



الجمهورية العربية السورية
جامعة دمشق
كلية الحقوق
قسم القانون العام

دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية دراسة مقارنة

بحث علمي قانوني أعد لنيل درجة الماجستير
في القانون العام

إعداد الطالب
همام يونس

إشراف

د. عيد قريطم
المدرس في قسم القانون العام

1442هـ _ ٢٠٢١ م

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿كبر مقتاً عند الله أن تقولوا ما لا تفعلون﴾

سورة الصف ﴿٣﴾

صدق الله العلي العظيم

شكر و عرفان

إلى من وجه فأرشد وبذل فأحسن في البذل والعطاء والسخاء

كل الشكر والتقدير والامتنان الى الأستاذ الدكتور عيد قريطم المدرس في قسم القانون العام على تكمّره بالإشراف على هذا البحث بدايةً ونصحه ومشورته وما قدّمه لي ولزملائي خلال فترة البحث جزاه الله عنا كل خير ، كما أنني اتوجه بالشكر الجزيل والامتنان العميق الى اساتذتي في كلية الحقوق في جامعتي دمشق والبعث على ما احاطوني و زملائي الطلبة من اهتمام ورعاية و عناية وأخص بالذكر اساتذتي في قسم القانون العام الذين كان لي الشرف في التعرف عليهم عن قرب وذلك من خلال المحاضرات والمناقشة فتعلمنا منهم الكثير جزاهم الله عنا كل خير ومنهم الاساتذة الكرام أعضاء اللجنة الموقرة :

الدكتور سعيد نحيلي الأستاذ في قسم القانون العام.

الدكتور سنان عمار الأستاذ المساعد في قسم القانون العام.

الدكتور عيد قريطم المدرس في قسم القانون العام.

الاهداء

الى قدوتي و سندي وفخري واعتزازي ومصدر قوتي وافتخاري. والدي م هيثم

والدتي نبع الحنان والعطاء والمظلة الوارفة الظلال.

وردتي الجميلة و صديقتي الرائعة

اختي زينة

عزوتي وشدّتي على مر الايام وسادتي

اخوتي

وصخرتي التي اتكئ عليها

حسين محمود

زملائي في جامعتي دمشق والبعث الذين تقاسمت معهم اجمل لحظات الدراسة

ايام السلم وايام الحرب

بما فيها من خطف وقنص وتفجير في مدينة حمص مدينة السلام والطمأنينة والاخاء.

مقدمة

تقول القاعدة العامة أنه إذا عرضت على أي قاضي منازعة ما، فإنه ملزم بالفصل فيها، وعليه من أجل الوصول لهذا الهدف أن يبحث أولاً عن نصٍ تشريعي يحكم المنازعة المعروضة عليه، فإن لم يجد القاضي نصاً تشريعياً ذهب بحثاً عن المصادر الأخرى للقاعدة القانونية، وحسب الترتيب الذي ارتضاه المشرع لهذه المصادر، فإذا لم يجد في أي مصدر من هذه المصادر قاعدة يطبقها على الدعوى المعروضة عليه، فإنه لا يمكن أن يمتنع عن إصدار حكم في هذه القضية المعروضة بحجة عدم وجود قاعدة قانونية صالحة للتطبيق في الدعوى محل بحثه، وإنما على القاضي أن يصدر حكمه في الدعوى بقاعدة من إنشائه وابتكاره، وإلا فإنه يكون منكراً للعدالة.

ولما كانت هذه القاعدة عامة فإنها ملزمة للقاضي العادي والقاضي الإداري، فكل منهما يجب عليه الفصل في ما يعرض عليه من منازعات حتى ولو لم تتوفر له القاعدة القانونية الصالحة للتطبيق على الدعوى المعروضة عليه في أي مصدر من مصادر القانون، ولكن هناك فارق واضح وجلي بالنسبة للقاضي في القضاء العادي؛ فإنه يطبق نصوص وقواعد القانون المدني: هذا القانون القديم الممتد بجذوره في أغوار التاريخ حتى العهد الروماني أو قبل ذلك، كما أنه قانون قد جمعت قواعده ونصوصه في منظومة واحدة تبلورت في قانون نابليون، فكان هذا القدم وعملية تجميع هذه النصوص سبباً في أن يكون هذا القانون من الاتساع والإحاطة بكل الوقائع وفي كل الظروف، وذلك مع الاقتناع بأن النصوص متناهية والوقائع غير متناهية، ومع ذلك نجد أن ما يستجد من وقائع لا تندرج تحت أي نص من نصوص القانون المدني قليلة جداً، ولا يمكن أن تؤثر في كيان هذا القانون وجوهره.

ولكن إذا تعلّق الأمر بالقانون الإداري، نجد قانوناً حديث النشأة نسبياً، حيث أنه قانونٌ لم يعرف الوجود إلا في النصف الثاني من القرن التاسع عشر، ولم تتضح مبادئه وأساسه ونظرياته

إلا مع بداية القرن العشرين، وانطلاقاً من ذلك نجد أن هذا القانون لم تكن له الفرصة بتجميع قواعده في العصر الذهبي — عصر نابليون — أواخر القرن الثامن عشر وبداية القرن التاسع عشر، حيث لم يكن للقانون الإداري أي وجود، كما أن قواعده الجديدة بدأت في النمو والتكاثر مما حال بينها وبين التجميع، بالإضافة إلى أن النشاط الإداري سريع التطور وأن الإدارة في حركة دائمة، وقواعد القانون الإداري ظهرت لتعالج تنظيم الإدارة ونشاطها ومنازعاتها، فمن هنا وجد القاضي الإداري نفسه أمام سيلٍ من المنازعات يجب عليه إيجاد حل لها، ولا وجود لنص تشريعي ولا قاعدة في أي مصدر من المصادر القانونية، فكان عليه لزاماً أن يبدع ويبتكر ويوجد حلاً ثم يطبقه، ولذلك كان القضاء الإداري قضاءً إنشائياً ابتكارياً أكثر منه قضاءً تطبيقياً مقارنةً بالقضاء العادي.

فالقاضي الإداري ينشئ غالباً الحلول القانونية الملائمة لمختلف الروابط القانونية التي تنشأ بين السلطة الإدارية في تسييرها للمرافق العامة من جهة، وبينها وبين الأفراد من جهة أخرى. فيذهب المشرع في أغلب الأحيان إلى وضع قواعد وأحكام عامة، ويترك للقاضي سلطة تقديرية واسعة من أجل تحديد محتواها، وفي أحيان أخرى ينظم مجالات محددة، ويترك كثيراً من القطاعات خارج مجال تطبيق النصوص التنظيمية أو التشريعية؛ فمثلاً في القرن التاسع عشر نظم المشرع بعض حالات مسؤولية الدولة كالضرر الذي يلحق بالغير نتيجة الأعمال العسكرية، ولكنه لم ينظم النظام العام لمسؤولية الأشخاص العامين.

وانطلاقاً مما سبق نجد أن معظم قواعد ومبادئ القانون الإداري قضائية المنشأ، سواء ما كان منها قد ربط بنصوص قانونية أو أكدها من تلقاء نفسه مما يدفعنا إلى التساؤل حول أهمية الدور الذي يلعبه القاضي الإداري وإلى أي حد ومدى يصل في تعامله مع القواعد القانونية.

كما نجد أن هذه الأهمية قد تجسدت عبر التطور التاريخي لقواعد القانون الإداري وقضائه، في ابتداء وإنشاء نظريات ومبادئ ضمنت الموازنة بين اعتبار أن الدولة تتمتع بامتيازات السلطة

العامة ورعاية الصالح العام والسهر على حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد من جهة، وبين حماية حقوق الافراد وحرياتهم العامة.

فالمشرع لم يستطع أن ينظّم كل ما يتعلق بهذه الموازنة من روابط قانونية، فكان نصيبه في هذه المسألة متواضع بالمقارنة مع المجهود الكبير للقضاء الاداري، فالقاضي هو الذي يفسر النص الغامض والمبهم ويطبقه على الوقائع الجديدة التي لم ينظمها المشرع، كما يتمم الثغرات التي يعاني منها القانون وغفل عنها المشرع.

كما أن هذه الأهمية الانشائية للقضاء الاداري لم تأتي بمحض الصدفة، وإنما جاءت بعد جهد كبير استطاع بفضلله القاضي الاداري أن يعمّم مراقبته لتشمل جميع أوجه عدم المشروعية، فالدولة في الاصل كانت ترفض المسؤولية عن الاضرار التي تحدثها للغير، ولكن بالتدريج استطاع القاضي الاداري بحكمته أن يجعلها مسؤولة عن الاعمال والتصرفات التي تقوم بها بحكم سلطاته الرقابية التي انصبت أولاً على جميع أوجه عدم المشروعية الخارجية؛ ثم انتقل القضاء ليفرض رقابته على أوجه عدم المشروعية الداخلية.

ولقد لعب القضاء دوراً مهماً عبر العصور، ذلك أنه في العصر الروماني لعب القاضي دوراً لا يقل أهمية عن القانون والعرف منذ أن تولى البريتور(قاضٍ) شؤون القضاء، فدور البريتور لم يكن يقتصر على تطبيق القانون بل كان ينشئه ويعدله بما يتفق ومقتضيات العدالة، وغالباً ما كانت هذه القواعد قواعد جديدة لم يكن قد تناولها قانون أو عرف سابق، كانت تجمع في منشورات قضائية أطلق عليها فيما بعد اسم "المنشور الدائم".

وفي عهد النبوة، حيث كان النبي صلى الله عليه وسلم أول قاض في الاسلام، ومسألة أن مصادر التشريع في عهد النبوة كانت الكتاب والسنة فقط مسألة تحتاج إلى تمعن وتدقيق، بدليل أن النبي صلى الله عليه وسلم عندما عيّن معاذ بن جبل قاضياً على اليمن فقال له:

كيف تقضي إذا عرض لك قضاء، فقال: أقضي بكتاب الله، فإن لم أجد فبسنة رسول الله، فإن لم أجد أجتهد رأيي ولا آلو.

وقد كان لدور القاضي في الاسلام السند الذي جعل منه الفقهاء مصدراً للقاعدة القانونية عن طريق البحث في الأدلة الشرعية على الأحكام العملية في الفقه الإسلامي، وضرورة من ضرورات التشريع الإسلامي، إذ لولا تدخل القضاء لتعطلت كثير من الأحكام على ما يستجد من أحداث ينعدم فيها النص، فكان القضاء مجسداً للخاصية المتمثلة بصلاحيات الإسلام لكل زمان ومكان ومواكبته للأحداث وإيجاد حلول للمستجدات .

أما في القانون الإنكليزي، فنجد أن الهيمنة التي اكتسبها القضاء تفوق أهميته في غالب القوانين إن لم نقل كلها، ففضله تم جمع الأعراف القديمة وإعطائها صياغة جديدة جعلتها قابلة للتطبيق، وأصبح كل حكم يشكل سابقة قضائية يتقيد بها القاضي ويعتمدها في القضايا المتماثلة، وانطلاقاً من هنا اعتبر القانون الإنكليزي من صنع القضاء.

وبالرغم مما قيل عن دور القضاء وأهميته إلا أن معظم القوانين الحديثة جعلته مصدراً تفسيرياً لا غير، بل حتى في فرنسا اعتبر كذلك نتيجة للتفسير الخاطئ الذي تبناه رجال الثورة الفرنسية لمبدأ فصل السلطات والذي بموجبه لا يجوز للسلطة القضائية أن تتدخل في شؤون السلطة التشريعية و التنفيذية أو أن تعمل على عرقلة نشاط إحداهما، إلا أن الواقع العملي وحكمة مجلس الدولة الفرنسي وسعيه للموازنة بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، أظهر قصوراً في هذا الموقف بسبب أن القاضي كثيراً ما يضطر للابتكار والانشاء للوصول إلى حل يطبق على المنازعة المعروضة عليه، ثم تتواتر هذه الأحكام وتستقر لتنشئ بعد ذلك القاعدة القانونية.

ويلاحظ أن وجود هيئة قضائية عليا كمجلس الدولة الفرنسي في فرنسا والمحكمة الإدارية العليا في سورية، مما يساعد على ممارسة رقابتها على أحكام المحاكم وتلعب دوراً هاماً حيث

تنظر في إساءة استعمال السلطة من جهة، وقاضي أعلى درجة للأحكام التي تصدر عن المحاكم الإدارية، وكجهة قضائية عليا موحدة للاجتهاد القضائي الإداري.

أهمية البحث:

تكمن أهمية هذا البحث في أنه يتناول بالدراسة والتحليل أحد المواضيع الهامة والحديثة المطروحة في مجال القانون الإداري منذ تبني سورية نظام ازدواجية القضاء؛ فللقاضي الإداري دور بالغ الأهمية والأثر، الأمر الذي لا يجعله يقل أهمية عن دور التشريع نفسه، فللقاضي دور هام فهو الذي يضع القانون موضع التطبيق العملي ، وهو الذي يحدد مداه وأبعاده، لأن القضاء الإداري ليس مجرد قضاء تطبيقي كالقضاء المدني، بل هو في الغالب قضاء إنشائي، يبتدع الحلول المناسبة للروابط القانونية التي تنشأ بين الإدارة وبين الأفراد، وهي روابط تختلف في طبيعتها عن روابط القانون الخاص، الأمر الذي يقتضي من القائمين بأمر القضاء الإداري مجهوداً ليس باليسير للبحث والتمحيص والتأصيل لاحتياجات المرافق العامة، وذلك لإحداث نوع من الملاءمة بين المصالح العامة والمصالح الفردية الخاصة.

وبناء على ما سبق نجد أن لخاصية الانشاء من قبل القاضي الإداري دور مهم وبارز في القانون الإداري، خصوصاً في الدول التي تتبنى نظام ازدواجية القضاء وعلى رأسهم فرنسا مهد القانون الإداري بقواعده غير المألوفة ، حيث كان للقاضي الإداري دور كبير في إيجاد هذه القواعد أحياناً والكشف عنها أحياناً أخرى، حتى وصل إلى وضع نظرية شاملة وقواعد لها قوة القانون وإلزاميته في كثير من مفاصل القانون الإداري .

إشكالية البحث :

تكمن إشكالية دور القاضي الإداري في انشاء القاعدة القانونية في التالي:

إلى أي مدى يمكن أن يصل انشاء القاضي الإداري في تعامله مع النصوص القانونية الغامضة والناقصة والغير موجودة، لإيجاد حل للمنازعة المعروض عليه؟، بمعنى هل يمكن لإنشاء القاضي أن يوجد قاعدة قانونية جديدة؟

وينتج عن طرح هذه الإشكالية مجموعة من الأسئلة الفرعية المتعلقة بها وهي:

— حقيقة دور القاضي الإداري ؛ هل هو منشئ للقواعد القانونية أم كاشف لها؟

— هل وسيلة تفسير وتأويل القانون الممنوحة للسلطة القضائية تخوّلها سلطة تقديرية تجعلها قادرة على إنشاء بالقانون لا تطبيقه فقط؟

— هل تمثل السلطة التقديرية للإدارة عائقاً أمام الدور الانشائي للقاضي الإداري؟

— هل استطاع القاضي الإداري السوري أن يضع قواعد قانونية، وتنبه المشرع للقصور الذي يعانيه القانون، أم مازال موقفه متردداً وحجولاً في إبراز المبادئ القانونية، ويقتصر دوره على اتباع خطى المشرع؟

ففي هذا البحث سنحاول الاجابة على الفرضيات أو الأسئلة المطروحة، وبالإجابة عليها نكون قد توصلنا إلى حل المشكلة التي يقوم عليها البحث.

هدف البحث:

يمكن القول بأن الأهداف المرجوة من هذا البحث تتمثل في:

— محاولة بيان الدور الذي يلعبه القاضي الإداري في حل المنازعات الادارية، ، مع توضيح الدور الحقيقي الذي يلعبه هذا القاضي، من حيث أنه يضع حلولاً تضيفي إلى الوجود قواعد قانونية جديدة، أم أن دوره يكون كاشفاً فقط لحلول قانونية موجودة .

__محاولة المقارنة بين دور القاضي العادي ودور القاضي الاداري في حل المنازعات المعروضة على كل منهما واثبات أن القاضي الاداري يستطيع حل المنازعات دون الاستناد الى نصوص موجودة مسبقاً .

__ محاولة إبراز دور القاضي الاداري السوري ، من خلال أحكام قضائية صادرة عن مجلس الدولة السوري.

__ منهج البحث :

للوصول الى هذه الاهداف والاجابة على الاشكالية الاساسية المطروحة، بدراسة قانونية علمية سليمة، استدعت طبيعة هذه الدراسة استخدام عدة مناهج ؛ تمثلت في استخدام المنهج التأصيلي التحليلي في التعامل مع المفردات العلمية الاصطلاحية ، ثم استقراء بعض من النصوص القانونية، وما توفر لي من الاحكام القضائية المتعلقة بموضوع الدراسة، والعمل على تحليلها اعتماداً على ما لدي من مادة علمية في هذا الموضوع، مقارنة بما وصل إليه القانون والقضاء في كل من فرنسا ومصر وسورية في هذا المجال.

كما تم الاستعانة بالمنهج التاريخي؛ وذلك بصدد تتبع المراحل التي مر بها القضاء الاداري في فرنسا مهد القانون الاداري بمفهومه الضيق والدور الذي لعبه القاضي الاداري في ظهور هذا القانون.

أضف إلى ذلك المنهج المقارن كأساس للدراسات القانونية ، للمقارنة بين دور القاضي المقارن بين كل من سورية و فرنسا ومصر.

الصعوبات :

لعل من أهم الصعوبات التي كانت بمثابة معوقات من جهة، وحافز من جهة ثانية للعمل على هذا البحث يمكن حصرها في قلة الدراسات المتخصصة، إن لم أقل عدم وجودها فيما اطلعت

عليه من دراسات، لمسألة الدور الانشائي للقاضي الاداري ودوره مع القانون الاداري وجوداً
وعدماً في سورية خصوصاً ، والوطن العربي عموماً إلا ما كان من أبحاث ومقالات متفرقة
لجزئيات من هذا الموضوع.

وتزداد هذه المسألة صعوبةً في سورية، ذلك أن أي باحث يلاحظ قلة المراجع المتعلقة بالقانون
الاداري، سواء من حيث المراجع المتخصصة، أو من حيث الاجتهادات القضائية، ومشكوراً
مجلس الدولة السوري بأن جمع مجموعةً كبيرةً من الاحكام القضائية في مجموعة واحدة، ولكن
لم ترتق لتطلع الباحثين وتسهيل عملهم، ولهذا فالجميع سواء أكانوا كليات للحقوق عن طريق
المكتبات أو الدراسات والبحاث، و المحامين، والدولة ممثلةً في وزارة العدل، والهيئات القضائية،
والمهتمين بالقانون، مدعوون من أجل سد هذا الفراغ، وإيجاد حلٍ لهذا الوضعية في سورية
بالمقارنة مع دول عربية أخرى.

فكانت هذه الصعوبات كحافز لتناول هذا الموضوع في فصلين من خلال خطة البحث التالية:

الفصل الأول: ماهية دور القاضي الإداري في انشاء القاعدة القانونية.

المبحث الأول: مفهوم دور القاضي الإداري في انشاء القاعدة القانونية.

المطلب الأول: التعريف بدور القاضي الإداري في انشاء القاعدة القانونية.

المطلب الثاني: القاضي الإداري و دوره في ظهور مجموعة قواعد قانونية .

المطلب الأول ماهية المبادئ العامة للقانون كنظرية قضائية .

المطلب الثاني: مكانة المبادئ العامة للقانون بالنسبة للقاضي الإداري وكيفية إنشائها.

الفصل الثاني القاضي الإداري وتعامله مع القانون الإداري .

المبحث الأول دور القاضي الإداري بين القانون والسلطة التنفيذية للإدارة

المطلب الأول: دور القاضي وتعامله مع النص لخلق الحل القانوني.

المطلب الثاني: سلطة القاضي في حال غياب النص لخلق الحل القانوني .

المبحث الثاني: القضاء الإداري والرقابة على السلطة التنفيذية للإدارة

المطلب الأول: الاتجاهات التقليدية في رقابة القاضي الإداري من خلال الانشاء على السلطة التقديرية للإدارة.

المطلب الثاني: الاتجاهات الحديثة في رقابة القاضي الإداري من خلال الانشاء على السلطة التقديرية للإدارة.

خاتمة

الفصل الأول

ماهية دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية

إن القانون الإداري قانونٌ حديث النشأة لم يولد إلا في أواخر القرن التاسع عشر، ولم تتبلور وتنتضح أسسه ونظرياته إلا في بدايات القرن العشرين، الأمر الذي لم يساعد على تجميع هذا القانون بصورة مقننة كاملة ، ما فرض على القاضي الإداري إيجاد حل للمنازعات المعروضة عليه بقواعد من إنشائه عند غياب النص ، وهنا يتضح الفارق بين دور القاضي العادي ودور القاضي الإداري، في حين أن الأول لا يضطر إلى ابتكار قاعدة قانونية إلا نادراً، في حين نجد أن الثاني يقوم باستمرار بخلق القواعد القانونية وابتكارها.

وانطلق القاضي الإداري في حل المنازعات بدورٍ فعالٍ متميزٍ حتى وصف القانون الإداري بأنه قانون قضائي للدلالة على نشأة هذا القانون وهذا الدور ضرورةٌ علميةٌ وعمليةٌ تقتضيها طبيعة النصوص القانونية والعملية القضائية، حيث نجد أن النصوص القانونية محدودة من جهة، ولكن وقائع الحياة الإدارية متجددة ومتطورة باستمرار من جهة أخرى، لذا كان لا بد للقاضي من بذل الجهد في إنشاء أحكام قضائية، أو الاستفادة من تلك النصوص القانونية المحدودة. فهل يمكن أن يكون هذا الابتكار الحاصل من القاضي الإداري عبر الانشاء تشريعاً، أم هو مجرد كشف لقاعدة قانونية موجودة ، وكان دور القاضي الإداري فيها كشفاً وإخراجاً من النظام القانوني في الدولة.

كما أنه لا يمكن لأحد أن ينكر دور القاضي الإداري في القانون الإداري، فهل أن هذا الدور جعله مصدرراً رئيسياً رسمياً أم هو مجرد مصدرراً احتياطياً مسانداً، إذن هذه الأسئلة سنحاول الإجابة عليها في مبحث أول متضمن مفهوم دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية ، ثم مبحث ثان متعلق بدور القاضي الإداري في إنشاء المبادئ العامة للقانون.

المبحث الأول

مفهوم دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية

إذا كانت المعضلة الأولى التي تواجه المواطن المعني بتطبيق القانون أو المبتدئ في دراسته تتمثل في إيجاد النص القانوني الذي يطبق على نزاع معين، وهي المشكلة التي تتعقد في حالة تنظيم محل النزاع بموجب نصوص قانونية متنوعة، سواء كانت من نفس الدرجة أو من درجات مختلفة، مثل الدستور والقانون واللوائح، فإن المشكلة التي تواجه المتخصصين في مجال القانون، ولا سيما القضاة والمحامين، تتمثل أساساً في تحديد الحل المناسب لقضية معينة سواء عن طريق الابتكار و الانشاء أو تفسير القانون النافذ.

وللقاضي في مجال القانون دور بالغ الأهمية والأثر، لا يكاد يقل في أهميته عن دور التشريع نفسه، فالقاضي هو الذي يضيف على القانون طابعه العملي الحي، وهو الذي يحدد مداه وأبعاده لذلك سوف ندرس هذا الدور من خلال المطلبين التاليين ، المطلب الأول: التعريف بدور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية، المطلب الثاني: القاضي الإداري و دوره في ظهور مجموعة قواعد قانونية .

المطلب الاول

التعريف بدور القاضي الاداري في انشاء القاعدة القانونية

احتلت القواعد المنشأة من قبل القاضي الاداري الدور الرئيسي في وضع نظريات القانون الاداري ومبادئه حيث كان للقضاء الاداري المتخصص والمستقل في فرنسا ومن بعده مختلف الدول جهودها البارزة في إنشاء قواعد القانون الاداري كقانون مستقل ومتميز عن قواعد القانون المدني وذلك مع مراعاة الطبيعة الخاصة لروابط القانون الاداري فالقانون الإداري ذا أصل قضائي وستتناول في هذا المطلب الفرعين التاليين الاول: الجانب الموضوعي للقاضي الاداري في إنشاء القاعدة القانونية و الفرع الثاني: خصوصيات واسس الدور الانشائي للقاضي الاداري .

الفرع الاول

الجانب الموضوعي للقاضي الاداري في إنشاء القاعدة القانونية

سوف نتناول في هذا الفرع أولاً: الدور الكبير للقاضي الاداري في انشاء قواعد القانون الاداري ومن ثم ثانياً : تفسير الدور الانشائي للقاضي الاداري .

أولاً _ الدور الكبير للقاضي الاداري في انشاء قواعد القانون الاداري :

لما كان للإنشاء فيما يعنيه من بذل الجهد في استنباط الاحكام القانونية، والذي يمارسه القاضي الاداري، آثاره في حل المنازعات وعدم انكار العدالة وتعزيز وجود القانون الاداري وتطويره باستمرار وجعله يجري التطور المستمر في الروابط الناشئة بين الإدارة و الافراد ،حيث يعتبر القاضي بممارسته لدوره السابق ضامناً لحقوق و حريات الافراد و مكرساً لدولة القانون ، عبر سعيه للفصل في المنازعات التي تعرض امامه، حيث يقوم بتطبيق القواعد القانونية الفاصلة

في موضوع النزاع بغض النظر عن مصدر هذه القواعد، حفاظاً على مبدأ المشروعية فيما يعنيه خضوع الدولة بجميع مكوناتها للقانون بمعناه الواسع.

ويمنع المساس بهذا المبدأ من جهة الإدارة وهي بصدد ممارستها وظيفتها الإدارية، حيث أن كل عمل أو قرار قابلاً لأن يعرض على القضاء من قبل صاحب الصفة والمصلحة والاهلية لفحص مشروعيته^(١).

ومن هنا يظهر دور القاضي الإداري في تطوير القانون الإداري من خلال استنباط المبادئ والأحكام القانونية الملائمة للعلاقات القانونية المتطورة في مجال القانون الإداري فيكون بذلك قد ساهم بشكل فعال في سد النقص الحاصل والفرغ الذي لم يستطع أن يملأه المشرع تاركاً خلفه مشرعاً قضائياً حقيقياً دون أن يكون قد مسّ بمبدأ فصل السلطات، حيث أن القاضي الإداري قد لا يجد في كثير من الأحيان القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على المنازعة المطروحة أمامه ، مما يدعوه الى إنشاء القاعدة التي تحكم الواقعة ، كما يعتبر الحارس الأمين على مبدأ المشروعية .

وإذا ما استقر القضاء على تطبيق القواعد المنشأة من قبل القاضي وصار ذلك متواتراً ولازماً لاحترام هدف هذه القواعد ، أصبحت هذه القواعد من قبل المبادئ القانونية العامة التي لا يجوز مخالفتها مما يسهل عمل المشرع في تقنينها ، ويكمن أساس حق القاضي في إنشاء مبادئ القانون الإداري على افتراض أنه يعبر عن إرادة المشرع التي لم يفصح عنها في نصوص تشريعية ويستقي القاضي هذه المبادئ من المبادئ الدستورية العامة والوثائق والاعلانات التي تكشف اتجاهات المشرع الدستوري والعادي في ارساء قواعد الحكم وتنظيم العلاقات الإدارية. وفي هذا الشأن اشارت المذكرة الايضاحية لقانون انشاء مجلس الدولة المصري : "أن القضاء الإداري يتميز بأنه ليس مجرد قضاء تطبيقي كالقضاء المدني بل هو في الغالب قضاء انشائي

(١) د نجم الأحمد ، القانون الإداري ٣ ، منشورات الجامعة الافتراضية السورية .سورية .ص:٣٤.

يبتدع الحلول المناسبة للروابط القانونية التي تنشأ بين الإدارة وفي تسييرها للمرافق العامة والافراد، وهي روابط تختلف بطبيعتها عن روابط القانون الخاص ومن ثم ابتدع القضاء الإداري نظرياته التي استقل بها في هذا الشأن^(١)، وفي نفس المعنى انبثقت أحكام المحاكم الإدارية المختلفة الأمر الذي ساهم معه القضاء في وضع نظريات القانون الإداري، ومنها المسؤولية الإدارية و القرار الإداري والعقود الإدارية و الاموال العامة والظروف الاستثنائية ، فضلاً عن المبادئ القانونية ومنها حسن سير المرفق العام بانتظام و اطراد وقابلية المرفق العام للتعديل والمساواة أمام المرافق العامة وغيرها من المبادئ التي لم توقف عجلة ومكنة الانشاء عن تطويرها بما يتناسب والظروف التي تمس عمل الإدارة^(٢).

ومن هذه النظريات والمبادئ انطلقت الرقابة القضائية التي يمارسها القاضي الإداري على نشاط الإدارة الى مستويات متقدمة ، حيث كان من ثمار الدور الانشائي للقاضي الإداري تطوير القانون الإداري عبر تعزيز ولاية القضاء الإداري بتوسيع ما يخضع للرقابة من أعمال الإدارة .

فبسط القاضي الإداري رقابته على جميع أركان وعناصر القرارات الإدارية لفحص مشروعيتها ولم يقف عند هذا الحد بل تجاوزه في الدخول الى سلطة الإدارة التقديرية في بعض الاحيان للتأكد من التزامها حدود القانون فوضع الكثير من القيود على سلطة الإدارة حتى اخذت بعضها شكل النظريات وأصبحت محلاً للطعون الإدارية ومنها نظرية التعسف في استعمال السلطة الإدارية وفكرة الخطأ البين، كما أن دعوى الالغاء من ألفها إلى ياءها من الانشاء الخالص للقاضي الإداري ومدى تناسب الجزاء مع العقوبة المرتكبة حيث يبحث في رقابة ركن السبب في القرار الإداري ، والذي يشتمل على

(١) نقلاً عن د. برهان زريق، مبادئ وقواعد اجراءات القضاء الإداري، المكتبة القانونية ط١، دمشق، ص ١١
(٢) انظر : المجموعة الشاملة الحديثة للأحكام الصادرة عن محاكم مجلس الدولة الجزء الاول ، المقدمة .

ثلاثة عناصر وهي الواقعة التي تبرر تدخل الإدارة ، والتكييف القانوني لهذه الواقعة والتناسب بين الاجراء الذي تتخذه الإدارة والذي يمثل ركن المحل في القرار والغاية التي استهدفها اصدار هذا القرار .

كذلك قد ساهم الدور الانشائي للقاضي الإداري في وضع نظرية التوازن بين المنافع والاضرار فبسط القضاء رقابته على محل القرار الإداري بشكل أوسع واقرّ لنفسه بحق فحص البدائل التي كانت أمام جهة الإدارة عند اصدارها للقرار ، والحكم بعدم مشروعية القرار الذي اختارته جهة الإدارة اذا كانت الاضرار التي ترتبت عليه تفوق المنافع التي حققتها وغيرها من النظريات والمبادئ التي تأخذ طريقها في تعزيز دور القضاء الإداري في رقابته لأعمال الإدارة وتكريسها مفهوم دولة القانون ، ويظهر دور القاضي الإداري جلياً في حماية حقوق وحريات الافراد والعمل على ملئ الفراغ التشريعي في القانون الإداري وانشاء النظريات والمبادئ التي تضبط نشاط الإدارة وتمنع تعسفها بحقوق الافراد .

ثانياً _ تفسير الدور الانشائي للقاضي الإداري :

إن مساهمة القاضي الإداري في خلق وانشاء القاعدة القانونية كان محل جدل كبير من فقهاء القانون بين منكرٍ ومؤيدٍ لهذه المساهمة ، فنجد أن الفقه التقليدي لا يرى إنشاء للقانون خارج سلطة المشرع والقاضي الإداري مطبقاً لقواعده و منفذاً لإرادته، فيرى العميد جيني "أن حلول القضاة محل الوظيفة التشريعية قد تم استبعاده بفضل النصوص القانونية التي منعت القضاة من اتخاذ تدابير تدخل في صلاحية هذه الوظيفة"⁽¹⁾.

(1) Citée par Jean. Dupeyroux, Voir son article " La jurisprudence source abusive de droit " in Mélanges offerts à Jacques Maury, Paris, Dalloz Sirey, 1960, tome II, p. 375.

ويذهب الاستاذ روبرت⁽¹⁾ إلى إنكار كل سلطة إنشائية للقاضي، إذ لا يعترف بوجوده الا كعضو تنفيذي لإرادة المشرع، فالقضاة حسب رأيه عملوا على تحديد القاعدة التي هي سابقة على حكمهم ومفروضة عليهم.

ولكن هذا الرأي وجد نفسه لا يستجيب للواقع العملي للقواعد التي أنشأها القاضي الإداري، فالناظر للوقائع والاحداث والكم الهائل من النظريات والمبادئ التي هي من إنشاء القاضي الإداري، لا يمكنه الا بالتسليم بالوظيفة الانشائية للقاضي، وفي هذا المجال نجد السيد بول إسمان يقول: "في البداية لم يعتبر الدور الانشائي كأحد مصادر القانون، لكن هذه المسألة أصبحت متجاوزة بفضل التمييز بين النظرية والواقع ونظام السوابق القضائية خير دليل على ذلك فإذا كان واقع الدور الانشائي مسلماً به عند غالبية الفقهاء، يبقى التساؤل قائماً حول ما إذا كان هذا الدور مصدرراً من مصادر القانون أم لا ؟.

وانطلاقاً مما سبق سوف نتناول هذه الفقرة في قسمين :

١ _ الفقه المعاصر وإثباته لحقيقة الدور الانشائي للقاضي الإداري.

٢ _ الادوار التي يقوم بها القاضي الإداري في حل المنازعات الادارية.

