيام بعمل (٣) أو أن يعطل الإدارة عن أداء وظيفتها الا بناء على حكم بوقف التنفيذ .

والطائفة النالثة من القيود وهي التي تستمد من طبيعة الوظيفة القضائية ذاتها ، فالقاضي لا يملك أن يفصل في المنازعات بمقتضى أحكام تنظيمية ، بأن يجعل منها قواعد قانونية تحكم كل منازعة مستقبلية ومتشابهة مع المنازعة التي أصدر فيها حكمه التنظيمي ، لأن القاضي عادة ما يطبق ويستلهم القاعدة الواجبة التطبيق سواء من مصدر تشريعي أو غيره من المصادر كي تحكم القضية التي يباشرها ، فهو اذن ينزل حكمه اذعانون على المنازعة ، ويقال هنا ان الحكم عنوان الحقيقة (٤) في هذه المنازعة دون أن يتعداها غيرها من المنازعات ولو تشابهت وقائمها وظروفها . =

(١) د . د . وصفى - المرجع السابق - بند ٤٠٦ .

دبائش - المرجع السابق - ص ٥٤٧

(٢) د . د . وصفى - المرجع السابق - بند ٤١٠

وهو ما اكدته المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكمها الصادر في ١٣/٤/١٩٥٧ السنة ٢ طعن رقم ٩٥ ص ٩٠٩ وقد اشار اليه د. وصفى في مرجعه السابق بأنه « . . ليس من اثر الحكم ان يعتبر من صدر لمصلحه بدات الحكم والا كان ذلك بمثابة حلول المحكمة محل الإدارة في عمل هو من صميم اختصاصها وليس للمحكمة ان تلزم جهة الإدارة باجراء الترقية في وقت معين مهما وجد من الدرجات الشافرة اذ لا تملك المحكمة ان تلزم جهة الإدارة باجراء الترقية في وقت معين مهما وجد من الدرجات في تاريخ معين وهي ملائمة تستقل جهة الإدارة بالتراخس في تقديرها بحسب ظروف الاحوال ومقتضيات الصالح العام وحاجة العمل باعتبار ذلك من مناسبات اصدار القرار الإداري .

(٣) ويرى الاستاذ الدكتور وصفى ان استجواب القضاة لرجال الإدارة او طلب تقديمهم أوراق

معينة تتعلق بالدعوى لا يعتبر من قبيل الاخلال بمبدأ الفصل بين السلطات لان ذلك من المتعضيات

الاساسية لوظيفة القاضي - المرجع السابق ص ٢٦

(٤) انظر دبائش - المرجع السابق - ص ٥٤٨ .

بالإضافة الى أن دور القاضي يتحدد عادة بحدود طلبات الخصوم ودفعهم الموجودة في ملف القضية ، فكما أنه لا يستطيع أن يمارس وظيفته من تلقاء نفسه، وبدون أن يدمى لفض المنازعات ، فإنه في حالة دعوته أيضا لا يملك سلطة مطلقة ، وإنما تحدد عريضة الدعوى وطلبات الخصوم دوره ، فلا يستطيع أن يتعداها والا كان متجاوزا لحدود اختصاصه وهو ما يطلق عليه Ultra PETITA

ولما كانت الحدود المطلقة بالمنع من الأمر والتقرير ، والمنع من الحلول محل الإدارة ، هي أساس حدود القاضي التقليدية ، والتي تدور حولهما غيرهما من الحدود الفرعية الأخرى ، لذلك سنفرد لهما الفصلين الأول والثاني من هذا الباب، الأول سنخصصه لبحث سلطة القاضي في الأمر ، والثاني لبحث سلطة القاضي في الحلول ، والفصل الثالث سنخصصه للحدود المستمدة من الخصومة والتي تقضى بعدم تجاوز القاضي لها ، والا كان حكمه معيبا .

الفصل الأول

هل يملك القاضي الإداري سلطة التقرير ؟

سلطة الأمر والتقرير - في الأصل - لا تملكها إلا الإدارة ، ومن الخصائص العامة للقرار الإداري ، أنه عمل قانوني ، تقوم به الإدارة ، بإرادتها المنفردة ويحدث أثرا قانونيا بأن يؤثر في بناء هيكل البناء القانوني للدولة . أما بإنشاء مركز قانوني جديد أو تعديله أو إلغاءه . على خلاف الحكم القضائي الذي هو انزال حكم القانون على منازعة قائمة ، فالحكم يكشف عن الأثر القانوني دون أن ينشئه ، حيث لا يستهدف عمل القاضي إنشاء أو تعديل أو إلغاء للمراكز القانونية العامة أو الخاصة التي يتكون من مجموعها البناء القانوني للدولة ، ويعتبر هذا العمل عنوانا للحقيقة القانونية متى حاز قوة الشيء المقضي به (١) .

الذلك تملك الإدارة وحدها سلطة التقرير (٢) ، فتأمر بمنح رخصة لشخص معين ، أو تأمر بتعيين شخص معين في وظيفة معينة ، أو ترد أقدمية أحد موظفيها إلى درجة معينة بناء على خبراته السابقة ، أو ترخص ببناء مسكن ، أو ترخص بهدم بناء أو تأمر بشق أو ردم ترعة ، أو تأمر بإقامة طريق ، وغيرها من صور التقرير المتعددة والتي تمتلكها الإدارة .

(١) د . محمود حافظ - القرار الإداري دراسة مقارنة ص ١٦ وما بعدها

- كما تؤكد المحكمة العليا هذا المعنى بقولها « ان القرار القضائي هو الذي تصدره المحكمة بمقتضى وظيفتها القضائية ، ويحسم على أساس قاعدة قانونية خصومة قضائية تقوم بين خصمين تتعلق بمركز قانوني خاص أو عام ، ولا ينشئ القرار القضائي مركزا قانونيا جديدا ، وإنما يقرر في قوة الحقيقة القانونية وجود حق أو عدم وجوده ، فيعتبر عنوان الحقيقة فيما قضى به متى حاز قوة الشيء المقضي به » .

وقد أشار إليه د . محمد كامل ليلة - الرقابة على أعمال الإدارة - الرقابة القضائية دراسة مقارنة - ١٩٧٠ ص ٦٢٩ .

ويكاد يتطابق في رأيا حكم المحكمة العليا السابق ذكره وما سبق وان قرره محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في ١٩٤٨/٤/٢٨ - مجموعة أحكام محكمة القضاء الإداري السنة ٢ ص ٦٩٢ وما بعدها - والذي أشار إليه أستاذنا الدكتور محمود حافظ - في القرار الإداري - ص ١٧ .

(٢) رسالة د . عبد النعم جيرة - آثار حكم الإلغاء - دراسة مقارنة - ص ٢٩٦ وما بعدها .

المبحث الأول

مضمون التقرير وصوره

ويعد مبدأ منع القاضي من سلطة التقرير *La prohibition du pouvoir d'injonction* بمثابة قاعدة قضائية خالصة (١) ، اقتضتها أسس نظرية ومنطقية وعملية وقضائية ، وقد تقررت دون الاستناد الى نص ، وعمل مجلس الدولة الفرنسي بدقة على احترام هذه القاعدة (٢) ، فألغى احكام المحاكم الادارية التي تناست اختصاصها ، ومنحت نفسها سلطة التقرير كي تعطى لقراراتها وزنا أكبر ، فكان لها بالمرصاد ، وقدر أنه لا يملك حرية المبادرة التي يمتلكها رجل الادارة ، كما أنه ليس رئيسا اداريا لرجل الادارة ، ولا يملك أن يقرر ويرخص كرجل الادارة . كما قدر عدم امكانية اكرام الادارة على تنفيذ حكمه الذي يحوز حجية الشيء المقضي به ، حيث ان الادارة هي التي لها حق تنفيذه بارادتها . صحيح أنه في حالة امتناعها عن التنفيذ تعرض نفسها لمسئوليات معينة ، الا أن تنفيذها للحكم لا يكون الا بارادتها ، ويشمل هذا انحظر دور القاضي في جميع أنواع المنازعات الادارية . فلا يملك القاضي مثلا أن يصدر أمرا للخرينة العامة بدفع مبلغ التعويض ، وانما يقتصر دوره على تقرير أحقية المضرور في التعويض ، ويكون للادارة حرية المبادرة في كيفية تنفيذ هذا الحكم أو عدم تنفيذه .

ويشمل هذا الحظر كل من صورتى التقرير البسيط والاكرام والتهديد

CHEVALLIER Jacques : «L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur»

A.J.D.A. fev. 1972 P. 67 — 89.

(٢) وقدما لجا مجلس الدولة الفرنسي الى استخدام بعض صور التقرير *injonction* والحلول *substitution* وقت ان كان قضاؤه معلقا على تصديق رئيس الدولة ، وقد كانت ممارسته لصور التقرير والحلول مستمدة من رئاسة رئيس الدولة للمجلس ، وقد ذهب البعض الى حد اعتبار مجلس الدولة الفرنسي - آنذاك - بمثابة رئيس للرئيس الادارى مما أدى الى جعله بمثابة هيئة عليا للادارة ، استنادا الى حماية رئيس الدولة له .

ويقرر الاستاذ شيفاليه في مقالته القيمة بأن *Bouchene Lefer* هو أول من بين ان قاضى الادارة **مدعو فقط للفصل في المنازعات** وينحصر دوره في أن يقبل المنازعة ويفصل فيها بحكم أو يرفضها ، دون أن يتدخل في عملها كي لا يخل بمبدأ الفصل بين السلطات .

ويؤكد الاستاذ شيفاليه انه بعد تحول المجلس الى جهة قضائية ذات اختصاصات ذات ، فان المجلس أكد نجاحه كجهة قضائية دون أن يثير مشاكل التقرير والحلول بأن لجا الى نوع من التحديد الذاتي لدور قضاؤه ، وحدد نطاق سلطانهم دون أن يمتد لسلطة الادارة . وجرى قضاؤه منذ ذلك الوقت ، بأن كل شكل مباشر أو غير مباشر للتهديد ، أو اكرام الادارة يكون قد قضى على خلاف سلطة القاضي

أولاً - التقرير البسيط :

ان سوء نية الإدارة ، وما يترتب عليه من الماطلة والتأخير في تنفيذ أحكام القضاء ، الجأ المتقاضين الى الرجوع الى القضاء لحمل الإدارة على تنفيذ أحكامه ، ومن ثم كانت هناك طائفة كبيرة من أحكام المجلس والمحاكم الادارية التي رفضت هذه الطلبات تأسيسا على عدم القضاء في شئون الإدارة لحملها على اتخاذ اجراءات معينة (١) .

وقد امتنع القاضي عن أن يصدر رخصة أو أن يساهم في تقسيم البوائق الانتخابية ، أو برام عقد أو اعادة موظف الى عمله (٢) ، أو رده الى درجة معينة ، أو تسجيل موظف في كشف الترقيات ، أو انتدابه للعمل باحدى الهيئات التابعة للإدارة ، أو انتهاء انتدابه واعادته الى عمله ، أو انشاء قرض أو اصدار أمر بالدفع ، أو أن يكلف الإدارة بتعديل قراراتها التنظيمية ، كما ابتعد عن أن يوجه الإدارة لاستكمال قرار ما سواء أكان إيجابيا أو سلبيا .

الادارى « ولم يتردد مجلس الدولة في أن يعدل أحكام المحاكم الادارية التي لم تستن سنته هذه .
- انظر شيفاليه - المرجع السابق - ص ٦٩ وما بعدها .

(١) وقد اكدت محكمة القضاء الادارى في مصر هذا الاجراء بقولها « انه ليس للمحكمة أن تصدر أمرا الى وزارة التربية والتعليق بالاعتراف بالشهادة المقدمة من المدمى - لخروج ذلك من ولايتها القضائية التي لا تتعدى الفاء القرارات الادارية المخالفة للقانون دون اصدار أوامر ادارية لجهات الادارة العاملة في شأن من الشئون الداخلة في اختصاصها » .

حكم محكمة القضاء الادارى الصادر في ١٥/١٢/١٩٤٨ السنة ٣ ص ١٨٨ .

(١) وقد اكدت محكمة القضاء الادارى هذا القول بقضائها ان « .. المدمى اذا ضمن طلباته الرام وزارة الداخلية اعادته الى عمله ، يكون قد طلب أمر لا تختص محكمة القضاء الادارى به ، ما دام اختصاصها بمقتضى قانون انشائها مقصور على الفاء القرارات الادارية التي تقع مخالفة للقانون ، فيمتنع عليها فيما لذلك أن تصدر أمرا الى جهات الادارة العاملة باجراء شيء معين بداته » .

- حكم محكمة القضاء الادارى الصادر في ٥/١/١٩٤٩ السنة ٣ ص ٢٢٠ .

وقد قررت الغرفة الادارية بالمجلس الأعلى الجزائري انه « .. حول الطلب الرام الى استصدار أمر باعادة المعنى في هذا الشأن الى مهامه .. وحيث أن القضاء الادارى ليست لديه سلطة اصدار الأمر الى الادارة .. » .

انظر القرار رقم ١٧ الصادر بتاريخ ١٨/٣/١٩٧٨ في القضية رقم ١٣١٦١ من الغرفة الادارية للمجلس الأعلى .

وفي مجال قرارات الادارة السلبية كان حلرا *méfiant* عند فرض رقابته ، وقدر مجلس الدولة أن الفاء القرار الادارى السلبى لا يؤدي الى الترخيص ، كما لو رفضت الادارة اعطاء رخصة بناء سكن وسكنت الادارة ولم تجب الطالب صراحة الى طلبه ، فان انقضت مدة زمنية معينة يحددها القانون ، فان سكوت الادارة يفسر بكونه قرار ضمنى برفض الترخيص ، فاذا استصدر الطالب قرارا بالفاء قرار الادارة بالرفض ، فان هذا الحكم لا يمكن اعتباره بمثابة قرار بالترخيص ، لأن قرار الترخيص او عدم الترخيص يدخل في سلطان الادارة ، التى تملك احداث الاثر القانونى ، اما الحكم الصادر بالفاء قرار الرفض ، فما هو الا تقرير لحكم القانون ازاء موقف الادارة غير المشروع . والقاضى لا يملك أن يصدر قرارا بالترخيص حيث تتوقف سلطته عند حد الكشف عن المراكز القانونية دون احداثها (١) .

وفي مجال وقف تنفيذ قرارات الادارة السلبية ، قدر مجلس الدولة الفرنسى فى بادئ الامر ، أن وقف التنفيذ بالنسبة لقرار ادارى سلبى يتخذ فى الواقع مظهر التقرير . وقد الفى المجلس العديد من أحكام محاكمه الادارية « لأنها ليست لها أهلية توجيه أوامر للادارة » .

وان كان قد عدل عن هذا المسلك بعد صدور مرسوم ١٩٦٣ (٢) .

ثانيا - الاكراه او التهديد :

اذا كان القاضى الادارى لا يملك أن يصدر أوامر بسيطة صراحة للادارة ، فهل يملك أن يصدر غرامات مالية او تهديدات قسرية لحملها على تنفيذ أحكامه ؟ او القيام بعمل او الامتناع عن عمل ؟

من المسلم به ان الحكم الصادر بفرض غرامة مالية او تهديد او اكراه الادارة - على هذه الصورة - يتضمن أمرا مقنعا للادارة ، وهو مالا يملكه القاضى الادارى .

(١) انظر ص ٣٢٢ من هذا البحث .

(٢) Cette solution injustifiable a heureusement été en cause peu après, dans une espèce voisine, le Conseil d'Etat n'a pas fondé le regret du recours sur ce principe, ce qui, compte tenu du caractère d'ordre public qui lui a été donné depuis 1963, tend à prouver qu'il ne s'applique pas en l'espèce.

وقد كانت مشكلة الاكراه مثار مناقشة وجدل فقهي كبير ، سواء في مجال القانون الخاص أو العام (١) . وان كانت المحاكم العادية أدركت تجريبيا وبالممارسة حقها في استخدام الاكراه لاصدار احكامها بفاعلية أكثر .

الآن وضع المشكلة يتغير في مجال القانون الادارى ، حيث أن القاضى لا يملك سلطة التقرير ، وهذا ما اكده قضاء مجلس الدولة المتعاقب ، بأن قرر ان القاضى لا يملك ان يتدخل في ادارة المرافق العامة بأى بوجه لها في حالة العجز أو الامتناع عقوبات مالية ممثلة في صورة أوامر ، سواء اليها أو الى المتعاقدين معها ، وذلك بالنظر الى ما تتطلبه ضرورة تسيير تلك المرافق بانتظام واضطراد ، وكى لا يهدر استقلالها (٢) .

ويشمل الخطر من الممارسة كل من الادارة والمتعاقدين معها وان كان سريلانه في مواجهة الادارة ، يكون بصورة أكبر نسبيا من سريلانه في مواجهة للمتعاقدن معها .

وقد عدلت اللجنة العليا LA HAUTE ASSEMBLEE من موقف مجلس الدولة بحكمها (٣) الصادر في ١٣/٧/١٩٥٦ باسم Office public de H.L.M. والذى قررت فيه انه اذا لم يتعلق بالقاضى الادارى ان يتدخل في تسيير المرافق العامة ، أو يوجه اليها عقوبات أو أوامر سواء اليها أو الى من تتعاقد معهم ويتقضى هذا المنع ضرورة المحافظة على تسيير المرافق العامة ، الا انه ازاء عدم مقدرة الادارة في استخدام وسائل القهر في مواجهة المتعاقدين معها الا بناء على حكم قضائى ، فانه ليس هناك ما يحول دون تخويل قاضى العقد سلطة اصدار عقوبات تهديدية في مواجهة المتعاقدين مع الادارة لحملهم على الوفاء بالتزامهم .

ونخلص مما تقدم ، أن القاضى الادارى لا يملك سلطة اصدار غرامات مالية أو تهديدات قسرية سواء الى الادارة (٤) أو المتعاقدين معها الا أنه يملك استثناءا وبناء

(١) انظر شيفاليه - المقالة السابقة - ص ٧٣

C.E. Le Loir 22.01.1933.

(٢)

وقد اشار اليه دباتش - المرجع السابق - ص ٤٧

(٣) دباتش - المرجع السابق - ص ٥٤٧ .

(٤) وينبغى أن نفرق بين الغرامة المالية والتهديد القسرى المفروض لأكراه الادارة للقيام بعمل ما ، وبين حالة اذا ما امتنعت الادارة عن دفع تعويض لشخص ما ، لانه طموال فترة امتناع الادارة عن التنفيذ ، يتزايد الضرر الذى قدر التعويض على اساسه ، فاذا ما رجع الحكوم له للقضاء فان للقاضى أن يحكم له بفوائد أو تعويضات أخرى لجبر الضرر الذى حاق به من جراء امتناع الادارة عن تنفيذ الحكم ، ولا يكون الحكم الجديد بمثابة اكراه للادارة لحملها على دفع التعويض ، بقدر ما هو مقرر لاصلاح وجبر الضرر .

على طلب الإدارة ، ممارسة تلك السلطة ضد المتعاقدين معها لحملهم على الوفاء بالتزامهم (١) .

المبحث الثاني

اساس مبدأ المنع من التقرير

اساس مبدأ المنع من التقرير :

يقوم مبدأ منع القاضي من سلطة التقرير على اساسين ، أحدهما نظري منطقي والآخر عمل قضائي .

الاساس النظري المنطقي :

ويتمثل في مبدأ استقلال الوظيفة الادارية (٢) في مواجهة الوظيفة القضائية ، والذي تولد عن قانون ١٦ - ٢٤ أغسطس ١٧٩٠ (٣) ، حيث لم يعد القاضي الاداري

وكما يقول الاستاذ الدكتور وصفى « ان القاضي يملك أن يحكم على الإدارة بفراغات تأخرية ، وهو للدخل ضمن ولايته في التمويض ، كما له أن يحكم عليها بفوائد تأخرية ، وكل ما له صيغة تمويضية نهائية ، أو مؤقتة ، مبنية أو نقدية ، ما لم تتضمن التكييف بعمل اشتقاقا من ولايته في التمويض ، ولكن ليس له أن يخرج من ذلك الى حد تهديد الإدارة لتنفيذ قراراته » .
انظر د. وصفى - المرجع السابق - ص ٢٤ وما بعدها .

Dès avant 1955, on pouvait trouver certaines arrêts condamnant des (١)
personnes privées à des obligations de faire, et le Conseil d'Etat, se considerant comme (protecteur du domaine public) n'a jamais hésité à ordonner l'expulsion d'un occupant sous titre de ce domaine. Mais loin de constituer des exceptions à la prohibition de principe de toutes formes d'injonction : Ces hypothèses n'en faut que circonscrire très logiquement la portée puisque cette prohibition a été posée pour sauvegarder l'indépendance de l'administration active.

شيفاليه - المرجع السابق - ص ٧٤ .

(٢) انظر شيفاليه - المرجع السابق - ص ٧٦ .

(٣) وعلى خلاف ذلك الاستاذ BENOIT في مقالته السالف الإشارة إليها والتي جاء بها

Nous voici loin de l'affirmation selon laquelle la juridiction administrative et le droit administrative découleraient d'un principe négatif posé par une loi des 16-24 Août 1790»

BENOIT, op. cit., P. 291.

رجل ادارة — كما لم يعد مجلس الدولة بمثابة هيئة ادارة عليا بعد صدور قانون ٢٤ مايو ١٨٧٢ (١) .

والاساس ان سلطة التقرير لا تكون الا لرجل الادارة المخول بها قانونا ، وفي مجال السلطة الرئاسية ، تمنح هذه السلطة للرئيس الادارى الذى يكون له سلطة اجازة أو تعديل اعمال مرؤسيه ، أو التقرير بدلا منهم . ولما كان القاضى ليس رجل ادارة ، أو رئيسا اداريا ، فيكون منطقيًا ان يتحاشى القاضى اقحام نفسه باصدار اوامر للادارة كى لا يعتدى على استقلالها .

كما ان دور القاضى انما هو صورة من صور الرقابة على عمل الادارة فى ضوء القوانين واللوائح ، دون ان يكون له سلطة التقرير والامر ، وتأسيسا على ذلك ، يعتبر بمثابة الملاذ الطبيعى للمتقاضين ضد تصسف الادارة ، فاذا اقحم نفسه — جدلا — فى عمل الادارة ومارس سلطة التقرير ، فلن يجد المتقاضى الملاذ الذى سيحيمه ضد تصسف القاضى القائم بعمل الادارة .

ويكون منطقيًا ان يكون للادارة دورها ، وأن يكون للقاضى سلطة الرقابة على هذا الدور دون التدخل فيه بالممارسة .

انظر أيضا الاستاذ الدكتور محمد فؤاد مينا حيث يقول « طبقا لقاعدة أساسية مقررة فى فرنسا ويلجيكًا ودول أوربا بوجه عام يحظر على القضاء العادى اصدار أوامر ونواهى للادارة العامة أو الحكم عليها بمعمل شيء أو بلامتناع عن عمل شيء ، وبالتالي يحظر عليه أن يحكم على الادارة باعادة الشيء الى اصله أو يرد ما يكون قد استولت عليه من املاك الافراد ...

ويحظر على القضاء الادارى أيضا المساس باستقلال الادارة .. وهذه القاعدة الأساسية مقررة فى فرنسا تطبيقًا لمبدأ تشأ وتطور واستقر فى تلك البلاد بتأثير ظروف سياسية خاصة بفرنسا وهو مبدأ الفصل بين الهيئات القضائية والادارية .

وهذه القاعدة مقررة كذلك فى معظم البلاد العربية بمقتضى نصوص قانونية قررت أن المحاكم القضائية هى صاحبة الاختصاص العام بالفصل فى كل المنازعات سواء اكانت عادية أم ادارية ولكنها فى نفس الوقت تقيد هذا الاختصاص بالنسبة لامعمال السلطة الادارية بقيد هام هو عدم المساس باستقلال الادارة العامة أو التمرض لامعمالها بالتأويل أو وقف التنفيذ أو الالفاء .

انظر الاستاذ الدكتور محمد فؤاد مينا — مسؤولية الادارة فى تشريعات البلاد العربية — معهود البحوث والدراسات العربية ١٩٧٢ ص ٦٥ وما بعدها .

(١) انظر د. سليمان الطماوى — القضاء الادارى — الكتاب الاول قضاء الالفاء عام ١٩٦٧ ص ٥٤

الاساس العملى القضائى :

أدرك مجلس الدولة الفرنسى عشية تحوله الى جهة قضائية ذات اختصاص قضائى بات ، ان الادارة لا ترغب بل تكره ان تتلقى اوامر منه او ان يتدخل فى سلطتها .

وقدر - على ضوء ذلك - ان العاقبة ستكون وخيمة وفى غير صالحه من ناحية ، وفى غير صالح المتقاضين من ناحية اخرى ، لان تدخله فى عمل الادارة سيؤدى حتما الى امتناع الادارة عن تنفيذ أحكامه ، واعتياد ممثليها على عدم احترامها ، باصدار قرارات على خلافها ، دون ان يملك القاضى عليها عقابا ، ومن ثم ستفقد أحكامه هيبتها واحترامها وقوتها الملزمة ، وسيصبح القاضى فى موضع العاجز عن كفالة الاحترام لما يصدره من قرارات (١) وسيدرك المتقاضين ازاء ذلك الموقف ، عدم جدوى اللجوء للقضاء ، ويكون أفضل فى تقديرهم ان يدخلوا فى مساومات مع الادارة حول اقتضاء حقوقهم .

(١) حيث يمثل تعطيل تنفيذ الاحكام القضائية مظهرا حيا للصراع بين سلطة ادارية تجنح بطبيعتها نحو مد اختصاصها ما أمكنها ذلك ، وقاضى همه تطبيق نصوص قانونية مجردة وتوكيد احترامها بما يصدره من أحكام . وهو صراع تقليدى لا يقتصر على عصر او مكان معين ، بل هو وليد ظروف خاصة سياسية واقتصادية واجتماعية ، تعمل على ظهوره ، كما تتحكم بمد ذلك فى مدى قوته وعنفوانه فيظهر هذا الصراع عندما تؤدي هذه الظروف الى خلق تعارض فكرى بين كل من الادارة من ناحية والقاضى من ناحية اخرى من حيث وظيفة كل منها ، والحدود التى يجب ان يلتزمها او يؤدي اعباء هذه الوظيفة - فتلجأ الادارة عندئذ الى اساليبها الخاصة ، التى يعجز عنها القاضى ، وتستخدمها لتغليب منطقتها وفلسفتها على منطق وفكر القاضى .

(١) فهى تعتمد الى استصدار تشريع تنزع به كلية من القضاة اختصاصا معيناً تضاربت فيه أفكارها وأفكاره ، ولا شك ان ذلك يعد اخطر سلاح يسل فى وجه القاضى ، بل ليس من التجاوز القول بان ذلك يعد نوعاً من الجزاء يوقمه الشرع على القاضى عندما يتخذ موقفاً معيناً فى قضايا معينة .

(ب) وقد تلجأ الادارة فى الصراع بينها وبين السلطة القضائية الى أسلوب آخر أخف وطأة وان لم يكن أقل اثراً ، فهى قد ترى فى حكم معين سبباً جديداً لا تقره ، فتعتمد الى تعطيل هذا البعد ، لا بقانون نازع لاختصاص القاضى فى موضوع الدعوى التى صدر الحكم بنسبتها أو بقانون يهدم الحكم ذاته ولكن بقانون ينقض منطوق الحكم ويلزم القاضى مستقبلاً بتغيير مضمون أحكامه حتى تتوافق والتشريع الجديد ، أى ان الادارة لا ترى المناسبة فى هذه الصورة فى الحد من اختصاص القاضى أو فى المساس بالحكم الذى لم ترضى عنه ، فهى تبقى على هذا الاختصاص ولا تمس هذا الحكم ، مع اتخاذ ما يلزم نحو توجيه القضاء مستقبلاً فى اتجاه معين ، وهو ما يتحقق لها بنصوص تشرىمية لا يرى القاضى مناصاً من احترامها والنزول على نحرها ..

وقد حافظ مجلس الدولة الفرنسى دائما على احترام استقلال الادارة (١)،
كى يضمن تنفيذها الارادى والتلقائى لما يصدره من احكام ، وان يكون دوما فى علاقة
طيبة مع الادارة .

ولا يخشى من اضطراد امتيازات السلطة العامة التى تتمتع بها الادارة ، والتى
وان قررت لها فانما كان تقريرها للوفاء بمجموعة من التزامات السلطة العامة ، المقابلة
لها ، كالمحافظة على النظام العام بمفهوم المحافظة على الامن والصحة العامة والسكينة
العامة والاداب العامة . والمحافظة على النظام الاقتصادى والنظام الاجتماعى واشياع
احتياجات المواطنين عن طريق المحافظة على ضمان السير المنتظم والمضطرد للمرافق
العامة .

(ج) الا ان السلطة الادارية قد لا تقع بهذا القدر ، ولا تجد كفايتها كاملة فى استبعاد المبدأ الذى
قرره الحكم بالنسبة الى ما قد يرفع ضدها مستقبلا من دعاوى ، بل هى دون أن تمس اختصاص
القاضى — تريد تعطيل ذات الحكم الذى اتى بما لا يرضاه ، مع منع امثاله فى المستقبل ، او هى تريد
— بعبارة اخرى — اهدار هذا الحكم فى الحال والاستقبال ، وترجع خطوة هذا المسلك الى أن الادارة
ترغب فى استبعاد حكم قضائى صدر فعلا ويتمتع بحجية الشئ المضى به ، وحتى لا يدان قرارها بمخالفة
القانون ان هى استبعدت الحكم بقرار ادارى — لتجاء الادارة الى سلطة التشريع تستصدرها قانونا يحقق
لها مايربها ... فستطيع أن تستصدر بالشمال ما حرم عليها باليمين ، وتصل الى ما تصبو اليه بقانون
لا يختلف فى اجراءاته عن القرار الادارى العادى ، اللهم الا اختلافا يسيرا لا يمتدى الصياغة ومراسل
الاصدار .

(د) وقد تعمد الادارة تجاه حكم القاضى الى موقف سلبي بحث وذلك بان تتمتع صراحة أو

ضمنا عن تنفيذ مقتضاه .

انظر التعليق القيم بعنوان «تعطيل تنفيذ الحكم القضائى» على حكم المحكمة الادارية العليا الصادر فى
١٩٦١/١٢/٢٣ لاستاذنا الدكتور عبد الفتاح حسن والنشور بمجلة العلوم الادارية السنة ٦ العدد الاول
ص ٢٤٦ وما بعدها .

(١) على الرقم من رفض الادارة تدخل القاضى باصدار اوامر لها ، نجدها تخضع لرئاسة محاكم
النظام القضائى العادى وذلك فى حالة الامتداء المادى وعمل الفصب ، حيث تملك أن تأمر الادارة للقيام
بعمل أو الامتناع عن عمل كإزالة عمل الامتداء المادى ، واعادة الامور لنصابها ، وذلك مثلا عن طريق طرد
الادارة خارج الاماكن التى شغلها بفعل الامتداء أو بفعل الفصب ، أو بإزالة الاعمال التى اقامتها
مستخدمة عند الحاجة الأندار بالتهديد والاكراه ، وهو ما حرم على القاضى الادارى ، كما يملك القاضى
المادى أن يأمر بتسجيل أو شطب ناخب .

شيفاليه — المقالة السابقة — ص ٨٦ .

واحجام القاضى الادارى عن التقرير - صراحة - جعلته يكفل احترام الادارة
لما يصدره من احكام وتنفيذ مقتضاها .

ومرد ذلك فى رأينا ، أن الادارة تمثل امام القاضى العادى باعتبارها شخصا عاديا ، متجردة من
نوب السلطة العامة مثلها فى ذلك مثل الغير ، وذلك من جراء فعل الاعتداء المادى الذى جرد عملها من طبيعته
الادارية فاضحت كالمواطن البسيط تماما ، ولم يعد هناك ما يحول دون أن يصدر حكم عليها او اكراهها على
القيام بعمل او الامتناع عن عمل .

ويتفق ما انتهينا اليه مع ما سبق وأن قرره استاذنا الدكتور محمد فؤاد مهن من اعتبار هذه النتيجة
أثرا يترتب على تطبيق نظرية الاعتداء المادى ، فيذكر سيادته « ان النتيجة الثانية التى تترتب على تطبيق
هذه النظرية أن يصبح من حق القضاء العادى أن يحكم على الادارة بكل ما يسلمه النزاع من احكام
دون تقييد بالمبدأ العام الذى يقضى بعدم جواز تدخل القضاء العادى فى اعمل الادارة سواء بتفسير
قراراتها او تعطيل تنفيذها او اصدار اوامر او نواهي لها او إلزامها بعمل او المسأل بسلطتها التقديرية .
الاستاذ الدكتور محمد فؤاد مهن « مسئولية الادارة فى تشريعات البلاد الربية » . معهد البحوث
والدراسات العربية - ١٩٧٢ ص ٧٢ .

ويذكر استاذنا العميد الطماوى بأن القاضى لا يستطيع أن يصدر أوامر مينة للادارة على النحو
الذى يملكه القاضى فى النظام الانجلوسكسونى . ولهذا فان القضاء يحكم بعدم الاختصاص كلما كان
المطلوب الحكم على الادارة بعمل معين . وهذا ما يردده مجلس الدولة الفرنسى استمرار ، من ذلك على
سبيل المثال حكمه الصادر فى ١٩٤٧/١١/٧ فى قضية *Alexis et Wolf* حيث طلب لى نشر قرار فى الصحف
والراديو ، فرفض المجلس الحكم بناء على توجيه الفوض *Celler* الذى اوضح أن المجلس لا يملك أن
يلزم الادارة بعمل معين ، ويذكر استاذنا العميد بأن هذا ما رده مجلس الدول المصرى من اول الامر ،
اذ رغم حداثة قضاء الالفاء فى مصر ، فان المجلس استطاع أن يضعه فى موضعه الصحيح ، وقد أشار الى
حكم محكمة القضاء الادارى الصادر فى ١٩٥٠/٥/١٧ الذى جاء فيه « أن القانون اذ خول هذه المحكمة
سلطة الفاء القرارات الادارية المخالفة للقانون ، قد جعل منها أداة لرقابة تلك الآرات قضائيا فى الحدود
التي رسمها ودون أن يجعل منها هيئة من هيئات الادارة ، وبهذه المثابة ليس لحكمة أن تحل محلها فى
اصدار اى قرار او أن تأمر بأى امر معين او بالامتناع منه ... » .

انظر د. سليمان الطماوى - القضاء الادارى - الكتاب الثانى - قضاء ابيض وطرق الطعن فى
الاحكام ص ٤٨٤ وما بعدها .

المبحث الثالث

التخفيف من مبدأ المنع من التقرير

التخفيف من مبدأ المنع من التقرير :

لا يمكن تفسير مبدأ الفصل بين الوظيفة القضائية والوظيفة الإدارية تفسيراً مطلقاً ، وقد اقتضى تفسير هذا المبدأ تحقيق نوع من التداخل بين الوظائف مع التوازن ، حيث تقوم الإدارة ببعض الأعمال القضائية ، كالجهاز الإداري ذات الاختصاص القضائي (١) ، وكان لزاماً تدخل القضاء - بصورة غير مباشرة - في عمل الإدارة (٢) ، وذلك لتحقيق التوازن بينهما ، ولم يعد محمول الحظر - حظراً مطلقاً ، وإنما اقتضى ذلك التوازن تحقيق نوع من التلطيف والتخفيف من حدة هذا المبدأ ، لهذا التخفيف كفل للقاضي الإداري اتخاذ وسائل غير مباشرة في مواجهة الإدارة من أجل تنفيذ قراراته ، دون أن يكرهها أو يجبرها - صراحة - على التنفيذ بواسطة شكل صريح من أشكال التقرير .

وسوف نعالج محاولات التخفيف من حدة هذا الحظر ببيان أمثلة من محاولات التخفيف من جانب المشرع ثم المحاولات القضائية للتخفيف .

أولاً - التخفيف بنوعه على إرادة المشرع :

ساهم المشرع ، التخفيف من حدة مبدأ منع سلطة التقرير بصور عدة نذكر منها :

١ - ساهم المشرع في التخفيف بان منح القاضي سلطة وقف تنفيذ قرارات الإدارة في حالات الاستعجال وأحوال الضرورة (٣) رغم أن المجلس أكد أن وقف تنفيذ

(١) انظر رسالة دكتور القطب محمد طلبة بعنوان « العمل القضائي في القانون المقارن والجهاز

الإدارية ذات الاختصاص القضائي » الطبعة الأولى عام ١٩٦٥ .

(٢) انظر ديباتش - المرجع السابق - ص ٧٤٩ وما بعدها .

(٣) شيفاليه - اجع السابق - ص ٨١ .

وانظر قرار الغرفة الإدارية للمجلس الأعلى رقم ٦ الصادر في ١٧/١/١٩٧٨ في القضية رقم ١٦٨٠٦

والتصميم وقف تنفيذ لمر والى ولاية منابة .

وفي حكم آخر رقم الغرفة الإدارية للمجلس الأعلى رقم ٦ الصادر في ١٧/١/١٩٧٨ في القضية رقم ١٦٨٠٦

والتصميم الاستعجالية ببطء أن لا تخلق عوائق ضد تنفيذ أي قرار إداري وان القاضي في هذا =

قرار الادارة هو صورة من صور التقرير ، الا انه عدل عن موقفه السابق (١) .
وعليه يكون المشرع قد حول القاضى بعض الاختصاصات التى لها كل صفات
الأمر والتقرير ، فالحكم الصادر بوقف تنفيذ قرار الادارة ما هو الا أمر للادارة
بايقاف تنفيذ عملها ، ويؤدى فى حقيقته الى ذات نتائج التقرير .

٢ - ساهم المشرع فى التخفيف بان حول للوزراء بمقتضى المادة ٢٨ من المرسوم
الصادر فى ١٩٦٣/٧/٣٠ فى فرنسا حق مراجعة المجلس حول اساليب التنفيذ
لقرار صادر بالالفاء (٢) ، وكذلك حق مراجعته فيما يتعلن بالصعوبات التى
تعترض تنفيذ احكامه القضائية وذلك كنوع من الحماية من جانب المشرع كى
لا تتحول احكام مجلس الدولة من طبيعتها القضائية الى بيعة افلاطونية ،
ازاء عدم القدرة على تنفيذها من جانب الادارة ، اما عن حد وسوء نية عن
طريق الماطلة او التسويق ، واما بحسن نية ناجم عن جهى باساليب التنفيذ
وقد امتك مجلس الدولة الفرنسى بمقتضى هذه المراجعة سلالة التقرير ، حيث
اصبح يملى على الادارة الاساليب اللازمة للتنفيذ . وهذه الاجعة وان لم تكن
امرا وتقريراً صريحاً ، الا أنها فى النهاية تحقق ذات نتائجها .

٣ - كما تنص قوانين الاجراءات القضائية الادارية عادة على دليل الصورة
التنفيذية للاحكام بالصيغة الآتية « على الوزراء ورؤساء المصالح المختصين
تنفيذ هذا الحكم واجراء مقتضاء (٣) . وذلك بالنسبة احكام الالفاء ،
اما بالنسبة لغيرها من الاحكام فتذيل بالصيغة الآتية - كما و الشان فى قانون
مجلس الدولة المصرى - « على الجهة التى يباط بها التنفيذان تبادر اليه متى
طلب منها ، وعلى السلطات المختصة ان تعينه على اجرائه و باستعمال القوة
متى طلب اليها ذلك » .

= الباب بوسمه أن بوجه اندارات للادارة قصد ايقاف التمدي

القرار رقم ١٤ الصادر فى ١٩٧٨/٢/١٤ فى القضية رقم ١٥٧٢٤ .

(١) انظر ص ٢٢٦ وما بعدها من هذا البحث .

(٢) شيفاليه - المرجع السابق - ص ٨٢ .

(٣) انظر المادة ٥٤ من قانون مجلس الدولة المصرى رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ .

وانظر أيضا المادة ٣٢٠ من قانون الاجراءات المدنية الجزائرية .

وانظر المادة ٧٠ من الامر رقم ٤٥ - ١٧٠٨ الصادر فى ١٩٤٥/٧/٢١ بشأن مدى الدولة الفرنسى -

كما يعاقب الشرع — من ناحية اخرى — كل من يعمد تعطيل او عرقلة تنفيذ حكم قضائي او يمنع عن تنفيذه (١) . ولم يعد يخشى القاضى الادارى امتناع رجل الادارة عن تنفيذ حكمه ، حيث سيعرضه حتما الى نوع من المساءلة الجنائية الى جانب مسؤوليته التأديبية والمدنية . كما هو الحال في مصر .

ثانيا - التخفيف من جانب القضاء :

لم يقف القاضى الادارى مكتوف اليدين ازاء الحظر المفروض حول وظيفته ، الا انه لم يتسرع في بسط رقابته ، فعهدنا به الفطنة والحذر ، وانما عمد الى التخفيف من هذا لحظر تدريجيا مؤكدا سلطاته كحام للمشروعية في صور عدة نذكر منها :

١ - ان احكام الانهاء التى يصدرها القاضى الادارى ، تحمل في طياتها امرا للادارة للقيام بعمل او الامتناع عن عمل . فالحكم الصادر بالغاء القرار الصادر بالترخيص ، ما هو الا امر للادارة بعدم الترخيص لشخص معين ، وكذلك الحكم الصادر بالغاء قرار تعيين مترشح لوظيفة معينة من جانب الادارة . هو امر للادارة بتعيين صاحب الاحقية في الوظيفة الشاغرة ، كان يكون اول الناجحين في متحان المسابقة ، او يسبق رقمه رقم المعين في نتيجة امتحان المسابقة ، وهم ذات فكرة التقرير .

(١) انظر المادة ٢٢٢ مقوبات مصرى . وتنص الفقرة الثانية من المادة المذكورة والتي اضيفت بمقتضى المرسوم بقانون رقم ٢٣ سنة ١٩٥٢ « ... كذلك يعاقب بالحبس والعزل كل موظف عمومى امتنع عمدا عن تنفيذ حكم او امر . ذكر بعد مضي ثمانية ايام من اذاره على يد محضر اذا كان تنفيذ الحكم او الامر داخلا في اختصاص لوظف »

ويلاحظ ان هذه النافذة قد تمت بناء على طلب رئيس مجلس الدولة المصرى في ذلك الوقت حيث راي ضرورة تحقيق اصلا جوهرى في نظام القضاء الادارى ، حيث مرت فترات لم تنفلد فيها احكام محكمة القضاء الادارى لامتناع الادارة عن ذلك عمدا او نفلت في كثير من التراخي .

— انظر تقرير المجلس المنشور بمجلة المجلس — السنة الثالثة — يناير ١٩٥٢ ص ٤٣٥ وما بعدها .
— انظر ايضا د . مد كامل ليلة « الرقابة على أعمال الادارة ، دراسة مقارنة » طبعة ١٩٧٠ هامش

رقم ٣ ص ٨٥٢ .

وتنص المادة ١٧١ الدستور الجزائرى الصادر في ١٩٧٦/١١/٢٢ « على كل اجهزة الدولة المختصة أن تقوم في كل مكان وفي كل الظروف بتنفيذ احكام القضاء » .

ويعتبر الشرع الدورى الجزائرى ، عرقلة او الامتناع عن تنفيذ احكام القضاء بمثابة مخالفة

دستورية .

- ٢ - والحكم الصادر بالتعويض - يعد في الحقيقة - أمرا للإدارة بدفع مبلغ من المال لشخص المضرور ، والتعويض يعد وسيلة لحمل الإدارة على جبر الضرر (١) وما يترتب على عدم تنفيذ الإدارة لهذا الحكم من فوائد تأخرية تستحق لإصلاح الضرر ، هي من صور التقرير ، حيث تنطوي على أمر يوجه للإدارة بوسيلة غير مباشرة - لحملها على إصلاح الضرر وإعادة الأمور لنصابها (٢) .
- ٣ - وذهب مجلس الدولة الفرنسي أبى أبعد من ذلك ، حيث اعترف صراحة في حكم Ville de Charleville بسلطته في الزام البلدية المذكورة ، كى تمتنع عن تلويث مياه النهر بواسطة بالوعات البلدية (٣) .

(١) أنظر شيفاليه - المرجع السابق - ص ٨٤ .

وبذكر دباتش في هذا الصدد بأنه قد يحدث استثناء أن القاضى ينرك لخير الإدارة بين أن تمتنع الحكم في خلال مدة معينة ، أو أن يحكم عليها بتعويض مالى عن الأضرار التى تدنها للطاعن ، بامتناعها عن التنفيذ ، والسلطة الإدارية تعرف مقدما أنه اذا لم تقم بتنفيذ الحكم ، فسيحكم عليها نظما بتعويض مالى لإصلاح الضرر الذى لحق بالطاعن من جراء امتناعها عن التنفيذ .

أنظر دباتش - المرجع السابق - ص ٧٥٠ وما بعدها .

(٢) ونؤيد الدكتور عبد المنعم جيرة في رسالته من أنه ليس هناك ما يحو دون حق القاضى الإدارى في الالتجاء الى التهديد المالى لاجبار الإدارة على تنفيذ التزاماتها الناشئة عن أحكام الإلغاء وخاصة وأن هذه الوسيلة تعد من أهم وسائل الإكراه وأكثرها فاعلية وانها تتناسب مع طبة النزاعات الإدارية بتسييد أحكام الإلغاء التى لا تخرج عن كونها التزام يعمل أو بالامتناع عن عمل يقدم تنفيذه ندخلا من جانب المدين .

رسالة د. عبد المنعم جيرة - السابق الإشارة إليها - ص ٥٧٨ .

وهو ما قضت به محكمة الزقازيق الابتدائية بأن قررت للمضرور من جر قرار نزاع ملكيته للمنفعة العامة بالتعويض المناسب والزمته جهة الإدارة بفوائد المبالغ المقتضى به بواقع سنويا تبدأ من تاريخ صدور الحكم وحتى تاريخ السداد .

- حكم محكمة الزقازيق الابتدائية الصادر في ٢٦/١١/١٩٨٠ الدعوى م ٤٤٤٦ لسنة ٧٩ مدنى كلى الزقازيق وكان الباحث ضمن هيئة المحكمة التى أصدرت هذا الحكم .

وبلاحظ أن هذه المنازعة حسب طبيعتها منازعة إدارية لانه يمثل فيها شخص معنوى عام - الهيئة العامة للمساحة - باعتبارها سلطة عامة وتتعلق بعمل قانونى إدارى - قرار إدارى بنزع الملكية للمنفعة العامة - ووفقا للقواعد العامة كان يتعين أن يختص بها القضاء الإدارى المصرى أن المشرع أسند للقاضى العادى سلطة الفصل نهائيا في قرار لجنة الفصل في المعارضات في نزاع الملكية وهو اختصاص استثنائى ما كان يملكه القاضى العادى لولا تدخل المشرع وأسند اليه بمقتضى القانون ر ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ المعدل بالقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٢ بشأن نزاع ملكية المقارنات للمنفعة العامة .

(٣) أنظر شيفاليه - المرجع السابق - ص ٨١ .

ويعد هذا الحكم بمثابة امر صريح للادارة للامتناع عن تلويث مياه النهر .

٤ - كما تتسم الإجراءات القضائية بأنها ذات طبيعة تحقيقية وهذه الخصيصة الاستقصائية تخول للقاضي ان يوجه اوامره لاطراف الخصومة الادارية - ومن بينهم الادارة - للقيام بعمل معين يقتضيه طبيعة التحقيق ، كتقديم مستندات او ملفات او مذكرات كما تخوله اكراه اطراف الخصومة ، ومن بينهم الادارة على تنفيذ تلك الاوامر في خلال فترة زمنية محددة ، وكذلك فرض عقوبة على من لم يمثل تلك الاوامر ، أما في صورة غرامة مالية (٧) او اعتبار المتخلف مسلم بادعاءات خصمه ، أو عدم الاعتداد بما يقدمه من مذكرات أو أدلة بعد فوات الميعاد .

٥ - وقد اتبع مجلس الدولة الفرنسي اخيرا وسيلة استطاع بها أن يمتص غضب ونفور الإدارة من تدخله في عملها . وتمثل هذه الوسيلة في الرد أو الاحالة (٢)

(١) ومن ذلك ما نص عليه المادة ٢٧ من قانون ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة المصري من انه « لا يجوز في سبيل تهمة الدعوى تكرار التأجيل لسبب واحد ، ومع ذلك يجوز للمفوض اذا رأى منح اجل جديد أن يحكم لى طالب التأجيل بغرامة لا تتجاوز عشرة جنيهات يجوز منحها للطرف الاخر ... » .

وما نصت عليه المادة ٣/٣ من ذات القانون « ... ومع ذلك اذا رأت المحكمة تحقيقا للمدالة قبول دفع أو طلب أو ورق جديدة جاز لها ذلك مع جواز الحكم على الطرف الذى وقع منه الاعمال بغرامة لا تتجاوز عشرين جنيهاً يجوز منحها للطرف الاخر ... » .

ونرى ان المشرع المصر قد خول القاضى سلطة اصدار غرامات مالية ضد الادارة لحملها على تنفيذ قرارات مفوضى الدولة ، كعمو الحال في الصورة الاولى ، ولاحترام نظام التقاضى كما في الصورة الثانية . وكل منهما يعد - في رأينا صورة من صور التقرير لحمل الادارة على القيام بعمل معين أو احترام ومراعاة امر معين .

وهناك صورة للامر والترير يمتلكها القاضى الجزائرى في مواجهة الادارة وتمثل فيما تنص عليه المادة ١٧٠ من الامر رقم ٦٦ - ٤ المعدلة بالمادة ٢١ من الامر ٦٩ - ٧٧ والتي تنص على « ... ويقوم المقرر بتبليغ المريضة الى كل مد عليه في الدعوى مع اذاره بان يودع مذكرة بالرد مصحوبة بعدد من النسخ بقدر عدد الخصوم وذلك فيلواعيد التي يحددها ... » وتستطرد المادة سالفة الذكر « ... ويجب على المقرر أن يستبعد من المرافع المذكرات التي تودع في تاريخ لاحق لانقضاء اخر ميعاد ممنوح لايداعها ... » ونرى أن المقرر الجزائرى لك اصدار اوامر للادارة بصدد تحقيق المنازعة الادارية بتقديم مذكراتها أو ردها في خلال فترة زمنية ددها ، كما يملك أن يوقع عليها عقوبة استبعاد مذكراتها من المرافعات اذا قدمتها في تاريخ لاحق للتاريخ الذى حدده لها .

(٢) أنظر شيفاليه - نالة السابقة - ص ٧٣ .

دبائش - المرجع الس - ص ٧٥٠ .

رسالة الدكتور هيد ام جيرة - ص ٢١٨ .

«Renvoi» وذلك بان يحيل القاضى المتقاضين من اجل عمل ما يتطلبه القانون الى الادارة ، كمنح رخصة مثلا ، وذلك بفرض رد المتقاضى الى مصدر القرار نفسه لاعادة النظر فيما اصدره من قرارات وتطبيق القانون ، او احوالة المتقاضين للرئيس الادارى لمصدر القرار (١) وذلك فى خلال اجل معين يحدده القاضى الادارى لتطبيق القانون ، فان لم تستجب الادارة لطلب المتقاضين ، يعود لى ملاذه الطبيعى ، القاضى الادارى ، لانزال حكم القانون على مسلك الادارة .

وطريقة الاحالة هذه هى من الوسائل الفنية التى ابتدعها مجلس الدولة الفرنسى والتى يؤكد بها وجوده وتطوره ، ويدعم بها قضائه ، ويقوى بها احكامه (٢) . وهذه الطريقة وان كانت لا تمارس كأمر مباشر وصريح للادارة ، الا انها فى نهاية المطاف تحقق ذات نتائجه .

(١) وتوجد صورة لفكرة الاحالة فى النظام القضائى الجزائرى تضمنتها المادة ٣٩٨/٢-١ من الامر رقم ٧٦ - ١٠١ الصادر فى ١٢/٩/١٩٧٦ والتي تنص :

١ - « ترسل الطلبات (مرائض الدعوى) الى نائب مدير الضرائب للولاية لبدء رايه وللقيام بالتحقيق فيما للقواعد المحددة فى المادة ٣٩٢ اعلامه . . . »

٢ - « يرسل نائب مدير الضرائب للولاية ، الملف مع طلباته الى قلم الكتاب واذا كان غير موافق على قبول الطلب بتمامه فيعلم الشاكى بان له اجلا قدره عشرون يوما . من اجل الاطلاع على الملف وتقديم ملاحظاته مكتوبة والاعلام اذا كان يرغب فى اللجوء الى خبرة ان راي ذلك مناسبة . . . »

وما جاء فى المادة ٣/٤٠١ التى تنص :

٣ - « . . . يستطيع نائب المدير اثناء الدعوى ان يقدم طلبات مقابلة ترمى الى الغاء او اصلاح القرار المتخذ فيما يخص الشكوى الاولى وتبلغ هذه الطلبات الى الشاكى طبقا لاحكام الفقرة ٢ من المادة ٣٩٨ اعلامه . »

وبمقتضى هذه النصوص يخول للقاضى سلطة احوالة القضية الى الادارة ممثلة فى نائب مدير الضرائب للولاية باعتباره الرئيس الادارى للجهة الادارية التى اصدرت القرار لاعادة النظر فى القرار المطعون فيه وانزال حكم القانون . فاذا تبين له صحة ادعاءات ومزامم الطاعن فانه يعمل على الغاء او تعديل القرار المطعون بماله من سلطة ادارية وفقا للمادة ٣/٤٠١ السابق الاشارة اليها .

٢) Le renvoi est en effet une mise en demeure adressée à l'autorité

administrative d'avoir à accomplir un acte positif, sous menace de sanctions, ces sanctions consistant soit en l'annulation des actes contraires, soit en la mise en jeu de la responsabilité administrative. Et cette conception correspond très exactement à la définition de l'injonction.

أنظر شيفاليه - المرجع السابق - ص ٨٣ .

ويذكر الكاتب ان المشكلة غدت فى الاصل مشكلة لغوية بالدرجة الاولى حيث اصبح القاضى يملك توجيه اوامر ويفرض تهديد واكراه ضد الادارة لحملها على القيام بعمل دون ان يلبسه صراحة ثوب التقرير وانما يتحايل لغويا ليمسك رقابته .

شيفاليه - المرجع السابق - ص ٨٤ .

الفصل الثاني

هل يملك القاضي الإداري سلطة الحلول محل الإدارة ؟

وأبنا انه عقب صدور قانون ٢٤ مايو ١٨٧٢ في فرنسا ، لم يعد القاضي الإداري عضواً من أعضاء الإدارة ، سواء اكان رئيساً ادارياً لها أو وصياً عليها . وادرك طبيعة وظفته القضائية والتزم حدودها وذلك بان حظر على نفسه ان يتدخل في عمل الإدارة بممارسة سلطة التقرير والأمور ، أو الحلول محلها (١) . وكذا هذا المسلك من جانبه بمثابة رفض منه للظهور ، بمظهر الرئيس للإدارة أو الوصي عليها . وترتب على الفصل بين الوظيفتين الإدارية والقضائية ان أصبحت الإدارة تختص بأعباء الوظيفة الإدارية ، بينما تقتصر سلطة القاضي على فض المنازعات دون أن يحل محل الإدارة في وظيفتها ، أو أن يجري بتقديره ما يتطلب تقديرها (٢) . سواء اكان حلولا صريحا أو ضمنيا .

(١) وتصادفنا كلمة الحلول Substitution في مجال القانون الإداري تارة عند التعرض لتسطة الرئيس الإداري في مواجهة مرؤوسيه في نطاق السلطة الرئاسية حيث يملك الرئيس الإداري سلطة الإجازة والتصديق على عمل المرؤوس أو تعديله أو الفائه أو الحلول محله ، ما لم يمتد الشرع باختصاص المرؤوس وهذه السلطات مستمدة من طبيعة السلطة الرئاسية والتي نجد أساسها القانوني في كل من القانون وسطة الرئيس التقديرية . هذا في الفرض الآخر ، فلا يملك الرئيس سلطة الحلول الا بمقتضى نص خاص لان أساس سلطته الرئاسية يكون مستمداً من القانون في هذه الحالة .

وفي مجال الوظيفة العامة يقصد بالحلول القانوني مواجهة حالة خلو الوظيفة نتيجة تغييب صاحب الاختصاص الاصيل أو قيام مانع لديه يحول دون ممارسته لوظيفته . وفي هذين المجالين يكون كل من صاحب الاختصاص الاصيل والحال من أعضاء الإدارة . كما يعتبر الحلول في مجال الوصاية الإدارية التي تمارسها الإدارة لمركزية على وحداتها اللامركزية سواء الإقليمية أو المرفقية ، من بين أساليب معالجة سلطات الوصاية ، حيث تملك سلطة الوصاية الى جانب كل من وسائل استطلاع الرأي والمشورة والتصديق والاذن والترخيص والانساء والايثاف سلطة الحلول ويلاحظ أن وسائل سلطة الوصاية هي جميعها سلطات استثنائية لا يمكن ممارستها الا بمقتضى نص ، لان الاصل هو استقلال الوحدات الإقليمية أو المرفقية ، والاستثناء تدخل الإدارة المركزية في عمل الهيئة اللامركزية ، ومن ثم يتقرر الاستثناء - بنص - ومن بينه سلطة الحلول .

وفي هذا المجال يكون كل من الوصي (الإدارة المركزية) والوصي عليه (الوحدة اللامركزية) داخلاً عضواً في الإدارة ، وليس اجنبياً عنها ، كما لو كان تابعاً لاي من الهيئة التشريعية أو القضائية .

(٢) د. مصطفى كمال وصفي - المرجع السابق - بند ٤١٠ .

د. عبد النعم جيرة - رسالته السابقة - ص ٣٠١ .

المبحث الاول مضمون الحائول

الحاول وسيلة رقابة ادارية تمارسها الادارة سواء المركزية او اللامركزية على مرؤوسيهيها ويشترط لممارستها أن يكون العضو مندمجا في الادارة وليس اجنبيا عنها بالإضافة الى أن العمل الذي يقوم به ، الاصيل هو من حيث طبيعته اداريا . ولا يقدرح على ان العاضى اجنبى عن الادارة سواء من الناحية العضوية ، او من الناحية الوظيفية وعليه يكون خارجا عن حدود وظيفته عند ممارسته عمل الادارة (١) .

والتدخل بالحاول من جانب اقاضى يهدر في الاصل استقلال الادارة صاحبة الاختصاص الاصيل ، بيد ان الحلول كوسيلة رقابة ادارية تمارسها هيئة ادارية على اخرى في مجال اللامركزية الادارية لا يكون الا بناء على نص صريح ، فاذا كانت ساطة الادارة مقيدة اساسا عند استخدام هذه الوسيلة - الحاول - داخل الوظيفة الادارية فان الحظر يكون منطقيًا في مواجهة القاضى ، لتخلف النص القانونى من ناحية ، واختلاف طبيعة وظيفة كل من القاضى والادارة من ناحية ثانية . والقول بغير ذلك سيجعل حتما من القاضى وصيا على الادارة او رئيسا لها .

اذن لا يملك القاضى - تطبيقا لهذا الحظر - ان يجل صراحة او ضمنا محل الادارة او يقوم بعمل يدخل في اختصاصها ، فلا يملك ان يقوم فعلا بالعمل القانونى

(١) وقد ذهبت محكمة القضاء الادارى المصرية فى قضائها الى القول « بان القانون اذا خول هذه المحكمة سلطة الغاء القرارات الادارية المخالفة للقانون ، قد جعل منها اداة لرقابة تلك القرارات قضائيا فى الحدود التى رسمها دون ان يجعل منها هيئة من هيئات الادارة ، وبهذه النهاية ليس لليومية ان تحل محلها فى اصدار اى قرار او ان تمارسها باداء اى امر معين او الامتناع عنه ، ولا ان تكرهها على شيء من ذلك من طريق الحكم بالتهديدات المالية اذ يجب ان تظل للادارة حريتها الكاملة فى اتخاذ مآثرها من قرارات بمقتضى وظيفتها الادارية » .

والقيضية رقم ٣٥٥ مجموعة احكام مجلس الدولة لسنة ٤ ص ٨٠١ وقد اشار اليه د. محمد كامل ليله - مؤلفه السابق - هامش ١ ص ١٧٠ .

فالقاضى الادارى وهو يفصل فى الخصومات الادارية ، لا يدبر بحيث لا يستطيع ان يعدل بنفسه القرار المطعون فيه ، او يرفع منه عناصر البطلان ويحل محلها عنصرا الصحيحة .

انظر د. طعيمة الجرف - قضاء الالفاء ١٩٧٧ ص ٢٢٨ .

الدى امتنعت الإدارة عن اتخاذه ، كان يملى لائحة أو قرار معين أو يعدله (١) أو يمنح رخصة . ولا يعنى الفاء قرار الإدارة برفض الترخيص في مجال سلطة الإدارة المقيدة - اعطاء الطاعن الرخصة بالمباشرة - حيث يقف دور القاضى في هذه الحالة عند حد ارجاع الامور لنصابها بالغاء قرار الرفض ، دون ان يصرح صراحة بمنح الرخصة ، فلا يجب ان يذهب القاضى بعيدا ويحل محل الإدارة ويمنح الرخصة المطلوبة ، كذلك لا يملك ان يقوم بتقرير الاعمال القانونية والآثار القانونية المترتبة لالغاء بعض الأحكام (٢) فلا يملك مثلا أن يعين أو يعيد الموظف الى وظيفته أو يعدل تاريخ التعيين أو يعلن عن الوظيفة الشاغرة ، وفي مجال الاشغال العامة (٣) لا يملك أن يحدد من ترسو عليه المناقصة أو أن يرخص في الاحلال محل المتزم . كذلك لا يملك أن يعدل من العقوبات الجنائية أو المالية العلنة بواسطة الوزير بالنسبة للمخالفات المتعلقة بالتشريعات الاقتصادية ، أو أن يعدل من شروط العقد .

وقد كانت المحكمة الادارية العليا في مصر حريصة على ترديد هذا المبدأ في العديد من احكامها ، بأن قررت أن « القضاء الادارى مهمته مقصورة على الفاء

(١) وقد أكد ذلك مجلس الدولة المصرى في حكمه الصادر في ١٩٤٩/١٢/٢٩ السنة ٤ من ١٣٧ = من « أن طلب تطبيق قرار مجلس الوزراء الصادر في اول يونيو ١٩٤٧ على خريجي الزراعة المتوسطة هو طلب مبناه ان القرار المذكور اخطأ في عدم معاملة حملة دبلوم الزراعة المتوسطة يمثل ما يعامل به حملة شهادة المعلمين الثانوية وشهادة المعلمات السنية ، مع ان الجميع يحملون شهادات متوسطة من مستوى واحد ، ويعتبر بهذه المثابة طلبا بتعديل قرار أصدره مجلس الوزراء في حدود سلطته التشريعية والتنظيمية ، وهو امر يخرج عن اختصاص هذه المحكمة ، اذ ليس من وظيفتها تعديل التشريع القائم أو تكليف جهة الإدارة بتعديله أو الحلول محلها في اجراء هذا التمديل ، وللمحكمة ان تقضى بعدم اختصاصها بنظره من تلقاء نفسها لان مرجع عدم الاختصاص عدم وجود وظيفة لها .

وقد اشار الى هذا الحكم د. الطماوى - المرجع السابق - من ١٠٢٩ .

(٢) وهو ما أكدته محكمة القضاء الادارى في مصر بقولها « انه لا بدخل في وظيفة المحكمة عند الفصل في دعاوى الفاء القرارات الادارية لجائزة حدود السلطة الحكم بتمسديل القرارات المطعون فيها أو تصحيحها ، بل يتروك ذلك للإدارة العاملة وحدها تقوم به كنتيجة مباشرة للحكم الصادر بالالفاء .

حكم محكمة القضاء الادارى الصادر بجلسة ١٩٤٨/٦/١٥ السنة ٢ من ٧٩٧ .

- انظر ايضا د. محمد كامل ليله - المرجع السابق - هامش ٣ من ٤٧٠ .

- انظر شيفاليه - المرجع السابق - من ٧٠ .

(٣) شيفاليه - المرجع السابق - من ٧٠ .

القرارات الادارية دون تعديلها وهو لا يملك الحلول محل الادارة في اصدار قرار . . .» (١)

وفي حكم آخر تقرر المحكمة « القضاء الادارى وان كان لا يملك ان يحل محل الادارة في اجراء امر هو من اختصاصها ، الا انه يملك ان يعقب على تصرف الادارة من الناحية القانونية ، وان يبين حكم القانون فيما هو متنازع عليه بين ذوى الشأن ، فيضع الامور في نصابها القانونى الصحيح ، وله بهذه المثابة ان يبين من هو الاولى قانونا بالترشيح للترقية ، واذا ما أبان ذلك فليس معنى هذا انه حل محل الادارة في ترقيته ، بل مفاده تنبيه الادارة الى حكم القانون لتجربى الترقية بقرار منها على هذا الاساس ، والا كان قرارها - على خلاف ذلك - مخالفا للقانون (٢) .

وقد ذهبت المدرسة التقليدية الى اعتبار سلطة القاضى في الحلول بمثابة معيار للترقية بين منازعات الالغاء ومنازعات القضاء الكامل ، باعتبار ان القاضى الادارى لا يملك - في منازعات الالغاء - الا ان يلغى القرار المطعون فيه ، او يفرض الطعن دون ان يملك تعديل القرار ، او الحلول محل الادارة ، باصدار قرار آخر جديد ، بينما يملك في غيرها من المنازعات كل من سلطة الالغاء والتعديل والحلول تأسيسا على ان

(١) انظر د. سليمان الطماوى « القضاء الادارى - قضاء الالغاء » طبعة ١٩٦٧ ص ١٠٢٧ . ومن الاحكام العديدة التى اوردها في هذا الصدد نذكر حكم محكمة القضاء الادارى بعدم الاختصاص « باعتبار طالبة ناجحة في امتحان النقل من السنة الاولى للسنة الثانية ثم السماح لها بامتحان النقل من السنة الثانية للتالثة ومنها الى الرابعة . اذ ان هذين المطلبين هما من صميم اختصاص الجهات الادارية ذات الشأن ، ولا تملك المحكمة ان تحل محلها في ذلك مهما يكن امرالاسانيد المقدمة » .

حكم محكمة القضاء الادارى الصادر في ١٥/٦/١٩٤٨ السنة ٢ ص ٧٨٥ .

- « وانه ليس من اختصاص المحكمة ان تصدر حكما بترقية موظف بل ذلك من شأن الادارة الذى لا تحل المحكمة محلها فيه » .

حكم محكمة القضاء الادارى بجلسته ١٦/٦/١٩٤٨ السنة ٢ ص ٨١٨ .

- « بأن ما يطلبه المدمى من الحكم بأحقته لشراء الارض المتنازع عليها بالممارسة لا تختص المحكمة بنظرة اذ ان القانون جعل من المحكمة اداة لرقابة القرارات دون ان يجعل منها هيئة من هيئات الادارة فليس لها ان تحل محل الحكومة في اصدار قرار او تأمر باداء امر او بالامتناع عنه » .

حكم محكمة القضاء الادارى الصادر بجلسته ٣١/٢/١٩٥٣ السنة ٧ ص ٧٩٨ .

(٢) حكم المحكمة الادارية العليا بتاريخ ١٧/١/١٩٥٩ في القضية رقم ٣ لسنة ٤ ق مجموعة ابو شادى بند ٨٩٦ ص ٩٤٦ .

وقد اشار اليه د. محمد كامل ليله - مؤلفه السابق - هامش ١ ص ١٢٤٤ .

سلطة قاضي الالغاء - تقتصر على الناحية القانونية بينما تمتد في حالة القضاء الكامل الى الوقائع والقانون (١) .

الا اننا نرى - ان سلطة القاضي الادارى - سواء قاضي الالغاء أو قاض التعويض لا يمكن ان تؤدي الى حله محل الادارة ، بمقتضى حكم قضائى ، مثلا قاض التعويض يمكن ان يعيد الامور لوضعها بتقرير مبلغ تعويض ، الا انه لا يستطيع ان يكره الادارة على القيام بعمل او الامتناع عن عمل ، وانما يلزمها ان تدفع التعويض المتطابق للاضرار او الاخطار التى سببتها الادارة بخطأ او بدون خطأ - وفقا لنظرية المخاطر - للمضروب . ولا يعنى ذلك حلول القاضى محل الادارة ، فالحكم الصادر بالتعويض لا يتضمن امرا للخزينة بدفع المبلغ للمضروب ، وانما يتضمن تقرير احميته في هذا التعويض . وان تعمل الادارة على تنفيذه وفقا لاجراءاتها الخاصة (٢) .

المبحث الثانى

اساس حظر الحلول

يرجع هذا الحظر الى نوعين من الاسس ، الاول اساس نظرى ، والثانى اساس عملى .

الاساس النظرى :

ويكمن هذا الاساس في مبدا استقلال الوظيفة الادارية في مواجهة الوظيفة القضائية ، كنتيجة منطقية لمبدأ الفصل بين السلطات (٣) ، فالادارة لا ترغب في ان تجمل من القاضى بصفة عامة والقاضى الادارى بصفة خاصة رئيسا لها ، او هيئة ادارية عليها تفرض ارادتها (٤) .

(١) شيفاليه - المرجع السابق - ص ٧١ .

- انظر ايضا د. سليمان الطماوى - المرجع السابق - ص ٢٥٩ وما بعدها .

(٢) وقد قضت المحكمة الادارية العليا في مصر بان مهمة القاضى الادارى تكف عند تخطى القضاة القرار

الادارى غير المشروع - اما تنفيذ هذا الالغاء فتختص به جهة الادارة .

حكم المحكمة الادارية العليا الصادر بجلسة ١٩٧٤/٤/٢٤ القفوية رقم ٢٨٩ لسنة ١٦ ق بمجموعة

السنة ١٩ ص ١٨٠ .

(٣) انظر د. محمد كامل ليله - المرجع السابق - ص ٢١٠ وما بعدها .

(٤) انظر الوسائل التى تلجأ اليها الادارة في محاولة للتخلص من الرقابة القضائية وما يصدره

القاضى من احكام .

- انظر هامش ١ ص ٣٢٩ من هذا البحث .

وقد ظهر هذا الاستقلال عثية تحول مجلس الدولة الفرنسى الى هيئة قضائية باثة ، وان كان المجلس قد حقق بهذا التحول تطورا فعليا الا أن هذا التطور ادى فى ذات الوقت الى انكماش فعالية القاضى الادارى فى الوظيفة القضائية (١) . ولم يعد بمقدوره أن يتدخل فى عمل الادارة سواء فى نطاق سلطتها المقيّدة أو التقديرية (٢) . أو أن يحل محلها ، لأنه يكون بذلك التدخل أو الحلول قد اعتدى على استقلالها .

الأساس العملى للحظر : -

• يرجع حظر الحلول من الناحية العملية الى الطبيعة العضوية للقاضى الادارى الذى هو اجنبى عن الادارة وغير مدعو للقيام أو التدخل فى عملها (٣) .

(١) شيفاليه - المرجع السابق - ص ٧٥ .

(٢) وهو ما تؤكده المحكمة الادارية العليا فى مصر بقولها « ... ليست للمحكمة أن تلزم جهة الادارة باجراء الترقية فى وقت معين مهما وجد من الدرجات الشافرة ، إذ لا تملك المحكمة أن تنصب نفسها مكان الادارة فى تقدير ملامة اجراء أو مدم اجراء الترقية فى تاريخ معين ، وهى ملامة تستقل جهة الادارة بالتخصيص فى تقديرها بحسب ظروف الاحوال ومقتضيات الصالح العام وحاجة العمل باعتبار ذلك من مناسبات اصدار القرار الادارى .

- حكم المحكمة الادارية العليا الصادر فى ١٣/٤/١٩٥٧ فى القضية رقم ١٦٥ لسنة ٢ ق مجموعة ابو شادى ص ٩٣٠ وقد أشار اليه د. محمد كامل ليله . المرجع السابق هامش ١ ص ١٢٤٤ .
- وكذلك ما قضت به محكمة القضاء الادارى من انه « لا اختصاص للقضاء الادارى بما لم يطلبه ضو جماعة كبار العلماء من وزارة المالية بادراج مرتب وظيفته بامتباره أستاذا ذا كرس فى الميزانية لان هذا الطلب من اخص اختصاصات جهة الادارة ، تتخذه بما لها من سلطة تقديرية مطلقة وبما تقتضيه موارد الدولة .

الحكم الصادر فى ١٨/١١/١٩٥٧ السنة ١٢ ، ١٣ ص ١٨ .

(٣) وهو ما اكدته محكمة القضاء الادارى فى العديد من احكامها بأن قررت « ... ان المحكمة ليست من هيئات الادارة العامة فلا تملك أن تصدر اوامر ادارية ومن باب اولى أن تقوم مقام الادارة فى اتخاذ اجراء معين ... » .

حكم ١٩٤٧/٥/٢٨ - مجموعة محمود عمر الجزء الاول ص ٣٦٥ وقد أشار اليه د. محمود حافظ - المرجع السابق - ص ٦١٠ .

وفى حكم تقرر ذات المبدأ بأن تقضى « ان المحكمة لا تختص بأحقية المدعين فى الحصول على درجة الدكتوراه فى الفلسفة لان ذلك بمثابة منحها هذه الاجازة والمحكمة ليست سلطة ادارية عليا حتى تستطيع أن تحل محل الادارة فى اصدار القرارات أو أن تلزمها باصدار شيء منها » .

حكم ١٩٥١/٢/٦ مجموعة مجلس الدولة س ٥ ص ٥٦٦ وقد أشار اليه د. محمود حافظ المرجع السابق ص ٦٢١ وما بعدها .

• كما يرجع هذا الحظر من ناحية ثانية الى الطبيعة الوظيفية للقاضي ، حيث تقتصر مهمته على مجرد الفصل في المنازعات . وذلك بأنزال حكم القانون على المنازعة دون ان يحدث أثرا قانونيا جديدا (١) . ويكتفى بمجرد الكشف عن الحق الذى سبق وان قرره القسوين واللوائح . وعليه لا تؤهله طبيعة وظيفته التى لا تخوله سلطة احداث الآثار القانونية لممارسة العمل الادارى ، كما ان القرار الذى سيصدره عوضا عن الادارة ، لن يتمتع والحالة هذه سواء بحجية الشئ المقضى *L'autorité de la chose jugée* وبجحية الشئ المقرر (٢) *L'autorité* de la chose décidée ومن ثم فان المتقاضين سيزيلون عنه صفته كقاضى حيث ان تتمتع قراراته بحجية الشئ المقضى فيه .

• ومن ناحية ثالثة ، ان هذا الحظر تقتضيه المحافظة على التوازن بين سلطة القاضى والمتمثلة فيما يصدره من احكام تتمتع بحجية الشئ المقضى به من ناحية ، وسلطة الادارة من ناحية ثانية والمتمثلة فيما تتمتع به من الامتيازات والسلطات التى يقررها لها القانون (٣) . ومن شأن التدخل أو الحلول من جانب القاضى ان يهدرا احترام الادارة لما يصدره من احكام ، كآن تعتمد عرفلتها ، أو تمتنع عن تنفيذها أو تصدر قرارات على خلافها ، وسيفقد القضاء بالتالى هيئته لعجزه عن توفير الاحترام اللازم

Le juge ne peut statuer par voie d'arrêt de règlement : il ne crée (١) pas le droit mais l'applique aux cas particuliers dont il est saisi. C'est pourquoi seul le dispositif de sa décision a force de vérité, les motifs ne sont pas, en principe, dotés de l'autorité de la chose jugée.

ديابش - المرجع السابق - ص ٥٤٨ .

VEDEL G. «Droit Administratif, 1973, p. 203, thémis (٢)

والمقصود بحجية الشئ المقرر ان القرارات التى تصدرها الادارة تكون لها قوة ملزمة تستمدتها من طبيعة العمل الادارى وما يربط له الشرع من سلطات التنفيذ المباشر والزام الاشخاص بإرادة الادارة المنفردة ، الا ان هذه القوة لا تثبت للعمل الادارى الا بعد تحصيله أى بعد فوات ميماد الطمن عليه بالانقضاء . حيث تنقيد سلطة الادارة فلا يستطيع أن لفى هذا القرار أو سحبه . ومن ثم فان القرار الادارى عقبه تحصيله يتمتع بحجية الشئ المقرر *L'autorité de la chose décidée*

(٣) انظر د. محمد كامل ليلة - المرجع السابق - ص ٨٤٦ وما بعدها .

لتنفيذ أحكامه (١) .

المبحث الثالث

محاولة التخفيف من حظر الحلول

ان مبدأ استقلال الإدارة في مواجهة القضاء لم يكن استقلالا مطلقا ، حيث رأينا بعض صور التقرير التي مارسها القضاء ، اما بناء على دعوة من المشرع أو بمقتضى طبيعة الوظيفة القضائية ، وكذلك الحال في مجال الحلول ، فان المنع لم يكن مطلقا ، وانما كانت هناك عدة محاولات ناجحة من جانب القاضى الإدارى استطاع أن يحل ضمنا محل الإدارة دون أن يعلن عن ذلك صراحة ، ونذكر بعضا من هذه الحالات :

١ - حالة الالغاء الجزئى (٢) : الأصل أن سلطة القاضى مقيدة بالنسبة للقرارات غير القابلة للتجزئة . فلا يملك نحوها الا أن يلغىها جملة أو يرفض الطعن الموجه إليها ، فلا يملك أن يلغى جزء دون آخر ، لان الالغاء الجزئى في هذه الحالة ،

(١) وقد ابرزت محكمة القضاء الإدارى في حكمها الصادر في ١٣/٤/١٩٥٦ السنة ١٠ ص ٢٤٨ أهمية تمتع الحكم بالحجية وضرورة التمسك بها حيث تقول « ان الاحكام الصادرة بالغاء القرارات الادارية انما تقرر هذا اللغاء لتصويب التصرفات الادارية تحقيقا للصالح العام ، ومن لم كان الحكم بالالغاء حجة على الكافة ، ولكل شخص أن يتمسك به ، فلا يجوز أن يكون موضوعا لمساومة أو تنازل من ذى شأن فيه ، والا كان ذلك ابقاء على المخالفة القانونية التي شابت القرار المحكوم بالغائه ، وتفويتا لثمرة الحكم ، الامر الذى يتعارض مع الصالح العام ، وعلى ذلك يكون باطلا ولا يمتد به التنازل الذى تستند اليه الحكومة ، وبالتالي لا يصلح مبررا قانونيا لامتناعها عن تنفيذ الحكم » .

وقد أدرك القاضى تقامس وامتناع الإدارة عن تنفيذ أحكامه فاعتبر ذلك التصرف من جانب الإدارة بمثابة قرار ادارى سلبى مخالف للقانون . وهذا ما قرره محكمة القضاء الإدارى في حكمها الصادر في ٢٠/٦/١٩٥٧ س ١١ ص ٦٣٠ بقولها أن على الإدارة « ... ان تقوم بتنفيذ الاحكام في وقت مناسب من تاريخ صدورهما وعلانها فان هي تقامست أو امتنعت دون حق عن التنفيذ في وقت مناسب اعتبر هذا الامتناع قرارا اداريا سلبيا مخالفا للقانون ، يوجب لصاحب الشأن حقا في التعويض ... » .

انظر د. محمد كامل ليلة - المرجع السابق - ص ١٢٧٦ هامش ١ وما بعدها .

انظر د. طيمه الجرف - قضاء الالغاء - ص ٣٦٤ .

انظر أيضا التعليق القيم بعنوان « تعطيل تنفيذ الحكم القضائى » للاستاذ الدكتور عبد الفتاح حسن - السابق الاشارة اليه .

(٢) دبائش - المرجع السابق - ص ٧٤٦ وما بعدها .

يعتبر بمثابة تعديلا في القرار المطعون فيه ، وبعد هذا بمثابة حلول من جانب القاضى فى عمل الادارة .

ورغم التسليم بهذا الاصل العام ، الا ان القاضى الادارى يملك ان يندخل لالغاء الاثر الرجعى للقرار متى كان مخالفا للقانون ، والالغاء فى هذه الحالة ينصب على الاثر الرجعى ، دون ان يمس القرار ، فيكون الغاء جزئيا ، وذلك بان يقرر ان الاثر الرجعى مخالف للقانون (١) . مع اعتبار باقى احكام اللائحة سليمة قانونا ، وكذلك فى حالة القرارات الفردية المتعلقة بترقية التالى له فى الغاتمه واخرين ، فان الطاعن لا يطلب الغاء قرار الترقية بالنسبة لزملائه .
وانما ينمى على الادارة تخطيها له فى حركة الترقيات ، ويملك القاضى الغاء جزء من القرار المتمثل فى تخطى الطاعن فى التعيين والترقية (٢) بان يقرر احقيته فى الترقية ، مع بقاء القرار فى ظاهره سليما قانونا .

(١) وقد قضت المحكمة الادارية العليا فى مصر « انه من البادى المقررة انه لا يجوز ان يكون للوائح اى اثر رجعى ما لم يكن هذا الاثر الرجعى مقرر فى القوانين التى تصدر تنفيذا له ومن ثم فانه لا يجوز اساسا النص على اثر رجعى لمادة من مواد اللائحة » .

حكم المحكمة الادارية العليا الصادر بجلسته ١٩٧٢/٣/١٩ مجموعة الخمس سنوات مبدا

٢٨ ص ٥٢ .

(٢) شيفاليه - المرجع السابق - ص ٧٨ .

وقد اكدت ذلك المحكمة الادارية العليا فى مصر بقولها « ان الحكم بالغاء الترقية قد يكون شاملا لجميع اجزائه ، وبذلك يتقدم كلية ، ويعتبر كان لم يكن بالنسبة لجميع المرفقين ، وقد يكون جزئيا منصبا على خصوص معين ، فيتحدد مدها على مقتضى ما استهدفه حكم الالغاء ، فاذا كان قد اتبني على ان احدا ممن كان دور الاقدمية يجعله محقا فى الترقية قبل غيره ممن يليه ، فانما القرار فيما تصحته من ترك صاحب الدور فى هذه الترقية ، فيكون الذى قد تحقق على اساس الغاء ترقية التالى فى ترتيب الاقدمية ، ووجوب ان يصدر قرار بترقية من تخطى فى دوره ، وبان ترجع اقدميته فى هذه الترقية الى التاريخ المعين لذلك فى القرار الذى المنى بالغاء جزئيا على هذا النحو . اما من الغيت ترقيته فيعتبر ركنه لم يرقى فى القرار الملغى . واذا صدر حكم لصالح موظف بامناء قرار الترقية فينا تصحته من تعطيه فى الترقية ، وكانت قد صدرت قرارات كلية بالترقية قبل ان يصدر حكم الالغاء . وكان من الغيت ترقيته بالحكم المذكور ، يستحق الترقية بدوره فى اول قراره ، فان وضع الامور فى نصابها السلم يقتضى ان يرقى المذكور فى اول قرار تال بحسب دوره فى ترتيب الاقدمية بالنسبة للمرفقين فى هذا القرار التالى »

انظر حكم المحكمة الادارية العليا الصادر فى ١٣/٤/١٩٥٧ السنة ٣ ص ٦٧٨ .

— انظر ايضا د. محمد كامل ليلة - المرجع السابق - ص ١٢٥٠ .

وعليه يكون القاضي قد تمتع بميزة حقيقية تتمثل في سلطة الاصلاح والتعديل التي يمكن اعتبارها صورة ضمنية من صور الحلول .

٢ - وذهب بعض الفقه (١) الى القول بان الغاء القرارات السلبية التي تتخذها الادارة من جانب القاضي يكون بمثابة صورة اخرى من صور الحلول الضمني للقاضي الإداري . فإلغاء القرار السلبي ، كإلغاء القرار الصادر برفض منح رخصة معينة ، فإنه وان كان لا يعنى الترخيص الصريح بالممارسة من جانب القاضي ، إلا أنه عمليا يقيد سلطة وتقدير الادارة ، فلا تستطيع أن تتخذ قرارا آخر غيره (٢) . والا كان مصير القرار الجديد الالغاء كسابقه .

وهنا يعلو تقدير القاضي تقدير الادارة ، حيث ان الغاء الرفض لا يعنى الترخيص (٣) ، ولكن يؤثر في اعادة الامور لنصابها ، ويؤكد احقية الطاعن في الترخيص بالزام الادارة باصدار قرار جديد يمنع الترخيص (٤) .

فالقاضي هنا لا يحل صراحة محل الادارة ، وانما يؤثر بحكمه على تصرف الادارة بأن يملى عليها ضمنا القرار الواجب الأخذ .

٣ - وقد حل مجلس اندولة الفرنسي صراحة محل الادارة ، وقرر باستمرار المؤسسة الطالبة في امتيازها وذلك في حكم Société la Volta الصادر في ١٩١٠/٦/٢٤ (٥) ، وأكد هذا الموقف الصريح في حكم Compagnie des Tramways de l'Est parisien الصادر في ١٩١٣/٤/١١ وعمل على ترديد هذا الحكم غير المتجانس مع قضائه العام دائما .

(١) شيفاليه - المرجع السابق - ص ٧٨ .

(٢) يفرض الحكم الصادر بالالغاء على الادارة التزامين في وقت واحد ، التزام سلبي ، يتلخص في وجوب امتناع الادارة عن تنفيذ القرار الملغى والتزام ايجابي يتلخص في وجوب اتخاذ الادارة كل ما يقتضيه الامر من اجراءات كفيفة بتنفيذ الحكم تنفيذا كاملا بكل ما يرتبط به من آثار . انظر د. طعيمة الجرف - المرجع السابق - ص ٣٦٣ وما بعدها .

(٣) انظر د. محمد حافظ - المرجع السابق - ص ٦٠١ ، ص ٦٠٩ .

(٤) Le Conseil d'Etat autorise explicitement la Société requérant à continuer sans exploitation, est cité en général comme illustration de cette jurisprudence Hétérodoxe.

انظر شيفاليه - المرجع السابق - ص ٧٨ .

(٥) انظر شيفاليه - المرجع السابق - ص ٧٨ .

٤ - ويتدخل القاضي الإداري بناء على دعوة من المشرع في أنواع خاصة من المنازعات كتلك المتعلقة بالمنشآت والمرافق الآيلة للسقوط ، والمنازعات المتعلقة بالبناء والتنظيم ، حيث يملك القاضي صراحة أن يرخّص للمعدة باتخاذ إجراء يتعلق بهدم مسكن أو إقامة بناء أو ترميم مسكن ، وكذلك لا يتردد القاضي - فيما يتعلق بالمنشآت والمرافق الآيلة للسقوط بأن يتدخل وينسدد أو يخفف (١) الشروط الموضوعية بواسطة الإدارة نحو تشييد وتسيير هذه المنشآت .

٥ . وفي مجال المنازعات الضريبية يخول المشرع للقاضي سلطة التدخل والحلول محل الإدارة رغم الحظر المفروض حول دور القاضي ، بحيث لا تقتصر سلطته على إلغاء الضريبة غير المشروعة ، وإنما تعديل السعر المفروض بواسطة الإدارة بأن يخفض أو يزيد من سعر الضريبة (٢) وكذلك إلغاء قرار الوزير المختص بتحديد الوعاء الضريبي لضريبة معينة (٣) .

(١) انظر شيفاليه - المرجع السابق - ص ٧٩ .

(٢) انظر المميد الطماوي - المرجع السابق - ص ٢٥٢ .

أيضا د. محمود حافظ - المرجع السابق - ص ٢٨٦ .

د. محمد كامل ليلة - المرجع السابق - ص ٤٦٧ .

ويذكر الاستاذ شيفاليه في هذا الموضوع

Le contentieux fiscal est une autre exemple du droit que s'accord le juge administratif d'aller jusqu'à substituer sa décision à celle de l'administrateur, malgré la prohibition de principe. Intervenant en matière fiscale pour statuer sur les Reclamations des particuliers [tendant à obtenir la décharge au la réduction de leur cote de contributions directs], le juge administratif ne se contente pas d'annuler des impositions irrégulières : il accepte de modifier les évaluations faites, par L'administration tirant les conséquences de ces modification, de diminuer ou d'augmenter le montant de L'imposition. or a déjà obrevé que [la separation de l'administration Fiscale et du juge Fiscal est moins nette que la separation de l'administration et du juge administratif] mais, si le juge administratif statuant en matière fiscale s'attribue un véritable pouvoir de substituer ses appréciations et ses décisions à celles de l'administration, cette technique de contrôle doit être rattachée aux exemples précédents et n'est donc pas spéciale au contentieux fiscal.

شيفاليه - المرجع السابق - ص ٧٩ .

(٣) شيفاليه - المرجع السابق - ص ٧٩ .

٦ - وفي مجال المنازعات الانتخابية ، يخول المشرع القاضي الإداري سلطة الحلول محل الإدارة ، بحيث لا تفقد سلطته عند حد الغاء قرار الترشيح أو بطلان القائمة وإنما الى تحديد المترشح بعد فرز الأصوات . فتكون له اذن سلطة الغاء عملية الانتخابات وسلطة اعادة تنظيم الاحصاء واحتساب الأصوات ، وفحص الأصوات المعطاه لكل مترشح ، وفي حالة الخطأ من جانب الإدارة ، يتدخل ويصحح الحساب النهائي للأصوات لكل مترشح بواسطة الزيادة أو النقصان ويصدر قراره بتحديد الفائز في عملية الانتخابات على خلاف ما سبق وأن أصدرته الإدارة ، ومن ثم فهذه الأعمال الإدارية جميعها يقوم بها القاضي ولكن في صورة قضائية وبناء على طعن قضائي .

ونخلص من عرض ما تقدم ، أن الأصل هو حظر القاضي من الحلول محل الإدارة ، إلا أن هذه القاعدة العامة كغيرها من القواعد العامة يرد عليها عدد من الاستثناءات ، التي تظهر القاضي وكأنه قد حل محل الإدارة ، وكن في أسلوب قضائي ، دون أن يفصح عن ذلك صراحة (١) .

(١) بأن يستشف القاضي معاني وروح الدعوة فيسمى اليه دون ان يصرح برغبته في الحلول محل الإدارة . وهذا ما اكدته أحكام محكمة القضاء الإداري « بأنه وان كان المدمى قد رفع دعواه بطلب الزام الوزارة بتعيينه في وظيفة معينة ، الا انه لم يقصد بذلك احلال المحكمة محل الإدارة العاملة في شأن من شئونها الخاصة ، بل انه يهدف في عموم طلباته الى الطعن في اجراء معين خولفت فيه قاعدة تنظيمية وضعتها الوزارة للترقية ... اذ يمتدح حسبما يراه انه رغم توافر شروط الترقية لديه فقد تركته الوزارة دون مبرر وتخطته بغير ما سبب ظاهر ، ودرقت من هم ادنى منه مرتبه ، وحدث تخرجا ولما كانت المبررة بالمعنى ، وقد أوضح المدمى مقصده وإبان مطلبه بما تقدم من اقوال اظهرت حقيقة ما يرمى اليه من دعواه وهو طلب الغاء قرارات تخطيه الى وظيفة مفتش او مدرس اول وهذا من الامور التي تختص بها المحكمة بمقتضى قانون انشائها ومن ثم يكون الدفع والحالة هذه متمينا لرفضه » .

حكم صادر في ١٥/٦/١٩٥٢ السنة ٧ ص ١٥٤٨ .

وحكمها الصادر في ١٧/١/١٩٥٩ مجموعة أبو شادي ص ٩٤٧ بأنه اذا كان القاضي الإداري « لا يملك أن يحل محل الإدارة في اجراء أمر هو من اختصاصها ، الا أنه يملك ان يقب على تصرف الإدارة من الناحية القانونية وان يبين حكم القانون فيما هو متنازع عليه بين ذوى الشأن ، فيضع الامور في نصابها القانوني الصحيح ، وله بهذه المنابة ان يبين من هو الاولى قانونا بالترشيح للترقية . واذا ما إبان ذلك فليس معنى هذا أنه حل محل الإدارة في ترقيته بل مفاده تنبيه الإدارة الى حكم القانون لتجري الترقية بقرار منها على هذا الاساس والا كان قرارها على خلاف ذلك مخالفا للقانون ... »

أشار اليه د. الطماوي - المرجع السابق - ص ١٠٢١ .

وفي موضع آخر تقرر المحكمة الادارية العليا « انه سبق لهذه المحكمة ان قضت بأن ولايتها انما تقتصر على الرقابة على القرارات الادارية فلا يسوغ لها ان تحل محل جهات الادارة في عمل او اجراء هو من صميم اختصاصها » مجموعة احكام المحكمة الادارية العليا الطعن رقم ١١٢ القضية رقم ١٥٢٨ س ٧ ق بجلسة ١٦٦٥/٤/٢٥ س ١٠ جزء ٢ ص ١١٤٠ وما بعدها .

وقد قضت محكمة الزقازيق الابتدائية برفض دعوى يطلب فيها رافعها الزام مكتب الشهر المقارى بشهر حكم صادر لصالحه ، وجاء في حيثيات حكمها « ان القانون اذ خول للمحكمة سلطة الفاء القرارات الادارية المخالفة للقانون قد جعل منها اداة لرقابة تلك القرارات قضائيا في الحدود التي رسمها ودون ان يجعل منها هيئة من هيئات الادارة ، ومن ثم ليس للمحكمة سواء اكانت عاذية أم ادارية ان تحل محلها في اصدار اى قرار او ان تأمرها بالقيام بعمل من امثالها او بالامتناع عنه » .

الحكم الصادر في الدعوى رقم ٧٦/٢٧٤٤ مدنى كلى الزقازيق بجلسة ١٩٧٩/١٢/١٨ وقد كان الباحث ضمن الدائرة التي اصدرت هذا الحكم .

الفصل الثالث

تجاوز القاضى لنطاق الخصومة

ULTRA PETITA

إذا كان القاضى لا يستطيع أن يصدر أمرا للإدارة للقيام بعمل أو الامتناع عن عمل ما . كما لا يملك الحاول محلا لإدارة ، فما هى حدود سلطاته فى المنازعة المعروضة عليه ؟

تحدد سلطات القاضى - سواء العادى أو الإدارى - فى المنازعة بحدود الطلبات والدفع التى يبديها الخصوم . وإذا كن القاضى - فى الأصل - لا يملك أن يقم نفسه فى المنازعات ، فإنه من باب أولى لا يملك أن يفصل فيما لم يطلبه الخصوم فى عريضة الدعوى من طلبات أو دفع ، أو يحكم بوسائل غير وسائلهم أو على شخص لم يكن طرفا فى الخصومة ، أو بناء على أسباب لم يؤسس عليها الخصوم طلباتهم ، فان خالف ذلك يكون متجاوزا لحدود سلطاته ، وهذه الحالة يطلق عليها الفقه والقضاء اصطلاح *Ultra Petita* (١) أى تجاوز القاضى لنطاق الخصومة ، وقد قضى مجلس الدولة الفرنسى فى حكم *Delacour* الصادر فى ١٩١٩/٨/٨ بأن القضاء

(١) *Ultra Petita* مبدأ اجرائى فى القضاء العادى والإدارى على السواء ، الا أنه كان أسبق للظهور فى القضاء العادى عنه فى القضاء الإدارى واستمد وجوده من نص المادة ٤٨٠ من القانون المدنى الفرنسى والتي يرجع مصدرها تاريخيا الى الامر الصادر فى عام ١٦٦٧ فى فرنسا ، وقد كان ظهوره فى مجال المنازعات الادارية حديثا نسبيا ، حدانة القانون والقضاء الإدارى .
ويعرف أودنت *ODENT* هذا المبدأ بقوله « انه لا يمكن لاي جهة قضائية أن تفصل فى المسائل من تلقاء نفسها ، أو بما لم يطلبه الخصم أو لم يوافق عليه » .

بينما يعرفها *CHAUDET* « بأنه لا تستطيع أى جهة قضائية أن تحكم بناء على طلبات أو دفع أو وسائل لم يطلبها الخصوم ، أو على شخص لم يكن طرفا فى الخصومة »

— *Ultra petita dans la procedure contentieuse adm.*, par J.M. Auby, Melanges Wajine, Juillet 1974 P. 267.

— *ODENT R.*, Cours de contentieux adm. 1970 — 1971 P. 739.

— *DEBBASCH*, op. cit., P. 524.

الإدارى يتعين أن يخدم جميع القواعد الإجرائية التى لا يستبعد تطبيقها بمقتضى نص تشريعى صريح أو لا تتفق وطبيعة المنازعات التى ينظرها . ومن بين هذه القواعد الإجرائية ، قاعدة *ultra petita* التى بمقتضاها أن القاضى لا يملك أن يفصل إلا فى الطلبات والدفع التى أثرت بواسطة أطراف الخصومة وبسببها .

وقد أكد مجلس الدولة الفرنسى فى أحكامه العديدة اعتبار *ultra petita* من بين القواعد الإجرائية التى يلتزم بها القاضى سواء العادى أو الإدارى ، فى حكمه الصادر بتاريخ ١٢/٧/١٩٤٧ باسم *Fondation Barthe* (١) يؤكد أنه من بين القواعد العامة للإجراءات القاعدة التى تقضى بأن القاضى لا يملك الفصل إلا فى حدود الوسائل المقدمة إليه بواسطة أطراف الخصومة أو الوسائل المتعلقة بالنظام العام .

ومن ثم فإن *ultra petita* تعد قاعدة عامة من القواعد الإجرائية يلتزم بها كل من القاضى الإدارى والعادى على حد سواء ، ما لم تستبعد بمقتضى نص صريح ، ويعتبرها بعض الفقه (٢) محصلة طبيعية لمبدأ عدم تدخل القاضى من تلقاء نفسه فى المنازعة ، فإذا كان لا يتدخل فى الخصومة إلا بناء على دعوى ، فإنه من باب أولى لا يملك أن يحكم إلا فى حدود طلبات ودفع الخصوم ، وبمقتضى الوسائل التى أعلنوا عنها ، وفيما بينهم ، فلا يملك أن يحكم على شخص لم يكن طرفا فى الخصومة (٣) أو يؤسس حكمه بناء على سبب لم يثريه أى من الخصوم أو يحكم بما لم يطالبه أو بأكثر مما طلب فى الدعوى .

(١) وقد أشار إليه أوبى فى مقاله السابق الإشارة إليها فى ص ٢٦٨ .

(٢) كذلك أقر غالبية الفقه هذه القاعدة الإجرائية ، وفى ذلك يقول أوبى فى مقاله السابقة *cette règle dont l'existence est admise par la plupart des auteurs, est considérée par les Uns comme la conséquence de l'obligation faite au juge de statuer, pour d'autres comme impliquée par le principe selon lequel le juge ne peut se saisir d'office.*

(٣) وقد تعرضت المحكمة الإدارية العليا فى مصر لهذا المبدأ الهام بقولها « ومن حيث أنه لما كانت الأصول العامة فى الرافعات توجب على القاضى أن يتقيد بحدود الطلبات المقدمة إليه وتأبى عليه أن يقضى فى غير ما طلب منه الحكم فيه ، ومن حيث أن المحكمة الإدارية فى حكمها المطعون فيه قد حادت عن هذه القاعدة ، ففصلت فى الدعوى فى غير الحدود التى يرسمها الدعى بها بطلباته الواضحة على نحو ما تقدم أن الحكم المطعون فيه يكون قد وجه الدعوى وجهة تغاير قصد الدعى منها وطلباته الواضحة فيها ونأى بذلك عن الصواب ... » .

مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ٩٧ فى القضية رقم ٥٩٤ لسنة ٧ ق الصادر فى

١٩٦٥/٤/٧، جزء من ٩٦٧ وما بعدها .

ما هو نطاق «ultra petita» ؟

يتحدد نطاق القاعدة أساسا بنطاق الخصومة ، حيث ان نطاق الخصومة يعتبر بمثابة الميدان الذي يمارس فيه القاضى سلطانه (١) . ويتحدد نطاق الخصومة بالتالى بمعرفة المدعى وذلك فيما يديه من طلبات فى عريضة دعواه . وهو ما يطلق عليه الفقه *dominus lītis* ومن ثم فان الطلبات التى تحتويها عريضة الدعوى والمفتحة للخصومة هى التى تحدد نطاق الحظر ، وكذلك أسباب الطلبات والوسائل التى أسست عليها .

ويختلف تحديد نطاق القاعدة حسب الدرجة التى تنظر فيها المنازعة كأول درجة أو الدرجة الاستئنافية .

ويتحدد نطاق الخصومة فى اول درجة ، بمقتضى طلبات المدعى الذى يحدد الموضوع والسبب وإطراف الخصومة ، والتى يلتزم بها القاضى ، كما يمكن للمدعى أن يعدل طلباته قبل نقل باب المرافعة . ولا تقتصر مهمة تحديد نطاق الخصومة على المدعى ، وإنما يشاركه فى ذلك المدعى عليه (٢) وذلك فيما يديه من دفع ، كما شعب المتدخل دورا هو الآخر فى تحديد نطاق الخصومة ، وذلك فيما يديه من طلبات بحيث يكون فى مقدوره أن يعدل من موضوع ووسائل الخصومة التى أدخل فيها كها قد يلعب المشرع دورا فى تحديدها (٣) . ومن ثم يتقيد القاضى فى نهاية

«C'est la demande des parties qui, dans les limites de ses lois et ré-

glements de droit public, fix le terrain juridictionnel du litige» Auby op. cit., P. 269.

Auby, op. cit., P. 270.

(٢)

انظر ايضا ارنست حموى - المرجع السابق - ص ٢١٢ والذى يؤكد أن

ce sont les parties qui, par leurs conclusions tracent au juge son cadre, le juge est tenu de s'y conformer et de s'y cantonner dans les limites fixées par ces conclusions.»

كما يؤكد كل من Vincent و Vizioz من ان القاضى يظل مقيدا بواسطة ادلة ونتائج

طرق الخصومة ، ويبقى سلطانه فى حدود المرافعة التى اخضعها له .

حموى - المرجع السابق - ص ٢١٢ .

(٣) كما لو خول الشرع القاضى بمقتضى نص خاص سلطة اثاره طعن ضد الحكم الطعون فيه لم يشره الخصم . ومثال ذلك ما انتهى اليه الشرع الجزائرى ، فيعد أن قام بتحديد أسباب الطعن بالنقض فى الأحكام غير الادارية ، خول بمقتضى نص خاص وصرح القاضى امكانية اثاره أى من أسباب

الامر بمجموع الطلبات والدفع التي يديها اطراف الخصومة . كما يتحدد نطاق المنازعات الاستثنائية بموضوع الخصومة المطروح امام اول درجة ، بحيث لا يملك قاض الاستئناف أن يتجاوزها . وينبغى التفرقة بين استئناف حكم قطعى يحسم موضوع النزاع وآخر قطعى وانما يتعلق بمسألة فرعية متفرعة عنه ، ففي الحالة الاولى يتصدى قاضى ثانى درجة لموضوع النزاع من جديد ، اما فى الحالة الثانية (كالحكم الصادر بعدم القبول أو عدم الاختصاص) فبعد ان يفصل قاضى ثانى درجة فى الطعن من حيث قبوله أو رفضه ، له أن يحيل — فى الحالة الأولى — المنازعة الى قاضى اول درجة للفصل فيها ، أو أن يفصل فيها بنفسه (وان كان سيفوت على المتقاضى — فى هذه الحالة — درجة من درجات التقاضى) واى كان الحال فان نطاق الخصومة فى الحالتين يتحدد بحدود طلبات ودفع الخصوم ، ولا تقبل أية طلبات جديدة لم تشر امام قاضى اول درجة الا اذا كانت متعلقة بالنظام العام .

محصلة ما تقدم ان القاضى يلتزم حدود المنازعة التي يحددها خصومها ، بما قدموه من طلبات ودفع . ويمارس دوره فى هذا النطاق دون أن يتجاوزه . وفى حالة تجاوزه لهذا النطاق ، يكون حكمه معيبا ، اذ أسس على أمر (١) خارج عن

الطعن السابق الإشارة إليها من تلقاء نفسه ولو لم يشرها الخصوم حيث نصت المادة ٢٤٤ * يجوز للمجلس من تلقاء نفسه أن ينقض الحكم لأحد الأوجه الواردة فى المادة ٢٢٢ من قانون الإجراءات المدنية الجزائية .

كما خول المشرع المصرى القاضى — قاضى التقض — سلطة اثاره الطعن من تلقاء نفسه فى حالة محدمة اذا كان السبب مبنى على النظام العام وذلك بمقتضى الفقرة الثالثة من المادة ٢٥٣ مرافعات مدنية والتي تنص « .. ولا يجوز التمسك بسبب من اسباب الطعن غير التي ذكرت فى الصحيفة ، وعلى ذلك فالاسباب المبنية على النظام العام يمكن التمسك بها فى اى وقت وتأخذ المحكمة بها من تلقاء نفسها .. » .

(١) « Il y a Ultra petita si le juge statue à l'égard de personnes non »

mises en cause»

C.E. 1.5.1903. Department de la Vienne, Auby, op. cit., P. 273.

والثال الاكثر شيوعا لتجاوز القاضى لسلطاته ، وخروجه عن طلبات الخصوم. هو أن يحكم بطى تجاوز ما طلبه الخصوم كان يحكم بتعويض أكثر مما طلبه الخصم ، أو أن يكون المطلوب الغاء جزء من الحكم ، فيلغى القاضى الحكم بأكمله ، وكذلك حالة التعارض الصارخ بين اسباب الحكم ومنطوقه .

أنظر أوبى — المرجع السابق — ص ٢٧٢ .

وتعد سببا من اسباب الالتماس باعادة النظر — أنظر ص ٢٩٥ من هذا البحث .

الخصومة . ويكون هذا الحكم حقيقا بالظن فيه تأسيسا على مخالفة القانون (١) .
وكما سبق القول ان قاعدة Ultra Petita هي قاعدة اجرائية ، يلتزم بها القاضى
بمقتضى النص المكتوب او يستمدّها من المبادئ العامة بشرط ان لا يكون هنالك نص
يتعارض معها او يحظرها .

ويرد على هذه القاعدة العديد من الاستثناءات ، حيث يمكن للمشرع ان يخرج
عليها صراحة بمقتضى نص تشريعي (٢) ، او بمقتضى مرسوم ، كذلك يشترط لتطبيقها
ان تتفق وطبيعة التنظيم القضائى المعنى بالأمر ، وان لا تتعارض مع اية قاعدة
اجرائية اخرى تناولها المشرع بالتنظيم .

ولا يعتبر القاضى متجاوزا لحدود سلطاته اذا ما استلهم ارادة الخصوم - من
عريضة الدعوى - اذا ما اساءوا التعبير عنها ، او ان يضعها في وضعها الصحيح ،
دون ان يضيف اليها جديدا ، وعليه فان القاضى الادارى لا يتردد في ان يصحح
طلبات الخصوم سواء من تلقاء نفسه او بناء على طلب مفوض الحكومة . كما يمكن
ان يصحح السبب القانونى للطلب او الوسيلة ، ويستمد القاضى دوره في هذه
الفروض من طبيعة الاجراءات الادارية التحقيقية ، ومن ثم يملك ان يصحح او
يستلهم ارادة الخصوم دون ان يضيف اليها (٣) ، كما انه لا يلتزم بتكييف الخصوم
لهذه الوقائع او الطلبات (٤) ، كما انه يستلهم ما تتضمنه طلبات الخصوم الصريحة
من طلبات ضمنية (٥) .

كذلك لا يعتبر القاضى متجاوزا لحدود سلطاته اذا ما اثار من تلقاء نفسه دفعا
متملقا بالنظام العام (٦) ، كالدفع بعدم الاختصاص .

(١) انظر أوبى - المقالة السابقة - ص ٢٧٦ .

(٢) انظر المادة ٢٢٤ اجراءات مدنى جزائرى .

(٣) انظر أوبى - للمقالة السابقة - ص ٢٧٨ .

(٤) انظر د. فتحى والى - الوسيط في قانون القضاء المدنى طبعة ١٩٨٠ ص ٥١٣ وما بعدها .

(٥) وقد حكم بان طلب شطب التسجيل المبنى على ان طالبه تملك الارض المتنازع على ملكيتها

يتضمن طلب الحكم بثبوت ملكيته لهذه الارض . د. فتحى والى - المرجع السابق - ص ٥١٣ .

ويقاس على ذلك في مجال القانون العام ان طلب بطلان القرار الصادر بترقية شيخين معين الي وظيفة

معينة لتخطى الطاعن في الترقية يتضمن طلبا ضميا باحقية الطاعن في الترقى الى هذه الوظيفة . فاذا

تصدى القاضى اثناء فصله في الدعوى للطلب الضمنى فانه لا يكون بذلك متجاوزا لحدود سلطاته .

(٦) انظر أرنست حموى - المرجع السابق - ص ٢٢٤ .

وهو ما اكدته الفرفة الادارية بالجلس الاملى في قرارها رقم ١٦ لسنة ١٩٧٧ القضائية بان

« المجلس الاعلى لم يكتفى بهذين الوجهين ، بل اثار تلقائيا وجه آخر مأخوذ من خرق المواد ٧ ، ٢٧٤ ، ٢/٤٦٢ من قانون الاجراءات المدنية ، لان الفصل في قضايا الطعن بالانفساء هي من اختصاص الغرفة الادارية للمجلس الاعلى وحده ابتدائيا ونهائيا .

انظر القرار رقم ١٦ الصادر في ١٩٧٧/٢/١٩ في القضية رقم ١٩٦٦ .

بل ويشير القرار رقم ١٨ الصادر من الغرفة الادارية بالمجلس الاعلى بتاريخ ١٩٧٧/١٢/١٩ في القضية رقم ١٣٧٨٨ حالة *Ultra petita* حيث تتلخص وقائع هذا الطعن الاستثنائي في الامور الآتية :

١ - صدر قرار الغرفة الادارية بالمجلس القضائي بقسنطينة (الغرفة الادارية) في ١٩٧٥/٩/٣ بالحكم للمدعى بمبلغ ١١٧.٠٠٠ دينار جزائري والباقى من قيمة الاشغال والتجهيزات التي انجزت لصالح البلدية المدعى عليها .

٢ - طعن المحكوم له بالاستئناف على اساس ان المبلغ المحكوم به يقل كثيرا عما طلبه في عريضة دعواه والتي قدرت بـ ١٢٠.٤٠٠٠ دينارا جزائري .

وجاء بقرار الغرفة الادارية بالمجلس الاعلى كمحكمة استئنافية « حيث كان يتعين على المدعى طبقا لاحكام المادة ١٦٩ مكرر من قانون الاجراءات المدنية رفع دعواه امام القضاء المختص بالنازعات الادارية في اجل اقصاه ١٩٧٢/٤/٣١ وبما انه لم يفعل ذلك الا في تاريخ ١٩٧٣/٥/٣ فكان تقديم دعواه قد تم بعد فوات وانقضاء الاجل القانوني ، ومن ثم كان خطأ فصل القاضي الاول في الدعوى جسيما فصل » .
ولما كان لا يظهر من الحكم ما اذا كان المستأنف ضدها (البلدية) قد تمسكت في ردها على عريضة استئناف المدعى ببطلان حكم الغرفة الادارية لمحكمة اول درجة لعدم احترام القاعن مواعيد رفع الدعوى .

ومن ثم يشير هذا القرار - في نظرنا - النقد من ناحيتين :

أولا - أنه على فرض عدم تمسك البلدية المستأنف ضدها بالدفع ببطلان الحكم المستأنف لتقديمه العريضة بعد فوات الميعاد ، فان قاضي الدرجة الثانية لا يملك أن يشير هذا الدفع من تلقاء نفسه ، على عكس الحال بالنسبة للدفع المتعلقة بالاختصاص والتي اعتبرها كل من المشرع والفقه والقضاء متعلقة بالنظام العام . وتكون هذه الغرفة الادارية الاخيرة قد قضت بما لم يطلبه الخصوم ، حيث أن البطلان المترتب على مخالفة المواعيد مقرر لمصلحة الخصم فان لم يتمسك به ، لا يمكن للغرفة ان تتصدى له من تلقاء نفسها .

ثانيا - وفي الفرض العاكس للفرض السابق ، بمعنى اذا تمسك المستأنف عليه واثار هذا الدفع الهام ، فانه يعيب على حكم الغرفة الادارية للمجلس الاعلى القصور في التسبيب ، والذي ادى الى احاطته بنوع من القصور والغموض مما جعله محلا للتساؤل ، حيث يتعين أن يشتمل تسبيب الحكم على عرض لطايات الخصوم والرد عليها . وان كان القاضي يملك معالجة طلب أو دفع من أحد الخصوم بالتزام الصمت والاهمال ، الا أن هذا المسلك لا يكون الا بالنسبة للطلبات الثانوية التي لا تؤثر على القرار المتخذ ، اما بالنسبة لحالتنا هذه فانها تمثل أهمية بالغة حيث يترتب عليها إلغاء الحكم أو تأييده لكونها تتعلق بدفع قاطع في الخصومة .

وبناء على ما تقدم ، يكون حكم القاضي - اذا ما تجاوز نطاق الخصومة - مشوباً بعدم الشرعية ، وقابلاً للطعن فيه اما بالاستئناف أو النقض لمخالفته للقانون (١) . أو بالتماس اعادة النظر اذا كان الحكم المطعون فيه نهائياً (٢) .

خلاصة الباب الأول :

رأينا ان سلطة القاضي الإداري في المنازعة الإدارية ، ليست سلطة مطلقة ، وانما تحدها حدود معينة تستمد اما من طبيعة المنازعة او من طبيعة اطراف الخصومة او من طبيعة الوظيفة القضائية ، ونتيجة لاستقلال الإدارة في مواجهة القضاء ، فان القاضي لا يملك ان يصدر أمراً للإدارة للقيام بعمل أو الامتناع عنه ، أو اكرائها على القيام به ، كما انه ينجم عن هذا الاستقلال انعدام مقدرة القاضي في الحلول محل الإدارة لممارسة وظيفتها الإدارية (٣) . وازاء موقف الإدارة المتسرف في الكثير من الأحيان في مواجهة الأشخاص ، استطاع القاضي ان يتدخل رويداً رويداً في نطاق حظر التقرير وحظر الحلول ، دون ان يبدي ذلك صراحة كي لا يتعرض لمقاومة شديدة من جانب الإدارة ، قد يترتب عليها أسوأ العواقب للقاضي بان تمتنع الإدارة

C.E. 27.4.1966 éléction de Mosliers.

«D'autres espèces déclarent irréguliers des jugements prononçant des décisions qui n'avaient pas été demandées par les parties, Par exempte annulant l'ensemble des élections alors que le tribunal n'était saisi que d'une protestation contre l'éléction d'un conseiller Municipal.

Auby, op. cit., P. 280.

(٢) وقد جعل المشرع الجزائري الـ *Ultra petita* بمثابة سبب من أسباب التماس اعادة

النظر حيث نصت المادة ١٩٤ من قانون الاجراءات المدنية ، ان الاحكام الصادرة من المحاكم أو المجالس التي لا تكون قابلة للطعن فيها بطريق المعارضة أو الاستئناف يجوز التماس اعادة النظر فيها من جانب من كان طرفاً فيها أو ممن ابلغ قانوناً بالخصومة وذلك في الاحوال الآتية :

١ -

٢ - اذا حكم بما لم يطلب أو بأكثر مما طلب أو سوى عن الفصل في أحد الطلبات .

الذ تنوافر حالة الـ *Ultra pétita* في حالتين في الفرض الذي وضعه المشرع الجزائري وهي حالة حكم القاضي بما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبه الخصم ، ففي هاتين الحالتين يكون القاضي قد تجاوز نطاق الخصومة المدمو للفصل فيها ، ويكون حكمه حقيقاً بالطعن فيه بالتماس اعادة النظر متى توافرت شروطه الأخرى .

(٣)

André de LAUBADERE «Traité élémentaire de droit administratif» 5e édition, Tome 1, 1970, L.G.D.J. P: 451.

عن تنفيذ أحكامه ، ورغم هذا عمد القاضي الى التخفيف من حدة هذا الحظر المفروض حول وظيفته . وبالإضافة الى أن القاضي لا يملك اقتحام نفسه في المنازعة الادارية دون دعوى يرفعها ذوى الشأن ، فانه يلتزم بنطاق الخصومة (١) الذى تحدده عريضة الدعوى فيما يبيديه الخصوم من طلبات ودفع . ولا يملك أن يحكم بما لم يطلبه الخصوم ، أو أن يؤسس حكمه على وسيلة لم يشرها الخصم ، أو يسببه على غير الأسباب التى عرضها الخصوم (٢) أو يصدر حكم على شخص لم يمثل فى الخصومة .