١ _ الفقه المعاصر وإثباته لحقيقة الدور الانشائي للقاضي الإداري:

لما كانت وجهة نظر الفقه التقليدي ترى أنه لا يمكن للقاضي أن يصل إلى مستوى المشرع وأن يقوم بدوره ولن يكون عضواً إنشائياً للقانون، وإنما هو تابع له ومنفذ لإرادته، اصطدمت هذه الوجهة بعدم استجابتها للواقع ولم تتطور بتطور حاجات ومتطلبات العصر و قواعد القانون الإداري وطبيعته، وكان عليها أن تتعدل عن طريق ملاحظة الوقائع والاحداث وأن القاضي الإداري أصبح عوناً إنشائياً للقانون، الامر الذي أدى إلى ظهور فقهٍ معاصرٍ مؤيدٍ لفكرة أن الانشاء الذي يقوم به القاضي الإداري مصدرٌ من مصادر القانون الإداري، وأن الوظيفة

(1) G Ripert. Les forces créatrices du droit, L.G.D.J, 1955, p 383.

الانشائية تعتبر جزءاً أساسياً من مهمة القاضي، فنجد السيد إسمان يقول: "في البداية لم يعتبر انشاء القاضي الاداري كأحد مصادر القانون، لكن هذه المسألة أضحت متجاوزة الان بفضل التمييز بين النظرية والواقع.... ولعل نظام السوابق القضائية في إنجلترا خير دليل على ذلك^(١)..

فالفقه المعاصر أدرك الثغرة التي وقع فيها الفقه التقليدي، بحيث لم يرفض مطلقاً ما جاء به الفقه التقليدي من أفكار، وإنما فرق بين أمرين هما: النظرية والواقع^(٢).

فإذا كان واقع الدور الانشائي في القانون الاداري أمر مسلم به من طرف أغلبية الفقه، فما هي حقيقة هذا الدور عند الفقه الحديث، وما هي الاسباب التي أدت إلى هذا الدور لأن الفقه التقليدي لم يستطع تقديم مبررات منطقية وواقعية حول دور ومكانة الوظيفة الانشائية للقاضي الاداري ، فأخذ في الزوال ليحل محله فقه حديث أكثر ملامسةً للواقع واهتماماً بالظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية السائدة.

فانطلق بذلك القاضي الاداري في مسيرته الانشائية وظهرت دولة القانون بكل معانيها، عن طريق مراقبة المشروعية وصيانة الحقوق بصفة عامة، وإقامة التوازن بين حقوق السلطة العامة وحقوق الأفراد، وأصبح الانشاء من قبل القاضي الاداري واقعاً حقيقياً^(٣).

ورغم اعتراف هذا الفقه بهذا الدور للقاضي ومساهمته في انشاء القاعدة القانونية، الا أن ما قدم من شروحات حول ذلك تدل على أن هذا الفقه لم يتحرر كلياً من نتائج الفقه التقليدي واعتمدت تبريراته على تفسيرات نستطيع ان نقول عنها انها غير واقعية لواقع الدور الانشائي للقاضي الاداري .

(1) V. le rapport de M. Paul Esmein " revue international de droit comparé ", 1957, v 09, numéro 2, pp.416-422.

(2) V. S. belaid " Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge " I.G.D.J, 1974, p11.

(3) V. G. Ripert, " Les forces créatrices du droit ", L.G.D.J, 2e Edition ,1994, P.384.

ومن أجل إيجاد تفسير حقيقي وأساس منطقي لمساهمة القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية، اعتمد جانب من الفقه على فكرة القبول الضمني لهذه القواعد من طرف المشرع^(١) واعتمد فريق آخر من الفقهاء على فكرة رضا المعنيين^(٢) ، في حين ذهب جانب آخر للقول بنظرية التفويض التشريعي^(٣).

أ_ نظرية القبول الضمني:

يجيب عن هذه النظرية الفقيه فالين^(٤)، فيقول: إن مفهوم القاعدة القانونية ينبغي أن يكون لها حد أدنى من العمومية فتطبق على عدد غير محدود من الحالات المادية، ويتساءل حول المادتين: الخامسة من القانون المدني الفرنسي والتي تمنع القضاء من وضع قرارات تنظيمية، والمادة ١٣٥١ والمتعلقة بنسبية قوة الشيء المقضي به، فيرى أن هاتين المادتين كادت أن تكونا حاجزاً حقيقياً لفكرة انشاء القاعدة القانونية من القاضي الإداري، لولا مقتضيات المادة الرابعة من نفس القانون والتي تلزم القاضي بالحكم دون أن يتذرع بسكوت النص القانوني أو غموضه، وعند قيام القاضي الإداري بدوره وفق هذا النص نجد أن المشرع لا يحدث ردة فعل، فيعد ذلك موافقةً ضمنيةً من طرفه لهذا الدور للقاضي، فالمشرع إما أن يقبل أو ان لا يقبل القاعدة القضائية ولكن عندما يتبناها يدرجها في القواعد التشريعية، فيكون في الفرضيتين قد قبل ضمناً القاعدة المنشأة من القاضي الإداري^(٥).

وقد انتقدت هذه النظرية بأن الفقيه فالين أعطى تفسيراً واسعاً للمادة الخامسة من القانون المدني الفرنسي، وهذه المادة لا تحوّل القاضي انشاء قواعد قانونية، فإذا كان المشرع يعترف

(1) V l'article de marcel waline " Le pouvoir normatif de la jurisprudence " Mélanges G. Scelle, 1950. p.613.

(2) V. l'article de M. MAURY " Observation sur la jurisprudence en tant que source de droit " Mel Ripert, 1950, p.28.

(3) V. l'article de H. Dupeyroux " La jurisprudence, source abusive des droits in Mélanges offerts à Jacques Maury, Paris, Dalloz Sirey, 1960, tome II, p.349

(4) V. Waline " Le pouvoir normatif de la jurisprudence " op.cit., p.613 .

(5) V. Waline " Le pouvoir normatif de la jurisprudence ", op.cit., p.615.

ببعض الحلول الانشائية فالأمر لا يتعدى أن يكون ذلك استثناءً، كما أن المشرع يصادق على تفسيرات القاضي للقانون المدون والذي يحمل نيته، فلا نكون أمام إنشاء قضائي أصيل، وبالتالي فمحاولة الفقيه فالين إضفاء الطبيعة الانشائية للقواعد القضائية بهذا التفسير من الصعب تقبله.

كما أن الفقيه فالين يرى أن نضع القاعدة المنشأة من قبل القاضي الإداري في صف القواعد القضائية لا غير وأن لها طابعاً إنشائياً، ويرفض إضفاء قيمة القاعدة الشكلية على القاعدة القضائية، وذلك بسبب أن المشرع لم يدرج الحلول القضائية ضمن القواعد العامة للمصادر الشكلية^(١).

ومنه نستنتج أن نظرية المصادقة الضمنية للفقيه فالين لا تتماشى والواقع العملي للدور الانشائي للقاضي الإداري وما أنتجه من قواعد ونظريات في القانون الإداري.

ب_ نظرية رضا المعنيين:

وعلى رأس هذه النظرية السيد موري ، فيرى أن الطابع الاساسي للسلطة الانشائية للقاضي تستمد من الطبيعة القانونية للمحاكم نفسها ، ومن عنصر مهم يتمثل في "رضا المعنيين"، وعلينا أن ننظر للقاضي بوصفه سلطة اجتماعية موجودة في المجتمع، وله سلطة خاصة يستعملها أحياناً فيخرج عن حدود اختصاصه، ولا يمكن في هذه الحالة أن نضفي على المقرر قيمة القاعدة القانونية الا إذا كان هناك رضا المعنيين به، وهذا الرضا يجب أن يتركز على الاعتقاد بالطابع الالزامي لهذه القاعدة، كما لا يجب أن ينال رضا الجميع بل أغلبية المتقاضين منهم، فسريرانه عليهم يجعله عملياً يسري على الجميع فتظهر القاعدة القانونية^(٢).

(١) V. Waline " Le pouvoir normatif de la jurisprudence ", op.cit., p.615.

(٢) V. l'article de M. MAURY " Observation sur la jurisprudence en tant que source de droit "op.cit., p.29

ولكنّ المتفحص لهذه النظرية يرى أن السيد موري قد جعل القاضي سلطة اجتماعية وليس جهازاً مؤسساتياً وسلطة متخصصة، وهذا لا يمكن التسليم به لأنه سيفتح الباب أمام الاعتراف بالسلطة الانشائية لسلطات أخرى اجتماعية في اتخاذ مقررات تتعلق بعدد من المعنيين والحاصلة على رضاهم، هذا من جهة ومن جهة أخرى لا يمكن ربط شرعية قاعدة قانونية بتدخل صنف معين من المجتمع وخارج دائرة القانون.

وبعد هذه الانتقادات كان من الضروري ان نبحث عن تفسير حقيقي للسلطة الانشائية للقاضي الاداري، فظهرت نظرية التفويض.

جـ- نظرية التفويض:

بمعرفتنا للدور الانشائي الذي لعبه القاضي الاداري في إنشاء قواعد القانون الاداري، هل يمكننا التسليم بمساواة القاعدة القانونية الصادرة عن المشرع والقاعدة المنشأة من طرف القاضي الاداري؟.

يرى البعض من الفقه أن هذه المسألة يمكن حلّها ببساطة لو أراد المشرع ذلك بأن يفوض المشرع القاضي إنشاء قواعد قانونية⁽¹⁾ وانطلاقاً من ذلك ذهب الفقيه ديبرو إلى أن العرف لا يكون له مرتبة التشريع إلا إذا نص على ذلك في الدستور، فالعرف له مرتبة أدنى من التشريع، ويدمج ضمن القواعد التشريعية إذا أدرجه المشرع ومن أجل الاعتراف به يجب أن ينص على تفويض في القانون الوضعي، وبدون ذلك ستكون القاعدة مفرغة من محتواها القانوني⁽²⁾ ، ووصف ديبرو القاعدة القضائية بأنها إذا كانت مثابة فإنها لا تكون سوى عادة عادية، ولا

(1) V. l'article de H. Dupeyroux "La jurisprudence, source abusive des droits" op.cit., p.352.

(2) V. l'article de H. Dupeyroux, OP-CIT, P.350.

تكسب قيمة العرف إلا بالاعتراف الصريح من المشرع، ويتخذ هذا بالاعتراف صورة تفويض المشرع للقاضي.

ووجه للفقهاء دبرو انتقادات من الفقه التقليدي مفادها أن السلطة لا تفوض، وخاصةً ضمناً كما أنه لا فرنسا ولا أية دولة أخرى اعترفت قانوناً الوضعي بهذا التفويض، بل منعت القوانين الوضعية السلطة القضائية من وضع قرارات تنظيمية.

ولعل لهذا الانتقاد وجهة نظر مقبولة، خاصة وأن عمل السلطة القضائية يجد أساسه وقوته والتزام الأفراد به من الإرادة الصريحة للمشرع، وهذه النظرية مبنية على افتراض مما يجعلها متأرجحة بين القبول والرفض، وليس لها مستند قوي تحتاج به وتقنع التشريع والقضاء والفقه، إضافةً إلى ذلك أعتقد أن ثبات القاعدة واستمراريتها سيكون كافياً لإضفاء القيمة الانشائية عليها حال العرف، وبالتالي لن نحتاج هنا لتفويض أو غيره.

وبعد التأمل في هذا النقاش الدائر بين هذه النظريات، نستطيع القول بأن الدور الانشائي للقاضي الإداري لابد أن يكون له إسهام في إنشاء القواعد القانونية وذلك ما يؤيده الواقع العملي للقضاء الإداري وخاصة في فرنسا، كما أن هذا الرأي يمكن أن يعتمد على ما يلي:

-إن النصوص القانونية حينما تضعها الجهة المختصة تكون في حالة سكون ، والذي يبعث فيها الروح ويث فيها الحركة هو القاضي المنطلق من الواقع، فالمشرع وإن كان لا يستطيع دائماً أن يضع نصوصاً تستطيع مجاراة التطور الحاصل ، فإن المهمة تنتقل إلى القاضي الذي يجب عليه أن يسد كل نقص في النصوص ، وذلك لان وظيفته لا تقتصر على تطبيق القاعدة القانونية كما هي في صياغتها الحرفية وجمودها،

وإنما عليه أيضا أن يملأ كل فراغ أو ثغرة تظهر في متنها، وأن يجعل هذا النص مسائراً لما يستجد داخل المجتمع من وقائع وأحداث جديدة لم يستطع المشرع توقعها.

-النظر والتأمل في مبدأ الفصل بين السلطات، وعدم جعله مبدأ جامداً، فالسلطات تكمل بعضها وتسد الفراغ والقصور فيما بينها، متى كان ذلك تحقيقاً لاستقرار الدولة وأمنها القانوني والقضائي من جهة، ومتى كان ذلك ضمن احترام كل سلطة للأخرى وعدم الاعتداء على اختصاصاتها من جهة ثانية.

٢_ الأدوار التي يقوم بها القاضي الإداري في حل المنازعات الإدارية :

يلعب القاضي عموماً وفي القانون الإداري خصوصاً دوراً بالغاً في إعطاء صورة واضحة عن النظام القانوني للدولة، فالحكم الصادر عنه يشكل مجالاً خصباً لإبراز خصائص النظام القانوني، فللقاضي دور هام في تفسير النصوص القانونية وتكملة النقص الحاصل فيها، كما يمكنه أن يساهم في خلق القاعدة القانونية، وتحقيق الامن القانوني، ليصير بذلك مصدراً مباشراً للقانون من الناحية الواقعية ، ومن أجل بسط هذه الأفكار، فإننا سنتطرق لها تباعاً كما يلي:

أ_ دور القاضي الإداري في تفسير القانون :

إن تفسير القاعدة القانونية، باعتباره وسيلة من الوسائل التي يساهم من خلالها القاضي في تطوير القانون، هو جانب مهم من عمل القضاء، ومرتبط بتطبيق القاعدة القانونية، بخلاف تكملة التشريع التي ترتبط أساساً بملء الفراغ التشريعي في الحالات التي ينعدم فيها النص.

وعملية تفسير القانون عملية مهمة وصعبة في نفس الوقت، فهي مهمة ولا يتحقق الهدف منها الا بخضوعها لقواعد تضبطها، وصعبة لأنها تتطلب الإعتماد على معيار دقيق يوصلنا إلى حلول قانونية عادلة وناجعة ، وذلك كله دون الخروج عن حدود النص، في صورة تسمح

بانسجام واستقرار التفسيرات القضائية من جهة، ولتحول هذه التفسيرات بمرور الوقت إلى تراكمات تؤدي لتطور التشريع ومسايرة المستجدات من جهة آخر .

وتفسير القانون يرتبط أساساً بغموض النص، فمتى كان النص واضحاً جلي المعنى وجب تطبيقه بشكل مباشر دون حاجة إلى تفسير أو تأويل فلا اجتهد في معرض النص، غير أنه في بعض الأحيان قد يكون النص واضحاً لا يحتاج إلى تفسير، لكنه يتعارض مع نصوص قانونية أخرى بشكل يستلزم تفسيره باستحضار تلك النصوص، إما باعتبارها مكملتها له أو باعتبارها استثناء يرد عليه.

كما أن حالات التعارض أو عدم الانسجام مع الواقع تمثل أكثر الحالات مدعاة للإنشاء لأن تعدد احتمالات الفهم تتعدد حسب تفسير النص، ومن أجل ذلك نجد أن مرونة القواعد القضائية تمنح للقاضي الإداري حرية في ضبط وتحديد القاعدة التي تنطبق على المنازعة ، فإذا كانت المنازعة تحتل أكثر من قاعدة فقد يستبعد قاعدة لصالح أخرى، كما قد يقوم بالتوفيق بين قاعدتين متعارضتين، فمجلس الدولة الفرنسي ظل لفترة طويلة يرجح مبدأ استمرارية المرافق العامة على حق الاضراب ^(١) وقد ذكر مفوض الحكومة " تارديو" تبريراً لذلك مفاده؛ أن الموظف الذي يقبل التعيين يقبل في نفس الوقت جميع الالتزامات التي تفرضها عليه الوظيفة، وخاصة تلك الخاصة بتأمين سير المرافق العامة دون انقطاع.

ب_ دور القاضي في حال عدم وجود نص يحكم موضوع المنازعة :

إن محدودية نصوص التشريع وصعوبة إحاطتها بما سيحدث من وقائع وحوادث مستقبلية تجعلها في حاجة دائمة لمصدر آخر من مصادر القانون يكملها ويبحث الروح فيها، وهذه هي

(١) موقع فرنسي مراجعة عامة للقانون يتحدث عن حكم "وينكل وروزبييه" ٢٠١٨/١/٢٢ الساعة ١٠.٢٥ :
<https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2015/12/23/revocation-de-fonctionnaires-publics-se-mettant-en-greve-et-communication-prealable-du-dossier-conclusions-du-commissaire-du-gouvernement-tardieu-dans-laffaire-winkell-et-rosier>

وظيفة القاضي الذي يحتك بالواقع ويتفاعل بسرعة مع التطور الزمني، لذلك نجد أن القاعدة القانونية بالنسبة للقاضي تمثل آلية يتولى بواسطتها بعث الحياة فيها لتستمر في المستقبل حين يتولى بنفسه مهمة إنشاء القاعدة القانونية.

فالنصوص القانونية عندما يضعها المشرع تكون في حالة سكون، والذي يبعث فيها الروح هو القاضي مجسداً لها على أرض الواقع، لأن المشرع مهما سعى لمواكبة التطور الحاصل في المجتمع فإنه بلا شك لن يستطيع أن يحصيها أو أن يتوقعها نظراً لأنه عمل بشري من جهة، وسرعة التطور خاصة في الحياة الإدارية من جهة أخرى، وهنا تنتقل المهمة إلى القاضي الذي يجب عليه أن يسد كل نقص في النصوص، حيث أن وظيفة القضاء لا تقتصر على تطبيق النصوص القانونية الساكنة فقط، بل تمتد وظيفته ودوره أيضاً لسد كل نقص أو غفلة وقعت من المشرع. وإذا علمنا أن القواعد القانونية الإدارية متناهية وجد محدودة، والنزاعات التي تعرض أمام القضاء غير متناهية، كان لزاماً على القاضي - في انتظار تدخل المشرع - أن يحل هذه الاشكالية عن طريق الأحكام التي يصدرها، فإذا خلق حلاً للنزاعة المعروضة بين يديه، فإنه يخلق حلاً فردياً خاصاً بهذه النزاعة، ولكن قد يسهم هذا الحل في إنشاء قواعد قانونية إذا أخذت به محاكم أخرى في منازعات مشابهة ليصبح هذا الحل ليس حلاً فردياً بل حلاً صادراً عن القضاء بعد سهر الهيئات القضائية العليا على توحيد القواعد والحلول، لذلك علينا أن نميز بين حكم القاضي وبين القضاء؛ فالقاضي يخلق حلولاً خاصة، والقضاء مصدر من مصادر القاعدة القانونية.

جـ- دور الانشاء في تحقيق الامن القضائي المؤدي لتحقيق الامن القانوني :

إن الإهتمام بمبدأ الأمن القانوني ^(١) والأمن القضائي ^(٢) تزايد وأصبح مطلباً حقوقياً، بالنظر لما يعرفه العالم المعاصر من تطورات متلاحقة سواء على الصعيد السياسي أو الاقتصادي أو الاجتماعي، بشكل يوحي بعدم الاستقرار في حياة الناس، فأصبح من الواجب على القانون والقضاء مواجهة هذه التحديات الجديدة من جهة، والحفاظة على دور هذه المؤسسات كعنصر استقرار للمنظومة القانونية عموماً، فما يصدر عن القانون والقضاء وهما يواكبان هذا التطور قد ينتج عنه أحياناً عدم استقرار في بعض جوانب المنظومة القانونية.

لقد أصبح الدور الانشائي للقاضي مطلباً حقوقياً بالنظر إلى ما يكفله من توحيد للحلول القضائية وتوقعها على نحو يرسخ الامن القانوني ، الذي يهدف إلى تمكين المواطن بدون جهد مضني من تحديد ما هو مباح وما هو محظور بمقتضى القانون النافذ، ويتطلب ذلك أن تكون النصوص القانونية واضحة ومفهومة وألا تكون معرضة لتغيرات متكررة ولاسيما غير متوقعة وقد قرر مجلس الدولة الفرنسي لتحقيق هذه القاعدة قيام مبدأين اثنين هما:

(١) هناك استعمال واسع لمصطلح الأمن القانوني، إلا أنه قلما نجد تعريفاً فقهياً واضحاً له، وذلك بسبب أنه متعدد المظاهر ومتنوع الدلالات، وحاولوا تعريفه لغوياً وأنه يعبر عن حالة الفرد الواثق الهادئ الذي يعتقد أنه في مأمن من الخطر القادم من القاعدة القانونية سواء كان مصدرها تشريع أو تنظيم أو اجتهاد قضائي، انظر: Anne penneau. La sécurité juridique à travers le processus de normalisation, 2004, Edition - spéciales, p242 وعُرف فقهياً بأنه: جودة النظام القانوني الذي يضمن للمواطنين فهما وثقة في القانون في وقت معين، أي يترجم المتطلبات اللازمة لجودة القانون وقابليته للتوقع، انظر: Eric Carpano, Etat de droit et droits européens. Collection Logiques Juridiques, 2005. p. -231 وعُرف قضائياً من طرف مجلس الدولة الفرنسي بأنه: يجب أن تكون القواعد المقررة واضحة ومفهومة، وألا تخضع في الزمان إلى تغيرات متكررة وغير متوقعة، انظر:.

Rapport general du Conseil d'états Français ، 2006 ، p369

(٢) إن للأمن القضائي مفهومين؛ أحدهما واسع والآخر ضيق، فالأمن القضائي بالمفهوم الواسع يعبر عن الثقة في السلطة القضائية التي تتولاها المحاكم بمختلف أنواعها ودرجاتها، مما يولد الاطمئنان إلى ما ينتج عنها كمصدر مهم للأمن القضائي، ومفهوم ضيق يتمثل في استقرار وتوحيد الاجتهاد القضائي الذي تتولاه الجهات القضائية العليا، والاستقلالية التامة للقضاء عن السلطتين التشريعية والتنفيذية.

*جودة القاعدة القانونية، والقاعدة الجيدة هي التي تقن بوضوح موضوع المنع والاباحة.
*قاعدة مستقرة ومتوقعة، ولكن دون أن تكون جامدة، ولا تتيح كذلك مجالاً لرجعية القانون.
إن القيمة القانونية التي يحظى بها الدور الانشائي للقاضي الإداري، هي ما جعلت مفهوم الأمن القانوني يتم ربطه عادة بالأمن القضائي فيقال مبدأ الأمن القانوني والقضائي، لإظهار الطابع الحمائي للقضاء في سهره على تطبيق القانون وحماية الحقوق.
إن الأمن القضائي يوجد عندما تنشأ الثقة في القضاء (كجهاز وقضاة)، والتي تترجمها استقلالية السلطة القضائية (الاستقلال العضوي) واستقلال القضاة (الاستقلال الشخصي) وتفرداً في حل المنازعات (الاستقلال المادي)، إضافة لجودة الأحكام انطلاقاً من الواقع لتحقيق العدالة بتطبيق القانون، وسرعة الفصل في المنازعات، ووجوب تنفيذ الأحكام القضائية ضد الإدارة بحزم وصرامة تحقيقاً لمبدأ المشروعية.

الفرع الثاني

خصوصيات وأسس الدور الانشائي للقاضي الإداري

أولاً _ خصوصيات الدور الانشائي للقاضي الإداري :

باعتبار أن القانون الإداري قانون مستقل عن القانون الخاص، له قواعد قانونية تحكم المنازعات التي تنشأ عن علاقة الإدارة بالأفراد لما لهذه العلاقة من طبيعة خاصة وله قضاء إداري يقوم بوضع تلك القواعد القانونية بإنشائه ثم يطبقها على تلك المنازعات الإدارية بعيداً عن القضاء العادي، مما أدى بهذا القضاء الإداري إلى وضع الكثير من أحكام القانون الإداري سواء بتفسير القوانين الموجودة أو بابتكار قواعد جديدة و ذلك كله بما يتفق و طبيعة المنازعات الادارية الدائمة التطور و التغير تبعا للظروف المختلفة في الدولة و مراعيا الوقائع

المحيطة بالنزاع، وعلى هذا الأساس سيتم توضيح أهم ما يتميز به الدور الانشائي للقاضي الإداري كالآتي:

١- الواقعية و مراعاة الظروف المحيطة بالنزاع :

إن القاضي الإداري عند فصله في النزاع المعروض عليه، سيقوم بحرية كبيرة في البحث عن قاعدة القانون الواجبة التطبيق ليصدر حكمه على أساسها، فهو هنا يقوم بالبحث و الكشف عن القاعدة القانونية، بحيث يقوم بإجراء موازنة بين ما سيصدره من أحكام وبين الظروف الواقعية المحيطة بالنزاع والملابسات المحيطة به والمصالح المتشابهة فيه، أي أنه يكتف تلك النصوص و يفسرها بما يلائم ظروف و ملابسات الواقع العملي ومقتضياته بأكثر مما يملكه القاضي المدني^(١) وبهذا تكون أحكامه وليدة ظروف واقعية وأحداث عملية.

فإذا كان على القاضي الإداري البحث عن نية وإرادة المشرع فإنه يفترضها افتراضاً في ظل الواقع الحاضر ولا يبحث عن الإرادة الحقيقية للمشرع عند وضع النص القانوني كما يفعل القاضي العادي، إنما القاضي الإداري يفترض للمشرع إرادة متحركة تلائم مقتضيات الواقع العملي الحاضر و ظروفه و ملابساته^(٢) ، لأن المشرع عند وضعه لقاعدة عامة ومجردة، فهو لا يتعرض للتفاصيل و مهمة القاضي الإداري هي أن يطبق تلك القاعدة ولكنه في أداء مهمته ليس بالآلة الصماء بل يتصرف و يكتف كل حالة بحسب ظروفها، ومن هنا يولد القضاء ذو المبادئ^(٣).

(١) د. محمد جابر محمد عبدالمعطي، (مفوض الدولة بين القضاء الإداري المصري والفرنسي)، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ٢٠٠٥، ص ٤.

(٢) د. عمار عوايدي، القانون الإداري النظام الإداري الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، الجزائر، ٢٠٠٥، ص ١١٣.

(٣) د. سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دار الفكر العربي، مصر، ١٩٩٦، ص ١٢.

لذلك فإن مجلس الدولة الفرنسي عند قيامه بإنشاء القواعد القانونية المختلفة وصف قضائه بالمتطور، ذلك راجع لكونه يراعي تطور الظروف المحيطة به ذاتها^(١)، حيث أنه وضع نظريات ومبادئ بما يلائم الواقع و الحدث العملي.

فالقاضي عند إنشائه وقبل وضع قاعدة قانونية جديدة، يقوم بنظر المنازعة المعروضة عليه والتي ليس لها قانون يحكمها فيراعي وقائع القضية و لا يتجاوز طلبات المدعي حتى لا يتعدى اختصاصه ، فيقول الفقيه : " أندري دي لوبادير وجوديه"^(٢) في هذا الصدد: "إن الانشاء القضائي الذي يقوم به القاضي الاداري هو الذي لا بد أن يراعي الحقائق والوقائع...، و أن القاضي لا بد من أن يلتزم بحقائق هذه القضية و أن لا يتجاوز طلبات المدعي".

٢ _ ارتباط القواعد المنشأة بأسس النظام السياسي و القانوني للدولة :

إذا كانت إرادة المشرع وكذلك الضمير العام للجماعة يرتبطان بظروف البيئة السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية المحيطة بهما بحيث يكون التعبير عن إرادتهما هو في الحقيقة انعكاساً طبيعياً لهذه الظروف، وجب بذلك على القاضي الاداري عند انشائه مختلف القواعد القانونية مراعاة هذه الظروف المحيطة به أيضاً حتى يتمكن من الكشف عن المبادئ القانونية العامة معنى ذلك أن القاضي الاداري لا يبتكر حكمه من فراغ أو دون ضوابط، بل هو محكوم بوسط اجتماعي تتخلله ظروف وتنتابه أوضاع وتسيطر عليه عوامل للتطور وأسباب للتوازن بين المصالح المتعارضة، لذلك يستقي حكمه من الوقائع المعروضة أمامه ومن الوسط الاجتماعي الذي يعيش فيه بظروفه الادارية المعاصرة للنزاع المطروح وأفكاره السياسية والاجتماعية والاقتصادية السائدة، واضعا في اعتباره مفاهيم ضرورية لشرعية أي نظام قانوني

(١) د. إبراهيم عبد العزيز شيجا، القضاء الإداري، مبدأ المشروعية، تنظيم القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص ١١

(2) André de Laubadère et Yves Gaudemet, traité du droit administratif, tom1, 16ème édition, L.G.D.J, p 6.

كالعدالة والمساواة والحرية وهي عادة ما تكون المفاهيم التي يستند إليها المشرع عند وضع النصوص المكتوبة^(١).

فعندما يقوم القاضي الإداري بإنشاء قاعدة قانونية ما، نجده غالباً يضمن أحكامه جملة من المبادئ العامة، فالقاضي الإداري عندما ينشئ قاعدة ما لا يستند على مصدر محدد بل يعتمد في محاولة استنباط هذه المبادئ على الأسس العامة للنظام السياسي السائد في المجتمع ومن رواسب ومكونات الضمير القانوني للأمة وما يحتويه من مثل وأخلاق وقيم فلسفية وحضارية ومبادئ وأفكار العدالة، فيكون استنباطه لهذه المبادئ استنباطاً متجدداً ومتطوراً، يسير فيه التطورات التي تطرأ على الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية داخل المجتمع^(٢).

ذلك راجع إلى أن هذه المبادئ العامة للقانون هي مجموعة القواعد الأساسية التي لا تستند إلى نص مكتوب وإنما يستخلصها القضاء الإداري بنفسه من خلال الاتجاهات العامة للتشريع في الدولة و من ضمير الجماعة و الاسس التي يقوم عليها المجتمع^(٣)؛ فنجد من المبادئ التي أسندها البعض إلى ضرورات الحياة في المجتمع، كمبدأ استقرار سير المرافق العامة وأيضاً المشروعية الخاصة بالظروف الاستثنائية وقد يستخلص البعض منها من القيم الأخلاقية أو من اعتبارات العدالة كمبدأ المساواة بتطبيقاته المختلفة^(٤).

ويجب التأكيد على أنه حتى وإن كانت هذه المبادئ لا تستند بطريقة مباشرة إلى أي مصدر رسمي، فهي لا تعتبر مبادئ تحكمية لأنها ببساطة تستند إلى الضمير القانوني

(١) عادل السعيد أبو الخير، (اجتهاد القاضي الإداري في مجال الحقوق و الحريات)، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الثاني، الجزائر، نوفمبر ٢٠٠٥، ص ٣٣.

(٢) د. وفاء سيد رجب محمد، مستقبل القانون الإداري، دراسة مقارنة، مطبعة العشري، مصر، ٢٠٠٧، ص ٢.

(٣) د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، الكتاب الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٢، ص ٣٧.

(٤) د. مجدي الدسوقي محمود، المبادئ القضائية مصدر ذاتي للمشروعية، دار الفكر الجامعي، ط ١، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص ١٩.

العام للجماعة و إلى ما يركز عليه من مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة، حتى وان كان ذلك يعود إلى تقدير القاضي في الموازنة بين ضروريات سير النشاط الاداري مع ضرورة احترام حقوق الافراد، أي قيامه بالموازنة بين المصلحة الجماعية ومصالح الافراد .

٣_ تجاوز القاضي الاداري لدوره كحكم في النزاع :

من المسلم به أن وظيفة القضاء قاصرة على الفصل في المنازعات طبقاً لنص قانوني يحكم هذه المنازعة وكل ما هنالك أن القاضي في طريقه إلى تطبيق القانون يعمل على تفسير هذا القانون^(١) ، أما القاضي الاداري فنجد أنه يأخذ مساحة أكبر من الحرية و هو يقوم بتفسير القانون الاداري، ذلك راجع إلى طبيعة هذا الأخير الذي يستوجب حين تطبيق نصوصه توفير مقتضيات الحياة الادارية التي تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة دون أن يتغاضى القاضي الاداري عن مصالح الافراد، لذلك نجده يتجاوز تطبيق القانون إلى البحث عن الموازنة بين المصلحة العامة ومصلحة الأفراد، فيتجاوز حكمه مهمته العادية باعتباره فاصلاً في خصومة معينة ويتحول من خلال الحكم الذي يصدره إلى مصدر إنشائي للمبدأ العام الذي يضعه وللقاعدة القانونية التي يتضمنها هذا المبدأ^(٢) ، وما يؤكد ذلك أن أهم القواعد في القانون الاداري وضعها القاضي الاداري إما ربط إلى حد ما هذه القواعد بنص أو لأنه أكدها بمبادرة منه.

(١) د. عمار بوضياف، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون ، جسور للنشر و التوزيع، ط٣، الجزائر، ٢٠٠٧، ص ١.

(٢) د. وفاء سيد رجب محمد، مستقبل القانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٢٤.
٣٠

فقد ذهب الدكتور سليمان الطماوي إلى الإقرار بأن : ^(١) "القاضي الإداري في أداء مهمته كالقاضي العادي إلا أن دوره أبعد مدى وأجل أثراً، فهو في بحثه عن نقطة التوازن بين المصالح العامة والخاصة كثيراً ما يجد نفسه مضطراً إلى صياغة مبادئ تشريعية لا تستند من قريب أو بعيد إلى نص تشريعي".

إن القاضي الإداري عندما يعرض عليه نزاعاً، غالباً ما لا يجد نصاً تشريعياً يحكم على أساسه وبما أنه ملزم بالفصل في هذه الخصومة المطروحة أمامه -و إلا عد منكرًا للعدالة - فنجد أنه يبرز دوره الخلاق في إبتداع المبادئ الإدارية و إنشاء القاعدة التي تحكم الواقع ^(٢) .