(١) DEBBASCH. charles «Contentieux administratif» Dalloz, 1975 P. 524

(٢) وذلك ما لم يخوله المشرع هذه السلطة صراحة .

انظر هامش رقم ٣ من ٢٥٣ من هذا البحث .

الباب الثانى

المنهجية التى يتبعها القاضى الإدارى

لحل القضية وتأسيس حكمه

ونتناول فى هذا الباب عرض للطرق التى يتبعها القاضى فى بحثه للوصول الى حل للمنازعة وكيفية تأسيس حكمه المعبر عن هذا الحل .

وكما سبق وأن بينا فإن مهمة القاضى تنحصر فى حدود طلبات ودفع أطراف الخصومة (١) ، وما يقدمونه من مذكرات وملخصات قانونية ، والتى تكون بمثابة الأساس للحل المتخذ ، والا كان متجاوزا لنطاق الخصومة .

وبلتزم القاضى من ناحية أولى باحترام القانون ، وتحقيق العدالة ، كما أنه ينقيد من ناحية ثانية ، بنطاق الخصومة ، فلا يمكن أن يتجاوزها ، ويقضى بعلمه الشخصى أو بناء على دليل أو وقائع خارج هذا النطاق .

وعملياً نجد أن القاضى يستطيع من خلال النظرة الأولى للمنازعة - وهذا نتيجة تكوينه القانونى والممارسة العملية للوظيفة القضائية - أن يدرك السير الضرورى للحكم الواجب الاتباع ، وعليه أن يلم بالحالة المعروضة عليه ، وأن يتعرف حدود الطلبات ، وجدية الدفع ، وموضع الحق المتنازع فيه ، باعتباره النقطة الرئيسية فى القضية ، ويتفحص ويتفهم الاثباتات والبراهين بالشهادة والبيئة أو غيرها من طرق الاثبات ، ومن بعدها ، يتوجه الى السبب الطبيعى ، والفصل يكون من استيحائه قبل أن يسدره فى ثوب الحكم .

ويستوحى القاضى العدالة فى كل قضية ، ولا يعنى ذلك أن العدالة تمعد من وسائل أو طرق القاضى فى البحث عن حل للمنازعة (٢) ، وإنما تضىف العدالة ظلالمها على كل طريقة من الطرق التى يتبعها القاضى ، فهى ليست طريقة مستقلة ، وإنما

(١) أنظر ص ٣٥١ من هذا البحث وما بعدها .

يتعين على القاضي أن يستوحىها في كل وسيلة ، سواء عند فحص القضية أو تأسيسه للحل (الحكم) الذي ارتآه متفقا مع القانون الوضعي ومحققا لها .

وينبغي على القاضي ان لا يتمسك بحلول مسبقة في المنازعات المشابهة ، وان لا يلتزم بقوالب وأكلاشيهات متشابهة في احكامه ، وانما يتعين ان يفحص كل قضية منها على حدة ، فقد يكون فيها من الوقائع العملية او ظروف حدوثها ما يجعله يحكم غير الحكم الصادر في قضية اخرى متماثلة معها ماديا .

ان الوقوف عند حرفية النص الوضعي والتفاني في احترام شكليات انقانون تساعدان على ان يتسم عمل القاضي بالتحكم والتعسف ومن ثم يترتب على ذلك ان تضع منه العدالة في نيه قوالب عمله الشكلى . لذلك كان لا بد من التوفيق بين احترام القاضي للقانون والعمل على توفير العدالة ، ومؤدى القول بتلارم العداله للقانون . ان احترام القانون يستتبع في الحقيقة توفير العدالة . تأسيسا على ان القانون يهدف الى توفير العدالة . ولكن هذه القرينة - في نظرنا - قرينة بسيطة يسهل اثبات عكسها ، بالنظر الى مجموعة الأحكام المضطردة التى تؤكد في كثير من الأحيان عدم دستورية قانون ما ، او عدم شرعية قرارات الإدارة الصادرة تنفيذا لقانون غير دستورى .

ولا يعنى ذلك ان العدالة لا تلعب دورا لدى القاضي في البحث عن حل للمنازعة وإنما تحتفظ بإمكانها في صدر هذا النظام للطرق التى يلجأ اليها القاضي في البحث عن حل للمنازعة .

ان واقاضى الحسن (١) هو الذى يعهد الى احترام القانون الوضعي مستوحيا دائما لعداله ، وعاملا على تحقيقها في حلوله واحكامه .

وقد يجد الحل الذى يبدو له معقولا دفعة واحدة ، دون ان يكون في حاجة الى البحث في أى من وسائل المعقولة او البناءات أو الفنيات التى يلجأ اليها القضاة عادة . وينبغي ان تكون العدالة مقدمة في كل محاولة للوصول الى حل قانوني للمنازعة .

(١) ويذكر جودمييه في رسالته التى أشرف عليها العميد جورج فيدل أن

L'équité peut compléter les méthodes juridictionnelles. Ce n'est pas dire que, dans le cadre de ces méthodes, l'équité ne soit pas, à l'accasion, appelée à jouer son, au contraire, allé garde sa place ou sein d'un système de méthodes objectives proposé au juge. Simplement, elle n'est pas cette source unique, cette panacée juridictionnelle, trop séduisante pour être fidèle, qui avait cru découvrir le «bon jugé» de chateau-Thierry.

ويفصل القاضي في المنازعة بعد تكوين اقتناعه واحساسه المستقل بالحل المفروض
اتباعه ، ثم يصيغ الأسباب (١) القانونية لهذا الحل من بعد لأن التكوين الفني للحل
القانوني يبدو بجانبه الشكلي كتبرير أو كشرح ولا يكون كوصف لمسيبات الحكم .
ويتبع القضاى منهجية خاصة عند البحث عن حل للمنازعة ، وذلك بالالتجاء الى
وسائل منطقية للفهم والادراك للمنازعة بالرجوع الى أسس وبناءات قانونية
ومنطقية ، والى الفن القانونى بما قد يتضمنه من الصورية والحيل والقرائن والمعاير
والضوابط القانونية . وتساعد هذه الأسس والبناءات والفنيات المنطقية والقانونية
في ايجاد حل للمنازعة ، فان لم تعاونه في مهمته فانه يلجأ الى وسائل أخرى للمعقولة
كاستخدام الاستدلال المركب أو البرهنة بالمشابهة أو البرهنة بالمخالفة أو البرهنة
بالتحليل أو البرهنة الغائية .

ويتوصل القاضي بفضل هذه المنهجية الى حل للمنازعة ، فاذا انتهى الى الحل
الذى يجده متفقا والقانون الوضعى ، و متمشيا مع العدالة يبدأ في مهمة تأسيس
قراره ، وكيفية اخراجه والباسة ثوب العمل القضائى الذى يقترن بحجية الشيء
المقضى فيه .

وسنعرض لهذا الباب في فصول ثلاثة :

الفصل الأول : الأسس التى يتبعها القاضي للبحث عن حل للمنازعة .

الفصل الثانى : الوسائل القانونية والاستدلالية .

الفصل الثالث : وسائل تأسيس الحكم القضائى .

C'est même une idée semble-t-il, assez repandue dans la pratique que (1)
[le magistrat juge les procès d'après sa conscience et son sentiment intime,
et qu'il trouve les raisons juridique ensuite]. Tel a été en son temps le dogme
de l'École du FREIES RECHT»; la construction technique de la solutions juri-
dictionnelle apparait alors comme une forme, comme une justification parfait
une explication), non pas comme la discription du raisonnement du juge.
GAUDEMET, op. cit. ; P. 22.

الفصل الأول

الأسس التي يتبناها القاضي للبحث عن حل للمنازعة

يطتزم القاضي بوضع نظام للتصور والإدارة لكي يرد إليه تمطيات القضايا التي تعرض عليه وهذا النظام يسبق في وجوده تلك القضايا (١) . ويكون في النهاية كأساس للمنهجية القانونية التي يلجأ إليها (٢) . كما يكون بمثابة الضوء الذي يلقي بشعاعه أمام القاضي في نظراته الأولى لكل منازعة تعرض عليه .

ويعتق القاضي تكييفاً مبدئياً للمنازعة عند عرضها ، ويتصور نظاماً معيناً لاستكمال ملف القضية ، ويكون يقظاً من حدوث نتائج أو ظواهر لا تتفق وما سبق ان تصوره للقضية او التي قد تفوق فيها مجال رؤيته وتخيله ، كما انه يناظر بين الحل الذي تصوره للقضية والاحكام الاخرى للتأكد من انه ليس متناقضاً مع حكم

(١) جودمييه - المرجع السابق - ص ٢٥ .

(٢) يوجد في داخل كل علم عدة مناهج ، بل انه لمن المستحسن أحياناً ان تستعمل مناهج خاصة لمسائل جزئية داخل العلم الواحد ، غير أنه من المستحسن أيضاً أن ترد تلك المناهج التمديدية إلى مناهج نموذجية تفرع عليها المناهج الجزئية الأخرى .

ويحصر الاستاذ الدكتور عبد الرحمن بدوي هذه المناهج النموذجية في المناهج الآتية : -

١ - المنهج الاستدلالي : وهو الذي نسر فيه من مبدأ الى قضايا تنتج عنه بالضرورة دون الاتجاه الى التجربة وهو منهج العلوم الرياضية خصوصاً .

٢ - المنهج التجريبي ويشمل الملاحظة والتجربة معا وهو الذي نبدأ فيه من جزئيات أو مبادئ غير يقينية تماماً ونسر فيها معيّن حتى نصل الى قضايا عامة لاجئين في كل خطوة الى التجربة كي تضمن لنا صحة الاستنتاج وهو منهج العلوم الطبيعية على وجه التخصيص .

٣ - المنهج الاستردادي او المنهج التاريخي وهو الذي نقوم فيه باسترداد الماضي فيما لا نعرفه من آثار أي كان نوع هذه الآثار ، وهو المنهج المستخدم في العلوم التاريخية والأخلاقية .

٤ - المنهج الجدلي وهو الذي يعدد منهج التناظر والتجاوز في الجماعات العلمية التي في المراحل العلمية على اختلافها ولا يمكن لهذا المنهج أن يأتي بشمار حقيقية إلا اذا ساعدته المناهج الثلاثة السابقة .

الاستاذ الدكتور عبد الرحمن بدوي - مناهج البحث العلمي - الطبعة الثالثة وكالة مطبوعات

الكويت - ص ١٨ وما بعدها .

سابق في قضية مماثلة . والقاضي لا يتمسك بتكييفه المبدئي وإنما يعمل على السهر على تماسك النظام وكماله ومطابقة هذا النظام مع الحل الذي قدره ، فالقاضي عند ممارسته لنشاطه يعمل على متابعة الحقيقة (١) ، والقواعد التي ترتبط ببعضها البعض ويعمل على استنتاج المبادئ الأولية ، وأراء هيئة الفقه المجمع عليها ، واستيعاب النظم والوسائل القانونية .

هذا النظام هو ما نطلق عليه المنهجية التي يتبعها القاضي عند فحص القضية . والأصل ان القاضي هو الذي ينشأ تصوره وإدراكه وفهمه ، لأن الاجراءات المستخدمة بواسطته لا تكون الا قضائية من صنع القاضي نفسه (٢) . ولا يتدخل المشرع ويحدد للقاضي وسائل تصوره وفهمه للقضايا (٣) وينظم له هذه الاجراءات . اذن فما هي الطريقة التي يستخدمها القاضي لتكوين ادراكه وتصوره للقضية ؟

يجيب على هذا التساؤل كورمين (٤) بقوله « الطريقة التي يلجأ اليها القاضي

L'activité juridictionnelle du juge emprunté à l'activité scientifique (١)
telle que la définit PONTALIS « une suite de vérités au de règles liées les unes aux autres, déduites de premiers principes, réunies en un corps de doctrine et de systèmes».

GAUDEMET, op. cit., P. 26.

R. LATOURNERIE «Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil (٢)
d'Etat» Paris, Sirey 1952 P. 232 cité dans GAUDEMET, op. cit., p. 27.

(٣) وتختلف وسائل التصور والإدراك عن الوسائل المنطقية ، فهي وان كانت وسائل فكرية الا ان نتاج الفكر ليس بجميع انواعه عرضه للدراسة المنطقية التي تختص بالاستدلال الصحيح ، ومع ان كل استدلال هو تفكير ، الا ان كل تفكير ليس استدلالاً فهناك عمليات عقلية أو فكرية ، مثل التذكر والتصوير والتخيل ، ليست استدلالات ، وقد لا تكون حتى نتيجة استدلال .

انظر « المنطق المصوري » للاستاذ أحمد ماسرياقوسى طبعة ١٩٧٤ دار نشر الكتب الجامعية

بالاسكندرية - ص ١٣ .

Louis Maire de Corméant, Questions de droit adm. 3 vol, Paris, 1897. (٤)
cité dans, GAUDEMET, op. cit., P. 27.

تتقيد بالقضية ذاتها ، فيما تثيره من بديهيات ومسلمات ومدى ارتباطها بالنتائج القضائية التى تتصل بها ، والتنويه بها فى الأحكام وتبريرها . وتقترب هذه الطريقة من منهج العلوم الرياضية حيث تتعلق بالقاعدة والبرهان ، وهذه الطريقة لا يختص بها قضاء معين ، وانما تطبق فى جميع المواد ادارية وغير ادارية » .

اذن تتسم هذه الطريقة بنوع من التجريد ، وتؤدى بالقاضى الى ان يبحث عن المبادئ العامة ، كبناء أو خصيصة لنظام ذا محمول عام ، ثم يعمل على انزاله على القضايا كنتيجة لعمليات من الاستقراء والاستنتاج الذى له أهمية كبرى ، حيث انه كما يقول - لارنود - يسمح بتقدير قيمة هذا المبدأ ، مثله فى ذلك مثل ان تفصل الشجرة عن ثمارها ، ومن ثم يمكن ان تفصل المبدأ عن نتائجه .

هذه العملية المزدوجة - اكتشاف المبدأ ثم تقديره له - تكون ضرورية لاستكمال مهمة القاضى .

ومثال ذلك ان ظاهرة بطء سير القضايا ، أدت الى تشييد مبدأ احترام حقوق الدفاع (١) واعمال هذا المبدأ فى مجال الوظيفة العامة ، يؤدى الى تطبيق احدى نتائجه وهى التزام الادارة بالسماح باتصال الموظف واطلاعه على ملفه (٢) فى حالة تاديبه . ومن ثم فان القاضى يكون قد بحث عن مبدأ عام وهو مبدأ احترام حقوق الدفاع ، واستنتج منه هذه النتيجة كى يوفر ضمانات من ضمانات هذا المبدأ ، ولا يقتصر ذلك على مجال الوظيفة العامة ، والما يتمدها الى كافة المجالات الادارية الاخرى . فالقاضى هنا عمد الى استنتاج جزء من مبدأ عام ، وجعلها بمثابة حل عام جديد ، هذه الحلول العامة (الاستنتاجات) تسمح من ناحية بتقدير مدى صلاحيتها أو عدم

GAUDEMET, op. cit., P. 29.

(١)

(٢) وهو ما اعتنقه الفرقة الادارية للمجلس الاملى بتقريرها « .. وحيث أن وظيفة مجلس التاديب هى الادلاء برأى استشارى يسبق عمليا الاجراء الادارى ، لا المواقفة عليه بمد صدور هذا الاخير ، مثل الشأن فى هذه القضية ، بالاضافة الى أن الموظف من حقه ان يبلغ اليه شخصيا وفى حرية الملف للاطلاع على نحوه ، وبما أن هذه الاجراءات الاساسية لم تراع ، مما يعين عليه لزاما التصريح ان القرار الادارى المطعون فيه غير مقبول وملغى ... » .

انظر القرار رقم ٨١ الصادر من الفرقة الادارية بالمجلس الاملى بتاريخ ١٩٧٨/١٠/٢٩ فى

القضية رقم ١٢١٠٥ .

صلاحيتها ، ومن ناحية اخرى ، تعمل على تقييم المبدأ المستمد منه وتقدر مدى منفعته .

اذن فالقاضي يكون قد ساهم في ان يضع مكانا لنظام من الفهم والادراك (١) ، والذي هو ضروري لتفهمه وحسن ادائه لمهمته .

ولا يعني ذلك ان القاضي يبقى اسير آلية الاستنتاج الكلامي والنظري ، وانما هذا النظام يجعله اكثر يقظة للعناصر المختلفة الحقيقية والجوهرية اللازمة للحياة القانون وللبواعث الأخلاقية ، والفسولوجية والاقتصادية والسياسية والاجتماعية ، وإلى السهر على ملاءمة النتائج المجردة والضرورات التي ملتها .

والأسس والبناءات التي يلجأ اليها القاضي لتكوين ادراكه وفهمه كثيرة ومتعددة حيث عادة ما تشير القضية فكرة أو مبدأ أو نظرية أو مجموعات منها . فينصرف عقل القاضي الى ذات الفكرة أو ذات المجموعة أو ذات النظرية أو ذات المبدأ . وهي التي يطلق عليها الحدود في لغة المنطق .

أولاً - المبادئ :

هي مجموعة من الوقائع العامة التي تتغير ببطء في مجموعها ، ويكون لها جمود نسبي عند تطورها مع بقية الوقائع . كما انها لسان أو لغة المنطق ، سواء اكانت مطابقة ونسبية . وتقف المبادئ على حدود القانون ، حيث تحكمه ، وترشد القاضي الذي عادة ما يكون باعثا لها ومفسرا . كما تكون بمثابة الفتحات التي تسمح بدخول الحياة

(١) ويعرف التصور بأنه الفعل الاول للعقل ، الذي يرى بواسطته ماهية الشيء دون ان يثبت أو يفي ، وهذا يعني أنه مجرد الرؤية الفعلية ، التي يدرك فيها العقل الشيء البسيط . كمجموعة من المعاني والانكار الخالصة ، وهذه الرؤية الفعلية هي التي توصلنا الى التعريف ، الذي يمكننا من ان نقوم بالربط بين الموضوعات البسيطة في أحكام تعبر عنها قضاياها ، المكونة من حدود ، يرمز كل منها الى تعريف له ، توصلنا اليه بلك الرؤية الفعلية ، وعلى ذلك لا نستطيع ان نصل الى الحكم ، وبالتالي الى القضية « كل انسان حيوان » الا بعد ان نتصور كلا من الانسان والحيوان ، ويكون لدينا تعريف لكل منهما ، والتصوير ناتج عن عملية الادراك .

انظر « المنطق الصوري » المرجع السابق ص ٤٧ .

كما يعرف لويس روجيه التصور بأنه « عملية رد الشيء بواسطة عمليات المنطق وحدها الى مرجح من تصورات اكثر بساطة » .

اشار اليه الاستاذ الدكتور عبد الرحمن بدوي - المرجع السابق - ص ٨٥ .

اليومية في مقر القضاة . فيأخذ منها بمسده ومنتهاه ؛ ويستفيد من الملاحظات والاستنتاجات التي تكون حركتها بطيئة بصورة كافية من أجل ان يبدد جمودها .

وكما يقول Fr. Gény (١) « ان المبادئ العامة للقانون تعرض وتقدم فكرة من الواقع او من القانون ، وتجد أساسها في الطبيعة الانسانية » .

وتعتبر المبادئ كأساس للعديد من النظريات ، كما تقسم الى جانب جهودها بنوع من الفموض الذي يعتبر واحدا من أسباب استمرارها وعموميتها . ويساهم القاضي في اكتشاف وترسيخ المبادئ ، كما قد يتناولها الشرع في العديد من الحالات بالصياغة في قواعد موضوعية . كمبدأ مساواة المواطنين أمام الأعباء العامة ، أو مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية . وتضمن المبادئ عادة مجموعة من المبادئ الفرعية كمبدأ المساواة أمام الأعباء والتكاليف العامة ؛ ينجم عنه مجموعة من المبادئ الفرعية كمبدأ المساواة أمام المرافق العامة ، والمساواة في استخدام المال العام ، والمساواة أمام الضرائب والرسوم ومبدأ الموازنة (بين التكلفة والفائدة) (٢) .

كذلك قد يكون المبدأ أساسا للعديد من النظريات ، فيعتبر عدم الإخلال بمبدأ المساواة بين الأفراد في تحمل الأعباء (٣) العامة أساسا لنظرية مسؤولية الدولة عن أعمالها المشروعة تأسيسا على نظرية المخاطر ، كمسؤولية الإدارة من جراء امتناعها عن تنفيذ حكم قضائي أو تعطيله ، كما ان مبدأ تخصيص الأهداف والذي مؤداه قيام

(١) جودمييه - المرجع السابق - ص ٢٥ .

(٢) ومبدأ «الموازنة بين التكلفة والفائدة» مبدأ جديد يرجع الفضل في نشأته الى القاضي الإداري الذي قدر ضرورة التوازن بين النفع العام والنفع الخاص كما في حالة نزع الملكية للمنفعة العامة ، فينبغي أن يكون هناك توازن بين سعر العقار المتزوع ملكيته ومزايا النفع العام الذي سيعود على المرفق وعلى جمهور المنتفعين به . وقد دفع القاضي الإداري الى البحث عن هذا المبدأ ظاهرة اضطراد تدخل الإدارة العامة في النشاط الاقتصادي ، ومن ثم هجر المبادئ العامة التقليدية القديمة المستمدة من وثيقة إعلان الحقوق ، وانشأ مبادئ عامة جديدة مستمدة من مبادئ القانون العام الاقتصادي الذي يجد أساسه في ضوابط التخطيط المستقبلي . وقد سلك مجلس الدولة الفرنسي مسلكا جريئا في هذه السنوات الأخيرة في اعلان هذا المبدأ الهام الموازنة بين التكلفة والفائدة .

حيث أصبح القاضي بمقتضى هذا المبدأ يقدر المزايا التي تعود على الإدارة الاقتصادية والعقارية من الاستخدام العام كما يقدر الأضرار التي تلحق الأشخاص ثم يقرر سعرا يوازن فيه بين المنافع والمزايا والأضرار .

Jeanne LEMASURIER «Vers un nouveau principe du droit, le principe «Bilan, Caut, Avantages» Melanges Walline, Juillet 1974, P. 554.

الإدارة بممارسة السلطة التي خولت لها لتحقيق الاهداف المحددة ، وفي حالة عدم تحديد الاهداف فانها تستهدف تحقيق الصالح العام ، كان أساسا لنظرية التصيف في استعمال الحق (١) .

اذن فتساهم المبادئ العامة في تكوين فهم وادراك القاضى لطبيعة المنازعة وارشاده للحل الواجب الإلتباع .

ثانيا - النظريات :

تساهم النظريات بدور فعال في تكوين فهم وادراك القاضى ، ويلعب القضاء دورا كبيرا في استنتاج الكثير من النظريات في مجال القانون الادارى من المبادئ العامة . وتقدم النظرية مجموعة من الافكار العلمية التي يحتاج اليها الباحث ، ذات محمول تشريحي عام ، ولها طابع شمولي موحد (٢) .

ويذكر القانون الادارى بالنظريات ، مثل نظرية الموظفين الفعليين ونظرية الأعمال القابلة للانفصال ونظرية التصيف في استعمال الحق ، ونظرية المرافق العامة ، ونظرية أعمال السيادة ، ونظرية السلطة التقديرية ، ونظرية الضرورة ، ونظرية الوزير القاضى وكذلك في مجال الإجراءات توجد نظرية الوسائل عديمة التأثير «La théorie des moyens inoperants» (٣) .

وينظر القاضى الى الواقعة التي تثيرها المنازعة ، ويستلهم النظرية التي تتعلق بها والتي يدرك محمولها في محاولة منه للبحث عن حل لها في ضوء حقيقتها الواقعية وظروفها الملابة لها .

ثالثا - الفكرة NOTION :

اذا كان المبدأ أساسا للنظريات ، فان النظرية تتضمن مجموعة من الأفكار العلمية ذات المحمول الشمولي والمجرد . وعليه فان القاضى يهبط الى الفكرة كاساس في بحثه

(١) د. محمد فؤاد مهنا - مسكولية الادارة في تشريعات البلاد العربية - ص ٢٠١ وما بعدها .

(٢) د. محمد فؤاد مهنا - المرجع السابق - ص ١٢١ .

- د. محمد كامل ليله - المرجع السابق - ص ١٢٠ وما بعدها .

(٣) «La concept de théorie par l'ampleur du terrain juridique concerné d'abord par, la rigueur interne de la construction juridique

ensuite».

GAUDEMET, op. cit., P. 34.

(٤) جودمييه - المرجع السابق - ص ٢٤ .

لتكوين ادراكه وتصوره . لان الإدراك من النظرية يكون عن طريق الفكرة . وكثيرا ما يكتشف القاضى الفكرة ، أو قد ينشئها ويقدمها دون أن يحاول أن يضع تعريفا لها ويكتشفها عادة بحدسه ، كما أثار ريفرو فكرة المرفق العام - وليست نظرية المرافق العامة - حيث تتجرد عادة الفكرة من أن يكون لها تعريف عام منضبط والا لتحولت الى نظرية ويذخر القانون الإدارى بالعديد من الأفكار مثل فكرة الأشغال العامة وفكرة المؤسسات العامة كفكرة فرعية لفكرة المرفق العام .

واستخدام القاضى للفكرة يكون شبه يومى ، ويكون دائما يقظا فى تقديره بواسطة وسيلة فكرية أو ذهنية كى يتحاش

الفكرة تعرض أساسا كحقيقة وظيفية ، وتجميع خصائصها وتعميمها يودى الى وجود النظرية .

وعندما يثير القاضى الفكرة . يكون قد اقترب و قتمد من الحل الذى يسمى اليه ، بعد أن يكون قد انتهى من اختياره ، واستلهامه للمبادئ والنظريات والفكرة تدرك بالحدس ، كما ان لها طبيعة مرنة ، بحيث يمكن للقاضى ان يكييفها دائما والفرص الذى يتتبعه والحل الذى يتبناه .

والحل الذى ينتهى اليه لا بد وان يتضمن (١) لواحدة أو أكثر من الأفكار ، أو يكون بفضل الرجوع الى احداها باعتبارها مساعدة له .

والرجوع الى نظاما ما للأفكار يعتمد أولا وقبل كل شىء على القيادة الجيدة للعمل القضائى (٢) .

(١) Dans d'autres cas, il se trouvera que le juge ait, dans une espèce

donnée, le choix entre plusieurs notions. Le juge reprend alors sa Liberté et décide de se référer à l'une ou à l'autre suivant la finalité qu'il se propose.

GAUDEMET, op. cit., P. 39.

L'appel à un système de notions est indispensable pour la bonne conduite (٢)

du travail juridictionnel, toutefois il ne peut y avoir là qui une adywant qu'une indication, car la notion, par nature reste rebelle à faurnir automatiquement une soltion rigoureuse au litige.

GAUDEMET, op. cit., p. 39.

رابعا - المجموعات Les Catégories

يعمد القاضي عادة الى تقسيم الفكرة الى فئات او مجموعات حسب طبيعة كل مجموعة وحسب آثارها القانونية . ويساهم في خلق المجموعات ولا يتردد في استخدامها ، مثل تقسيمه في مجال الوظيفة العامة انواع او اصناف اعوان الدولة الى صنف او مجموعة الموظف القائم ، وصنف او مجموعة المساعدين وصنف او مجموعة الاعوان المؤقتين وصنف او مجموعة الاعوان المتعاقدين . بل انه في داخل المجموعة الواحدة يمكن تصنيفها الى أكثر من صنف كما هو في مجموعة الموظف العام يمكن تقسيمها الى مجموعات فرعية مثل مجموعة الموظف المتمرن (وهو الموظف تحت الاختبار) ومجموعة الموظف المرسم (المثبت على درجة) .

كما يمكن تقسيم المرافق العامة في عدة مجموعات ، مجموعة المرافق ذات الطبيعة الإدارية البحتة ، والمرافق الاقتصادية ، والمرافق ذات الطبيعة الثقافية وهكذا .

فالقاضي هو الذي يساهم في خلق هذه المجموعات وهو الذي يستخدمها ولحظة استخدامه لها ، يكون قبل انتهى من عملية البحث حول المبادئ والنظريات ووضع يده على الفكرة التي تثيرها المنازعة ، ويكون قد اقترب من الحل الذي يستهدفه ثم يبحث في داخل الفكرة ، فيما قد تتضمنه من مجموعات او تقسيمات مختلفة وذلك من اجل تكوين فهم وتصور وأدراك للمنازعة ، في محاولته للوصول الى حل لها .

الفصل الثاني

الوسائل القانونية والمنطقية

للبحث عن حل للمنازعة يلجأ القاضى عامة الى وسائل شتى فنية قانونية او منطقية (استدلالية) ، وسوف نعرض للوسائل (الفنية) القانونية في مبحث اول وللوسائل المنطقية الاستدلالية في مبحث ثانى .

المبحث الاول

الوسائل الفنية القانونية

بعد ان يكون القاضى فهمه وتصوره لموضوع المنازعة ، يبدأ استخدامه للوسائل الفنية القانونية *Les techniques juridictionnelles* ويساعده في هذا الاستخدام تكوينه القانونى ، وممارسته للعمل القضائى فترة من الوقت . ويساهم القاضى بحكم هذا التكوين وتلك الممارسة العملية في خلق هذه الطائفة من الوسائل ، فلا احد ينكر ان الشروط الاستثنائية وغير المألوفة هى من خلق القضاء الادارى ، وتستخدم كمييار للتمييز بين عقود القانون الخاص العام ، كما يساهم القاضى الى جوار المشرع في خلق القرائن القانونية ، بل انه قد ينفرد بخلق واستخدام الحيل القانونية *fictions* كنظرية الشخصية المعنوية . وتستهدف هذه الوسائل الوصول الى الحقيقة القانونية ، وتساعد القاضى عند فحص المنازعة للتوصل الى الحل المناسب لها .

وتنطوى هذه الوسائل الفنية القانونية على وسائل متعددة نذكر منها الشكلىة *formalisme* والحيل القانونية *fictions* والقرائن القانونية *presomptions* والمعايير والضوابط *Standards* وهذه الوسائل ليست ادوات مجردة بنفسها بل ان قيمتها تتمثل في حسن استخدام القاضى لاي منها وفقا لظروف وملابسات كل قضية ، وكما يقول Roger Perrot (١) ان قيمة تلك الوسائل الفنية القانونية تستمد من حقيقتها الشكلىة وجمودها . وتساعد هذه الوسائل القاضى الادارى بسهولة في الوصول للحل المطلوب .

أولا - الشكلية Le formalisme

استمدت هذه الوسيلة من القانون الروماني ، الا انه ادخلت عليها التعديلات الضرورية كي تصبح من بين الوسائل والادوات اللازمة لتكنيك جديد معاصر . وتلعب الشكلية دورا هاما في مجال الاجراءات ، ومثال ذلك انه في حالة تعدد المدعين ، يتبع القاضي شكلية معينة بالاكْتفاء بذكر اسم المدعى الأول منهم ، دون ذكر الباقين ، اكْتفاء منه بذكر كلمة واخرين . وفي حالة القسام الرباعي لطلب التمييز ، فان القاضي يكتفى بأن يثار الدفع بواسطة محامى دون حاجة الى اثارته بواسطة المحافظ أو الموظف الذى لديه تفويض بذلك (١) .

وفي نطاق دعاوى الالغاء لتجاوز السلطة ، يطبق قاضي الالغاء شكلية مؤداها استبعاد كافة الطلبات الفرعية ، حيث أن موضوع الدعوى هو البحث في شرعية عمل الادارة فيقصر القاضي عمله على هذه المهمة ويستبعد باقى الطلبات الأخرى (٢) .

ثانيا - الحيلة La fiction

الحيلة محض افتراض ارادى ، قد يكون لها علاقة بالوقائع ، أو قد لا تكون لها ادنى علاقة ، ومن ثم تنطوى على قدر كبير من التحكم الافتراضى .

وتقترب الحيلة من وسيلة القرينة ، وكما يقول العميد Gény

في العلاقة بينهما ان القرينة تقدم كرداء محتشم كى يغطى اجراء الحيلة (٣)

وتؤدى هذه الوسيلة من وسائل التكنيك القانونى عادة الى حل معقول وملئم . وليس لها ادنى قيمة قانونية خارج الحلول التى تؤدى اليها ، فما هى الا اداة مجردة وتستخدم دائما في عبارة «Comme si...» .

وتحلل الحيلة بطريق التجاوز الارادى للنطاق العادى الى المماثلة عن طريق القياس والافتراض ، وكما يقول الاستاذ لاتورنيير فانها تعتبر نوع من النظرة البسيطة

— C.E. Dehmas 30.6.1960.

(١)

وقد اشار اليه GAUDEMET في رسالته السابقة ص ٤٢ .

انظر في قواعد التقادم في مصر المواد من ٢٧٤ الى ٢٨٨ من القانون المدنى .

(٢) انظر قرار الغرفة الادارية للمجلس الاعلى رقم ٦٣ الصادر في ١٩٧٧/٦/٤ في القضية رقم

١٤٥٠٦ والسابق الاشارة اليه .

(٣) Le procédé de la presumption s'offre alors comme le manteau qui

couvre le procédé de la fiction d'un voile pudique

GAUDEMET op cit., P. 42.

للحالة القانونية ، ولا تعدوا ان تكون محض افتراض ارادى (١) . وما فكرة الموظف
الفعلين الاحيلة قانونية ، فالوظف الفعلى هو شخص عادى ولا يعد فى حكم الواقع
موظفا عاما .

وبالمثل فان القاضى يستخدم الاحيلة فى نظرية الاعمال القابلة للانفصال ، ففى
بعض الحالات يميز القاضى ويفصل بين القرار الادارى الصادر من جانب الادارة
بارادتها المنفردة ، والعمل التمهيدي ، او عقد القانون الخاص او العام اللاحق له .
فى الوقت الذى لا يوجد فيه فى الحقيقة سوى عمل او اداة قانونية واحدة (٢) .

وفى مجال مسئولية الموظف ، يستخدم القاضى حيلة اخرى عند تعرضه للخطأ
المشترك ، فيتكلم عن تواجد خطأ مرفقى وآخر شخصى ، بالرغم من ان الضرر ناجم
عن فعل واحد مكونا لخطأ واحد (٣) او خطأ التابع وخطأ المتبوع وخطأ أجنبي عليه .

ويستخدم المشرع ايضا وسيلة الاحيلة فى بعض الاحيان ، ولا ادل على ذلك من
نظرية الحوالة La théorie du Mandat التى نظمها المشرع (٤) الفرنسى .

ثالثا - القرائن Les presumptions

لا تختلف القرينة والاحيلة من حيث الطبيعة ، وانما يختلفان فى الدرجة ، ويلجأ
القاضى عادة الى القرينة (٥) . عندما تكون الرؤيا والنظرات والمستخلصات فى
القضية وما يصاحبها من شروط غير متماسكة ، وليست مجتمعة او موصولة وذلك
للعمل على تماسكها واجتماعها واتصالها .

والفنية القانونية للقرينة ، تعود أساسا للعناصر الداخلية لكل قضية ويستخدم
المشرع القرينة فى مجال الاجراءات الادارية ، فيعتبر سكوت الادارة مدة معينة بمثابة

GAUDEMET, op. cit., pè 43. (١)

GAUDEMET , op. cit., P. 43. (٢)

(٣) انظر قرار الفرقة الادارية للمجلس الأعلى رقم ١ الصادر بتاريخ ١٧٨/١/٧ فى القضية
رقم ١٣٧٩٢ .

GAUDEMET, op. cit., 44. (٤)

(٥) وتنص المادة ٢٢٧ من القانون المدنى الجزائرى رقم ٧٥ - ٥٨ الصادر فى ١٩٧٥/٩/٢٦ « القرينة
القانونية تفنى من ثبوت بصلحته عن اية طريقة اخرى من طرق الالبتات ، على انه يجوز تفنى هذه
القرينة بالدليل المكسب ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك » .

قرار ضمنى من الإدارة بالرفض (١) ، كما أنه يعتبر ترك المدعى لدعواه ودون اتخاذ أى إجراء فيها لفترة معينة ، بمثابة ترك مته للخصومة ، وإن المدعى غير جدى فى دعواه .

ويساهم القاضى فى خلق واستخدام القرائن القضائية (٢) ، حيث يثير عادة القرينة ، كى تودى به الى حل للمنازعة . فعندما تكون معطيات الوقائع مبهمه او غامضة يلجأ القاضى الى القرائن حيث يستنبط وقائع مجهولة (٣) من وقائع معلومة لديه واقتنع بها كما هو الحال فى مجال حوادث السيارات (٤) ، وحوادث العمل التى تستوجب مسؤولية الادارة ، فيفترض مثلا أن الادارة لم تقم باعمال الصيانة العادية ويفترض مسئوليتها ، وفى مجال الخطأ الشخصى للموظف ، فيفترض القاضى أن الموظف تجاوز ساوك الشخص العادى ومن ثم يقرر مساءلة الموظف ، والمثال الاكثر دلالة على استخدام القاضى للقرينة القضائية او ما يطلق عليها بالقرينة الموضوعية هو قرينة العلم المكتسب (٥) . *La connaissance acquise* فيفترض القاضى علم

(١) وفى بعض الاحيان يعتبر انقضاء المدة كقرينة قانونية من خلق المشرع - على موافقة الادارة الضمنية ، كما هو الحال فى نظام الادارة المحلية الجزائرية ، فان المجالس الشعبية البلدية تلتزم بايداع قراراتها ومداولها دار الولاية ، فاذا انقضت مدة عشرين يوما على تاريخ ايداعها ، تصبح نافذة وبعد سكوت الادارة المركزية - المثلة فى الولاية - خلال هذه المدة بمثابة قرينة بالموافقة الضمنية عليها .
(٢) وتختلف القرينة القانونية من القرينة القضائية من عدة وجوه : -

- ١ - فالقرينة القانونية من صنع المشرع بينما القرينة القضائية من خلق القاضى .
- ٢ - كذلك القرينة القانونية غير محددة النطاق عكس الحال فى القرينة القضائية فتتسم بالتحديد بحيث يتحدد مجالها كدليل فى الالبيات بالحالات التى يجوز الالبيات فيها بالبينة .
- ٣ - ان القرينة القانونية تقيد من سلطة القاضى حيث يلتزم بها ، بل ويملك الخصوم التمسك بها ، عكس الحال بالنسبة للقرينة القضائية فسلطة القاضى تقديرية فى استنباطها ، ومن ثم لا يملك الخصوم التمسك بها او الزام القاضى بها .

(٣) القرائن القضائية هى استنباط القاضى لأمور مجهولة من أمور معلومة وبمبصرة أخرى هى القرائن التى يستنتجها القاضى باجتهاده وذكائه من موضوع الدعوى وظروفها ولذا سميت أيضا القرائن الموضوعية .

انظر رسالة الالبيات - أحمد نشأت - ص ٥٨٩ .

GAUDEMET, op. cit. P. 45.

(٤)

La richesse de telles techniques n'est plus à mettre en cause, non plus (٥) que leur caractère nécessaire à l'harmonie et à clarté des décisions, pourtant le réponse litige qui s'exprime en fait.»

الطاعن بالقرار المطعون فيه ، رغم عدم اعلانه بوسائل العلم المعتادة لظروف مكان عمل الطاعن مثلا ، ومن ثم يحتمسب القاضي ميعاد الطعن في القرار المطعون من تاريخ العلم اليقيني بهذا القرار . واضطراد استخدام القاضي للقرينة القضائية التي خلقها يجبر المشرع على ان يتناولها بالتنظيم فتتحول الى قرينة قانونية .

رابعا - المعايير القضائية les standards jurisprudentiels : —

المعايير هي بمثابة محاور Pôles للمراجعة ولرد الوقائع اليها وتنشئ بواسطة القاضي الذي يستخدمها وفقا لتقديره وحسن قيادته - للدلالة والوقائع - بنية الوصول الى حل للمنازعة .

فعندما تعرض عليه منازعة ما ، ينظر أولا اذا كان مختصا بها أو لدخول في اختصاص زميله العادي ، فينظر الى عمل الادارة ، وهل ماوسته باعتبارها سلطة عامة ، أم كانت متجردة من ثوب السلطة العامة . ومن ثم يكون المعيار الذي ارجع اليه قواعد اختصاصه في هذا المثال هو معيار السلطة العامة (١) ، وقد يما كان يستخدم معيار المرفق العام ومن بعده معيار المنفعة العامة . كذلك يستخدم القاضي في مجال العقود الادارية معيار الشروط الاستثنائية وغير المألوفة ، كي يحدد طبيعة

Juge doit rester conscient. Lorsqu' le utilise, que par le jeu de la fiction, il risque parfois de blesser les faits, alors que la décision de justice est d'abord une réponse donnée a un litige qui s'exprime en fait.

GAUDEMET, op. cit., p. 47.

وقد نص المشرع الجزائري في المادة ٢٢٨ مدني « ان الاحكام التي حازت قوة الشيء المقضي به تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق ، ولا يجوز قبول أى دليل ينقض مله القرينة ، ولكن لا تكون لتلك الاحكام هذه الحجية الا في نزاع قائم ولا يجوز للمحكمة ان تأخذ بهذه القرينة تلقائيا . »

(١) وقد استخدمته الفرقة الادارية للمجلس الأعلى عند تعرفها لاختصاص الغرف الادارية في ظل النظام القضائي الجزائري بقولها « ... وحيث يستخلص من نص المادة السابعة من قانون الاجراءات المدنية ان القضاء الاداري يكون مختصا بالفصل في الدعوى اذا كان احد اطراف النزاع سلطة اختيارية ذات صبغة ادارية تخضع للقانون العام » .

انظر القرار رقم ٢٦ الصادر بتاريخ ١٩٧٨/٤/١ في القضية رقم ١٤٤٨٠ .

العقد ، ومن ثم يحدد مجال اختصاصه بنظرها اذا كانت من عقود القانون العام او الخاص ، وفي تحديده لطبيعة المال العام يستخدم معيار طبيعة المال التي لاتقبل تعلقها ملكية خاصة (١) ، فاذا تبين للقاضي عدم امكانية ادخال المال في نطاق الملكية الخاصة ، كان المال مالا عاما .

ومن ثم تعتبر بمثابة ضوابط (٢) يرد اليها القاضي وقائع القضية وينظر في اتفاتها او اختلافها ويعطيها النتيجة التي يقدمها المعيار او العكس .

المبحث الثاني

الوسائل المنطقية (الاستدلالية)

يشير هذا المبحث لدينا العديد من التساؤلات حول من الذي يفرض على القاضي كيفية السير الاولى والنهاى للوسائل المنطقية (الاستدلالية) ؟ وهل هناك تعارض بين تلك الوسائل ومصادر القانون الأخرى ؟ وكيفية الوصول الى المقدمة الكبرى *Majeur* ، وما هي طرق البحث العقلانية التي سيستخدمها القاضي في البحث عن حل للمنازعة ؟

والاجابة ليست باليسيرة ، الا اننا سنتناولها بالقدر الذي خصصناه لها في هذا البحث . فالأصل أن القانون لا يمكن أن يفرض على القاضي اعتناق وسيلة معقولة معينة في بحثه ، لأن فطنة المشرع عادة ماتحول دون أن يفرض على القاضي التقدم في بحثه بوسيلة أو أخرى ، وانما يترك ذلك لحرية القاضي .

(١) وتنص المادة ٦٨٨ من القانون المدني الجزائري « وتعتبر اموالا للدولة المقارنات والمنقولات التي تخصص بالفعل أو بمقتضى نص قانوني لمصلحة عامة أو لادارة أو مؤسسة عمومية أو لهيئة لها طابع ادارى أو مؤسسة اشتراكية ، أو لوحدة مسيرة ذاتيا أو لتعاونية داخلية في نطاق الثورة الزراعية » .
وفي مشروع قانون املاك الدولة الوطنية والذي اعدته مديرية شؤون املاك الدولة والشئون العقارية بوزارة المالية الجزائرية للتصديق عليه ، يقرر في المادة ٦ من المشروع المذكور « تتضمن املاك الدولة العمومية كل الاموال التي بطبيعتها أو بانتخصيص التي منحها اياها الاصلحان ، وتستعمل من طرف الجميع والتي لا يمكن أن تكون موضوع حقوق مالية » .

ولزيد من التفصيل في هذا الموضوع يرجع الى العميد الدكتور سليمان الطماوى « مبادئ القانون الادارى - دراسة مقارنة - الكتاب الثالث - اموال الادارة العامة وامتيازاتها ١٩٧٣ ص ١٣ وما بعدها .

وقد يبدو - ظاهريا - تعارض مصادر القانون مع وسائل المعقولة ، ولكن
المشرع يضع للقاضي المصادر التي يستمد منها القواعد القانونية ، ويلجأ إليها القاضي
- نظريا - أما وسائل المعقولة فان القاضي لا يلجأ في البحث عنها الا عند عدم وجود
النص من المصدر الذي يقدمه له المشرع ، ومن ثم فلا تعارض بينهما ، لان وجود
النص من المصدر يجنب القاضي مشقة البحث عن الوسيلة الاستدلالية ، والقاضي
لا يدخر جهدا في أن يبحث بدقة عن النص من أجل أن يجد الحل ، وفي حالة عدم
وجود النص (١) يبدأ بحثه عن الحل بوسائله المختلفة .

ان عمل القاضي في البحث عن وسائل المعقولة لا يكون تأويلا للنص . وذلك
لعدم وجود النص . وفي حالة وجود النص الذي يحكم القضية مباشرة ، فان
البحث عن الحل من هذا النص بواسطة القاضي سيكون عن طريق تفهم القاضي
لمحمول النص وخطابه ، ويستوحى منه الحل ، ومن ثم ، فان التأويل سيؤدي الى
الحل الذي يعتنقه في النهاية ، والتأويل كما يقول العميد Gény ما هو الا تشخيص
مبسط لارادة المشرع (٢) .

وينبغي أن لا نفعل حقيقة هامة . وهي ان القاضي هو الذي يخلق بنفسه القاعدة
التي يطبقها في البحث عن المقدمة الكبرى majeure . والتي يبحث عنها كي يصلها
بالوقائع كمقدمة صغرى ، حتى يصل الى النتيجة والتي تتمثل في حل القضية .
ولا مرشد للقاضي الى الوصول الى المقدمة الكبرى سوى حدسه ورجوعه الى
وسائل من التصور والادراك وذلك باستخدامه أي من المبادئ العامة والنظريات
والأفكار ، والتصنيفات (المجموعات) (٣) .

ويتمتع القاضي بحريته في البحث عن المقدمة الكبرى ، دون أن يتقيد بطريقة
معينة للبرهنة والملاءمة .

والوسيلة الاستدلالية (٤) التي يلجأ إليها القاضي تنبع من معطيات ووقائع كل

(١) جودمييه - المرجع السابق - ص ٥٣

(٢) جودمييه - المرجع السابق - ص ٥٣

(٣) أنظر ما سبق من ٣٦٥ وما بعدها .

(٤) الاستدلال Raisonement أو inférences يقصد به الانتقال من قضية

الى قضية أخرى ، تلزم عنها بمتنفي القواعد والقوانين المنطقية وتسمى القضية (المنطقية) التي
نبدأ منها بالمقدمة وتسمى القضية (المنطقية) اللازمة منها بالنتيجة .

انظر المنطق الصوري - المرجع السابق - ص ١٧٥ .

قضية على حدة ، والتي هي مستقلة عن القاضى حيث لا يلعب فيها سوى دورا تسجيليا (١) .

وتقدم المنازعة - عادة - للقاضى فى شكل معقد ، ويعمل جهده للوصول الى الوسيلة الاستدلالية ، ويدخل الوقائع فى الحقيقة القانونية (٢) حتى يصل الى حل لها .

ويستخدم القاضى فى البحث بعضا من الوسائل المنطقية مثل الاستدلال المركب ، والبرهنة بواسطة المشابهة ، والبرهنة بالمخالفة ، والتحليل ، والبرهنة الفائية .

اولا - الاستدلالات المركبة Syllogismes complexes

وتسمى أيضا الاقيسة المركبة ، حيث تتكون من مقدمتين ، احدهما تعتبر مقدمة كبرى majeure والأخرى تعتبر مقدمة صغرى mineur وتسمى مركبة لأن احدى المقدمتين تتركب من عدة قضايا ، تربط بينها روابط منطقية ، وقد يبدو

GAUDEMET, op. cit., P. 56.

(١)

(٢) والحقيقة القانونية ، حقيقة علمية ، وتختلف عن الحقيقة الفلسفية ، فالحقيقة العلمية تستمد من التجربة ومن حيث انها تصف فقط الوقائع المادية ، ولا تقول شيئا أكثر مما فى الوقائع ، فهدفها الاولى انها تكيف الأشياء وتوصفها دون أن تبحث فى تكوين علتها ، عكس الفلسفة التى تتجاوز « كيف » الأشياء الى « لماذا » هى ؟ كما تتسم الحقيقة العلمية بأنها عامة ، فاقانون الحركة عند نيوتن لا يحدثنا عن جسم معين بالذات ، وانما يحدثنا عن قانون الحركة العامة ، واذا لم يتوافر هذا المصوم فلا يصح أن يعتبر قانونا علميا .

كما تتسم الحقيقة العلمية بأنها موضوعية أى تتعلق بأمر غير ذاتية .

اما الحقيقة الفلسفية - كما يوضحها د. محمد ثابت الفندى فتختلف لانها لا تخضع للعالم ، ولا تستمد من وقائمه لانها تقول لنا ما ليس فى هذه الوقائع حين تحدثنا عن ملل هذا العالم وما مضاه ومغزاه وما قيمته . والصفة الثانية للحقيقة الفلسفية هى أن هذه الحقيقة كثيرا ما لا تكون عامة ، اذ لا تهدف الفلسفة الى اقامة القوانين ، بل الى يقين خاص او حقيقة شخصية ، فالفلسفة لا تصل دائما الى فكرة مجردة وانما الى قناعة فردية لانها تعبر عن موقف لفيلسوف لا يتكرر ولذلك اختلفت الفلسفات . واخيرا الحقيقة الفلسفية ذاتية أى لا ينفلد اليها شخص آخر بنفس القوة التى ينفلد اليها صاحبها لانها حقيقة متصلة بالانا او بالذات .

ويحدث اليقين فى الحقيقة العلمية ، حين نلجأ الى البرهان سواء بالتجربة والاختبار أو الامتنعاب اما فى الفلسفة فان اليقين مصاحب للحقيقة وينبعث عنها كما ينبعث الضوء من الشمس ، لان كل حقيقة فلسفية انما تجيء بيقينها معها عند مكتشفها .

انظر د. محمد ثابت الفندى « مع الفيلسوف » الطبعة الاولى ١٩٧٤ ص ٧٢ وما بعدها .

الاستدلال المركب في صورة قضية شرطية (١) ، أو في صورة قضايا متصلة ، بمعنى أن يكون طرفا الوصل فيها قضيتين شرطيتين أو أكثر ، أو في صورة منفصلة الوصل

(١) ومثال للاستدلال الشرطي الخاص القول .

إذا سخن الحديد فإنه يتمدد

وإذا تمدد تغيرت أبعاده الثلاث

إذا سخن الحديد تغيرت أبعاده الثلاث

وفي هذا المثال كانت المقدمة الكبرى شرطية ، والصغرى أيضا شرطية واقتراحهما حيودى بل إلى

نتيجة شرطية .

ومثال آخر للاستدلال الشرطي الحملى القول :

إذا خالفت القضية الواقع فهي كاذبة

ولكنها تخالف الواقع

إذا فهي كاذبة

وفي مجال القانون الإدارى يضرب الباحث المثال التالى :

— إذا خالف الموظف واجبات وظيفته استوجب مساءلته تأديبيا .

— وقد خالف الموظف واجبات وظيفته .

إذا يستوجب مساءلته تأديبيا .

ويتركب هذا النوع من الاستدلال من قضية شرطية بسيطة كمقدمة كبرى ، وقضية حملية كمتصلة

صغرى تثبت مقدم الشرطية أو تنفي تاليها ، إلا أن استخدام هذا النوع من الاستدلال قد يؤدي إلى

خطورة الوقوع في مغالطة تسمى مغالطة اثبات التالى ، وهو صورة خاطئة ، ومصدر الخطأ هو أن

المقدمات الكاذبة من الممكن أن تؤدي عرضا إلى نتيجة صادقة ، فصدق النتيجة ليس دليلا على صدق

المقدمات ، ومن ثم فإن اثبات تالى المقدمة الشرطية في المقدمة الصغرى ، لا يؤدي إلى اثبات مقدماتها

كنتيجة صحيحة الصدور عن المقدمات ، والإلا كانت صورة الاستدلال غير صحيحة ، ولن تؤدي إلى

نتيجة صادقة إلا عرضا ، ومن الأمثلة على ذلك ، الاستدلال الفاسد مثل القول :

— إذا كانت الأرض تطير فالله موجود .

— ولكن الله موجود .

إذا الأرض تسطير !!

فالاستدلال صحيح ولكن النتيجة غير صادقة (كاذبة) لاعتمادها على مقدمة كبرى كاذبة .

انظر « المنطق الصورى » — المرجع السابق — ص ٣٥٥ وما بعدها .

وفي مجال القانون الإدارى يضرب الباحث مثلا على ذلك الاستدلال الفاسد .

— إذا كان في مقدرة السلطة الوصائية تعديل قرارات الوحدة المحلية كان النظام لامركزيا .

— ولكن النظام لا مركزى .

إذا يمكن للسلطة الوصائية تعديل قرارات الوحدة المحلية .

بالمقدمة الأخرى ، التي قد تكون في صورة قضية شرطية أو حملية أو منفصلة ، واعمال هذا الاستدلال المركب بين القدمتين يؤدي الى النتيجة .

ويلجأ القاضى فى البحث عن حل للمنازعة (للوصول الى النتيجة) الى هذه الطريقة من طرق الاستدلال المركب ، وينشئ ويحلل القياسات المتعددة ، كما تكون له حرية فى ابراز المقدمات من معطيات النزاع كى يمكن أن يصل مقدمات الوقائع بمقدمات القانون ، للوصول الى حل للمنازعة .

فاذا افترضنا وقوع حادثة ناجمة عن حدوث تجويف فى الطريق الذى نتج عن هبوب عاصفة قوية . فان الطالب (المضرور ومن ينوب عنه) يؤسس طعنه على أساس الخطأ المرفقى (وهو الاهمال فى اتخاذ اجراءات الصيانة العادية) . وتدفع الادارة هذا الطلب بمقولة ان الضرر الذى وقع بالطالب ليس ناجما عن خطأ الادارة (الاهمال فى الصيانة) وانما لظروف القوة القاهرة ، ومن ثم يبحث القاضى فى حالة الخطأ المرفقى ، ويبحث فى القوة القاهرة . وكل منهما يكون مقدمة كبرى لقياسه ، ويبحث فى وقائع القضية ، ويقدمها كمقدمة صغرى ، وتكون النتيجة ، احقية الطالب فى التعويض عما أصابه من ضرر . لانه سواء اكان الضرر ناجم عن الخطأ المرفقى أو بسبب القوة القاهرة ، فان الادارة تكون مسؤولة فى الحالة الاولى عن التعويض تأسيسا على مسئولية الادارة التقصيرية ، وفى الحالة الثانية ستكون مسؤولة تأسيسا على نظرية المخاطر ، وضرورة مساواة الأفراد امام الاعباء العامة . ولكن فى هذه الحالة يرفض طلب (الطاعن) (١) لأن النتيجة ستؤدى الى ان يحكم بأسباب غير الأسباب (٢) التى تمسك بها الطالب فى عريضته ، والتى لو حكم بها لتعرض حكمه للطعن بسبب مجاوزته نطاق الخصومة *ultra petita* . وذلك فى حالة اذا تمسك الطالب بسبب معين منهما صراحة فى دعواه ، أما اذا لم يوضح صراحة السبب ، فللقاضى أن يكيف السبب القانونى ويقضى له بالتعويض المناسب .

Le résultat n'est en effet par le même dans les deux cas : si l'on applique la première solution, la requête est rejetée, il y est fait droit dans l'hypothèse inverse.

GAUDEMET, op. cit., P. 58.

Le raisonnement par analogie : ٢ - الاستدلال بالتمثيل (المشابهة)

والاستدلال بالمشابهة يكون ما بين خاص (واقعة) وخاص (واقعة أخرى) (١) وينتج من وجود بعض التماثلات (المشابهات) بين الواقعتين . احدهما معروف نتیجتها والأخرى نتیجتها غير معروفة ، وبالتماثل يمكن نقل نتیجة الواقعة الأولى الى الواقعة الثانية غير المعروف نتیجتها .

وهذا النوع من الاستدلال مفيد في تصور الفروض ، ولكنه ليس أكيد في نتائجها ، لأنه من الممكن أن يؤدي الى الخطأ ، وذلك اذا استرشدنا بأوجه التشابه السطحية ، ولكن اذا تمسك القاضى بأوجه التشابه العميقة والجوهرية بين الوقائع فان الاستدلال بالتمثيل تكون له قيمة واقعية (٢) .

والقاضى في مواجهة البحث عن القاعدة التى تحكم ما يعرض عليه من وقائع ينظر في تماثل السبب القانونى للوقائع الأخرى ، فاذا ما تماثلت أسبابها أعطاها حكمها (٣) .

ومثال ذلك ما اقره مجلس الدولة الفرنسى ، عشية انتهاء الاحتلال النازى لفرنسا ، من تقرير حق الدفاع (٤) ، وعمد الى تطبيق حكمه في حالة ارتكاب الموظف العام خطأ تأديبياً ، حيث اعترف له بحق الاتصال والاطلاع بملفه عند التحقيق معه ،

- (١) وهو عكس الاستنباط الرياضى الذى ينتقل من عام (قانون) الى عام (قانون) أو الاستدلال الاستقرائى الذى ينتقل من خاص (واقعة) الى عام (قانون) حيث ينطوى على تعميم .
لمزيد من التفصيل انظر المنطق الصورى - المرجع السابق - ص ١٧٨ وما بعدها .
(٢) ومثال الاستدلال التمثيلى السطحى أن يقال :
- عين (س) بالإدارة بناء على قرار ادارى منها .
- وهذا قرار ادارى صادر لـ (ص) .
- اذا فانه قرار تعيين (ص) بالإدارة .

النتيجة قد تكون صادقة ، ولكنها في الغالب ليست أكيدة للنظرة السطحية للقضية ، لاحتمال كون القرار الادارى الصادر لـ (ص) لا يتعلق بالتعيين أو أن جهة الادارة التى اصدرته ليست هى ذات جهة الادارة التى اصدرت قرار « س » فالتماثل هنا يكون سطحى وظاهرى .

L'analogie suppose entre la règle existante et la règle induite une (٣)
(raison commune) (utiae adem ratio, idem jus).

GAUDEMET, op. cit., P. 61.

— C.G. 26.10.1945 ARAMU, C'arrêt présenté par conseil d'Etat comme (٤)
les consequences d'un principe générale de droit, celui du respect des droits de la défense

GAUDEMET, op. cit., P. 61.

كما ان المجلس اعتنق أسلوب الاستدلال بالتمثيل في مجال المساواة القانونية ، حيث انه اذا تماثلت مراكز الوقائع فانها تؤدي بالمماثلة الى ذات النتائج .

ويرى بعض الفقه (١) ، ان هذا الأسلوب أكثر اضطرادا في مجال القانون الادارى بل انه بعض من الخصيصة القضائية لهذا الفرع من فروع القانون ، وانه يعتبر بمثابة الخطوة الأولى للقاضي الادارى ، وذلك لانه يؤدي الى المساواة في المعاملة القانونية للوقائع المتماثلة (٢) .

٣ - الاستدلال بالمخالفة *Le raisonnement a ontrario*

والاستدلال بالمخالفة (التضاد) يؤدي الى تغير الرابطة في القضايا الكلية دون ان تمس بالموضوع أو المحمول ، وقد تتغير تبعا لذلك قيمة الحقيقة للقضية الاصلية وهى تتغير اذا كانت القضية الاصلية صادقة وقد لا تتغير اذا كانت القضية الاصلية كاذبة ، وبذلك يقوم التضاد بين قضيتين مختلفتين كيفاً ، وتسمى القضيتان المتقابلتان تقابلا من هذا النوع بالتضادتين *Les contraires*.

وهذا النوع من الاستدلال ياجأ اليه القاضي عادة ، ولكن ليس باضطراد ، كما هو الحال مع الاستدلال بالمشابهة ، ولا تؤدي هذه الطريقة الى خلق قواعد جديدة ولكن ببساطة تؤدي الى اختفاء القاعدة المفسرة من مجال التطبيق بواسطة البرهنة بالمخالفة *mutatis mutandis* (٣) . ومن ثم يكتشف القاضي القاعدة

GAUDEMET, op. cit. P. 62.

(١)

(٢) ونسوق حكم محكمة فرساي الصادر في ١٩٧٠/٤/١٥ والذي قدم كمثالا لاستخدام البرهنة بالمشابهة ، وتتلخص وقائع هذا الحكم في ان أحد الصيادلة تقدم لشغل وظيفة بيولوجي من الفئة الثالثة الا ان وزير الصحة رفض طلبه بحجة ان هذه الوظيفة قاصرة على الاطباء دون الصيادلة . فتقدم الصيدلي بدليل الى المحكمة الادارية يثبت وجود مرسوم يقضى بتعيين الصيادلة في وظيفة بيولوجي في المستشفيات من الفئة الثانية ، ومن ثم عملت المحكمة (المشابهة الاستدلالية) على النص التشريعي الوحيد ، وقررت أحقية الطالب في التعيين في وظيفة بيولوجي في المستشفى على أساس المشابهة للمرسوم السابق .

وقد أشار اليه جودمت في مرجعه السابق ص ٦٢ .

بل ان مفوض الدولة في قضية *Delmotte* الصادر حكمها في ١٩١٥/٨/٦ قد فسّر حكم « اجتماع » الواردة في تشريع ١٨٤٩/٨/٩ تفسيرا موسعا بالمماثلة بينها وبين مكان الاجتماع واعتبر بناء على ذلك امكانية ان تكون الحانة مكانا للاجتماع . أشار اليه جودمت في مرجعه السابق ص ٦٣ .

(٣) ومثال ذلك القول : كل انسان فان - لا واحد من الانسان فان .

وتعتبر هاتين القضيتين متقابلتين *contraires*

وللتقابل بين القضايا خمس صور هي .

الجديدة المؤسسة حول سبب قانونى مخالف للواقعة المثارة من حيث الاساس ويوجد بها بالمخالفة للقاعدة الموجودة .

وقد يشار تساؤل كيف يمكن للقاضى ان يحد من نطاق تطبيق القاعدة الموجودة بتطبيقها على حالات مماثلة - كما هو فى الاستدلال بالمماثلة - وفى حالات اخرى يعمل تطبيق قاعدة مخالفة لذات القاعدة الموجودة .

ومما لا شك فيه ان القاضى هو الذى يدير المنازعة ، وهو الذى يقودها نحو النتيجة الوحيدة والمعقولة . واختياره لآى من الطريقتين مرجعه مدى اتقان معطيات الوقائع لكل منازعة والقانون الشائع ، فاذا كانت تتفق ، التجأ القاضى الى الاستدلال بالمثابفة ، وان كانت تشذ عن القانون الشائع ، فيلجأ الى الاستدلال بالمخالفة (١) . حيث ان الحل القانونى ، يعتبر مبررا لاعتناق هذا الأسلوب للبرهنة بالمخالفة .

Inclusione unius exclusio alterius

١ - التناقض التام ويكون بين قضيتين مختلفتين كما وكيفا .
كما فى القول : كل انسان فان - بعض الانسان ليس فانيا
اذا ليس كل الانسان بفان .

٢ - التضاد : ويكون بين قضيتين كليتين مختلفتين كيفا .
مثال ذلك ما سبق وان ذكرناه - كل انسان فان - لا واحد من الانسان فان .

٣ - الدخول تحت التضاد : ويكون بين قضيتين جزئيتين مختلفتين كيفا .
ومثال ذلك : بعض الانسان خالد - بعض الانسان ليس خالدا .
اذا ليس كل انسان خالد .

٤ - التناقض البسيط : ويكون بين قضيتين شخصيتين مختلفتين كما .
ومثال ذلك - سقراط فيلسوف . سقراط ليس فيلسوف .

٥ - التداخل - ويكون بين قضيتين مختلفتين كما ومتحدتين كيفا .
كل انسان فان - بعض الانسان فان .

للمزيد من التفصيل أنظر النطق الصورى - المرجع السابق ص ١٨٩ وما بعدها .
انظر أيضا جون ديوى فى مؤلفه النطق نظرية البحث - ترجمة الدكتور زكى نجيب محمود - دار المعارف بمصر - عام ١٩٦٠ ص ٣٢٥ .

(١) وقد اعمل مجلس الدولة هذه الطريقة فى حكم Texier الصادر فى ١٩٥١/١١/٢ (والذى كان يدور حول منازعة فى تفسير المادة ٨ من دستور ١٩٤٦/١٠/٢٧) حيث فسر المجلس بمفهوم المخالفة عدم اختصاصه بالنسبة للمنازعات التى تفحص شرعية النصوص حول الرسوم الصادر فى ١٩٥١/٩/٣١ والذى يتعلق بكيفية الانتخابات الخاصة باللجان التشريعية الحزبية .

وقد اشار اليه جودميه فى مرجعه السابق ص ٦٤ .

(٢) جودميه - المرجع السابق - ص ٦٤ .

وبناء عليه فان اختيار أسلوب الاستدلال بالماتلة يفرضه القاضى فى كل حالة تكون القاعدة لا تعرض كاستثناء أو شذوذ ، وإنما تبدو كتطبيق عادى مالوف للقانون الشائع، بمعنى أن تكون متفقة مع الظاهر . بينما يفرض أسلوب الاستدلال بالمخالفة فى الحالات التى تمثل القاعدة الأساسية كشدوذ أو استثناء للقانون الشائع بحيث تبدو على خلاف الظاهر .

٤ - التحليل : L'Analyse

الى جانب الطرق الاستدلالية ، يلجأ القاضى فى عمله اليومى الى أسلوب التحليل الذى يقوم برد الشئ الى عناصره الأولى ، فيحلل المقدمات الكبرى والصغرى سواء من الواقع أو من القانون ليتعرف حكمها .

ويلاحظ أن القضية التحليلية (١) ، هى التى يكون محمولها متضمنا فى موضوعها أو هى التى يشرح محمولها مفهوم موضوعها دون أن يضيف اليه شيئاً جديداً . والمحمول فيها لا يستفاد من التجربة ، بل يستخلص من الموضوع بواسطة تحليل بسيط لتصوره للتصورات المتضمنة فيه .

وتعتبر هذه الطريقة ذات فائدة هامة . كما يقول بذلك الأستاذ لانورنير (٢) ، ويهدف القاضى من تحليله للواقعة ، أما الى تقريب أو تجميع بعض عناصر المسألة الاجمالية التى تفرضها القضية ، أو يميز ويفصل بين معطيات النزاع الخاصة التى يقدرها القاضى كل على حدة ، لا سيما وانها عادة ما تتضمن محمولها .

ومثال ذلك فى مجال الأعمال القابلة للانفصال ، فالقاضى يحلل عمل الإدارة الى عمل عقدى مبنى على العقد الإدارى ، وآخر قانونى صادر بالأرادة المنفردة للإدارة ، أو يفرق بين العمل الدبلوماسى - بعد التحليل - وبين العمل الإدارى القابل للطعن القضائى . أو بين ما يقوم به القاضى من أعمال قضائية وأخرى إدارية .

ويعتمد هذا الأسلوب على حسن التدقيق القانونى للقاضى ، كما تعتمد النتيجة فى النهاية الى حسن تحليل القاضى للوقائع وللقانون وحسن استدلاله لوسيلة أو أخرى من هذه الطرق .

وقد عمل القاضى الجزائى هذه الوسيلة فى تحديد طبيعة عقد الإيجار الممنوح من جانب الإدارة نتيجة تدخل الدولة (الإدارة) فى إدارة الأملاك الشاغرة ، فانتهى الى أن « عقد الإيجار يفترض وجود تبادل إيجاب وقبول واتفاق ارادة الطرفين ،

(١) انظر المنطق الصورى - المرجع السابق - ص ١٦٢ .

(٢) جودميه - الرسالة السابقة - ص ٦٥ .

وحيث أن في الوضعية الراهنة يوجد تسلط ارادة جانب واحد ، تتمثل في سيادة الادارة التي تملئ قانونها على المستأجرين دون أن يكون لهؤلاء مشاركة في تكوين أو تحرير العقد كما وأن موافقة الجمهور لا تدخل في تحرير العقد كعنصر أساسي فيه ويلزم الجمهور بتنفيذ العقد الذي يميله صاحبه - الادارة - دون مشاركة الجمهور ومن تحليل عقد الايجار يظهر طبيعة نوعيته التنظيمية وبذلك تكون الغرفة الادارية للمجلس الاعلى هي المختصة بالنظر في النزاع . . (١) وأعتبرته بمثابة قرار اداري صادر بمقتضى ارادة الادارة المنفردة وتصدت للفصل في الطعن فيه بالالفاء .

(١) انظر قرار الغرفة الادارية للمجلس الاعلى رقم ٨٠ الصادر بتاريخ ١١٧٧/٧/١ في القضية

رقم ١٥٣٠٦ .

وازاء تطور دور الادارة الجزائرية التي لم تعد تقتصر على ميادين الادارة ، فقد تدخلت في ميدان الاملاك العقارية والميدان الاقتصادي . وكان لابد ازاء توسع دور الادارة أن يتسع دور القاضي أيضا ، ولما كانت الادارة لا تقف عند حدودها الادارية البحتة التقليدية ، فكان يتعين أن لا يقف دور القاضي عند حدوده التقليدية القديمة ، ومن ثم يعتبر الباحث هذا الحكم - وامثاله - بادرة صادقة لاحكام رقابة القاضي على الاعمال الادارية ، وتأكيدا لسلطته في التفسير وخلق القواعد القانونية التي تقتضيها طبيعة المنازعة .

فوفقا لدور القاضي التقليدي ، كان يتعين عليه أن يقضى بعدم قبول الدعوى ، لانعدام محل دعوى الافناء الا وهو القرار الاداري ، حيث تتمتع الواقعة بعقد ايجار وليس قرارا اداريا . حيث تقتصر دعوى الافناء على الفاء طائفة معينة من اعمال الادارة الصادرة بارادتها المنفردة ، والتي تقتصر على ما يطلق عليه بالقرار الاداري .

ولكن ازاء توسع الادارة وتطور دورها فكان على القاضي أن يحلل العمل المطعون فيه كي يكشف عن طبيعته اما المقدية فيحكم بعدم قبول الدعوى ، او طبيعته التنظيمية فيتصدى للفصل فيها ، وقد ساعد القاضي في عمله عدم تحديد الشرع للقرار الاداري ومن ثم بدأ القاضي يبين ان سلطته في الافناء تقتصر على طائفة الاعمال التي تصدرها الادارة ، بارادتها المنفردة ، وتؤثر بها في هيكل المراكز القانونية . وعند تحليل القاضي الجزائري للحالة المعروضة وفي ظل الوضع القائم المتمثل في تدخل الادارة في ادارة الكشون العقارية - انتهى في تحليله الى اكتشاف الطبيعة التنظيمية لهذا العمل الاداري على أساس ان هذا العمل صادر من الادارة ، وبارادتها المنفردة ، صحيح قد تلعب ارادة الطرف الاخر دورا ، الا أنه من الضالة بحيث يمكن اعتبارها في حكم الارادة النعمدة ازاء تسلط دور الادارة وان العمل يستهدف في النهاية احداث اثر قانوني .

٥ - البرهنة الغائية Les raisonnements finalistes

يعرض المفكر عادة فكرة معينة ، او فرض او هدف معين ، ثم يحدد الاجراءات اللازمة لادراكه .

وتتبع الاجراءات الاستدلالية التي يستخدمها القاضى من الفرض الذى يفرضه بداءة ويسمى الى الوصول اليه .

وللبرهنة الغائية دور كبير ، حيث تضمن انسجام الحلول القضائية مع الحياة ، فهي لا تحتل مكانه اسباب الاستدلال الأخرى ، ولكنها تسيطر عليها ، حيث ان القاضى هو المحرك لها ويدرك النطاق الذى تتسلط فيه او النطاق الذى تحترمه . ولا تعرض منفصلة وانما تكون ضمن مجموعة الاساليب الاستدلالية الأخرى . والتي يتم التدقيق بينها ، كما يساعد ذلك ويقود القاضى الى التأمل الصحيح لمعطيات الواقع والقانون . ويلبذ اليها بتحبيذ مقدمة من الواقع او القانون على أخرى ، ويكون له الاختيار فى إلتناج بين الماملة والمخالفة ، ولا يستهدف القاضى فى سيره هذا سوى ادراك الفرض الذى يبنى الوصول اليه .

وتد لجا مجلس الدولة الى البرهنة الغائية فى حكم Labonne الصادر فى ١٩١٩/٨/٩ والذي خول رئيس الدولة سلطة الضبط الادارى . فى الوقت الذى قصرت فيه النصوص هذه السلطة على كل من الهيئات المحلية الممثلة فى كل من المحافظ والعمدة ، وقرر المجلس وفقا لوسائل البرهنة الغائية انه ينبى ان يخول للرئيس هذه السلطة نظرا لطبيعة وظيفته التنفيذية (١) .

وإذا كانت وسائل البرهنة المنطقية تبين مدى صرامة القاضى فان وسائل البرهنة الغائية تبين مدى فطنته وذكائه .

ويؤيد الباحث موقف البرهنة الادارية الذى انتهت اليه - فى ظل الوضع القائم - والذي ادى الى ان يبسط القاضى رقابته - دون دعوة من المشرع وانما مارس دوره العادى فى الخلق والابداع - فى الالغاء ليس فقط على القرارات الادارية وانما الى بعض الاعمال التعاقدية التقليدية .

(١) اشار اليه جودمييه - مرجعه السابق ص ٦٨ .

ويمكن الاشارة أيضا فى هذا الصدد الى حكم لوتسيا الشهير الصادر فى ١٩٥٩/١٢/١٨ ، والذي اعلم المجلس فيه وسائل البرهنة الغائية وانتهى الى اعتبار المحافظة على الاداب من اهداف الضبط الادارى ، وتبرر تدخل سلطة الضبط الادارى المحلية (عمدة مقاطعة نيس) .

المشور فى مجموعة الاحكام الشهيرة لمجلس الدولة الفرنسى ص ٢٩١ - طبعة ١٩٧٥ .

الفصل الثالث وسائل بناء الحكم

تعتبر مرحلة بناء الحكم ، هي المرحلة الأخيرة لعمل القاضى ، ولا تبدأ هذه المرحلة الا بعد تكوين اقتناعه الشخصى بمعطيات القضية من الواقع والقانون .

والاقتناع الشخصى للقاضى كما يقول الأستاذ لاتورنير (١) « هو نوع من نفاذ البصيرة لمعطيات المنازعة الواقعية والقانونية ويكون على درجة عالية من الوضوح بحيث يبدو متقاربا من المعانى الأخلاقية والجمالية والفنية » .
ويتكون هذا الاقتناع الشخصى باستخدام القاضى لوسيلة او أكثر من الوسائل السابق الإشارة إليها .

ويعتبر القرار القضائى ثمرة لمجموعة من الجهود المشتركة التى يقوم بها كل من مفوض الدولة والمقرر والقسم الفرعى للتحقيق والقاضى (٢) .

Une sorte de discernement, d'une evidence de nature spéciale qui, (١)
quoi que sur un plan nettement different, parait bien présdenter quelque parenté
avec le sens moral et aussi avec le sens esthetique».

GAUDEMET, op. cit., P. 71.

(٢) ويرجع فى النظام الفرنسى الى جودمييه فى مرجعه السابق ص ٧٢ لتحديد دور كل من المفوض والمقرر والقسم الفرعى للتحقيق والقاضى .

وفى النظام الجزائرى يعتبر الحكم القضائى ثمرة جهود قانونية مشتركة لكل من المقرر والنيابة العامة والقاضى . ويتمثل دور المقرر الجزائرى - بعد تعيينه فى القضية بمعرفة رئيس الغرفة الادارية - بابلاغ عريضة الدعوى لاطراف الخصومة ، وتحقيقتها واعداد تقرير مكتوب فيها (دون أن يبدى رايه فيه ودون أن يضع صيغة مشروع الحكم فى القضية ، كما هو الحال بالنسبة لدور المقرر الفرنسى ، الذى يدخل فى دوره اعداد مشروع الحكم ، بحيث يتضمن مجموع الاعتبارات والسلبيات التى يمكن أن تواجه هذا الحكم) ويودع المقرر الجزائرى تقريره ويحيل الملف للنيابة العامة (ويقتصر دورها على الرقابة) والتى يتعين عليها ابداع تقريرها فى خلال شهر ، وسواء قدمت النيابة طلباتها فى اليماد المحدد والمشار اليه -علاه أم لا، فانه يتعين على المقرر ان يحدد بالاتفاق مع الرئيس تاريخ الجلسة .

ويقوم القاضى الجزائرى باعداد قراره القضائى دون تدخل - فى اعداده من جانب المقرر - وان كان كثيرا ما يتأثر القاضى بالتقرير الذى اعدده المقرر .

انظر المادة ١٧٠ المعدلة بالمادة ٢١ من الامر رقم ٦٩ - ٧٧ المعدل لقانون الاجراءات المدنية الجزائرى .
ومعكس الحال بالنسبة للقاضى الفرنسى الذى يراجع مشروع الحكم المد بواسطة المقرر وقد يوقع

والحكم الذى يصدره القاضى بالاضافة الى انه يضع حدا للخصومة (١) بما يتمتع به من حجية الشيء المقضى فيه، فانه يعمل على تفسير العمل الادارى المطعون فيه(٢)، كما يعتبر عنوانا للحجة القانونية بما يتضمنه من تعيين وتحديد للعدالة

عليه بامتباره حكما قضائيا ، او يدخل عليه ما يراه من تعديل حسب اقتنامه ، وعليه فان المقرر الفرنسى على خلاف المقرر الجزائرى ، لا يكتفى بعرض الوقائع وتحليلها وانما يشارك أيضا في عملية بناء القرار القضائى بمقتضى مشروع القرار الذى يتقدم به .

والنظام المصرى ، لا يعنى نظام قاضى التحضير والذى كانت تنص عليه المادة ١١١ من قانون المرافعات المصرى القديم ، وبأخذ المشرع المصرى بنظام مفوض الدولة (الحكومة) ويتشابه دور مفوض الدولة المصرى مع دور المقرر الجزائرى من حيث اعداد وتحضير الدعوى وتبنيها للعصل فيها ، الا ان المفوض المصرى يملك بالاضافة الى ما تقدم - ابداء الراى القانونى فى القضية (وفى نظرنا ان المفوض المصرى يكون قد جمع بين دور كل من المفوض الفرنسى والمقرر الفرنسى فى اعداد وتبنيها والراى القانونى فى الدعوى) . وبعد ان يتم استيفاء المفوض المصرى متطلبات القضية يقوم باصدار قرار بحجر الدعوى للتقرير كى يودع قراره .

ويقول الدكتور عبد العزيز خليل بدوي « ان هذا التقرير عبارة عن ملخص واف لوقائع النزاع ، يسرد فيه المفوض هذه الوقائع والطلبات الختامية للدعى ، وملخصا لاسانيدته القانونية ، ثم رد المدعى عليها ، وعلى اسانيدته القانونية ، ثم بوضوح فى المرحلة الثانية منه ، الراى القانونى الذى يراه فى الدعوى واسبابه ، وقد يقف هذا الراى عند مسألة الاختصاص فقط ، اذا انتهى الى ان المجلس بهيئة قضاء ادارى غير مختص بنظر الدعوى ولائيا ، او انه مختص ولكن الاختصاص يعقد لمحكمة اخرى . وقد يقف عند بحث الجانب الشكلى من الدعوى اذا انتهى الى انها غير مقبولة شكلا ، لعدم توافر شروط القبول فيها ، بان تكون الدعوى بطلب الالفاء ، ويكون المدعى قد اقام دعواه بعد المدة القانونية المقررة لرفع الدعوى او يكون قد اقامها بلا تظلم حال كونه واجبا ، ولكن اذا انتهى الى ان المحكمة هى المختصة بها ، وان شروط الشكل متوافرة فيها ، وجب عليه ان يتعرض للموضوع ، وذلك بابداء الراى فيه ، اما يطلب الرفض ، او قبول الدعوى ، او الالفاء المجرى . مع تاسيس هذا الراى على الاسس القانونية والواقعية التى براها سببا لهذا الراى الذى اقتنع به ويلاحظ ان المفوض بامتهاره مفوضا من قبل العدالة الادارية لا يتقيد فى ابداء رايه باسباب الخصومة ، وان تقيد بطلبات الخصوم ، كما ان عليه ان ينير من تلقاء نفسه جميع الدفوع التى تتعلق بالمنازعة ، سواء كانت دفوعا فى الاختصاص ، او الشكل او كانت دفوعا فى الموضوع ، كما انه له ان ينتهى فى رايه الى الالفاء المجرى ، اذا اتضح له ان القرار المطعون فيه بالالفاء قرار معيب ، ولكن ليس للطعن مصلحة شخصية فى هذا الالفاء .

انظر الوجيز فى المبادئ العامة للدعوى الادارية واجراءاتها د. عبد العزيز خليل بدوي - ص ١٤٥ وما بعدها .

(١) انظر دبانس - المرجع السابق - ص ٥٤٥ .

(٢) انظر جودميه - المرجع السابق - ص ٧٤ .

والقانون ، وذلك بمقتضى ما يفرضه القانون الوضعى ، من تأثير على اقتناع القاضى فى تكوين حكمه .

وينتقد العديد من الفقه (١) الإيجاز الذى تتسم به أحكام القاضى الإدارى ويرى جيز « أن أحكام مجلس الدولة تساق فى عبارات مختصرة ومقتضبة » كما ينتقد لاتورنير الإيجاز المركز جدا لقرارات مجلس الدولة ، كما يتحدث هوريو عن امبراطورية الإيجاز لأحكام مجلس الدولة ، حتى أن البعض اعتقد بوجود اتجاه عام نحو الإيجاز فى مجال انقضاء الإدارى (٢) .

والواقع أن مشكلة الاسهاب والإيجاز هذه مشكلة قد تبدو لنا مفتعلة ، حيث أن الاسهاب أو الإيجاز - فى رأينا - ينبع من ذات القضية وما يحيط بها من غموض أو ايضاح ، ومن حيث اتفاق الوقائع أو تناقضها . والمشاهد لمجموعة الأحكام الشهيرة لمجلس الدولة الفرنسى ، يجد أن غالبية أحكامها تستغرق عددا ليس قليلا من الصفحات بين عرض وتسبب وتقرير . وان كنا نرى أن أحكام محاكمنا الإدارية فى مصر أكثر اسهابا من نظيرتها الفرنسية وأن الأحكام الجزائرية أكثر اختصارا من نظيرتها .

(١) أنظر جوديه - المرجع السابق - ص ٧٦ .

(٢) وقد شغلت مسألة الاسهاب فى تسبب الأحكام والإيجاز فيها اهتمام الرأى العام فى مصر ، حتى أن البعض ذهب إزاء تكس القضاء وما يفرضه التسبب من عبء على عمل القاضى وما يبدله فيها من جهد يفوق طاقة البشر ، الى إلغاء التسبب كلية (رغم ما فى هذا الرأى من اهدار مصدر هام من مصادر القانون وهو القضاء ، بالإضافة الى أنه لا يساعد أطراف الخصومة فى مراقبة عمل القاضى والظن فى قراراته) ، واتجه الرأى الأخر الى الإيجاز فى التسبب .

وقد انتهى د. عبد الفتاح خضر فى مقاله « عن مبدأ تخصص القاضى » والتي عرضها فى صفحة « الرأى لاشمب » بجريدة الاخبار اليومية المصرية ، الى أن السبب فى هذه المشكلة هو عدم تخصص القاضى ، ذلك أن عدم تخصصه فى نوع معين من القضايا لا يعطى له الفرصة للتمرس او لمرفة دقائق الامور التى تتصل بها فليست القضايا متماثلة فى وقائها ، كما أنه ليس فى وسع القاضى أن يقف على مجموع الحقائق التى تتعلق بها فى وقت يسير أو بجهد محدود ، لانه غريب عليها ، نظرا لكثرة تنقله بين الدوائر المتباينة التى يتكون منها الجهاز القضائى .

واقترح ان الحل العلمى يتمثل فى الاخذ بمبدأ التخصص نظرا لانه يحقق الزايا الامة :

١ - تمكين القاضى من الالمام بالنصوص المتعددة التى تهم الفرع الذى سيتخصص فيه .

٢ - تمكينه من متابعة الدراسات الفقهية التطورة فى مجال تخصصه .

٣ - تمكينه بعد فترة من تخصصه من صياغة أسباب حكمه فى ايجاز ويسر .

انظر جريدة الاخبار اليومية الصادرة بتاريخ ١٩٧٨/٧/١١ الصفحة الخامسة .

ويلجأ القاضي في تأسيس حكمه ، الى بناء نحوى وآخر منطقي . وستتناول كيفية بناء الحكم القضائي في مبحث اول ، ومحتوى الحكم القضائي في المبحث الثاني من هذا الفصل .

المبحث الاول

كيفية بناء الحكم

بعد اقتناع القاضي بالرأى الذى توصل اليه ، باى من طرق الادارك والتصور او الطرق الفنية القانونية ، او الوسائل الاستدلالية المختلفة ، يبدأ في مرحلة بناء الحكم نمونيا ومنطقيا .

المطلب الاول

البناء اللغوى للحكم

اللغة وسيلة التعبير عن الفكر ، واذا كان القاضى يبذل المزيد من الفكر في البحث عن حل للمنزعة ، فانه يكون مضطرا للبحث عن وسيلة للتعبير عنه ، لاسيما وان الفكر نفسه مستحيل بدون اللغة ، التى تقوم بالتعبير عن نتاج ذلك الفكر ، ولا يمكن تطبيق مبادئ التفكير الصحيح لقد ذلك النتاج وتقديمه الا باستخدام اللغة ، وبذلك تصبح اللغة وسيلة كلية للفكر لا يمكن ان تنكر ، ويستطيع العقل بفضلها ، وبفضل الفاظها ان ينتقل من التفكير المحسوس الى التفكير المجرد ، كما انها تنقل اقتناع القاضى من مجرد فكره الداخلى الى الفكر المحسوس .

وعادة ما تصاغ الاحكام بطريقة العبارة الواحدة ، كما قد تشتق من العبارة الواحدة مجموعة مشتقات تستخدم هى الاخرى كنماذج لصياغة الحكم .

La méthode de la phrase unique

اولا - طريقة العبارة الواحدة

عادة ما يصاغ بناء القرار القضائي بأسلوب العبارة الواحدة ، وينسب الحكم من الناحية اللفظية من جملة واحدة ، الا انها تكون مجزأة بين الفاعل وبين واحد او أكثر من الأفعال (لهذه الأسباب تقرر ..) . (١) وهى التى تنقل النص والوقائع والتسبيب ، او تكون بعبارة موصلة مثل « ويعتبر أن .. » او « حيث أن .. » او بواسطة أداة وصل « الذى .. » ثم ذكر الجملة الرئيسية للحكم مع ذكر اسم الفاعل .

(١) وهذا الأسلوب هو الأكثر شيوعا في الاحكام الجزائرية حيث تنتهى دائما احكام الفرقة الادارية

للمجلس الاملى بالعبارة الاتية « لهذه الاسباب قرر المجلس الاملى. »

ونظام الجملة الواحدة يؤدي الى صلابة ومتانة البناء الحكمي ، حيث يبين مدى تماسك الاسباب والنصرص ، وتعتبر الجملة الواحدة بمثابة الخلاصه المنطقية للاوليات والمعدمات السببيه ، كما ان هذا النظام يساعد القاضي على تحرير احكامه وفقا لمنهجية القوية منغلطة . كما في قوله « فلهذه الاسباب . . »

وينبغي ان تتسم هذه الجملة بسهولة الفهم ، لأنها موجه بالدرجة الأولى الى المتقاضين لى بدونى استطاعتهم فهمها . واعمال مقتضاها وقد نزل القاضي الإدارى الفرسى اميما على طريقة الجملة الواحدة (١) ، حيث ان هذه الطريقة بالاصاحه الى سهوله فهمها ، فان تركيبها يؤدي الى اقتناع القاضي ، والاقتناع ينبع من موافقته على الحل المتترض واصراره عليه .

٢ - مشتقات اعبارة الواحدة :

ولا يعنى استخدام العبارة الواحدة ان يكون الحكم بمثابة كتلة من الكلمات المتراصه . *Un bloc incommuable* (٢)

وينبغى للقاضي ان يحسن عرض الوقائع المتعددة ، وان يفصل في كل منها على حدة ويبيع وسائل متعدده في ذلك ، فيستطيع ان يستطرذ في الوقائع الواحدة تلو الأخرى . مبينا كل منها بقوله (معتبراً ان . .) او يوصل الواقعة الجديدة بالواقعة السابيه (ولكن يعتبر ان . .) او (يعتبر في كل الأحوال ان . .) او يستخدم اداة الوصل (الذى او التى . .) وقد يلجأ الى ذكر الوقائع جميعها وراء بعضها البعض دون ان ينتقل الى سطر جديد ، ويظهر من هذا المسلك رغبته في بيان مدى التقدم والتطور للاعتبارات ذات الطبيعة المختلفة والتي يرى تعارضها ، كما يدل استخدام اداة الرصل (الذى او التى . .) على ترديد الحجة المستفاداة لان العبارة التالية تحمل الموضوع المنطقى للعبارة السابقة (٣) . وقد يلجأ الى مسلك وسط بين الاساوب المتقطع في فقرات عند عرضه للوقائع والاسباب وما يتضممنه من ثغرات تبين مدى العيب الظاهر في الحكم (٤) ، وبين اسلوب الكتل الكلامية المندمجة

La méthode de la phrase unique gouverne la rédaction des décisions du (1)
juge administratif français et bien comprise, elle présente des avantages qu'on
ne saurait ignorer.»

GAUDEMET, op. cit., P. 87.

GAUDEMET, op. cit. P. 87. (2)

GAUDEMET, op. cit., P. 88. (3)

(٤) جودمييه - المرجع السابق - ص ٨٨ .

والتدخل بواسطة صنع الربط المختلفة (ويعتبر أن ..) أو (الذى ..) والذي لا يسمح بأفراد مزاعم وادعاءات الأطراف وراى القاضى . وفى حالة تعدد الطلبات ، فان القاضى باجبا الى تقسيم قراره ماديا وفقا لعدد الطلبات (١) . بقواه مثلا بالنسبة لطلب التدخل .. وبالنسبة لطلب العارض - ان وجد - .. وبالنسبة لطلبات المدعى الاصلية . فالقاضى يبدأ بطلبات التدخل ثم ينتقل الى الطلبات العارضة ثم ينتقل الى طلبات المدعى فى دعواه الاصلية من طلب الى آخر .

وتؤدى هذه الطريقة الى انسياب اقتناعه فى قالب ذا تعبير منطقي (٢) .

المطلب الثانى

البناء المنطقي للحكم القضائى

ويلجأ القاضى فى بناء حكمه منطقيًا الى احد اسلوبين ، اما الى أسلوب البناء القياسى للحكم ، أو أسلوب البناء الروائى للحكم .

اولا - البناء القياسى للقرار :-

ومتقضاه ان يفرغ القاضى اقتناعه عند تحرير حكمه فى قالب قياسى فى صورة مقدمات ونتائج ، بان تكون هناك مقدمة كبرى ، والتي تتمثل فى القاعدة القانونية الواجبة التطبيق المستمدة من أى من مصادر القانون المختلفة ، واخرى صغرى تستمد من معطيات وقائع النزاع ومحصلة أعمالهما ووصلهما تكون نتيجة القياس المتمثلة فى الراى الذى اعتنقه لحل المنازعة ، وهى ما يطلق عليها المحصلة الاستدلالية ومحلها فى القرار (منطوق الحكم) (٣) .

(١) ويقول فى هذا الوضع الاستاذ الدكتور مصطفى كمال وصفى - مرجعه السابق ص ٥٤ « بعصل القاضى اولا فى الدفوع الشكلية على تربيها ثم فى طلبات المدعى الواحد بعد الآخر ... » .

(٢) وعادة ما يعرض القاضى الجزائى للطلبات والدفوع الشكلية ثم ينتقل منها الى موضوع المنازعة مبتدئا كل فقرة بمباراة « وحيث ان ... » ذاكرا حكم الواقع أو حكم القانون ، ومنها الفقرة بكلمة « وعليه ... » ثم يليها برايه الذى كونه من تحليله للوقائع والقانون ... ثم يحتم تسيبه بمباراة « ويخلص مما تقدم ... » و « لهذه الاسباب قرر المجلس الاطلى ما يلى ... » .

(٣) ومثال على البناء القياسى للقرار القضائى - حكم الفرقة الادارية - بالمجلس الاطلى رقم ٥١ الصادر فى ١٩٧٧/٤/٢٣ فى القضية رقم ١٣٧٨٢ الذى جاء به « حيث يستنتج من الاحكام المشتركة -

والبناء القياسي (١) على هذه الصورة يختلف عن الاستدلال القياسي ، (البرهنة القياسية) لأن الأخيرة يلجا اليها القاضى فى البحث عن حل للمنازعة وهذه الوسيلة ضمن وسائل عديدة يمكن ان ترشد القاضى عن الحل الواجب الاتباع ، عكس البناء القيسى فلا يكزن الا بعد الاقتناع بالحل ، ويسمح الالتجاء الى هذه الوسيلة فى بناء الحكم بانسياب هذا الحل بمعقولية واقتناع ، وذلك بواسطة التكامل والتجرد الذى تسببه هذه الطريقة على القرار ، والتي تساعد حتما فى فهم المتقاضين للحكم حيث تساعدهم على فهم تقدم وتطور البرهان المنطقى . كما انها تساعد على اظهار الوظيفة التفسيرية للحكم . وكما يقول Hebrand « ان المنطق القضائى ليس للاجبار الفكرى وانما هو منطق اقناعى » (٢) .

ولا يمكن الالتجاء الى هذه الوسيلة فى المنازعات التى تظهر القصور التشريعى واللائحى ، على العكس من ذلك ، نجدها اكثر اعمالا فى مجال الوظيفة العامة حيث تتعدد عادة النصوص ، والمنازعات المالية وفى نطاق المسؤولية ، والحقوق المكتسبة ، والاشغال العامة . ويعتبر الحد الطبيعى لنطاق هذه الوسيلة الحالات التى يكون فيها نقص او قصور تشريعى او لائحى .

للمادتين ٢٤١ ، ٢٨١ من قانون الاجراءات المدنية ، ان عريضة الدعوى يجب ان تحوى على عرض موجز للوقائع واوجه الدفاع المستظهر بها ، وحيث ان العريضة المشار اليها والمقدمة من المدعى لا تتضمن أى وجه يتمسك به يكون اساسا للعريضة ... لهذه الاسباب قرر المجلس الاعلى عدم قبول عريضة الدعوى » .

وفى هذا الحكم بدا القاضى بمقدمة كبرى مستمدة من نص المادتين ٢٤١ ، ٢٨١ والتي تتطلبان تضمين عريضة الدعوى موجز للوقائع واوجه الدفاع .

وفى الشق الثانى قدم مقدمة صفرى مستمدة من واقع عريضة الدعوى والتي تمثلت فى عدم احتواء العريضة على موجز للوقائع واوجه الدفاع . وباعمال المقدمتين تكون النتيجة والمتمثلة فى منطوق الحكم والقاضى بعدم قبول عريضة الدعوى .

(١) جودميه - المرجع السابق - ص ٩٠

(٢) جودميه - المرجع السابق - ص ٩٠

وفى هذا يقول د. مصطفى كمال وصفى « ويجب ان يصدر منطوق الحكم متسقا مع اسبابه بحيث يكون النتيجة الحتمية للبناء المنطقى الذى قام عليه الحكم .

المرجع السابق - ص ٥٣ .

وي حالة القصور أو الفموض التشريعي أو اللائحي يلجأ القاضي الى ما يسمى بالقياس الاصماري ، وهو قياس يقوم على مقدمه واحده ، وسنكون المقدمة الاخرى ويطلق عليه *Entnyemème* (١) ويشار عادة في حالة انعدام القاعده القانونية المسنده من ان نص . فمن المسلم به ان القاضي لا يقف مكتوف ايدين ، ولا يمكنه ان يحد بعدم وجود قاعدة تحكم المنازعة ، ومن ثم فانه مدعو للبحث عن القواعد التي تحكم المنازعة ، والاستنباط من مجموعة المبادئ العامة . ويكون القاضي بسدد انزال قاعده قضائية على المنازعة المطروحة ، او انشاء هذه القاعده بداءة فلا يذكر سوى مقدمة مستمدة من معطيات الوقائع ، ويلتزم الصمت بالنسبة للمقدمة الاخرى التي سيطبقها القاضي من قاعده قضائية سابقة ، او التي انشأها من استنباطه كي تحكم الخصومة (٢) . وهذه الصورة يضطرر استخدامها بواسطة القاضي الاداري ، عكس القاضي العادي ، وذلك لطبيعة دوره الخلقى والابداعي للقواعد القانونية .

ثانيا - البناء الروائي للحكم :

قد يكون البناء القياسي متعذر على القاضي بسبب صعوبة الشرح والاقتناع ، فيلجأ الى وسيلة اخرى في بناء القرار تساعده على تحرير حكمه في سرعة وتحرر من تعقيدات المنطق ، وهي ما يطلق عليها بالبناء الروائي للحكم

La construction narrative de la décision

وذلك بأن يسرد الوقائع في قول منطوق ، متحد العناصر بعلاقة فاعلية ، ويتبعها بالاستنتاجات المتعاقبة ، التي يستدل عليها من طلبات الخصوم (٣) ثم يذكر الحل المتعق .

(١)

Aristotele avait déjà révélé à la fois le danger et l'habile utilité de cette tournure logique, elle permet de faire implicitement admettre un règle générale, cependant non révélée, à celui que en admet les conséquences.

GAUDEMET, op. cit., P. 92.

(٢) ومثال ذلك حكم *Dauton* الصادر في ١٩٧٠/٢/٢٧ والذي قرر بواسطة المجلس ان الخطأ كان في جانب المدعي حيث قدم طلبين منفصلين متميزين ضد الوفد الضمني لطلبه ، وبني القاضي محصلات حكمه على الطلب الاول الذي كان مقبولا . والمقدمة الكبرى التي استند اليها هذا الحكم هي القسامة القضائية التي مؤداها انه في حالة الطلب الواحد الوجه ضد مجموعة اميال منفصلة فان التحفظ الاول هو الذي يأخذ في الاعتبار .

وقد اشار اليه جردمييه - مرجعه السابق - هامش ص ٩٢ .

(٣) ومن امثلة الحكم الروائي حكم *Pech* الصادر في ١٩٦٩/٧/٩ والذي اتخذ المجلس هذا الاسلوب

الروائي بأن سرد ظروف القضية والتي تتعلق بخطف طفل اثناء ولادته مما تسبب في موته ، ثم اثار عددا من عناصر الوقائع الجارية من أجل التعرف على النظام المتبع في المؤسسة ، وذلك بغية تقدير التعويض . وقد اشار اليه *GAUDEMET* في رسالته السابقة ص ٩٤ .

هذا البناء ينقل بأمانة السير الفكرى - العادى - للقاضى ومن ثم تكتسب هذه الوسيلة صبغة تحريرية ، كما أنها تتسم ببساطة التحرير . الا أنه يعيها اشراف القاضى فى ذكر الوقائع والتسبيبات (١) .

ولا يعنى ذلك أن القاضى يكون أسير وسيلة أو أخرى من هذه الوسائل ، وإنما اختياره لأى منهما يكون بحز ارادته وتقديره لمدى ملاءمة هذه الوسيلة أو تلك ، ويرجع فى ذلك من ناحية الى ظروف المنازعة وما قد تنطوى عليه من غموض وتعقيد أو ايضاح وبساطة ، ومن ناحية أخرى لما توفره هذه الوسيلة أو تلك من اقتناع المتقاضين للقرار المتخذ .

المبحث الثانى

محتوى الحكم (٢)

يتضمن الحكم القضائى ثلاثة عناصر رئيسية تتمثل فى الوقائع والتسبيب والمنطوق . الوقائع هى جزء من الحكم المشتمل على أسماء الخصوم والقابهم وصفاتهم وموطنهم وحضورهم وغيابهم وأسماء وكلائهم ، وما قدموه من طلبات أو دفعوع وخلاصة ما استندوا اليه من الأدلة الواقعية والحجج القانونية . وأسباب الحكم هى الأدلة الواقعية (٢) ، والحجج القانونية التى اقام على أساسها منطوق حكمه ، ويطلق عليها الحيثيات . ويشترط . أن تكون أسباب الحكم (٤) واضحة وضوحا كافيا

(١) ومثال ذلك حكم *Jacquier* الصادر فى ١٢/٧/١٩٦٩ والذى استطرده فى ذكر التسبيبات ، يذكر ثلاثة من التسبيبات المختلفة ، وكان أحد هذه التسبيبات كافيا لتبرير قراره المتخذ ، وكانا أراد أن يقتنع المتقاضين بحسن النية التى لازم هذا الحل . وقد أشار اليه جودمييه فى رسالته السابقة من ٩٤ .

(٢) يرجع فى هذا الموضوع الى ما ذكرنا تفصيلا عن مشتعلات الحكم - فى رسالتنا - من ٢٦٥ وما بعدها . والتى جاء فيها أن الحكم يتضمن خمسة أنواع من البيانات ، وهى البيانات المتعلقة بالجهة القضائية ، والبيانات المتعلقة بأطراف الخصومة وطلباتهم ، وتسبب الحكم ، والمنطوق ، والبيانات العامة .

- انظر ايضا اولست حموى - المرجع السابق - من ٢٢٦ وما بعدها .

(٣) انظر مقالة « الحكم الإدارى والحكم المدنى » للاستاذ صلاح عبد الحميد السيد - المنشورة بمجلة مجلس الدولة - السنة ٨ - ١٠ من ٢١٦ وما بعدها .

(٤) ولتسبب الحكم عدة مزايا منها .

(١) انه يحمل هيئة الحكمة بأن تتوخى العدالة فى قضائها ، حتى لا يصدر الحكم تحت تأثير عاطفة عارضة أو على أساس فكرة مبهمه لم تستبين معالمها ، وإنما يصدر الحكم بناء على تدقيق =

بحيث تحمل الدليل على أن المحكمة بحثت النزاع المطروح امامها بحثا دقيقا من ناحية الواقع والفتون . لذلك فان خلو الحكم من اسبابه او قصورها او تناقضها وتهاونها يبطله . ويمكن للقاضي ايضا تسبب الحكم بالاجابة الى اسباب حكم آخر صدر في دعوى سابقة بشرط ان يكون هذا الحكم سبق صدوره بين نفس الخصوم وان يكون قد اودع ملف الدعوى . واصبح ورقة من اوراقها ، وعصرا من عناصر الاثبات فيها ، كالحكم الصادر بالفاء قرار ادارى معيب ، فانه يمكن الاشارة اليه والاستناد اليه في طلب التعويض ، لان هذا الحكم يعد اساسا من استس الحكم بالتعويض ، وواقعة قانونية تقوى من حكم التعويض .

والعصر الثالث للحكم القضائي هو المنطوق ، والمنطوق هو النص الذي حكمت به المحكمة في طلبات الخصوم المعروضة عليها .

ويعتبر المنطوق (١) اهم اجزاء الحكم قاطبة حيث يحدد بناء عليه حقوق الخصوم المحكوم بها . ويبقى التساؤل قائما كيف يحدد القاضي في القضية محمول قراره الذي يصدره ؟

واهتمام القاضي لا يقتصر على الحل فقط ، وانما يمتد الى تسببه ، لا سيما وان القاضي يربط حلوله بمسبباتها ، كما انه يستخدم بعض العبارات الشائعة الاستعمال لاستخلاص الحل بناء على هذه المسببات .

= ولمحيص وتقدير لطلبات ودفع وحجج المتنازعين .

(ب) اقناع الخصوم بمدالة الاحكام حتى تنزل في نفوس الخصوم منزلة التقدير والاحترام .

(ج) التسبب ضمانا من ضمانات مبدأ المشروعية ، حيث انه يكون بمثابة ضرب من ضروب الرقابة

التي قررها القانون على اممال القضاء .

— انظر المقالة السابقة « الحكم الادارى الحكم المدني » .

— انظر ايضا دبانى — مرجعه السابق — ص ٥٢٧ وما بعدها .

(١) ويجب ان لا يكون المنطوق متناقضا في ذاته ، بان يكون احد شقيه متعارضا مع الشق الاخر ، ولا ان يغفل الفصل في دفع او طلب من الدواع او الطلبات التي قدمت للمحكمة . فاذا تناقض منطوق الحكم مع اسبابه ، فان العبرة تكون بالمنطوق لا بالاسباب ، كما الاسباب الجوهرية التي تعتبر جزءا متصلا بالمنطوق فان تناقضها مع المنطوق يعتبر تناقضا في ذات المنطوق ، وليس تناقضا بين المنطوق والاسباب ، وقد ذهبت المحكمة الادارية العليا — في مصر — الى بطلان الحكم متى كان منطوقه لا يتفق في نتيجته مع الاسباب التي قام عليها . ولذا تناقض اجزاء المنطوق في داخلها . فان ذلك يكون من اسباب التماس اعادة النظر في الحكم الصادر .

انظر د. مصطفى كمال وصنى — المرجع السابق — ص ٥٢ .

المطلب الأول

كيفية تسبيب الحكم

ويستمد القاضي تسبيب احكامه اما بالنظر الى مكانه واهمية الوقائع او من تكييفه لتلك الوقائع ، او بالاستعارة من حكم سابق ذا محمول واسع او بالتزامه الصمت حول احدي وقائع المنازعة .

١ - مكانة واهمية الوقائع :

تلعب الوقائع دورا هاما ، وتؤثر تأثيرا مباشرا على تكوين التسبيب لان محمول الحكم ، عادة ما يكون موجودا ومحددا في ملف القضية ، ويلتزم القاضي بتحديد اقتناعه من داخل الملف لا خارجه . وتساعد الوقائع القاضي في التعرف على الظروف الخاصة التي صاحبت مولد القضية وتطورها . وعليه فانه عندما يدرك القاضي محمول القضية ، فانه يشير الى ذات الوقائع ، والى معطيات الواقعة الاساسية والى الحل الذي اعتنقه . ويكون من الأفضل دائما ان يساق الحكم بواسطة اعتبارات الوقائع المحددة .

وقد يكتفى القاضي عادة بذكر تسببها واحدا لمحمول قراره ، وذلك في حالة تكامل ادله المدعى وتماسكها ، واشارتها الى الحق بوضوح دون ابهام او غموض ، او في حالة رفض طلب الفعن ، واهيانا اخرى يلجأ الى ذكر اكثر من تسبيب (١) . رغم كفاية احد هذه التسبببات ، كتأكيد للمبدأ الذي اعتنقه في الحل ، وذلك من أجل ان يوجد اقتناع لدى المتقاضين بتماسك الأدلة وكى ينزل لديهم حكمه منزلة التقدير والاحترام .

٢ - التكييف القانوني للوقائع ومدلوله :

يلجأ القاضي الى تأكيد الحقيقة التسببية للحكم ، بأن يختار أسلوب التكييف القانوني للوقائع المستمدة من القضية ، فيعمد الى تكييفها ، وهو عادة عندما يرغب في تحديد محمول الحكم ، فانه يحافظ على التكييف القانوني لمعطيات الواقع من القضية ، ومن ثم فان معطيات الوقائع نفسها هي التي تحكم مباشرة الحل المعتنق وتقوده اليه أو العكس . واسبغ التكييف القانوني على واقعة معينة يكون حلا صالحا . وقد يكون هذا التكييف من العمومية بحيث يمكن تطبيقه واعماله على كل

(١) كما في حكم Jacquier والذي اشرنا اليه - وقد ذكر المجلس الاعلى عدة تسبببات لم تكن

ضرورية مباشرة في حل القضية .

واقعة مماثلة في القضايا المستقبلية فاذا كيف واقعة ما بأن العيب فيها ظاهرا ، فانه في جميع الوقائع المستقبلية والمماثلة يكون تكييفه لها بأن « العيب فيها ظاهرا » . وقد يكون التكييف صريحا أو ضمنيا . وقد رفض مجلس الدولة . في مجال الاضرار الناجمة عن الاشغال العامة - ضمنا - اعتبار الزوج من الغير بسبب علاقته مع زوجته ، حيث ان الزوجان لا يكونا من الغير في علاقة الواحد منهما بالآخر (١) . في الوقت الذي منح فيه الحماية « ام الزوج » صفة الغير وذلك بمناسبة التعويض من الاضرار المحتملة بواسطة زوجة الابن (٢) .

وقد يكون التكييف الذي يلجا اليه القاضي رجحا فسيحا ، كما لو انه عمد الى انزال تعريف عام للواقعة ، أو ان كيفها ببعض العناصر المعرفية ، أو رفض صراحة انزال تعريف ما عليها ، ويعتبر حكمه هذا متجاوزا القضية المثارة ويتعداها الى غيرها من القضايا المماثلة .

٣ - استعارة تسبب حكم سابق ذا محمول واسع :

ولا يقوم القاضي بالتسبب في هذه الحالة ، وانما ينظر في مفهوم الوقائع التي تثيرها القضية ، والوقائع التي اثارتهما من قبل قضية سابقة ، يجمع بينهما التماثل ، ويعمد الى استعارة تسبب القضية السابقة ، والتي تؤدي به الى ذات الحل الذي سبق وإن أصدره ، بشرط ان يكون الحكم السابق قد كيف الوقائع تكييفا عاما مطلقا ، بحيث يمكن تطبيقه بصورة عامة ، اذا ما توافرت عناصر المماثلة .

وتكاد تتكرر هذه الصورة يوميا في قاعات المحاكم الادارية ، كما انها تساهم مباشرة في اثبات وحدة القضاء ، وقد اعتنق مجلس الدولة الفرنسي في حكم *La Méditerranée* الصادر في ١٣/١٠/١٩٦٧ ذات المبدأ الذي اعتنقه الحكم الخاص بوزير التعليم الوطني ضد المدرسة الخاصة للبنات Pradelles الصادر في ١٣/٧/١٩٦٧ . حيث ان الحكم الأخير ساهم في ارساء قاعدة مبدئية ذات محمول يقبل تطبيقه في حالات اخرى مماثلة .

كما ان المجلس في حكم *Ste. Lotissement de la Plage de Panpelane*

الصادر في ٢٩/٣/١٩٦٨ استعار ذات أسباب حكمه الصادر باسم *Ville de Bagnéux*

الصادر في ٦/٦/١٩٦٦ (٣) .

-
- (١) جودمييه - المرجع السابق - ص ١٠٠ .
 - (٢) وسائل القاضي الاداري - المرجع السابق - ص ١٠١ .
 - (٣) انظر رسالة جودمييه - المرجع السابق - ص ١٠٢ .

٤ - سكوت الحكم عن احدى الوقائع ومطلوه :-

وقد يلجأ القاضي عند معالجته لوقائع القضية ، الى التزام الصمت حول واقعة معينة من وقائعها ، وذلك بان يعالجها باهمال «preterevion» ويوجه اليها خطابا ضمنيا مستفاد من سكوتها حيالها . وقد يكون مرجع هذا المسلك من جانب القاضي تديره ان طبيعته هذه الواقعة من شأنها ان تحدث انقلاب او تعديل في مبدا قضائي او قانوني هام . او تكون مظهرا لميلاد مبدا جديد . وفي هذه الحالة يفحص القاضي اساس المنازعة التي تخضع له ، ويشير وقائعها عدا تلك الواقعة التي يلتزم حيالها الصمت . ومثال ذلك مسلك مجلس الدولة في حكمه الشهير *Cadet* الصادر في ١٢/١٢/١٨٨٩ (١) والذي اعلن فيه - ضمنا - عن تخليه عن نظرية « الوزر الفاضي » حيث ان مجلس الدولة فحص الطلب المقدم اليه مباشرة . دون ان يستلزم ضرورة اثارته عن طريق الوزير المختص كما تقضى بذلك نظرية الوزير القاضي .

المطلب الثاني

استخدام العبارات الشائعة الاستعمال

منطوق الحكم هو محصلة تسبيب القاضي ، هذا المنطوق يكون له محمول الذي يستفاد - عادة - من استخدام القاضي لبعض العبارات الشائعة الاستخدام (المقولبة) مثل عبارة « يأخذ من التحقيق ان .. » وعبارة « من المعنى الذي .. » « او يستفاد او يستخلص من معنى ... » او عبارة « بالرجوع الى ظروف التحقيق او بالرجوع الى ملف الدعوى ان ... » ولكل من هذه العبارات مفهوم محدد ، واستخدامها من جانب القاضي يكون لدلالاتها الخاصة المستمدة من شجوع استخدامها ، وهذه العبارات كما يقول الأستاذ لاتورنير (٢) « لا تقيد القاضي ، وانما تفتح له امكانية الوصول فيما بعد ، وبالنظر الى المفهوم المميز لها من طريق مفهوم آخر اكثر معرفة ، او يؤكد نهائيا تشخيص معين » .

١ - عبارة « من المعنى الذي .. » Au sens de.....

واستخدام هذه العبارة يكون بواسطة ما تحيل اليها ، فالقاضي لا يملى بنفسه

(١) انظر د. طيبة الجرف - قضاء الافناء - طبعه ١٩٧٧ من ١٩٢ .

(٢)

«Les terms n'engagent pas le juge, ils lui ouverent la possibilité de rattacher ultereurement, selon l'accurrence, la notion aussi désignée à une notion mieux connue au de la confirmer definitivement dans une personnalité distincte».

عناصر القضية ، وإنما يوجد لها من الرجوع الى نص سابق بعبارة « يستفاد من معنى ... » أو « بانرجوع الى معنى ... » أو « مفاد النص ... »

وقد اضطرر استخدام مجلس الدولة الفرنسي لتلك العبارة - ففي حكمه الشهير باسم Dandignac الصادر في ١٩٥١/٥/٢٢ قدر أن الصورة - محل الواقعة - أعدت بواسطة أشخاص منطبق عليهم صفة البائع المتجول من المعنى انه تخلص من المادة الأولى من تشريع ١٦/٧/١٩١٢ (١) .

كما تستخدم محكمة الننازع الفرنسية ذات العبارة ، كما جاء في حكمها باسم Dame Vue Mandran الصادر في ١٩٦٨/١٢/٢ والذي انتهت فيه الى ان المحافظ عند اثرته للخصومة لم يمارسها بصفته خصما وفقا للمعنى المنصوص عليه في المادة ١٦٨ من قانون الاجراءات المدنية (٢) .

٢ - عبارة « من ظروف القضية .. » أو « يأخذ من عناصر ملف الدعوى .. » أو « يأخذ من التحقيق .. » .

ويلجأ القاضي الى استخدام أي من هذه العبارات عندما لا يريد سرد الظروف المختلفة والمتعددة التي تثيرها القضية ، فيستخدم عبارة « يؤخذ من التحقيق .. » أو « من نتائج التحقيق .. » أو « يستفاد من اوراق التحقيق .. » .

واستخدام هذه العبارات يظهر ارادة القاضي في تحديد مضمون الحكم الذي يتبناه ، وقد يلجأ الى استخدام عبارة أخرى وهي « ان حالة التحقيق لا تسمح .. » أو انه « لا ينتج من التحقيق .. » أو « لا يبين من اوراق القضية .. » واستخدام القاضي لهذه العبارات يكون في حالة اقتناعه بعدم كفاية ملف الدعوى . كان يستخدم « ان حالة التحقيق لا تسمح بتقدير انضر المحتمل » . واقتناع القاضي يتكون من داخل ملف القضية .

٣ - العبارات التي تبين مدى كفاية او عدم كفاية الوسائل المثارة : -

وقد تكون الطلبات من الوضوح بحيث لا يكون هناك حاجة لدى القاضي الى

GAUDEMET, op. cit., P. 105.

(١)

وانظر القرار رقم ٢٦ بتاريخ ١٩٧٨/٤/١ الصادر من الغرفة الادارية للمجلس الاعلى في القضيق

وقم ١٤٤٨٠ « يستخلص من نص المادة ٧ من قانون الاجراءات المدنية ... »

(٢)

«Considerant que l'état de l'instruction ne permet pas d'évaluer le prejudice subi

GAUDEMET, op. cit., P. 108.