وحتى بعد تقنين بعض قواعد القانون الإداري فإن ذلك لم يمنع القاضي الإداري من ممارسة دوره الخلاق في إبتداع الحلول القانونية للمسائل المعروضة عليه عندما يعجز التشريع عن علاجها.

وعليه فقد كان و لا يزال القاضي الإداري منشأً للقواعد القانونية في مجال عمل القانون الإداري بحيث أنه في الحياة الإدارية هناك الكثير من الحلول المقدمة من القضاء الإداري في غياب أي نص وهي أكثر وأبعد من مجرد تفسير للنص.

٤ _ ارتباط القانون الإداري بالقضاء الإداري و عدم إمكان الفصل بينهما :

لقد قيل أنه لا قانون بلا قاضي يعمل على تطبيق ذلك القانون، و في المجال الإداري فإنه لا يمكننا الحديث عن وجود قانون إداري إلا إذا كان هناك قضاءً إدارياً، بحيث أثر سبق ظهور القضاء الإداري الفرنسي -مجلس الدولة- على إنشاء صرح القانون الإداري المستقل ففي البداية رفض القضاء الإداري الفرنسي من تطبيق القانون المدني على المنازعات الإدارية و لأن القانون الإداري حديث النشأة كان لازماً على القاضي الإداري الفصل في المنازعات المعروضة

(١) د. سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ١٢.

(2) Jean-Marie AUBY, droit public, Economica, paris, 1995, p 228.

أمامه و إلا عد مرتكباً لجريمة إنكار العدالة، فساهم بذلك و عن طريق انشائه عدداً من المبادئ و ارساء النظريات ومن مجموع ذلك تكوّن القانون الاداري، لذلك انتسب هذا القانون إلى هذا القضاء وحمل اسمه كما أن الفضل يعود إلى القضاء الاداري في جعله قانوناً مستقلاً و خاصاً^(١)، وهذه خاصية أخرى تضاف إلى دور القاضي الاداري الانشائي، لكون القانون الاداري مختلفاً عن القانون المدني في مبادئه ونظرياته الأمر الذي يقتضي اختلاف القواعد الانشائية الصادرة عن القاضي الاداري .

ومن ذلك يظهر أهمية الدور الانشائي للقاضي الاداري في ظهور القانون الاداري من خلال استنباطه للمبادئ والأحكام القانونية الملائمة للعلاقات القانونية المتطورة في مجال القانون الاداري، فيمثل القاضي الاداري بذلك مصدراً واقعياً للقانون الاداري حيث أن القاضي الاداري قد لا يجد في كثير من الحالات القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على المنازعات المعروضة أمامه، مما يدعوه إلى إنشاء القاعدة التي تحكم الواقعة والا أصبح منكراً للعدالة.

لذلك يجمع الباحثون في مجال القانون الاداري على أنّ القانون الاداري يوصف بأنه قانون قضائي أي أنه ما يزال يعتمد بصورة كبيرة على أحكام القضاء باعتباره مصدراً رئيسياً لقواعده^(٢)، وعليه فإنه لا يمكن فصل القواعد الأساسية للقانون الإداري عن المنازعات الإدارية^(٣).

(١) د. عمار عوايدي، القانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٥٨ - ٥٩.

(٢) د. حسين عثمان محمد عثمان، أصول القانون الاداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ١٥٥.

(٣) جورج فودال، بيارد لفولفية، القانون الإداري، ترجمة منصور القاضي، الجزء الأول، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، لبنان، ٢٠٠١، ص ٢٤٥.

وعلى هذا الأساس نجد كلاً من الفقيهين جورج فوديل وبيار دلفولفية يريان بأنه: ^(١) "إذا جرى إلغاء القانون المدني بجرة قلم فلن يعود هناك قانونٌ مدني ذلك بأن الحلول الانشائية تغدو هي نفسها محرومة من سندها و إذا تم إلغاء القوانين الادارية كافة بجرة قلم (باستثناء مبدأ فصل السلطتين الادارية و القضائية) يظلّ الاساس في القانون الاداري باقياً، إذ أنّ القواعد المنشأة الصادرة عن القاضي الاداري وضعت بدون الاستناد إلى النصوص والقواعد الأساسية للقانون الاداري".

ثانياً_ أسس القواعد الانشائية الصادرة عن القاضي الاداري:

إنّ للدور الانشائي للقاضي الاداري أسس ومقومات يقوم عليها لذلك وجب على القاضي التعامل معها بواسطة منهجية يسلكها لأجل التوصل إلى الحلول القانونية للمنازعات المعروضة عليه و تتمثل هذه الاسس في : أدوات الصياغة القانونية، التكييف القانوني و التفسير القضائي ^(٢).

١_ أدوات الصياغة القانونية :

يقصد بأدوات الصياغة القانونية: القاعدة القانونية العامة والمجردة التي يتكون منها القانون و التي لا تنحصر فقط في النص القانوني المدوّن كتابةً في شكل تشريع، بل قد تكون عرفية أو متصلة بقواعد العدالة أو بالقانون الطبيعي و القاضي هو الذي يستخرجها من مصادرها غير المكتوبة و يطبقها على وقائع المنازعة ثم يقصد بها المبادئ العامة للقانون والتي تختلف عن القواعد القانونية في كونها مجرد فكرة عامة مشتركة بين مجموعة قواعد ترتبط بنظام قانوني معين و يحكمه منطق قانوني واحد، كما تتميز المبادئ العامة بالعمومية و لكي يستخرج القاضي

(١) جورج فودال بيار دلفولفية، مرجع سبق ذكره ص ٦.

(٢) د. غوثي مالحة، (أفكار حول الاجتهاد القضائي)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، العدد الثالث، سنة ١٩٩٨، ص ٦٣١.

المبدأ العام محل الاعتبار عليه أن يقوم بعملية تحليل مجموع القواعد القانونية المتعلقة بنظام قانوني معين وهذا من أجل استبعاد الخصوصيات المتعلقة بكل قاعدة وتفصيلاتها. كما يعتبر من أدوات الصياغة القانونية المفاهيم القانونية التي يقصد بها التأصيل القانوني لمجموعة القواعد القانونية والمبادئ القانونية العامة والتي تهدف إلى التبسيط، ثم النمط القانوني الذي يقصد به النموذج.

٢_ التكييف القانوني :

وهو الأساس الثاني للإنشاء القضائي والذي معناه إعطاء النزاع المعروض على القاضي الوصف القانوني الذي يسمح بتطبيق قاعدة قانونية معينة على النزاع^(١).

٣_ التفسير القضائي :

وهو الأساس الثالث والآخر والذي يعد عنصراً جوهرياً في تطبيق القانون ويعني به الأسلوب الضروري لتطبيق القاعدة القانونية على وقائع المنازعة المعروضة أمام القاضي، فقد ينصبّ التفسير على توضيح معاني ألفاظ النص القانوني في حال غموضها وقد يتصل بإصلاح عيوب النص القانوني إن وجدت، كما يهدف إلى إزالة التناقض والتعارض بين النصوص القانونية وإلى إكمال النقص الوارد في التشريع.

فعلى القاضي أن يعتمد على هذه الأسس عند قيامه بمهمة حل النزاع المعروض عليه لأنها تسمح له في النهاية بخلق و ابتكار احكام انشائية قضائية فاصلة في موضوع النزاع .

بعد دراستنا في هذا المطلب التعريف بدور القاضي الاداري في انشاء القاعدة القانونية ، سوف ندرس دور القاضي الاداري في ظهور القانون الاداري -بمعناه الضيق- في المطلب الثاني

(١) د. حسن السيد بسيوني ، منهجية العمل القضائي ، مطابع روز اليوسف الجديدة، مصر، ٢٠٠٠ ، ص ١٠٥ .

المطلب الثاني

القاضي الإداري و دوره في ظهور مجموعة قواعد قانونية .

ترتبط نشأة القانون بأن يكون هناك قضاء يعمل على تطبيق قواعد هذا القانون ويقوده إلى التطور، وذلك بما يخرج به من الواقع بأحكام تتناسب وطبيعة المنازعات التي يفصل فيها هذا القضاء^(١).

إن كان هذا حال جميع القوانين فهو أدعى ما يكون بالنسبة للقانون الإداري الذي بمعناه الضيق يشتمل على القواعد القانونية التي تحكم نشاط الإدارة والتي تختلف عن أحكام القانون الخاص المنظمة للنشاط الخاص بين الأفراد وبعضهم؛ ف بجانب القضاء العادي نجد قضاءً إدارياً فاصلاً في المنازعات الإدارية، وهو بهذا المعنى يوجد في الدول التي تقوم على ازدواج القانوني و القضائي و التي أطلق عليها الفقه الفرنسي دول النظام الإداري حيث القانون والقضاء الإداري المستقل^(٢).

إن وجود القانون الإداري بالمعنى الضيق مرتبط في نشأته بوجود قضاء إداري مستقل عن القضاء العادي^(٣)، و من الدول التي أخذت بفكرة الازدواج القضائي فرنسا، بل هي في مقدمة الدول، والتي نشأ فيها القانون الإداري نشأة تدريجية نتيجة لإنشاء مجلس الدولة الذي يعد العمود الفقري و الميزة الأساسية التي يقوم عليها القضاء الإداري في نظام ازدواج القضاء،

(١) د. وفاء سيد رجب محمد، مستقبل القانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٦٢

(٢) د. عمار عوابدي، القانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٥٨

(٣) د. محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٢، ص ٣٠

لذلك يقول هوريو: "إن الفضل في تكوين علم القانون الإداري إنما يرجع إلى القضاء الإداري الفرنسي".^(١)

وفي سورية هناك عدة محطات أساسية مر بها القضاء الإداري، منذ ولادة مجلس الشورى الأول الذي أنشأه الأمير فيصل عام ١٩١٨ وكانت وظيفته مراقبة الأوقاف الإسلامية، وقبول الهبات التي تمنح للدولة، والفصل في الدعاوى المتعلقة بالضرائب والرواتب والعقود الإدارية وغنائم الحرب.

وفي عام ١٩٢٥ حل مكانه مجلس الشورى الثاني ، أثناء الانتداب الفرنسي و من اختصاصاته النظر في الدعاوى التي يرفعها الأفراد ضد إدارات الدولة العامة والبلديات والقضايا ضد المتعهدين الملتزمين والرواتب.

وعندما صدر دستور عام ١٩٥٠ تم إحداث المحكمة العليا، وقد حددت اختصاصاتها على الشكل التالي: النظر في دستورية القوانين المحالة إليها، ومحكمة رئيس الجمهورية والوزراء وفي عام ١٩٥٩ صدر القانون رقم ٥٥ في عهد الوحدة وكان ينص على أن مجلس الدولة هيئة مستقلة تلحق برئاسة الجمهورية، وبعد الانفصال صدر المرسوم رقم ١٩٦١/٥٠ حيث تم إلحاقه برئاسة مجلس الوزراء^(٢) ثم صدر القانون رقم ٣٢ لعام ٢٠١٩ الناظم لعمل واختصاصات مجلس الدولة السوري في الوقت الحالي وسوف نتناول دور القاضي الإداري في ظهور القانون الإداري من خلال الفروع التالية: **الفرع الأول:** أثر النشأة القضائية للقانون الإداري، **الفرع الثاني:** خصوصية الحكم المنشأ من قبل القاضي الإداري، و **الفرع الثالث** مراحل تطور القضاء الإداري في فرنسا وظهور الازدواجية القضائية

(١) نقلاً عن: د. وفاء سيد رجب، مرجع سبق ذكره، ص ١٤٦.

(٢) موقع المنتدى القانوني السوري يتحدث عن القضاء الإداري في سورية ٢٠١٩/٥/٤ الساعة ١٦.٢٥:

<http://www.syrianlegalforum.net/publications/view/100>

الفرع الاول

أثر النشأة القضائية للقانون الاداري

من المميزات الجلية والواضحة للقانون الاداري، أنه قانون مرن ومتطور تبعاً لتطور الادارة والمرفق العام، وموازنته بين المصلحة العامة وحقوق الأفراد وحررياتهم، خدمةً للمجتمع وحفاظاً على استقراره مما يجعل مهمة تقنينه شبه مستحيلة بسبب رعايته لهذه المصلحة العامة المرنة، فما تعتبره الادارة اليوم مصلحة عامة قد لا يكون كذلك غداً، وهذا ما جعل قواعد القانون الاداري متطورة ومتغيرة تبعاً لتطور وتغير هذه المصلحة، والتي تتحكم فيها مجموعة من العوامل والظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية^(١).

ونظراً لأنّ القاضي الإداري هو حامي المشروعية، فهو الموكل برسم حدود لهذه المصلحة العامة ومراقبتها بالنظر لطبيعتها المتغيرة، فكان لا بدّ من دورٍ منشيءٍ للقاضي الاداري الذي بقدرته وسعيه يحقق التوازن بين المصلحة العامة ومصلحة الافراد، ولا غرابة بعد معرفة ذلك أن يكون القضاء الاداري من المصادر الرئيسية للقانون الإداري، حيث كان له الفضل في ابتكار وإيجاد أغلب نظرياته ومبادئه العامة، بعد أن سلّم بأن قواعد القانون العام قواعد متميزة واستثنائية.

فاستبعد القاضي الاداري قواعد القانون الخاص ورفض أن يطبقها على منازعات الادارة، فكان لزاماً عليه أن يقدم البديل والحل المسابير لتطور نشاط الادارة وتحقيق لأهدافها، وشيئاً فشيئاً تكونت قواعد القانون الاداري غير المألوفة في قواعد القانون الخاص^(٢).

^(١)Drago (R.) : le juge judiciaire, juge administratif R.F.D.A ° 1990,, p.769.

^(٢) Voir : Bénard (A.) et Poirmeur (Y.) " «présentation » in la doctrine juridique, PUF, 1993, p.47.

وبالرغم من صدور الكثير من التشريعات المنظمة لمختلف الجوانب المتعلقة بالإدارة، إلا أنّ ذلك لم يفقد القاضي الإداري مكانته ودوره في إثراء وإرساء قواعد القانون الإداري.

و هذا العمل الجبار الذي قام به مجلس الدولة الفرنسي في ابتكار هذه المبادئ العامة والنظريات يجب الا يبقى حكراً على فرنسا وأن تستفيد منه البشرية جمعاء حيث جاءت هذه القواعد والنظريات نتيجةً لتطورات عقود من الاستنباط والانشاء لتكرّس بعدها نظرياتٍ وتكوّن مبادئ عامة لا تعرف حدوداً.

ونظراً للدور الكبير الذي لعبه القاضي في تكوين الوعي القانوني لدى المجتمع والمواطن، دأب القضاء الإداري في فرنسا على نشر أحكامه واجتهاداته في مجموعات، وقام الفقهاء والباحثون في علم القانون بالتعليق عليها وبيان مواطن القوة والإبداع فيها، فأصبحت تلك الأحكام والاجتهادات نظريات ومبادئ عامة وغاية في الأهمية لكل دارسي القانون والقضاة والمحامين، ولذلك يقول الفقيه ما رسال والين : "لولا الاجتهادات القضائية لمجلس الدولة لما كان هناك وجود للقانون الإداري في فرنسا أو على الأقل سينحصر في مجموعة من الأجهزة وتجميع اختصاصاتها، فاجتهادات مجلس الدولة كانت وراء صياغة وتشكيل أعمال فقهية كبرى في القانون العام الفرنسي" ^(١)، فكّنا أمام دورٍ إنشائيٍّ للقاضي الإداري ابتدع من خلاله حلولاً مناسبةً للروابط القانونية التي تنشأ بين الإدارة وهي تسير شؤونها وبين الأفراد أو على أقل تقدير كشف عنها ^(٢).

(1) Marcel waline, Traite élémentaire de droit administratif, librairie de recueil, paris, 1950, p.160.

(٢) د. جابر جاد نصار، دائرة توحيد المبادئ وفقاً للمادة - ٥٤ مكرر من قانون مجلس الدولة المصري

رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢، وتأكيد الطبيعة القضائية للقانون الإداري، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣، مصر، ص ٣٣.

وبناء على ما سبق نجد أن دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية ينقسم إلى قسمين هما:

الأول: الدور المنشئ من العدم: حيث نجد أن القاضي الإداري ملزمٌ بإبتكار وإيجاد حلول مناسبةٍ للروابط القانونية التي تنشأ بين الإدارة وهي تسير شؤونها و بين الأفراد، في حال عدم وجود قاعدة قانونية في مصادر القانون الإداري المكتوبة وغير المكتوبة ليعالج النزاع المعروض عليه، لكيلا يكون منكرًا للعدالة، وذلك ما فعله القاضي الإداري حمايةً للمشروعية.

الثاني: الدور الكاشف والمبين: حيث نجد أن القاضي الإداري في هذا القسم لم يوجد الحلول المناسبة من العدم، بل انحصر دوره في الكشف عنها وتبليغها كونها كانت موجودة في التشريعات الجزئية الإدارية وغير الإدارية، ومن الأسس العامة للنظام القانوني والضمير العام للمجتمع وميراثه الدفين.

فيكون بذلك كاشفًا عن مبادئ عامة ذات قيمةٍ تشريعيةٍ تفرض احترامها على الإدارة والأفراد، كونها تسعى لتحقيق التوازن بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، وهو الدور الذي لعبه مجلس الدولة الفرنسي بحكمةٍ فكسب تأييد رجال الثورة والأفراد على حد سواء.

وكان اكتشاف هذه المبادئ يعود لعام ١٨٧٣ ، وحكم بلانكو الشهير^(١) الصادر عن محكمة النزاع الفرنسية، والذي تمثل في أن عربة صغيرة تتبع مصنع التبغ صدمت طفلة فأوقعتها وجرحتها، فرفع والد الطفلة النزاع للقضاء العادي للمطالبة بالتعويض عن الضرر ضد الدولة باعتبارها مسؤولةً مدنيًا عن الخطأ الذي ارتكبه عمال المصنع، فرفض القضاء العادي النظر في

(١) رينيه كاسين مارسيل والين، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، ترجمة: أحمد يسري، ١٩٥٦، ص ١٩

الدعوى لأنّ أحد أطرافها الدولة، ووقع تنازع اختصاصٍ سلبيٍّ بين القضاء العادي والقضاء الإداري، وكان على محكمة التنازع أن تفصل في من له من جهتي القضاء العادي أو الإداري الاختصاص العام بنظر دعاوى التعويض ضد الدولة فجاء في القرار: من حيث أنّ محلّ الدعوى المقامة من السيد بلانكو ضد مدير إقليم الجيرونند - ممثلاً للدولة - هو تقرير مسؤولية الدولة مدنياً تطبيقاً للمواد (١٣٨٢، ١٣٨٣، ١٣٨٤)^(١) من التقنين المدني الفرنسي عن الضرر الناشئ عن الجرح الذي أصيبت به ابنته بفعل العمال الذين تستخدمهم إدارة التبغ.

وحيث أن مسؤولية الدولة عن الأضرار التي تسببها للأفراد بفعل الأشخاص الذين تستخدمهم في المرفق العام لا يمكن أن تحكمها المبادئ التي يقرها القانون المدني لتنظيم الروابط بين الأفراد بعضهم ببعض، وأن هذه المسؤولية ليست عامة ولا مطلقة، بل لها قواعدها الخاصة التي تتغير تبعاً لحاجات المرفق ولضرورة التوفيق بين حقوق الدولة والحقوق الخاصة.

وأنه بذلك وطبقاً للقوانين المشار إليها أعلاه، يكون القضاء الإداري وحده مختصاً بنظرها فاعتبر هذا الحكم خلال عهد طويل المبدأ وحجر الزاوية في القانون الإداري، وكانت له مساهمة في النظرية العامة للقانون الإداري من حيث تأكيده على مبدأ ربط الاختصاص والموضوع، بأن أقرّ تقرير مفوض الحكومة والحكم ذاته قيام صلة تبادلية بين تطبيق القواعد غير المألوفة في القانون الخاص وبين اختصاص القضاء الإداري، كما أكّد الحكم ذاتية القانون الإداري في مجال المسؤولية عن القواعد المقررة في القانون المدني، فمسؤولية السلطة العامة تخضع لقواعد خاصة تدخل في اختصاص القضاء الإداري حتى لو كان الشخص الذي تسبب في إحداث الضرر خلال خدمة المرفق ليست له صفة الموظف، وإنما كان مستخدماً من تابعي الإدارة تستخدمه بمقتضى عقد أبرم وفقاً للقواعد العامة للضمير العام للجماعة أثّر بالغ على إرادة المشرع، إضافة للعوامل البيئية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية، وعلى

(١) القانون المدني الفرنسي لعام ١٨٠٤.

القاضي الإداري إدراكها والاحاطة بها وفهم الواقع فهماً سليماً حتى يتمكن من الوصول لتفسير سليم وصحيح لإرادة المشرع والكشف بالتالي عن مبدأ قانوني جديد يطبق على المنازعة المعروضة عليه^(١).

فإعطاء صفة الوجود القانوني لهذه المبادئ العامة هو من حق السلطة القضائية، ولها نفس القيمة التي يتميز بها التشريع العادي في مجال القضاء الإداري. وبناء على ما سبق يمكن القول: أن النشأة القضائية للقانون الإداري رتبت بعض النتائج التي كان لها تأثير واضح على هذا القانون وتطوره نذكر منها:

اولاً_ أخذ القانون الإداري طابعاً مرناً، وهذه المرونة والتطور نجدها حقيقةً في كل قانون، ولكنها تختلف من فرع لآخر، ولكنها في القانون الإداري نجد أنّ مجالها أكثر اتساعاً وفاعلية^(٢) والقانون الإداري رغم حداثة إلا أنه يعتبر من أكثر فروع القانون تطوراً ومرونة، بسبب الظروف التي عاصرت نشأته ، وأيضاً إلى طبيعة الروابط والعلاقات التي تجمع الأفراد من جهة والادارة العامة من جهة أخرى^(٣)، وهذه المرونة والتطور ساهمت في النشأة القضائية لهذا القانون، فاستجابة القاضي الإداري لتعديل هذه المبادئ يكون أسرع وأكثر استجابة من المشرّع، وهذا ما يخدم الادارة والافراد على حد سواء^(٤).

ثانياً_ إن الدور الانشائي للقاضي الإداري لا يكون فقط عند عدم وجود النص، بل أيضاً مع فرض وجوده، إذا كانت العلاقات التي يحكمها هذا القانون في تطوّر مستمرٍ ومع تزايد

(1) Pierre Delvolvé "paradoxes du (ou paradoxes) sur le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires," mélanges, R Chapus, Montchrestien, 1992, p.147.

(٢) انظر: د. محمد بدران، أصول القانون الإداري، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، ص ٩٢

(٣) د. توفيق شحاته، مبادئ القانون الإداري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، ١٩٥٥، ص. ٩٣ .

(٤) د. جابر جاد نصار، دائرة توحيد المبادئ وفقاً للمادة - ٥٤ مكرر من قانون مجلس الدولة المصري

سلطات الإدارة في مواجهة الأفراد المتعاملين معها، الأمر الذي يحتّم على القاضي الإداري أن يكون فطناً متيقظاً خاصةً وأنّه المكلف بحماية حقوق الافراد وحرياتهم وسعيه الدائم لتحقيق المصلحة العامة^(١).

الفرع الثاني

خصوصية الحكم المنشأ من قبل القاضي الإداري

الأصل في وظيفة القاضي أن يطبق القوانين وأن يفصل في المنازعات المعروضة أمامه، وهو ملزمٌ قانوناً بالفصل في المنازعة الداخلة في اختصاصه وإلا اعتبر منكراً للعدالة، لذلك رسم له المشرع الأسلوب الذي يجب أن يسلكه لفض المنازعة إذا لم يجد في القواعد القانونية القائمة حلاً للمنازعة المعروضة عليه .

ولأحكام القضاء أهميةً بالغةً في أيّ نظامٍ قانوني، وهي أهميةٌ تتعدى كونها فاصلةً في خصومةٍ بين متنازعين إلى كونها تمثل سوابق قضائية، تتفاوت النظم القانونية في مدى الافادة منها، على سبيل الالتزام أو الاسترشاد، وإن كان الأصل في الدول الانجلوسكسونية أن السوابق القضائية لها قوة ملزمة، غير أنها في الدول التي تأخذ بالنظام اللاتيني كسورية وفرنسا و مصر، تعد مصدراً تفسيرياً استثنائياً غير رسمي للقانون^(٢).

وعلى ذلك لا يعد القضاء مصدراً رسمياً للقانون فيها؛ ودوره يتعلق بتطبيق النصوص القانونية وتفسيرها وإزالة غموضها والتعارض المحتمل بينها، ولا يتعدى القاضي هذا الأمر ليصل إلى حد خلق قواعد قانونية خارج نصوص التشريع.

(1) Gilles le Breton : droit administratif général, Dalloz, 2015 , p.42.

(٢) د. عباس قاسم الداوقى، الاجتهاد القضائي، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط١، ٢٠١٥، مصر، ص ٦٦ وما بعدها

فإن كان الكلام السابق قد يصدق في نطاق القانون المدني، فإنه قد لا يصدق بنفس الشكل في نطاق القانون الإداري؛ حيث أن هذا الأخير قضائي النشأة أصلاً، ولأحكام القضائية فيه دور أبرز، وذلك راجع إلى أن الطبيعة الخاصة لقواعد القانون الإداري من حيث عدم تقنينه وظروف نشأته وتعدد مجالات نشاطه، أدى إلى أن يتجاوز القضاء الإداري دور القضاء العادي ليتماشى مع متطلبات الحياة الإدارية فيعمد إلى خلق مبادئ وأحكام القانون الإداري، فيصبح القضاء مصدراً رسمياً للقانون الإداري بل من أهم مصادره الرسمية، ويتعدى دوره التشريع في كثير من الأحيان^(١).

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

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

وأمام انعدام النص القانوني، فإن القاضي ملزم بالفصل في المنازعة فيقوم بطريقة صريحة بإنشاء القاعدة التي تحكم المنازعة المعروضة عليه، ذلك أنه عندما ينظر في القضية ولا يجد بصدها نصاً، فإنه يتكرر وينشئ ويجد لها حلاً.

إن هذا الدور الانشائي إذا لم يقصد القاضي التمسك به في المستقبل فلا يمكن الحديث عن دوره في وضع القاعدة القضائية؛ فهو مجرد حلٍ فرديٍّ أما إذا قصد القاضي الإداري التمسك به في المستقبل في قضايا مشابهة معروضة عليه، فإننا سوف نكون أمام حكم مبدئي^(٢).

(١) د. فؤاد العطار، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، ١٩٨٢، مصر، ص ١٠.

(٢) ومثاله حكم بلانكو الشهير راجع الصفحة ٤٠.

فالمشرع رغم محاولاته توخي الدقة والكمال في عمله، إلا أنه لا يستطيع أن يحيط علماً بكل شيء وأن يضع مسبقاً الحلول اللازمة لكل القضايا التي قد تعرض على القضاء، فقد يحصل أن الحالة المعروضة على القاضي هي خارج توقعات المشرع نتيجة سرعة تطور الحياة الإدارية، وبالتالي فإن اهتمام القاضي ينصب على بحث الحلول للقضية المعروضة عليه.

وهذا العمل المنصب على وضع القاعدة القضائية يمر بمراحل متعددة وهي:

أولاً _ **مرحلة الاكتشاف المزدوج:** وتسمى أيضاً بالوعي والعلم بالنقص الذي يشوب النظام القانوني القائم، حيث يلاحظ القاضي الإداري أن النزاع المعروض عليه لم يعالج من قبل المصادر الرسمية للقاعدة القانونية، ويكتشف ثانياً الحل الذي يسد ويكمل العجز في النظام القانوني القائم، وهذا الاكتشاف المزدوج لا يأتي فجأة وإنما نتيجة تفكير طويل وخبرة طويلة لدى القاضي الإداري وشفافية إدراكه بكل جوانب النظام القانوني القائم.

ويظل عمل القاضي خلال هذه المرحلة في كنف السرية التامة حتى يكتشف أمره عندما يصل إلى المرحلة الأخيرة والمتعلقة بإدخال هذا الحل القضائي حيز التنفيذ وإدراجه في النظام القانوني القائم، وأمثلة هذه المرحلة كثيرة نذكر منها: خلق أعمال السيادة، حيث أن القاضي الإداري قد اكتشف الخطر الذي يحيط به وهو في مهده الأول من التصدي لأعمال سياسية ومواجهة الحكومة وتبع هذا الاكتشاف إيجاد الحل القضائي القاعدي لهذه الفئة من الأعمال وجعلها بمنأى عن رقابة القضاء.

ومنها أيضاً "التعويض عن الضرر المعنوي" وبالتحديد عن "الألم المعنوي" ، حيث فطن القاضي الإداري في قضية "Letisserand"^(١) إلى عجز القانون القائم ونقصانه لعلاج هذه المسألة وضرورة وضع قاعدة قانونية قضائية لعلاج هذا العجز، وقد قنّ المشرع هذا المبدأ، ومن ذلك نص المادة ١٨٢ مكرر من القانون المدني.

وأخيراً تقرر دعوى الرجوع في المسؤولية الإدارية، حيث اكتشف القاضي في مرحلة لاحقة أن القضاء مستقر على عدم مسؤولية العاملين في الدولة وأن ذلك فيه من الإجحاف ما فيه، وتأكد من ضرورة إيجاد حل يتمثل في تقرير حق الإدارة في الرجوع على الموظف، في حين تتولّى هي التعويض عن الضرر الناتج عن خطأ شخصي للموظف^(٢)، ليتدخل المشرع بنصوص عدة مؤكداً هذا المبدأ.

ثانياً_ مرحلة التجريب: تعتبر من أدق مراحل صناعة القاعدة القانونية بواسطة القاضي الإداري، يتولى فيها القاضي إظهار نيته في إيجاد حل معين لمشكلة معينة، لم يتناولها المشرع، وهنا تنكشف السرية التي اكتنفت عمل القاضي في المرحلة الأولى وتحقق العلانية لميلاد القاعدة الجديدة والتي لم يطلق عليها بعد قاعدة "بل مجرد "حل" حيث أنها لم تصبح بعد عنصراً من عناصر النظام القانوني أو في حيز الكتلة القانونية القائمة، وهناك وسائل عديدة تستخدم في إنجاز هذه المرحلة وذلك من خلال المقالات التي يكتبها القضاة أنفسهم في المجالات والوثائق القانونية.

(١) تتلخص وقائع القضية التي فصل فيها مجلس الدولة عام ١٩١٦ ؛ في أن سيارة حكومية اصطدمت بدراجة فقتلت راكبها وابنه الذي كان معه، فرفع والد صاحب الدراجة دعوى للمطالبة بالتعويض عن الضرر المعنوي المترتب عن وفاة ابنه وحفيده، واستجاب القضاء له ومنحه تعويضاً، لأنه رأى في وفاة الابن والحفيد تكبد ضرر معنوي.

(٢) د. رأفت فودة، مصادر المشروعات الادارية ومنحياتها-دراسة مقارنة_، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢، ص ١٠٦

ويمكن للقاضي التلميح بميلاد القاعدة الجديدة لا في الحكم نفسه ولكن في نزاع آخر، فهدف هذه المرحلة هو إخراج الحل القضائي إلى الوجود والتعريف به، حتى يتلقى القاضي الإداري رأي المختصين في هذا الحل الذي يمكن أن يصبح قاعدة قانونية ويتأكد من سلامته، فتقدم مسلكاً أو حل جديد يجب أن يكون دائماً مسبوقاً بمرحلة لتجريبه.

ومن أبرز الأمثلة عن هذه الوسيلة الأخيرة للإعلام بالقاعدة الجديدة القضائية، ما قرره مجلس الدولة الفرنسي في مجال مسؤولية الدولة عن القوانين، ومن المعروف أنه قررها بشروطها الخاصة في حكمه الشهير "لافلوريت"^(١)، ولكن حقيقة الأمر أن مجلس الدولة في قضية لافلوريت قد أعطى الصبغة الرسمية للقاعدة القانونية القضائية بتقرير المسؤولية عن القوانين، والتي سبق أن لمح بها المجلس نفسه في العديد من الأحكام تتجاوز في عددها الخمس عشرة حكماً على مدار خمسة عشر سنة سابقة على حكم "لافلوريت"، كما اعتمدت الجمعية العمومية للمجلس تفسيراً واسعاً للنص التشريعي المانع من المسؤولية، وذلك بقولها: "أنه وإن كانت ألفاظ النص التشريعي وحروفه تمنع المسؤولية عن القوانين إلا أن روح النص وغايته لا تمنع من تقرير هذه المسؤولية، وعدم تقريرها لم يكن لصورة مطلقة.

ثالثاً - مرحلة الإدماج: بعد كشف السرية وإظهار القاعدة القضائية وتناول المختصين لها بالنقد والتعليق وخصوصاً من جانب الفقه، وتبادل الصيغ المثلى لها من خلال تعليقات الفقه ووعي القاضي بالصورة والشكل الذي يجب أن تكون عليه القاعدة المحتملة كحل قانوني عادل وكعلاج للفرغ التشريعي يتولى القاضي إدماج وإدخال هذه القاعدة في حيز النظام القانوني القائم، لتصبح بذلك عنصراً من عناصر المشروعية، وعلى أساسها تقاس مشروعية أعمال الإدارة صحةً وبطلاناً، فقبل عملية الإدماج هذه يكون للقاعدة القضائية قوةً وسلطةً تفرض

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسي عام ١٩٣٨، والمتعلق بشركة منتجات الحليب لافلوريت، نقلاً عن:

د.عمار عوادي، نظرية المسؤولية الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٧، الجزائر، ص ٢٤١.

نفسها على العاملين في الوسط القانوني، ولكن تنقصها هذه القوة التي تفرض احترامها في داخل النظام القانوني الوضعي.

ولذلك يتولى القاضي الإداري بأساليبه السرية والملتوية، وبخطى متعقل - تجنباً لأي صدام - فرض احترام هذه القاعدة ووجودها داخل النظام القانوني الوضعي .