تحقيقهما ، كما قد تكون من الغموض أو القصور بحيث لا تكفى بمفردها لاثارة الدعوى . مما يؤدي بالقاضي الى اثارها وتحقيقها ، ويلجأ القاضي الى اى من النماذج الثلاثة الآتية : -

(ا) - استخدام عبارة « بدون ما حاجة الى الفصل او البحث حول .. »

وفي هذه الصورة لا يقوم القاضي بفحص السبب المشار بواسطة احد طرفي الخصومة ، وتستخدم المحاكم الادارية هذه العبارة بصورة مضطردة ، ولا يلجأ القاضي الى هذه العبارة الا اذا كانت القضية حسب اقتناعه جاهزة لتبنى حكم معين دون ما حاجة الى البحث عن دلائل جديد ، ويعتبر استخدامه لهذه العبارة دليلى كفاية الوسائل المثارة .

(ب) - استخدام عبارة « مما سبق دون حاجة الى فحص الوسائل المذكورة في القضية .. » (١) « او في حدود منطوق هذا الحكم .. »

« ويلجأ القاضي الى استخدام هذه العبارة عندما يتأكد له اثناء بحثه القضية عدم المشروعية ، ومن ثم فانه يكتفى بتقرير حالة عدم المشروعية ، مستخدماً تلك العبارة ، واستخدامها بواسطة القاضي يعد مظهراً لعدم توسعه في بحثه دون جدوى حول باقى الوسائل المثارة .. نظراً لحالة عدم المشروعية التى تتضح عنها .

(ج) - وقد يلجأ القاضي الى البحث فى الوسائل المثارة فى حالة اذا ما ثبت له عدم كفايتها ، او تقديره سوء تلك الأعمال ، فيعمد الى البحث فيها جميعاً كى يبرر حكمه برفض الدعوى (٢) .

(١) وقد انتهت الغرفة الادارية للمجلس الاعلى فى قرارها رقم ١٣ الصادر بتاريخ ١٩٧٧/٢/٥ فى القضية رقم ١٢٧٨٤ الى ان « ... حيث لا دأى للبحث فى صحة ما يترامى للمستأنف من خطأ مجلس قضائى فلسطينى عندما حمل الدولة وحدها مسئولية الحادث الذى ذهب ضحيته السيد / ... ويكفى فى ذلك الرجوع الى احكام المادة ٧ من قانون الاجرامات المدنية ... » .

(٢)

La référence au «moyen invoqué» accompagne donc en général une décision de rejet.

خلاصة الباب الثاني :

يلتزم القاضي بايجاد حل للمنازعة ، الا انه لا يتقيد بطريقة او وسيلة معينة في البحث عن هذا الحل ، ويبدل جهده في تأسيس هذا الحكم كي يحظى باقتناع المتقاضين بهذا الحل وتنفيذ مقتضاه ، ويلجأ القاضي في بحثه عن هذا الحل اولا الى وسائل الادراك والتصوير ، وينتقل منها الى الوسائل الفنية القانونية ، كما قد يلجأ الى استخدام بعض وسائل الاستدلال القياسية ، وبعد تكوين اقتناعه الشخصي بالحل المعتمق بواسطة اى من هذه الوسائل ، يبدأ في بناء حكمه لغويا حتى ينقل هذا الحكم من مجرد الفكر الى الواقع المحسوس في صورته المادية ، يستخدم القاضي أسلوبا منطقيًا في بناء القرار بأن يظهره في عملية منطقية تتكون من مقدمة كبرى وهي المسلمات الواقعية والقانونية ، وأخرى صغرى تستمد من معطيات المنازعة ، ويكون محضلة أعمال هاتين المقدمتين هو الحكم المتبنى . ويلجأ الى هذا الأسلوب المنطقي في تأسيس حكمه سواء كان الحكم ناتجا عن وسيلة استدلالية قياسية أو مستفاد من وسائل الفن القانوني أو من تطبيقه لوسائل الادراك والتصوير المختلفة .

الباب الثالث

الآثار القانونية للحكم الإداري وسلطة القاضي في تنفيذه

تمهيد :-

بعد أن ينتهى القاضي من تكوين اقتناعه بالحل الذى تبناه للمنازعة ، وافراغه لهذا الحل فى بناء منطقى ، يصبح هذا الحل القضائى حكما قضائيا (١) ، ويرتب اثرا قانونيا هاما يتمثل فى تمتعه بحجية الشئ المقضى به ، وتحكم هذه الاثار علاقة الحكم بالحق موضوع المنازعة ، والعلاقة بين اطراف الخصومة ، وعلاقة الحكم بالفير او علاقته بالفضاء .

ويرتب على النطق بالحكم ، خروج الدعوى من ولاية المحكمة التى اصدرت الحكم لاستنفاذه ولايتها ، ويبدأ ميعاد الطعن فى الحكم الصادر ابتداء من اليوم التالى للنطق به ، كما يكتسب هذا الحكم حجية الشئ المقضى به ، والتى جعلها المشرع بمثابة قرينة قانونية قاطعة على أن الحكم عنوان الحقيقة (٢) ، كما يترتب على النطق به ، تثبيت الحقوق التى قررها الحكم ، فلا تسقط الا بمقتضى قواعد

(١) سواء اكان حكما قطعيا او غير قطعى (كالحكم التحضيرى او التمهيديى او الوتئى) وذلك فى مراحل المنازعة الاولى ، سواء اكان نهائيا باستنفاذه لطرق الطعن العادية او غير نهائى .

انظر د. السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى الكتاب الثانى بيروت ١٩٧٢ ص ٦٥٨ وما بعدها .

(٢) يضع المشرع فرضا غير قابل لانبات العكس ، وهو ان الحكم عنوان الحقيقة ، وان الحقيقة القضائية قرينة قاطعة على الحقيقة الواقعية *Res judicate pro veritate habetve* وقد تنحرف الحقيقة القضائية فى القليل النادر من الاحوال عن الحقيقة الواقعية ولكنها فى الكثير الغالب منها تطابقها فتقوم القرينة اذن ككل قرينة قانونية اخرى على الراجح الغالب الوقوع .

د. السنهورى - وسيطه السابق ص ٦٣٨ .

د. رمزى سيف - المرجع السابق - ص ٦٢٣ .

التقادم (١) .

ويرتب المشرع هذه الآثار جميعها على عمل القاضى المتمثل فى الحل الذى اعتنقه للمنازعة ، فتمتى بطق به فى جلسة علنية ، تربت له هذه الآثار .

وتعد حجية الشئ المفضى مظهرا لسلطة القاضى فى الرد على دعوى المدعى فى منازعته (٢) ، بل انها تعتبر قيذا يحد من سلطة القاضى فى المنازعات المستقبلية المتعلقة بذات الموضوع والخصوم ولذات السبب .

كما ان الحجية المقررة لاحكام القضاء تمنع الادارة من ان تتحايل وتعيد طرح المنازعات من جديد امام ذات درجة التقاضى . وذلك مع تسليمنا بان الادارة خصم شريف الا ان كثرة المنازعات المتعلقة بتنفيذ الاحكام دليل على سوء نية الادارة وتحايلها . فالقاضى بحكمه يضع حدا للمنازعة الادارية ويحول دون تأبيدها الذى تسمى اليه الادارة ، فيحقق القاضى بذلك نوعا من التوازن بين الشخص العادى والادارة فى علاقتهما غير المتكافئة .

ولما كان القاضى لا يملك سلطة التقرير أو الحول محل الادارة فانه لا يملك من باب اولى ان يستخدم ضدها وسائل التنفيذ غير المباشرة لاکراهها على تنفيذ احكامه ، ومن ثم اختلفت حجية الشئ المفضى عن القوة التنفيذية للاحكام (٣) .

(١) انظر د. وصفى - المرجع السابق - ص ٣٦ .

(٢) انظر دباتش - المرجع السابق - ص ٥٥٢ .

- وللزيد من التفصيل فى الاصل التاريخى لحجية الامر المفضى فى القانون الرومانى يرجع الى رسالة د. وجدى رانج فهمى - فى النظرية العامة للعمل القضائى فى المرافعات - ص ١٥٦ وما بعدها .

(٣) منى كل من فاليتكوس وحكوديران باضاح الفوارق الاساسية بين حجية الامر المفضى والقوة التنفيذية للاحكام والتي يمكن اجمالها فيما يلى :

اولا - ان القوة التنفيذية للحكم القضائى تضمن تحقيقه واعمال ما قضى به بطريق فعال ومباشر بالاستعانة بالقوة الجبرية عند الاقتضاء ، اما حجية الامر المفضى فان دورها فى تحقيق فاعلية الحكم يتم بطريق غير مباشر وذلك بالحيلولة دون عرض المنازعة من جديد امام القضاء .

ثانيا - ان حجية الامر المفضى تنتج اثرها فى مواجهة القضاء اما القوة التنفيذية للحكم فتمنى رجال الادارة العامة ، وتفرض عليهم التزاما بتقديم العونة لمن بيده الحكم القضائى ليستنى له تنفيذه وليس للقضاء دور فى تحقيقها الا عندما يمتنع رجال الادارة عن القيام بواجبهم فى التنفيذ فعندئذ يحق لصاحب الشأن ان يلجأ للقضاء للحصول على حكم بالفاء القرار السلبى بالامتناع عن المعاونة او بالتعريض عن ذلك .

والقاضي الإداري - على عكس القاضي العادي - يدرك جيدا انه لا قيمة لحكم

ثالثا - ان القوة التنفيذية للحكم تستهدف في جميع الأحوال تحقيق نتيجة ايجابية هي أعمال الحكم وتنفيذ مقتضاه ، اما حجية الامر المقضى فتعنى في الغالب غاية سلبية هي الحيلولة دون وقوع النزاع من جديد امام القضاء ، ولا تعمل الحجية بصورة ايجابية الا على نحو ضيق ومحدود وذلك حين تجبر الاستناد الى الحكم السابق في دعوى جديدة .

رابعا - ان حجية الامر المقضى من اهم ما يتميز ويختص به العمل القضائي دون سائر الأعمال القانونية ، بل ان من الشراح من يرى ان حجية الامر المقضى تمثل المعيار القاطع والتمامة المميزة للعمل القضائي . اما القوة التنفيذية فلينسب وفقا على الأعمال القضائية ، وانما جتمع بها كثيرا من الاعمال القضائية الاخرى المصادرة من السلطة العامة كما هو الشأن بالنسبة للقرارات الادارية .

خامسا - من مظاهر استقلال حجية الامر المقضى والقوة التنفيذية للاحكام انها قد لا يتعاضدان بل لا يجتمعان مطلقا في حكم واحد ودليل ذلك ان الحكم القضائي يحوز حجية الامر المقضى بمجرد صدوره ولو كان قابلا للطعن بطرق الطعن العادية او طعن عليه فعلا ، ايا للقوة التنفيذية للاحكام فغالبا ما تتوقف على استنطاق طرق الطعن العادية ، كذلك فان الاحكام الصادرة من محكمة النقض في الطعن الذي يقمه النائب العام لصالح القانون تحوز حجية الامر المقضى دون ان تكون لها قوة تنفيذية ، وكذلك الاحكام الصادرة بعدم الاختصاص او بعدم القبول لمثل هذه الاحكام لا تقضى بنتيجة ايجابية يلتزم الحكوم ضده بتحقيها عملا بل ان من الشراح من يعيى الى ذلك الاحكام التي تنتهي الى رفض الدعوى .

وسما احكاما تحوز القوة التنفيذية دون ان تكون لها حجية كاحكام الصادرة قبل الفيل في الموضوع وعلى الاخص الاحكام الوقتية كالحكم الصادر بتقرير نفقة وقتية او بوقف تنفيذ القرار الإداري .

سادسا - تختلف حجية الامر المقضى من القوة التنفيذية بالنسبة لما ترد عليه كل منهما من عناصر للعمل القضائي ، فاما ما كانت اوجه الخلاف بين الشراح حول عناصر العمل القضائي فثمة تضامن اساسيان يكاد يتفق الراى على توافرها في كل عمل قضائي ، العنصر الأول هو التقرير بمخالفة القانون ، والعنصر الثاني هو القرار الذي يتخذه القاضي ويهدف الى تحقيق الغل الذي انتهى اليه التقرير واخراجه الى حيز الوجود وترد حجية الامر المقضى على المتضررين مما ، اما القوة التنفيذية للحكم فتتصرف الى القرار وحده ولا شأن لها بالتقرير ويشترط على ذلك ان الأعمال القضائية التي تتضمن تقريرا ولا تنتهي الى قرار كاحكام الصادرة في دعوى فصل الشرحية تحوز حجية الامر المقضى دون ان تكون لها قوة تنفيذية .

قضائي يصدره دون أن يضمن للمتقاضى امكانية تنفيذه . قد لا تثار هذه المسألة أمام القاضي العادي نظرا للمراكز المتكافئة عادة لأطراف الخصومة العادية ، ولكنها تثار حتما في مجال المنازعة الإدارية ، التي تكون بين أطراف في الغالب غير متكافئة لما تتمتع به الإدارة من مظاهر السلطة العامة والتي يفتقدها الخصم المتقاضى . فتعتمد على عرقلة ومماطلة تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها ، حتى يصاب المحكوم له باليأس ازاء سلطة الإدارة فيرضخ لحلولها ، تاركا ما سبق وان قرره له القضاء . فلا قيمة لحكم لا يملك القاضي ان يوفر الاحترام اللازم له . وكان ادراك القاضي الإداري لهذه الظاهرة أسبق من زميله العادي ، للعللة التي اسلفنا شرحها والتي اظهرت مشكلة اساسية وهي عدم فعالية الأحكام القضائية في غياب طرق التنفيذ في مواجهة الأشخاص المعنية العامة (١) . ومن ثم بدأ القاضي يتدخل كي يؤكد فعاليته في تنفيذ احكامه ، اما بالفناء ما تصدره الإدارة مخالفا لما سبق وان قرره من احكام ، أو فرض تعويضات مالية على الإدارة ازاء امتناعها عن تنفيذ الحكم ، وما يسببه هذا الامتناع من اضرار بالمحكوم له ، أو مساءلة ممثل الإدارة الذي يعرقل تنفيذ احكام القضاء مساءلة تأديبية أو مدنية . كما قد يتدخل المشرع ويعمل على تحقيق نوع من التوازن في هذه المسألة بأن يفرض عقوبات جنائية على ممثلي الإدارة الذي يتعمد عرقلة تنفيذ الحكم ، أو يفرض على ممثل الإدارة ضرورة الرجوع الى القاضي ، كي يبين له هذا الأخير كيفية ووسائل تنفيذ الاحكام أو كيفية التغلب على ما قد يعترض تنفيذها من صعوبات .

وسنتناول عرض جوهر عمل القاضي الإداري فيما يحدثه من آثار قانونية في فصل أول من هذا الباب ، ثم نتناول سلطة القاضي في تنفيذ احكامه الإدارية في الفصل الثاني .

الفصل الأول

الانار القانونية للحكم الادارى

يترتب على النطوق بالحكم تمتعه بحجية الشيء المفضى به ، والحجية نوع من الحرمة (١) يتمتع بها الحكم ، وبمقتضاها يعتبر الحكم متضمنا قرينة لا تقبل الدليل العكسى على انه صدر صحيحا من حيث اجراءاته ، ون ما قضى به هو الحق بعينه من حيث الموضوع (٢) ، فهى قرينة قانونية من خلق المشرع ، لاه هو الذى يملك أن يمسك بزمام القواعد الموضوعية والقرائن القانونية ، ولوجوب ان تكون هذه القرينة قاطعة لا يجوز دحضها (٣) وصريح النص اعتبارين اساسيين : -

الأول : وضع حد للتنازع امام القضاء ، حيث يكون الحكم هو نهاية المنازعة ، وعدم امكان عودتها للقضاء بدعوى مبتدأة ، وذلك حتى تستقر الحقوق والمعاملات ، ولكى لا تتأبد المنازعات الى مالا نهاية امام القضاء .

الثانى : الحفاظ على وحدة الاحكام القضائية وانسجامها وعدم تعارضها ، ولا شك فى انه لو سمح للمحكوم عليه أن يعيد منازعته امام القضاء بدعوى جديدة مبتدأة ، لكان هناك احتمال صدور حكم قد يختلف جزئيا أو كليا او قد يتفق مع الحكم السابق ، وهذا يؤدي الى اضطراب وتعارض احكام القضاء ، والذى قد ينجم

(١) انظر د. ومزى سيف - المرجع السابق - ص ٦٢٣ .

(٢) وتختلف حجية الشيء المفضى L'autorité de la chose jugée عن حجية الشيء المقرر

L'autorité de la chose décidée . فبينما الاولى تترتب على ما يصدره القضاء من

احكام قطعية ، نجد ان الثانية تترتب على ما يصدره رجل الادارة من قرارات ادارية تنفيذية .

انظر المقارنة التى عقدها العميد فيدل بين كل منهما

VEDEL G. — DROIT ADMINISTRATIF., thémis, 1973 P. 203.

والاصل انه بينما لا يملك القاضى الذى اصدر الحكم التمتع بحجية الشيء المفضى ان يسحب حكمه او يلغيه ، يملك رجل الادارة الغاء وسحب ما اصدره من قرارات ادارية خلال فترة معينة ، فاذا انقضى الميعاد المقرر للغاء امتنع على رجل الادارة اثناء قراره السابق او تعديله او سحبه ويقال ان القرار يحصن ضد الالغاء وذلك لتمتعه بحجية الشيء المقرر .

(٣) د. السنهورى - وسيطه السابق - ص ٦٤٠ .

عنه ضرر جسيم يتمثل في عدم ثقة واطمئنان المتقاضين للاحكام (١) ازاء تضاربها وتعارضها في المنازعة الواحدة ، بالإضافة فانه يؤدي الى عدم استقرار الحقوق والمراكز القانونية .

ولكن لا يعنى ذلك مصادرة حق الاشخاص في الالتجاء الى القضاء ، وانما يكون لهم الحق في الالتجاء الى القضاء بالطعن في الحكم بطرق الطعن المقررة عادية كانت او غير عادية ، ولكن ليس عن طريق دعوى جديدة متبداة .

(١) وقد جاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى في هذا الصدد ما ياتى « قوام حجية الشيء المضى به هو ما يفرضه القانون من صحة مطلقة في حكومة القاضى ، فهذه الحجية تفرض تنازعا بين المصالح يستتبع التراجع الى القضاء وليس شك في ان صحة الحكم لا تعتبر حتما مما تقتضيه طبيعة الاشياء . ذلك ان القضاة تموزهم العصمة . شأنهم في هذه الناحية شان البشر كافة ، بيد ان الشرع اطلق قرينة الصحة في حكومة القاضى رعاية لحسن سير العدالة ، واتقاء لتأييد الخصومات . فاساس هذه القرينة هو النص المقرر لحجية الشيء المضى به . وقد نصت المادة ٢٩٧/١٣٢ من التفتين المدنى السابق صراحة على ان « الاحكام التى صارت انتهائية تكون حجة بالحقوق الثابتة بها ، ولا يجوز قبول اثبات ما يخالفها » ويرمى الشارع من وراء تقرير حجية الشيء المضى به الى كفالة حسن سير العدالة ، وضمان الاستقرار من الناحيتين الاقتصادية والاجتماعية ، فحكومة القضاء يجب ان تضع حدا لكل نزاع ما دامت طرق الطعن المقررة قد استنفذت ازالها ، ويجب كذلك ان تكون بئامن من التعارض مع حكومة لاحقة وهو امر يصبح يسير الوقوع لو ابيع عودة الخصوم انفسهم الى عين الدعوى التى قضى فيها نهائيا . وينحصر اثر القرينة القانونية الخاصة بحجية الشيء المضى به ، في تخويل الخصوم حق الدفع بسبق الفصل فى الدعوى وتخويل المحاكم حق اثارها من تلقاء نفسها ويراهى ان هذا الدفع يعتبر دفعا قطعيا بعدم القبول ، يترتب عليه اقتناع القاضى بالنسبة لكل طلب او ادعاء جديد بين الخصوم انفسهم متى اتحد ما سبق الفصل فيه سببا وموضوعا . وعلى هذا النحو يمتنع على الخصوم التراجع الى القضاء لاعادة طرح نزاع سبق الفصل فيه » . مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٤٢١ - ٤٢٢ وقد اشار اليه ايضا د . السنهورى - مرجعه السابق - ص ٦٣٩ .

وبلاحظ ان المشروع التمهيدى لهذا القانون اعتنق الراى القائل بان حجية الشيء المضى به تعتبر من النظام العام فى المواد المدنية وغيرها ، ومن لم كانت تخول للقضاء سلطة من تلقاء نفس القاضى ولو لم يتمسك بها اى من الخصوم . الا ان القانون صدر على خلاف ذلك الراى بان جعل حجية الشيء المضى به ليست من النظام العام فى المواد المدنية ، حيث لا تعدو ان تكون دليلا على الحق ، والخصم يملك الحق بنفسه ، ويملك النزول عنه ويستطيع ان يتفق مع خصمه على الطرق التى تتبع لاثباته فيجوز الذن للخصم ان ينزل عن حجية الشيء المضى به .

وسوف نتناول هذا الفصل في مباحث ثلاثة :

- **الأول :** ونتناول فيه ضرورة التفرقة بين حجية الشيء المقضى وقوة الشيء المقضى .
- **الثانى :** اثر الحكم على الحق موضوع المنازعة .
- **الثالث :** اثر الحكم على اطراف الخصومة والغير والقضاء .

المبحث الاول

ضرورة التفرقة بين حجية الشيء المقضى وقوة الشيء المقضى به

ويشار بعض اللبس في استخدام عبارة « حجية الشيء المقضى به » وعبارة او اصطلاح « قوة الأمر المقضى به » وكثيرا ما قد يقع الخلط في استخدامها .

وتقرر بادىء ذى بدأ ان حجية الأمر المقضى به

L'autorité de la chose jugée تختلف عن قوة الأمر المقضى به (١)

حيث ان الاولى « حجية الأمر المقضى » تتقرر لكل حكم قطعى سواء كان يفصل في كل موضوع المنازعة او جزءا منها او كان يتعلق بمسألة متفرعة عنها ، سواء اكان هذا الحكم نهائيا او ابتدائيا حضوريا او غيابيا ، وتبقى للحكم حجيته حتى يزول ، فان كان غيابيا فانه يزول بالغائه في المعارضة ، وان كان ابتدائيا حضوريا فانه يزول بالغائه في الاستئناف ، وان كان نهائيا ، حتى يزول بنقضه او بقبول التماس إعادة النظر فيه .

ومن ثم فان الحجية تثبت للأحكام القطعية دون الأحكام التحضيرية والتمهيدية والوقائية ، حيث تقتصر على الأحكام التى تفصل في الخصومة كليا او جزئيا ، موضوعيا او شكليا كالحكم بعدم الاختصاص او بعدم قبول الدعوى او بعدم جواز نظر الدعوى أو بطلان صحيفة الدعوى . أو الحكم بسقوط الخصومة أو بانقضائها بمضى المدة أو تركها أو باعتبار الدعوى كأن لم تكن .

أما قوة الأمر المقضى ، فانها مرتبة لا يصل اليها الحكم الا اذا صار نهائيا أى لا يقبل الطعن فيه بأى من طرق الطعن العادية كالمعارضة أو الاستئناف ، ويمكن

ويلاحظ أن المشرع عدل أخيرا من هذا الاتجاه وذلك بتعديل نص المادة ٤٠٥ مدنى قديم بمقتضى المادة ١٠١ من قانون الانبات للمواد المدنية والتجارية رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ والمادة ١١٦ من قانون الارتفاعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ واللذين جملا من هذه القرينة قرينة تتعلق بالنظام العام .

(١) ويقول استاذنا الدكتور فتحى والى انه يجب التمييز بين حجية الأمر المقضى وقوة الأمر المقضى فالحجية تثبت للقرار القضائى بمجرد صدوره ، أما قوة الأمر المقضى فانها لا تثبت له الا اذا كان لا يقبل الطعن فيه بأى من طرق الطعن العادية (كالمعارضة أو الاستئناف) .

القول ان كل حكم يتمتع بقوة الامر المقضى يحوز في نفس الوقت حجبة الشيء المقضى به (١) ، والعكس غير صحيح .

موضع المشكلة في مجال القانون العام : -

وتظهر ضرورة التمييز بين حجبة الشيء المقضى وقوة الشيء المقضى بصورة اكبر في مجال القانون العام . حيث ان الشرع لم يبين في مصر طرق الطعن العادية وطرق الطعن غير العادية في مجال القانون العام . كما انه لم يبين طبيعة الحكم الصادر في كل درجة من درجات التقاضي سوى الاحكام الصادرة من المحاكم التأديبية فقد نصت المادة ٢٢ من قانون مجلس الدولة المصرى رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ على ان احكام المحاكم التأديبية احكام نهائية ويكون الطعن فيها امام المحكمة الادارية العليا . وترك الشرع المشكلة بعد ذلك لاجتهاد كل من الفقه والقضاء .

وبرى د . مصطفى كمال وصفي ان قوة الشيء المقضى تمنى القدرة (٢) التى يمثلها الحكم في علاقة طرفي الخصومة ببعضهم البعض وبالفير ، وان بعض الاحكام تكون لها قوة مطلقة Absolue بمعنى انها تتمدى طرفي الخصومة ويحتج بها فى مواجهة الفير ، ويضرب مثال على ذلك بقوله كالحكم الصادر بالالغاء للقرارات الادارية غير المشروعة حيث يحتج بها كل من له مصلحة تعلقت او مسها القرار الملغى .

ويذكر استاذنا الدكتور طهيمية الجرف (٣) « ان الاحكام الصادرة من محاكم مجلس الدولة تتمتع كغيرها من الاحكام القضائية بقوة الشيء المقضى به بحيث تكون حجة فيما قضت به ، وقوة الشيء المقضى تنطوي على نتيجتين .. »

بل ان المحكمة الادارية العليا تستخدم كل من الاصطلاحين بمعنى واحد وذلك بقولها (٤) « ان الاحكام التى حازت قوة الامر المقضى تكون حجة بما فصلت فيه

(١) ولحجبة الشيء المقضى معنى آخر فى القانون الفرنسى ، ذكره د . السنهورى فى وسيطه وهو قابلية الحكم للتنفيذ الى ان يطعن فيه ، ذلك ان الاحكام فى القانون الفرنسى تكون قابلة للتنفيذ الى ان يطعن فيها ، فالذى يوقف تنفيذها ليس ميمسدا الطعن ، بل الطعن ذاته . لان الحكم القابل للطعن فيه - كما يقول دى باج - يعتبر حجة على الخصوم وقابل للتنفيذ ، فاذا طعن فيه زال المعنى الثانى (قابليته للتنفيذ) وبقي المعنى الاول قائما ، اذ يكون حجة على الخصوم الى ان يؤدى الطعن الى الغالب

انظر د . السنهورى - وسيطه - هامش رقم ١ ص ٦٢٢ .

وابضا رسالة الدكتور عبد المنعم جيرة - السابق الاشارة اليها ص ١٧ .

(٢) د . مصطفى كمال وصفي - المرجع السابق - ص ٣٥ وما بعدها .

(٣) د . طهيمية الجرف - قضاء الالغاء ص ٢٢٨ وما بعدها .

(٤) حكم المحكمة الادارية العليا الصادر فى ١٩٦٠/٧/٢ السنة ٥ طعن رقم ٢١ ص ١١٤٦ . وان =

بحيث لا تجوز المجادلة في الحجية متى اتحد الخصوم والموضوع والسبب بل يعتبر الحكم عنوانا للحقيقة فيما قضى ، والذي يحوز الحجية من الحكم هو منطوقه وكذا الأسباب الجوهرية المكملة له ، فقد يحدث ان تحتوى أسباب الحكم على قضاء يكمل ما ورد في المنطوق ويرتبط ارتباطا وثيقا بحيث لا يمكن فصله عنه وهذا النوع من الأسباب يكتسب حجية الأمر المقضى .. » .

ويرى الباحث ان مرجع هذا اللبس والخلط بين الاصطلاحين هو موقف المشرع المصرى في المادة ٤٠٥ مدنى قديم (١) والتي ألغيت بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ الصادر بقانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية (٢) . والتي تنص المادة ١٠١ منه ان الاحكام التي حازت قوة الأمر المقضى تكون حجة فيما قضت فيه من الحقوق ، ولا يجوز قبول دليل ينقص هذه الحجية ، ولكن لا تكون لتلك الاحكام هذه الحجية الا في نزاع قام بين الخصوم انفسهم دون ان تنغر صفاتهم وتعلق بذات الحق محلا وسببا .. » وهو ترديد لنص المادة ٤٠٥ مدنى الملقاة لفظا ومعنى ، وكذلك ما رده المشرع المصرى في المادة ٥٢ من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن اعادة تنظيم

كانت قد عادت واستخدمت اصطلاح الحجية وفقا لمناه الصحيح بقولها « ان حجة الشيء المقضى لا ترتب الا في نزاع قام بين الخصوم انفسهم ودون ان تعدد صفاتهم وتعلق بذات المحل سببا وموضوعا » .

حكم المحكمة الادارية العليا الصادر في ١٩٧٦/٥/١ في القضية رقم ٧٦٩ لسنة ١٩ قضائية مجموعة السنة ٢١ - ص ١٥٧ .

(١) يرجع في التطبيق على نص المادة ٤٠٥ مدنى قديم الى الاستاذ الدكتور السنهورى ، المرجع السابق - ص ٦٢٢ .

(٢) المنشور بالجريدة الرسمية المصرية العدد ٢٧ بتاريخ ١٩٦٨/٥/٢٠ .

ويدكر استاذنا الدكتور جلال العدوى في مجال التمييز بين كل من الحجية والقوة « انه تثبت لما فصل فيه القضاء بصفة قطعية ولكن غير نهائية حجة تحول بشروط وفي حدود معينة دون ان يطرح الامر المقضى فيه على القضاء مرة اخرى الا عن طريق الطعن في الحكم بطريق من طرق الطعن العادية في الاحكام . وهذه الحجية التي يعبر عنها بحجية الشيء المقضى فيه تختلف عن قوة الامر المقضى به والتي لا تثبت الا لما فصل فيه القضاء بصفة قطعية ونهائية والتي تحول دون ان يعرض الامر الحائز لهذه القوة على القضاء مرة اخرى الا اذا قبل الطعن في الحكم الذى فصل فيه بطريق من الطرق غير العادية للطعن في الاحكام » .

د. جلال العدوى - مبادئ الاثبات - طبعة ١٩٦٨ ص ٩٩ .

انظر استاذنا الدكتور فتحى والى - المرجع السابق - طبعة ١٩٨٠ ص ١٦٢ وما بعدها .

مجلس الدولة والتي تنص وتسرى في شأن الاحكام جميعا القواعد الخاصة بقوة الشيء المحكوم فيه على ان احكام الالغاء تكون حجة على الكافة » .

ويرى الباحث ان الاحكام القطعية هي التي تتمتع بالحجية ابتداء سواء اكانت ابتدائية صادرة من اول درجة او ابتدائية وهائية في ذات الوقت تصدرها من محكمة اول وآخر درجة . أما قوة الشيء المقضى فهي مرتبة تقتصر على الاحكام الانتهائية . هذه الصفة النهائية اما ان يقررها المشرع للحكم كما هو الحال بالنسبة للاحكام الصادرة من المحاكم التأديبية فقد جعلها المشرع بمقتضى المادة ٢٢ من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ احكاما نهائية ، واما باستنفاد طرق الطعن فيها العادية ، او بفوات مواعيد الطعن فيها ، فان تمتع الحكم القطعى بهذه الصفة النهائية حاز قوة الامر المقضى .

ونرتب المشرع المصرى الصفة النهائية للاحكام الصادرة من المحاكم التأديبية دون النص عليها بالنسبة للاحكام الصادرة من المحاكم الادارية ، يجعلنا نقول بان الاحكام القطعية الصادرة من المحاكم الادارية في حدود اختصاصها المنصوص عليه في المادة ١٤ من القانون سالف الذكر هي احكام ابتدائية تتمتع بحجية الشيء المقضى ولا تكتسب الصفة النهائية (قوة الامر المقضى) الا بعد استنفاد الطعن فيها امام محكمة القضاء الادارى المختصة وفقا للمادة ١٣ اما بالفصل فيه او بفوات ميعاد الطعن فيها .

ومن ثم فان الخلط بين الاصطلاحين يؤدي الى نتيجة بالغة الخطورة فاقول بوحدة المعنى لكل من الحجية والقوة معناه ان الحكم الصادر من المحكمة الادارية القطعى هو حكم نهائى وهو ما لم يقصده المشرع في نظرنا حيث قصر هذه الصفة على الاحكام الصادرة من المحاكم التأديبية ، حيث ان تمتع الحكم بقوة الامر المقضى تعنى استقراره والحكم وعدم امكان الطعن فيه بطريق عادى (١) . فالحكم الصادر من

(١) يرجع في التفرقة بين طرق الطعن المادية وفر العادية الى الاستاذ الدكتور فتحى والى -

المرجع السابق - ص ٧١٨ وما بعدها .

بل بلغ الالتباس مداه في الخلط بين الاصطلاحين بان صدر كتاب بعنوان « قوة الشئ المحكوم » تأليف محمود عبد الرحمن - الناشر مكتبة سيد عبد الله وهبة في ٤٠٤ صفحة دون ذكر سنة اصداره .

ويقصد المؤلف في مؤلفه هذا اصطلاح حجية الشيء المقضى وليس قوة الشئ المقضى الذى اخشاه عنوانا لمؤلفه . وفى مجال تعليقه على نص المادة ٢٣٢ مدنى قديم والتي حلت محلها المادة ٤٠٥ مدنى المفعلة حول عبارة الاحكام التى صارت انتهائية . يتساءل بقوله « امعنى هذا ان الحكم لا يحوز قوة الشئ المحكوم به الا اذا كان انتهائيا ؟ هذا ما يشعر به النص الا ان هناك تفضيلا يجب مراعاته على حشد قول المؤلف - وهو ان الحكم اما ان يكون قابلا للطعن بالطرق العادية كالمعارضة والاستئناف او محل

محكمة القضاء الإدارى بآبارها محكمة ثانى درجة يتمتع بقوة الأمر المفضى حيث لا يجوز الطعن فيه الا بطريق خاص غير عادى رسمه المشرع فى المادة ٢٢ الفقرة الأخيرة بقوله « اما الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإدارى فى الطعون المقامة أمامها فى أحكام المحاكم الإدارية فلا يجوز الطعن فيها أمام المحكمة الإدارية العليا الا من رئيس هيئة مفوضى الدولة خلال ستين يوما من تاريخ صدور الحكم وذلك اذا صدر الحكم على خلاف ما جرى عليه قضاء المحكمة الإدارية العليا أو اذا كان الفصل فى الطعن يقتضى تقرير مبدا قانونى لم يسبق لهذه المحكمة تقريره » .

ومن ثم كان يتعين التمييز بينهما واستخدام كل اصطلاح منهما فى موضعه الصحيح حتى يمكن ترتيب النتائج القانونية لكل منهما . وازاء تلك الضرورة فانه يتعين تعديل صياغة المادة ١٠١ اثبات والمادة ٥٢ من قانون مجلس الدولة المصرى السابق الاشارة اليهما .

موقف النظام القضائى الجزائى :-

سار المشرع الجزائى خلف المشرع المصرى فى التباسه وخلطه بين كل من اصطلاحى حجية الشئ المفضى وقوة الشئ المفضى بأن ردد نص المادة ٤٠٥ مدنى قديم والتي تقابلها المادة ١٠١ اثبات مصرى فى التقنين المدنى الجزائى حيث نصت

طعن بالطرق غير العادية كالتماس اعادة النظر او النقض فالحكم بمجرد صدوره يحوز قوة الشئ المحكوم فيه حتى يطعن فيه بالمعارضة او الاستئناف فتزول منه هذه الصفة فان كان الطعن بغير الطريق العادى فصفة الحكم مع ذلك باقية ، اى انه يظل حائزا لقوة الشئ المفضى فيه ، الا اذا انقضى الحكم ولا تمارض فى هذا على حد شرح المؤلف مع نص المادة ٢٣٢ مدنى - الملغاء - وذلك :

اولا - لان الحكم الذى لم يمد نهائيا حكم حائز لقوة الشئ المحكوم فيه حيابة مؤقتة اى حتى يطعن فيه ، فيعدل او يؤيد او يلغى والمادة ترمى فى نصها الى حالة حيابة الحكم لقوة الشئ المحكوم فيه حيابة نهائية مستقرة » .

ويرى الباحث ان الاستاذ محمود عبد الرحمن قد بالغ فى التفرقة بين قوة الشئ المفضى فيه المؤقتة وقوة الشئ المفضى فيه النهائية والتي لم يقصدها المشرع باعتبار قوة الشئ قرينة قانونية من صمله ، ومن ثم فقد حمل المؤلف ارادة المشرع اكثر مما تعنى ، هذا من ناحية ، ومن ناحية اخرى كيف يرى ان قوة الشئ المفضى به هى قرينة قاطعة لا تقبل اثبات العكس ثم يعود الى تقسيمها الى مؤقتة ونهائية ، الايعنى ذلك تمارض بين القرينة القاطعة والصفة المؤقتة التى يقول بها .

الاستاذ محمود عبد الرحمن - قوة الشئ المحكوم فيه - الناشر مكتبة سيد عبد الله وهبة -

المادة ٣٢٨ منه « ان الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضى به تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق ، ولا يجوز قبول اى دليل ينقض هذه العرينة ولن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية الا فى نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتعلق بحقوق لها ذات المحل ونسبب » .

وعدم الفصل بين الاصطلاحين فى النظام القضائى الجزائرى من شأنه أن يؤدى الى تناقض تشريعى ، حيث ان المشرع رسم للأحكام الصادره من الغرف الادارية فى غير مواد الألتعاء طريق عادى باستئنافها أمام الغرفة الادارية بالمجلس الاهتى . وتقرير قوة الشيء المصى لهذه الطاعة من الإحكام يمسى فى ذات الوقت امتناع الطعن فيها بالاستئناف . ومن تم يرى الباحث ان المقصود من المادة ٣٢٨ مدنى السابق الإشارة إليها هو تقرير الحجية للأحكام فقط ، وان قوة الامر المقضى لا يتمتع بها الحكم الا بصدور حكم فى الطعن فيه بالاستئناف او المعارضة او بفواته مواعيد طرق الطعن العيادية . والقول بغير ذلك سيؤدى الى تقرير الصفة النهائية لهذه الطائفة من الأحكام ومن ثم تستنفذ الغرفة الادارية بالمجلس الأعلى ولايتها بالنظر فى الطعون العيادية المثارة ضدها لذلك كان لابد من تعديل صياغة المادة ٣٢٨ مدنى جزائرى بما يفيد المعنى الذى نقول به .

البحث الثانى

أثر الحكم على الحق موضوع المنازعة

لما كان الحكم يحسم المنازعة ، ويضع حدا لتداولها أمام القضاء ، بما يقترن به من حجية الشيء المقضى به ، فان هذا الحكم يحدث أثرا على الحق المتنازع فيه ، فالحكم الصادر فى الخصومة يؤدى الى تثبيت هذا الحق ويجول دون سقوطه (١) ، ويثار لدينا تساؤل هام ، هل يحدث الحكم الحق المتعلق به ؟ أم يقتصر دوره على مجرد الكشف عن هذا الحق ؟

تقرر يادىء ذى بدء — ان الأصل ان القضاء لا ينشئ الحقوق ، وانما يساعد المتقاضين على حماية حقوقهم التى قررت لهم بواسطة القانون . فالحكم لا ينشئ الحق ، لأن الحق اسبق فى وجوده من الحكم ، وان كان فى حالة تنازع الا انه موجود قبله ، ودور الحكم هو الكشف عن هذا الحق فى جانب أى من طرفى الخصومة ، وانهاى المنازعة المتعلقة به . ومن ثم فان الحكم اذ يفصل فى المنازعة فانه لا ينشئ للخصم

(١) انظر د. وصفى — المرجع السابق — ص ٣٦ .

انظر ايضا د. ابر الوفا — المرجع السابق — ص ٩٤ .

حقا ، وانما يتكشف عن ذلك الحق ويقرره لصاحبه ، ولذلك يقال ان الحكم مقرر للحق كاشفا له declaratif وليس منشئا له (١) Constitutif فالحكم مثلا للدائن بدين على مدينه لا ينشئ حق دائنيه له قبل المدين ، وانما يقرر حقا كان موجودا قبل صدور الحكم ، والحكم بعدم شرعية العمل الادارى المتمثل فى قرار صادر بتخطى الطاعن فى الترقية والفائه ، لا ينشئ حقا للطاعن فى الترقى لدرجة الأعلى ، وانما يكشف عن احقيته لها . والحكم الصادر بالتعويض عن عمل الادارة غير المشروع ، لا ينشئ حقا للمضورر قبل الادارة وانما يقرر احقيته فى اصلاح ما اصابه من ضرر . اذن الحكم لا ينشئ الحق (٢) وانما يساعد المحكوم له على حماية الحقوق وتثبيتها ، حيث يعمل على تأكيد الحق وذلك بقطع النزاع فيه ، ومنع المحكوم عليه من تجديده (٣) .

ويترتب على تطبيق هذه القاعدة الاصولية نتيجة هامة ، وهى انه لما كانت الاحكام ذات طبيعة كاشفة ، فانه يرتد سريانها - عند التنفيذ - باثر رجعى الى ما قبل صدور الحكم ، بدءا من وقت نشأة الحق بمقتضى الاداة التشريعية التى قررتها لصاحبه .

وهناك رأى مرجوح فى الفقا (٤) يرفض فكرة الاثر الكاشف للحكم ويرى انها فكرة غير دقيقة اذ ان الاثر القانونى كيان جديد تحققه الواقعة القانونية فى النظام

(١) ده. ومزى سيف - المرجع السابق - بند ٥٢٢ ص ٦٢١ .

انظر ايضا مقالة « الحكم الادارى والحكم المدنى » السابق الاشارة اليها .

(٢) وقد يرد على هذا الاصل العام استثناءات قليلة ، كان ينشئ الحكم حالة او وضع جديد لم يكن قائما من قبل ، كالحكم باجراء تحفظى والحكم بتعيين حارس قضائى .

انظر ده. ومزى سيف - المرجع السابق - ص ٦٢٢ .

وفى رأينا ان الحكم ما زال يطبق الاصل العام والذى مؤداه ان الاحكام لا تنشئ الحقوق وانما تعمل على حمايتها ، فالاجراء التحفظى الصادر بتعيين حارس قضائى لم يفصل فى اصل الحق موضوع النزاع ، وانما عمد الى حمايته الى حين الفصل فيه .

(٣) انظر ده. ومزى سيف - المرجع السابق - ص ٦٢٢ .

- مقالة الحكم الادارى والحكم المدنى بقلم الاستاذ صلاح عبد الحميد السيد - السابق الاشارة اليها .

(٤) انظر رسالة ده. وجدى واغب فهمى - السابق الاشارة اليها ص ٢٤٩ وما بعدها .

القانوني ، والواقعة اما ان تنشئ هذا الأثر فتكون واقعة قانونية أو لا تنشئ فتنتفى عنها هذه الصفة ، واذا كان العمل القضائي لا ينشئ مركزا موضوعيا فإنه يكون من وجهة نظر القانون الوضعي عديم الأثر وتنتفى عنه صفة العمل القانوني . ويفرق هذا الراي بين الحكم التفريري والحكم الاتزامي والحكم المشئي . ويعرف الحكم المشئي بأنه الحكم الذي يقرر انشاء أو تعديل أو إنهاء مركز قانوني موضوعي . ويعطى مثلا للأحكام المنشئة كالحكم بأشهار افلاس تاجر أو تقرير نفقة على الزوج أو أحد الأقارب ، أو حكم الشفعة الذي ينقل ملكية العقار للشفيع .

ويرى الباحث خلافا لهذا الراي المرجوح أن الحكم لا ينشئ الحق وإنما يكشف عن وجوده ، وذلك بفضل الواقع القانونيه التي تثبت وجود أو انتفاء الحق أو المركز القانوني المراد حمايته ، ومن ثم اذا قرر الحكم وجود أو انتفاء الحق فانه لم يعتمد إلى انشائه وإنما عمل على أعمال الواقع القانونية المثبتة أو المنفية لهذا الحق والترجيح بين الوقائع ، فالحكم ليس يقينا بالحق ، وإنما هو تصرف يقبل اثبات عكسه كما لو ظهر استناد الحكم إلى مستند مزور ، أو واقعة غش أو شهادة ثبت من بعد كذبها فالقول بالطبيعة المنشئة للحكم ستؤدي إلى عدم استنرار الحقوق التي تنشئها ، لأنها ليست أداة يقينية ، وإنما هي أداة تكشف عن حقيقة قانونية نسبية . فالحكم بأشهار الافلاس يكشف أو يقرر افلاس التاجر الذي استطاع تقديم واقعة قانونية للقضاء بأعساره عن سداد الديون التي شغلت ذمته ، والحكم بتقرير نفقة يكشف عن أحقية المستفيد من النفقة فيها بسبب الواقعة القانونية التي أفصحت عن حقه كواقعة الطلاق أو الانفصال أو العجز أو الوفاة ، ومن ثم يستحق المستفيد نفقة من تاريخ ظهور الواقعة القانونية وليس من تاريخ صدور الحكم ، فالحكم بالنفقة إنما هو تقرير لها وليس له أثر منشئ لها بداءة ، فالنفقة كانت منحة في ظل القانون الذي رتبها منذ حدوث الواقعة القانونية المسببة لها ، وإنما كانت في حاة جهالة كشف عنها الحكم (١) .

ويثور لدينا تساؤل آخر جد هام ، هل هناك تناقض بين القول بالطبيعة التفريرية (الكاشفة) دون الإنشائية للحكم ، وسلطة القاضي الإنشائية (الخلقية الإبداعية) ؟

قد تثير الطبيعة التفريرية للحكم لبسا ظاهريا مؤداه كيف يكون للحكم طبيعة

(١) ويكفي ما ذكره الدكتور وجدي راغب في رسالته من أن فكرة الحكم المشئي اثار جدلا كبيرا في الفقه المغارن ، إذ اصطدمت بالنظرية التقليدية لتأثر الكاشف للأحكام ، ولذا لم تجد ترحيبا من الفقه الذي اخذ يشكك في أي فائدة عملية من تمييزها .

رسالة د. وجدي راغب السابق الإشارة إليها ص ٢٧٤ وما بعدها .

تفريبية (كاشفة) في الوقت الذي يلعب فيه القاضي دورا مبدا انشائيا ؟ لا سيما وان الحكم من عمل ذلك القاضي .

وازالة هذا اللبس ليس بالأمر الشاق والعسير ، فيمكن ان نبهت في موضوع الحكم وموضوع عمل القاضي الابداعي الخلقى ، وتستأهل هل يخلق القاضي الحق ؟ لم يخفق بعض القواعد القانونية التي يطبقها لحماية الحق عند قصور أو غموض المصدر القانوني ، وعدم فعالية القاعدة الموجودة آزاء متطلبات الحياة الاجتماعية والاقتصادية المتزايدة .

وتقرر بادنى ذى بدء ، انه ليس من وظيفة القضاء خلق الحقوق وانشائها ، وانما يسمى اقاضي جاهدا لخلق القواعد القانونية التي تعمل على حماية تلك الحقوق

وقديما عمدت المدرسة التقليدية (١) الى التضييق من دور القاضي ، حيث كانت تنظر اليه باعتباره آلة قياس *machine à syllogisme* ومن لم كان دوره محصورا في نطاق تطبيق الوسائل الفنية للمعقولة القانونية التي يكون منها اقتناعه، وكانت تلك المجموعات هي مجال التطبيقات والمعتقدات التي يقوم بها القاضي . وكان التفسير اداته فيها ، وان كانت هذه الاداة تفصح عن دور خلقى خالص للقائم عليها . ويتسع القاضي في التفسير تقاييدا قضائيا مأخوذا من البلاد التابعة للعائلة الجرمانية ، مقتضاه انه يعمل على اخفاء دوره الخلقى الابداعي تحت قناع التفسير الأمين والبحث عن نية المشرع . وكما يقول *Geny* فانه يجب ان لا نتخذ بهذه الكلمات المظهيرية .

ولم تقدر المدرسة التقليدية القاضي الادارى حق قدره (٢) ، فكما يقول *Mazeud* « ان القضاة يتجاسرون من اجل الضرورة العملية والتي يكونون فيها في حالة اتصال يومي بالقانون ، ويملكون الجرأة دائما حتى يخلق قانون جديد . . وينبى أن نعلم ، أن المحاكم لا تتردد في أن تخلق قواعد القانون في حالة قصور القانون القائم ، ذلك من أجل أن نضع القانون في حالة انسجام دائم مع مقتضيات التطور الاقتصادي والاجتماعي ، تأسيسا على أن المشرع - من هذه الزاوية - يحبد تدخل القاضي لتقيام بهذا الدور » .

١- انظر رسالة الدكتوراه المقدمة من صادق بلعيد مبد كلية الحقوق والعلوم السياسية والافتصادية بتونس الى جامعة باريس باسم « محاولة حول سلطة القاضي الخلقية الابداعية والعادية » عام ١٩٧٤ ص ٧٩ (باللغة الفرنسية) .

(٢) انظر في اسباب اخفاق المدرسة التقليدية سواء من حيث المفهوم أو في ميدان الباديه .

رسالة المبيد د. صادق بلعيد - المرجع السابق - ص ٢٥٢ .

وقد ساهم القاضي بصفة عامة ، والقاضي الإداري بصفة خاصة في إعادة تكوين القانون الحديث حسب مقتضيات التطور الحقيقي الى جانب المشرع ، فقد استطاع القاضي أن يحدث تغييرا أساسيا في كثير من التعريفات الأساسية التي كانت سائدة كفكرة الإرادة ، حيث كانت لا تسمح المدرسة التقليدية بوجود الأشخاص المعنوية ، لأن الإرادة تقتصر على الأشخاص الطبيعية دون المعنوية ، والتي عمل القاضي على الاعتراف للشخص المعنوي بالشخصية القانونية ، ازاء ظهور المرافق الاقتصادية والمرافق المحلية نتيجة انتشار الديمقراطية الادارية وما يصاحبها عادة من انتشار لفلسفة اللامركزية الادارية ، كما ان القاضي توسع في فكرة الخطأ كي تشمل المسؤولية في حالة عدم وجود خطأ (وهي ما يطلق عليه نظرية المخاطر) ، كما لاحظ القاضي أن فكرة الحقوق التقليدية لم تعد تكفي لاستخدامها لتحقيق المصالح الشخصية ، فساعد على ايجاد فكرة استخدام الحقوق لتحقيق المصلحة العامة لمجموع المجتمع ، كما عمد على تطوير فكرة التجاوز والتصرف للحقوق واغتصاب السلطة وكذلك مبدا حسن النية . ولم يتجاوز القاضي نطاق دوره الى حد خلق الحق ، وانما عمد الى كفالة الحماية الحقيقية والقانونية لاستخدام الحقوق . ومن ثم ساعد القاضي على تقديم دعاوى تجاوز السلطة (١) من اجل حماية الحقوق في مواجهة تعسف الادارة ، وعمل على الحد من نطاق السلطة التقديرية للادارة ، وتدخل في اعمال السيادة ، وان لم يستطع ان يجتاز نطاق مشروعيتها (٢) فانه نجح في تقرير تعويض للمضروب بسبب عمل السيادة . وسخر استخدام الحقوق وقيدتها بتحقيق مصلحة الجماعة التي هي واجبة الاحترام .

(١) ويقول SAVIGANT « اذا كانت الطعن بسبب تجاوز السلطة قد تقدمت كثيرا بسبب اضطراب الشعور الوطني وطبيعة الاشياء ، فان التقدم المسجل في نطاق شروط قبولها وحالات افتتاحها يرجع مباشرة الى القاضي » ١٠

انظر ارنست حموى - المرجع السابق - ص ٥٥ .

بل ذهب مجلس الدولة الفرنسي من اجل العمل على تقديم دعاوى تجاوز السلطة الى جد التقرير في حكم Dame Lamotte الصادر في ١٧/٢/١٩٥٠ بان « الطعن بسبب تجاوز السلطة يمكن الانتجاع اليه ضد عمل الادارة ولو في حالة عدم وجود النص » .

انظر ارنست حموى - المرجع السابق - ص ٥١ .

(٢) لانه كما يقول بحق استاذنا الدكتور محمود حافظ « ان النظرية المذكورة - اعمال السيادة - غير قابلة للتبرير من الناحية القانونية ، فمن العسير ان لم يكن مستحيلا ان نعرض لها على سند من القانون وذلك لسبب بدهي بسيط ، هو انها تتضمن خروجا صريحا واعتداءا صارخا على القانون ، بل تجاهلا تاما له ، وفي الواقع فان هذه النظرية تعتبر صدى للصراع الابدئي بين السياسة والقانون .

كما حائل القاضى الإدارى من هذه الزاوية نشاط الإدارة كى يستهدف فى النهاية أما تسير المرفق العام ، عن طريق اشباع حاجات الأشخاص المتعددة والمتغيرة والمتطورة ، او المحافظة على النظام العام . كما حجب القاضى الفاظا كانت تستخدم قديما كعبارة « السلطة العامة المطلقة » كذلك فإنه لا يغفل دور القاضى الإدارى الإبداعى فى مجال خلق القواعد الإجرائية (١) .

ومحصلة ما تقدم ان القاضى لا يستهدف فى عمله خلق الحقوق ، وإنما يعمد الى حمايتها بما قد يتدعه من قواعد لتوفير تلك الحماية لها ، وذلك فى حالة القصور أو الضموض أو عدم مسايرة القاعدة القائمة لمتطلبات الحياة الاجتماعية والاقتصادية (٢) فيدور حول تلك القاعدة حتى يكشف موطن ضعفها فينفذ اليها ، ويصلح من حالها كى تتلاءم ومتطلبات الحياة ، أو يكشف للمشروع قواعده التى سقطت عمليا بعدم التطبيق ، وذلك كى يتناولها هذا الأخير فى التشريعات اللاحقة بالإنهاء أو التعديل .

تجسم فيها نتيجة ذلك الصراع من غلبة وانتصار للسياسة وتسليم وخضوع من القانون ، ومن ثم لا يهضمون أن تكون ميرواتها سوى أسباب سياسية أو اعتبارات عملية ، وهذه وتلك لا تحول دون اعتبار تلك النظرية وصمة فى جبين القانون العام كما قيل بحق ، وثغرة خطيرة فى البناء القانونى واستثناء حقيقيا من مبدأ الشرعية » .

د . محمود حافظ - القرار الإدارى دراسة مقارنة - المرجع السابق - ص ١٠٤ الطبعة

الثانية .

(١) أنظر أرنست حموى - المرجع السابق - ص ٦٨ .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ بتنظيم مجلس الدولة المصرى « يتميز القضاء الإدارى بأنه ليس مجرد قضاء تطبيقي كالتضاء المدنى ، بل هو فى الأغلب قضاء انشائى، يتتبع الحلول المناسبة للروابط القانونية التى تنشأ بين الإدارة فى تسييرها للمرافق العامة وبين الأفراد وهى روابط تختلف بطبيعتها عن روابط القانون الخاص ، ومن ثم ابتدع القضاء الإدارى نظرياته التى استقل بها فى هذا الشأن الخاص ، كل هذا يقتضى من القائمين بأمر القضاء الإدارى مجهودا شاقا مضنيا فى البحث والتحصيص والتأصيل ، ونظرا ثاقبا بصيرا باحتياجات المرافق العامة ، للمواءمة بين حسن سيرها وبين المصالح الفردية الخاصة » .

وقد أشار إليها د. فؤاد العطار - المرجع السابق - ص ٩ .

المبحث الثالث

اثر الحكم على أطراف الخصومة والفجر والقضاء

اثر الحكم على اطراف الخصومة :

سبق وأن ذكرنا أنه يترتب على النطق بالحكم القطعي تمتعه بحجية الشيء المقضى به (٨) والحجية نوعان ، أما ان تكون حجية مطلقة ، ويطلق عليها « الاثر المطلق » أو تكون حجية نسبية ، ويطلق عليها « الاثر النسبي » . وتحدد حجية الحكم بحسب طبيعة المنازعة وحسب الحكم الصادر فيها ، فتختلف طبيعة الحكم الصادر برفض دعوى الالغاء عن طبيعة الحكم الصادر بالالغاء ، وعن طبيعة الحكم الصادر في غير دعاوى الالغاء .

أولا - طبيعة الحكم الصادر برفض دعوى الالغاء .

حينما يقدر القاضي أن الوسائل المثارة بواسطة الطاعن لا تنهض من تلقاء نفسها لقبول الدعوى ، فإنه يحكم بعدم قبولها ، قبل البحث أو التحقيق في موضوع النزاع كما لو لم يستوفى الطاعن الطعن الإداري « التظلم » قبل الالتجاء الى القضاء رغم تطلب المشرع ضرورة الالتجاء الى الإدارة لبدء كلمتها في المنازعة ، أو أن يكون

(١) وقد أسهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر في شرح حجية الشيء المقضى فقطت « ... تنص المادة ٤٠٥ من القانون المدني المصري - على أن الاحكام التي حازت قوة الامر المقضى تكون حجة بما فصلت فيه من حقوق ، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه القرينة ولكن لا تكون لتلك الاحكام هذه الحجية الا في نواع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتمدد صفاتهم ، وتعلق بذات المحل سببا وموضوعا ... » ومفاد هذا النص أن هناك ثمة شروط لقيام حجية الامر المقضى وهذه الشروط قسمان ، قسم يتعلق بالحكم وهو أن يكون حكما قضائيا وان يكون حكما قطبيا ، وان تكون الحجية في منطوقه لا في اسبابه الا اذا اربطت الاسباب ارتباطا وثيقا بالمنطوق بحيث لا يقوم المنطوق بدون هذه الاسباب ، فان الاسباب في هذه الحالة أيضا حجية الامر المقضى ، وقسم يتعلق بالحق المدمى به ويشترط ان يكون هناك اتحاد في الخصوم ، فلا يكون للحكم حجية الا بالنسبة للخصوم أنفسهم ، واتحاد في المحل اذا لا يكون للحكم هذه الحجية الا بالنسبة للموضوع ذاته ، وان يتحقق أخيرا اتحاد في السبب ، وتقوم حجية الامر المقضى على فكرتين رئيسيتين هما ضرورة حسم النزاع ووضع حد تنتهي عنده الخصومات مادام قد صدر في النزاع حكم قضائي وذلك حتى تقف بالتقاضي عند حد فلا يتكرر النزاع مرة أخرى دون حسم ، والثانية هي الحيلولة دون التناقض في الاحكام مع مراعاة النسبية في الحقيقة القضائية استقرارا للاوضاع الاجتماعية والاقتصادية ومن ثم يبين مما سلف ان المعيار الذي وضعه التقنين المدني لاكتساب الحكم حجية الامر المقضى هو اتحاد الخصوم واتحاد الموضوع واتحاد السبب ... »

انطاعن قد استوفى طريق التظلم ، الا انه اقام عريضته بعد فوات الميعاد المحدد لدعوى الالغاء . او ان يكون للطاعن مصلحة شخصية ومباشرة في دعواه كما لو اقام الدعوى عن زوجته أو ابنه للبالغ دون توكيل قانوني من الأخير لمباشرة الدعوى . ففي هذه الحالات وغيرها يحكم القاضي بعدم قبول دعوى الالغاء ، ويقتصر بحثه فيها على شروطها الشكلية دون الموضوعية ، بمعنى أنه لا يبحث في شرعية انقرار المطعون فيه ، ويترتب على ذلك أن تكون حجية الحكم الصادر برفض الدعوى ذات محمول نسبي (١) ، حيث يقتصر اثرها على اطراف الخصومة ومحلها وسببها ، فاذا اثارت الزوجة أو الابن البالغ الطعن من جديد في ذلك القرار ، فقد تقبل دعواهم اذا توافرت شروطها ، ولا يجوز للإدارة الاحتجاج بسبق الفصل في الخصومة لأن محمول الحكم الصادر كان نسبياً بالإضافة الى أنه لم يفصل في مشروعية القرار ، واقتصر على البحث في الوسائل التي عجز الطاعن عنها ، وحجية الحكم الصادر برفض الطعن لا تحول دون أن يلتجئ المدعى بنفسه من جديد أو غيره ممن ينسبهم القرار المطعون فيه ، ووفقاً للشروط والاجراءات التي يتطلبها المشرع لطلب الغاء ذلك القرار .