وللوصول إلى هذه المرحلة النهائية يحاول القاضي الإداري التلميح بهذا الحل القانوني الجديد في أحكام متعددة تدور حول ذات الموضوع، وبعد فترة زمنية معينة يأتي في حكم، وبصورة صريحة مباشرة ويعلن عن تبنيه للقاعدة الجديدة، ويتم نشرها والتعليق عليها لتصبح عنصراً من عناصر المشروعية الإدارية.

وخير مثال على هذه المرحلة الأخيرة، نظرية الظروف الطارئة، فلقد حاول مجلس الدولة الفرنسي التلميح بها والتعويض على أساسها في أحكام كثيرة سبقت حكمه الشهير والذي جعلها كجزء من النظام القانوني الوضعي وهو حكم غاز بوردو^(١)، فلقد تلقى رجال القانون هذا الحكم بصدور ربح ودون أدنى منازعة، وذلك لكونه ليس إلا حلقة في سلسلة من الأحكام التي سبقتها وأعلنت عن قرب قدوم هذه النظرية.

ولذلك فقد كان دور القضاء الإداري دائماً يزداد اتساعاً، ليكون له دور إنشائي كبير في مجال القانون الإداري، ويصبح يشكل مصدراً رئيسياً من مصادر المشروعية.

(١) بموجب الحكم الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ١٩١٦/٣/٣٠ وضع نظرية الحوادث الطارئة التي تسمح باستمرار ودوام العقود الإدارية في حال اضطراب توازنها الاقتصادي بفعل أحداث لم يتوقعها الأطراف وتتلخص وقائع هذه القضية إن الشركة العامة في بوردو كانت تريد أن تحمّل بلدية بوردو زيادة الكلفة التي ترتبت عليها بفعل الارتفاع الكبير في أسعار الفحم منذ إبرام عقد الامتياز بين الطرفين في ١٩١٦ ذلك أنه بسبب الحرب العالمية الأولى سقط معظم المناطق المنتجة للفحم في يد الألمان، وبمناسبة هذه القضية قضى مجلس الدولة الفرنسي بأنه من المفروض أن عقد الامتياز يحدد بصفة نهائية التزامات الطرفين وتكون تغيرات أسعار المواد الأولية بسبب الظروف الاقتصادية من بين مخاطر السوق التي يتعين على الملتزم أن يتكفل بها و لكن عندما يضرب التوازن الاقتصادي العقد الى درجة كبيرة جداً لم يكن يتوقعها الأطراف، فإنه لا يمكن للملتزم أن يضمن سير المرفق في الظروف المتفق عليها بدايةً، ولهذا فإن مجلس الدولة الفرنسي قرر بأن الشركة تبقى ملزمة بضمان سير المرفق ولكن يجب تعويضها عن النتائج المالية المترتبة عن هذا الاضطراب والتي تتجاوز المخاطر الاقتصادية العادية.

درسنا في هذا الفرع الثاني خصوصية الحكم المنشأ من قبل القاضي الإداري وفي الفرع الثالث سوف نقوم بدراسة مراحل تطور القضاء الإداري في فرنسا وظهور الازدواجية القضائية كون العوامل التاريخية هي التي كانت الأساس في وجود القانون الإداري بمعناه الضيق .

الفرع الثالث

مراحل تطور القضاء الإداري في فرنسا وظهور الازدواجية القضائية :

لقد عرفت نشأة مجلس الدولة الفرنسي -الذي كان السبب وراء خلق القانون الإداري المستقل- و ظهور نظام الازدواج القضائي في فرنسا مراحل طويلة إلى أن اكتملت الصورة التي هو عليها اليوم - و التي تبنتها الآن العديد من الدول- وكان ذلك نتيجة عدة عوامل وأسباب تاريخية من هنا يجب التطرق ولو بإيجاز إلى أسباب ومراحل نشأة نظام ازدواج القضاء في فرنسا، معتمدين في ذلك على العوامل التاريخية والسياسية ، مما يسمح بمعرفة أكثر لمجلس الدولة الفرنسي ودوره الانشائي الذي أدى إلى إرساء قواعد ومبادئ القانون الإداري و عليه سوف يتم التطرق إلى هذه المراحل كالتالي:

أولاً_ مرحلة الفساد القضائي والإداري في فرنسا :

لقد عرفت فرنسا قبيل الثورة الفرنسية مرحلة تميزت بفساد الجهاز القضائي، بحيث سلك القضاء العادي حينها -البرلمانات القضائية- تجاه الإدارة سلوكاً تعسفياً، حيث اتسم بالتدخل السافر في نشاط الإدارة بمناسبة نظر المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها وعدائها الشديد للإصلاحات الإدارية المتواضعة التي كان يقترحها الملك وبذات الوقت ولائها الشديد لهذا الأخير، أضف إلى ذلك جهل القضاء العادي بطبيعة النشاط الإداري وعدم تفهم القضاء لوظائف ودور الإدارة العامة ^(١) .

(١) د.مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الأنظمة القضائية المقارنة والمنازعات الإدارية، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، ط٣، الجزائر، ٢٠٠٥، ص ٦. ٤٨

فقد كان لنظام الاقطاع حينها وضعف اهتمام الملك في تسيير شؤون العامة وانشغاله بعرض قوّته واستبداده على الحكم سبباً في الفساد و تردّي الاوضاع الادارية والقضائية، مما ولّد في نفسيّة الشعب و ذهنيته روح الثورة التي غذّتها أفكار الفلاسفة آنذاك.

ففي هذه المرحلة وبالضبط خلال القرن السادس عشر وحينما بدأ تركيز السلطة أكثر فأكثر في يد الملك تحت تأثير فكرة السيادة التي اعتبرت بأن السلطة ساميةً وغير قابلةٍ للتقسيم^(١)، قام الملك بإحاطة نفسه بمجلس يسمى بمجلس الملك لكي يتكفل بالشؤون السياسية والادارية و المالية و الذي قام بعد لويس الرابع عشر بإكمال النظام القانوني له بموجب القرارات التنظيمية الصادرة في ١٥ ديسمبر ١٦٦١ و ٣ جانفي ١٦٧٣ فأصبح المجلس يتألف من رجال السياسة كالدوق والأمراء وكتاب الدولة والوزراء ومن شخصيات تقنية كالمستشارين والنواب و يقوم بوظائف حكومية و إدارية باعتباره أعلى هيئة استشارية للملك في المسائل القنصلية والادارية والقانونية والقضائية، لذلك يعتبر مجلس الملك حقاً السلف البعيد والمباشر لمجلس الدولة الفرنسي^(٢).

إلا أنه خلال هذه المرحلة والى غاية ١٧٨٩ بقيت إدارة الملك في إدخال إصلاحات تتعرض إلى معارضة شديدة من أصحاب الامتيازات (كانت البرلمانات هي المنشط الاساسي لهذه المعارضة).

ثانياً_ مرحلة الثورة الفرنسية والتفسير الثوري لمبدأ الفصل بين السلطات :

نتيجة للوضع السيئ الذي وصلت إليه فرنسا في تلك الحقبة، قامت الثورة الفرنسية سنة ١٧٨٩ للقضاء على نظام العهد القديم وأحدثت تغييرات هامة في المجالين السياسي

(1) Georges DUPUIS, Marie-José GUEDON, Patrice CHRETIEN, Droit Administratif, 12e édition, Dalloz, Paris, 2011, P9.

(٢) د. ناصر لباد، القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، الطبعة الأولى، الجزائر، ٢٠٠٤، ص ٦٨ - ٧٣.

والاجتماعي ووضعت حداً للنظام الملكي المطلق^(١) و لقد أعلن الثوار الكثير من المبادئ وأقروا العديد من الإصلاحات من بينها إصلاح فساد البرلمانات القضائية و وضع حد لتدخلها في شؤون الادارة باعتناقها مبدأ الفصل بين السلطات الذي ناد به "مونتسكيو" والمطبق في الدول الانجلوسكسونية آنذاك، غير أن الفرنسيين تبنا تفسيراً خاصاً بهم أدى إلى الفصل التام بين السلطتين الادارية والقضائية، حيث أكدوا على أن الفصل بين السلطات هو فصلٌ جامدٌ ومطلقٌ مما أدى إلى فصل الادارة العامة وعدم خضوعها للقضاء العادي وهذا ما جعلها مستقلةً استقلالاً عضوياً وموضوعياً^(٢).

فحسب مونتسكيو فإن مبدأ الفصل بين السلطات يعني أن تستقل كل سلطة من السلطات الثلاث في الدولة، التشريعية، التنفيذية و القضائية في أداء المهام التي أناطها بها الدستور، فهو يرى أن الضمانة الوحيدة لاحترام حقوق الافراد و حرياتهم هي استقلال كل سلطة من هذه السلطات عن الاخرى، كما يرى بأن قيمة القوانين والقواعد الدستورية لا تكون ما لم توزع السلطات على هيئات مستقلة تهدف إلى حماية الصالح العام، ولتحقق ذلك يجب أن يقوم نظام الدولة على أساس توزيع السلطات على هيئات مختلفة تحد كل منها الاخرى و تحول دون طغيانها.

لقد حرصت الثورة الفرنسية على تطبيق نظرية مبدأ الفصل بين السلطات و نقلها إلى المجال الدستوري بحيث جاء في المادة ١٦ من إعلان حقوق الانسان و المواطن التي أصدرتها الجمعية الوطنية الفرنسية عام ١٧٨٩ على أن: " كل جماعة سياسية لا تضمن حقوق الأفراد و لا

(١) د. عثمان خليل عثمان، مجلس الدولة ورقابة القضاء لأعمال الإدارة، دراسة مقارنة، عالم الكتب، الطبعة الخامسة، القاهرة، ١٩٦٢، ص ٥٤.

(٢) د. عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء الأول ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ٢٠٠٥، ص ٥٤.

تأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات و لا توفر الضمانات الاساسية للحقوق والحريات العامة هي جماعة بغير دستور"^(١).

فحسب المفهوم الفرنسي فإن مبدأ الفصل بين السلطات فيما يخص السلطة الادارية والسلطة القضائية يقوم على قاعدتين، قاعدة التخصيص الوظيفي أي أن تنفرد كل سلطة بأداء وظائفها، وقاعدة الاستقلال العضوي بأن تستقل كل سلطة عن الأخرى استقلالاً تاماً فلا تخضع لرقابة غيرها من الهيئات.

إن رجال الثورة الفرنسية وجدوا أنه من الضروري إنشاء قضاء إداري متخصص ومستقل عن القضاء العادي أي أنهم أرادوا تأسيس النظام القضائي المزدوج، متأثرين بآراء مونتسكيو الذي أكد بأن سلطة الفصل في المنازعات تدخل ضمن اختصاص القاضي العادي، و بما أن المنازعات الادارية وفقا للمفهوم الفرنسي تندرج ضمن نشاط الادارة فإن تدخل القضاء العادي في هذا النشاط يعتبر تدخلاً في شؤون الادارة و يشكل مساساً بمبدأ الفصل بين السلطات لذلك قرروا منع جهات القضاء العادي من التدخل في أعمال الادارة العامة"^(٢).

على هذا الاساس أصدرت الجمعية التأسيسية قانون ١٦_٢٤ أوت ١٧٩٠ المتضمن التنظيم القضائي والتي نصت المادة ١٣ منه : " إن الوظائف القضائية مستقلة وستظل دائماً منفصلة عن الوظائف الادارية، وعلى القضاة والا كانوا مرتكبين لجريمة الخيانة العظمى ألا يتعرضوا بأي وسيلة كانت لأعمال الهيئات الادارية أو أن يأمرؤا رجال الادارة للمثول أمامهم لأسباب تتعلق بوظائفهم "

(١) موقع الجمعية الوطنية الفرنسي يتحدث عن الفترة بين(١٧٨٩-١٧٩٩) ١٧/٩/٢٠١٧ الساعة ٧.١٥:

www.assemblee-nationale.fr/histoire/dudh/1789.asp

(٢) د. صاش جازية، (نظام مجلس الدولة في القضاء الجزائري)، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن

عكنون، الجزائر، ٢٠٠٧، ص ١٣

وقد تأكد هذا المنع بموجب الدستور الفرنسي الصادر بتاريخ 5 فريكتدور من السنة الثالثة للجمهورية و قانون 16 فريكتدور من نفس السنة، هذه النصوص أكدت خروج المنازعات الادارية من اختصاص المحاكم العادية و تجسدت فكرة الفصل بين الوظائف القضائية والوظائف الادارية^(١).

في هذه الفترة أدى الوضع السائد والمتعلق بالفصل المطلق بين السلطات إلى التساؤل حول من هو الجهاز الذي سينظر في المنازعات بين المواطنين والادارة ؟.

ثالثاً_ مرحلة الادارة العاملة هي إدارة قاضية :

لقد أدى مبدأ الفصل بين السلطات الذي أقرته الثورة الفرنسية في قانون ١٦ أوت ١٧٩٠ إلى اختصاص الادارة العامة بالنظر في شكاوى الافراد المقدمة ضدها، لأنه لم توجد حينها جهة تختص بالنظر فيها، فكان على المواطنين المتضررين من الادارة أن يرفعوا تظلماتهم إلى الادارة نفسها أو إلى السلطة الرئاسية التي تعلوها مباشرة لتفصل في شكاوهم.

وبهذا أصبحت الادارة الخصم والحكم في القضايا التي تخصها، بحيث أنها تمارس وظيفتين فهي إدارة عامة تمارس نشاطاً إدارياً وفي نفس الوقت إدارة قاضية تفصل في المنازعات الناشئة بينها وبين الافراد، فأدى ذلك في الواقع إلى حرمان المواطن من الوصول إلى حقه لأن الادارة يصعب عليها في كثير من الاحيان الحكم ضد نفسها^(٢).

ولقد أصبح لمن يريد مخاصمة الادارة التوجه إليها بدلا من المحاكم القضائية ولم يعتبر ذلك اعتداءً من الادارة العامة على وظيفة القضاء، لأن مبدأ الفصل بين هاتين السلطتين كما فهمه رجال الثورة يهدف إلى منع القضاة بالذات من التدخل في اعمال السلطة الادارية لا العكس؛ ثم تبين للرأي العام أن الادارة حين فصلها في المنازعات تمارس أعمالاً قضائية و هذه الاعمال

(1) Olivier GOHIN, Contentieux Administratif, Paris, Lexis Nexis, 6e édition, 2009, P26,27

(2) د. أحمد محيو، المنازعات الادارية، ترجمة فائز أنجق وبيوض خالد، ديوان المطبوعات الجامعية، ط٧، الجزائر، ٢٠٠٥، ص٢٠٥.

وفقاً لمبدأ الفصل بين السلطات تدخل ضمن اختصاصات السلطة القضائية، فرؤوا أن الإدارة تقوم بجزء من الوظيفة القضائية وهو ما يتنافى ومبدأ الفصل بين السلطات، فإذا كان لا يجوز للسلطة القضائية أن تفصل في القضايا الإدارية، فليس للسلطة الإدارية كذلك أن تفصل في المنازعات الإدارية طالما أنها ذات طبيعة قضائية فكان هذا الأمر عجيباً ومناقضاً للمنطق^(١).

لهذه الأسباب امتنع الأفراد عن الإقدام على مخاصمة الإدارة، فأبطلت بذلك وسيلة تحريك الرقابة على أعمال الإدارة العامة، مما أدى إلى ضرورة ظهور مرحلة أخرى عرفت بمرحلة إنشاء مجلس الدولة والقضاء المحجوز.

رابعاً_ مرحلة إنشاء مجلس الدولة و القضاء المقيّد :

نتيجة الوضع السائد آنذاك واحتجاج الرأي العام على نظام الإدارة القضائية، والرغبة في إدخال بعض الإصلاحات والتعديلات حول من ينظر المنازعات الإدارية، مع المحافظة على استقلال الهيئات الإدارية في مواجهة القضاء ، تولد الحل ابتداء من السنة الثامنة لقيام الجمهورية الفرنسية بواسطة الدستور الجديد (دستور 22 فبراير من نفس العام -15 ديسمبر 1799- الذي نص على إنشاء مجلس الدولة)الذي هو إحياء بشكلٍ مغاير لمجلس الملك بمقتضى المادتين 52 و 53 منه كهيئة استشارية تابعة للإمبراطور، بحيث تتولى تقديم المشورة والنصح لهذا الأخير في الشؤون القانونية و المسائل الإدارية والقضائية^(٢) .

حيث كانت اللجان الإدارية لمجلس الدولة تقدم المشورة حول مشاريع القوانين والأوامر، أما لجنة المنازعات التي أنشأت بموجب مرسوم عام مرسوم ١١ جوان ١٨٠٦، فكانت تقدم رأيها حول التظلمات والشكاوى ضد الإدارة العامة إلى رئيس الدولة (بونابارت) ، الذي كانت له سلطة البت النهائي فيها، سواء بإقرارها وبالتالي إعطائها الصفة التنفيذية بعد التوقيع عليها،

(١) د. صاش جازية ، (نظام مجلس الدولة في القضاء الجزائري)، مرجع سبق ذكره، ص ١٧ .

(٢) د. ناصر لباد، القانون الإداري، مرجع سبق ذكره ، ص ٧٨

أو بإعدامها وهذا الأخير نادر الحصول^(١) ، لأن الآراء التي كان يقدمها مجلس الدولة كانت تأخذ مجالها للتطبيق، بمعنى أن رئيس الدولة كان يصادق دائماً على مشاريع القرارات التي يقوم بتحضيرها مجلس الدولة^(٢).

وكان هذا التطور بمثابة امتداد لعهد الإدارة القضائية ولأن الإدارة قد استولت على القضاء الإداري واحتجزته بين أيديها، فسمي أيضاً بعهد "القضاء المحجوز".
خامساً _ مرحلة القضاء البات :

لقد حاز مجلس الدولة على سلطة القضاء البات الفعلية بجرأته و قوة جانبه البشري (موظفيه)، حيث كانت آرائه واقتراحاته لا ترفض ولا تعدل، بل تصدر في النهاية في شكل قرارات نهائية من قبل رئيس الدولة، من هنا بدأت الضمانات الأكيدة لحماية حقوق الأفراد وحررياتهم تتقرر في مشروعات القرارات والمراسيم التي يعلها مجلس الدولة و بدأت روح الاستقلال و روح الحياد و العدالة تتبلور في مجلس الدولة الفرنسي.

هذا راجع إلى أن مجلس الدولة الفرنسي في نطاق اختصاصه بتحليل المنازعات الإدارية و الاحتكاك المستمر بالمقتضيات الفنية للعمل الإداري و التعرف على الانحرافات الادارية في حقوق الأفراد وحررياتهم وازدياد قوة الرأي العام الليبرالي في مواجهة السلطات العامة، بالإضافة إلى نوعية تكوين موظفي المجلس، جعل مجلس الدولة الفرنسي يتأثر بالاعتبارات والمقتضيات الادارية الفنية من جهة، و الاعتبارات ومقتضيات العدالة وحماية حقوق الأفراد و حررياتهم من

(١) د. عبد العزيز نويرة ، (المنازعات الإدارية ، تطورها وخصائصها)، مجلة مجلس الدولة، العدد ٨، ٢٠٠٦ ، ص ١٨.

(٢) د. ناصر لباد، القانون الإداري، مرجع سبق ذكره ، ص ٧٩.
٥٤

جهة أخرى، أكثر من خضوعه و تأثره بالتوجهات و الاعتبارات الدستورية السائدة في تلك الحقبة التاريخية من تاريخ فرنسا^(١) .

فاستحوذ مجلس الدولة شيئاً فشيئاً على صفة القاضي الحقيقي أو القاضي البات، وتقرر ذلك رسمياً بصدر قانون ٢٤ ماي ١٨٧٢ الذي جعل قرارات المجلس بشأن المنازعات الادارية نهائية و نافذة بمجرد صدورهما غير خاضعة لتصديق الامبراطور فأصبح جهةً قضائية إدارية مستقلة عن جهة القضاء العادي و مستقلة عن الادارة العامة، و قد قرر المجلس الدستوري الفرنسي بهذا الخصوص أن استقلال القضاء الاداري مضمون بموجب المبادئ الاساسية المعترف بها بموجب قوانين الجمهورية استنادا لقانون عام ٢٤ ماي ١٨٧٢^(٢) .

وأكمل الاستقلال الكلي لمجلس الدولة عام ١٨٨٩ عندما قضى هذا الاخير على نظرية "الوزير القاضي"، التي كانت تجعل كل وزير مختص بنظر المنازعات المتعلقة بوزارته واستئناف حكمه يكون أمام مجلس الدولة باعتباره قاضي درجة ثانية؛ لكن مجلس الدولة وضع حدا لهذه الوضعية في قضية "كادو" حيث فصل فيها دون انتظار عرضها على الوزير القاضي^(٣) .

إن قانون ١٨٧٢ لم يكفي بمنح مجلس الدولة سلطة القضاء المفوض إنما حقق فعال استقلال القضاء الاداري عن القضاء العادي وذلك بإنشاء محكمة تنازع الاختصاص للفصل فيما ينشأ من تنازع في الاختصاص بين القضاء الاداري و القضاء العادي^(٤)، وجمّل القول أن القضاء الاداري في فرنسا استقل في المرة الاولى عن القضاء العادي عام ١٧٩٠ ثم عن الادارة العامة سنة ١٨٧٢ فانعقدت له منذ ذلك الوقت سلطة انشاء وابتكار الحلول ووضع الاحكام

(١) د. عمار عوايدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، مرجع سبق ذكره، ص ٥٧.

(٢) د. صايش جازية، (نظام مجلس الدولة في القضاء الجزائري)، مرجع سبق ذكره، ص ٢١ .

(3) Olivier GOHIN, Contentieux Administratif, OP, Cit, p 31

(٤) د. محمد رفعت عبدالوهاب، ، القضاء الاداري، الكتاب الاول. مرجع سبق ذكره ص ٩.

الملائمة للمنازعات الادارية^(١)، و هكذا تكامل نظام القضاء الاداري بفرنسا وأحتل مكانة بجانب القضاء العادي.

سادساً_ مرحلة ازدواج القضاء والقانون :

إن تخوف رجال الفقه و الادارة في فرنسا لم يكن من القضاء العادي فقط بل كان تخوفهم أكثر من قواعد القانون الخاص، لذا فإن تخصيص قضاء مستقل للإدارة كان الهدف منه إحداث نواة لقانون متميز يحكم نشاطها، فكان قرار محكمة النزاع في قضية بلانكو سنة ١٩٧٣ نقلة نوعية في ذلك بحيث أنه أعلن عن وجود قواعد خاصة تحكم نشاط الادارة فجاء في حيثيات هذا القرار " حيث أن المسؤولية التي يمكن أن تتحملها الدولة لا يمكن أن تخضع لقواعد القانون المدني ... " معنى ذلك أن قواعد القانون المدني لم تعد تواكب نشاط الادارة وجب التفكير في قواعد بديلة أكثر ملائمة لطبيعة النشاط الاداري^(٢).

إن الاساس التاريخي لنظام القضاء المزدوج في فرنسا اقترن بالتفسير الجامد لمبدأ الفصل بين السلطات، إلا أنه لم يرد أي نص في الدستور الفرنسي يقضي بإنشاء مجلس الدولة كجهة قضائية إدارية مستقلة، بحيث أن مجلس الدولة منذ نشأته كان يعتبر جزء من السلطة التنفيذية. و بمناسبة صدور القرار المؤرخ في 22 جويلية 1980 تقرر وجود القضاء الاداري كهيئة قضائية مستقلة بجوار السلطة القضائية العادية، بمعنى أن القضاء الاداري ونتيجة لقرار المجلس الدستوري هذا أصبح مستقلا عن السلطتين التشريعية والتنفيذية، ثم وبصدور قرار المجلس الدستوري بتاريخ 23 جانفي 1987 الذي ترتب عنه زوال الغموض الذي كان قد أثاره جانب من الفقه بخصوص استقلال القضاء الاداري عن القضاء العادي وتأكدت من خلاله

(١) د. عبد العزيز نويري ، (المنازعات الإدارية في الجزائر، تطورها وخصائصها دراسة تطبيقية)، مرجع سبق ذكره، ص ١٨.

(٢) عمار بوضياف، الوجيز في القانون الاداري، جسور للنشر و التوزيع، الطبعة الثانية، الجزائر، ٢٠٠٧ ص ٨٥

القيمة الدستورية لمبدأ ازدواجية القضاء في فرنسا، وهو ما أكدته كذلك قرار المجلس الدستوري بتاريخ 28 جويلية 1889 الذي أكد على وجود واستقلال القضاء الإداري الذي له مجال اختصاص محمي دستوري^(١).

أدت التطورات التي عرفت فرنسا في المراحل السابقة إلى قيام نظام قضائي جديد لم يعرف من قبل وكان فرنسي النشأة^(٢)، إنه نظام القضاء المزدوج الذي يقوم على أساس الفصل بين القضاء الإداري والقضاء العادي فصلاً عضوياً وموضوعياً ووظيفياً، بحيث يتكون القضاء الإداري من مجلس الدولة كأعلى جهة قضائية تلحق بها المحاكم الإدارية كدرجة دنيا والقضاء العادي الذي يشمل المحاكم العادية وعلى رأسها محكمة النقض.

لقد أدى قيام نظام الازدواج القضائي إلى ازدواج في القانون، فأصبح هناك قواعد قانونية خاصة بالقانون العام التي تحكم المنازعات الإدارية والمستمدة من أحكام القضاء الإداري، بجانب القواعد القانونية الخاصة بالقانون الخاص الذي يحكم المنازعات العادية بين الأفراد.

هذا راجع إلى أن القضاء الإداري عند نشأته كجهاز قضائي مستقل ومنفصل عن الإدارة العامة ومستقل أيضاً عن القضاء العادي ليفصل في المنازعات الإدارية المرفوعة أمامه واجه أكبر تحدي بالنسبة له كونه قضاء جديد، إذ لم يجد أمامه مجموعة قانونية تختص بتنظيم وحكم المنازعات الإدارية ذات الطبيعة الاستثنائية والمستقلة عن المنازعات العادية فكان الحل أن انعقدت له حرية خلق وابتكار الحلول وإنشائها بما يلائم المنازعات الإدارية المطروحة أمامه بهدف تحقيق مركز التوازن والتوافق بين مقتضيات الصالح العام وما يقتضيه من اعتبارات إدارية وفنية لصالح الوظيفة الإدارية وبين اعتبارات حماية حقوق وحريات الأفراد وما يقتضيه من

(١) د. صاش جازية، (نظام مجلس الدولة في القضاء الجزائري)، مرجع سبق ذكره ص ٩٩ - ١٠١ - ١٠٢

(2) Olivier GOHIN, Contentieux Administratif, OP, Cit, P39.

حتمية سيادة مبدأ المشروعية^(١)، وهكذا نشأ القانون الإداري في فرنسا مستقلاً عن القانون المدني.

إن مجلس الدولة الفرنسي الذي عرف كهيئة استشارية يكون على عاتقها القيام بمهمة استشارية أصبح فيما بعد يتمتع بوظيفة مزدوجة، فبالإضافة إلى كونه هيئة استشارية أصبح كذلك جهة قضاء بات، أي هيئة قضائية تنظر في المنازعات الإدارية وتفصل فيها، فبهذه الوظيفة ساهم مجلس الدولة في خلق نظرية القانون الإداري في مفهومها الضيق والفني بواسطة الانشاء والحلول التي قدمها عند نظره في المنازعات المعروضة عليه، حيث كان له الفضل بناء على ابتكاره في إرساء العديد من المبادئ العامة والتي تشكل مصدراً غير مكتوب للقانون الإداري منها: مبدأ المساواة أمام القانون، مبدأ المساواة أمام الضرائب، مبدأ المساواة في استعمال الأموال العامة، مبدأ حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد، مبدأ المسؤولية الإدارية.... الخ.

كما أن جرائته تجلّت بشكل مثمر بالتوصل لعدد من القواعد والنظريات الأساسية من بينها: أن الإدارة هي التي تعوّض عن الأضرار التي تسببها (نظرية المسؤولية الإدارية)، ذلك أن الإدارة تستطيع ضمن بعض الشروط تغيير مضمون العقود (نظرية امكانية تبديل مضمون العقود) و نظرية بطلان الاعمال الإدارية... الخ^(٢).

(١) د. عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، مرجع سبق ذكره، ص ٥٩.

(٢) د. أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة الدكتور محمد عرب صاصيلا، ط٥، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ٢٠٠٩، ص ٤

لقد أثبت مجلس الدولة الفرنسي منذ إنشائه قدرةً هائلةً على ابتكار النظريات واستخلاص المبادئ وخلق الحلول الملائمة لمنازعات الإدارة وتوفير المزيد من الضمانات لحقوق الأفراد وحرياتهم وإجبار الإدارة على احترام القانون دون إهدارٍ لسلطتها التقديرية^(١).

من خلال هذه المراحل يتجلى بوضوح كيف ظهر القضاء الإداري في فرنسا وكيف أنشئ مجلس الدولة فيه، هذا الأخير الذي ساهم في إنشاء قانون إداري مستقل عن القانون المدني، فالازدواج القضائي أدى إلى الازدواج القانوني، أي وجود نوعين من القواعد القانونية، أحدهما قواعد القانون الخاص التي تحكم كأصلٍ عام منازعات أشخاص القانون الخاص و ثانيهما قواعد القانون الإداري التي تحكم المنازعات الإدارية و تستمد أساسها و مصدرها من القضاء نفسه، ذلك أن قواعد القانون الإداري لم تنشأ بتدخل المشرع بل نشأت على مراحل طويلة على يد القضاء الفرنسي خاصة.

(١) د. عمار عوايدي ، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، مرجع سبق ذكره ، ص ٧٤ .

المبحث الثاني

دور القاضي الإداري في إنشاء المبادئ العامة للقانون

كان الهدف الأساسي من إنشاء القضاء الإداري هو ضرورة تحقيق وتدعيم رقابة شرعية أعمال السلطات الإدارية، فالأخذ بنظام القضاء المزدوج يهدف إلى رقابة أعمال الإدارة بواسطة القضاء الإداري، وبالتالي فإن أهمية مبدأ الشرعية مستمد من ضرورة خضوع الإدارة لقواعد القانون من خلال الرقابة التي يمارسها القاضي الإداري على قرارات الإدارة سواء كانت فردية أو تنظيمية.

تعتبر حماية حقوق وحريات الأفراد من تعسف الإدارة بسلطاتها وامتيازاتها الغاية الأساسية لمبدأ الشرعية، هذا المبدأ الذي يعتبر أن المبادئ العامة للقانون مصدراً من مصادره، وبما أن القضاء الإداري هو السباق في مجال الشرعية، لذلك سيتم التطرق في هذا المبحث إلى ماهية المبادئ العامة للقانون كنظرية قضائية ومكانة المبادئ العامة للقانون بالنسبة للقاضي الإداري وكيفية إنشائها.

المطلب الأول

ماهية المبادئ العامة للقانون كنظرية قضائية

لكي يتم تحديد طبيعة المبادئ العامة للقانون كنظرية قضائية لا بد من التطرق إلى مفهومها وبيان خصائصها الأساسية وحدودها.

الفرع الأول

مفهوم المبادئ العامة للقانون

سيتم التطرق في هذا الفرع إلى الشرعية كأساس للمبادئ العامة للقانون وتعريف مختلفة للمبادئ العامة للقانون .

أولاً _ الشرعية كأساس للمبادئ العامة للقانون :

تعتبر المبادئ العامة للقانون مصدراً من مصادر الشرعية، لذلك لا بد من التطرق لمفهوم الشرعية، ثم لتعريف المبادئ العامة للقانون.

١ _ مفهوم الشرعية كأساس للمبادئ العامة للقانون :

الشرعية في اللغة العربية مشتقة من الفعل شرع يشرع، فيقال شرع فلان كذا شرعاً أي أخذ بفعل، وشرع الدين جعله مشروعاً مسنوناً والشارع في الشيء البادئ فيه وواضع الشريعة^(١).
والشريعة ما شرع الله لعباده من الدين، ومنه قوله تعالى ﴿كل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا﴾^(٢)، والمشرّع ما سوغه الشرع، والشريعة أيضاً تعني الطريقة المستقيمة ومن هذا المعنى قوله تعالى: ﴿ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها ولا تتبع أهواء الذين لا يعلمون﴾^(٣).

(١) د.محمد محمد عبده إمام، القضاء الإداري، مبدأ المشروعية وتنظيم مجلس الدولة، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٨، ص ١٠.

(٢) سورة الجاثية، الآية رقم ١ ﴿١﴾.

(٣) د.محمد محمد عبده إمام، المرجع أعلاه، ص ١.

يتخذ معنى الشرعية في القانون الإداري بعين الاعتبار بعدين أساسين : أ- **البعد العملي** وهذا يعني أن نشاط الإدارة محصور ضمن حدود وخاضع لمعايير تحدد الأهداف التي ينبغي أن تحققها والوسائل المستعملة لتحقيق هذه الأهداف، وب- **البعد الأيديولوجي** لهذا المبدأ والذي يضيفي الشرعية على نشاط الإدارة، وهو يعني خضوع الإدارة للقانون، وبالتالي فإن الإدارة لا تتصرف حسب رغباتها بل يجب أن تحترم المبادئ الأساسية للنظام الاجتماعي الموجود والذي يتجسد في قواعد قانونية تضعها السلطة التشريعية^(١).

٢- أهمية الشرعية:

تعتبر الشرعية في الدولة المعاصرة مبدأ ذو أهمية خاصة مقتضاها أن أعمال السلطات العامة وقراراتها النهائية لا تكون صحيحة ولا تنتج آثارها القانونية، كما لا تكون ملزمة للأشخاص المخاطبين بها، إلا بمقدار مطابقتها لقواعد القانون العليا التي تحكمها، بحيث متى صدرت بالمخالفة لهذه القواعد، فإنها تكون غير شرعية، ويكون من حق الأشخاص ذوي المصلحة طلب إلغائها والتعويض عنها أمام الجهة القضائية المختصة.

وما من شك أن تقرير مبدأ الشرعية إنما يكفل حماية جدية للأشخاص في مواجهة السلطة العامة، مما يحقق قدرًا من التوازن بين هذه السلطة والحريات العامة.

و في الوقت الحاضر أصبح من المسلمات أنه لا يكفي للقول بحماية حقوق الأفراد وحرياتهم العامة أن تتأكد سيادة القانون في شأن علاقاتهم ببعضهم البعض، بل أصبح لتأكيد هذه الحماية أن يسود القانون في علاقاتهم مع الدولة وما يتفرع عنها من هيئات عامة، خصوصاً متى روعي ازدياد هذا النوع من العلاقات بعد انكماش فكرة الدولة

(1) Daniel Loschak, le principe de légalité mythes, et mystifications, ajda, n°9, septembre, ١٩٨١

الحارسة، واندفاع الدول المعاصرة في سياسة التدخل في مختلف أوجه النشاط الاجتماعي والاقتصادي.

و مما يزيد في إلحاح هذه الضرورة، ما تتمتع به السلطة العامة من قوة جبرية، تمكنها ما لم تخضع للقانون من أن تهضم حقوق الأشخاص وتقيّد حرياتهم العامة^(١)، لذلك وجد مبدأ الشرعية أساساً لحماية الأفراد في مواجهة الإدارة.

٣- تعريف الشرعية:

تعرف الشرعية بأنها "وجوب استناد كل تصرف أو عمل قانوني سواء كان عاماً أو خاصاً إلى قاعدة قانونية مجردة وسابقة على التصرف أو العمل، وبعبارة أخرى فإنه يجب أن يخضع جميع الأفراد في علاقاتهم القانونية بعضهم ببعض، وفي علاقاتهم القانونية بالدولة وهيئاتها المختلفة، إلى حكم القانون"^(٢).

وفي تعريف آخر فإن الشرعية هي "الالتزام بالقانون والخضوع لأحكامه من قبل الحكام والمحكومين، وبالتالي فهو خضوع الإدارة العامة فيما تصدره من قرارات وما تأتيه من تصرفات وأفعال للقانون"^(٣).

كما عرفها الفقيه سليمان الطماوي بأنها: "خضوع الدولة في تصرفاتها للقانون القائم، أي جميع القواعد الملزمة في الدولة سواء كانت مكتوبة أو غير مكتوبة، وأي كان مصدرها، مع

(١) د. طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، مصر، ١٩٦٣، ص ٦.

(٢) عبد الجليل محمد علي، مبدأ الشرعية في النظام الإسلامي والأنظمة القانونية المعاصرة، دراسة مقارنة، عالم الكتاب، القاهرة، مصر، ١٩٨٤، ص ١٣.

(٣) فهد عبد الكريم أبو العثم، القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، ٢٠٠٥، ص ٤٤.

مراعاة التدرج في قوتها"^(١)، وبالتالي فإن هذا المبدأ في معناه العام، لا يعني أكثر من سيادة حكم القانون بمعنى أن تكون جميع تصرفات الإدارة في حدود القانون بمفهومه العام و الشامل لجميع القواعد الملزمة في الدولة^(٢).

يكمّن جوهر الشرعية في سيادة حكم القانون على كل تصرفات الإدارة، فإذا كانت العلاقات بين الأشخاص بعضهم ببعض متساوية ويحكمها مبدأ سلطان الإرادة، فالعلاقة بين الأشخاص والإدارة على عكس ذلك ، نظرا لما تتمتع به هذه الأخيرة من سلطات وامتيازات تجعلها في مركز أقوى يتيح لها أحيانا المساس بحريات وحقوق الأشخاص، وبالتالي تسمح الشرعية بحمايتهم من تعسف الإدارة من خلال ضرورة مطابقة أعمالها للقانون، وفي حالة مخالفتها له، إمكانية خضوع هذه الأعمال لرقابة القضاء.

اختلف الفقه في تحديد المقصود من خضوع الإدارة للقانون، فذهب بعضهم إلى القول بأنه لا يجوز للإدارة أن تأتي عملاً مادياً أو قانونياً مخالفاً للقانون، وذهب البعض الآخر إلى القول بضرورة استناد الإدارة في كل ما تقوم به من أعمال إلى أساس من القانون، فلا يكفي أن لا يكون عمل الإدارة مخالفاً للقانون بل يجب أن يستند إلى قاعدة قانونية تميزه حتى يكون شرعياً، ورأي ثالث يرى أن أعمال الإدارة لا تكون شرعية إلا إذا كانت مجرد تطبيق القاعدة القانونية أو تنفيذها لها^(٣).

رغم اختلاف الفقه في تحديد معنى خضوع الإدارة للقانون، إلا أن ما هو متفق عليه أن مبدأ الشرعية يقصد به سيادة حكم القانون بمفهومه الواسع، لذلك فإن المصادر التي تتكفل بوضع القواعد القانونية التي تطبقها الإدارة قد تكون إما السلطة التشريعية بما تسنه من قوانين، أو

(١) د. سليمان الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول، قضاء الإلغاء، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ص ٢٢.

(٢) د. سليمان الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ١٩٩١ ص ١٦

(٣) فهد عبد الكريم أبو العثم، القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق، مرجع سبق ذكره، ص ٤.

السلطة التنفيذية بما تضعه من قواعد لتنفيذ القانون، أو السلطة القضائية بما تصدره من مبادئ واجتهادات، وبالتالي فإن الإدارة لا تقف عند حدود تطبيق القانون بمفهومه الضيق، من خلال الامتناع عن إتيان أي عمل إداري مخالف لقاعدة قانونية نافذة وقت القيام به، بل تتعدى ذلك بالمشاركة في عملية إنشاء قواعد قانونية تهتم أساساً بالتنفيذ، مراعيةً حين إصدارها للقواعد القانونية الأعلى رتبة حسب هرم تدرج القواعد القانونية.

٤ _ مظاهر الشرعية:

يأخذ احترام مبدأ الشرعية من طرف الإدارة مظهرين مختلفين أولهما موضوعي والثاني شكلي: فالمظهر الموضوعي مؤداه أن لا تأتي الإدارة أي عمل إداري أيا كان موضوعه خلافاً لقاعدة قانونية نافذة، فلا يجب أن يخالف العمل الإداري أي قاعدة قانونية سارية المفعول وقت القيام به، وعليه لا يجوز أن تصدر الإدارة أي قرار إداري مخالفاً لقاعدة قانونية نافذة، والا كان عرضة للإلغاء القضائي وسبباً في مطالبة الجهة المصدرة لها بتعويض الأضرار المادية والمعنوية التي نجمت عنها.

أما المظهر الشكلي فهو أن تراعي الإدارة حين إصدارها لقواعد قانونية إنشائية القواعد القانونية الأعلى رتبة منها حسب هرم تدرج القواعد القانونية في الدولة^(١).

ثانياً _ تعريف المبادئ العامة للقانون :

يقول الفقيه أندريه دولوبادير أن مصطلح المبادئ العامة للقانون يعني "المبادئ غير المدونة في نصوص تشريعية، ولكن يقر بها القضاء باعتبارها واجبة الاحترام من جانب الإدارة، ويمثل مخالفتها انتهاكاً للشرعية"^(١).

^(١) نبيلة عائشة ، (سلطات القاضي الإداري في مواجهة الإدارة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية)، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق، السنة الجامعية، ٢٠١٤. ص ١٦

إن تسمية المبادئ العامة للقانون تطلق على عدد من المبادئ التي لا يحتويها متن النصوص القانونية كال دستور والقانون والتنظيم، وانما تذكر في مقدمة أو دياحة هذه النصوص ويعترف القضاء على الإدارة بواجب احترامها^(٢).

أما جانب من الفقه العربي فقد عرفها بأنها: " مجموعة القواعد التي استخلصها القضاء الإداري من الاتجاهات العامة للتشريع، فهي قواعد غير مكتوبة لها قوة القانون، ومن ثم يجب على الإدارة احترامها وهي تصدر قراراتها الفردية واللائحية طالما أن المشرع لم يتدخل صراحة فيصدر من النصوص ما يخالف هذه القواعد"^(٣)، وهي أيضا " مجموعة من القواعد القانونية الأساسية التي تلتزم الإدارة مراعاتها في قراراتها الفردية أو اللائحية دون أن تستند مباشرة إلى نص مكتوب، بل يقوم القضاء بالكشف عنها وإعلان إلزاميتها"^(٤).

من خلال التعريفات الفقهية السابقة، يلاحظ أن معظم الفقهاء لم يقدموا غالباً تعريفاً محدداً للمبادئ العامة للقانون، والواقع أن أهم تعريف للمبادئ العامة للقانون استنتجت من تقارير مفوضي الحكومة لدى مجلس الدولة الفرنسي، واشهر تلك التعريفات جميعاً وأهمها هو ما قدمه مفوض الحكومة LETOURNEUR^(٥) في تقريره حول قضية

(١) Andre de Laubadère, traité élémentaire de droit administratif 6 éme édition, tome1, paris , France, p 247.

(٢) د.محيو أحمد، محاضرات في المؤسسات الإدارية، مرجع سبق ذكره ، ص ٤ .

(٣) مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، ط٤، ١٩٧٩، ص ٥.

(٤) د. ابراهيم عبد العزيز شيخا، مبادئ وأحكام القضاء الإداري اللبناني، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، بدون سنة النشر، ص٩٤

(5) voir Maxime Letourneur , les principes généraux de droit dans la jurisprudence du conseil d Etat, conseil d Etat, études et documents, imprimerie national, paris, France, 1957,

concerts du conservation^(١) فهو يقول بشأنها مخاطباً مجلس الدولة: " أن قضاءكم قد قبل منذ مدة طويلة أنه إلى جانب القوانين المكتوبة، توجد مبادئ كبرى يعتبر الاعتراف بها كقواعد قانونية أمراً ضرورياً لتكملة الإطار القانوني الذي في ظله يجب أن تتطور الأمة، بما لها من تنظيمات سياسية واقتصادية، وأن مخالفة هذه المبادئ لها ذات النتائج التي ترتبها مخالفة القانون المكتوب، أي إلغاء القرار الصادر على خلافها والتزام السلطة التي أصدرته بالتعويض عن قرارها الخاطئ"

الفرع الثاني

خصائص المبادئ العامة كعامل لتقوية الدور الانشائي للقاضي الإداري

تعتبر المبادئ العامة للقانون تطبيقاً للسلطة الخلاقة للقضاء الإداري في الانشاء، وحتى في الحالات التي يستقي فيها القاضي الإداري المبدأ من بعض النصوص المتناثرة كتطبيقات جزئية للمبدأ، فالسلطة الخلاقة ليست غائبة لان القاضي الإداري هو الذي يعلن المبدأ العام من خلال تلك التطبيقات ليسود عليها جميعاً، وليحيا حياة جديدة يصل مداها لكل مجال لا يوجد فيه نص على تطبيق المبدأ^(٢).

وبالتالي فإن نظرية المبادئ العامة للقانون هي ثمرة مجهود بذله القاضي الإداري من خلال هذا الدور الانشائي لإرساء أهم المبادئ التي تحمي الحقوق والحريات الأساسية.

تتمتع المبادئ العامة للقانون بخصائص هامة تعطيها قوة قانونية تميزها عن باقي الأحكام المنشأة من قبل القاضي الإداري، مما يفرض احترامها بصفة صارمة من طرف

(1) ce 9 mars 1951, droit social, conclusion de M. Letourner et notes du professeur Rivesco

(٢) د. محمد رفعت عبد الوهاب، المبادئ العامة للقانون مصدر للمشروعية في القانون الإداري، دار الكتاب الحديث، مصر. بدون سنة نشر. ص ٧٧.

الإدارة، وهذا ما يعمل على تقوية مكانة الأحكام المنشأة الصادرة عن القاضي ويساعد على استقرار هذه الأحكام

أولاً-المبادئ العامة للقانون قواعد منشأة غير مكتوبة :

إن القضاء الإداري حين يقوم بالإعلان عن وجود المبادئ العامة للقانون لا يقوم بخلقها أو إنشائها، وإنما يقوم بالكشف عنها باعتبارها مبادئ موجودة وكائنة، فهو يعمل على الاعلان عنها، وذلك من خلال اللجوء إلى الضمير العام للجماعة وضمير المشرع الذي قد يعمل على تدوينها في نصوص صريحة، ولذلك يلجأ القاضي في استخلاصه لهذه المبادئ إلى الوثائق الدستورية كإعلانات حقوق الإنسان ومقدمات الدساتير، والتي اعتبرت ميداناً هاماً لهذه المبادئ للكشف عن الضمير العام للجماعة، كما يلجأ إلى مجموعة من النصوص القانونية التي تنبئ عن إرادة المشرع أو اتجاهه العام في التشريع^(١).

تعتبر المبادئ العامة للقانون قواعد غير مكتوبة، يستنبطها القضاء من قواعد النظام القضائي والعقائدي والاجتماعي والاقتصادي في الدولة، ويعلن عنها في أحكامه، فهي لا تستند إلى نصوص مكتوبة، وإنما يعمل القضاء على استخلاصها وتقرير مبادئها دون أن ينشئها بنفسه^(٢) ويقول الاستاذ فيديل في هذا الشأن أنه "من المعروف أن مجلس الدولة يفضل في بعض الأحيان الاعتماد على فكرة المبادئ العامة بدلاً من الاعتماد على نصوص مثل نصوص إعلانات الحقوق، التي تبدو له بالأحرى تؤكد المبدأ وتكشف عنه دون أن تكون هي مصدره الرسمي المباشر، ففي نظر مجلس الدولة، إذا كانت هناك نصوص تعبر عن المبدأ فهي ليست إلا مرآة عاكسة أو مجرد تطبيقات جزئية له، أما المبدأ في حد ذاته في إطاره العام

(1) René Chapus, Droit administratif général, tome 1, 9 éme édition, Montchrestien, France, 1995, p 74.

(٢) فهد عبد الكريم أبو العثم، القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق، مرجع سبق ذكره ، ص ٨.

وتطبيقه غير المحدود فهو يستقيم بذاته، بدون أي نص بل حتى في مواجهة أو ضد النص، وكثيرة هي تلك الحالات التي رجح فيها مجلس الدولة المبدأ العام على نص تشريعي يناقضه في الصميم، فالمبدأ العام لدى مجلس الدولة هو أعلى من كل نص ولا يستمد قوته مباشرة من أي نص بالذات" ^(١) .

تبعا لذلك، فإن القاضي الإداري عندما يقرر أو يكتشف أو يستنبط القواعد العامة للقانون غير ملزم بالاستناد على نصوص قانونية معينة ومحددة بذاتها، وبالتالي فإن مصادر استنباط المبادئ العامة للقانون واسعة، فقد يستند القاضي الإداري في ذلك إلى المبادئ الأساسية التي بنى عليها الدستور ككل دون تحديدها بذاتها، أو يلجأ إلى الاتجاهات العامة في التشريع دون الاستناد إلى نص تشريعي معين، أو يستند إلى مبادئ العدالة الطبيعية، أو إلى غيرها من المصادر التي تمكنه من كشف أو استنباط هذه المبادئ .

تمنح هذه الخاصية القاضي الإداري حرية أكبر في الانشاء دون التقيد بنص معين معتمداً في ذلك على التحليل والاستخلاص، مما يضيفي على الحكم المنشأ الصادر عن القاضي الإداري قوة ذاتية يستمدّها مباشرة من مصدره الا وهو القاضي الإداري، دون ضرورة التقيد بحرفية نص قانوني معين.

ثانياً_ المبادئ العامة للقانون قواعد منشأة لها قيمة القاعدة القانونية: إلى جانب اعتبار المبادئ العامة للقانون مبادئ غير مكتوبة ولها وجود ذاتي مستقل، فهي في نفس الوقت تعتبر قواعد قانونية، أي أنها قواعد ملزمة للإدارة ومخالفتها ترتب جزاءً محدداً، فقد حرص القضاء الإداري على فرض احترامها على جميع القرارات

(١) نقلا عن محمد رفعت عبد الوهاب، المبادئ العامة للقانون كمصدر للمشروعية في القانون الإداري، مرجع سبق

ذكره ، ص ٣٣

الادارية، وأكد كذلك أن مخالفة الادارة لمضمون المبدأ القانوني العام يعرضها لجزاء قضاء الالغاء والتعويض.

إن المبادئ العامة للقانون تتمتع بالقوة القانونية، فهي مصدر منشئ للآثار القانونية، أي أنها تنشئ الحقوق والالتزامات، والمراكز القانونية وتعدلها وتلغيها، فالمبادئ العامة للقانون تعتبر مصدراً من مصادر القواعد القانونية بصفة عامة، ومصدراً لمبدأ المشروعية والقانون الاداري بصفة خاصة، فهي قواعد قانونية عامة ومجردة وملزمة وغير مكتوبة^(١).
تعطي هذه الخاصية وجوداً فعلياً للمبادئ العامة للقانون، وبالتالي فإنها تمنح الاحكام الصادرة عن القاضي الاداري مكانة في هرم النصوص القانونية و يجب على الادارة مراعاتها والتقيّد بمضمونها، ويقع على عاتق القاضي فرض احترامها من خلال إلغاء القرارات الادارية المخالفة لأحكامها ،فالقاضي الاداري خلال قيامه بالبحث عنها يلجأ للضمير العام وكذلك إرادة المشرع الذين يرتبطان ارتباطاً وثيقاً بظروف البيئة المحيطة من سياسية واقتصادية وظروف اجتماعية، بحيث يكون التعبير عنها هو في حقيقته انعكاساً طبيعياً لهذه الظروف، وبالتالي يجب على القاضي الاداري أن يراعي عند استخلاصه للمبادئ العامة للقانون هذه الظروف المحيطة حتى يتمكن من الوصول إلى التفسير السليم لإرادة الجماعة أو إرادة المشرع والتي على أساسها يعلن إلزامية المبادئ العامة للقانون.

ثالثاً_ المبادئ العامة للقانون قواعد منشأة لها طابع العمومية والدوام :

يقصد بالعمومية والدوام بالنسبة للمبادئ العامة للقانون أن تتمتع هذه الاخيرة بقدر من الاستقرار على نحو تطبق معه دون تقيّد بزمن معين وتنبع هذه الميزة من الاساس في كون هذه

(١) د.عمار عوابدي ، القانون الإداري، مرجع سبق ذكره ، ص ١٠٢.

المبادئ من القواعد الأساسية الجوهرية وليست قواعد عادية^(١)، لأن مصدرها هو ضمير الجماعة والروح العامة للتشريع في ضوء الأسس التي يقوم عليها نظام الدولة^(٢).
يكشف أسلوب مجلس الدولة الفرنسي في استخلاص بعض المبادئ من النصوص التشريعية المتناثرة عن تلك العمومية الكبرى للمبدأ العام، فالمبدأ الذي تتضمنه أحياناً مثل تلك النصوص، منذ أن يستخلصه القاضي الإداري، يكتسب ذاتية مستقلة، ونطاق تطبيق غير محدد يفوق هذه النصوص جميعاً، لأنه يطبق خارج إطارها، وحتى في نطاق النص التطبيقي للمبدأ، فالقاضي يعطي تفسيراً أوسع من ظاهر النص حتى يتفق هذا الأخير مع مضمون المبدأ ومقتضياته.

إن مثل هذا الأسلوب واضح في تطبيقات مختلفة للدور الإنشائي للقاضي الإداري في هذا المجال من أبرزها احترام حقوق الدفاع، فالقاضي الإداري استخلصه من عدة نصوص تطبيقية تكشف عن المبدأ في نطاق المسؤولية التأديبية للموظف العام، قام بتحديد نطاق عام للمبدأ يفوق درجته وعموم تطبيقه الإطار المحدد للنصوص، فالمبدأ يطبق على كل جزاء يوقع على موظف أو مستخدم عام ولو لم يكن لهذا الجزاء الطابع التأديبي بالمعنى الدقيق، أكثر من ذلك فالمبدأ يتعدى حتى إطار نظام الموظفين ليحمي كل مواطن عادي إزاء أي قرار إداري يتضمن معنى الجزاء^(٣).

أما خاصية الدوام فهي لا تقل أهمية عن خاصية العمومية، وتعمل على جعل الأحكام القضائية المنشأة مستقرة مما يولد الشعور بضرورة احترامها، فطابع الدوام يمنح المبادئ العامة للقانون وبالترتبة الأحكام القضائية الإدارية درجة كبيرة من الاستقرار،

(١) محمد محمد عبده إمام، القضاء الإداري، مبدأ المشروعية وتنظيم مجلس الدولة، مرجع سبق ذكره، ص ٣٩.

(٢) فهد عبد الكريم أبو العثم، القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق، مرجع سبق ذكره، ص ٨٢.

(٣) د. محمد رفعت عبد الوهاب، المبادئ العامة للقانون كمصدر لمشروعية القانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٤٧.

وذلك تماشياً مع طبيعتها كقواعد جوهرية، التي كثيراً ما تتدخل لمعالجة تغيرات اجتماعية مؤقتة أو عارضة، وتكون في أحيان كثيرة تصدياً لأهواء ورغبات سياسية عارضة، تحد من القيمة السامية للحقوق والحريات، كما أن خاصية الدوام تضمن كذلك عدم فقدانها لقيمتها السامية في مواجهة عدم الاستقرار التشريعي، خاصة في الظروف الاستثنائية والازمات، فبفضل المبادئ القانونية الكبرى كمبدأ المساواة ومبدأ احترام حقوق الدفاع ومبدأ الطعن لتجاوز السلطة ومبدأ الحريات، استطاع القضاء الإداري ولفترة طويلة أن يحمي النظام القانوني الديمقراطي ضد الكثير من الانتهاكات.

المطلب الثاني

مكانة المبادئ العامة للقانون بالنسبة للقاضي الإداري وكيفية إنشائها

سيتم التطرق في هذا المطلب إلى نقطتين أساسيتين هما تمييز المبادئ العامة للقانون عن غيرها من القواعد المنشأة من القاضي الإداري ، وحدودها، وكذلك مصدر القوة الإلزامية للمبادئ العامة للقانون.

الفرع الأول

تمييز المبادئ العامة للقانون عن غيرها من القواعد المنشأة ومصدر قوتها الإلزامية

إن المصدر المباشر للمبادئ العامة للقانون هو الانشاء من قبل القاضي الإداري، لكن هذا لا يعني أن كل حكم يقوم القاضي الإداري بإنشائه هو من المبادئ العامة للقانون، بل هناك عناصر لتمييز هذه الأخيرة وهذا ما سيتم التطرق له في الفقرة الأولى، بينما سيتم التطرق في الفقرة الثانية لمصدر القوة الإلزامية للمبادئ العامة للقانون .

أولاً_ تمييز المبادئ العامة للقانون عن غيرها من القواعد الانشائية :

تتميز أحكام المبادئ العامة للقانون ودورها في حماية الحقوق والحريات الأساسية عن القواعد الانشائية الأخرى رغم أنها أيضا تجد أساسها في انشاء منشأة من قبل القاضي الإداري، ويقول الاستاذ "رينيه تشابوس" في هذا الشأن أن "مهمة القاضي الإداري هي جمع هذه المبادئ أكثر من خلقها"⁽¹⁾، فالقاضي الإداري عندما يعلن عن المبدأ العام لا يكشف عن قاعدة مكتملة من قبل، كما أنه أيضا لا يخلقها من العدم، فالعملية القضائية هنا تتكون من عنصرين : أحدهما تقريرى والآخر إنشائي، والجانب التقريرى في وضع المبدأ القانوني العام يفوق العنصر الانشائي مع ذلك، فإن المبادئ العامة للقانون تعتبر أقل خضوعاً للتقدير الشخصي من طرف

(1) René Chapus, Droit administratif général, op.cit , p 74 .

الفصل الأول: ماهية دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية المبحث الثاني دور القاضي الإداري في إنشاء المبادئ العامة للقانون

القاضي الإداري، والسبب في ذلك يعود إلى العناصر التي يستوحىها القاضي في تقرير المبدأ العام هي في الغالب معتقدات كائنة في الضمير العام تفرض على ضمير القاضي بصورة أشد ضغطاً من الحقائق أو الاعتبارات الاجتماعية التي يستوحىها القاضي عند إنشاء القواعد الأخرى، لأنها تعبر عن حاجات عليا وعلاقة الفرد بالمجتمع، فلا يستطيع القاضي أن يتحلل بسهولة من مثل هذه الفكرة والا أحدث رد فعل شديد في الرأي العام^(١).

هناك جانب من الفقه يرفض تماماً التمييز بين القواعد الانشائية القضائية التي تتضمن المبادئ العامة للقانون وغيرها من القواعد الانشائية الأخرى وعلى رأسهم الاستاذ "رينيه تشابوس" الذي قدم أهم الدراسات عن المبادئ العامة للقانون^(٢).

وعندما عرض القيمة القانونية للمبادئ العامة للقانون دافع عن وحدة القيمة القانونية لجميع القواعد التي تجدد مصدرها المباشر في أحكام القضاء الإداري، دون تفرقة بين المبادئ العامة للقانون وبين غيرها من القواعد المنشأة الأخرى.

بإيجاز، تركز فكرة الاستاذ تشابوس "في أنه ليس للقاضي الإداري التدخل في تحديد القيمة القانونية للقواعد القضائية بوجه عام، على نحو يعطي المبادئ العامة للقانون قيمة قانونية أعلى من قيمة غيرها من القواعد الانشائية الأخرى، وذلك لأن قيمة القواعد التي مصدرها القضاء الإداري تنتج من المستوى الذي يحتله هذا القضاء في تدرج السلطات التي لها حق وضع القواعد القانونية، ونظراً لأن مجلس الدولة في تحليل يحتل مكاناً وسطاً بين السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية في أقوى مظاهرها، لأنه يراقب اللوائح ولكنه يخضع للقانون.

وبالتالي فإن القواعد الناتجة عن إنشاء القاضي الإداري ومن بينها المبادئ العامة للقانون، لها نفس القيمة المستمدة من مرتبة القاضي الإداري، قيمة أدنى من القانون وأعلى من التنظيم.

(١) د، مجدي دسوقي، المبادئ القضائية مصدر ذاتي للمشروعية، مرجع سبق ذكره، ص ١٢
(٢) voir R. Chapus, Droit administratif general, op. cit, p 75
٧٤

ويستغرق الاستاذ تشابوس" في رأيه إزاء الاحكام التي تفرق بين المبادئ العامة للقانون، وبين غيرها من القواعد المنشأة الاخرى من حيث القوة القانونية، والتي تفرض احترام المبادئ العامة للقانون على السلطة التنظيمية دون القواعد المنشأة الأخرى، فيقول أن هذا الفارق لا يترجم اختلافاً في القيمة القانونية، بل اختلافاً في مدى إلزامية القاعدة المنشأة للسلطة التنظيمية، فالقاضي الإداري إذا كان لا يستطيع أن يميز في القيمة القانونية بين هذين النوعين من القواعد الانشائية، إلا أنه يستطيع أن يعطي لكل منها نظاماً مختلفاً من حيث مدى القوة الإلزامية، ومن ثم تكون المبادئ العامة قواعد عامة آمرة بالنسبة للسلطة اللائحية، على خلاف القواعد القضائية المنشأة الاخرى التي هي مجرد قواعد مكملية يجوز للإدارة استبعادها للائحة مخالفة لها، وهذا أمر غير مقبول لان الاحكام القضائية المنشأة حسب الاستاذ تشابوس" لها قيمة أدنى من القانون وأعلى من التنظيم، وقد شاطر الاستاذ تشارلز ديباش هذا الموقف بحيث يقول " إن هذه المبادئ يجب أن تحترم من طرف السلطة التنفيذية في كل حالاتها، سواء تعلق الامر بالسلطة التنظيمية المستقلة، أو بمجرد تنفيذ القوانين"^(١).

لكن هناك جانب ثاني من الفقه يصر على التفرقة بين المبادئ العامة للقانون، وغيرها من القواعد المنشأة، وعلى رأس هؤلاء الفقهاء برايبانت ، الذي يقول أنه ليس من الممكن إضفاء تلك القيمة الدستورية على جميع المبادئ العامة للقانون، ومن ثم لا بد من عمل تفرقة وتمييز، فمن ناحية أولى هناك المبادئ العامة بالمعنى الكامل، وهي مزودة بقيمة دستورية، ومن ناحية أخرى هناك المبادئ الثانوية التي يضعها القاضي الإداري لتكملة نقص التشريع واللوائح التي لها قيمة تشريعية أو لائحية حسب الاحوال أو الموضوعات^(٢) عموماً يمكن التفرقة بين المبادئ

(1) Charle Debbasch, Frédéric Colin, Droit administratif, 7 éme edition, Montcrestien, France, 1995, p 103.

(٢) نقلا عن د. محمد رفعت عبد الوهاب، المبادئ العامة للقانون، مصدر للمشروعية للقانون الإداري مرجع سبق ذكره، ص ١٣٦

العامة للقانون والقواعد الانشائية من خلال تطبيق معيارين أحدهما شكلي والثاني موضوعي، فالمعيار مضيقاً تطبيقاً للقاعدة العامة في التفسير القائلة بأن الاستثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع في تفسيره، ومن ثم يصل القاضي إلى الإبقاء على المبدأ العام خارج نطاق الحالة أو الحالات التي يواجهها النص صراحة.

طبق مجلس الدولة الفرنسي هذه الأسلوب على تشريعات حكومة 'فيشي' أثناء الحرب العالمية الثانية والتي تميزت بمخالفاتها الصريحة لكثير من المبادئ العامة، وقد وصل مجلس الدولة الفرنسي أحياناً إلى حد إهدار نص القانون المخالف للمبدأ العام وذلك بصدد مبادئ اعتبرها جوهرية إلى أبعد حد وعلى وجه الإطلاق، ومن ثم رغم صراحة القانون المخالف لها، فقد عمل مجلس الدولة على استخدام أسلوب جريء في التفسير بهدف إعلاء المبدأ العام وإهدار القانون المخالف له^(١).

إن هذا الموقف لمجلس الدولة هو منطقي إلى أبعد حد، خصوصاً أن المبادئ التي تتعلق بالحريات هي الدعائم الأساسية التي يستند إليها النظام القانوني في المجتمع ويسبغ عليها مكانة أسمى من التشريع.

وتعتبر هذه المبادئ ذات قيمة دستورية وللقاضي تغليب تلك المبادئ على التشريع، ولا غرابة في هذا المسلك القضائي الذي يعلي قاعدة غير مكتوبة على التشريع، فيخضع بذلك العمل التشريعي للمبدأ العام إذا يجب ألا يكون المقصود بالقانون ما يصدر عن السلطة التشريعية والسلطة التأسيسية فقط، وإنما يجب أن يتسع ليشمل كل ما يفرضه النظام القانوني وتستلزمه أسسه كذلك، فالسلطة التشريعية والتأسيسية نابتان من المجتمع ومرتبطان به، لذلك لا يجوز

(١) د. محمد رفعت عبد الوهاب، المبادئ العامة للقانون كمصدر للمشروعية في القانون الإداري، مرجع سبق ذكره ،

لهما الخروج فيما تضعانه من قواعد، على القيم والعقائد التي يعتنقها المجتمع حتى لا تنفصل القواعد عن أساسها وتتجرد من قيمتها^(١).

ثانياً_ مصدر القوة الإلزامية للمبادئ العامة للقانون ومرتبها :

إن المبادئ العامة للقانون هي جزء لا ينفصل عن مبدأ المشروعية، فهي قواعد قانونية ملزمة للإدارة، شأنها في ذلك شأن باقي القواعد القانونية الأخرى التي يتعين احترامها والعمل في دائرتها، وبالتالي فإن للمبادئ العامة للقانون قوة ملزمة تعادل قوة القانون المكتوب، وهنا يجب معالجة هذا المصدر من خلال نقطتين: مصدر القوة الإلزامية للمبادئ العامة للقانون ومرتبة المبادئ العامة للقانون.

١_ مصدر القوة الإلزامية للمبادئ العامة للقانون :

اختلف الفقه حول هذه المسألة أيما اختلاف، بحيث اتجه البعض من الفقهاء وعلى رأسهم الأستاذ تشابوش^(٢) إلى القول بأنه إذا كان القضاء هو الذي يعمل على استنباط واكتشاف وإعلان إلزامية المبادئ العامة للقانون بحيث يتعين على الإدارة اتباعها، فإن دوره يقتصر على ذلك ولا يتعدى إلى ابتداء وإنشاء ووضع هذه المبادئ العامة من تلقاء نفسه، ومن هنا فإن هذه الأخيرة موجودة في النصوص التشريعية المكتوبة وكل ما يقوم به القضاء هو اكتشافها وإعلان وجودها لا ابتدائها وإنشائها ووضعها من تلقاء نفسه، ومن ثم يمكن القول أن المبادئ العامة للقانون هي في الحقيقة قواعد مستقرة وكائنة في ذهن وضمير الجماعة أو المشرع، ودور القاضي يقتصر على اكتشاف ما هو مستقر وكائن فعال سواء في ضمير الجماعة أو المشرع^(٣).

(١) مجدي الدسوقي، المبادئ القضائية مصدر ذاتي للمشروعية، مرجع سبق ذكره ، ص ٦٤.

(2) René chapus, Droit administratif general, op, cit, p75

(٣) محسن خليل، مبدأ المشروعية وتنظيم القضاء الإداري، جامعة الاسكندرية، ١٩٩٣ ، ص ٧

وهناك رأي آخر للأستاذ تشارلز ديباش^(١) يقول أن المبادئ العامة للقانون تستمد قوتها من إعلان حقوق الإنسان أو مقدمات الدساتير لأنها ترد في مضمونها، إلا أنه لوحظ على هذا الرأي أن أحكام القضاء الإداري تتضمن العديد من المبادئ القانونية العامة التي لا وجود لها في إعلانات حقوق الإنسان ولا في مقدمات الدساتير من أمثلتها: مبدأ مساواة المتفعين أمام المرافق العامة، ضرورة سير المرافق العامة بانتظام واطراد^(٢).