ثانياً - طبيعة الحكم الصادر بالالغاء :-

الحكم الصادر بالالغاء هو حكم فصل في شرعية (٢) القرار المطعون فيه ، وقرر عدم مشروعيته ، فهو حكم موضوعي ، عيني ، حيث تعلق بشرعية القرار المطعون فيه ، فأكد حقيقة عدم مشروعية القرار سواء تعلق بالطاعن أو الغير ، ويسرى هذا الحكم في مواجهة الكافة ، حيث يعمد (٣) اثره اطراف الخصومة ، وتكون حجيته بناء على ذلك مطلقة ، كما يتمتع الى جانب هذا الاثر المطلق باثراً رجعياً .

الطعن رقم ٧٩ في القضية رقم ١٣٢٧ لسنة ٥ ق بجلية ١٦٦٥/٢/٢٨ السنة ١٠ الجزء الثاني ص ٢٨٤ وما بعدها .

حكم المحكمة الادارية العليا الصادر في ١٩٧٦/٥/١ في القضية رقم ٧٦٩ لسنة ١٩ ق مجموعة السنة ٢١ ص ١٥٧ السابق الاشارة اليه .

(١) انظر في الخلاف الفقهي حول تقرير الحجية النسبية لتلك الطائفة من الاحكام ، رسالة د. عبد النعم جيرة - السابق الاشارة اليها ص ٩٨ .

(٢) انظر مقالة « الحكم بالالغاء - حجيته - اثاره - تفيده » للمستشار حسين أبو زيد المنشور بمجلة مجلس الدولة السنة ٣ ص ١٥٦ وما بعدها .

(٣) ويطلق عليه د. وصفي الاثر التعمدي حيث أن الحكم لا يقتصر على طرفي الخصومة وانما يعمدها للغير .

د. وصفي - المرجع السابق - ص ١٩٢ .

الحجية المطلقة « الأثر المطلق » : -

الحكم الصادر بإلغاء القرار المطعون فيه يتمتع بحجية مطلقة (٢) Absolue

ويترتب على ذلك ان اثره لا يقتصر على اطراف الخصومة ، وانما يستفيد منه كل من تعلق له مصلحة بالقرار المطعون ، أو يكون مس مركزه القانوني ، ومرد هذه الخصيصة ، الطبيعة المختلطة لدعاوى تجاوز السلطة ، والتي تتكون من عنصرين الأول موضوعي يتعلق بمخاصمة القرار غير المشروع ، والثاني شخصي يتمثل في مركز الطاعن الذي مسه القرار ، والعنصر الموضوعي لهذه الطبيعة المركبة هو الذي يكفل للحكم الصادر بالإلغاء « الأثر المطلق » .

ويرد على هذا الأثر المطلق استثنائين هامين :

الأول : يتعلق بحق الغير ، الذي يمس الحكم ولم تتح له فرصة الدخول في الخصومة ، ولم يدعى إليها وهذا ما يسمى بالخصم الخارج عن الخصومة ، ويكون له في هذه الحالة اثاره انارة انطقن المسمى بمعارضة الخصم الثالث ، فاذا طعن هذا الأخير ، يكون للقاضي أن يعيد النظر في القرار المطعون فيه وذلك في حدود النقاط التي اثارها الخصم الخارج عن الخصومة (٢) .

الثاني : ان الأثر المطلق وان كان يسرى في مواجهة الخصوم والغير والقضاء ، الا أن هذا الأثر لا يحول دون تدخل المشرع للتصديق على القرار الذي اناه القاضي ، مخالفا بذلك حكم القضاء (٢) . حيث ان الحجية المطلقة لا تسرى في مواجهة المشرع ، وقد برر تدخل المشرع ، رغبته في تحاشي الصعوبات التي قد

(١) قرر المشرع المصري الحجية لاحكام الالفاء بمقتضى المادة ٥٢ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ والتي تنص « تسرى في شأن جميع الاحكام القواعد الخاصة بقوة الشيء المحكوم فيه على ان الاحكام الصادرة بالالفاء تكون حجة على الكافة » .

(٢) انظر دبانشر - المرجع السابق - ص ٧٥٥ .

La règle de l'effet absolue des jugements d'annulation ne s'impose pas au (٣) législateur.

M. LESAGE, Les interventions du législateur dans le fonctionnement de la justice, thèse, Lille, 1958.

وقد اشار اليه دبانشر - المراجع السابق - ص ٧٥٥ .

يتعذر حلها بصدور حكم الالغاء (١) ولا يعتد القاضي ، في هذه الحالة ، الا بالتدخل الصريح للمشرع دون الضمني ، كما ان تدخل المشرع لا يحول أيضا دون تدخل القاضي ، بناء على دعوى يكون لرافعها مصلحة فيها ، كى يبحث في دور مسئولية الدولة عن هذا العمل التشريعى .

وخلافا لهذين الاستثنائين ، فان الاثر المطلق لاحكام الالغاء يسرى في مواجهة الكافة . وقد اضطرت احكام القضاء الادارى على تأكيد الحجية المطلقة لاحكام الالغاء (٢) .

وفي حالة ما اذا كان طلب الطعن منصبا على مجرد الالغاء ، فان الحكم الصادر فيه يتمتع بحجية مطلقة في مواجهة الكافة (٣) ، اما اذا تعددت طلبات الطاعن بأن

(١) ويلكر الاستاذ دباتش مثلا على ذلك من واقع القضاء الفرنسى ، فقد صقل حكم من مجلس الدولة بالغاء مسابقة تعيين اطباء ، فاصدر المشرع الامرين التشريعيين الصادرين في ١٠/١٠/١٩٥٨ بالتصديق على اجراءات المسابقة الخاصة باطباء مستشفيات باريس والتي سبق الفاعلها بواسطة مجلس الدولة .

انظر دباتش - المرجع السابق - هامش من ٧٥٦ .

(٢) فقد قررت المحكمة الادارية العليا في حكمها الصادر في ١١/١١/١٩٦٠ السنة ٦ الطعن رقم ٣٠ من ٢٠١ « ان حجية الاحكام الصادرة بالالغاء وفقا للمادة ٢٠ من ق ٥٥ لسنة ١٩٥٩ (وهي تقابل المادة ٢٠ من قانون ٤٧ لسنة ١٩٧٢) هي حجية كنتيجة طبيعية لاحكام القرار الادارى في دعوى هي في حقيقتها اختصاص له في ذاته ... فاذا صدر الحكم بالالغاء كليا او جزئيا فانه يكون حجة على الكافة وطلة ذلك ان الخصومة الحقيقية في الطعن بالالغاء تنصب على القرار الادارى ذاته وتستند على اوجه عامة جدا القانون ، وهي عدم الاختصاصات ولعيب في الشكل ومخالفة القوانين واللوائح او الخطأ في تطبيقها وتاويلها او اساءة استعمال السلطة ، وكل وجه منها له من العموم في حالة قبوله الطعن ما يحول القرار المطعون فيه باطلا ، لا بالنسبة للطاعن وحده ، بل بالنسبة للكافة ، فهو بطلان مطلق » .

وقد اثير اليه استاذنا الدكتور مصطفى كمال وصفى - المرجع السابق - من ١١٥

(٣) وتصرف عبارة الكافة الى كل من لم يكن مثالا في الخصومة وتقوم للمحكوم له مصلحة في التمسك بالحكم في مواجهته او تقوم له مصلحة في التمسك بالحكم ، فلا يبقى تحديد نطاق من يسرى الحكم في مواجهتهم بغير الحد العام للمصلحة والا تضمن ذلك تعقيدا لاثر الحكم دون سند يبرره .

د. عبد النعم جيرة - رسالته في اثار حكم الالغاء السابق الاشارة اليها من ٤ .

طلب التعويض الى جانب الالغاء (١) ، فان الحجية المطلقة تتعلق فقط بالشق من الحكم المتعلق بالالغاء ، اما الشق المتعلق بطلب التعويض فتكون حجيته نسبية .

وقد يكون الالغاء كلياً (٢) يشمل مجموع القرار وقد يكون جزئياً يقتصر على جزء

(١) في النظام المصري انظر حكم المحكمة الادارية العليا في مصر الصادر بجلسة ١٧/٣/١٩٧٤ في القضية رقم ٤٤٤ لسنة ١٦ ق - مجموعة المكتب الفني س ١٩ ص ٢١٥ وما بعدها .

وفي النظام الجزائري ، من النادر - عمليا - أن يطلب الطامن التعويض في مريضة دعوى الالغاء حيث أن الالغاء تختص به الغرفة الادارية بالمجلس الاعلى كأول واخر درجة ومن ثم فان اقتران طلب الالغاء بطلب التعويض ، يجعل تلك الغرفة تختص بنظرها كأول واخر درجة (في الوقت الذي تختص فيه الغرف الادارية بالمجالس القضائية بطلبات التعويض كأول درجة والغرفة الادارية بالمجلس الاعلى كآخر درجة) ويكون من الافضل للطامن من الناحية العملية بعد أن يستحصل على حكم الالغاء ، ان يتوجه به الى الغرفة الادارية بالمجالس القضائية ، كي يطلب التعويض . فالذا لم تحكم له الغرفة الادارية بالمجلس القضائي بكل ما يطلبه ، كان له حق الطعن في هذا الحكم أمام الغرفة الادارية بالمجلس الاعلى ، ومن ثم يكون قد استفاد من مبدأ التقاضي على درجتين ، في حين أنه لو ضمن طلبه بالالغاء طلب التعويض ، فانه يعمل على تفويت درجة من درجات التقاضي بالنسبة لطلبه في التعويض .

انظر قرار الغرفة الادارية للمجلس الاعلى رقم ٦٣ الصادر في ٤/١/١٩٧٧ في القضية رقم ١٤٥٠٦ السابق الاشارة اليه .

(٢) وتلمب الاحكام المتعلقة بالالغاء دورا هاما وتمثل هذه الطائفة من الاحكام نسبة هامة من الاحكام التي يصدرها القاضي الاداري ، ونستدل على ذلك من المثال الاحصائي الآتي :-

فقد بلغت عدد طعون الالغاء المقدمة لدى المحكمة الادارية بفرساي خلال السنة القضائية ١٩٦٧-١٩٦٨ عدد ٢٢٢ طمن تمثل نسبة ٥٤.٦٨٪ من اجمالي الطعون الاخرى ، بينما احتلت الطعون بالتعويض المرتبة الثانية حيث بلغت ٢٠١ طمن قضائي بالتعويض تمثل نسبة ٢٢٪ من مجموع الطعون . ونبين فيما يلي جدول تصنيف الاحكام الصادرة في طعون الالغاء والتي بلغت ٢٢٢ طمن .

نوع الحكم	العدد	النسبة
الفاء كلي	٦٠	٪ ٢٦.٥٧
الفاء جزئي	٧	٪ ٣.١٥
رفض شكلي	١٢٩	٪ ٥٨.٢٨
ترك وتنازل	٦٥	٪ ٢٩.٢٨
قبول شكلا ورفض مضموا	٢٦	٪ ١١.٧١
وقف الفصل لحين استكمال التحقيق	٢٦	٪ ١١.٧١
احكام اخرى	١٠	٪ ٤.٥٠
الاجمالي	٢٢٢	٪ ١٠٠

من القرار المطعون فيه (كما في حالة القرار الشامل كالقرار الصادر بترقية عدد من الموظفين أو نقلهم أو تعيين عدد من المرشحين) فإن الطعن في شق من القرار الشامل المتعلق بعدم أحقية أحد المرشحين بمقتضى هذا القرار الشامل في الترقى ، فإن الحكم الصادر بالنفاذ قرار ترقية المطعون ضده دون غيره يكون متضمنا للنفاذ لجزء من القرار الشامل ، ويتمتع هذا الحكم -الانفاذ الجزئي - بالحجية المطلقة ، لأن الانفاذ ولو كان جزئيا يتعلق بحالة أحد المخاطبين بالقرار المطعون فيه ، الا أنه يستفيد منه كل من الطاعن ، وكل من هو أحق من المطعون ضده في الترقى ، ويكون للحكم أثر مطلق (١) .

والحكم الصادر من محكمة الدرجة الثانية ، بالإضافة الى أنه يحوز حجية الشيء المقضي به ، فإنه يحوز قوة الأمر المقضى به . على أن الحجية المقررة لهذه الطائفة من الأحكام ، تختلف بحسب موضوع الحكم . فالحكم الصادر برفض الطعن في الحكم المطعون فيه وتأييده ، يتمتع بحجية نسبية ، أما الحكم الصادر بالنفاذ الحكم المطعون فيه ، فإن حجيته تتوقف على نوع حجية الحكم الملغى ، فإذا كان حكما موضوعيا ، كإنفاذ الحكم الصادر بالانفاذ ، كان حكم محكمة الدرجة الثانية ذا حجية

انظر البحث المقدم من عمل المحكمة الادارية بفرساي عن السنة القضائية ٦٧ - ١٩٦٨ تحت اشراف الاستاذ رولاند دراجو والنشور في مجلة الدراسات والوثائق لمجلس الدولة الفرنسي من ١٧١ والسابق الاشارة اليه .

بينما مثلت الطعون بالانفاذ بالجزائر خلال العام القضائي ١٩٧٧ نسبة ٤١٤٪ من مجموع الطعون ، ومثلت الاحكام الصادرة بالنفاذ قرارات الادارة نسبة ٣٣٣٪ من مجموع الطعون بالبطلان ، والاحكام الصادرة برفض الطعن للشكل أو للموضوع نسبة ٦٣٩٪ من مجموع الطعون .

انظر الاحصائيات التي اعدناها عن العام القضائي الجزائري ١٩٧٧ في هامش رقم ٣ ص ١٤٧ وما بعدها من هذا البحث .

(١) ويختلف الانفاذ الجزئي في هذه الحالة عن الانفاذ النسبي ، الذي ينتج أثره في مواجهة الطاعن فحسب ، ويذكر د. طعيمة الجرف بأن مجلس الدولة الفرنسي أخذ بهذه الصورة من صور الانفاذ في نطاق ما يسمى بالوظائف المحجوزة حيث كان يقضى القانون بقصر التعيين في بعض الوظائف أو في نسب معينة منها على طوائف معينة من المسكرين من قداماء المحاربين أو ذوى العاهات ، وجرى قضاء مجلس الدولة في مثل هذه الحالات على قصر النفاذ القرار المطعون فيه فيما تضمنه من تجاهل حق الطاعن في التعيين قبل الاشخاص الذين عينوا فعلا ، ومعناه أن مجلس الدولة الفرنسي لا يلغى القرار فيما تضمنه من تعيين من عينوا ، فالقرار صحيح في مواجهة هؤلاء ولكنه باطل فقط بالنسبة للطاعن ، ولغيره من ذلوى الحق في الوظائف المحجوزة وبالتالي فإن القرار يبقى نافذا بالنسبة لمن عينوا ، مع الزام الادارة بتصحيح المخالفة التي ارتكبتها بعدم تعيين الطاعن ، بمحاولة تعيينه ، فالانفاذ نسبي فقط في خصوص هؤلاء .

انظر د. طعيمة الجرف - المرجع السابق - ص ٣٥٥ وما بعدها .

مطلقة ، وإن كان الحكم السابق المطعون فيه ذا حجية نسبية ، كان للحكم الصادر في الطعن المثار ضده ذات النوع من الحجية ، فإذا صدر مثلا حكم بشطب طبيب من جدول نقابة الأطباء لممارسته لمهنة الطب بطريقة غير مشروعة ، فإن الحكم الصادر بإلغاء حكم الشطب يحوز حجية مطلقة قبل الكافة ، ويتساوى في اثاره مع الحكم الصادر في دعوى الإلغاء (١) . وإن كان يفوقه بتمتعه بقوة الشيء المقضى .

الآثر الرجعى :-

يترتب على الحكم بالإلغاء ، ازالة القرار المطعون فيه نهائيا واعتباره كأن لم يكن ، حيث يرتد أثر الحكم الصادر بالإلغاء الى الماضى ، ويستمد هذا الأثر من الطبيعة الكاشفة للحكم . فالحكم بالإلغاء لا ينشئ حقا جديدا للطاعن وإنما يكشف عن عدم شرعية القرار . وتقرير أحقية الطاعن في حقه الذى تنازعه فيه الإدارة ، بإصدارها قرار على خلافه .

ويختلف الإلغاء القضائى - من حيث الأثر الرجعى - عن الإلغاء الإدارى الذى تملكه الإدارة ، فالقرار الصادر بالإلغاء الإدارى ، هو من حيث طبيعته لا يعدو الا أن يكون قرارا إداريا يسرى بأثر فورى ومباشر ، ما لم يتدخل المشرع ويقرر له الأثر الرجعى ، وعليه فإن أثر الإلغاء الإدارى لا يرتد الى الماضى ، وإنما ينصرف فقط الى المستقبل ابتداء من صدور قرار الإلغاء الإدارى أو العلم به ، حيث ان هذا القرار أحدث أثرا قانونيا جديدا على المراكز القانونية العامة أو الخاصة وأثر في هيكل البناء القانونى للدولة . أما الإلغاء القضائى فيكون بمقتضى حكم قضائى ، والحكم له طبيعته الكاشفة دون المنشئة للحقوق ، ومن ثم فلا يؤثر في هيكل البناء القانونى للدولة ، ويرتد أثره الى الماضى ويتمتع بالأثر الرجعى (٢) .

ثالثا - طبيعة الحكم الصادر في غير دعاوى الإلغاء :-

الحكم بالإلغاء ، كما سبق وأن ذكرنا ، حكم موضوعى ، يتمتع بحجية مطلقة في مواجهة الكافة ، أما غيره من الأحكام الشخصية أو الذاتية ، كالحكم بالتعويض أو تنفيذ الالتزامات العقدية أو المتعلقة بالتسويات (٣) فإنها تكون ذات حجية نسبية

(١) انظر د. سليمان الطماوى - المرجع السابق - الكتاب الثانى - ص ٥٧١ .

(٢) انظر دبائش - المرجع السابق - ص ٧٥٤ في الاستثناءات التى ترد على الأثر الرجعى للحكم

بالإلغاء .

(٣) وتختلف دعوى الإلغاء عن دعوى النسبية وفى هذا قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر أن التفرقة بين دعاوى الإلغاء ودعاوى التسوية تقوم على أساس النظر الى المصدرا الذى يستمد منه الموظف حقه فان

حيث تقتصر على اطراف الخصومة ولا تتعداهم الى الغير ، وتتشابه الى حد كبير من حيث الاثر مع الاحكام الصادرة في المواد المدنية والتجارية (١) .

ويقوم هذا النوع من الاحكام على اساس الفصل فيما يثيره الطاعن حول مركز قانونى شخصى او ذاتى ينساب اساسا من مركز قانونى فردى ، ويطلق البعض على هذا النوع من المنازعات اصطلاح منازعات الحقوق (٢) .

وقد قصر المشرع المصرى بمقتضى المادة ٥٢ من قانون ٤٧ لسنة ١٩٧٢ الحجية المطلقة ، او الاثر المطلق ، على حكم الالغاء ، وبمفهوم مخالفة هذا النص فان الحكم بغير الالغاء يكون ذا حجية نسبية ، بحيث لا يكون له اثر الا بين اطراف المنازعة فلا يتعداهم للغير .

وقد قضت المحكمة الادارية العليا « ان المنازعة في الاجر هي منازعة يكون الحكم الصادر من القضاء في خصوصها ذا حجية نسبية مقصورة على اطرافها » (٣) .

كان هذا الحق مستمد مباشرة من قاعدة تنظيمية كانت الدعوى تسوية وتكون القرارات الصادرة من جهة الادارة و هذا الشأن مجرد اجراءات تنفيذية تهدف الى مجرد تطبيق القانون على حالة الموظف وحمل ما نص عليه القانون اليه - أما اذا استلزم الامر صدور قرار ادارى خاص يخول له هذا المركز فالدعوى دعوى الفاء .

(حكم المحكمة الادارية العليا جلسة ١٩٧٤/٥/٢٦ القضية رقم ٨٠٩ لسنة ١٤ ق مجموعة السنة

١٩ ص ٢٨٤) .

(١) انظر مقالة « الحكم الادارى - والحكم المدنى » السابق الاشارة اليها .

(٢) انظر دباتش - المرجع السابق - ص ٦٤٤ .

(٣) حكم المحكمة الادارية العليا الصادر في ١١/١/١٩٥٨ السنة ٣ طمن ٦٢ ص ٥٢٩ مشار اليه لدى

د. وصفي في مرجعه انسابق ص ٢٠٩ .

وفي موضع آخر تبين المحكمة الادارية العليا المقصود بانحداء الخصوم واتحاد الموضوع واتحاد السبب فتقرر « ان المعيار الذى وضعه التقنين المدنى لاكتساب الحكم حجية الامر المقضى هو اتحاد الخصوم واتحاد الموضوع واتحاد لسبب ، والخصوم هم الاطراف الحقيقية دون نظر الى الاشخاص المائلين في الدعوى ، وموضوع الدعوى ومحلها هو الحق الذى يطالب به المدعى او المصلحة التى يرمى الى تحقيقها بالالتجاء الى القضاء أما السبب فهو الاساس القانونى الذى يبنى عليه الحق او هو ما يتولد منه الحق . او ينتج عنه ، والاساس القانونى قد يكون عقدا او ارادة منفردة او فعلا غير مشروع او اثراء بلا سبب او نصا في القانون ، ويتعين في هذا الصدد التمييز بين السبب والمحل ، وقد

وتثور بهذا الصدد مسألة جد هامة وتتعلق بالحكم الصادر في دعوى التعويض تأسيسا على جبر الاضرار التي سببها قرار غير مشروع مس الطاعن وآخرين ، وكان الطاعن استنفذ ميماد الطعن بالالغاء ، فالتجأ للقضاء يطلب تعويضه عما أصابه من اضرار نتيجة اعمال القرار الغير مشروع . فما هي الحجية التي يتمتع بها هذا الحكم ؟ وما هي الحجية التي يتمتع بها الشق من أسبابه الذي بحث في شرعية القرار الادارى كقرينة على خطأ الادارة وانتهى الى اعتباره مخالفا للقانون ؟ وهو ركن من اركان المسؤولية في الدعوى .

ونرى ان منطوق الحكم وفقا للمسلم به في الفقه والقضاء يتمتع بحجية نسبية حيث تعلق بحق شخصي وهو احقية الطاعن في جبر ما أصابه من اضرار من جراء عمل الادارة - قرار الادارة غير المشروع - أما الشق من أسباب الحكم الذي بحث في شرعية القرار وانتهى الى عدم شرعيته ومخالفته للقانون ، واثبت الخطأ في جانب الادارة . ولو ان هذا الشق يرتبط بالمنطوق حيث انه مقدمة من مقدماته ولولاها لما امكن الفصل في الدعوى الا انه يتمتع والحالة هذه بحجية مطلقة ، بمعنى اذا كان هذا القرار يشمل الطاعن وآخرين مسهم القرار المطعون ، فان الآخرين وان كانوا لا يستطيعون مطالبة الادارة بالتعويض تأسيسا على الحكم الصادر لمصلحة أحدهم ، الا أنهم يحتجون بأسبابه والتي انتهت في بحثها الى عدم مشروعية القرار محل الطعن ، ومن ثم اذا اقام أى من الآخرين الذي مسهم ذات القرار بطلب التعويض عما أصابهم هذا القرار من اضرار واستندوا في دعواهم الى الحكم الصادر لأحدهم فان المحكمة تمتنع عن بحث مشروعية القرار من جديد - هذه المشروعية التي تمثل ركن الخطأ في دعوى المسؤولية (١) .

يستمد المحل في الدعويين ويتمدد السبب وعلى ذلك لا يكون للحكم الصادر في الدعوى الاولى حجية الامر القضى في الدعوى الثانية او بالرغم من اتحاد المحل في الدعويين فقد يختل شرط اتحادي السبب فقد يكون الموضوع المتحد انقضاء الالتزام مثلا ، ولأسباب متعددة فمن يتسك بالوفاء يستطيع ان يتسك بمد ذلك ببراءة الدمة ... الخ وكذلك يجب التمييز بين السبب والدليل وقد يتحد السبب ويتمدد الادلة فلا يعول تعدد الادلة دون حجية الشيء به مادام السبب متحدا .

انظر مجموعة احكام المحكمة الادارية العليا - الطعن رقم ٧٩ في القضية رقم ١٢٢٧ لسنة ١٩٢٧ هـ ق بجلسة ١٩٦٥/٢/٢٨ س ١٠ جزء ٢ ص ٨٧٤ وما بعدها .

(١) ويؤيد وجهة نظرنا هذه الحكم الصادر من المحكمة الادارية العليا في مصر بجلسة ١٩٧٤/٣/١٧ في القضية رقم ٤٤٤ لسنة ١٦ ق المنشور بمجموعة الكتب الفنى س ١٩ ص ٢١٥ ، حيث كان يتعلق موضوع هذا الحكم بطلبين مرتبطين تقدم بهما الطاعن أحدهما يطلب الطاعن الناء قرار تخليه من الترقية وفي الثاني يطلب بالتعويض عما لحق به من اضرار ومن جراء هذا القرار . وقد انتهت المحكمة في حكمها

لأنها سبق وان بحثته وفضت فيه بحكم اكتسب حجية ، وهذا تأكيد للحجية المطلقة لهذا الشق من الأسباب .

اثر الحكم الإدارى فى مواجهة الغير :

الحكم بغير الالغاء ، لا يتمتع الا بحجية نسبية ، تكون قاصرة على أطراف الخصومة ، ولا تعداهم الى الغير ، وذلك نظرا لما يشيره الطاعن فى النزاع حول مركز شخصى أو ذاتى له .

أما حكم الالغاء ، يتعدى اثره للغير نظرا لطبيعة اثره المطلقة والتي قررها له المشرع واعترف بها القضاء (١) . وينجم عن هذا الأثر المطلق لحكم الالغاء النتائج الآتية :

١ - يمكن لكل من تعلقت له مصلحة ، أو مسه القرار المطعون فيه ، ان يحتج بالحكم الصادر بالغاء هذا القرار ، ولو لم يكن طرفا فى الخصومة ، ويستفيد من آثاره . وقد اكدت محكمة القضاء الإدارى فى أحكامها هذه النتيجة بقولها « وان كان الاصل فى الحكم ، الا يفيد منه سوى رافع الدعوى ، الا أنه اذا قام على بطلان قاعدة قانونية التزمته الإدارة فى ترتيب الأقدميات تعين عليها أن تجرى القاعدة على الوجه الذى أشار به الحكم ، ولو أفاد من ذلك

الى عدم قبول طلب الالغاء لعدم مباشرة التظلم فى الميعاد القانونى . وبالنسبة للطلب الثانى (التعميضى) فقد قضت له بالتعميضى عما أصابه من اضرار وجاء فى أسباب الحكم « . . . » . ولما كانت وزارة التربية والتعليم قد أصدرت فى ٢٠/١/١٩٥٩ القرار رقم ٢ لسنة ١٩٥٩ بالترقية الى الدرجة السابعة متخطية للمدى رقم حسم النزاع فى شأن أقدميته فى الدرجة الثامنة بحكم المحكمة الإدارية لوزارة التربية والتعليم فى الدعوى المذكورة والذى تأيد بحكم المحكمة الإدارية العليا فى ٢٩/١٠/١٩٦١ مما كشف من خطأ الموزارة فى منازعة المدعى فى أقدميته على الوجه المتقدم ومن ثم يكون قرار تخطى المدعى فى الترقية الى الدرجة السابعة المشار اليه قد صدر مخالف للقانون » . ومن ثم نرى أن الحكم الصادر بالتعميضى رغم أنه يتمتع بحجية نسبية الا أن الشق من أسباب هذا الحكم والتي بحثت فى شرعية قرار الادارة لاثبات ركن الخطأ فى دعوى المسؤولية يتمتع بحجية مطلقة . فكل من تعلقت له مصلحة بهذا القرار يمكنه الاستناد الى هذا الحكم ولا يمكن للمحكمة أن تعيد بحث شرعية أو عدم شرعية هذا القرار من جديد .

(١) الحكم الصادر بتاريخ ٢٤/٥/١٩٥١ فى الطعن رقم ٤٣٤ لسنة ٤ ق وقد أشار اليه الأستاذ

صلاح عبد الحميد السيد - فى مقاله السابق الإشارة اليها .

غير من صدر لصالحه ، لأن العيب الذى اشتمل عليه ترتيب الاقدمية غير متعلق بشخص رافع الدعوى ، وانما متعلق ببطلان القاعدة ذاتها « (١) .

٢ - كذلك يمس هذا الاثر حقوق الغير ، فان الغاء قرار الفصل يتضمن اولا إعادة تعيين الموظف المفصول الى وظيفته السابقة ، وثانيا فصل من حل محله في هذه الوظيفة . كذلك يترتب على الغاء قرار المسابقة الخاصة بالتعيين في وظائف معينة ، الغاء جميع قرارات التعيين التى صدرت بناء على هذه المسابقة .

ويغلب مجلس الدونة الفرنسى في المثال الاول الاعتبارات الانسانية (٢) على المقتضيات القانونية ، حيث يتجه عادة الى النظر بعين الرعاية الى هؤلاء الذين شغلوا الدرجات التى خات بالفصل وانه يتعين على الادارة ان تجد لهذا الغير وظيفة مساوية ، والعمل على تسوية حالته . وتتفق مع استاذنا الدكتور طعيمة الجرف فيما انتهى اليه من ان القرارات ، طالما كان ميعاد الطعن مفتوحا فيها ، وطالما كانت الطعون فى شأنها لاتزال منظورة امام القضاء ، فان ترتيب النتائج على صدورها سليمة ، وان استفاد مع قرينه الصحة التى تتمتع بها لا تزال تجرى على مسئولية الادارة ، بحيث لا يجوز لجهة الادارة ان تحتج فى مواجهة الحكم الصادر بالغائها ، بسبق تنفيذها ، اعتمادا على هذه القرينة ، كما لا يجوز للغير ممن استفاد من هذا التنفيذ ان يتمسك بها فى مواجهة الحكم الصادر بالالغاء (٣) ، حيث ان قرار الادارة لم يتمتع بعد بحجية الشيء المقرر .

وخلاصة القول ان الحكم الصادر بالالغاء يسرى اثره فى مواجهة الكافة فكل من تملقت له مصلحة أو مركز بالقرار المطعون فيه ، يمكنه ان يستفيد من الحكم الصادر بالالغاء .

(١) الطعن رقم ١١٥١ لسنة ٦ ق مجموعة السنة التاسعة لمحنة القضاء الادارى ص ٢٥٠ وقد اشير اليه فى مقالة الحكم الادارى والحكم المدنى - السابق الاشارة اليها .

وقى مجال القانون الخاص تمنع كل من احكام الحجر والتطبيق وابطال الزواج بحجية مطلقة - ، تسرى فى مواجهة الكافة نظرا لطبيعتها الخاصة .

انظر د. جلال المدوى - مبادئ الالبات ص ١٠٩ .

(٢) ويذكر الاستاذ دباتش - تأكيدا لهذا المعنى - ان القاضى لا يجهد الماء قرار الفصل فى حالة شغل مركز المفصول باخر حسن النية ، حتى لا يمس حق الغير ، ويكتفى بتقرير تمويض للطاعن . لان القاضى الادارى لا يتبنى فى الاصل الغاء قرار ادارى اكسب الغير حقوقا مشروعة .

انظر دباتش - المرجع السابق - ص ٧٦٠ .

(٣) انظر د. طعيمة الجرف - المرجع السابق - ص ٢٥٩ .

اثر الحكم الادارى على القضاء : -

يشارك الحكم الادارى مع الاحكام الأخرى فى القرينة القانونية التى حولها له المشرع ، والتى نطلق عليها حجية الشئ المقضى به ، والتى بمقتضاها يعد الحكم عنوانا للحقيقة . ويترب على ذلك امتناع القاضى الذى اصدر الحكم أو اى قاض آخر فى درجته ، ان يعيد النظر فى المنازعة موضوع الحكم بدعوى جديدة مبتدأة ، سواء اكان الحكم بالالغاء أو غير الالغاء أو فى المواد الأخرى غير الادارية . لان الحجية تمثل فيدا يرد على سلطة القاضى ، لأنها تعنى انهاء واستنفاذ ولايته فى المنازعة التى فصل فيها بحكم ، فلا يملك أن يعدل عنه ، أو يعدله .

ولا يعد خروجاً على الحجية المقررة للاحكام ، التجاء المحكوم له الى القاضى لتصحيح ما قد يشوب الحكم من أخطاء مادية بحتة كتابية أو حسابية ، دون ان يؤثر هذا التصحيح للخطأ المادى فى منطوق الحكم ويؤدى الى ما يناقضه (١) .

كذلك لا يعد خروجاً عنى حجية الحكم الطلب المقدم من أحد الخصوم لتفسيره فى حالة اذا ما شابه غموض أو إبهام ، وتقتصر سلطة القاضى فى هذا الطلب على ازالة اللبس والغموض ، دون أن يملك أن يعدل فى أساس حكمه السابق ولا أن يضيف اليه أو يحذف منه (٢) . ويعتبر الحكم الصادر فى التفسير مكملاً للحكم الاصلى .

(١) د. رمزى سيف - المرجع السابق - ص ٦٢٤ .

د. طيمه الجرف - المرجع السابق - ص ٣٢٩ .

الاستاذ صلاح عبد الحميد السيد « مقالته عن الحكم الادارى والحكم المدنى السابق الاشارة اليها » .

فقد قضت المحكمة الادارية العليا فى مصر « انه وان كانت المحكمة تستنفذ ولايتها باصدار حكمها الا انها تملك تصحيح ما وقع فى المنطوق وفى الاسباب الجوهرية التى تعتبر متممة له من اخطاء مادية بحتة كتابية أو حسابية - لا يعتبر الحكم المصحح معدلاً للحكم الذى يصححه بل متمم له - اذا تجاوزت المحكمة ولايتها فى التصحيح الى التعديل أو التفسير كان حكمها مخالفاً للقانون - مثال - تغيير منطوق الحكم المطعون فيه من عدم قبول الدعوى لرفعها بعد الميعاد الى الحكم بأحقية المدعى فى طلباته لا يعد تصحيحاً لخطأ مادى تغييراً للمنطوق بما يناقضه » .

(حكم المحكمة الادارية العليا بمصر جلسة ١٩٧٦/٤/٤ القضية رقم ٢٨٥ لسنة ١٥ ق - السنة ٢١

ص ١١٨) .

(٢) د. رمزى سيف - المرجع السابق - ص ٦٢٥ .

د. السنهورى - المرجع السابق - ص ٦٤٥ .

كذلك لا تمنع حجية الامر المقضى به ، من تقديم طلب للفصل فيما اغفلته المحكمة من طلبات موضوعية ، اما اغفال طلب فرعى فانه يعتبر بمثابة قضاء ضمنى برفضها ، فلا يجوز الرجوع الى المحكمة للفصل فيه (١) .

ويثار لدينا تساؤل هل يعد الدفع بسبق الفصل في المنازعة الادارية من النظام العام ؟ او بمعنى آخر هل يجوز للقاضي ان يتمسك بحجية الامر المقضى من تلقاء نفسه ولو لم يطلبه الخصوم ؟ او هل يجوز للخصوم اثارة هذا الدفع في أى مرحلة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة امام المحكمة الادارية العليا في مصر ، والغرفة الادارية بالمجلس الأعلى بالجزائر ؟

ان حجية الامر المقضى كما سبق وان بينا ، تقوم على اساسين هما وضع حد لتجديد الخصومات وعدم تأييد المنازعات ، بالإضافة الى عدم جواز قيام احكام متعارضة . ومما لا شك فيه ان هذه الاعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة وتمس النظام العام .

ففي مجال المنازعات المدنية والتجارية في مصر ، فقد كان يبين من نص المادة ٤٠٥ مدنى قديم ، وهو النص الذى كان معمولاً به قبل صدور قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ الصادر فى ١/٥/١٩٦٨ وقانون الاثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ الصادر فى ٣٠/٥/١٩٦٨ ان الخصم يملك التنازل عن حقه ، ومن باب اولى يملك النزول عن حقه فى التمسك بحجية الامر المقضى ، ومن ثم لم تكن الحجية فى مجال القانون الخاص من النظام العام - رغم تعلقها به ، حيث كان لايجوز للقاضي ان يشرها من تلقاء نفسه . وذلك الى ان صدر القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ السابق الاشارة اليه للمرافعات المدنية والتجارية فنصت المادة ١١٦ منه على « ان الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها » . ثم أكد المشرع المصرى عدوله عن الرأى القديم واعتبار الحجية من النظام العام (٢) ، وذلك

(١) د. السنهورى - المرجع السابق - ص ٦٤٥ .

د. رمزى سيف - المرجع السابق - ص ٦٢٦ .

(٢) انظر د. السنهورى - المرجع السابق - ص ٦٤١ .

ويذكر الاستاذ الدكتور جلال العدوى « ولقد حسنت لجنة مراجعة القانون المدنى الخلاف القائم فى هذا الشأن ، بأن اقترحت تعديل نص المادة ٤٠٥ مدنى بحيث تنص على ان للمحكمة ان تقضى بحجية الامر المقضى من تلقاء نفسها ، وبذلك لا يبقى ثمة شك فى تعلق هذه الحجية بالنظام العام ولقد استندت اللجنة فى تعديلها الى وجوب منع تعارض الاحكام وما يترتب على اهدار الحجية من تأييد للمنازعات .

بتعديله الفقرة الأخيرة من المادة ٤.٥ مدنى قديم بمقتضى المادة ١.١ اثبات والتي نصت « ... وتقتضى المحكمة بهذه الحجية من تلقاء نفسها »

ويكاد يتمقد الاجماع لدى الفقه ، على أن الحجية في مجال القانون الجنائي تعتبر من النظام العام ، لأن الحكم الصادر بالادانة أو البراءة يعنى النظام العام في المقام الأول ، ولا يجوز ان يترك أمر الحكم للخصوم يتصرفون فيه كما يشاءون ، بل ان الحجية في هذا المجال تكون من النوع المطلق .

أما في مجال المنازعات الادارية ، فان موقف القضاء الادارى المصرى منذ نشأته ، قد جرى على خلاف ما كان معمولاً به في مجال المنازعات العادية قديماً ، وموقف مجلس الدولة الفرنسى (١) ، حيث اضطرت احكام القضاء الادارى المصرى على أن الحجية تعد قاعدة جوهرية ، وأصل من الأصول القانونية العامة الواجبة الاحترام ، اقراراً للنظام والطمأنينة ، وتثبيتاً للحقوق والروابط الاجتماعية ، ولذلك ليس للمدعى أن يثير النزاع من جديد بعد أن فصلت فيه المحكمة بحكم حائز لحجية الشيء المقضى ، وتحدد على مقتضاه مركزه نهائياً ، ولأن كان الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها ، ليس من النظام العام ، الا أنه لا يجوز اثاره النزاع من جديد ، احتراماً لحجية الشيء المقضى به ، وعلى المحكمة مراعاة ذلك من تلقاء نفسها ، ولو غفل عن ذلك الخصوم ، باعتبارها قاعدة تنظيمية عامة ، يتمين التقيد بها ، لما فيها من استقرار للاوضاع الادارية في علاقة الحكومة بموظفيها وهى من روابط القانون العام وتتصل بالصالح العام (٢) .

د. جلال البعدوى - مبادئ الاثبات - ص ١١٤ .

- انظر رسالة الاثبات لاحمد نسيات - ص ٥٩٢ .

وقد جاء في مقدمة لجنة الشئون التشريعية من مشروع قانون باصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية المصرى في بيان السمات التى اتسم بها المشروع بقولها « ... ومن ذلك ما قرره المشروع من اعتباره حجية الشيء المقضى امراً متعلقاً بالنظام العام تقتضى به الحكمة من تلقاء نفسها ، وذلك تقديراً من ان الحجية تقوم على اعتبارات تتعلق بالصالح العامة وتستهدف تهادى تعارض الاحكام وعدم تأييد المنازعات حتى تستقر الحقوق المحكوم بها لاصحابها وبهذا عدل المشروع عن القامدة المقررة في القانون القائم ... » .

(١) في الوقت الذى لم يصل فيه المشرع الفرنسى الى اقرار قاعدة تعلق حجية الاحكام بمصفة عامة بالنظام العام - سارت احكام مجلس الدولة الفرنسى على اعتبار ان حجية حكم الالغاء تتعلق بالنظام العام .

رسالة د. عبد المنعم جيه - السابق الاشارة اليه - ص ٢١ ، ٢٦ .

(١) انظر د. طعيمة الجرف - المرجع السابق - ص ٢٣٢ .

وحسنا فعلت المحكمة الادارية العليا في مصر بهذا التحليل ، والذي انتهت فيه الى تعلق حجية الشيء المقضى بالنظام العام في مجال المواد الادارية كقاعدة تنظيمية عامة تنصل بالصالح العام (١) . وعلى خلاف القانون السائد في ذلك الوقت .

وتنص المادة ٣٣٨ فقرة ٢ من التقنين المدني الجزائري على أنه « . . لا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة تلقائيا » . ونرى في معرض التعليق على موقف المشرع الجزائري ، أن هذا النص ذو حكم عام ، يتعلق بحجية الأحكام مطلقا دون تفرقة بين الأحكام الصادرة في المواد المدنية أو المواد الادارية أو غيرها . ونستدل من هذا النص على موقف المشرع من عدم تعلق حجية الأحكام بالنظام العام . ويعد هذا الموقف محل نظر شديد في رأينا ، حيث يتعارض مع الصياغة القانونية للنظام القانوني للدولة الجزائرية في ظل التطورات الاشتراكية والتي عبرت عنها ابلغ تعبير في كل من الميثاق والدستور الجزائري (٢) .

فما هي المصلحة التي يستهدف المشرع الجزائري حمايتها من تقرير عدم تعلق حجية الأحكام بالنظام العام ؟ في رأينا إن هناك مصلحتان تثيرهما هذه المسألة ، المصلحة الاولى : مصلحة فردية تتعلق بالخصوم ، حيث تتعلق الخصومة بمركز قانوني شخصي لأحدهم حول حق ، وإذا كان يملك الخصم التنازل عن أصل الحق ،

(١) ويذكر الدكتور عبد المنعم جيرة في رسالته أن المحكمة الادارية العليا اعتبرت حجية الاحتكام الصادرة في المنازعات الخاصة بالمراكز التنظيمية العامة متعلقة بالنظام العام سواء أكانت طعونا بالالغاء أو كانت من قبيل المنازعات الاخرى كالمنازعات الخاصة بالمرتبات أو المعاشات وذلك تأسيسا على أن القواعد القانونية التي تنظم تلك المراكز . قواعد أمرة لا محل للاتفاق على ما يخالفها فاذا ما صدر حكم القضاء بشأن هذه المنازعات كان الحكم ملزما للطرفين بحسبانه يحدد ذلك المركز التنظيمي أو يكشف عنه ويصبح لا محل للاتفاق على ما يخالف الحكم أو النزول عنه وتندرج تحت المنازعات المتعلقة بالمراكز التنظيمية طعون الالغاء والمنازعات المتعلقة بالمرتبات والمعاشات الخاصة بالموظفين العموميين وكذلك المنازعات الخاصة بالانتخابات .

د. عبد المنعم جيرة - رسالته - ص ٢٩ .

(٢) تنص المادة ١٠ من دستور الجمهورية الجزائرية الصادر ١٩٧٦ « الاشتراكية اختيار الشعب الذي لا رجعة فيه ، كما عبر عن ذلك بكامل السيادة كل من الميثاق الوطني ، وهى السبيل الوحيد الكفيل باستكمال الاستقلال الوطني . ومفهوم الاشتراكية ، طبقا لما ورد في الميثاق الوطني نصا وروحا هو تعميق لثورة فاتح نوفمبر ١٩٥٤ ونتيجة منطقية لها . والثورة الجزائرية ثورة اشتراكية مستهدفة ازالة استغلال الانسان للانسان ، شعارها من الشعب الى الشعب » .

فمن باب أولى يملك ان يتنازل عن توابعه (١) ، والمصلحة الثانية : وتتمثل في مصلحة المجتمع التي تستهدف بالدرجة الأولى وضع حد للمنازعات والعمل على استقرارها وعدم تأييدها أمام القضاء الى ما لا نهاية (٢) ، وعدم تعارض الأحكام الصادرة في ذات الخصومة بين ذات الخصوم وحول ذات المحل ولنفس الأسباب ، هذا التعارض الذي سيؤدي حتما في حالة وقوعه الى عدم الثقة في احكام القضاء ، مما سيترتب عليه تمثر سير مرفق القضاء في أداء وظيفة العدالة ، مما سيصيب المجتمع بأبلغ الأضرار .

وترجيح المشرع الجزائري ، بمقتضى النص سالف الذكر ، لمصالح الخصوم على حساب مصلحة المجتمع يعد بلا شك من بقايا النزعة الفردية للخصومة ، والتي لم تعد تتلائم مع طبيعة المجتمع الجزائري الاشتراكي ، والذي ينبغي أن تغلب فيه المصلحة العامة للمجتمع . لا سيما وانه أولا - لن يضار الخصوم بتقرير المشرع سلطة المحكمة في اثارة الدفع بسبق الفصل لحجية الشيء المقضى من تلقاء نفسها ، وثانيا - رغم ظاهر النص فان الحجية تقوم على قاعدة هامة مؤداها منع القاضى من نظر منازعة سبق ان فصل فيها بحكم ، وان كان المشرع يقرر هذه القرينة - قرينة الحجية - الا أنه افقدها أساسها فالحكم الصادر من القاضى في منازعة سبق ان فصل فيها بحكم ، يكون حقيقا بالظن فيه ، لأن القاضى يكون باصداره هذا الحكم قد خرج عن حدود سلطته في نظرنا . ثم ثالثا - ومن الناحية العملية ، في ظل الإبقاء على هذا الوضع الشاذ ، الذي يتضمن تضارب موضوعى تشريعى - كيف نطلب من الأشخاص (سواء اكانت طبيعية او معنوية) احترام احكام القضاء ، اذا كان

(١) انظر رسالة الاثبات - احمد نشأت - ص ٥٩١ .

(٢) ويقول احمد نشأت في رسالته « ولو أن حق الدفع بقوة الشيء المحكوم فيه مبنى على النظام العام الا أن الدفع ذاته ليس من النظام العام لان عدم التمسك به في المسائل المدنية من الخصم الذى له المصلحة في ذلك لا يمس حق أى شخص آخر سواء . لذلك ليس للقاضى أن يقضى بموجباً من نفسه دون طلب من هذا الخصم . حقيقة أنه يجب اعتبار الحكم عنوان الحقيقة . ولكن ليس معنى هذا أن يكون الحكم هو الحقيقة المجردة . فقد يكون الحكم خطأ وذمة من صدر لمصلحته لا تسمح له بالتمسك به ، هذا فضلا عن ان كل انسان له أن يتنازل عن حق اكتسبه .

رسالة الاثبات - المرجع السابق - ص ٥٩٠ .

ويرى الباحث انه في حالة خطأ الحكم يمكن الظن فيه بطرق الظن المقررة للاحكام اما القول بأن كل انسان له أن يتنازل عن حق اكتسبه . فنسلم مع الاستاذ احمد نشأت بذلك بشرط ان لا يضر بمصلحة المجتمع .

القضاء لا يحترمها ، فاعادة الفصل في منازعة سبق ان فصل فيها ، هو عدم احترام
ضمنى للحكم السابق الصادر فيها . وتقضى المشروعية - في نظرنا - ان يحترم
صانع التصرف القانونى لما اصدره سواء اكان حكما او قرارا او قانونا .

وعليه نرى ضرورة اعادة النظر من جانب المشرع الجزائرى في هذا الموضوع
وذلك بتحويل المحاكم سلطة اثاره الدفع بحجية الشئ المقضى من تلقاء نفسها ، حتى
يلائم ذلك طبيعة المجتمع الاشتراكية . والذي تعلق فيه مصلحة الجماعة على مصلحة
الشخص .

الفصل الثاني

سلطة القاضي في تنفيذ احكامه الادارية

تظهر اهمية مشكلة تنفيذ الحكم الادارى من عدة جوانب ، فمن ناحية ، القاضي لا يملك ان يتدخل في عمل الادارة ويكرهها على القيام بعمل او الامتناع من عمل ، ولا يملك ان يكرهها على تنفيذ الحكم ، ومن ناحية ثانية لم يكفل المشرع للقاضي اتخاذ وسائل التنفيذ المباشر في مواجهة الاشخاص المنوبة العامة ، ومن ناحية ثالثة ضعف مركز المحكوم له بحكم في مواجهة الادارة ، ومسلك الادارة الدائم في المعاطلة والتسويف في تنفيذ الاحكام القضائية ، والذي قد يصل الامر فيه الى حد الامتناع عن تنفيذها (١) .

(١) ويذكر استاذنا الدكتور عبد الفتاح حسن في هذا الصدد « ان تعطيل تنفيذ الاحكام القضائية فلها مظهرها حيا للصراع بين سلطة ادارية تخرج بطبيعتها نحو مد اختصاصاتها ما امكثها ذلك ، وقاضى همه تطبيق نصوص قانونية مجردة وتوكيد احترامها بما يصدره من احكام ، وهو صراع تقليدى لا يقتصر على عصر او مكان معين بل هو وليد ظروف خاصة سياسية واقتصادية واجتماعية ، تعمل على ظهوره كما تتحكم بعد ذلك في مدى قوته ومنفوانه ، فيظهر هذا الصراع عندما تؤدي هذه الظروف الى خلق تعارض فكري بين كل من الادارة من ناحية والقاضى من ناحية اخرى ، من حيث وظيفة كل منهما والحدود التي يجب ان يلتزمها عند قيامه باعباء وظيفته كي لا تلجأ الادارة الى اساليبها الخاصة التي يعجز عنها القاضي ، وتستخدمها لتغليب منطقتها وفلسفتها على ما ايداه او ما يبديه القاضي من منطق وفلسفة .

وقد بين الاستاذ الدكتور عبد الفتاح حسن اساليب الادارة في الصراع بينها وبين القاضي والتي تتمثل في :-

١ - ان تعتمد الادارة الى استصدار تشريع تنتزع به كلية من القاضي اختصاصا معيننا تضاربت فيه افكاره وانكارها ، وتحصن عملها ضد تدخل ورقابة القاضي .

٢ - او تلجأ الادارة اذا ما قدرت ان حكما بعينه من شأن تطبيقه ان يؤدي الى مبدأ جديد لا تفره الادارة لتمد الى تعطيله باستصدار تشريع على ما يخالف الحكم كي تحرم القاضي مستقبلا من الالتجاء الى هذا المبدأ واماله في مواجهتها .

وبالنسبة لهذه الصورة الثانية نجد ان مجلس الدولة المصرى قد وقف لها حديثا بالمرصاد وادان موقف السلطة التشريعية اذا ما استصدرت تشريعا تصحح فيه الخطأ الذى سبق وان ارتكبه الادارة

فكيف يمكن للقاضي ان يفرض الاحترام لما يصدره من احكام في مجال القانون الادارى ؟ وما هي القيسة القانونية والعملية لحكم لا يستطيع قاضيه - مصدره - ان يكفل له التنفيذ ؟ (١)

اسباغ الشرعية على هذه المخالفة بقولنا « ان السلطة التشريعية وهي تضع قواعد عامة ومجردة لتطبيق في شأن الكافة على حد سواء ، تكون احرص على اصحاب هذه القواعد بصورة مطلقة دون اتاحة الفرصة للسلطة التنفيذية للخروج عليها في حالات خاصة على امل للجوء اليها بمد ذلك لاقرار ما ارتكبته من خطأ وامتباره صحيحا بقانون تصدره بالرغم ، اذ ان هذه الظاهرة غير سليمة وتؤدي بمرور الوقت الى ان تفقد القاعدة التشريعية احترامها وقدسيتها وما تتصف به من العمومية والتجريد » .

حكم المحكمة الادارية العليا بتاريخ ١٩٧٣/٤/١٠ ملحق رقم ٢٢ لسنة ٧٢ مجموعة الخمس سنوات القاعدة ٢٤ ص ٧٧ .

٣ - اول تلجأ الاكارة صراحة الى سلب الحكم الذى اصدره القاضي كل قيمة فعلية وعملية بأن تصدر قرارا اداريا تنظيميا على خلاف ذلك الحكم بأعمال سلطتها التنظيمية ودون حاجة الى الاجراء الى المشرع - وتكفل تنفيذه بما تتمتع به من امتياز التنفيذ الجبرى والمباشر لامعمالها الادارية . ويستطرد الأستاذ الدكتور عبد الفتاح حسن في توضيح هذه المشكلة الهامة فيقول « وحتى تدفع الادارة عن نفسها كل هذه التقييدات وتوفر عليها الكثير من الوقت والجهد ، وقد تعتمد الى موقف سلبى - تجاه الحكم وذلك بأن تمتنع صراحة او ضمنا عن تنفيذ مقتضاه ، وهي ظاهرة عرفها مجلس الدولة عندنا - في مصر - منذ سنواته الاولى ، عندما فوجئت الادارة بقراراتها النهائية تلتفى بأحكام قضائية ، وهو ما لم تمتدده خلال سنوات عديدة من حكم ادارة مطلقة كان يسنده الواقع والقانون على السواء - واتسع نطاق هذه الظاهرة حتى وجد رئيس مجلس الدولة وجوب الاشارة اليها في تقريره عن أعمال المجلس في عامه الثالث ، ملفتا النظر الى ضرورة تحقيق اصلاح خطير في نظام القضاء الادارى ، فقد علت أصوات تنادى بوجوب كفالة التنفيذ للاحكام التى يصدرها هذا القضاء فان بعضا من هذه الأحكام لا تنفذ او تنفذ في كثير من التراخي » .

د. عبد الفتاح حسن - « مقاله عن تعطيل تنفيذ الحكم القضائي » منشور بمجلة العلوم الادارية السنة ٦ العدد الاول من ٢٤٣ وما بعدها .

(١) التنفيذ القضائي هو العمل الذى يقوم به القضاء لازالة آثار مخالفة القانون وذلك بتغيير الواقع الخارجى ، حتى يصبح موافقا له .

كما يستقل التنفيذ القضائي عن العمل القضائي ، الا انه يعد من أعمال الوظيفة القضائية لا التنفيذية . ويستقل التنفيذ القضائي عن العمل القضائي حيث يعمل الاخير على تحقيق اليقين القانونى ، ويستتفد فايته بتحقيق هذا الغرض ، أما التنفيذ القضائي فيعمل على تغيير الواقع تغييرا جبريا حتى يصبح موافقا للقانون ، او بعبارة اخرى يحقق للقانون فاعلية عملية مادية وليس مجرد فاعلية نظرية نسبية .

انظر د. وجدى رابح - النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات السابق الاشارة اليها ص ١٠٢ وما بعدها .

وقد قضت المحكمة الادارية العليا في مصر ان مهمة القاضي الادارى تقف عند حد الفاء القرار الادارى غير المشروع ، اما تنفيذ مقتضى هذا الالفاء فتختص به جهة الادارة (١) .

وستعرض لهذه المشكلة في كل من فرنسا ومصر في مبحث اول ونخصي المبحث الثانى اسلطة القاضي الجزائرى في تنفيذ احكامه الادارية .

المبحث الاول

سلطة القاضي في تنفيذ احكامه

في كل من النظامين القضائين الفرنسى والمصرى

ومدى فعاليتها في كل منهما

تختلف اهمية هذه المشكلة قوة وضعفا ، وفقا لما اذا كان الحكم لصالح الشخص ام الادارة ، فاذا صدر الحكم لصالح الادارة كما هو الحال في المنازعات المضطربة المتعلقة بالوظيفة العامة ، فان الادارة تستطيع تنفيذ الحكم بعد اتخاذ الاجراءات المنصوص عليها في قانون المرافعات (٢) فتلجأ الى الحجز والخصم كما تستطيع ان تلجأ الى وسائل التنفيذ المباشر الاخرى الاعمال مقتضى الحكم ولا تعدم الادارة وسيلة في تنفيذ هذا الحكم . ولا يثير تنفيذ الحكم الصادر لمصلحة الادارة اى مشكلة ولكن تظهر اهمية المشكلة بقوة في حالة الحكم الصادر ضد الادارة . فكيف يمكن تنفيذ الحكم في مواجهة الادارة التى تتمتع بامتيازات السلطة العامة ، في الوقت الذى يحظر فيه على القاضي التدخل في عمل الادارة والحلول محلها ، كما تنعدم وسائل التنفيذ المباشر في مواجهة الاشخاص المعنوية العامة ، الا ان القاضي الادارى لم يقف مكتوف اليدين امام مشكلة امتناع الادارة عن تنفيذ احكامه ، لان هذه الظاهرة ، وان كانت تدل على عدم احترام الادارة لحجية الشيء المفضى به التى يتمتع بها الحكم ، فانها تدل في نفس الوقت على سوء فهم الادارة في علاقتها مع المحكوم له . لذلك يلجأ القاضي - رغم الحظر التقليدى المفروض حوله - الى تأكيد الاحترام للأحكام القضائية بوسائل تقليدية قضائية وفنية شتى نذكرها فيما يلى :

— ففى حالة الاعتداء المادى *voie de fait* وبعد ان تظهر الادارة بسلوكمها غير المشروع وغبتهما الضمنية في التجرد من ثوب السلطة الذى تنتسج به عادة ،

(١) حكم المحكمة الادارية العليا جلسة ١٩٧٤/٢/٢٤ القضية رقم ٢٨٩ لسنة ١٦ ق مجموعة السنة

١٩ ص ١٨٠ .