لا تقدم الآراء السابقة أساساً متيناً لمصدر القوة الإلزامية للمبادئ العامة للقانون، وقد اتجهت هذه الآراء إلى حد إنكار الدور الكبير الذي قام القاضي الإداري في إنشاء هذه المبادئ بأساليب مختلفة تؤكد وتكشف عن الدور الإيجابي الخلاق الذي يقوم به القضاء الإداري في هذا المجال، كما أن هذه المبادئ تعتبر قواعد مباشرة خلقها القاضي الإداري لتؤدي وظائف أساسية في حماية الحقوق والحريات خاصة عندما يصطدم القاضي الإداري بقوانين تصدر في حالات الإزمات والتي تتسم بعدم الاستقرار السياسي والتشريعي، وهدفها أصلاً هو تحقيق أكبر فاعلية ممكنة لرقابة قرارات ونشاط السلطة التنفيذية، وبالتالي فإن الآراء السابقة تجاهلت هذا الدور الإيجابي الذي يقوم به القضاء الإداري.

تبلور المبادئ العامة للقانون الأفكار والاسس والقواعد التي تمثل مقومات المجتمع الفكرية والفلسفية في شتى المجالات السياسية والثقافية والاجتماعية والاقتصادية، فهي تعبر عن التصور العام للحياة في مجتمع معين والتي تؤدي إلى استنباط مجموعة القواعد القانونية التي تنظم سلوك الأشخاص في هذا المجتمع، وهي في الاصل مصدر مادي أو موضوعي للقانون فهي تختلف عن مصادر القانون الاخرى في أنها تسبق خلق القاعدة القانونية الوضعية التي تعبر عن إرادة

(1) Charle Debbasch, Frédéric Colin , op,cit, p 103.

(٢) د.حسين عثمان محمد عثمان، أصول القانون الإداري، مرجع سبق ذكره ، ص ٤٥.

المشرع، إذ تمهد لهذه الإرادة الطريق الذي تعبر به عن نفسها، فمنها يستوحي المشرع القواعد والأحكام التي تتضمنها التشريعات التي يصدرها وفيها يجد القاضي الحل العادل للنزاع إذا لم يعثر على قاعدة في التشريع يمكن تطبيقها على النزاع.

تنبع قوة إلزام المبادئ العامة للقانون أساساً من مصدرها الرسمي، والذي هو القضاء الإداري، ومصدرها الموضوعي الذي يمثل أفكاراً سامية تبلور الأسس والقواعد التي تمثل مقومات المجتمع الفكرية والفلسفية في شتى المجالات السياسية والثقافية والاجتماعية والاقتصادية.

٢_ مرتبة المبادئ العامة للقانون :

إن كل دراسة لمصادر القانون بصفة عامة، لا تخلو من مشكلة تحديد مرتبة المبادئ العامة للقانون في هرم القوانين، ذلك أن كل التحليلات المتعلقة بمصادر القانون تنظر إلى هذه المصادر من زاوية مؤسساتية وضعية، كما أن جل هذه الدراسات ترتبط أساساً بالمصادر الشكلية للقانون والتي تعترف باستخدام معايير عضوية سواء كانت مصادر قانونية شكلية أو مصادر مادية، وتعرف القيمة لهذه المصادر عن طريق مرتبتها في هرم تدرج القوانين وارتباطها بالشرعية، كما أن هذا التدرج مرتبط بفكرة أن كل قاعدة قانونية يجب أن توافق قاعدة قانونية أعلى منها وتعلو قاعدة قانونية أدنى منها^(١).

امتد الاختلاف حول مصدر إلزامية المبادئ العامة للقانون إلى تحديد مرتبة هذه المبادئ بين قواعد الشرعية الأخرى، فمن المتعذر أن يتم تحديد مطلق لمرتبة القواعد الناتجة عن الدور الإنشائي للقاضي الإداري في تدرج القواعد القانونية وهذا استناداً إلى أن القاضي الإداري ليس عضواً في السلطة المخولة بإنشاء القاعدة القانونية.

(1) Mahiou Ahmed, les principes généraux du droit et la constitution, RASJEP, n 03 septembre 1978, p 429

اتجه بعض الفقه في تحديده لمرتبة المبادئ العامة للقانون إلى القول بضرورة التفرقة بين المبادئ حسب المصدر الذي استخلصها القضاء منه، فإذا كانت هذه المبادئ قد استخلصت من القواعد الدستورية فإنها في هذه الحالة تعتبر في مرتبة النصوص الدستورية ولا يجوز للمشرع أن يخالفها استناداً إلى أنها تحمل قوة المصدر الذي جاءت منه، أما إذا كانت هذه المبادئ قد استخلصت من مجموعة التشريعات، فإنها تكون من نفس قوتها ويكون من حق المشرع تعديلها والغائها مثل ما يفعل بالنسبة للقوانين^(١).

و في هذا الشأن يميز البعض بين المبادئ العامة ذات القيمة الدستورية والمبادئ العامة ذات القيمة القانونية، حيث يقول أنه يجب التساؤل عما إذا كان أحد هذه المبادئ العامة يتمتع أم لا بقيمة دستورية، والا فإن القاضي يستطيع دائماً أن يعتبر أن للمبدأ قيمة تشريعية كافية لإلزام الإدارة على احترامه وتسمح للقاضي بالسهر على هذا الاحترام^(٢).

وعند جانب آخر من الفقه إن التفرقة السابقة مرفوضة، ففي كل الأحوال لا يصح أن تتجاوز المبادئ العامة للقانون قوة التشريع، لأن هذا الأخير هو وسيلة التعبير الأولى عن القاعدة القانونية، ومن ثم ليس من المستساغ أن تعلق مبادئ قانونية أعلنها القضاء في أحكامه، فهذا الأخير وإن كان بإمكانه أن يكمل النقص والقصور في التشريع، إلا أنه ليس من حقه، مع وجود التشريع الصريح والواضح، أن يقر بخلافه، فالقاضي لا يمكنه الخروج عن حدود اختصاصه بأن يقرر مبدأً قانونياً يعارض تشريعاً قائماً.

واستطراداً للرأي السابق، فإن المبادئ العامة للقانون يستنبطها القضاء من مجموع النصوص التشريعية ومن روحها، وبالتالي فإنها وإن كانت ملزمة للإدارة أسوة بالتشريع، إلا أنها تحتل مكانة أدنى منه، فالقاضي واضح المبادئ العامة، ملزم في ذات الوقت بتطبيق تلك النصوص،

(١) د. حسين عثمان محمد عثمان، أصول القانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٤.

(٢) د. محيو أحمد، محاضرات في المؤسسات الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٥٠.

ومن ثم فلا يستطيع الخروج عليها، فإذا كانت هذه المبادئ لا تملك مخالفة التشريعات في حين أن التشريعات تملك ذلك فتكون النتيجة الحتمية هي وضع المبادئ العامة للقانون في مرتبة أدنى من القوانين، وأعلى من التنظيم^(١).

يعاب على هذا الرأي اعتماده المطلق على المعيار الشكلي في تدرج القواعد القانونية، والذي يعتمد على السلطة المصدرة للقاعدة لبيان مرتبتها، ولا شك أن هذا المعيار ليس بالمعيار الوحيد في هذا الصدد وإنما يعمل معه المعيار الموضوعي، وهذا ما لا يجب إغفاله، فمن الممكن ترتيب القواعد القانونية موضوعاً، هذا من جانب، ومن جانب آخر فإنه حتى باعتماد المعيار الشكلي فإن القضاء هو إحدى سلطات الدولة، وعلى القاضي مهما كان إيجاد حل لما يعرض عليه من نزاعات حتى في غياب النص والا اعتبر ذلك إنكاراً للعدالة وبالتالي فإن القاضي حتى ولو كان يمثل السلطة القضائية في الأصل، فإنه من الممكن أن يضع قاعدة قانونية في غياب النصوص تفادياً لإنكار العدالة.

الفرع الثاني

إسهام القضاء الإداري السوري في تبني المبادئ العامة للقانون.

لم يجد القاضي الإداري السوري أي تردد في الاستناد على المبادئ العامة للقانون، خاصة في حالة غياب النصوص التي تعالج صراحة مواضيع النزاعات المطروحة عليه، كما أن القاضي الإداري لم يعلنها بوصفها قواعد مكتوبة بل على العكس أعلن أنها واجبة التطبيق حتى بدون وجود أي نص صريح، وسيتم التطرق إلى أهم المبادئ العامة الواردة عن القاضي الإداري السوري.

(١) د. مجدي دسوقي محمود، المبادئ القضائية مصدر ذاتي للمشروعية، مرجع سبق ذكره، ص ٤.

من خلال ملاحظة مجمل المبادئ العامة للقانون التي استندت عليها الأحكام القضائية المنشأة من قبل القاضي الإداري في سورية، تم تقسيم هذا الفرع إلى نقطتين، تتضمن الأولى المبادئ العامة للقانون المستوحاة من أحكام القانون المدني، وتتضمن الثانية المبادئ العامة للقانون المستوحاة من أحكام القانون الإداري.

أولاً_ المبادئ العامة للقانون المستوحاة من أحكام القانون المدني:

نظراً لطبيعة ارتباط الأحكام المنشأة من القاضي الإداري في النظام القضائي السوري بمبادئ القانون المدني، فإن المبادئ العامة للقانون التي انبثقت من الدور الانشائي للقاضي مستوحاة في جزء كبير منها من قواعد القانون المدني.

١ _ طبيعة ارتباط الأحكام القضائية المنشأة الإداري بمبادئ القانون المدني :

إذا كان القانون الإداري له ذاتيته الخاصة المستقلة عن القانون المدني، إلا أن القواعد الإدارية ليست في استقلالها عن هذا الأخير في مرتبة واحدة بل بدرجات، فبعض قواعد القانون الإداري لا مقابل لها في القانون المدني، وفي مقدمتها القواعد التي تنبع من سلطة إصدار الأوامر والنواهي الملزمة للأفراد وذلك بالإرادة المنفردة، كسلطة إصدار القرارات الفردية والتنظيمية، ونزع الملكية من أجل المنفعة العامة، والتنفيذ الجبري، وفرض الرسوم..... إلخ، وفي هذا النطاق يظهر استقلال القانون الإداري استقلالاً كاملاً بعدة نظريات ومبادئ، فالسلطة الإدارية وحدها تملك بإرادتها المنفردة إصدار قرارات ترتب آثارها تجاه الغير بتحميله التزامات دون حاجة إلى قبوله، ويترتب على ذلك أيضاً وجود منازعات إدارية لا نظير لها في القانون الخاص^(١).

(١) د. محمود عاطف البناء، محمد عاطف البناء، الوسيط في القضاء الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، بدون سنة النشر. ص ٥٨.

وفي نفس السياق، فإن استقلال القانون الإداري عن القانون المدني، يكمن في أن الأول - لارتباطه بالمصلحة العامة - يتضمن قواعد أمرة، في حين أن الآخر - لارتباطه بالمصلحة الخاصة - يكرس مبدأ سلطان الإرادة، وبالتالي فإن قواعد القانون المدني تهدف أساساً إلى تنظيم علاقات فردية خاصة مبنية على أساس تكافؤ الأطراف والمساواة بينهم ، مما يجعل لمشيئتهم واتفاقهم الاثر الفاصل في ترتيب المراكز القانونية وتعديلها، فقواعد القانون المدني عموماً - إلا ما تعلق منها بالنظام العام - غير أمرة ويجوز الاتفاق على مخالفتها، في حين أن قواعد القانون الإداري تهدف أساساً إلى تنظيم مراكز عامة لا تعادل في المصلحة بين أطرافها كنتيجة لعدم توازي المصلحة العامة مع المصلحة الخاصة، ومن ثم يتميز القانون الإداري عن القانون المدني في ذلك.

و ما يؤكد حقيقة استقلال القانون الإداري عن القانون المدني، هو اختلاف طبيعة دور القاضي في كل منهما، ففي حين أن القاضي الإداري يلعب دوراً منشئاً لقواعد القانون الإداري، يقتصر دور القاضي المدني على تفسير قواعد وأحكام القانون الخاص وتطبيقها.

ولا يقتصر دور القاضي الإداري في إنشاء أحكام القانون الإداري على حالة عدم وجود نص تشريعي يبين الحل الواجب، وإنما يضطر في كثير من الأحيان إلى خلق الحلول الحاسمة للنزاع، حتى مع وجود النصوص القانونية، فقد تكون تلك النصوص عامة تحتاج إلى تفصيل، أو غامضة يعوزها الإيضاح، وهنا يتصدى القاضي الإداري لهذه النصوص، ليس بالتفسير الحرفي

أو الضيق لها، وإنما بالتفسير الواسع لمضمونها، متمتعاً بقسط واسع من الحرية في بيان مقاصدها، وتحديد مدى انطباقها على القضية المماثلة^(١).

حيث يحتفظ القاضي الإداري إذا لم يجد نصاً في القانون الإداري يحكم النزاع المعروض عليه بحريته واستقلاله في استنباط الأحكام الملائمة، دون أن يكون ملزماً بتطبيق نصوص القانون المدني كما هي، وإذا ما طبق بعض القواعد المدنية، فلأنه وجدها ملائمة للروابط الإدارية وباعتبارها من المبادئ القانونية العامة التي تطبق في كافة المنازعات، سواء كانت خاصة أو إدارية، ولذا فإن القاضي الإداري لا يكون في حاجة إلى الإشارة إلى النص المدني حينما يطبق حكمه على المنازعات الإدارية، ما دامت القاعدة لا تستمد قوتها الملزمة أمامه من النصوص الواردة في القانون المدني، وإنما تستمد هذه القوة من إقرار القضاء الإداري لها^(٢).

يتبين من خلال ملاحظة الأحكام القضائية الإدارية ارتباط القاضي الإداري في سورية بمبادئ القانون المدني، وهذا الأمر راجع إلى حداثة القانون الإداري الأمر الذي لا يستطيع معه القاضي أن يعتمد على نصوص هي في الأصل قليلة تارةً و غير موجودة تارةً أخرى فيلجأ القاضي الإداري إلى القانون المدني معتمداً عليه كمصدر مادي وليس كمصدر قانوني .

وبالرجوع إلى محتوى الأحكام المنشأة من القاضي الإداري، نجد أن جانباً كبيراً من هذه الأحكام يعتمد مباشرةً على مبادئ القانون المدني مثل مبدأ التقادم المكسب والتقادم المسقط، ومبدأ استقرار المعاملات، ومبدأ حسن النية، وهذا أمر مقبول، لأن القاضي الإداري بصدد فصله في المنازعات الإدارية، إن لم يجد نصاً صريحاً ينطبق على النزاع الذي هو بصدد الفصل

(١) د. محمد عبد الحميد أبو زيد، القانون الإداري، مطبعة العشري، مصر، ٢٠٠٠، ص ٤١.

(٢) د. محمود عاطف البناء، الوسيط في القضاء الإداري مرجع سبق ذكره، ص ٥٩.

فيه، يمكن أن يستند إلى مبادئ القانون المدني إذا وجدها تتلاءم مع الأهداف الإدارية وتنسجم مع مقتضيات المصلحة العامة.

٢_ أهم المبادئ العامة للقانون المستوحاة من أحكام القانون المدني :

أ_ **التقادم**: يعتبر التقادم من المبادئ الأساسية في القانون المدني، وهو مضي مدة معينة من الزمن تؤدي إما إلى سقوط الحق أو كسبه، وإذا كانت الحقوق الشخصية أو الالتزامات لا يمكن أن تكون إلا محلاً للتقادم المسقط، فإن الحقوق العينية كما يجوز سقوطها عن طريق التقادم، فإنه يجوز إكسابها بالتقادم المكسب، وعلى حين أن التقادم المسقط يفترض وضعاً سلبياً وهو عدم مطالبة الدائن بحقه أو عدم استعمال الحق، فإن التقادم المكسب يستلزم وضعاً إيجابياً هو الحياة^(١).

إن مبدأ التقادم المكسب أو المسقط هو مبدأ أساسي في القانون المدني، لكن القضاء الإداري لجأ إليه وطبقه في الكثير من الحالات أو الوضعيات القانونية التي استطلت مدتها، ولم تجد لها نصوصاً خاصة تعالجها سواء بالنسبة للإدارة أو للأشخاص.

_ التقادم المكسب في الأحكام القضائية المنشأة من قبل القاضي الإداري :

استعان القاضي الإداري بمبدأ التقادم المكسب من أجل حماية أوضاع قانونية استقرت منذ مدة طويلة، ونتجت عن سوء تطبيق الإدارة للقانون، أو تحصنت نظراً لاستطالة مدتها، وتجاوز الإدارة لكل الآجال الممنوحة لها من أجل تصحيحها.

(١) التقادم المسقط أو المبرئ هو انقضاء الالتزام، وقد حدده القانون المدني بمضي مدة زمنية معينة أقصاها ١٥ سنة حسب الحالة، وقد نظم القانون المدني في المواد من ٣٧٢ إلى ٣٨٥، ويجب على صاحب المصلحة أن يتمسك به، ولا يجوز للقاضي أن يقضي به من تلقاء نفسه، فهو ليس من النظام العام.

أما التقادم المكسب فهو سبب من أسباب كسب الملكية والحقوق العينية الأصلية، وهو قائم على الحيزة الممتدة فترة من الزمن يحددها القانون، والحقوق الجائز كسبها بالتقادم هي الحقوق العينية دون الحقوق الشخصية التي لا تقبل الحيزة، والحقوق العينية الأصلية جميعاً يجوز كسبها بالتقادم سواء كانت ملكية أو حقوقاً منقوعة عن الملكية كالانتفاع والارتفاق وحق الإستعمال، كما يرد التقادم المكسب على جميع الأشياء المادية سواء أكانت عقاراً أو منقولاً.

وحيث انه من المعلوم وفقاً للمبادئ العامة المستقرة في مجال القانون الإداري أن الأعمال الإدارية التي تكرر وضعاً قانونياً معيناً، وترتب آثاراً أو مراكز قانونية خلال مدة زمنية معتبرة تتحصّن باستتالة المدة للمحافظة على استقرار الأوضاع القائمة التي رتبها القرار الإداري أو العمل الإداري المنشئ للأوضاع القانونية الجديدة فنجد أن المحكمة الإدارية العليا في اجتهاداتها تسقط ما ترتب للدولة تجاه الافراد بمرور التقادم الطويل " تتقادم المبالغ المدفوعة خطأ للموظف بشكل تعويض لجان بعد خمسة عشر عاماً اعتباراً من تاريخ تكليف الدوائر المالية بالتحصيل"^(١).

ف نجد أن القاضي الإداري اعتمد على مبدأ التقادم المكسب من أجل حماية وضعية قانونية ناتجة عن اعطاء غير مستحق لموظف من مال عام ، بأن انقضاء المدة المحددة دون تحصيل المال العام من الدوائر المالية يمنح الموظف حقاً مكتسباً وتبرأ ذمته تجاه الدولة حتى ولو كان التعويض غير مستحق له وكان عليه ردّه، وذلك حفاظاً على استقرار الأوضاع القائمة التي رتبها له القانون واكدها القضاء الإداري .

و "لكن التقادم المسقط هو الغالب في مجال القانون الإداري، على خلاف التقادم المكسب الذي لا يمكن تصوره إلا في أضيق الحدود"^(٢).

ـ التقادم المسقط في الاحكام القضائية المنشأة من قبل القاضي الإداري :

اعتمدت الاحكام القضائية المنشأة من قبل القاضي الإداري على التقادم المسقط، خاصة في حالات مطالبة الإدارة بإتمام التزاماتها، من خلال مطالبتها بإتمام إجراءات إدارية بعد مرور مدة زمنية طويلة دون سعي المطالبين باستكمالها الاجراءات القانونية وهذا ما يؤدي إلى تقادم التزامات الإدارة ومن امثلة لجوء القاضي الإداري الى اعمال هذا المبدأ قضية ضد الهيئة العامة

(١) الحكم ١٦ ف.ط في الطعن ٨٠ لسنة ١٩٦٨ الهيئة من المستشارين السادة: قولي والخاني والحلي.

(٢) نقلا عن د . مهدي نوح يتحدث عن التقادم في القانون الإداري ٢٠١٨/٣/٢٧ [http://arab-](http://arab-ency.com.sy/law/detail/164787)

[ency.com.sy/law/detail/164787](http://arab-ency.com.sy/law/detail/164787)

للبحوث الزراعية حيث تلخص وقائعها بأنه تم نقل المدعية من الجهة المدعى عليها الى الهيئة العامة للبحوث العلمية عند احداثها و قد تم توصيف الجهة المدعية مساعد باحث بقرار وزير الزراعة وهذا مخالف لأحكام المادة / ١٠ / من القانون / ٤٢ / لعام ٢٠٠١ بحسبان أنه مضى للمدعية بالعمل لدى الجهة المدعى عليها أكثر من خمس سنوات مما يتعين توصيفها كمساعد باحث أول وبالتالي منحها تعويض التفرغ بنسبة ١٥٥ % من الراتب الشهري المقطوع ومنحها فروقات تعويض التفرغ وفقاً لتعديل التوصيف وبشكل دوري وبحسبان أن مدة إقامة دعوى الإلغاء ستون يوماً الأمر الذي يجعل من دعوى الجهة المدعية حرية بعدم القبول لهذه الناحية لإقامتها بعد الميعاد القانوني لدعوى الإلغاء وبما يترتب على ذلك من مطالبة بفروقات التعويض.

كما أن مطالبة المدعية بتعويض التفرغ قد سقط بالتقادم لأنه يعتبر من الحقوق الدورية لمروور خمس سنوات عملاً بأحكام المادة / ٣٧٧ / من القانون المدني فقد أسست المحكمة الإدارية بدمشق حكمها في كلا الطلبين على مبدأ التقادم المسقط في عدم قبول دعوى الجهة المدعية لجهة إلزام الإدارة المدعى عليها بتعديل توصيفها من مرتبة مساعد باحث إلى مرتبة مساعد باحث أول لإقامتها بعد الميعاد القانوني لدى الإلغاء وبما يترتب على ذلك من مطالبة بفروقات التعويض و عدم قبول دعوى الجهة المدعية المتضمنة المطالبة بتعويض التفرغ لسقوط المطالبة بالتقادم^(١).

ب _ مبدأ عدم رجعية القوانين:

يقتضي احتمال تنازع القوانين، وجود قوانين متعاقبة زمنياً ومعالجة لنفس المسألة، بحيث يلغى بعضها البعض، أي أن القانون اللاحق يلغي القانون السابق، ويكون النزاع حينئذ بين بداية سريان القانون الجديد ونهاية سريان القانون القديم.

(١) المحكمة الإدارية بدمشق ، الحكم رقم (٢/٦٩٦) لسنة ٢٠١٥ القضية رقم(٢/٢٠٢٣) ، المجموعة الشاملة.ص٤١٨ .

يقضي هذا المبدأ أن القوانين لا تسري بأثر رجعي، أي أنها تسري على ما يحدث من وقائع بعد تاريخ نفاذها، ولا أثر لها فيما وقع قبل هذا التاريخ، وهذا ما يعبر عنه بمبدأ عدم رجعية القوانين، ويقوم هذا المبدأ على عدة اعتبارات تجعله من أهم المبادئ التي يقوم عليها النظام القانوني.

تستوجب المصلحة العامة الاخذ بمبدأ عدم رجعية القوانين حفاظاً على استقرار المعاملات، فسيان القوانين على الماضي، يؤدي إلى هدم الاستقرار أما على المستوى الفردي، فيعتبر مبدأ عدم الرجعية ضماناً هامة للمحافظة على حقوق الاشخاص التي تم اكتسابها في ظل القوانين المعمول بها، بحيث لا ينبغي أن يؤدي تعديل هذه القواعد أو إلغاؤها إلى المساس بما تم اكتسابه من قبل^(١).

فنجد ان محكمة القضاء الإداري في حلب تقول "إن المبدأ العام في أن أي قانون يحكم الوقائع والمراكز القانونية التي تمت تحت سلطانه أي بالفترة الواقعة ما بين العمل به والغاءه وهو مجال تطبيقه الزمني فيسري القانون الجديد بأثره الحال والمباشر على الوقائع والمراكز القانونية التي تقع أو تتم بعد نفاذه ولا تسري بأثر رجعي على الوقائع والمراكز القانونية السابقة عليه إلا بنص خاص يقرر الأثر الرجعي"^(٢)

ج - مبدأ الحقوق المكتسبة:

تقوم فكرة الحقوق المكتسبة في الغالب على أساس حق سواء كان مصدره مشروعاً أو غير مشروع عند نشأته، ولكنه يتحول إلى حق مشروع بفعل عامل الزمن في الغالب تطبيقاً لمبدأ قانوني كلي هو مبدأ استقرار المعاملات وأمن المجتمع.

(١) د. محمد حسن قاسم، المدخل لدراسة القانون، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٧، ص ٣٥٤.

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري بحلب، القرار رقم ١٨/ لعام ٢٠١٥ القضية رقم ٥٠/ لسنة ٢٠١٥ المجموعة الشاملة، ص ٢٨٦.

ولنشوء الحق المكتسب عدة طرق، فقد ينشأ من واقعة مادية تتضمن معنى التعدي كوضع اليد على ملك الغير واكتساب ملكيته بمرور الزمن أي بالتقادم، وقد ينشأ الحق المكتسب بسبب تغير التشريع أو تعديله كأن يوجد الحق في ظل قانون يعترف به ويحميه، ثم يصدر قانون آخر لا يعترف بهذا الحق وينتزع منه الحماية، إلا ان الحق القديم باقٍ ولا يمسه التغير.

إن الهدف من الاعتراف بالحق المكتسب هو الحفاظ على أمن واستقرار المعاملات التي يمكن أن يتسبب المساس بها في أزمة اجتماعية.

ورغم أن هذا المبدأ هو مبدأ أصيل من مبادئ القانون المدني، إلا أن القاضي الإداري اعتمد عليه، ووجد فيه الحل المناسب خاصةً مع غياب النصوص القانونية، حيث أسس العديد من أحكامه عليه في حالات مختلفة، ولكن ما يثير الانتباه أن هذا المبدأ استعمل أساساً لمواجهة تعسف الإدارة في حق الأشخاص عند محاولتها لتدارك أخطائها بعد اكتساب الأشخاص لحقوق جراء أعمالها حتى ولو كانت غير مشروعة.

وقد عمل القاضي الإداري على تكيف هذا المبدأ مع طبيعة نشاط الإدارة، وهذا في إطار القرارات الإدارية خصوصاً، فإذا كان المخاطب بالقرار لا يستطيع الطعن فيه إلا خلال مدة محددة والا سقط حقه في الطعن، وبالمقابل فإن الإدارة لا تستطيع أن تلغي قراراتها غير المشروعة التي تولدت عنها حقوق مكتسبة للآخرين إلا خلال المدة المحددة للدعوى القضائية، لأنه بفوات المدة ليس للقاضي الإداري أن يلغي قراراً إدارياً ولو كان غير مشروعاً ومن باب أولى أن لا يكون للإدارة ما ليس للقضاء، ذلك أن قراراتها تكتسي حصانة بفوات مدة رفع الدعوى حتى ولو كانت غير مشروعة نظراً لترتيبها لحقوق مكتسبة لدى الأفراد.

يأخذ هذا المبدأ أهميته في نطاق إمكانية إلغاء الإدارة لقراراتها الإدارية بالنسبة للمستقبل، وعلى ضوء ذلك فإن مبدأ عدم جواز المساس بالحقوق المكتسبة المتولدة عن القرارات الفردية، قد أنشأه القاضي الإداري من طبيعة نظام القرار الإداري الفردي، فالقرار الفردي على خلاف

القرار التنظيمي هو بطبيعته أداة لإسناد مركز أو حق ذاتي للأفراد، وذلك على عكس القرار التنظيمي الذي هو بطبيعته ينشئ أو يغير مراكز قانونية عامة ولا يولد بذاته حقاً مكتسباً وإنما يلزم لذلك إصدار قرارات فردية تطبيقاً للقرارات التنظيمية^(١).

وإذا كان يجوز إلغاء القرارات التنظيمية بالنسبة للمستقبل كقاعدة عامة وبدون قيود زمنية، إلا أن القرار الفردي لا يجوز للسلطة الإدارية إلغاؤه إلا إذا كان غير مشروعاً، وحتى في حالة عدم مشروعية القرار لا يجوز هذه الإلغاء إلا أثناء أجل رفع الدعوى الإدارية، أما إذا كان القرار الفردي مشروعاً فلا يجوز إلغاؤه بالنسبة للمستقبل طالما أن هذا القرار قد أنشأ حقاً مكتسباً للمخاطبين به.

اعتمد القاضي الإداري السوري على هذا المبدأ، وارتكز عليه مثلاً في قضية (س . م) ومن حيث إن وقائع الدعوى تتحصل أن وكيل المدعي تقدم بهذه الدعوى أمام محكمة القضاء الإداري بتاريخ ٢٤/٨/٢٠١٠ شارحاً فيها بالقول بأن البلدية قامت بعام ١٩٧٧ ببيع مساحة (١٥٨/٢م) من العقار رقم (٧٢٥٠) من منطقة طوق البلدية للمدعي وقام المدعي بتسديد ثمنها كاملاً واستلم العقار وقام بتصويته منذ عام ١٩٧٧ وحتى تاريخه وهو ما يزال تحت حيازته وبعد ذلك فوجئ المدعي بأن البلدية بعام ٢٠٠٥ قامت بوهب كامل العقار رقم (٧٢٥٠) للجمعية الخيرية..... من ضمنها المساحة المباعة للمدعي وذلك خلافاً للقانون فأقام المدعي دعوى أمام محكمة البداية الثانية في اللاذقية بطلب فسخ تسجيل وتثبيت بيع فكان رد مجلس مدينة اللاذقية على هذه الدعوى أنه تم اتخاذ القرار رقم (٢٠) تاريخ ٢٦/٥/٢٠١٠ م والمتضمن طي القرار رقم (١٤) لعام ١٩٧٧ وقد اعترض المدعي على القرار المذكور بعد أن علم به إلا أن الإدارة المدعى عليها لم تجب المدعي على اعتراضه مما كانت معه دعواه والتي يطلب فيها وكيل المدعي وقف تنفيذ وإلغاء القرار المشكو منه رقم (٢٠) تاريخ

(1) Voir également, Carlo Sentulli, les droits acquis, RFDA, n° 1/2001, p 87

٢٦/٥/٢٠١٠ وذلك لمخالفته القانون والأصول ، وقد قررت محكمة القضاء الإداري تأسيساً على مبدأ حماية الحقوق المكتسبة التي نالها المدعي بموجب القرار رقم (١٤) لعام ١٩٧٧ فيكون إصدار الإدارة للقرار رقم (٢٠) تاريخ ٢٦/٥/٢٠١٠ م مجافياً للمنطق القانوني ولمبدأ استقرار المعاملات ويغدو الإلغاء حقا عليه بكل ما يترتب عليه من آثار^(١).

عـ مبدأ قوة الشيء المقضي به :

اعتمد القاضي الإداري كثيراً على هذا المبدأ، وهو ما يعبر عنه بوجوب احترام الاحكام وما لها من قيمة قطعية فيما فصلت فيه، إلا أن قوة الشيء أو الامر المقضي به أبعد أثراً من مجرد حجّة الاحكام، لأنها تفترض وجود حكم قضائي نهائي لا يقبل الطعن بأي طريق من طرق الطعن العادية، إما لاستنفاده طرق الطعن، وإما لفوات ميعاده وإما لأن الحكم القضائي صادر من هيئة قضائية لا تقبل أحكامها الطعن، ومهما يكن فإن مبدأ قوة الشيء المقضي به يشترط أن يكون الحكم القضائي نهائياً^(٢).

من خلال ملاحظة الاحكام القضائية المنشأة في هذا المجال، نجد أن القضاء رتب على هذا المبدأ نتيجتين أو بالأحرى التزامين على عاتق الإدارة فمن ناحية أولى تلتزم الإدارة بألا تصدر قراراً مخالفاً لمضمون الحكم القضائي النهائي، بل على العكس يجب أن تصدر كل قرار ضروري لتنفيذ منطوق الحكم فيما يتعلق بها، والا كان قرارها المخالف غير مشروع، ومن ناحية ثانية تلتزم الإدارة بمساعدة المحكوم لهم بتنفيذ الاحكام القضائية الصادرة لمصلحتهم، وعموماً فقد تم اللجوء إلى هذا المبدأ لمنع

(١) محكمة القضاء الإداري بدمشق ، القضية رقم ٩٤٤(٢) لعام ٢٠١٣، القضية رقم (٢/٢٠٠٥) لعام ٢٠١٣، المجموعة الشاملة ص ٢٠٢.

(2) voir également, Denys de Bechelon, l'identification de la chose jugée dans la jurisprudence du conseil d'Etat, RDP, 1994, p 1793.

تعسف الإدارة وكذلك إجبارها على احترام السلطة القضائية فيما تصدره من احكام
قضائية حائزة لقوة الشيء المقضي به.

ثانياً_ المبادئ العامة للقانون المستوحاة من أحكام القانون الإداري :

١_ مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية :

يعني هذا المبدأ أنه لا يمكن لأي قرار إداري أن يطبق بأثر رجعي، وبالتالي لا يمكن أن يكون
له آثار على الفترة التي تسبق نفاذه، وينطبق هذا المبدأ على القرارات الفردية والتنظيمية، وهذا
المبدأ هو مبدأ مشتق من مبدأ عدم رجعية القوانين.

ومن الامثلة التي انشأ عليها القاضي الإداري السوري احكامه على مبدأ عدم رجعية القرارات
الإدارية ان المدعي هو من العاملين لدى الإدارة المدعى عليها وقد تم توقيفه عن طريق الخطأ
لدى أحد الأجهزة المختصة واخلي سبيله مما أدى إلى تغييه عن العمل لمدة تزيد عن / 15 /
يوماً وقام المدعي بتقديم جميع الأوراق المطلوبة منه والتي تثبت عدم وجود أي جرم منسوب
إليه وجاء قرار رئيس مجلس الوزراء بإعادة المدعي الى عمله الاصلي بنفس الوظيفة والفئة ولكن
الإدارة لم تصرف له رواتبه عن فترة الانقطاع، كونها اصدرت قرارا باعتباره بحكم وقد أهمل
الطعن بالقرار خلال الميعاد القانوني بحيث اكتسب معه القرار المذكور الحصانة القانونية بفوات
ميعاد الطعن فيه وأصبح المركز القانوني للمدعي محدداً على أساس القرار كعامل منتهية خدمته
بالاستقالة الحكيمة .