(٢) انظر د. وصفى - المرجع السابق - ص ٢٤٩ .

فانها تنزل الى مرتبة عامة الأشخاص ، وبعد أن يجرد القاضى عملها من صبغته الادارية يكون فى مقدوره ، والحال هذا ، ان يوجه اليها ما يمكن توجيهه فى مواجهة الأشخاص الخاصة من غرامات تهديدية (١) .

— وقد يلجأ القاضى الى الاتصال بالسلطة الرئاسية او السلطة الوصائية التى تملو جهة الادارة المختصة بتنفيذ حكمه ، طالبا منها استخدام صلاحيتها الفنية فى الرقابة (الرئاسية او الوصائية) لتنفيذ الحكم (٢) .

— ويملك القاضى — من الناحية العملية — ان يلقى عمل الادارة ، الصادر بالمخالفة لما أصدره من أحكام ، وذلك بناء على طلب من المحكوم له ، حيث أنه لا يملك ان يقحم نفسه فى المنازعة (٣) .

— كما يملك ان يوقف تنفيذ القرار الذى أصدر حكم بالفائه ، والذى لم تسحب الادارة نتائجه بعد ، واصرارها على تنفيذه رغم حكم القضاء .

— كما يملك الحكم بالتعويض — بناء على طلب المحكوم له عن الاضرار التى أصابت هذا الأخير من جراء امتناع الادارة عن تنفيذ الحكم (٤) .

وحسنا فعل المشرع فى كل من فرنسا ومصر باعتناقه قاعدة ان اطعن فى الحكم

(١) انظر دباتش — المرجع السابق — ص ٥٥٥ .

(٢) ويقول فى ذلك الاستاذ دى لوبادير « تختلف اجراءات القهر والقسر ضد الاشخاص العامة وتأخذ اسم مشكلة علاج الإرادة او النية السيئة للادارة ، والتي ظهرت للأسف فى صورة التأخير والنقص وعدم التنفيذ الكامل .. وفيما يتعلق بتنفيذ الاحكام المالية الصادرة ضد الادارة ، فتتمثل النية السيئة للادارة فى التباطؤ او التأخير او الامتناع الكلى عن التنفيذ ، ويوجد حل ادارى فى مواجهة الهيئات الموسوعة تحت الوصاية الادارية من طريق السلطة الرئاسية حيث تتولى ان تدفع عنها الالتزامات وتنفيذ الاحكام على حساب الهيئة ، كما يوجد حل قضائى اخر يتمثل فى مسؤولية الهيئة المنتمعة من جميع الاضرار التى سببها تمتنها وتأخيرها فى تنفيذ الحكم » .
Andrée de LAUBADERE «Traité elementaire de droit administrative» 5eme édition, Tome I 1970, p. 451.

(٣) حكم المحكمة الادارية العليا الصادر بجملة ١٩٧٤/٦/٢٩ فى القضية رقم ٢٦٤ لسنة ١٩ ق —

مجموعة الكتب الفنى ص ١٩ ص ٦٣ القاعدة ١٥٨ هـ .

(٤) انظر دباتش — المرجع السابق — ص ٥٥٥ .

د . وصفى — المرجع السابق — ص ٢٤٩ .

دى لوبادير — المرجع السابق — ص ٤٥١ .

لا يؤقف تنفيذه (١) . وان وقف تنفيذ الحكم لا يكون الا بمعرفة القضاء وتقديره للأضرار التي يخشى تداركها لو تم تنفيذ الحكم ، وذلك حتى لا تتفاقم المشكلة محل الدراسة بالتجاء الإدارة الى الضمن في الأحكام بمسوغ أو بدون مسرع بغية تحقيق هدفها في عرقلة تنفيذها .

ونلاحظ ان هذه الوسائل جميعها التي يلجأ اليها القاضي لا تؤدي الى علاج جذري للمشكلة المثارة ، وانما تعمل على مجرد منع تفاقمها ، كالطبيب الذي يعطي مريضه مسكنات دون ان يكون في مقدوره ان يقضى على مصدر الداء .

المطلب الأول

اللجان القضائية الخاصة بتنفيذ الأحكام في النظام الفرنسي

ادرك المشرع الفرنسي هذه الظاهرة (٢) ، وعمل على توفير علاج لها ، ضمنه المرسوم رقم ٧٦٦ الصادر في ١٩٦٣/٦/٣٠ الخاص بتنفيذ الأحكام الصادرة من

(١) انظر د. وصفى المرجع السابق - ص ٢٤٢ .

وقد نصت المادة ٥٠ من قانون ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة المصري . انه لا يترتب على الطعن امام المحكمة الادارية العليا وقف تنفيذ الحكم المطعون فيه ، الا اذا امرت دائرة فحص الطعون بغير ذلك ، كما لا يترتب على الطعن امام محكمة القضاء الاداري في الأحكام الصادرة من المحاكم الادارية وقف تنفيذها . الا اذا امرت المحكمة بغير ذلك ، كما نصت المادة ١٥ من ذات القانون « يجوز الطعن في الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الاداري والمحاكم الادارية ، والمحاكم التاديبية بطريق التماس اعادة النظر في الواميد والاحوال المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية او قانون الاجراءات الجنائية حسب الاحوال وذلك بما لا يتعارض مع طبيعة المنازعة المنظورة امام هذه المحاكم ولا يترتب على الطعن وقف تنفيذ الحكم الا اذا امرت المحكمة بغير ذلك ... » .

(٢) ان موقف الإدارة وامتناعها من تنفيذ الحكم سيؤدي الى اهدار كل قيمة لاحكام القضاء ، وقد وجدت حالات من هذا القبيل في فرنسا ، فقد حدث ان اصدر احد الممد قرارا ممييا بايقاف احد الموظفين ، فحصل هذا الاخير على حكم بالغاء القرار الصادر بايقافه ، فجدد الصمد قرار الايقاف مرة اخرى .. وهكذا حتى وصل عدد القرارات الملغاة مشرة في خلال عام واحد ، وانقلبت المسألة - على حد قول العميد هوريو - الى مبالغة بين المجلس والإدارة .

انظر د. سليمان الطماوي - الكتاب الثاني - المرجع السابق - ص ١٥٢ .

مجلس الدولة الفرنسي (١) ، والمرسوم الصادر في ٢٨/١/١٩٦٩ الخاص بتنفيذ الأحكام الصادرة من المحاكم الإدارية . وقد عمد المشرع الفرنسي الى تكوين لجنة قضائية تختص بمهمة تنفيذ الأحكام القضائية . وتتكون من رئيس ومستشار دولة وعدد ٩ أعضاء مستشارين ومقرر عام ووكيل دعوى . ومهمتها أن تنظر في طلبات المحكوم لهم المتعلقة بامتناع الإدارة من تنفيذ الأحكام والاتصال بالإدارة والتعرف على أسباب امتناع الإدارة عن التنفيذ . ورفع الأمر الى الوزير اذا اقتضى الأمر ، لاحاطته علما بامتناع إحدى الاجهزة الإدارية التابعة له عن تنفيذ حكم قضائي . ويتوقف تنفيذ الحكم ، وفقا للتطور الذي استحدثه المشرع الفرنسي باتباع إحدى الطرق التي رسمها المشرع اما بناء على طلب يتقدم به ذو الشأن الى اللجنة السالف الإشارة إليها ، او بناء على طلب ايضاح يقدم من الوزراء الى مجلس الدولة للتعرف على كيفية تنفيذ حكم قضائي ، او استشارة مجلس الدولة حول الصعوبات التي تعترض تنفيذ الحكم ، أو توجيه ارشاداته من المجلس للإدارة حول تنفيذ أحكامه .

وقد أبدت Mème دهشتها في عدم اقبال المحكوم لهم واحجامهم عن تقديم الطلبات (٢) الى اللجنة التي أسسها مرسوم ١٩٦٣ ، لدرجة أن بلفت هذه

(١) انظر في هذا الخصوص كل من :

- Victor Silvera «La reforme de Conseil d'Etat. Recueil Sirey, 1963. P. 56.
- Colette MEME L'intervention du juge adm. dans l'exécution de ses décisions, E.D.C.E. 1968 p. 41 — 49.
- DEBBACSH : op. cit., P. 555.

(٢) ويشترط لتقديم الطلب الى اللجنة المذكورة أن يكون قد مضى على صدور الحكم ستة شهور وامتناع الإدارة من تنفيذه ، وقد بلفت عدد الطلبات التي قدمت وفقا للمادة ٥٩ من المرسوم السابق الإشارة اليه خلال السنوات القضائية الخمسة من ١٩٦٣ — ١٩٦٨ — عدد ٩٠ طلبا ، قامت اللجنة بتحقيق تنفيذ ٣٢ حكما منها .

والبندول الايمن موقف اللجنة اراء طلبات تنفيذ تلك الاحكام .

ما لم يتم تنفيذه واسباب ذلك

عدد الطلبات القدمة الى اللجنة	ما تم تنفيذه	تداول				عدد القضايا التي تم تنفيذها
		طلبات غير مؤسفة	مراسلات جارية وعد بالتنفيذ	تمت التنفيذ	مدم اختصاص لاسباباخرى	
١٠	٢٢	١	٢	٢	٨	٢٧

كما بينت الجدول التالي اللذة التي تم فيها تنفيذ عدد ٢٢ حكم السابق الاشارة اليها .

عدد القضايا التي تم تنفيذها	التنفيذ في اقل من ١٢ شهرا	التنفيذ ما بين ١٢ - ١٨ شهر	التنفيذ ما بين ١٨ - ٢٤ شهرا	التنفيذ ما بين ٢٤ - ٣٠ شهر	التنفيذ في اكثر من ٣٠ شهر
٢٢	٥	١٢	٢	٢	١

انظر مقالة Colette MEME من تدخل القاضي الادنى في تنفيذ احكامه القضائية السابق

الاشارة اليها

٢ انظر ايضا ديش - المرجع السابق - ص ٥٥٥ .

لوزست جوى - المرجع السابق - ص ٢٢١ .

وبلاحظ ان الوزراء كان لهم حق طلب الإيضاح من مجلس الدولة حصول كيفية طرق تنفيذ

الاحكام بتتبعي المادة ٢٢ من امر ١٩٤٥/٢١ . وقد أكد هذا الحق المبرع الفرنسي بتتبعي المادة ٥٨

من مرسوم ١٩٦٢/٣ . وقد بلغت عدد طلبات الاستشارة التي قدمت لمجلس الدولة :

الطلبات في خلال خمس سنوات قضائية ٩٠ طلبا ، في الوقت الذي صدر فيه اكثر من ١٥٠٠٠ حكم ادارى (١) .

ونلاحظ انه وفقا للاحصائية الاسبق الاشارة اليها فانه يبين لنا ان اللجنة سالف الاشارة اليها لم تنجح سوى في تحقيق تنفيذ ٣٢ حكم قضائي من ٩٠ حكم ، وان هذا التنفيذ لم تستطع اللجنة تحقيقه الا في فترات زمنية بلغت اكثر من سنتين ونصف سنة بالاضافة الى الستة اشهر الاولى التي اعتبرها المشرع كشرط لتقديم الطلب الى اللجنة المذكورة ، ومفاد ذلك انقضاء اكثر من ثلاث سنوات على الحكم بيد المحكوم له دون أن يستطيع هو أو مصدره (القاضى) من تنفيذه ازاء تعنت الادارة (٢) .

جدد

- ٥٣ طلب استشارة خلال السنة القضائية ٦٣ - ١٩٦٤ .
- ٥٠ طلب استشارة خلال السنة القضائية ٦٤ - ١٩٦٥ .
- ٤٢ طلب استشارة خلال السنة القضائية ٦٥ - ١٩٦٦ .
- ٤٠ طلب استشارة خلال السنة القضائية ٦٦ - ١٩٦٧ .
- ٣٣ طلب استشارة خلال السنة القضائية ٦٧ - ١٩٦٨ .

كما قدم ١٢ طلب ايضاح من الوزراء خلال هذه السنوات القضائية الخمس واستخدم مجلس الدولة لمرّة واحدة حقه في توجيه ارشادات للادارة من تلقاء نفسه وبدون طلب ، حول تنفيذ حكم قضائي وكان ذلك خلال اليمام القضائي ٦٥ - ١٩٦٦ .

انظر مقالة **MEME** السابق الاشارة اليها وقد كانت كاتبة المقال صاحبة الفكرة التي اخذ بها المشرع الفرنسي في مرسوم ٧٦٦ الصادر في ١٩٦٣/٧/٣٠ سالف الاشارة اليها - ص ٤١ .

انظر ايضا اونست حموي - المرجع السابق - ص ٢٢٦ .

وتدليل الاحكام الادارية الفرنسية بالصيغة التنفيذية الآتية :

«La Republique demande et ordonne au ministre au préfet, cé éventuellement pour les tribunaux administratif) de... en ce qui le concerne, et à tous huissiers a ce requis en ce qui concerne les voies de droit commune contre les parties privées de pouvoir à l'exécution de la présente décision (au du présent jugement).

ونلاحظ ان هذه الصيغة التنفيذية لا تسمح باستخدام طرق التنفيذ الجبرية في مواجهة الاشخاص المعنوية العامة ، حيث قصر المشرع استخدامها في مواجهة الاشخاص الخاصة دون غيرهم . وقد ساعد هذا الموقف من جانب المشرع على تفاتم مشكلة تنفيذ الاحكام الادارية .

(١) انظر **Même** - المقالة السابقة - ص ٤٣ .

(٢) ويدكر دباتش - انه من الناحية العملية والتطبيقية لم تجد اللجنة المذكورة حل لما عرض

عليها من القضايا الا بعد اكثر من مضي ١٨ شهرا .

انظر دباتش - المرجع السابق - ص ٥٥٥ .

ونحن نرى ان العلاج لا يكون بانشاء لجنة أو عدة لجان ، وانما يكون بتحويل القضاء سلطة فعلية ، عملية ، تكفل له تنفيذ احكامه . وذلك بغية أن توفر للاحكام هيبتها ونحفظ للقضاء كرامته ، فما قيمة قضاء لا تحترم احكامه (١) ، هذا الحكم الذى لا يقدم للمحكوم له أكثر من فاعلية نظرية ونفسية عكس الحال اذا ما خور القضاء سلطة تنفيذه فانه سيقدم للمحكوم له فاعلية عملية مادية (٢) .

المطلب الثانى

تجريم المشرع المصرى لفعل الامتناع عن التنفيذ

وقد اقتصر موقف المشرع المصرى على مجرد تجريم فعل الامتناع من جانب ممثل الادارة عن تنفيذ الحكم ، واعتبار فعل الامتناع جريمة يعاقب عليها بالحبس والعزل وذلك بمقتضى المادة ١٢٣ عقوبات مصرى . ذلك بالاضافة الى حدود سنطة القاضى التقليدية التى يمارسها لتأكيد الاحترام لما يصدره من احكام ، وذلك بممارسته لسلطة الغاء كل قرار تتخذه الادارة بالمخالفة لحجية الحكم الصادر وذلك بناء على طلب المحكوم له ، والحكم على الادارة بالتعويض عن الأضرار التى يسببها امتناعها عن التنفيذ للمحكوم له ، وايقاف تنفيذ القرار المطعون ، والذى صدر الحكم بالقائه ، الا أن الادارة ما تزال تتخذ اجراءات تنفيذه ..

ويؤكد استاذنا الدكتور محمد كامل ليله ان المهم بالنسبة لصاحب الشأن هو تنفيذ حكم الالغاء بالذات . ولذلك فقد اضطر المشرع الى التدخل لحل هذه المشكلة والزام الادارة باحترام احكام القضاء والمبادرة الى تنفيذها، وتم ذلك بناء على رجاء

(١) ويقول العميد ديجى « يسود مبدأ المشروعية جميع نواحي القانون الحديث .. ولكن حتى يتاح لهذا المبدأ ان ينتج كل اثاره ، يجب التسليم بمبدأ ثان يكمله وهو ضرورى مثله ، اذ ان الاخلال به يصير مبدأ المشروعية الى العدم . ففى كل البلاد المتحضرة التى تعيش فى ظل نظام قانونى يجب ان تقوم جهات قضائية ذات نظام متين تتالف من رجال ذوى كفاية ، يكونون مستقلين كل الاستقلال عن السلطة السياسية ، ويجب الاعتراف بان الاحكام التى تصدر من هذه الجهات هى احكام واجبة الاحترام من الحاكم والمحكوم على السواء ، وعلى جميع الهيئات العامة ، أى كانت من البرلمان الى اصغر مجلس محلى ومن رئيس الدولة الى اصغر الموظفين شأننا ان يسلموا بوجود احترامها .

وقد اشار اليها د. محمد كامل ليله - المرجع السابق - هامش ٢ ص ١٢٧٨ .

(٢) ويذكر د. وجدى راغب فى رسالته بأنه توجد سمات مشتركة بين نظام التنفيذ القضائى ونظام العمل القضائى تعبر عن وحدة الوظيفة . ويقصد بها الوظيفة القضائية سواء من الناحية الاجرائية أو التشريعية أو العضوية .

انظر الرسالة السابقة - ص ١٠٦ وما بعدها .

ونداء ورد في تقرير لمجلس الدولة حتى لا تتماذى الإدارة في عدم احترام قضاء المجلس ، وتفقدتها قيمتها العملية ، وقد اتخذ تدخل المشرع مظهر التشدد مع الإدارة اذ قرر عقوبة جنائية تطبق على من يمتنع عمدا عن تنفيذ حكم القضاء اذا كان التنفيذ داخلا في اختصاصه .

وقد تم ذلك بتعديل المادة ١٢٣ عقوبات مصرى وذلك بمقتضى المرسوم رقم ١٢٣ لسنة ١٩٥٢ بحيث اصبح الموظف الذى يمتنع عمدا عن تنفيذ الحكم مرتكباً لجريمة جنائية عقوبتها الحبس والعزل (١) . ثم صدر دستور ١٩٧١ مؤكداً ان الامتناع عن تنفيذ الأحكام أو تعطيل تنفيذها من جانب الموظفين العموميين المختصين جريمة يعاقب عليها القانون ، وللمحكوم له في هذه الحالة حق رفع الدعوى الجنائية مباشرة الى المحكمة المختصة (مادة ٧٢ من دستور ١٩٧١) .

وقد أكد القضاء الإدارى المصرى هذا المسلك ، حيث قرر « ان اصرار الوزير على عدم تنفيذ الحكم ينطوى على مخالفة خطيرة وجسيمة ، لقوة الشيء المقضى به ، لما تنطوى عليه من خروج سافر على القوانين ، مما يجعلها عملاً غير مشروع يقع تحت طائلة المادة ١٢٣ عقوبات فيما تنص عليه من ان كل موظف استعمل سطوة وظيفته في توقيف حكم أو أمر أو طلب من المحكمة أو أى أمر صادر من جهة اختصاص يعاقب بالحبس والعزل ، هذا بالإضافة الى اعتبار خطأ الوزير الممتنع عن تنفيذ الحكم خطأ شخصياً ، يستوجب مساءلته شخصياً في ذمته الخاصة عن تعويض الأضرار المترتبة عليه (٢) » .

(١) د. محمد كامل ليلة - المرجع السابق - ص ١٢٧٨ .

(٢) حكم محكمة القضاء الإدارى الصادر في ١٩٥٠/٦/٢٩ - مجموعة الخمس عشر سنة . جزء ٢ ص ١١٢٩ اشار اليه د. طعيمة الجرف وبين الاستثناءات التى قررها القضاء المصرى على هذه القاعدة .
الاول : اذا كان السبب في تأخير تنفيذ الحكم يرجع الى تبادل المكاتبات بين الوزارة ووزارة المالية وديوان الموظفين ، ولم يكن التأخير نتيجة لتقصير من الوزارة خصوصاً بعد ان قررت في مذكرتها انها صرفت الى المدمى الفروق المالية التى يستحقها بالكامل نفاذاً للحكم الصادر لصالحه وعليه أن يثبت للقاضي ان جهة الإدارة لم تتراخ في تنفيذ الحكم أكثر من الوقت اللازم ، ولكنها تكون قد بادرت الى تنفيذه جزئياً عقب اعلانها به بفترة وجيزة . واتخذت في الوقت نفسه الاجراءات اللازمة لاستكمال التنفيذ مما ينفى عنها مظنة التمرد أو الرغبة في الاعنات .

الثانى : حالة ما اذا كان يترتب على تنفيذ الحكم فوراً اخلافاً خطيراً بالصالح العام بتعذر تداركه ، كحدوث فتنة أو تعطيل سير مرفق عام ، فيرجع عندئذ الصالح العام على الصالح الخاص ولكن بمراعاة ان تقدر الضرورة بقدرها وان يعوض صاحب الشأن ان كان لذلك محل .

- انظر د. طعيمة الجرف - المرجع السابق ص ٣٦٦ وما بعدها .

- انظر تعليق الاستاذ الدكتور عبد الفتاح حسن السابق الاشارة اليه ص ٣٦٨ وما بعدها .

وتنص المادة ١٢٣ عقوبات مصرى « يعاقب بالحبس والعزل كل موظف عمومى استعمل سلطة وظيفته فى وقف تنفيذ الأوامر الصادرة من الحكومة أو احكام القوانين واللوائح أو تأخير تحصيل الأموال، والرسوم أو وقف تنفيذ حكم أو أمر صادر من المحكمة أو من أية جهة مختصة . كذلك يعاقب بالحبس والعزل كل موظف عمومى امتنع عمدا عن تنفيذ حكم أو أمر مما ذكر بعد مضي ثمانية أيام من انذاره على يد محضر اذا كان تنفيذ الحكم أو الأمر داخلا فى اختصاص الموظف » .

وتتضمن المادة السابقة جريمتين : -

- الاولى - جريمة استعمال الموظف سلطة وظيفته فى وقف تنفيذ حكم قضائى .
- والثانية - جريمة الامتناع العمدى عن تنفيذ الأحكام .

وبالنسبة للجريمة الثانية فإنه يشترط لثبوتها توافر العناصر الآتية : **عنصر أول** مفترض أن يكون المتهم فيها موظفا عاما . وقد عرفت محكمة النقض المصرية الموظف العام بأنه كل من يعهد اليه بعمل دائم فى خدمة مرفق عام تديره الدولة أو أحد اشخاص القانون العام عن طريق شغله منصبا يدخل فى التنظيم الإدارى لذلك المرفق . ومن ثم رفضت محكمة النقض المصرية اسباغ صفة الموظف العام على رؤساء مجالس ادارات المؤسسات الصحفية (١) فى مجال تطبيق المادة ١٢٣ عقوبات . **وعنصر ثانى** مادى يتمثل فى فعل الامتناع عن تنفيذ الحكم القضائى . واعتبر المشرع مضم ثمانية أيام على تاريخ انذار الموظف المختص ودون اتخاذ اجراءات تنفيذ الحكم بمثابة قرينة تفيد امتناعه عن التنفيذ . **وعنصر ثالث** معنوى وهو قصد الامتناع عن التنفيذ وتعمد ذلك .

واستلزم المشرع لقيام الجريمة توافر اجراء شكلى خاص وهو انذار الموظف المختص بالتنفيذ على يد محضر . وانقضاء ثمانية أيام على هذا الانذار دون تنفيذه ، وواضح أن القصد من هذا الاجراء هو تنبيه الموظف المختص الى تنفيذ الحكم واتاحة الفرصة له لتلافى المسئولية الجنائية . والانذار المنصوص عليه فى المادة ٢/١٢٣ عقوبات لا يغنى عنه الاكتفاء بإعلان الصورة المذيلة بالصيغة التنفيذية للحكم . وانما يعد الانذار شرطا من شروط قبول الدعوى حيث يعد بمثابة القرينة التى يستدل

(١) نقض جنائى بجلسة ١٩٧٦/٣/٢١ - مجموعة الكتب الفنى - السنة ٢٧ ص ٢٢٠ - الطعن

منها القاضى على امتناع الموظف عن التنفيذ . وللقاضى أن يبحث عن قصد الموظف حول التنفيذ أو عدم التنفيذ (٨) .

وحسنا فعل المشرع المصرى بتعديله الفقرة الثالثة من المادة ٦٣ اجراءات جنائية كى تكون « فيما عدا الجرائم المشار اليها فى المادة ١٢٣ عقوبات لا يجوز لغير النائب العام أو المحامى العام أو رئيس النيابة العامة رفع الدعوى الجنائية ضد موظف أو مستخدم عام أو أحد رجال الضبط لجنابة أو جنحة وقعت منه أثناء

(١) وقد قضت محكمة النقض الدائرة الجنائية . « انه لما كان الحكم الابتدائى المأخوذ بأسيايه والكلل بالحكم الطمون فيه حصل واقعة الدعوى بما مجمله أن الطمون ضده - المدعى بالحقوق المدنية - استصدر حكما ضد الطامن بصفته رئيسا لمجلس مدينة دمياط بالزامه بالتعويض المستحق له عن قطعة أرض مملوكة له وصدر قرار بنزع ملكيتها لصالح مجلس المدينة . ولما ام تجد المطالبة الودية للطامن بالمبلغ المقتضى به قام بانذاره بتنفيذ الحكم فرد عليه بعدم وجود مصرف مالى لتنفيذه وبانه طلب من المديرية المالية تدبير المبلغ المحكوم به ليقوم بتنفيذ الحكم فاعتبر المدعى بالحقوق المدنية هذا الرد من الطامن امتناعا عن تنفيذ الحكم يقع تحت طائلة نص المادة ١٢٣ عقوبات وأقام على الطامن دعوى الجنحة المباشرة موضوع هذا الطمن . ثم أورد الادلة على ثبوتها فى حق الطامن ورد على ما دفع به الطامن من انتفاء القصد الجنائى لعدم استطاعته تنفيذ الحكم لعدم وجود المورد المالى بقوله « وحيث انه ما من شك فى أن تنفيذ الحكم المذكور يدخل فى اختصاص السيد رئيس مجلس مدينة دمياط وهو ما لم يزعم أن ذلك لا يدخل فى اختصاصه ومن ثم يكون متممدا عدم تنفيذ الحكم المذكور » وأضاف الحكم الاستثنائى فى معرض رده على هذا الدفع بقوله (من الطيبين أن يكون المجلس قد وضع فى خطته المالية اعداد القابل التقضى لهذا الاستيلاء وقام برصده فى ميزانيته المالية تمهيدا لصرفه الى مالك الارض المستولى عليها عند صدور حكم نهائى بتقدير قيمة التعويض المستحق ... والسؤال الذى يطرح نفسه الان هو أن الاعتماد المقرر عن خطة المجلس بالاستيلاء على أرض المدعى بالحق المدنى ، ان الاجابة على هذا السؤال يكمن فيها أسباب اطمئنان المحكمة الى توافر قيام أركان الاتهام المسند الى المتهم فى حقه) لما كان ذلك وكان ما أورده الحكمان الابتدائى والاستثنائى - على ما سلف غير كاف للتدليل على ان الطامن قصد عدم تنفيذ الحكم الصادر لصالح الطمون ضده فان الحكم يكون مشوبا بالقصور فى اثبات توافر القصد الجنائى فى الجريمة التى أدین عنها » .

(حكم محكمة النقض المصرية الدائرة الجنائية بجلسته ١٩٧٧/١٢/٢٥ مجموعة الكتب الفنى -

السنة ٢٨ ص ١٠٦٦ الطمن رقم ٧٩٦ لسنة ٤٧ قضائية) .

تأدية وظيفته أو بسببها » (١) ، وما استحدثته الفقرة الرابعة للمادة سالفه الذكر من أنه « استثناء من حكم المادة ٢٣٧ من هذا القانون يجوز للمتهم في الجرائم المشار إليها في المادة ١٢٣ عقوبات عند رفع الدعوى عليه مباشرة أن ينبى عنه وكيله لتقديم دفاعه مع عدم الاخلال بما للمحكمة من حق في أن تأمر بحضوره شخصيا »

وبهذا التعديل التشريعى حرر المشرع المحكوم له عند تحريكه دعواه الجنائية من قيد يتمثل في ضرورة الحصول على اذن النائب العام والذي لا يكتفى بمجرد صدور الاذن وانما كان يتولى اجراءات تحقيق الجريمة بنفسه او بواسطة أحد المحامين العامين أو رؤساء النيابة العامة . ومن ثم يسر السبيل أمام المحكوم لهم بأحكام يدخل تنفيذها في سلطة الموظفين العامين بأن يلجأوا مباشرة بمقتضى الدعوى المباشرة الى القضاء لمساءلتهم جنائيا ومدنيا .

وان كنا قد أثينا على المشرع منسلكه هذا ، الا أننا نرى قصور فعل التجريم في هذه المشكلة الخطيرة ، حيث تقتصر الجريمة على الامتناع العمدى . في الوقت الذى نرى فيه ضرورة تجريم كل من فعل التراخى والاهمال في التنفيذ حيث يصعب عملا اكتشاف القصد العمدى في هذه الجريمة فيكفى مجرد وعد الموظف المسئول عن التنفيذ بالقيام به كى ينفى قصده العمدى ثم يتراخى في التنفيذ لسنوات وسنوات . ومن ثم كان لا بد أن يشمل التجريم كل من الامتناع العمدى والتراخى في التنفيذ والتنفيذ بأهمال مع تنوع العقوبات المقررة حسب جسامة الجرم الكامن في كل جريمة فيها وأن تضاف الى العقوبة الأصلية عقوبة تكميلية أخرى وهى الاشهار ، بمعنى نشر الحكم في الصحف اليومية . كى يحقق الحكم الردع العام لغيره من الموظفين كى يهبوا من فورهم لتنفيذ أحكام القضاء .

(١) كانت تنص المادة ٣/٦٣ ، ٤ اجراءات جنائية (قبل تعديلها بالقانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢ والمتشور بالجريدة الرسمية الممدد رقم ٣٩ الصادر في ١٩٧٢/٩/٢٨) لا يجوز لغير النائب العام أو المحامى العام أو رئيس النيابة العامة رفع الدعوى الجنائية ضد موظف أو مستخدم عام أو أحد رجال الضبط لجريمة وقمت منه أثناء تأدية وظيفته أو بسببها ، ومع ذلك اذا كانت الدعوى عن جريمة من الجرائم المشار إليها في المادة ١٢٣ عقوبات وكان الحكم المطلوب تنفيذه صادرا في منازعة ادارية ، فلا يجوز رفع الدعوى الجنائية أو اتخاذ اجراء فيها الا بناء على اذن النائب العام وعليه أن يأمر بالتحقيق او ان يجربه بنفسه او ان يكلف أحد المحامين العامين او احد رؤساء النيابة العامة به .

المطلب الثالث

العلاج المقترح للمشكلة

ونرى انه لما كان الأصل ان الإدارة يقع عليها التزاما باحترام أحكام القضاء (١) ، وتحملها مسئولية امتداعها عن تنفيذ احكامه ، لذلك فاننا نلاحظ أنه رغم الاجراءات التى اتخذها كل من المشرع الفرنسى ، والمشرع المصرى ، فانها لم تردع الإدارة ولم تنزلها عند حد الخضوع لاحترام وتنفيذ احكام القضاء . فالمثال الذى شاهدناه فى النظام الفرنسى لم يستطع أن يقنع المحكوم له بالالتجاء ثانية للقضاء لتنفيذ حكمه فكانت محصلته ٩٠ طلبا من أكثر من ١٥٠٠٠ حكم صدرت فى خلال تلك الفترة . واستطاع القاضى ان يكفل تنفيذ ٣٢ طلبا من مجموع هذه الطلبات بينما فى النظام المصرى فنادرا ما نشاهد او نطالع قرارا بادانة رئيس ادارى لامتناعه عن تنفيذ حكم رغم تجريم المشرع فعل الامتناع عن تنفيذ الاحكام .

وحتى يمكن أن نضمن فعالية النظام فى تنفيذ احكام القضاء فانه يلزم منح القضاء سلطة فعلية لتنفيذ الاحكام الادارية بالإضافة الى سلطاته التقليدية . وتمثل حدود هذه السلطة الفعلية المقترحة فى :-

١ - تخصيص قاضى او أكثر بكل محكمة ادارية تكون مهمته مراقبة تنفيذ احكام القضاء . ولا يباشر هذه المهمة الا بناء على طلب يتقدم به المحكوم له بحكم ضد الإدارة وذلك بعد مضي فترة زمنية معينة يحددها المشرع قد تكون سنة او ستة شهور . ويعتبر مضي هذه الفترة منذ صدور الحكم الى تاريخ تقديم الطلب بمثابة قرينة على امتناع الإدارة عن تنفيذه . وينبغى ان يخول قاضى التنفيذ الادارى سلطة الاتصال بالهيئات الادارية المختلفة كى تمارس هذه الهيئات سلطاتها لدى الهيئات الادارية الدنيا التابعة لها رئاسيا او وصائيا بفرض النزول على مقتضى الاحكام الادارية وتنفيذها . كما يمكن فى ذات الوقت للهيئات الادارية المختلفة الاتصال بقاضى التنفيذ كى يذلل لهم ما قد يعترض تنفيذ الحكم من صعوبات وان يبين لها كيفية التنفيذ ووسائله .

(١) التزام الإدارة بتنفيذ الحكم الادارى ، هو التزام قانونى اكده المشرع بمقتضى المادة ١/٥٤ من قانون مجلس الدولة المصرى (وكان مفروضا من قبل فى قوانين المجلس السابق) رقم ٧ لسنة ١٩٧٢ والتي تنص على ان الاحكام الصادرة بالالغاء تكون صورتها التنفيذية مشمولة بالصيغة التنفيذية الآتية « على الوزراء ورؤساء المصالح تنفيذ هذا الحكم واقرار مقتضاه » بالنسبة لاحكام الالغاء ، أما بالنسبة للاحكام الادارية فى غير الالغاء ، فقد كفل المشرع التزام الإدارة بتنفيذها بمقتضى الفقرة الثانية من المادة سالفة الذكر حيث تدل بالصفة الآتية « على الجهة التى يشاط بها التنفيذ ان تبادر اليه متى طلب منها ، وعلى السلطات المختصة ان تعين على اجرائه ولو باستعمال القوة متى طلب اليها ذلك » .

٢ - تجريم الامتناع عن تنفيذ الاحكام الادارية وكذا سورتي التراخي والاهمال في التنفيذ . بحيث اذا لم تسفر الاتصالات بين قاضي التنفيذ والهيئات الادارية المختلفة عن استجابة الجهة الادارية ونزولها على مقتضى الحكم المطلوب تنفيذه ، يكون نقاضي التنفيذ سلطة تحريك الدعوى الجنائية قبل الممثل القانوني لجهة الادارة الممتنعة لدى النيابة العامة لمباشرة الدعوى الجنائية قبله . وذلك بخلاف مساءلته تأديبيا .

٣ - تقرير عقوبة تبعية لجرائم الامتناع عن التنفيذ او التراخي او الاهمال وهي عقوبة الاشهار عن الجريمة ومرتكبها والعقوبات الموقعة في الجرائد والصحف القومية .

ولن تتحقق هذه الساطة الفعلية للقضاء الاداري الا بموجب تعديل تشريعي يتضمن هذه المقترحات كي نحقق بذلك التوازن بين وظيفة القضاء ووظيفة الادارة .

ويكفي من الناحية العملية ، ان نطالع في الصحف اليومية ، بخبر ادانة احد ممثلى الادارة وعزله من وظيفته وحبسه بسبب امتناعه عن تنفيذ حكم قضائي ، ونضمن عقب ذلك سرعة اتخاذ الادارة في المستقبل كل الاجراءات اللازمة لكفالة تنفيذ احكام القضاء .

المبحث الثاني

سلطة القاضي الجزائري في تنفيذ احكامه ومدى فعاليتها

وتثار ذات المشكلة في النظام الجزائري، حيث ان اساس التزام الادارة الجزائرية بتنفيذ الاحكام يستمد من المادة ١٧١ من دستور ١٩٧٦ والتي تنص « على كل اجزرة الدولة المختصة ان تقوم في كل وقت وفي كل مكان وفي كل الظروف بتنفيذ احكام القضاء » . ويتضمن هذا النص التزاما عاما بتنفيذ احكام القضاء . ويستمد الالتزام الخاص الملقى على عاتق الادارة بتنفيذ الحكم من الصيغة التنفيذية التي تديل بها الاحكام، والتي نص عليها المشرع في المادة ٣٢٠ من قانون الاجراءات المدنية ، بقوله ، « كل حكم او سند لا يكون قابلا للتنفيذ الا اذا كان مهورا بالصيغة التنفيذية التالية وفي القضايا الادارية تكون الصيغة التنفيذية على الوجه التالي « الجمهورية تدعو وتامر وزير . . . او الوالى (عندما يتعلق الامر بدعوى تحص جماعة محلية) كل فيما يخصه وتدعو وتامر كل اعوان التنفيذ المطلوب اليهم ذلك ، فيما يتعلق باجراءات القانون العام قبل الاطراف الخصوميين ان يقوموا بتنفيذ هذا القرار » .

ونلاحظ ان الصيغة التنفيذية التي تدل بها الاحكام الادارية الجزائرية تتشابه لفظا ومعنى ، تماما مع الصيغة التنفيذية التي تدل بها الاحكام الادارية الفرنسية(١) ، كما قصر المشرع استخدام طرق التنفيذ في مواجهة الاشخاص الخاصة دون الاشخاص المعنية العامة ، ولم يحدد الوسائل التي يمكن الالتجاء اليها لحمل الادارة على احترام تنفيذ الاحكام الادارية متى صدرت ضدها .

وباستعراض النظام محل الدراسة يتبين لنا ان المشرع عمد الى حماية الادارة في الوقت الذي لا تحتاج فيه الى تلك الحماية . نظرا لما تتمتع به من سلطات واسعة تمثل في حقها في الزام الاشخاص بارادتها المنفردة وذلك فيما تصدره في مواجهتهم من قرارات ادارية ، وسلطتها في التنفيذ الجبرى المباشر دون حاجة الى الالتجاء الى القضاء ، وسلطتها في تضمين عقودها شروطا استثنائية غير ملوثة في احكام القانون الخاص بحيث تكفل لها حق تعديل العقد الادارى او فسخه بارادتها رغم ارادة المتعاقد معها ، خلافا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، وسلطتها في نزع ملكية الاشخاص للمنفعة العامة ، والاستيلاء المؤقت للمنفعة العامة وغيرها . وفرق المشرع بين الاحكام الادارية الصادرة لمصلحة الادارة ، والاحكام الادارية الصادرة في مواجهتها وكفل في الحالة الاولى استخدام طرق التنفيذ في مواجهة الاطراف الخصوصيين على حد تعبير المشرع الجزائرى (٢) . في الوقت الذي سكت فيه عن بيان طرق التنفيذ التي تستخدم لتنفيذ الاحكام الصادرة في مواجهتها (٣) . ويظهر هذا المسلك من ناحية ثانية في قصر الاختصاص بنظر طعون الالفاء على الفرقة الادارية بالمجلس الاعلى كمحكمة اول وآخر درجة (ابتدائيا ونهائيا) (٤) . في الوقت الذي يسلم فيه الفقه والقضاء ، بأن الطعون بسبب تجاوز السلطة كانت بمثابة الاداة

(١) انظر ما سبق هامش ٢ ص ٤٤١ من هذا البحث .

(٢) انظر المادة ٢٢٠ من قانون الاجراءات المدنية الجزائرى .

(٣) انظر البحث المدعوم بمعرفة المعهد الدولى للعلوم الادارية السنة ٢ العدد الاول والذي جاء به « انه في نطاق العلاقات بين الافراد توجد وسيلة لضمان تنفيذ احكام القضاء ، وهى وسيلة التنفيذ الجبرى ، وتنظم قواعد هذا التنظيم عادة في قوانين المرافعات المدنية ، وحتى تتحقق فعالية هذه الوسيلة يجب ان يتمكن الدائن من حجز اموال مدينة ، وبمعها جبرا عنه لى يتمكن من استرداد قيمة دينه . ويتف حجر عشرة في امكانية الالتجاء الى هذه الطرق عدم قابلية اموال الدولة للحجز عليها .

البحث المذكور عاليه - ص ٢٤٦ وما بعدها .

(٤) انظر المادة ٢٧٤ اجراءات مدنية جزائرى .

الفعالة التي استخدمت في مواجهة سلطات الإدارة المتزايدة ، والإداة التي عمدت الى وضع حد لتعسف الإدارة في استخدام هذه السلطات (١) .

ومن ناحية ثالثة قصر المشرع مهمة الفصل في الطعون الخاصة بالتعويض على غرف ادارية ثلاث في كل من مجلس قضائي الجزائر العاصمة ، ووهران وقسنطينة في الوقت الذي بلغت فيه الولايات الجزائرية عدد ٣١ ولاية (٢) ، وكان يتعين تقريب جهات القضاء التي تفصل في هذه الطائفة من المنازعات من المتقاضين ، كما وان سياسة تركيز مهمة الفصل في المنازعات الادارية على هذه الغرف الثلاث في مواجهة مجموع التراب الوطني يتنافى من ناحية رابعة وسياسة اللامركزية الادارية (٣) ، التي اعتنقها المشرع الجزائري في كل من الميثاق الوطني الصادر عام ١٩٧٦ والدستور الجزائري الصادر ذات العام ، لان مقتضى اعمال مبدأ اللامركزية الادارية هو ان تتمتع الهيئات المحلية على مستوى الولايات والبلديات بالاستقلال في اداء وظيفتها الادارية تحت رقابة السلطة الوصية عليها (سواء أكانت وزارة الداخلية على مستوى الولايات أو الوالى على مستوى البلديات) . وللقيام بهذه الوظيفة الادارية تصدر

(١) وتخضع الدولة الحديثة بصورة متزايدة لحكم القانون ، وتوجد وسائل متعددة لرقابة أوجه نشاطها المختلف ، والاتجاه مستمر نحو التوسع في الحماية القضائية المقررة للمواطنين في مواجهة السلطات غير المألوفة للإدارة » .

انظر البحث المد بمعرفة المعهد الدولي للعلوم الادارية سالف الإشارة اليه ص ٢٤٥ .

(١) انظر ما سبق هامش رقم ٢ ص ١٣٥ .

ويتكون نظام الإدارة المحلية الجزائرية من الولاية والدائرة والبلدية ، والولاية الجزائرية تقابل المحافظة في مصر كوحدة من وحدات نظام الحكم المحلى ، كما تقابل البلدية القرية المصرية . وتتكون الجمهورية الجزائرية من ٣١ ولاية . ووفقا لسياسة اللامركزية الادارية التي تأخذ بها الجزائر تتمتع الولاية باستقلال ادارى في مواجهة الإدارة المركزية . بمعنى يكون للوالى سلطة اتخاذ القرارات الادارية وفقا للقانون ، وتنقسم الولاية الى عدد من البلديات وهى تقابل القرية في مصر . والولاية الجزائرية تختلف عن الولاية الامريكية حيث تتمتع الاخرة الى جانب الاستقلال الادارى باستقلال تشريعى ودستورى وقضائى .

(٢) وتنص المادة ٢٤ من دستور ١٩٧٦ الجزائرى « يستند تنظيم الدولة الى مبدأ اللامركزية القائم

على ديمقراطية المؤسسات والمشاركة الفعلية للجماهير الشعبية في تسيير الشؤون العمومية » .

كما تنص المادة ٣٥ من ذات الدستور « وتعمد سياسة اللامركزية على توزيع حكيم للصلاحيات

والمهام حسب تقسيم منطقى للمسئولية داخل اطار وحدة الدولة » .

وتستهدف سياسة اللامركزية منح المجموعات الاقليمية الوسائل البشرية والمادية والمسئولية التي

تؤهلها للقيام بنفسها بمهام تنمية المنطقة التابعة لها كمجهود مكمل لما تقوم به الامة » .

هذه الهيئات اللامركزية الاعمال الادارية (سواء اكانت في صورة قرارات ادارية او عقود ادارية او اعمال مادية) فاذا اصاب احد الاشخاص بضرر وكانت غير مشروعة ، فكيف نحمل الشخص من تعسف الادارة وكيف نرفع عنه الاضرار التي لحقت به ، ومن ثم كان ضروريا وفقا لمقتضيات هذه السياسة اللامركزية ، ان تكفل للاشخاص قاضيهم الطبيعي وهو القاضى الادارى (المتمثل في الغرف الادارية) بحيث يكون قريبا منهم ، وذلك عن طريق تعميم الغرف الادارية على مستوى المجالس القضائية بالولايات .

بالاضافة الى ما تقدم فان نص المادة ١٧٥ من الدستور تؤكد تأكيذا قاطعا حماية المشرع للاداره ، حيث نص « القانون يحمي المتقاضى من اى تعسف او اى انحراف قد يصدر عن القاضى » . اذا فالمشرع افترض حسن نية الادارة ، وافترض في ذات الوقت سوء نية القضاء . وتتمثل مجاملة الادارة في عدم وضع نص يمانئ نص المادة ١٧٥ السالف الاشارة اليه في مواجهة الادارة في الوقت الذى كان يتعين ، والحال هذا ، ان يقرر المشرع - بناء على الواقع العملى - ان القانون يحمي المتقاضى - المحكوم نه - من اى تعسف او اى انحراف قد يصدر عن الادارة ، بعرقلتها او امتناعها ، عن تنفيذ الحكم الصادر لصالحه في مواجهتها .

والمشاهد للحياة العملية يلاحظ ان الادارة هي الاكثر تعسفا بالمتقاضين من القضاء . حيث ان القاضى هو الذى يكفل التوازن في العلاقة غير المتكافئة بين الادارة وما تتمتع به من سلطات واسعة ، والشخص المجرد من هذه السلطات . ثم انه اذا فصل العاصى المنازعة بحكم ، فانه لا يملك السلطة الفعلية لتنفيذ ما اصدره من احكام .

وقد كان القضاء في احكامه العديدة والمضطردة بمثابة الحصن الذى يحمى المتقاضين ضد تعسف الادارة ، وقيل بحق ان « القضاء حصن الحريات » (١) ، لا مانع ان يصدر المشرع هذا النهى ، ولكن كان من الاجدر به ، ان يكون هناك نص مماثل يخاطب الادارة . ويكفى ان تلقى نظرة واحدة على عدد الطعون المتعلقة بمخاصمة القضاء ، وعدد الطعون المتعلقة بتجاوز الادارة للسلطة لالغاء عمالها او التعويض عنه كى تؤكد صدق ما سبق وان افترضنا .

ولا يملك القاضى الجزائرى سلطة الامر والتقرير او الحول محل الادارة (٢) ، وانما يملك ، من الناحية العملية التصدى لموقف الادارة المتمثل في الامتناع عن تنفيذ

(١) ونشير في هذا الخصوص الى ان الغرفة الادارية بالجلس الاعلى الفت خلال العام القضائى

١٩٧٧ عدد ١١ قرارا اداريا تمثل ٣٣٣٪ من مجموع الطعون المقدمة بالبطلان والشارة امامها .

(٢) انظر مقالة الاستاذ الدكتور احمد محيو - السابق الاشارة اليها ص ٦١٨ .

احكامه وذلك بان يصدر حكما بالغاء قرار الادارة الصادر برفض تنفيذ حكمه ، كما لو امتنعت الاداره صراحة عن تنفيذ الحكم ، او باصداره حكما بالغاء القرار الصادر على خلاف حكمه ، والذي يتضمن رفضا ضميا للحكم السابق الحائز لحجية الشيء المقضى به .

كذلك يملك تقرير تعويض المحكوم له عما اصابه من اضرار من جراء مسلك الاداره المتمثل في امساعها عن تنفيذ الحكم ، الا اننا نرى في هذه الحانه صوره اجراء تعديل تشريعى ، يحول للمحكوم له بحكم في مواجهه الاداره حق الانتجاع مباشره الى القضاء دون ما حاجه الى الانتجاع الى الاداره قبل القضاء ، حيث يفهم شرط القرار السابق مبرره ، وذلك بان يحدث المشرع فرينه قانونيه جديده يكون مقتضاه ان مرور فترة زمنييه معينه على صدور الحكم دون تنفيذه من جانب الاداره يعد بمثابة امتناع الاداره عن التنفيذ ، وتحويل لمن بيده الحكم حق الانتجاع الى القضاء مباشرة دون ما حاجه الى الانتجاع الى الاداره ثانيه . حيث انه ليس هناك ما يدعو للانتجاع ثانيه للاداره كى تقول كلمتها في تنفيذ حكم امتنعت هى عن تنفيذه خلال الفترة التى يتخذها المشرع كقرينة .

وقد خول المشرع للاداره (١) رخصة الامتناع عن تنفيذ الاحكام القضائيه ، اذا كان من شأن هذا التنفيذ تمكير صفو الامن العام ، ويعد هذا المسلك تطبيقا لنظرية مسؤليه الاداره تاسيسا على المخاطر (دون خطأ) على ان يكون ذلك بصفة مؤقتة .

ونرى ان سلطة القاضى الجزائى فى الغاء قرارات الاداره المخالفة لحكمه او التعويض عن الاضرار التى تصيب المحكوم له من جراء عدم تنفيذ الحكم (٢) لا تكون العلاج الحاسم لمشكلة امتناع الاداره عن التنفيذ (٣) . ولم يقرر المشرع الجزائى

(١) تنص المادة ٣/٢٢٤ اجراءات مدنيه جزائى على « وعندما يكون التنفيذ من شأنه ان يمس الامن العمومى الى درجة الخطورة ، فيمكن للوالى ان يطلب التوقيف المؤقت لهذا التنفيذ .

(٢) ويقول د. محيو فى مقاله السابقه « وعندما يتصادم حكم المحكوم له مع نية الاداره السيئه فللقاضى ان يصدر حكم بالغاء تصرف الاداره الذى مارسه على خلاف حكمه الحائز لقوة الشيء المقضى به ، كما انه يستطيع ان يحكم على الاداره بتمويض المحكوم عن الاضرار والفوائد بسبب مخالفتها لشيء المقضى فيه » .

د. احمد محيو - المقالة السابقه - ص ٦١٩ باللغة الفرنسيه .

(٣) ويؤكد د. محيو « ان مشكلة تنفيذ قرارات القاضى جد خطيرة ، فاذا لم يملك القاضى العلاج ، فان المتقاضى يلجأ الى الاداره تاركا طريق الطعن القضائى الذى يحتاج اجراءات كثيره ثم يكلل فى النهايه بحكم قضائى معدوم القيمة العمليه حيث لا يقوى على حمل الاداره على تنفيذ مقتضاة » .

المقالة السابقه - ص ٦١٩ .

علاجاً لهذه المشكلة فلم يجرم فعل امتناع الموظف عن تنفيذ حكم قضائي كما هو الشأن بالسبب للعلاج المصرى بهذه المشكلة ، كما لم ينشأ لجنة قضائية تكون مهمتها مراقبة تنفيذ الأحكام اتي يصدرها القضاء كما هو الحال بالنسبة للعلاج الفرنسى لها .

لذلك نقتراح لعلاج هذه المشكلة فى النظام القضائى الجزائرى ضرورة تكليف مستشار أو أكثر للتنفيذ وتجريم فعل الامتناع عن التنفيذ واشهار ما يصدر من احكام ضد المتهم فى هذه الجريمة ، حسب التفصيل الآتى :

اولا - تكليف مستشار أو أكثر لدى كل غرفة ادارية سواء على مستوى المجالس القضائية أو على مستوى المجلس الأعلى تكون مهمته مراقبة تنفيذ ما تصدره الغرفة من احكام فى مواجهة الادارة . بحيث يتقدم اليه المحكوم له بحكم فى مواجهة الادارة بطلب بعد مضي فترة معينة ، سواء اكانت سنة أو ستة أشهر ، ويعتبر مضي هذه الفترة منذ صدور الحكم الى تاريخ الطلب قرينة على امتناع الادارة عن التنفيذ ويخول مستشار التنفيذ سلطة الاتصال بالادارة المركزية (الوزراء ورؤساء المصالح والولاية) للتدخل لدى الهيئات الادارية الدنيا لتنفيذ الاحكام . وللهيئات الادارية المختلفة حق الاتصال بمستشار التنفيذ كى يبين لهم كيفية تنفيذ الاحكام وتذليل المشاكل والصعوبات التى قد تعترض التنفيذ .

ثانيا - اذا انقضت مدة زمنية على الاتصال بالهيئات الادارية العليا دون تنفيذ الحكم ، يخول مستشار التنفيذ حق تحريك الدعوى الجنائية - وذلك بعد تجريم فعل الامتناع وكذا صورتى التراخى والاهمال فى التنفيذ .

ثالثا - تقرير عقوبة تبعية وهى الاشهار لجريمة الامتناع عن تنفيذ الاحكام . وذلك باشهار ملخص للحكم والعقوبة فى الصحف الوطنية .

ولا خشية من تخويل القاضى أية سلطة فعلية لعلاج هذه المشكلة فحقيقة امر سلطات القاضى ، انها سلطات تقليدية منحت له وقت ان كانت وظيفة الادارة تقليدية ، ولكن بعد تطور وظيفة الادارة وسلطاتها استوجب الامر تطوير وظيفة القاضى وسلطاته كى يتم تحقيق التوازن بينهما . ولا خشية من تصرف أو مسلك القضاء ، حيث يكفل النظام الجزائرى المساءلة الشخصية للقاضى عن طريق طعون المخاصمة (١) ، وفى مجال المسؤولية عن العمل القضائى ، فإن الدولة الجزائرية

(١) بحكم الطعن بالمخاصمة الواد من ٢١٤ - ٢١٩ من قانون الاجراءات المدنية الجزائرى ، ونص

المادة ٢١٤ على انه « يجوز مخاصمة القضاة من غير اعضاء المجلس الأعلى فى الاحوال الآتية : -

١ - اذا وقع من احدهم تدليس أو غش أو تمرد اثناء سير الدعوى أو عند صدور حكم .

٢ - اذا كانت المخاصمة منصوص عليها صراحة فى نص تشريعى .

اصبحت عشية اصدار دستور ١٩٧٦ مسئولة عن اخطاء القضاء بمقتضى المادة ٤٧ من الدستور المذكور (١) .

خلاصة الباب الثالث :

يعمل الحكم الذى يصدره القاضى على استقرار الحق المتنازع فيه ، لطبيعته التقريرية ، الكاشفة ، ويترتب على هذه الطبيعة سريان الحكم بأثر رجعى حيث يترد أثره الى الماضى ، كما يتمتع الحكم بحجية الشيء المقضى به ، وتختلف هذه الحجية باختلاف طبيعة الحكم ، فبالنسبة لأحكام الالغاء تكون حجيتها مطلقة ، حيث يتعدى اثرها اطراف الخصومة ، أما بالنسبة لغير احكام الالغاء ، فتكون ذات طبيعة نسبية ، حيث يقتصر اثرها على اطراف الخصومة ، ولا يتعداهم للغير ، وتعمل حجية الشيء المقضى به اثرها ، فتقيد من دور القاضى ، حيث تمثل قيذا يمنع من نظر منازعة مبتدأة حول ذات الحق المقضى فيه وبين ذات الخصوم ولذات الاسباب ، الا عن طريق طعن قضائى فى الحكم الصادر فيه ، كما يكون للحجبة اثر فى مواجهة الغير ، وخاصة فيما يتعلق بأحكام الالغاء ، حيث يستفيد الغير ، الذى لم يمثل فى الخصومة . من التقرير بعدم شرعية القرار محل الطعن ، متى كانت له مصلحة متعلقة بذات القرار ، او مس القرار مركزه القانونى .

ولكى يحافظ القاضى الادارى على التوازن بين اطراف العلاقة القانونية التى تحكمها القعدة القانونية فى مجال القانون الادارى ، والتى تكون غالبا بين الادارة وما تتمتع به من سلطات وامتيازات القانون العام ، والأشخاص (طبيعية او معنوية) مجردة من هذه السلطات والامتيازات ، فانه ينبغى أن يخول سلطة فعلية لتنفيذ ما يصدره من احكام ، حيث لا قيمة لحكم بيد المحكوم له لا يستطيع تنفيذه ، فى مواجهة الادارة لانعدام طرق التنفيذ المباشرة فى مواجهة الأشخاص المعنوية العامة ، بل ولا يملك مصدره - القاضى - أن يكفل له هذا التنفيذ .

٢ - فى الاحوال التى يقضى فيها القانون بمسئولية القاضى والحكم عليه بالتعويضات .

٤ - اذا امتنع القاضى عن الحكم . وبالنسبة لقضاة المجلس الاعلى ، فانه يطبق فى شأن مخاصمتهم المادة ٣٠٣ ، والتى تحيل الى المواد السالف الاشارة اليها .

(١) حيث تنص « يترتب عن الخطأ القضائى تعويض من الدولة - يحدد القانون من ظروف التعويض وكيفيته » .

- انظر أيضا فى موضوع مسئولية الدولة من عملها القضائى - العميد الدكتور سليمان الطماوى - كتابه الثانى فى القضاء الادارى - ص ٥١ - ٧٣ المرجع السابق .

خلاصة القسم الثاني :

لقد ساهم القاضي الإداري في ارساء الكثير من دعائم وأسس القانون الإداري ، حتى قيل - بحق - عن القانون الإداري انه قانون قضائي ، وان القاضي الإداري يلعب دورا انشديا ، خلاف غيره من القضاة ، الذين يقتصر دورهم على مجرد تطبيق القانون ، ولا يعنى ذلك اطلاق دور القاضي الإداري في المنازعة الادارية ، وانما يتقيد هذا الدور - في الحقيقة - بعدد من القيود التقليدية التي فرضها القاضي بنفسه على دوره ، كى يحقق التوازن بين ما يحدثه من اثر يتمثل في حجية الحكم الذى يصدره وبين احترام الادارة والامتنال لهذا الحكم ، فلا يملك القاضي ان يتدخل في عمل الادارة بان يصدر امرا لها للقيام بعمل او الامتناع عن عمل ، كما لا يملك ان يحل محلها ، وازاء ازدياد سلطات الادارة - بعد ان تطور دورها التقليدى - فان القاضي عمد الى التخلص من هذه القيود التقليدية التي كانت تتفق والدور التقليدى للادارة ، وبدأ يتجرد منها تدريجيا ، دون ان يعبر عن ذلك صراحة كى لا يثير نفور الادارة ، فيؤدى ذلك الى عرقلة تنفيذ ما يصدره من احكام ، وبالإضافة الى هذه القيود التقليدية ، فان القاضي لا يستطيع ان يقحم نفسه في المنازعة - اعمالا لمبدأ الطلب في اجراءات التقاضى - دون دعوى يرفعها اليه ذوى الشأن ، كما ان دوره فيها يتقيد بحدود نطاق المنازعة التي يحددها الخصوم فيما يقدمونه من طلبات ودفوع فلا يملك ان يحكم بما لم يطلبه الخصوم ، او يؤسس حكمه على غير الأسباب او الوسائل التي ابداهها الخصوم ، كما لا يملك ان يصدر حكما في مواجهة من لم يمثل في الخصومة ، فان فعل ذلك يكون قد تجاوز نطاق دوره ، ويكون حكمه حقيقا بالظن فيه .

وفي مجال بحث القاضي عن حل للمنازعة ، فانه يطرق مختلف ابواب البحث مستخدما في ذلك وسائل شتى للوصول الى الحقيقة المتمثلة في الحل الذى يمتنقه باستخدام الوسائل التي تساعده على تكوين فهمه وتصوره للخصومة والأساليب القانونية والأساليب المنطقية حتى يكون اقتناعه الشخصى بحل للخصومة ، ثم يبدأ دوره في اخراج دوره في اخراج هذا الحل من نطاق فكره الداخلى ، الى مجرد الواقع المحسوس في أسلوب منطقي ، في شكل مقدمتين أحدهما واقعية وأخرى قانونية ، ويمثل منطوق حكمه النتيجة لعمله المنطقي .

وللحكم طبيعة تقريرية كاشفة ، يترتب عليها ارتداده الى الماضى ، كما يتمتع بحجية الشيء المقضى به ، التي تحدث اثرا قانونيا في مواجهة الخصوم والغير والقضاء ، وتختلف حجية الاحكام الادارية باختلاف طبيعة الحكم حيث تكون مطلقة في احكام الالغاء ، في الوقت الذى يقتصر فيها اثرها على اطراف الخصومة بالنسبة لغير احكام الالغاء .

ويمثل تنفيذ الحكم الإدارى مشكلة هامة ، نظرا لعدم قدرة القاضى على التدخل فى عمل الإدارة وإكراهها على القيام بعمل أو الامتناع عن عمل ، وانعدام طرق التنفيذ المباشر فى مواجهة الأشخاص المعنوية العامة ، وعدم المساواة فى العلاقة القانونية بين الإدارة والشخص المتعامل معها ، وتعهد الإدارة فى كثير من الأحيان الى الامتناع عن تنفيذ الحكم ، أو الماطلة أو التسويف فى تنفيذه كى تعجز المحكوم له ، وتجمله يدعى لما تفرضه عليه من حلول وأفكار تخالف الفكر والحل الذى انتهى اليه القاضى فى حكمه ، وعالج المشرع الفرنسى هذه المشكلة بإنشاء لجنة قضائية لمعالجة تنفيذ الأحكام الإدارية والاتصال بجهة الإدارة فى محاولة لتذليل ما قد يعترض التنفيذ من صعوبات ، فى الوقت الذى اكتفى فيه المشرع المصرى بتجريم الامتناع بأن قرر عقوبة جنائية تصل الى حد الحبس والعزل لمثل الإدارة الممتنع عن تنفيذ الحكم ، بينما التزم المشرع الجزائرى الصمت فى مواجهة هذه المشكلة فى الوقت الذى قصر استخدام طرق التنفيذ المباشرة للأحكام فى مواجهة الأشخاص الخصوصيين دون أشخاص القانون العام .

خاتمة الرسالة

ان حجر الزاوية في هذه الرسالة هو دور القاضى الادارى في المنازعة الادارية بصفة عامة ودور القاضى الجزائرى في المنازعة الادارية بصفة خاصة ، فعرضنا لدور هذا الاخير وموضعه بين النظم القضائية المقارنة ، ومجاله ، ونطاقه ، ومداه ، واثره . وكان ضروريا من وجهة نظرنا استعراض النظم القضائية المختلفة في باب تمهيدى للتعرف على موضع القاضى الجزائرى بين هذه النظم القضائية المقارنة سواء بين نظام القضاء الموحد (الانجلو سكسونى) او بين النظم القضائية التى تعترف بالمنازعة الادارية وتخصص لها قاضى خاص بها (القضاء المزدوج) ، او بين النظم القضائية التى تعترف بالمنازعة الادارية ، الا انها توزع مهمة الاختصاص بالفصل فيها بين القاضى الادارى وجهات اخرى اما قضائية او ادارية ، او بين النظم التى تعهد بالمنازعة الادارية للقاضى العادى سواء تلك التى تأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات او تلك التى تأخذ بمبدأ وحدة السلطة .

ورغم اعلان المشرع الجزائرى صراحة وحدة النظام القانونى والقضائى ، والغائه للمحاكم الادارية ، واسناد اختصاصها للمجالس القضائية والمجلس الاعلى ، الا انه تبين لنا ان النظام القضائى الجزائرى رغم موقف المشرع الصريح هذا يفسح مجالا للقاضى الادارى كى يلعب دوره الى جانب القاضى العادى ، وان لم ينتهج فى تحديد شكل هذا الدور منهج اى من النظم القضائية المقارنة ، وعندما تكلم المشرع عن وحدة القضاء فانه لم يكن يقصد بها - من وجهة نظرنا - انتهاج مسلك النظام القضائى الموحد - كما عرضنا له - كالنظام الانجائو سكسونى ، وذلك لاختلاف كل منهما عن الآخر كل الاختلاف ، فمن حيث الأساس يقيم النظام الانجائو سكسونى على مبدأ الفصل بين السلطات ، فى الوقت الذى يعتقد فيه المشرع الجزائرى مبدأ وحدة السلطة والفصل بين الوظائف ، كما ان النظام الانجلو سكسونى لا يسند مهمة الفصل فى المنازعة الانارية - بعد التطور الذى اشرنا اليه فى هذه الرسالة - لعرف ادارية تتولاها وتختص بها من المهد الى اللحد ، كما هو الحال فى النظام القضائى محل الدراسة .

لذلك نرى انه لا يشترط للقول بوجود قضاء ادارى فى نظام ما ضرورة وجود جهاز قضائى مستقل (كمجلس الدولة فى كل من فرنسا ومصر وبلجيكا واليونان . .) وانما ينبغى البحث فى جوهر النظام عن عدة عناصر ، بحيث اذا

توافرت في نظام ما ، يمكن القول معها بوجود قضاء ادارى في هذا النظام وهذه العناصر هي :

١ - أن يدرك النظام طبيعة المنازعة الادارية المختلفة عن طبيعة سائر المنازعات الأخرى العادية .

٢ - أن يخصص المشرع للمنازعة الادارية اجراءات قضائية تختلف عن الاجراءات القضائية للمنازعات العادية وفقا للطبيعة الخاصة للمنازعات الادارية كالطعن الادارى التدرجى (التظلم الوجوبى) او شرط القرار السابق ، او عدم وجود دعوى اخرى موازية للدعوى الادارية .

٣ - أن يخصص المشرع جهة قضائية خاصة لمهمة الفصل في المنازعة الادارية ، سواء آكانت هذه الجهة القضائية مستقلة استقلالاً عضويًا ووظيفيًا في مواجهة القضاء العادى ، او كانت في صدر جهة القضاء العادى والتي قد تنفى عنها استقلالها العضوى ، الا انها تحتفظ دوما باستقلالها الوظيفى . ان شكل النظام الخارجى لا يؤثر على تحديد طبيعته ، والتي يتعين للتعرف عليها الوقوف على جوهره ، وخصائصه التي تميزه عن غيره ، فتمنع دون اختلاطها فيه ، او اختلاطه فيها .

٤ - أن يرتب المشرع آثارا قانونية خاصة للاحكام الادارية بحيث تختلف عن تلك التي تحدثها الاحكام العادية .

٥ - أن ينظم المشرع طرقا خاصة للطعن فى الأحكام الصادرة فى المنازعة الادارية بحيث تختلف من حيث طبيعتها ومداهها ووسائلها عن تلك الطرق التي يقرها للطعن فى الأحكام العادية سواء اكانت طرقا للطعن عادية ام غير عادية ، ونرى ان تشابه بعض هذه الطرق فى كلتا المنازعتين لا يخل باستقلال المنازعة الادارية ، ولو توافر الاختلاف فى طريقه او أكثر فقط دون سائر الطرق الأخرى .

٦ - ان ينظم المشرع اجراءات خاصة لتنفيذ الاحكام الادارية تختلف عن تلك الخاصة بتنفيذ الاحكام العادية .

ويتضح لنا من خلال هذا البحث ، مدى توافر هذه العناصر الست فى النظام القضائى الجزائرى ، وهذا يؤكد وجهة نظرنا فى ان المشرع الجزائرى قد افسح مجالا هاما لدور القاضى الادارى الجزائرى ، وان لم يأخذ بأى من النظم التقليدية ، بحيث استحدث النظام شكلا جديدا للقضاء الادارى خاصا به وهو نظام الغرف الادارية داخل جهاز القضاء العادى على مستوى المجالس القضائية والمجلس الاعلى .

وقد تعرضنا للمجال الذي يمارس فيه القاضى الإدارى دوره الهام وهو ميدان المنازعة الإدارية ، حيث استعرضنا المنازعة الإدارية فى القسم الأول من هذا البحث ، وانتهينا الى أن النظام القضائى الجزائرى قد اتفق مع الفقه الحديث فى اعتبار المنازعة الإدارية وسيلة للحماية القانونية يوفرها المشرع للأشخاص بهدف حماية حقوقهم فى مواجهة الإدارة وسلطانها المتزايدة . وتنقسم المنازعة الإدارية الجزائرية وفقا لمعيار المطوب وبها الى طائفة منازعات الانشاء (الطعون بالبطلان) وطائفة منازعات التعويض ، وطائفة منازعات التفسير وتقدير الشرعية .

وبينا أن قانون الإجراءات القضائية الإدارية يعد بمثابة حقيقة قانونية تنتزعيها طبيعة المنازعة الإدارية من ناحية ، ولقصور التشريعات الوضعية وضعفها من ناحية ثانية . ويجد هذا القانون الاجرائى مصدره فى كل من التشريع والمبادئ العامة التى تعتبر المجال الخصب لأعمال دور القاضى المبدع فيها . وتتسم اجراءات المنازعة الإدارية بعدة خصائص من حيث طبيعتها الحضورية ، وطبيعتها التحقيقية ، وطبيعتها الكتابية ، والسرية اذا كان معبثها المحافظة على النظام العام والآداب العامة أو حرمة الأسرة ، وان مباشرة تلك الاجراءات لا يوقف تنفيذ العمل الإدارى المظعون ضده ، كما تتسم بالسرعة وقلة النفقات والمرونة والتطور ، وتساعد على تحقيق التوازن بين طرفى الخصومة غير المتكافئة لوجود متقاضى عام بينهما .

ثم تعرضنا لمراحل المنازعة الإدارية المختلفة بدءا بتقديم عريضة الدعوى وانتهاء باصدار الحكم فيها وكيفية الطعن فى الحكم الإدارى ، وفرقنا بين طرق الطعن العادية وطرق الطعن غير العادية فى الأحكام الإدارية . وقد انتهينا الى اختلاف طبيعة الحكم الإدارى عن غيره من الأحكام القضائية الأخرى ، ومن ثم جاء نظام المعارضة فى الحكم الإدارى غير متوآكب مع طبيعة كل من المنازعة الإدارية والحكم الصادر فيها ، كما أهدر المشرع مبدأ التقاضى على درجتين بالنسبة للطعن بالبطلان (دعوى الانشاء) وذلك بأن قصر مهمة الفصل فيها على الغرف الإدارية بالمجلس الأعلى كمحكمة أول وآخر درجة . ومن ثم استبعدنا وجود طعن بالنقض فى مجال المواد الإدارية على خلاف الحال فى المواد الأخرى وترتيبنا على ذلك استبعادنا الطعن لصالح القانون من هذا المجال ، حيث لا يجوز اثارته أصلا الا ضد أحكام كان يقبل الطعن فيها بالنقض وانقضاء ميعاد الطعن بانقضض فيها رغم وجود سبب أو أكثر من أسبابه التى حددها المشرع .

ثم استعرضنا فى القسم الثانى نطاق ومدى سلطة القاضى والقيود التى تحدد دوره كى تحافظ على التوازن بين السلطة القضائية والسلطة التنفيذية ، وهذا التوازن الذى يقتضى منع القاضى من ممارسة العمل الإدارى سواء باصدار أمر للإدارة للقيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو أن يجرى بتقديره ما يتطلب تقديرها أو يحل محلها فى القيام بالعمل أو بالامتناع عنه . وذلك مقابل احترام وخضوع الإدارة

لما يصدره من احكام . بالاضافة الى ان القاضى لا يستطيع ان يقحم نفسه فى المنازعة دون ان يدعى اليها وتحدد سلطته بما يطلبه الخصوم فى الدعوى فلا يملك ان يحكم بأكثر مما طُوبوه او على شخص لم يمثل فى الدعوى ، او يؤسس حكمه على سبب قانونى لم يستند اليه فى الدعوى ، ما لم يكن متعلقا بالنظام العام .

ثم تعرضنا للوسائل التى يلجأ اليها القاضى لتكوين عقيدته ليجاد حل للمنازعة سواء اوسائل انصفيه انصوبية او الوسائل المنطقية (الاستدلالية) ، وكيفية بناء الحكم القضائى لعويا ومنطقيا وكيفية تسبب هذا الحكم ومحتواه ، واثره على الاداره وخاصه الاحكام الصادرة ضدها ، ومشكلة امتناع الادارة عن التنفيذ ، وسلطه القاضى فى حمل الادارة على التنفيذ ، وعدم فعالية الحلول القائمة حاليا لضمان تنفيذ الادارة لما يصدره القاضى من احكام ضدها ، والحلول المقترحة لمعالجة هذه المشكلة حسب التفصيل المبين آنفا .

ونرى ان انتقال النظام الجزائرى من مرحلة الشرعية الثورية وما كان يستتبع ذلك من اتساع سلطة الادارة ، وغل يد الرقابة عليها ، الى مرحلة الشرعية الدستورية باعلان نلى من ميثاق العمل الوطنى ودستور نوفمبر ١٩٧٦ ، كل ذلك استتبع ضرورة ادخال الكثير من التعديلات فى النظام القضائى الجزائرى ، لاسيما فيما يتعلق منه بالغرف الادارية التى تهيمن على مهمة الفصل فى المنازعات الادارية وتتمثل فى المقترحات الآتية :-

أولا - بالنسبة لمعيار اختصاص الغرف الادارية ، نرى انه يتعين ان يكون المعيار الخاص بالمنازعة الادارية معيارا شكليا بحتا . فيكفى ان تكون الادارة طرفا فى المنازعة . كى يتفقد الاختصاص للقاضى الادارى بتلك المنازعة (سواء اكان متمثلا فى غرفة ادارية كما هو الحال فى الجزائر ، او فى محاكم ادارية كما هو الحال فى كل من فرنسا ومصر) . وتضع الادارة فى جميع اعمالها وفقا لهذا المعيار المقترح للقاضى الادارى سواء فيما تعلق بالمنازعات الادارية من حيث طبيعتها او فى جميع المسائل التى تتبع الادارة فيها لسبب القانون الخاص . لأنه كثيرا ما تتحايل الادارة كى تنفى عن عملها الصيغة الادارية ، فتلجأ الى اساليب ووسائل القانون الخاص ، للتهرب والتخلص من رقابة القاضى الادارى ، الذى يملك فى مواجهتها الغاء قراراتها الادارية ، والتعويض عما تسببه للغير من اضرار سواء عن خطأ او بدون خطأ ، وحتى نقضى على كل ليس او غموض او ابهام من حيث توزيع الاختصاص القضائى حول عمل الادارة ، فان معيارنا يقوم على اساس ان كل ما يقوم به الشخص المعنوى العام يخضع لرقابة القاضى الادارى ، بل وكل ما يقوم به اعوانه او المتعاقدين معه بخصوص العمل الادارى يخضع لرقابة القاضى الادارى دون سواه ، وسندنا فى ذلك الحجج التالية :

١ - ان سلطات الادارة اوسع كثيرا من حقوق الاشخاص المتعاملين معها ، مما يجعل الادارة فى الكثير من المنازعات فى مركز المدعى عليه ، ويعد المعيار المقترح بمثابة قرينة قانونية مفادها ان كل منازعة تكون الادارة طرفا فيها تعد منازعة ادارية ، ويقع على الادارة عبء اثبات عكس ذلك ، والقرينة المستمدة من هذا المعيار هى قرينة بسيطة يمكن اثبات عكسها . ونظرا للعلاقة غير المتكافئة بين طرفى المنازعة ينقل عبء الاثبات على الادارة كى تثبت بان المنازعة المعروضة هى من منازعات القانون الخاص وتخرج من اختصاص القاضى الادارى ويسهل عليها ذلك ، حيث يوجد تحت يدها الوثائق والسجلات الخاصة بالمنازعة ولديها اسبابها واهدافها . وهو ما قد يعجز المتقاضى الفرد عن اثباته . ويقدر القاضى مدى صحة دفاع الادارة حول الاختصاص ، فيكون بذلك ضمانا للمتقاضى ، ويحقق بذلك التوازن بين طرفى الخصومة .

٢ - ان القاضى الادارى لم يوجد لمجاملة الادارة على حساب حقوق وحرىات المتقاضين ، وانما كان دائما لها بالمرصاد فى كل انحراف او تعسف او خروج على مبدا الشرعية . مما جعل رقابته من الناحية العملية اكثر فاعلية من صور الرقابة الاخرى ، ولا خوف اطلاقا من اسناد جميع منازعات الادارة اليه ، لا سيما وهو الاكثر معرفة وادراكا بمتطلبات الادارة او اساليبها .

٣ - بل انه من ناحية الادارة ، قد تختار عرض المنازعة على القاضى الادارى ، الذى تنقيد سلطاته فى مواجهتها بحدود تقليدية فلا يملك ان يصدر امرا او قرارا لها للقيام بعمل او الامتناع عن عمل ، او الحلول محلها او اكرامها على شىء من ذلك عكس القاضى العادى الذى يملك ان يحكم عليها بكل ما تستلزمه المنازعة .

٤ - يمتاز هذا المعيار المقترح بالسهولة والبساطة ، حيث يسهل على المتقاضين معرفة قضايهم الطبيعى ، حيث يكفى ان تكون الادارة ماثلة فى المنازعة كاحد طرفيها ويتجه المتقاضى مباشرة الى القاضى الادارى ، بدلا من البلبلة التى تحدث له حول ما اذا كان الفعل الادارى مستوجبا لمسئولية الادارة المدنية او مسئولية الادارة الادارية ، وهل الفعل هو فعل اعتداء مادى (والذى قد يجهله المتقاضى وبجهل شروطه) فيتجه الى القاضى العادى . او فعل لم يصل الى درجة الاعتداء المادى ، فيتجه الى القاضى الادارى .

٥ - كما يعمل على تسهيل مهمه كل من القاضى والادارة . ومن وجهة نظر القاضى ، فان تخصصه بمنازعات الادارة يجعله اكثر قدرة وادراكا لطبيعتها وكيفية البحث عن الحلول التى تلائم هذه الطائفة من المنازعات ، واتى تحقق فى انهيته نوع من الموازنة بين كل من متطلبات الادارة ، وما يفرضه سير المراقب العامة بالنظام واضطرابه ، وما تقتضيه حماية حقوق المتقاضين . ومن جهة الادارة ، فانه اذا راعت الادارة اقيم بمهمتها وفقا للقواعد التى تنظمها والتزمت حدود المشروعية ، فلن تكون هناك حاجة الى الطعن فى عملها سواء أمام القاضى العادى او الادارى ، اما ان خرجت عن ذلك ، وحالمت المشروعية ، وهى التى تمك سلطات وامتيازات القانون العام ، فانه يتساوى لديها ان تمثل أمام القاضى العادى أو القاضى الادارى .

ثانيا - تعميم نظام الغرف الادارية على مستوى الولايات ، بحيث يكون هناك عدد ٢١ غرفة ادارية تعادل فى مجموعها مجموع ولايات التراب الجزائرى وعددها ٢١ ولاية ، على أساس ان يكون لدى كل مجلس قضائى غرفة ادارية . وكما سبق وان بينا فان تركيز الغرف الادارية فى كل من المجالس القضائية بالجزائر العاصمة ووهران وقسنطينة يتناقى مع فلسفة النظام الجزائرى اللامركزى الذى جاء مع ميثاق ١٩٧٦ ودستور ١٩٧٦ ، فلا معنى ان يمنح ممثل الادارة المحلية سلطة البت والتصرف فى الوظيفه الادارية على مستوى المحليات (الولاية/ البلدية) التى قد تمس بطريق مباشر او غير مباشر حقوق وحرىات المواطنين ، دون ان نكفل لهم قاضيهما الطبيعى ، وهو القاضى الادارى (المتمثل فى الغرف الادارية) حتى يستطيع ان يكبح جماح الادارة فيما تتخذه من قرارات ادارية تحدث آثارا فى المراكز القانونية . لا سيما وان تجربة الادارة المحلية اللامركزية ما زالت فى المهد ، وحتى ينتشر الوعى الديمقراطى الادارى ، لا يخفى انه سيحدث كثيرا من المخالفات التى يتعين تقويمها ليس بمعرفة السلطة الوصية وهى جهة ادارية فحسب بل وعن طريق رقابة القضاء ، الذى يضمن الجميع المحافظة المشروعة على حرياتهم وحقوقهم الاساسية على حد تعبير المشرع الدستورى فى المادة ١٦٤ من الدستور الجزائرى .

ثالثا - تخصص قضاة الغرف الادارية ، بحيث يتم نقلهم وترقيتهم فيما بين الغرف الادارية وبعضها البعض ، سواء على مستوى المجالس القضائية أو على مستوى المجلس الأعلى ، لان المنازعات الادارية لها طبيعتها الخاصة بها ، التى تختلف عن طبيعة المنازعة العادية التى عادة ما تثار بشأن علاقة قانونية بين اطراف غير متكافئة لكون الادارة احد اطراف هذه العلاقة ، وما تتمتع به من مظاهر سلطات وامتيازات القانون العام . وتتطلب مهمة الفصل فى هذا النوع من المنازعات تكويننا خاصا وادراكا من القاضى بمهمة الادارة واساليبها ، وكيفية تحقيق الموازنة والتوازن بين متطلبات الادارة المتمثلة فى المحافظة على النظام العام والسير على حقوق وحرىات

الأفراد واشباع حاجاتهم المختلفة - والتي لا تقتصر على الاحتياجات التقليدية فقط - وإنما المتغيره والمتطورة والتي استوجبتها طبيعة التغير الاشتراكي في الجزائر ، وبين مصلحة المتقاضى ، فالعاضى كما هو مسئول بالدفاع عن السورة الاشتراكية وحمايتها ، الا انه وفي نفس الوقت ، يضمن المحافظة للأفراد على حرياتهم وحقوقهم الاساسية ، لان تنفل القضاة بين الغرف الاخرى المدنية والتجارية والجنائية من شأنه ان يقلل من كفاءتهم للفصل في المنازعات الادارية ، اما التخصص فمن شأنه ان يجعل العاضى ملما بجميع سواعد القانونية والنصوص اى كان مصدرها التى تتعلق بوظيفته ، بالاضافة الى أنه باضطراد الممارسة العملية يتعرف على اساليب الادارة ، وطبيعة الأحكام التى يتعين اصداؤها فى مواجهة الادارة والتى يحقق بها التوازن بين مصلحة الجماعة ومصلحة المتقاضين .

رابعا - ادراج منازعات الالفاء (الطعون بالبطلان) فى اختصاص الغرف الادارية بالمجالس القضائية ، كى تفصل فيها بأحكام ابتدائية يقبل الطعن فيها بالاستئناف أمام الغرفة الادارية بالمجلس الأعلى للأسباب الآتية : -

١ - نرى ان فصر الاختصاص بهذه الطائفة من المنازعات على الغرفة الادارية بالمجلس الأعلى كان يقتضيه ضرورة خاصة تتعلق بمرحلة الشرعية الثورية التى كانت تعيشها البلاد ، بالاضافة الى عدم توافر الاطارات القضائية التى تتولى مهمة الفصل فى هذه الطائفة الهامة من المنازعات ، والخشية من عرقلة سير الادارة فى هذه المرحلة الهامة ، والتى تتمثل فى ارساء دعائم كيان الدولة الجزائرية الحديثة ، الا أنه بعد توافر الاطارات القضائية ازاء الاعداد الهائلة من خريجي كليات ومعاهد الحقوق فى الجزائر والتحول الى مرحلة الدولة الدستورية ، وانشاء المؤسسات السياسية والدستورية فى البلاد ، وخاصة ازدياد مهام الادارة واتساع دورها وتطورها الملحوظ لاختيار البلاد الاسلوب الاشتراكي طريتا لها ، الامر الذى حدا بالمواطن ان يكون فى علاقة تكاد تكون يومية مع الادارة ، بل انه غدا يستشعر بها اكثر من مرة فى اليوم الواحد ، كل هذه الاسباب تقتضى اسناد مهمة الفصل فى الطعون بالالفاء على مستوى الغرف الادارية بالمجالس القضائية كمحكمة اول درجة ويقبل الطعن فيها أمام الغرفة الادارية بالمجلس الأعلى ، كى تستقيم فكرة التقاضى على درجتين ، وتعمل الجزائر على تطبيق هذا المبدأ الهام بأن تجعل المجلس الأعلى بفرقه المختلفة بمثابة جهة قضائية مهمتها التعقيب على الاحكام الصادرة من المجالس القضائية والمحاكم .

٢ - ان النظام المتبع حاليا بالنسبة للطعون بالالفاء ، يؤدى الى نتائج غير مقبولة من الناحية القانونية ، فاذا الحق - مثلا - القرار المطعون فيه ضررا بالتقاضى ، يكون له الحق فى طلب الفاء هذا القرار والتعويض عما اصابه

من ضرر ، ولكن مقتضى النظام يجعل المتقاضى يتقدم بطلباته الى الغرفة الادارية بالمجلس الاعلى ، على اساس ان القاضى الادارى بها هو المختص بنظر طعون الالغاء ويكون المتقاضى امام احد امرين ، الاول أن يطلب التعويض مع طلب الالغاء ، ويعتبر الحكم الصادر فيهما حكما ابتدائيا ونهائيا ، بمعنى انه اذا لم يستجب للقضى لكل ما طلبه في التعويض ، فان المتقاضى لا يملك اى وسيلة طعن عادية في هذا الحكم ، لانه بهذا المسلك يكون قد فوت على نفسه درجة من درجات التقاضى بالنسبة لطلب التعويض ، والامر الثانى ، ان يرفع المتقاضى اولاً طعناً بالالغاء للقرار المطعون فيه امام الغرفة الادارية بالمجلس الاعلى ، وبعد حصوله على حكم الالغاء ، يتوجه به الى الغرفة الادارية بالمجلس القضائى المختص لطلب التعويض ، حتى يستفيد من مبدأ التقاضى على درجتين فى هذا الطاب ، بمعنى انه ان لم يستجب قاضى الغرفة الادارية بالمجلس القضائى لكل طلباته في طلب التعويض ، يمكن للمتقاضى الطعن فى هذا الحكم بطرق الطعن العادية امام الغرفة الادارية بالمجلس الاعلى ، فإى مشقة هذه تلحق بالمتقاضى بالاضافة الى ما ينفقه من وقت في منازعة الالغاء ثم من بعد فى منازعة التعويض وما يتحمله من جهد ونفقات .

٣ - كما انه فيما يتعلق بالقرارات الادارية المركبة التى عادة ما تقترن بعمل قانونى آخر قد يكون سابقاً او لاحقاً او مصاحباً لها ، فان الطعن فى القرار الادارى (الفرعى) فى حالة اقترانه بالعقد الادارى وهى الصورة الغالبة ، يكون من اختصاص اعلى جهة قضائية فى البلاد وهى الغرفة الادارية بالمجلس الاعلى ، بينما فى المنازعات المتعلقة بالعمل الاصلى (العقد الادارى غالباً) تكون من اختصاص جهة قضائية لدونها وهى المجالس القضائية .

لذلك يرى الباحث ان اقتراح ادخال منازعات الالغاء (الطعون بالبطلان) فى اختصاص الغرف الادارية بالمجالس القضائية ، يكون من كمال فكرة الرقابة القضائية على عمل الادارة ، وناكيد فعاليتها ، حيث يمكن للمتقاضى اثاره طعون القضاء الكامل للغاء وتعويضاً امام ذات القاضى لتسهيل مهمة القضاء من ناحية والتيسير على المتقاضين من ناحية ثانية ، وكفالة مبدأ التقاضى على درجتين من ناحية ثالثة واخيرة .

خامساً - الغاء نظام المعارضة ، كطريق طعن عادى فى الاحكام الادارية حيث يتعارض وطبيعة المنازعة الادارية المكتوبة ، ونظام التحضير الذى يقوم به المقرر ، لان من الملاحظ عملاً ان المستفيد من هذا النظام - فى الغالب - الادارة ، التى قد تمتنع عن الحضور امام المقرر او ترفض لو تماطل فى ايداع المستندات او الوثائق

المتعلقة بالمنازعة ، حتى نفلق امامها كل سبل التحايل والمماطلة والزامها باحترام استدعاءات وطلبات المرر بالحضور وايداع المستندات .

سادسا - تخصيص قاضى او اكثر على مستوى الغرف الادارية بالمجالس القضائية والغرفه الاااربه بالمجنس الاعلى لمهمه مراعبة تنفيذ الاحكام الاداريه وضرورة تدخل المشرع بخلق فريته قابويه جديده مؤدها ، ان مرور ستة اشهر على تريح صدور الحكم الادارى يهد بمثابه قرينه قانونية تدل على امتناع الادارة عن التنفيذ ويخول للمحكوم له الالتجاء الى « قاضى التنفيذ للاحكام الاداريه » باجراءات سهه وميسره دون الحاجة الى الالتجاء الى طريق الطعن الادارى التدرجى لتوافر القرينه ، ويطلب منه التنفيذ ، وتخويل قاضى التنفيذ سلطة الاتصال بالادارة للتعرف على اسباب الامتناع عن التنفيذ وتذليل ما قد يعترض تنفيذ الحكم من صعوبات .

سابعا - ولضمان تاكيد سلطة قاضى التنفيذ ، ينبغى ضرورة تدخل المشرع الجزائرى بتجريم امتناع ممثلى الادارة عن تنفيذ الاحكام ، وفرض عقوبة جنائية على هذا الامتناع ، فاذا تبين لقاضى التنفيذ تعسف ممثل الادارة وامتناعه عن التنفيذ، كان له اثاره المسئولية الجنائية لدى النيابة العامة باعتبارها الامينة على الدعوى الجنائية ، وتقرير مسئوليته الشخصية عن هذا الامتناع .

ثامنا - ضرورة الزام الادارة بتسبب جميع قراراتها الادارية الفردية منها والتنظيمية ، لا سيما وقد منحها الدستور السلطة التنظيمية (اللائحية) من ناحية وازدياد دور الادارة الجزائرية الحديثة فى الحياة الاقتصادية نتيجة للاختيار الاشتراكى، والتي يصعب على القاضى مراقبة الهدف من قراراتها الادارية الاقتصادية ما لم تكن مسببة ، لانه سيفترض فى كل مرة مسبقا ، انها - اى القرارات الادارية - ماوجدت الا لتحقيق المصلحة العامة الاقتصادية فى الوقت الذى قد تحايل الادارة وتستهدف اهداف اخرى غير مشروعة ، وازاء هذا التطور الكمى والنوعى لدور الادارة الجزائرية ، فان التسبب يصبح ضرورة حتمية يتطلبها تاكيد فعالية الرقابة القضائية على عمل الادارة ضمانا لسيادة مبدا الشرعية .

تاسعا - ونرى انه بهذا التصور يمكن تحقيق فعالية عملية واكيدة فى الرقابة على اعمال الادارة ، الا اننا نرى انه لكى تتحقق النتيجة المرجوة من هذا النظام ، فانه ينبغى توافر « وعى قضائى » وضرورة انتشار هذا الوعى بين المواطنين ، ولن يتحقق ذلك الا بالعمل على ازالة جدار الرهبة والخوف لدى المتقاضين ضد الادارة وسلطاتها والتوعية بان لهم حقوقا ، وانه يمكن للقضاء حماية هذه الحقوق وكذلك التوعية بان الادارة ما خلقت للبطش والتعدى ، وانما هى خصم شريف ، نزيه فهى التى تعمل على نشر واستتباب الامن والمحافظة على الصحة العامة والسكينة العامة والاداب العامة ، وهى التى تقوم بتوفير احتياجات الاشخاص من مسكن وملبس وماكل

ومواصلات وتعليم وتربية وثقيف ، بل وهى التى تضمن لهم معاشهم فى شيخوختهم وعجزهم ومرضهم ومعايش ابنانهم من بعدهم فى حالة وفاتهم .

فان لم يتواجد هذا الوعى القضائى ، لدى الاشخاص سيبقى جدار الرهبة والخوف قائما ، وسيكون من الخطا القول ان المنازعات تعد مقياس لحميفة خضوع الاداره للقانون ، لانه فى حالة عدم توافر هذا الوعى القضائى ، فلن يثير المضرورة من عمل الادارة منازعة صدها اى كان قدر الضرر الذى حاق به لعدم توافر هذا الوعى ، بل وسيزداد الامر تعقيدا فى حالة تبعية هذا الشخص للادارة فى اى صورته من صور التبعية كان يكون موظفا لديها او متعاقد معها او مستفيدا من خدمات احد مرافقها لان خوفه من كيد الادارة له فى حالة طعنه فى قرارها سيقعده عن الالتجاء للقضاء والرضوخ لما تفرضه عليه من حاول وافكار .

والى جانب نشر الوعى القضائى ، فانه ينبغى العمل على تبسيط وتسهيل اجراءات التقاضى وتقريبها من المتقاضين ، والعمل على النشر والاعلان وخاصة فى الصحف اليومية عن مواقف القضاء الادارى ، بالفاء بعض القرارات الادارية غير المشروعة ، او التعويض عن بعض الاعمال الادارية التى تصيب الغير باضرار ، كل هذا يساعد على زيادة الوعى القضائى ويوجد الطمأنينة فى نفوس المتقاضين ، ويعمل على توفير مجتمع قوى متماسك ، ويكفى نشر توقيع عقوبة تأديبية او جنائية واحدة على احد ممثلى الادارة نتيجة امتناعه عن تنفيذ حكم قضائى ، حتى نضمن توفير الحشية والرهبة لدى باقى ممثلى الادارة وحرصهم على توفير الاحترام للاحكام القضائية والعمل على مقتضاها ، مما يساعد على الاختفاء التدريجى لمشكلة امتناع الادارة عن تنفيذ احكام القضاء .

((تمت بحمد الله))

المراجع

أولا - الكتب والرسائل :

١ - باللغة العربية :

- د. أحمد أبو الوفا - المرافعات المدنية والتجارية ، الطبعة الثامنة ، ١٩٦٥
- د. أحمد كمال الدين موسى - نظرية الاثبات في القانون الادارى ، دار الشعب ، ١٩٧٧
- د. أحمد مسلم - قانون القضاء المدنى ، دار النهضة العربية ، بيروت - ١٩٦٦
- الأستاذ أحمد نشات - رسالة الاثبات في التعهدات ، الطبعة الرابعة ، ١٩٤٧
- آلان فرنسوا يوث - المدخل الى النظام القضائى فى الولايات المتحدة الأمريكية ، مترجم ، ترجمة د. محمد لبيب شنب ، مكتبة القاهرة الحديثة
- د. القطب محمد طيلية - العمل القضائى فى القانون المقارن والجهات الادارية ذات الاختصاص القضائى فى مصر ، الطبعة الاولى ، ١٩٦٥
- أبى الحسن على محمد بن حبيب البصرى الماوردى - الأحكام السلطانية والولايات الدينية ، طبعة ١٩٦٦
- د. ثروت بسوى - القانون الادارى ، المجلد الاول ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٤
- د. جلال العسوى - مبادئ الاثبات ، المكتب المصرى الحديث ، ١٩٦٨
- جوان جليسى - ثورة الجزائر ، مترجم ، ترجمة عبدالرحمن صدقى أبو طالب من سلسلة دراسات أفريقية ، الدار المصرية للتأليف والترجمة
- د. حسن علام - التنظيم القضائى بالجزائر - طبعة ١٩٧٢
- د. خليل جريج - الرقابة القضائية على أعمال التشريع ، معهد البحوث والدراسات العربية ، ١٩٧١

- د. رمزي سيف — الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، طبعة ١٩٦٨
- د. سماد الشراوى — المنازعات الادارية ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٦
- » — الوجيز في القضاء الادارى ، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٨١/١٩٨٠
- د. سليمان الطماوى — النظرية العامة للقرارات الادارية ، دراسة مقارنة ، الطبعة الثالثة ، ١٩٦٦ ، دار الفكر العربى
- » — القضاء الادارى ، قضاء الالغاء ، ١٩٦٧
- » — القضاء الادارى ، قضاء التعويض وطرق الطعن في الاحكام ، ١٩٦٧ ، دار الفكر العربى
- » — القضاء الادارى ، قضاء التأديب ، ١٩٧١
- » — الاسس العامة للمعقود الادارية ، الطبعة الثانية ، ١٩٦٥
- » — الوجيز في القانون الادارى ، طبعة ١٩٧٣ ، دار الفكر العربى
- » — مبادئ القانون الادارى ، دراسة مقارنة ، الكتاب الثالث ، اموال الادارة العامة وامتيازاتها ، ١٩٧٣
- الاستاذ سمير صادق — المبادئ العامة في القضاء الادارى ، طبعة ١٩٥١ ، دار الفكر العربى
- د. طيمية الجبرف — شروط قبول الدعوى في منازعات القانون الادارى ، الطبعة الاولى ١٩٥٦ ، مكتبة القاهرة الحديثة
- » — رقابة القضاء على اعمال الادارة ، مكتبة القاهرة الحديثة ١٩٧٠
- » — مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون ، مكتبة القاهرة الحديثة ، ١٩٦٢
- » — قضاء الالغاء ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٧
- د. عبد الحميد حشيش — مبادئ القضاء الادارى — المجلد الاول — ١٩٧٦
- د. عبد الحميد متولى — أزمة القانون الادارى ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٥ — مطبعة اتحاد الجامعات

- د. عبد العزيز خليل بدوي — الطمن بالنقض والظمن أمام المحكمة الادارية العليا ، دراسة مقارنة ، الطبعة الاولى. ١٩٧٠
- » » » » — الوجيز في المبادئ العامة للدعوى الادارية واجراءاتها ، الطبعة الاولى ، ١٩٧٠ ، دار الفكر العربي
- د. عبيد الرحمن بدوي — مناهج البحث العلمى ، الطبعة الثالثة ، وكالة المطبوعات الكويتية ، ١٩٧٧
- عبد الرحمن بن خلدون — مقدمة بن خلدون الحضرمي
- د. عبد الرازق السنهوري — الوسيط في شرح القانون المدني ، طبعة بيروت ، عام ١٩٧٢
- د. عبد السلام زهنى — مسئولية الحكومة المصرية باعتبارها صاحبة الولاية العامة ، الحلقة الثالثة ، ١٩١٥ ، مطبعة المعارف
- د. عبد المنعم الشرقاوى و ذ. فتحي والى — المرافعات المدنية والتجارية ، ١٩٧٧/٧٦
- د. عبيد المنعم جسيمة — آثار حكم الالغاء ، دار الفكر العربي، ١٩٧١
- د. عثمان خليل عثمان — مجلس الدولة ، رقابة القضاء الادارى فى الجمهورية العربية المتحدة ، طبعة ١٩٦٩
- د. عثمان الخطيب — الاجراءات الادارية — نظرية الدعوى فى القضاء الادارى ، مجموعة محاضرات القاها على طلبة قسم الدراسات القانونية ١٩٦٨
- د. فتحي والى — مناهج البحث فى قانون المرافعات ، من الشرح على المتون الى المدرسة الايطالية الحديثة — شركة الاعلانات الشرقية ، ١٩٦٧
- » » — الوسيط فى قانون القضاء المدني ، طبعة ١٩٨٠ ، مطبعة جامعة القاهرة
- فرحات عباس — ليل الاستعمار (حرب الجزائر وثورتها)
- د. فؤاد العطار — القضاء الادارى ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، ١٩٦٨
- د. عبيد الرحمن عزوز — القضاء الشعبى ، دار نهضة مصر للطبع والنشر ، طبعة ١٩٧٧
- الأستاذ محمد السرياقوسى — المنطق الصورى ، منشأة المعارف ، طبعة ١٩٧٤

- د. محمد ثابت الفندى - مع الفيلسوف
محمد حسين الشيخ سليمان - دائرة المعارف المسماة بمقتبس الاثر
الأعلى ومجدد ما دثر
- د. محمد حسنين عبد العال - فكرة السبب في القرار الإدارى ودعوى
الإلغاء ، دار النهضة العربية ،
د. محمد سلام مذكور - القضاء فى الإسلام ، دار النهضة العربية ،
طبعة ١٩٦٤
- د. محمد فؤاد مهنا - مسؤولية الإدارة فى تشريعات الدول العربية
» » » - مبادئ وأحكام القانون الإدارى فى جمهورية
مصر العربية ، ١٩٧٣ ، مؤسسة شباب
الجامعة
- د. محمد عصفور - استقلال السلطة القضائية طبعة ١٩٦٨
» » - مذهب المحكمة الإدارية العليا فى الرقابة
والتفسير والإبداع ، طبعة ١٩٥٧
- د. محمد كامل ليلة - الرقابة على أعمال الإدارة ، الرقابة
القضائية ، دراسة مقارنة ، طبعة ١٩٧٠ ،
دار النهضة العربية
- » » » - نظرية التنفيذ المباشر فى القانون الإدارى ،
دراسة مقارنة للتشريع والفقہ والقضاء ،
الطبعة الأولى ١٩٦٢
- د. محمود حافظ - القضاء الإدارى ، دراسة مقارنة ، الطبعة
الثالثة ، ١٩٦٦
- » » - مذكرات فى القرار الإدارى ، دراسة مقارنة ،
١٩٧٢ على الاستنسل لطلبة الدراسات العليا
- الاستاذ محمود عبد الرحمن - قوة الشيء المحكوم فيه
- د. محمود محمود مصطفى - تطور قانون الاجراءات الجنائية ، الطبعة
الأولى ، ١٩٦٩
- د. مصطفى كمال وصفى - أصول اجراءات القضاء الإدارى ، الكتاب
الثانى ، مكتبة الانجلو المصرية ، ١٩٦٤
- د. وجيـدى راغب - النظرية العامة للعمل القضائى فى قانون
المرافعات ، رسالة عين شمس ، ١٩٦٧

LES OUVRAGES

1. ANDREADES STRTIS : Le contentieux administratif des états modernes, 1974.
2. ANDRE LEGRAND : L'OMBUDSMAN SCANDINAVE, étude comparées sur le control de l'administration, Paris, 1970.
3. AUBY et Drago : Traité de contentieux administratif, Dalloz, 1975.
4. AUBY et Fronont : Les recours contre les actes administratif dans les pays de la communauté economique europeenne, Dalloz.
5. BELAID S. Essai sur le pouvoir createur et normatif du juge, thèse. 1974.
6. BENOIT Francis-Paul : Juridiction judiciaire et juridiction administrative 1964.
7. CORMENIN Louis-Marie : Question de droit administratif 3 vol. Paris, 1837.
8. DEBBASCH charles : Contentieux administratif, Dalloz, 1975.
9. DARAGO Raland : Sociologie de contentieux administratif étude relative 1967.
10. SIR DAVID LINDSAYREIR, The constitutional History of Modern Britain seventh editon, London, 1964.
11. GARAGNON et ROUSSET : Droit administratif marocain, 1970.
12. GAUDEMMENT Yves : Les méthodes du juge administratif 1972.
13. LES GRANDS ARRETS de la jurisprudence administrative, Siry 1974.
14. HAMAOUI Ernest : Procédure administrative contentieuse, le juge administratif. Tome 2, 1973.
15. O. HOOD PHILLIPS. Constitutional and Administrative Law, Fifth edition, London, 1973.

16. JEAN LAPANNE-JOINVILLE; organisations et Procédure judiciaire, Tome 1, 1972.
17. JEAN LAPANNE-JOINVILLE : Tome 3 contentieux administratif et procédure administrative.
18. J.A. GRIFFITH & H. STREET; Principles of Administrative Law, second edition. London, 1957.
19. DE LAUBADERE Andre «Traité élémentaire de droit administratif, cinquième édition, Tome 1, 1970. L.G.D.J.
20. MAHIOU Ahmed : Cours D'institutions administratives Alger, office des Publication Universitaires.
21. MAHIOU Ahmed : Cours de contentieux administratives.
22. ODENT Roymand, Contentieux administratif. 1965 - 1966.
23. PUGET Henry, les institutions administratives étrangères. Dalloz, Paris, 1960.
24. PEISER G. : Contentieux administratif, 1974.
25. PUISOYE Jacques : Contentieux administratif 1974.
26. RENARDO-PAYEN olivier «L'expérience marocain d'unité de juridiction et separation des contentieux, 1963.
27. VEDEL G., Droit administratif, 1973, thèmes.
28. WALIN, Melanges offerts a Marcel Waline, le juge et le droit public Tome 2, 1974.
29. YAGLA Meason, La justice administrative en Algérie, thèse, Alger, 1972.

ثانيا - المقالات :

١ - باللغة العربية : -

١ - د . ابراهيم شحاتة : اجتهاد القاضى - نظرة مقارنة - مجلة العلوم الادارية والاقتصادية السنة ٤ العدد ٢

٢ - د . احمد كمال الدين موسى : نظام مفوضى الدولة - مجلة مجلس الدولة - السنة ١١

٣ - الفريد بكسليوس : نظام الامبودسمان فى السويد - مجلة العلوم الادارية - السنة ٧ العدد الثانى

٤ - د . ج كاستانى : حماة الصالح الاجتماعى فى قانون الاجراءات الادارية غير القضائية بجمهورية بولندا الشعبية - مجلة العلوم الادارية السنة ٨ العدد الثانى .

٥ - جاسبر بريتون : الرقابة على القرارات الادارية فى امريكا - مجلة العلوم الادارية السنة الثامنة .

٦ - جورج بابا حاجى : تاريخ التعديل الدستورى وانشاء مجلس الدولة اليونانى - مجلة مجلس الدولة السنة ٤

٧ - الأستاذ حسين ابو زيد : الحكم بالالفاء - حجته - آثاره - مجلة مجلس الدولة السنة ٣

٨ - دونالد س . روات : نظام الامبودسمان الاسكندنافى وهل يمكن الأخذ به - مجلة العلوم الادارية - السنة ٧ العدد ٢

٩ - د . سليمان الطماوى : السلطة التقديرية والسلطة المقيدة - مجلة الحقوق عام ١٩٥١

١٠ - د . سليمان الطماوى : قواعد الاختصاص فى مجال المنازعات المتعلقة بالمقود الادارية - مجلة مجلس الدولة - السنة السابعة .

١١ - د . سليمان الطماوى : مشكلة استبعاد المشرع لبعض القرارات الادارية من رقابة القضاء الادارى - مجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة ١٧/٣

١٢ - الأستاذ سليمان حافظ : القضاء الادارى فى مصر بين عهدين - مجلة مجلس الدولة العدد الاول

١٣ - الأستاذ صلاح عبد الحميد السيد : الحكم الادارى والحكم المدنى - مجلة مجلس الدولة - السنة من الثامنة للعاشر

- ١٤ - د . طيممة الجرف : مبدأ المشروعية ورقابة القضاء لاعمال الادارة العامة مجلة القانون والاقتصاد السنة ٢٩ لعدد الرابع
- ١٥ - د . طيممة الجرف : مدى التعارض بين طبيعة المنازعة الادارية وقواعد المرافعات المدنية - مجلة مجلس الدولة - السنة السابعة
- ١٦ - الأستاذ عادل عبد الباقي : تقرير عن مجلس الدولة الفرنسى - مجلة مجلس الدولة السنة الحادية عشر
- ١٧ - د . عبد الباسط جمهى : سلطة القاضى الولائية - مجلة العلومالقانونية والاقتصادية السنة ١١ جزء ٢
- ١٨ - د . عبد الحكيم فراج : القضاء الادارى فى مصر وتحول محكمة القضاء الادارى من محكمة ذات اختصاص محدد الى محكمة ذات ولاية عامة فى المسائل الادارية - مجلة مجلس الدولة السنة ٢
- ١٩ - د . عبد الرازق السنهورى : مجال التفرقة بين مجلس الدولة المصرى ومجلس الدولة الفرنسى - مجلة مجلس الدولة - العدد الاول
- ٢٠ - د . عبد الفتاح خضر : مبدأ تخصص القاضى - جريدة الاخبار اليومية بتاريخ ١١/٧/١٩٧٨ الصفحة الخامسة
- ٢١ - المستشار عبد اللطيف بن شهيدة : تاريخ النظام القضائى بالجزائر - نشرة القضاء الجزائرية .
- ٢٢ - د . عثمان خليل عثمان : عهد القانون الادارى فى فرنسا - مجلة مجلس الدولة السنة الاولى
- ٢٣ - مارسيل فالين : مجلس الدولة فى فرنسا منذ عام ١٩٥٤ - مجلة مجلس الدولة العدد الاول
- ٢٤ - الأستاذ محمد طاهر عبد الحميد : اتجاهات جديدة فى القضاء الادارى الفرنسى - مجلة مجلس الدولة السنة ١٢
- ٢٥ - الأستاذ محمد فتح الله بركات : النظم القضائية فى الولايات المتحدة - مجلة مجلس الدولة من السنة ١٣ - ١٥
- ٢٦ - د . محمد لبيب شنب : أساسيات التشريع المدنى لاتحاد الجمهوريات السوفيتية الاشتراكية - مجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة ٨ العدد ٢
- ٢٧ - د . مصطفى كمال وصفى : مجلس الدولة القاضى العام للمنازعات الادارية - مجلة العلوم الادارية - السنة ١٤ الجزء ٣

- ٢٨ - د . مصطفى كمال وصفى : المشروعية في الدول الاشتراكية - مجلة العلوم
الإدارية السنة ٨ العدد ٢
- ٢٩ - د . لودفيج شميت : المحاكم الإدارية الألمانية - مجلة مجلس الدولة
السنة الأولى .
- ٣٠ - المستشار العربي بن التومي : مقالة عن النظام القضائي بالجزائر - نشرة
القضاء الجزائرية عدد ابريل ١٩٧٢ .

LES ARTICLES

1. AUBY J.M. : L'Ultra petita dans la procedure contentieuse administrative, melanges waline, juillet 1974.
2. BENMELHA Ghaouti, L'Etat Algerien devant la justice Revue Algerienne, 1971, P. 331.
3. BENOIT Francois-Paul, Les fondaments de la justice administratif, melanges waline, Juillet 1974.
4. BONTEMS Claude, les origines de la justice administrative en Algérie, Revue Algerienne, Sept. 1975.
5. CHEVALLIER : L'interdiction pour le juge administratif de faire d'administration, A.J.D.A. 1972.
6. DEBBASCH. ch., le droit administrative Face à l'evolution de l'administration Française, Melange Waline, 1974.
7. DENOIX et LABETOULLE Les pouvoir d'instruction du juge adminstratif, E.D.C.E. 1970.
8. DARGO R., etude relative aux décisions par le tribunal administratif de Versailles au cours de l'année Judiciaire 1967 — 1968 sous la direction de Mr. Drago, E.D.C.E. 1969.
9. HEURTE, Les règles générales de procédure, A.J.D.A. 1964.
10. LAMPUE Pierre, la justice administrative dans les états d'afrique Francophone, R.J. P. I.C. 1965.
11. LAPANNE, La direction de la précédure devant les tribunaux administratif, A.J.D.A. 1965.
12. LAVAU G., Du caractère non suspensif des recours devant les tribunaux adm. R.D.P., 1950

13. LE MASURIER Vers un nouveau principe du droit, le principe, Bian, Cout, avantages' Melanges Waline, Juillet, 1974.
14. MAHIOU A., Contentieux administratifs en Algérie. R.J.P.I.C. 1972.
15. MEME Colette, L'intervention de juge administratif dans l'exécution de ses décisions, E.D.C.E. 1966.
16. VICTOR Silvera, Le reforme du Conseil d'Etat, Sirey, 1963.
17. Keesing's contemporary Archives, weekly diary of world events, Sept. 1947.

ثانياً - النصوص والدوريات والمجلات :

- ١ - ميثاق الجزائر .
- ٢ - دستور الجمهورية الجزائرية لعام ١٩٦٣ .
- ٣ - الميثاق الوطني الجزائري عام ١٩٧٦ .
- ٤ - الدستور الجزائري عام ١٩٧٦ .
- ٥ - قانون الاجراءات المدنية الجزائرية والقوانين المعدلة له .
- ٦ - قانون التنظيم القضائي الامر رقم ٦٥ - ٢٧٨ والمعدل بالامر رقم ٧٤ - ٧٣ .
- ٧ - قانون البلدية الجزائرية الامر رقم ٦٧ - ٢٤ الصادر في ١٨/١/١٩٦٧
- ٨ - الامر رقم ٤٤ - ١٩٧٥ الصادر في ١٧/٦/١٩٧٥ بخصوص انشاء اللجنة الوطنية للنحكيم الاجباري .
- ٩ - المرسوم رقم ٦٦ - ١٤٣ الصادر في ٢/٦/١٩٦٦ بشأن اختصاص اللجان المتساوية الاعضاء وتنظيمها وسيرها .
- ١٠ - الامر رقم ٦٩ - ٣٨ بشأن تنظيم الولاية الجزائرية الصادر في ٢٣/٥/١٩٦٩
- ١١ - الامر رقم ٧٦ - ١٠١ الصادر في ٩/١٢/١٩٧٦ المتضمن قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة .
- ١٢ - القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ بشأن مجلس الدولة المصري والقوانين المعدلة له - القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ ، والقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ ، والقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن اعادة تنظيمه .
- ١٣ - الامر رقم ٤٥ - ١٠٧٨ بشأن تنظيم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ٣١/٧/١٩٤٥ والمرسوم رقم ٥٣ - ٩٣٤ الصادر في ٣٠/٩/١٩٥٣ المعدل له
- ١٤ - مرسوم رقم ١٠٥٤ الايطالي الصادر في ٢٦/٦/١٩٢٤ .
- ١٥ - قانون رقم ٣٧١٣ لسنة ١٩٢٨ اليوناني المنشور بمجلة مجلس الدولة السنة ٣

- ١٦ - دستور الولايات المتحدة الأمريكية المنشور بمجلة مجلس الدولة السنة ٨-١٠.
- ١٧ - مجموعه الاحكام الجزائرية الخاصة بالفرف الادارية بالمجالس القضائية واحكام الفرفة الادارية للمجلس الاعلى لعمى ٧٧ ، ١٩٧٨ .
- ١٨ - نشرة القضاء اجزائرى .
- ١٩ - مجموعة احكام مجلس الدولة - المحكمة الادارية العليا .
- ٢٠ - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الجمعية العمومية للقسم الاستشارى للفتوى والتشريع من يناير ١٩٦٠ - الى يناير ١٩٧٠ تجميع المستشار أحمد سمر ابوسادى .
- ٢١ - المجلة الجزائرية .
- ٢٢ - مجلة العلوم الادارية المصرية .
- ٢٣ - مجلة مجلس الدولة المصرى .
- ٢٤ - مجلة العلوم القانونية والاقتصادية .
- ٢٥ - جريدة الاهرام اليومية القاهرية .
- ٢٦ - جريدة الاخبار اليومية القاهرية .

رابعا - الأبحاث والتقارير والتعليقات على الأحكام :-

- ١ - « مدى سلطة الإدارة فى سحب قراراتها الادارية » بحث من معهد العلوم الادارية - المنشور بمجلة العلوم الادارية السنة ١٤ العدد ٢ .
- ٢ - « القضاء الادارى 'الدولى' » من أبحاث معهد العلوم الادارية والمنشور بمجلة العلوم الادارية - العدد ٥ الجزء ٢ .
- ٣ - المذكرة الايضاحية لقوانين مجلس الدولة - مجلة مجلس الدولة السنيتين الخامسة والسادسة .
- ٤ - « دراسة متارنة فى وسائل التنفيذ » من أبحاث المعهد الدولى للعلوم الادارية - مجلة العلوم الادارية - السنة ٢ العدد ١ .
- ٥ - تقرير رئيس مجلة مجلس الدولة المصرى عن عامه الرابع عشر - مجلة مجلس الدولة العدد ١١ عام ١٩٦٢ .
- ٦ - « تعليق على حكم مجلس الدولة فى مجال مسئولية الادارة عن أعمالها غير القانونية » للدكتور سليمان الطماوى - المنشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة ١/١ .
- ٧ - تعليق على حكم بشأن تعطيل تنفيذ حكم قضائى « الدكتور عبد الفتاح حسن » بمجلة العلوم الادارية - السنة ٦ العدد الاول .

الاصطلاحات الاجنبية

1. Adm. : Administratif.
2. R.A. : Revue Algerienne.
3. A.J.D.A. : Actualite juridique droit administratif.
4. E.D.C.E. : études et documents de Conseil d'Etat.
5. R.J.P.I.C. : Revue juridique, politique, Independance et cooperation. Alger.
6. R.D.P. Revue de droit public.
7. C.E. Conseil d'Etat.
8. C.E.E. : La communauté economique europenne.