و قد تم إعادته إلى عمله على أساس جواز إعادة العامل المعتبر بحكم المستقيل إلى الخدمة
وليس على أساس إلغاء القرار الصادر باعتباره بحكم المستقيل مما يعني خدمة جديدة له غير
متصلة بخدمته السابقة طالما أ نه ليس هناك في القانون من نص يلزم الإدارة بإعادة العامل

المعتبر بحكم المستقيل؛ فإن قرار الإعادة يسري من تاريخ نفاذه وأن الفترة الفاصلة بين
الخدمتين كان فيها المدعي بحكم المستقيل ولا يستحق بالتالي أية حقوق عنها^(١).

٢ _ مبدأ استمرارية المرفق العام :

يرتبط هذا المبدأ بضرورة تقديم الإدارة للخدمات مهما كانت الظروف والاسباب، فهذا المبدأ
يهدف إلى حماية ضرورات الحياة الإدارية، وقد اعتمد عليه القاضي الإداري في انشاء قواعد
قانونية في عدة مناسبات فنجد ان محكمة القضاء الإداري اعتمدت على هذا المبدأ في عدم
الغلو في تفسير بند عقدي يؤدي الى ارهاق المتعهد بنفقات باهظة ناجمة عن صعوبات مادية
غير متوقعة اعترضته اثناء تنفيذ العقد^(٢).

من خلال ما تم ذكره في هذا الفقرة ومقارنته بالفقرة السابقة يتبين لنا أن القاضي
الإداري في سورية يميل إلى تبني المبادئ العامة للقانون المستوحاة من أحكام القانون
المدني أكثر من تلك المستوحاة من أحكام القانون الإداري، وذلك لعدة اعتبارات،
فالقاضي الإداري وهو بصدد الفصل في المنازعات المعروضة عليه، غالباً ما يجد نفسه
أمام غياب للنصوص القانونية ، ولذلك فهو يتجه بصفة شبه آلية لأحكام القانون
المدني بحثاً عن سند قانوني يمكنه من تسييب أحكامه.

بعد تحديد ماهية دور القاضي الإداري في انشاء القاعدة القانونية في هذا الفصل من
خلال التعريف بدور القاضي الإداري في انشاء القاعدة القانونية وتحديد دور القاضي
الإداري في انشاء المبادئ العامة للقانون ، يتبين أن هذا الدور متشعب ومتعلق بالقانون
الإداري، لذلك سيتم تحديد تعامل القاضي الإداري مع القانون الإداري في الفصل
الثاني.

(١) حكم المحكمة الإدارية بدمشق، رقم ١/٨١ لسنة ٢٠١٦. القضية رقم (٢/٤٠) لعام ٢٠١٦ المجموعة الشاملة ص ٣٨٥
(٢) محكمة القضاء الإداري بدمشق، حكم رقم (٢/١٠٤١) لسنة ٢٠١٤، القضية رقم (٢/١٠٧٨) المجموعة
الشاملة، ص ١٣٣.

الفصل الثاني

القاضي الإداري وتعامله مع القانون الإداري

إن القاضي الإداري في الغالب الأعم لا يجد إلا مجموعة من النصوص القانونية المتعددة والمتشابكة، والتي يعترها في كثير من الأحيان النقص وعدم الوضوح، وأمام هذه المعضلات المتعددة الاشكال في الصياغة الفنية، والشمول القانوني، إضافة إلى عدم الاتفاق على المبادئ العامة التي يسترشد بها القاضي الإداري في حالة عدم وجود نص يحكم النزاع المعروض عليه، أو في حالة وجود نص ولكن به مشاكل تتعلق بالصياغة اللغوية، أو عموم أو إطلاقه، أو أن النص به إبهام أو غموض ، ولقد حاول مجلس الدولة الفرنسي أن يجد حلاً لهذه المشاكل وأن يجيب عنها بقوله: "إن من المعروف أن مجلس الدولة على خلاف محكمة النقض ليس معتاداً أن يفصل في أحكامه كل الحثيات القانونية التي يسبب بها أحكامه ، ولكن هذه الأحكام وبالرغم من عدم وجود نصوص تعتمدها أحياناً كأساس تقوم عليه، فإنها وبالرغم من ذلك تجد أساسها في المبادئ العامة التقليدية المكتوبة وغير المكتوبة المتلاحمة في مجال القانون العام والإداري^(١).

وفي نفس السياق أكد رئيس مجلس الدولة الفرنسي " Bauffandeau " في كلمته في احتفالية مرور مائة وخمسون عاماً على تأسيس مجلس الدولة الفرنسي بقوله : "يجب أن أشير كذلك إلى التطبيقات الحديثة لقضاء مجلس الدولة لنظرية جريئة بالنسبة لنظام قانوني مكتوب كنظامنا ، تلك هي المبادئ العامة للقانون، فهناك مجموعة من القواعد القانونية غير المكتوبة، ولها قيمة تشريعية، تمكن القضاء الإداري من التحقق من وجودها، مما أدى إلى أن يتحقق

(1) V. La Ferrière : Traité de la juridiction administrative, 2eme édition, Berger-Levrault, Paris. 1896, p98 .

بذلك منفذ إنشائي للقضاء، وذلك على أساس من مقتضيات العليا للعدالة لضمان صيانة الحقوق الفردية للمواطنين^(١).

كما أن مبدأ المشروعية يمثل أهم الضمانات الصريحة والواضحة للأفراد في مواجهة المخاطر التي تربص بحقوقهم وحررياتهم، ولقيام هذا المبدأ لا بد من وجود وسائل تكفل احترام الإدارة له، وأهم وسيلة لتحقيق ذلك وجود الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، فهي الضامن الحقيقي والفعال لإعلاء سيادة مبدأ المشروعية في الواقع العملي^(٢)، فالهدف إذن من رقابة القضاء على أعمال الإدارة، هو الحد من تعسف هذه الأخيرة في استعمال سلطاتها والامتيازات التي أقرها القانون لها.

وللقضاء الإداري السوري ومجلس الدولة الفتي نسبياً، دور في إثراء القانون الإداري في سورية، وإن كان دوره لا يقارن بالقضاء الإداري المقارن وخاصة في فرنسا، إلا أنه له مساهمات بتطبيقاته القضائية في تكوين هذه المنظومة لا يمكن إنكاره.

وفي هذا الفصل الثاني سوف نتناول بالدراسة مبحثين اثنين هما:

المبحث الأول: دور القاضي الإداري بين القانون الإداري والسلطة التقديرية للإدارة.

المبحث الثاني: القضاء الإداري والرقابة على السلطة التقديرية للإدارة.

(١) Maxime Letourneur, les principes généraux du droit dans la jurisprudence du conseil d'état, Imprimerie nationale, Paris, 1951, p 19

(٢) د. خالد سيد محمد حماد، حدود الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠١٣، القاهرة، ص ١٠.

المبحث الأول

دور القاضي الإداري بين القانون والسلطة التقديرية للإدارة

تذهب القاعدة العامة إلى أن القاضي في أي منازعة عليه أن يلتزم بالفصل فيها، ولتحقيق ذلك الهدف يجب عليه أولاً وبصفة ملزمة أن يبحث عن الحل في المادة والنص القانوني الذي يحكم النزاع المعروض عليه، فإن لم يجد توجه نحو المصادر الاحتياطية، وبالترتيب الذي يفرضه المشرع، ولا يمكن الاحتجاج بعدم وجود نص قانوني، فعليه أن يجتهد ويبدع في إيجاد حكم وحل للنزاع المعروض عليه وإذا كان الكلام السابق يلزم القاضي بصفة عامة سواء العادي أو الإداري، إلا أن القاضي الإداري وضعه أكثر تعقيداً من وضع القاضي العادي، وذلك بسبب أن القانون الإداري حديث النشأة مقارنة بالقانون المدني، كما أن التنظيم والنشاط الإداري والمنازعة الإدارية، كلها أمور سريعة التطور وغير ثابتة، الأمر الذي يجعل المشرع غير قادر على مواكبة هذا التطور، مما ينعكس على القاضي الإداري الذي يجد نفسه أمام منازعات كثيرة ولا قانون إداري بمعنى الكلمة يحكمها، الأمر الذي يضطره إلى ابتكار وإيجاد حل قانوني يطبقه على النزاع المعروض عليه^(١)، فحل النزاع من طرف القاضي الإداري يتم من خلال تطبيقه للقاعدة القانونية الملائمة للمنازعة المعروضة عليه، وفي هذا الإطار نجد أن سلطته تدرج حسب طبيعة القاعدة القانونية الواجبة التطبيق، إذ تأخذ هذه السلطة ثلاث أشكال، فمرحلة تكون فيه هذه السلطة مقيدة، وهي في الحالات المتعلقة بتطبيق قاعدة قانونية واضحة لا لبس فيها، وفي مرحلة ثانية يخفف المشرع من شدة التقييد على سلطة القاضي الناظر في موضوع المنازعة، ويكون ذلك في الحالة التي تكون فيها القاعدة القانونية الواجبة التطبيق غير واضحة ومبهمة، مما يتعين على القاضي العمل على تفسيرها قبل تطبيقها، ثم مرحلة أخيرة

(١) د. محمد شافعي أبوراس، القضاء الإداري، مطبوعات مكتبة النصر، مصر، ١٩٨١، ص ٢٠.

تصبح فيها سلطة القاضي الإداري واسعة وغير مقيدة، فيترك فيها المشرع للقاضي حرية اختيار القاعدة القانونية الواجبة التطبيق من مجموعة من المصادر المكتوبة وغير المكتوبة، بل قد ينشئ ويبتكر قاعدة ومبدأ يطبقه على النزاع المعروض عليه، ليكون بعد ذلك نظرية لها أصولها وقواعدها ويتبناها المشرع غالباً في كثير من قواعده التشريعية.

كما أن الإدارة تمارس أعمالها الإدارية القانونية، وخصوصاً القرارات الإدارية بصفة دائمة، بسبب أنها في علاقة مستمرة مع الأفراد، ونتيجة لطبيعة هذه العلاقة ودور الإدارة وما تتمتع به من سلطات وامتيازات، لا يمكن للمشرع أن يقيّد اختصاصاتها، إلا أن ذلك لا يجعلها تخرج عن رقابة القاضي الإداري سواء بالإلغاء أو التعويض، كما كانت عليه في الرقابة التقليدية سابقاً، وذلك لتطور القضاء الإداري المقارن في هذه المسائل، وإثبات فعاليته من خلال ممارسة سلطته القضائية في الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة بنظريات وطرق حديثة، على أساس مختلف مصادر القانون والمبادئ العامة للقانون وسلطة القاضي الإداري في الانشاء، أي المفهوم الواسع والعام للتشريع، بعدما كان يمتنع عن رقابتها مستنداً على المفهوم الضيق والمحدود للتشريع، معتمداً على النصوص التشريعية والتنظيمية^(١).

وبناء على ما سبق ذهب في تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين اثنين هما:

المطلب الأول: دور القاضي وتعامله مع النص لخلق الحل القانوني.

المطلب الثاني: سلطة القاضي في حال غياب النص لخلق الحل القانوني.

المطلب الأول

دور القاضي وتعامله مع النص لخلق الحل القانوني

قد يعتقد البعض أن القاضي الإداري لا يتدخل لإنشاء قاعدة قانونية إلا عند عدم وجود نص قانوني يطبقه على المنازعة المعروضة عليه، غير أن هذا الاعتقاد ينقصه شيء من الدقة، نظرا لتحلي وظهور الدور الإيجابي للقاضي الإداري حتى في حالة وجود النص.

كما أن سلطة القاضي ودوره في إنشاء المادة الموضوعية يختلف تبعا للقاعدة التي يتدخل لإنشائها، فالنص إذا كان موجودا فإنه يتعين تطبيقه على كل حالة ينطبق عليها من حيث لفظه وفحواه ونصت على ذلك المادة الأولى من القانون المدني ، ونستخلص روح النص وفحواه بالرجوع إلى مصادره التاريخية، وأعماله التحضيرية، ومستلزماته اللغوية، والكشف عن حقيقة المفهوم ودلالته، فإذا كان النص واضحا جليا ولا يحتمل أي تأويل فيكون القاضي ملزماً بتطبيقه على النزاع المعروض عليه، وقد يكون هذا النص واضحا ولكن يحتمل أكثر من وجه ومعنى وهنا تكون الحاجة ملحة لتدخل القاضي للترجيح وبيان المعنى المقصود، وإذا كان هذا النص الموجود غامضا ومبهما فهنا تكون الحاجة أكثر إلحاحاً لتدخل القاضي لإزالة هذا الغموض والابهام وتبيين المراد عن طريق التفسير.

ولقد تعددت اتجاهات علماء القانون في تفسير النصوص، فمنهم من يرى أن التفسير مقصور على بيان وتوضيح معنى النص الغامض والمبهم فقط، وبالتالي فلا مجال لتفسير النص الواضح، ومنهم من يجعل التفسير يشمل كل النصوص؛ سواء المبهمة منها أو الواضحة، وهناك من يتوسع في مجال التفسير ليلحق بما سبق، التوفيق بين النصوص المتعارضة، وإكمال النقص في التشريع^(١) إن وجد^(١) ومن أمثلة التعريفات للتفسير بمفهومه الضيق والذي جعله يتعلق بإزالة

(١) محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون المدني والشرعية الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ١ ، ١٩٧٩ ، ص ٢٦

الغموض، وتوضيح معنى النصوص، أن التفسير هو : "الوقوف على معنى القاعدة القانونية وتحديد نطاقها حتى يمكننا تطبيق حكمها على ما يعرض من حالات خاصة"^(١)، ومنها أيضاً أنه: "إزالة الغموض الذي يتضمنه النص وتوضيحه"^(٢)، فقصر التفسير على النص الغامض واعتبر النص الواضح لا مجال لتفسيره، ومنها أيضاً أنه: "التعرف من ألفاظ النص وفحواه على حقيقة الحكم الذي تتضمنه القاعدة القانونية، بحيث تتضح منه حدود الحالة الواقعية التي وضعت القاعدة من أجلها"^(٣)، أي جعل التفسير وسيلة لاستنباط واستخراج الحكم من النص، سواء كان ذلك من خلال ألفاظه أو فحواه، ولكن فيما يبدو لي أن عملية التفسير تسبق معرفة الحكم، إذ أن معرفة الحكم الذي يتضمنه النص لا يكون إلا بعد تفسيره.

ومن أمثلة التعريفات للتفسير بمفهومه الواسع، والذي جعله يتعلق بتوضيح معاني الألفاظ وتبيين ما أبهم منها وغمض، وإصلاح العيوب في النص إن وجدت، وإزالة التعارض بين النصوص المتعارضة، كما يشمل إكمال النقص الذي قد يقع في التشريع، فجاءت أحد التعريفات بما يلي: "التفسير هو توضيح ما أبهم من ألفاظ التشريع، وتكميل ما اقتضب من نصوصه، وتخرج ما نقص من أحكامه، والتوفيق بين أجزائه المتناقضة"^(٤)، فنجد أن هذا التعريف قد وسع من دائرة التفسير التي وردت في الاتجاه السابق الضيق والتي جعلت التفسير يتناول النص الواضح والنص الغامض، ولكنه أضاف أموراً أخرى، تمثلت في إكمال النقص في

(١) رمضان محمد أبو السعود، مبادئ القانون و المدخل إلى العلوم القانونية والالتزامات، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٥، ص ١١٣

(٢) د. مهذب نجا، المدخل إلى علم القانون، دار الشمال للطباعة، لبنان، ط١، ١٩٩٠، ص ١٥٣ .

(٣) د. عبد المنعم فرج، أصول القانون، بدون دار النشر والطبعة، مصر، ص ٣٧٣

(٤) أمجد محمد الشريف، نظرية تفسير النصوص المدنية، دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقهاء الإسلامي مطبعة وزارة الأوقاف، بغداد، ١٩٨١، ص ١٢، منقولاً عن السنهاوري، أصول القانون، ص ١٦٣ و ٢٣.

التشريع، والتوفيق بين النصوص المتعارضة، ومن تعريفاته أيضاً أنه: "بيان معنى النص الغامض، سواء كان هذا الغموض سببه نقص في التشريع، أو عدم تناسب الألفاظ أو غرابتها، أو كان عن تناقض عقلي ناتج عن طابع أسلوب اللغة المستخدم، أو ناتج عن أخطاء مطبعية"^(١)، ومنها أيضاً بأنه: "بيان المقصود بالنصوص التشريعية، واستخلاص الحكم القانوني منها، بتوضيح ما غمض من نصوص التشريع، وبالتوفيق بين النصوص المتعارضة، وبتكميل ما نقص من أحكامه"^(٢).

وعرف التفسير القضائي أيضاً بأنه: "عملية عقلية منظمة ومحكومة بقواعد وأساليب منهجية وعملية تضطلع بها سلطة قضائية مختصة، وطبقاً لشروط وشكليات وإجراءات قضائية مقرر قانوناً، بهدف تفسير تصرف قانوني معين أو قاعدة أو قواعد قانونية محددة، وذلك بواسطة اكتشاف واستنباط المعنى أو المضمون الحقيقي والصحيح للتصرف القانوني أو للقاعدة القانونية محل عملية التفسير، والحكم بذلك في حكم قضائي حائز لقوة الشيء المقضي به، وترتيب النتائج والآثار القانونية والقضائية والقانونية اللازمة والمطلوبة"^(٣).

فالتعريفات السابقة بينت أن التفسير لا يقتصر على بيان معنى النص فقط، بل يتعداه إلى أمور أخرى وسعت من مفهوم التفسير لتجعله يشتمل على التوفيق بين النصوص التي يكون ظاهرها متعارض، بتخصيص العام وتقييد المطلق وكذلك تكميل نقص التشريع من خلال الانشاء فيما كان فيه النص ناقصاً، بالإضافة إلى إزالة العيب في التشريع"^(٤).

(١) محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون المدني والشريعة الإسلامية، مرجع سبق ذكره، ص ٢١.

(٢) د. محمد وجيه شحادة، المدخل إلى القانون ونظرية الالتزام، منشورات جامعة حلب، سورية، ١٩٨٠، ص ٩١.

(٣) د. عمار عوايدي، قضاء التفسير في القانون الإداري، دار هومة، الطبعة الثانية، ٢٠٠٤، الجزائر، ص ١٧٣.

(٤) د. عبد المهدي سعيد العجلوني، (قواعد التفسير وتطبيقاتها)، رسالة دكتوراه، الجامعة الأردنية، ٢٠٠٥ ص ٧٥ - ٦٥.

والذي يبدو لي أن إكمال نقص التشريع يخرج عن مفهوم التفسير، ويدخل في نطاق الإنشاء فيما لم يرد فيه نص، فيكون إنشاءً لا تفسيراً، وأيضاً إزالة العيب في التشريع الناتج عن الخطأ في الصياغة أو الخطأ المادي في الطباعة، فهو من مهمة المشرع لا القاضي وقد يكون النص القانوني غير موجود فيلزم على القاضي هنا أن ينشئ لإيجاد حل انطلاقاً من القواعد العامة للقانون فيخلق بذلك قاعدة قانونية يطبقها على النزاع المعروض وإن لم يفعل ذلك اعتبر منكراً للعدالة.

فالهدف من التفسير هو معرفة معنى القاعدة القانونية، وهذا الأمر يستلزم معرفة وتحديد المعنى الذي أراده الشارع من النص، فنية المشرع ومراده هو ما يسعى القاضي أو الفقيه أو رجل القانون للوصول إليه من عملية التفسير^(١)، ولكن الآراء قد اختلفت فيما يجب مراعاته واعتباره عند التفسير والبحث عن قصد المشرع، الأمر الذي أدى إلى اختلاف مدارس ومذاهب تفسير التشريع، فكانت بناء على ذلك ثلاث مدارس أو مذاهب هي: مذهب الالتزام بالنص وتسمى مدرسة الشرح على المتون^(٢)، ثم مذهب التطور التاريخي وتسمى بالمدرسة الاجتماعية^(٣)، ومذهب البحث العلمي الحر ويسمى بالمدرسة العلمية^(٤)، وبين هذه المدارس نقاط اتفاق وأخرى اختلاف حول دور مقصد المشرع ودوره في التفسير.

(١) د. عبد الودود يحيى، دروس في مبادئ القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦، ص ١٧٣

(٢) ظهرت هذه المدرسة في فرنسا عقب صدور تقنيات نابليون عام ١٩٠٨، على يد ديلا لا كروا وبريديون وتوليه، وسادت حتى أواخر القرن التاسع عشر، حيث نظر فقهاء القانون حينها للنصوص التشريعية نظرة تقيس واحترام، أنظر: د. سمير عبد السيد، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، مصر، ص ٧٤٩

(٣) مدرسة التطور التاريخي أو المدرسة الاجتماعية، ظهرت أول ملامحها في القرن الثامن عشر، إلا أن هذا المذهب لم تكتمل معالمه إلا على يد الفقيه الألماني سافيني سنة ١٨١٤، ورأي هذه المدرسة أنه يجب التعامل مع النص القانوني بحيث يلائم الأحداث الجديدة وغير المتوقعة، أنظر: د. مهذب نجا، المدخل إلى علم القانون، مرجع سبق ذكره، ص ١٦١

ف نجد أن مدرسة الالتزام بالنص أو الشرح على المتن، ترى أن القانون هو المعبر عن إرادة المشرع، ومصدره الوحيد هو التشريع، لذلك هم يبحثون في التفسير عن إرادة المشرع عند وضع النص.

ثم المدرسة الاجتماعية، والتي ترى القانون على أنه تعبير عن إرادة الجماعة وضميرها، آخذاً بعين الاعتبار الحقائق الموضوعية المحيطة به، ولذلك هم يبحثون في التفسير عن الأوضاع الاجتماعية، وعن إرادة المشرع المحتملة لو أراد وضع القاعدة القانونية ساعة التطبيق.

وأخيراً المدرسة العلمية أو البحث العلمي الحر، وهي مدرسة تتفق مع مدرسة الشرح على المتن من حيث أن مقصد المشرع نبحت عنه عند وضع النص لا عند تطبيقه، ولكنها تختلف معها في أنها تلجأ عند غياب النص إلى البحث العلمي الحر بحثاً عن الحكم، بخلاف مدرسة الشرح على المتن التي ترى شمولية التشريع وعلينا التزام النص.

والقانون الإداري بطبيعته وخصائصه، تجعله قانوناً شديداً الاتهام والغموض، وقانوناً ناقصاً في قواعده وأحكامه، و مملوءاً بالتغيرات في صياغته وأحكامه، وشديد الحركة والتطور في قواعده، مما يجعل مهمة القاضي الإداري في تفسير وتطبيق قواعد القانون الإداري مهمة صعبة ومعقدة ودقيقة، تحتم منهجية قوية ومرنة وواقعية في التفسير، ليتمكن من استنباط واستخراج القاعدة القانونية وأحكامها^(٢).

(١) ظهرت هذه المدرسة على يد الفقيه الفرنسي فرانسوا جيني عام ١٨٩٩، وهي مدرسة تحترم النص القانوني، ولكن عند البحث عن الإرادة المفترضة للمشرع عند عدم وجود النص تلجأ إلى البحث العلمي الحر، أنظر: د. عبد الودود يحي، دروس في مبادئ القانون، مرجع سبق ذكره، ص ١٧٥.

(٢) أنظر: د. عمار عوابدي، قضاء التفسير في القانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ١٩٨ وما بعدها.

فإذا كان تدخل القاضي في الحالات السابقة واجب تفرضه مبادئ العدالة، وانطلاقاً من المقولة التي تقول: "إن القاضي الاداري قاض منشئ والقاضي المدني قاض مطبق"، فما هو الاسلوب والطريقة التي يتبعها كل منهما لبيان المعنى المقصود أو إزالة هذا الغموض أو إيجاد نص يتوافق والنزاع المعروض بين يديه؟ وهل أن الدور الذي يلعبه القاضي الاداري في الحالات السابقة تلك هو نفسه الدور الذي يلعبه القاضي العادي؟

لذا قسمت هذا المطلب إلى فرعين على النحو التالي:

الفرع الاول: سلطة القاضي ودوره في حالة وضوح النص.

الفرع الثاني: سلطة القاضي ودوره في حالة غموض النص.

الفرع الاول

سلطة القاضي في حال وضوح النص

النص الواضح هو الذي يدل بصيغته على المراد منه، ولا يحتمل تأويلاً، ولا مجالاً لفهم معنى غيره منه، فهو يفيد معنا لا يحتمل غيره^(١) ويسمى النص في هذه الحالة: نص قطعي الدلالة؛ لأن دلالاته على المراد منه مقطوع بها وهنا لا يحتاج القاضي إلى بذل جهد في تعيين المراد منه، فصيغته تدل دلالة واضحة قطعية على المعنى الدال عليه، ومثال ذلك قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ الْإُنثَى﴾^(٢).

فالآية الكريمة دالة دلالة واضحة على أن الابن الذكر يأخذ النصيب الذي تأخذه البنتان ويرد مصطلح النصوص في المواد القانونية وكتب القانون وحتى في أحكام القضاء، ذلك أن القواعد القانونية تأتي على شكل نصوص، وهذه النصوص تكون كقوالب لغوية تقدم وتصاغ فيها القواعد القانونية التي يريد المشرع سنّها، فالقاعدة القانونية هي فكرة منظمة لواقع معين،

(١) أحمد بن محمد بن علي الوزير، المصنف في أصول الفقه، دار الفكر المعاصر، لبنان، ٢٠٠٢، ص ٦٨٩

(٢) الآية ﴿١١﴾ من سورة النساء.

والنص هو اللغة التي نترجم من خلالها الفكرة إلى عالم الوجود القانوني، فاللغة هي أداة التعبير عن الفكرة القانونية كما تكونت لدى المشرع^(١).

ولما كانت النصوص هي الألفاظ المعبرة عن إرادة المشرع، كان لا بد أن تأتي هذه النصوص على نحو من الوضوح والدقة التي تجعلها تعبر عن الإرادة الحقيقية والصريحة للمشرع، كما جاء في نص المادة السادسة والاربعون من القانون المدني السوري على أن: "سن الرشد ثمانية عشرة سنة فالعدد في هذه الحالة مقطوع به وثابت ولا يحتمل زيادة ولا نقصان، والسنة في نص المادة تحسب بالتقويم الميلادي^(٢) ومثل هذه النصوص لا تترك للقاضي مجالاً لأن يمارس أي سلطة في التفسير أو التأويل؛ إذ لا اجتهاد في معرض النص إلا أن النصوص القانونية قد تفاوتت في قوة التعبير ووضوحه، بحسب الصياغة التي صيغت بها هذه النصوص، فقد تكون واضحة، ولكنها ليست كلها على درجة واحدة من الوضوح، مما يستدعي من القاضي أن يتدخل لتبيان المراد المقصود في النص.

فهل أن سلطة ودور القاضي العادي في هذه الحالة يختلف عن سلطة ودور القاضي الإداري؟ ومن أجل توضيح ذلك سوف نتناول هذا الفرع على النحو التالي:

أولاً_ دور القاضي العادي في حالة وضوح النص.

ثانياً_ دور القاضي الإداري في حالة وضوح النص.

أولاً_ دور القاضي العادي في حالة وضوح النص:

إن النص القطعي الدلالة لا يحتمل التأويل وبالتالي فلا وجود لدور انشائي للقاضي فيه، وإنما يتدخل القاضي في حالة ما إذا كان النص واضحاً ولكن مدلوله يحتمل أكثر من معنى،

(١) د. مصطفى العوجي، القاعدة القانونية في القانون المدني، مؤسسة بحسون للنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الثانية، ١٩٩٨، ص ٤٧.

(٢) م ٣ قانون مدني سوري.

فيمكن أن يكون النص واضحاً وصريحاً في معنى، ولكن غير صريح بالنسبة لمعنى آخر، والقاعدة أن النص الواضح لا يمكن الذهاب إلى تأويله، لأن التأويل خلاف الأصل، ولا نعيد عن الأصل إلى خلافه إلا بدليل وهذا الدليل قد يكون نصاً تشريعياً يُفصّل المَحمِل^(١) وقد يكون حكمة التشريع، أو المبادئ العامة للقانون، أو لضرورة رفع التناقض بين النصوص كما أن النص العام^(٢) يبقى على عمومته ولا يخصص إلا بقرينة تدل على هذا التخصيص^(٣) والنص المطلق^(٤) يبقى على إطلاقه ولا يقيد إلا بقرينة تدل على هذا التقييد^(٥).

كما قد يرد النص مجماً ويحتاج لتفصيل من المشرع، كما نصت المادة ١٢٨ من القانون المدني السوري على أنه يجوز إبطال العقد للإكراه، إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق وكانت قائمة على أساس، ثم بين المشرع في الفقرة التي تليها متى تكون الرهبة قائمة على أساس فقال: "تعتبر الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطراً جسيماً محققاً يهدده هو أو غيره، في النفس، أو الجسم، أو الشرف، أو المال .

(١) المَحمِل: هو ما لا يفهم المراد به تفصيلاً لتعدد معانيه، ولذلك لا يعرف إلا ببيان، فله معنى مقصود للمشرع ولكنه خفي. أنظر: أحمد بن محمد بن علي الوزير، المصنف في أصول الفقه، مرجع سابق، ص ٦٥٧ .

(٢) العام: هو الكلام الدال على جميع ما يصلح له على جهة الشمول والخاص بخلافه. أنظر: أحمد بن محمد بن علي الوزير، مرجع سبق ذكره، ص ٤٨٥

(٣) التخصيص: هو قصر العام على بعض أفراد، أو قصر اللفظ على بعض أفراد. أنظر: الحسين بن القاسم بن محمد، آية العقول إلى غاية السؤال في علم الأصول، المطبعة المتوكلية، اليمن، ١٩٨٠، ص ٤٥٢ .

(٤) المطلق: هو اللفظ الدال على فرد أو أفراد شائعة بلا قيد مستقل مثل: اضرب رجلاً أو رجلاً؛ فهو يدل على أفراد بطريقة الشبوع في جنس اللفظ بخلاف العام. أنظر: أحمد بن محمد بن علي الوزير المرجع نفسه، ص ٦٤٤ .

(٥) المقيد: هو اللفظ الدال على فرد أو أفراد شائعة بقيد مستقل، مثل: أعتق رقية مؤمنة، فمؤمنة هنا قيد مستقل، فهو كالخاص بالنسبة للعام، ولكنه يقضي على المطلق نهائياً بخلاف الخاص فإنما يدل على إخراج بعض أفراد العام وباقي العام حجة أنظر: عبد الوهاب خلاف، أصول الفقه، مرجع سبق ذكره، ص ١٤٤

ومثاله أيضاً ما جاء في المادة ٨٣ من القانون المدني السوري والمشرع يتحدث على ما يصلح أن يكون محلاً للحقوق المالية، وهو كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون، كانت العبارة مجملة فصلها وبينها في الفقرة الثانية بقوله: "والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها، هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها. وأما الخارجة بحكم القانون، فهي التي لا يجوز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية.

كذلك النص العام إذا ورد فإنه يدل على جميع ما يصلح له على جهة الشمول، إلا إذا قامت قرينة صرفته عن هذا العموم إلى التخصيص، ومن ذلك ما نصت عليه المادة ١٧٣ من القانون المدني السوري "تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسؤول عنه، وتسقط هذه الدعوى في كل حال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع"، فنلاحظ أن لفظ "سنة" قد جاء عاماً يندرج تحته "السنة الهجرية" و"السنة الميلادية"، ولكن المشرع حل هذا الإشكال فخصص هذا اللفظ "السنة" بنص في المادة الثالثة من القانون المدني بقوله: "تحسب المواعيد بالتقويم الميلادي، ما لم ينص القانون على غير ذلك"، فيكون بذلك قد خصص النص العام.

ولما كان هذا هو عمل المشرع، فإن عمل القاضي لا يقل عنه أهمية إذا يجب عليه أن يبذل نشاطاً ذهنياً في فهم وحل عبارات النص، بالإضافة إلى ما يجب أن يتمتع به من ملكة علمية ومعرفة ودراية باللغة العربية ومفرداتها ودلالاتها ومباحث الألفاظ فيها وأوجه استعمالها وذلك لكي يستطيع أن يضطلع بالمهمة الواقعة على عاتقه والمتمثلة في ألا يقف عند المعنى المتبادر لللفظ، بل يقوم باستخراج المقصود الذي يريده الشارع من عبارات النص وألفاظه.

وتكون خطوات القاضي الأولى بالنظر في النص وتحديد حالته، فإذا تأكد له أن النص نص واضح، تبدأ خطواته الثانية في التمعن في النص وإعمال الفكر فيه لاستخلاص المعنى الذي أرادته المشرع ولكن من صيغة النص ذاتها دون اللجوء لوسائل خارجية، لأن الاستعانة بأدوات خارجية إنما يكون عند غموض النص، أما عندما يكون النص واضحاً في صياغته فإن دور القاضي يكون منحصرًا في تفسيره ضمن حدود صيغة النص ودون الخروج عنه، كأن يكون في صياغة نص لفظ يدل على العدد أو الوزن المحدد فلا يملك القاضي إلا أن يطبقه كما هو، ولا يمكنه أن يعدل عنه بحجة أنه غير عادل مثلاً^(١).

كذلك مسألة البطلان المطلق التي ترد في النصوص القانونية، لا يمكن للقاضي إعمال الاجتهاد فيها، وإنما يتعين عليه الالتزام بنوع البطلان الذي وضعه المشرع، كالحالات المتعلقة بانعدام الأهلية، فإبرام عقد الهبة من طرف الصبي غير المميز يرتب عليه المشرع البطلان المطلق لهذا العقد، على أساس أن العيب الذي شاب العقد كان بليغاً، ويكون قد ما أحد أركان العقد وهو التراضي، فالقاضي في هذه الحالة لا يستطيع أن يقدر مدى مساس العيب بالمصلحة العامة، ليستنتج مثلاً أن الأمر يتعلق بمصالح فردية، فيطبق البطلان النسبي بدلاً من البطلان المطلق فمثل هذا الحل يختلف مع ما جاءت به النصوص القانونية، ويكون دور القاضي هنا التصريح بالبطلان، لأن العقد باطل في أصله، فيكون على القاضي معاناة أسباب البطلان فقط، وتنزع منه كل سلطة تقديرية كتلك التي يتمتع بها عند معانيته لعيوب التراضي، كما أنه ليس له الحق أن يرفض بطلان العقد بحجة أن طالب البطلان لم يصبه ضرر، وليس

(١) أنظر: يحيى رزق الصرمي، (سلطة القاضي في التفسير في القانون المصري واليمني)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، مصر، ١٩٩٥، ص ٦٢.

له الحق في أن يبحث في مدى حسن نية المطلوب ضده البطلان، بل يجب عليه أن يثير هذا البطلان من تلقاء نفسه، والقاضي في كل ما سبق يخضع لرقابة النقض^(١).

إلا أن القاضي قد يترك المعنى المستفاد من عبارة النص ولفظه ويستخلص المعنى من روح النص وذلك بهدف تفسير النصوص تفسيراً يتناسب والغاية والهدف من وضع التشريع، باعتبار أن أي قاعدة قانونية إنما لها هدف محدد تهدف إلى تحقيقه يتمثل في الأساس والحكمة من وجودها؛ وهي الغاية التي وضع النص من أجل تحقيقها، والمقصود بذلك هو تلك المصالح التي أراد المشرع حمايتها، والاعتبارات الاجتماعية والسياسية والاقتصادية والخلقية التي دعت إلى وضع القاعدة القانونية، وهو ما يطلق عليه "بروح التشريع"^(٢).

ومن أمثلة ذلك ما استقر عليه اجتهاد الهيئة العامة لمحكمة النقض على "أن التفات المحكمة عن تعداد أسباب الطعن والرد عليها والاكتفاء بالعبارات المرسلة يعني إهمال الواجب القانوني الذي يفرض عليها أن يكون حكمها معللاً وينبئ عن بذل الجهد المألوف في تطبيق حكم القانون وفي الاطلاع واستخلاص النتائج التي تتفق مع روح العدالة"^(٣).

بل حتى في القانون الجزائي والذي من أهم قواعده تضيق التفسير وعدم القياس في النصوص الجزائية، أن القضاء في فرنسا رفض اعتبار تناول الوجبات الغذائية أو المشروبات مع عدم القدرة على دفع ثمنها سرقة، لعدم توفر عنصر الخلسة، ولم يعتبرها نصب لعدم وجود طرق احتيالية في الفعل، وكذا لم يعتبرها خيانة أمانة لعدم وجود اتفاق يدرج ضمن العقود التي

(١) <http://arab-ency.com.sy/detail/647> الموسوعة العربية نورس بيطار يتحدث عن البطلان ٢٠١٩/٢/١٥ الساعة ١٢.٢٠

(٢) انظر: أ. عثمانية خميسي، (التفسير في المادة الجزائية وأثره على حركة التشريع)، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خضر، بسكرة، العدد السابع، ٢٠٠٥، ص ٦٤.

(٣) هيئة عامة قرار ٤٩ أساس ٢٠٤ تاريخ ٢٠٠٢/٢/١٨ - مجموعة الألوسي لاجتهادات الهيئة العامة - الجزء الرابع - صفحة ١١٢ - قاعدة ٤٠.

يحددها القانون، وانطلاقاً من ذلك كان القضاء الفرنسي يبرئ الشخص الذي يتناول وجبة في مطعم مع عدم القدرة على دفع ثمنها على أساس أن النصوص الجزائية الموجودة لا تحتل هذا المفهوم، الأمر الذي أدى لتفطن المشرع فتدخل بإصدار قانون في لتجريم هذا السلوك^(١).

وفي حالة أخرى قرر القضاء الفرنسي عند تفسيره للنص المتعلق بجريمة النصب والاحتيال على أن النص لم يحتوي على موضوع تقديم خدمة ولذلك قرر القضاء الجزائي الفرنسي تبرئة الشخص الذي يتحصل بطرق احتيالية على خدمة، حتى تفطن المشرع بعد ذلك وعدل نص المادة 313 الفقرة الأولى من قانون العقوبات الفرنسي، بإضافة فقرة خاصة بهذا الفعل والمتمثل في القيام بالنصب للحصول على خدمة^(٢).

وإلى ذلك أيضاً ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أن: "تفسير النصوص المتعلقة بالإعفاء تكون على سبيل الحصر، لا يصح التوسع في تفسيرها بالقياس، ولا أيضاً أسباب الإباحة التي ترجع كلها إلى مبدأ جامع هو ممارسة الحق أو القيام بالواجب، وبناء على ذلك لا يجوز للقاضي أن يعفي من العقوبة إلا إذا انطبقت شروط الإعفاء في النص التشريعي على الواقعة المجرمة انطباقاً تاماً سواء من ناحية ظروفها أو الحكمة التي ابتغاها المشرع من تقريره للإعفاء"^(٣).

وإذا كان القياس^(٤) وهو إلحاق الفرع بمعلوم (وهو الأصل) في الحكم أي -حكم الأصل- إثباتاً أو نفيّاً للاشتراك في العلة أي أن الفرع شارك الأصل في علته فألحقناه به في الحكم^(١)؛

(١) J.O.R.F, 26/07/1873, N 173, P 8867.

(٢) Jean Pradel, Droit pénal général, Cujas Paris, 12eme édition, 1999, p184.

(٣) نقض جنائي، - ١٩٦٩ / ١١ / ١٧، مجموعة أحكام النقض، رقم ٢٦٥، ص ١٣٠٧

(٤) القياس لغة: مصدر قاس؛ بمعنى قدر، وتقول العرب قست الشيء بالشيء: قدرته على مثاله، وهو يتعدى بالباء، قست الثوب بالزراع، كما أطلق القياس على المساواة؛ لأن تقدير الشيء بما يماثله تسوية بينهما، فيقال: فلان لا يقاس بفلان؛ أي لا يساويه، وبصورة عامة القياس في اللغة هو التقدير والتسوية بين الشئين فأكثر. أنظر: محمد بن بكر الرازي، مختار الصحاح، دار اليمامة، بيروت، ١٩٨٧، ص ٣٥٢، وأبو الفضل ابن منظور، لسان العرب، دار البيروتية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٢، مادة القياس، ص ١٩٥٥ والفيروز آبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، ١٩٩٣، بيروت، مادة قياس، ص ٧٣٣ ..

بمعنى أن القياس وسيلة لإظهار حكم في مسألة سكت عنها القانون قياساً على مسألة ورد فيها نص يحكمها لاشتراكهما في علة واحدة، وعرف أيضاً بأنه: إعطاء حكم حالة منصوص عليها لحالة أخرى غير منصوص عليها لاتحاد العلة في الحالتين^(٢) والقياس جائز في القانون مع تحفظ في القانون الجزائي، من ذلك مثلاً في القانون المدني مد نصوص الضمان في البيع إلى كافة عقود المعاوضات الأخرى، ولا شك في أهمية الدور الذي يقوم به القياس في هذا المجال من حيث توسيع مجال القانون وإقامة نظريات جديدة تتفق مع ما يقع من تطور في المجتمع.

وقد اختلف الفقه حول الدور الذي يلعبه القياس في القانون المدني، فكان هنالك ثلاثة آراء بهذا الصدد على النحو الآتي:

- القياس وسيلة من وسائل التفسير؛ إذ أن المشرع عندما يقوم بصياغة قاعدة قانونية بناء على سبب قانوني - حكمة التشريع -، فإنما يقصد أن يرتب ويعتمد جميع النتائج المرتكزة على هذا السبب ذاته في حالات أخرى غير الحالة المنصوص عليها؛ لأن نية المشرع لا يمكن حصرها وتحديدها بالمعنى الحرفي للنصوص، وإعمال القياس هو تفسير لإرادة المشرع المفترضة، ويسلم معظم فقهاء مدرسة الشرح على المتون في فرنسا بهذا الرأي^(٣) وبه قال أيضاً جانب من من الفقه المصري^(٤)؛ بأن القياس ليس مصدراً للتشريع كما هو الحال في الشريعة الإسلامية،

(١) أحمد بن محمد بن علي الوزير، المصنف في أصول الفقه، مرجع سابق، ص ٣٤٠
(٢) د. خالد رشيد الجميلي، المدخل في دراسة الشريعة الإسلامية ولقانون، دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٨٩، ص ١٤١

(٣) أ. س. ف. كاناريز، (سد الفراغ في القانون وموقف النظام القانوني الألماني منه)، ترجمة د. عبد الرسول، مجلة القضاء العراقية، العدد الأول، ١٩٧٣، ص ٨٢

(٤) د. مصطفى منصور، مبادئ القانون، طبعة دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٣، ص ٣٠٣

بل هو وسيلة من وسائل الاستنتاج، وسار على هذا الفقه العراقي^(١)، معتبراً أن القياس يعد من طرق التفسير الداخلية للتشريع.

— القياس مصدر رسمي للقانون إلى جانب المصادر الأخرى؛ كالعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية^(٢).

- القياس ليس مصدراً تفسيرياً ولا رسمياً للقانون، بل هو في موضع وسط بينهما، فالقياس يعمل على تجاوز المعنى الحرفي للنصوص إلى استنباط الإرادة المفترضة للمشرع لذا فإنه يعتبر وسيلة انشائية، أي وسيلة من وسائل ما يسميه الفقيه الفرنسي فرانسوا جيني "البحث العلمي الحر" والتي تؤدي إلى سد النقص في التشريع وتكملته لا تفسيراً^(٣)، وقد نسب الاستاذ جيني إلى الفقيه الألماني ويند شايد الرأي القائل: أن القياس يقف في الوسط بين التفسير المجرد وبين خلق القانون، وإن له طبيعة مزدوجة لسببين؛ أولهما: أنه يعتمد على القانون المكتوب فهو أساسه الجوهرية، ثانيهما: أن القياس المنبثق عن الروح العامة للنظام القانوني يرتفع من دون شك فوق مستوى النصوص، أي أن القياس يدخل في نطاق عملية سد الفراغ في القانون، لأنه ينطوي على تجاوز المعنى الحرفي للنص، في القانون في اللحظة التي يضطر فيها القاضي وهو يبحث عن العدالة والحق، إلى الركون بعيداً عن المعنى الحرفي للنص القانوني^(٤) وإلى هذا

(١) د. عبد الباقر البكري وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون، دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل، دون تاريخ طبعة، ص ١٢٦

(٢) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج ١، المدخل للعلوم القانونية، الطبعة السادسة، مطبعة السلام، مصر، ١٩٨٩، ص ٣٧٢ وما بعدها.

(٣) انظر: د. عصمت بكر، أصول تفسير القانون، بدون دار نشر، مصر، الطبعة الثانية، ٢٠٠٩، ص ١٤٣.

(٤) د. محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، مطبعة وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، بغداد، ١٩٨٤، ص ٣١٢، نقلاً عن:

François Génv, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, librairie général - de droit et de jurisprudence, 1919, p 212

ذهب جانب من الفقه المصري^(١) ، إذ يرى القياس بأنه وسيلة من وسائل سد النقص في التشريع.

ورأي المتواضع بمسألة القياس؛ أنه ليس وسيلة من وسائل سد النقص في التشريع، و لا يستطيع القاضي أن يعتمد عليه في الحالات التي ينعدم فيها النص، كما أعتقد بأن ما يقال من ضرورة التفسير في حالة عدم وجود نص، يعتبر خلط بين التفسير وبين الاعتماد على المصادر الأخرى للقانون، فمجال التفسير هو النص، أما غياب النص فهو سبب للاعتماد على المصادر الأخرى التي نصت عليها معظم التشريعات المدنية المقارنة ، والتي تنص على المصادر التي ينبغي للقاضي أن يستمد منها الحل عند عدم وجود النص، و هو ملزم بإتباع هذا الطريق ولا يستطيع مخالفته، فإذا افتقد القاضي في سوية الحل في التشريع والشرعة الإسلامية والعرف عليه أن يعتمد على قواعد العدالة والقانون الطبيعي للفصل في المنازعة المعروضة عليه، ولا يجوز له أن يمتنع عن إصدار الحكم بحجة عدم وجود نص في القانون وإلا عد القاضي منكراً للعدالة وللقياس صور تتمثل في التالي:

قياس عادي: وفيه تتحد علة الحكم في الحالتين إثباتاً أو نفيّاً، كحالة وجود واقعة لم ينص القانون عليها، ولكن هنالك نص واضح على واقعة مشابهة لها، ولاتحاد الواقعتين في العلة؛ فإنه يتم تطبيق حكم الواقعة المنصوص عليها في القانون على الواقعة التي لم ينص عليها لاشتراكهما في العلة، ومثال ذلك من الشريعة الإسلامية حرمان قاتل مورثه من الميراث لان الشارع جعل العلة في حرمان القاتل من ميراث مورثه الذي قتله هي القتل نفسه، أي عامله بنقيض قصده؛ فهو قتل مورثه ليتمكن من الاستيلاء على ما ترك، فقيس على ذلك الموصى

(١) أنظر: د. محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون المدني والشرعة الإسلامية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٥٩

له الذي يقتل الموصي للحصول على الحق الثابت في الوصية، فهو أيضاً يحرم من الوصية، لأن العلة واحدة وقد نص المشرع السوري في قانون الأحوال الشخصية على حرمانه صراحة فعامله على نقيض قصده^(١)، وكذلك ما جاء عن ابن عباس رضي الله عنهما؛ أن امرأة أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: إن أُمي ماتت وعليها صوم شهر فقال: "أرأيت لو كان عليها دين أكنت تقضينه؟"، قالت: نعم، قال: "فدين الله أحق بالقضاء"^(٢)، ووجه الاستدلال هنا: أن النبي صلى الله عليه وسلم استعمل القياس، فألحق دين الله بدين الأدمي في وجوب القضاء^(٣).

كما نجد أيضاً أن القانون التجاري المصري القديم^(٤) ينص على أن التأمين البحري يعتبر عملاً تجارياً، ولكن لم ينص على التأمين البري لأنه لم يكن معروفاً عند وضع التقنين التجاري، إلا أن الفقه والقضاء في مصر اعتبر التأمين البري عملاً تجارياً قياساً على التأمين البحري.

قياس من باب أولى: وفيه تكون العلة في الحالة التي لم ينص عليها أوضح منها في الحالة التي نص عليها فتأخذ حكمها من باب أولى، ومثال ذلك قوله تعالى ﴿وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحساناً﴾ أما يبلغنك عنك الكبر أحدهما أو كلاهما فلا تقل لهما أف ولا تنهرهما وقل لهما قولاً كريماً ﴿٥﴾.

فالآية الكريمة تدل على عدم جواز التأفف من الوالدين قولاً وفعلاً، ويقاس عليه أن عدم احترامهما من باب أولى محرم وغير جائز.

(١) م ٢٢٣ ق أحوال شخصية ٥٩ لعام ١٩٥٣ .

(٢) أخرجه مسلم، كتاب: الصيام، باب: قضاء الصيام عن الميت، ص ١١٤٨

(٣) إيمان محمود عبيد، (شروط القياس دراسة تطبيقية على النوازل المعاصرة)، رسالة دكتوراه، جامعة لاهاي، هولندا، ٢٠١٤، ص ٦٠

(٤) الفقرة الثالثة عشر من المادة الثانية من قانون التجارة الصادر بالأمر العالي في ١٣ من نوفمبر سنة ١٨٨٣، ولكنها عدلت بعد ذلك في قوانين لاحقة، وصرحت هذه القوانين باعتبار كل التأمينات باختلاف أنواعها أعمالاً تجارية.

(٥) سورة الإسراء، الآية ﴿٢٣﴾

ومن أمثلته في التشريع السوري ما جاء في المادة ٣٤٥ من القانون المدني ،على أنه: " إذا أبرم عقد صوري فلدائي المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسني النية، أن يتمسكوا بالعقد الصوري " ،وبما أنه يحق للدائنين والخلف الخاص التمسك بالعقد الصوري، فمن باب أولى يحق لهم التمسك بالعقد المستتر، خاصة وأنه والحالة تلك وضع المدين يكون أقوى^(١).

القياس بمفهوم المخالفة: والمقصود به إعطاء حالة لم ينص عليها القانون، حكماً مخالفاً عكس الحكم المنصوص عليه في حالة أخرى قد نص عليها القانون لاختلاف العلة فيهما. ومن ذلك ما نصت عليه المادة ٤٠٥ من القانون المدني السوري ،إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه، انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن، إلا إذا كان الهلاك بعد إعدار المشتري لتسلم المبيع"، وبمفهوم المخالفة لهذا النص القانوني يكون المعنى؛ أنه في حال إعدار المشتري لتسلم المبيع و هلك المبيع قبل التسليم وبعد الإعدار ينفسخ العقد، وتكون تبعة الهلاك على المشتري.

وأيضاً ما نصت عليه المادة ٩٤ من القانون المدني السوري إذا عين ميعاد للقبول، التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد. ، أي لا يصح العدول عن الإيجاب إذا عين له مدة ويؤخذ من ذلك عن طريق مفهوم المخالفة أنه إذا لم يعين أجل للقبول أمكن العدول عن الإيجاب في أي وقت قبل القبول .

وبناء على ما سبق نجد أن سلطة القاضي العادي وأحياناً الجنائي أمام النص الواضح تتميز بالمرونة فتراه يلجأ إلى التفسير الواسع للنص إلى حد أنه يذهب لاستخلاص المعنى المقصود من روح النص وفحواه، في حين أنه يلجأ أحياناً أخرى إلى التفسير الضيق للنصوص؛ إذا كانت تلك النصوص تمثل استثناء من قاعدة عامة والاستثناء لا

(١) انظر: د. عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية، دار ربحانة للكتاب، الطبعة الثانية، ٢٠٠٠، الجزائر، ص ٢٠٤

يقاس عليه ولا يتوسع في تفسيره، أما سلطة القاضي الإداري حيال النص الواضح فإنها تتميز بما سيقدم في الفرع التالي .

ثانياً_ سلطة القاضي الإداري في حالة وضوح النص :

إن عملية التفسير التي يمارسها القاضي الإداري تمر بعدة مراحل متلاحقة ومتراطة ومتدرجة، يمكن تلخيصها في التالي:

__ مرحلة البحث عن النص القانوني المعني بعملية التفسير، ثم جمع كل متعلقات مصادر النظام القانوني للتصرف القانوني المعني بالتفسير.

__ مرحلة التفسير الحرفي أو اللفظي للنص موضوع عملية التفسير.

- البحث عن إرادة المشرع الحقيقية أو المفترضة المتعلقة بالنص المراد تفسيره.

- مرحلة البحث الحر عن المعنى المراد من النص القانوني الإداري الغامض أو المبهم⁽¹⁾.

فينظر القاضي ويبحث عن النص الواجب التطبيق على النزاع المعروض عليه، فإن كان معناه واضحاً وظاهراً في أحكام وقواعد النصوص القانونية التي تحكم التصرف، حكم به وأعلن حكمه القضائي، وتتوقف عملية التفسير عند هذا الحد، ولكن بالنظر لطبيعة القانون الإداري واستثنائيته نجد أنه قد تستغرق مسيرة عملية التفسير كافة المراحل سالفة الذكر، وقد تتوقف في المرحلة الأولى، أو الثانية، أو الثالثة... وهكذا حتى يتحقق الهدف من العملية التفسيرية ويتضح المعنى الحقيقي للنص.

فأحياناً نجد أن القاضي الإداري تحت ستار التفسير، يلجأ إلى تفسير القاعدة القانونية تفسيراً واسعاً أو تفسيراً ضيقاً لكي يتفق النص التشريعي مع إرادة المشرع الضمنية، أو مع المبادئ العامة للقانون.

(1) V. Luc P. Patras, L'interprétation en droit public interne, Athènes, Theod. & Athan. N. Joan-nides, 1962, p36.

كما يمكنه أيضاً أن يقوم بتفسير القاعدة القانونية تفسيراً محدداً يجعلها تتوافق مع المبادئ القانونية العامة^(١) فنجد أنه عندما يواجه قاعدة قانونية غير محددة أو عامة المعنى فإنه يحدد لها مضمونهاً يجعلها متفقة مع المبادئ القانونية العامة، حارصاً على ألا يخرج المعنى خروجاً صريحاً عن النص أو يتعارض معه، ولكن في أحيان كثيرة ينتهي به المطاف إلى خلق قانون جديد يختلف عن القاعدة الأصلية^(٢).

فيضع حلولاً إن لم نقل إنها مختلفة تماماً عن القاعدة، فهي على أقل تقدير غريبة عنها، وكل ذلك تحت ستار تفسير إرادة المشرع الضمنية.

فالقاضي الإداري وإن كان لا يقدم مبدأ من المبادئ القانونية العامة على نص قانوني واضح وصريح، إلا أنه يعتبر هذه المبادئ قواعد تفسير يجب ألا تخرج عنها القوانين وخاصة الفرعية، كما هو الشأن بالنسبة للقاضي الإداري الفرنسي الذي ذهب تحت ستار التفسير إلى ضرورة احترام حقوق الدفاع، فقد كان الأمر^(٣) الصادر في عام 1943 الخاص بالتطهير الإداري، لا تنص مادته الثانية إلا على عدد قليل من الضمانات للذين يراد فصلهم، فلجأ القاضي الإداري الفرنسي تحت ستار تفسير إرادة المشرع الضمنية إلى أن يكفل لهم ضمانات كافية^(٤). كذلك ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى اعتبار القرارات الصادرة عن لجان التنظيم التي أنشأتها حكومة فيشي، لها طبيعة القرارات الإدارية حتى لا تكون بمنأى عن الطعن^(٥) وبموجب هذا

(١) V. Ripert " les forces créatrices du droit", op.cit., p 13.

(٢) د. عبد الحليم شوقي الخطيب، الدور السياسي للقاضي الإداري في مصر، دراسة مقارنة، أسبوط، ١٩٨٨، ص ٣٢

(٣) Ordonnance du 6 décembre 1943, rétablissement de l'arrondissement administratif et de la sous – préfecture, JORF du 16 décembre 1943, page 333.

(٤) conclusions o dent sur l'arrêt A Ramu, C.E 20, octobre, 1945, S. 1946, 3, 1.

(٥) C.E, 31 Juillet 1942, monpeurt, S. 1942. 3. 37, conclusions S'égalât

القرار اعترف مجلس الدولة بأنه مختص بتقييم مشروعية قرار لجنة تنظيمية أنشئت في أوائل الأربعينيات لتنظيم الإنتاج الصناعي في أوقات الندرة.

وفي نفس السياق -أي البحث عن إرادة المشرع الحقيقية- ذهب القاضي الإداري الفرنسي بشأن تفسير مرسومين ^(١) صدرًا سنة 1927، إلى إنشاء مرافق عامة بلدية، حيث كان القضاء لا يسمح باعتبار بعض الأنشطة التجارية أو الصناعية مرافق عامة، إلا إذا فرضها الصالح العام وذلك اعتماداً على المبدأ العام التقليدي بحرية التجارة والصناعة، وقد كان هذا الاتجاه متوافقاً مع إرادة المشرع واتجاهات الرأي العام، على خلاف القرارين المشار إليهما والذين كانا متعارضين مع مذهب الاقتصاد الحر السائد آنذاك ^(٢).

ومن أجل توسيع نطاق تفسير النصوص ساوى القاضي الإداري الفرنسي بين السلطة المهنية والسلطة العامة بغية إخضاع أعمال السلطة المهنية للرقابة القضائية ^(٣) وبموجب هذا القرار -قرار بوغين- اعتبر مجلس الدولة نفسه مؤهلاً للبت في بعض القرارات الصادرة عن الأوامر المهنية. وعلى نفس النهج الذي اتبعه مجلس الدولة الفرنسي -في تفسير إرادة المشرع الضمنية والعمل على توافق النصوص القانونية مع المبادئ العامة للقانون- سار مجلس الدولة السوري في مجال التأديب، إلى اعتبار مقررات المحاكم التأديبية في تشكيلته المختلطة تكتسي طابعاً قضائياً؛ مما يعني أنها يطعن فيها أمام المحكمة الإدارية العليا ^(٤).

كما أن القاضي الإداري من حيث الأصل لا تمتد رقابته إلى تقدير نسبة درجة العقاب في العقوبة التأديبية، إلا أن القضاء الإداري السوري أجاز التدخل والرقابة، فيذكر في حيثيات

(1) Décret du 28 septembre 1926 portant réglementation du domaine

(2) J.Morange : réflexions sur la protection accordée par le juge administratif à la liberté du commerce et de l'industrie D. 1956, 1, 1, 17

(٣) موقع مجلس الدولة الفرنسي يتحدث عن اختصاص مجلس الدولة فيما يتعلق بالنظم المهنية ٢٠١٨/٨/١٠ الساعة

١٦.٤٥ :https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/les-grandes-decisions-du-conseil-d-etat/conseil-d-etat-2-avril-1943-bouguen

(٤) م ١٦ قانون مجلس الدولة السوري رقم ٣٢ لعام ٢٠١٩.

قضية (و.خ) ضد وزير التربية^(١) : " ومن حيث إن رقابة القضاء الإداري على قرارات السلطة الإدارية لا تقف فقط عند حد التحقق من الوجود المادي للوقائع التي اتخذتها هذه السلطة أساساً لقرارها وصحة التكييف القانوني لهذه الوقائع وعدم مخالفة محل القرار للقواعد القانونية وإنما تتعدى الرقابة إلى حد البحث في أهمية وخطورة السبب وتقدير مدى التناسب بينه وبين الإجراء المتخذ على أساسه أي محل هذا القرار ومضمونه....".

وكان القاضي الإداري المصري أكثر جرأة عندما ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أن رقابة الاطباء من أشخاص القانون العام حتى لا تكون قراراتها التي تصدر في موضوع التأديب وفي مسائل القيد وغيرها خارجة عن طرق الطعن^(٢) ، بل وقبلت الطعن على القرار الصادر برفض نقابة المهندسين طلب قيد أحد أعضائها^(٣).

وبالإضافة إلى ما سبق قد يلجأ القاضي الإداري في فرنسا إلى تطوير مضمون القاعدة القانونية، وذلك تحت ستار التفسير والبحث عن نية المشرع مستهدفاً استمرارية المبادئ العامة فنجد أنه عندما يتعذر نسبة أي خطأ إلى جهة الإدارة، يلجأ إلى أن يؤسس قضاءه على مبدأ الأعباء العامة حتى يحكم بالتعويض، كما أنه أيضاً يقضي بالتعويض على أساس المخاطر^(٤)، فنجد في قضية شركة فلوريت لمنتجات الألبان وتضررها من قانون عام 1934 والمتعلق بحماية منتجات الألبان من أجل الصالح العام، وقد كان مجلس الدولة قبل هذه القضية يقضي بعدم مسؤولية الدولة باعتبارها مشرعاً، ولكنه هنا حلل إرادة المشرع وذهب للأعمال

(١) المحكمة الإدارية بدمشق ، الحكم رقم(١/٨٧٩) لسنة ٢٠١٥ ، القضية رقم (١/١٤٧٦) لسنة ٢٠١٥، المجموعة الشاملة ص ٣٨٢.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٥١٣ ، ١١ / ٦ / ١٩٨٣ ، لسنة ٢٧ ق، نشرة المكتب الفني لسنة ٢٨ ، الدائرة الأولى، ص ١١.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٣٤٢ ، في ٢٦ / ١٢ / ١٩٨١ ، لسنة ٢٣ ق، النشرة للمكتب الفني، لسنة ٢٩ ، الدائرة الرابعة، ص ٣.

(٤) موقع مجلس الدولة الفرنسي يتحدث عن المسؤولية بموجب القانون ٢٠١٩/١١/١١ الساعة ٢٠.٥٠ :

<https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/les-grandes-decisions-du-conseil-d-etat/ce-14-janvier-1938-societe-anonyme-des-produits-laitiers-la-fleurette>

التحضيرية المتعلقة بالقانون سالف الذكر، وانتهى إلى أن المشرع لم يرد أن يتحمل الطاعن العبء الذي أنشأه القانون، كما أن نشاط الشركة ذو طابع غير معاقب عليه أو ضار بالاجتماع، فمنح تعويضاً للشركة مستنداً إلى التوسع الذي أدخل على مبدأ تساوي الجميع أمام الأعباء العامة، إذا كان العبء الواقع بصفة خاصة جسيماً وخاصاً^(١).

وفي سورية لا نجد فيما نشر من احكام عن مجلس الدولة بأن القضاء الإداري قد حكم بالتعويض على اساس نظرية المخاطر الا انه يمكن أن يسند تعويض الدولة للمتضررين من الاعمال الارهابية على اساس هذه النظرية ومساواة الجميع امام الاعباء العامة لعدم وجود خطأ من قبل الدولة ورغم ذلك يتم التعويض للمتضررين .

وفي ذات الاتجاه وتعليقاً لدور المبادئ العامة، ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى الاعتراف بحق الإدارة في استبعاد متقدم للمسابقة لأسباب تتصل بمصالح العمل بالمرفق مسائراً مبدأ حسن انتظام وسير المرافق العامة ، وإن كان في أحكام عديدة تصدى لتحديد ما يمكن اعتباره متفقاً أو غير متفق مع صالح العمل في المرافق، كالشروط الخاصة بجنس المتقدمين^(٢) في قضية الأنسة دل بوبارد وزميلاتها في وزارة الحرب ضد المرسوم الذي يقضي بأحقية الذكور على الوصول إلى المستويات العليا من التسلسل الهرمي للإدارة المركزية لوزارة الحرب.

وإذا وجد القاضي الإداري في فرنسا القاعدة القانونية المطبقة تخالف مبدأً أساسياً، فإنه يلجأ إلى تفسير النص تفسيراً ضيقاً للغاية لدرجة قد تصل إلى تعطيله ، وهذا ما اتبعه القاضي الإداري الفرنسي في قضية دام لاموت^(٣) إذا واجه مجلس الدولة نصاً تشريعياً^(١) يقضي بأن

(1) M. LONG, P.WEIL, G.BRAIBANT, B.GENEVOIS, P.DELVOLVÉ, «Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative, 19 édition, Dalloz, p.314

(٢) موقع خدمة نشر القانون الفرنسي يتحدث عن قضية الأنسة دل بوبارد ٢٠٢٠/٤/٢٤ الساعة ٢٠.٢٠:

[/https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007637156](https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007637156)

(٣) C.E 17 février 1950 R.D.P 1951 P. 478, Conclusions, J. Delvolvé, note M. Waline

الاجراء المنصوص عليه فيه لا يمكن أن يكون موضوعاً لأي طعن إداري أو قضائي، فذهب في تفسير هذا النص إلى الاعتراف بحق الطعن في أي عمل إداري، حتى في الحالات التي لا ينص فيها على فعل من هذا القبيل، أو حتى عندما يحظره القانون صراحة، ولم يستبعد الطعن بتجاوز السلطة الذي ينبغي أن يكون مفتوحاً أمام أي قرار إداري حتى دون نص، تغليباً لمبدأ المشروعية، وهو المبدأ الأكثر أهمية في القانون العام.

وفي نفس الصدد ذهب مجلس الدولة السوري إلى أن الطعن من أجل تجاوز السلطة يطعن به حتى في حالة عدم وجود نص، وفي جميع القرارات الإدارية التي تتضمن ضرراً بالغير^(٢).

كما ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر إلى أن نص المادة الثانية من القانون رقم 38 لسنة 1963^(٣)، إذ حصنت قرارات لجان تقييم محالج القطن المؤممة من رقابة القضاء تكون قد انطوت على مصادرة حق التقاضي، وأخلت بمبدأ المساواة بين المواطنين^(٤).

وعلى هذا الأساس سار القاضي الإداري محتفظاً بالأولوية في التطبيق للمبدأ العام، ثم مفسراً للنص التشريعي المخالف للمبدأ تفسيراً يجعله استثناءً يطبق في أضيق الحدود، حارساً على أنه إذا واجهته قاعدة عامة أو غير محددة المعنى، يحدد لها مضموناً ومعنى يجعلها متفقة مع المبادئ العامة للقانون، غير خارجة خروجاً صريحاً عن النص ولا متعارضة معه، مع أن القاضي الإداري كان غالباً يميل لكفّة المبادئ العامة للقانون.

(1) l'article n° 4, de la LOI n° 284 du 23 mai 1943 assurant l'exploitation des terres Abandonnées

(٢) د.نجم الاحمد، القانون الإداري ٣، مرجع سبق ذكره، ص ٨٦.

(٣) المادة الثانية من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٦٣، والمتعلق بتأميم محالج القطن جاء فيها: "تكون قرارات لجان التقييم نهائية وغير قابلة للطعن فيها بأي وجه من أوجه الطعن".

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا، في ١١ / ٢ / ١٩٨٤، رقم ٥١١، لسنة ٢٦ ق، نشرة المكتب الفني المؤقتة، السنة ٢٩، الدائرة الأولى، ص ٦٤٢.

وتطبيقاً لقاعدة "النص الخاص يقيد العام"، ذهب القضاء الإداري السوري إلى اعتبار أن القوانين الخاصة المصدر – أي القوانين والتنظيمات الصادرة بخصوص مجال مخصص – تأتي في الدرجة الأولى من حيث الأخذ بها ^(١).

وهكذا تميز القاضي الإداري في فرنسا خاصة وسورية ومصر بالمرونة الشديدة، هذه المرونة التي تجعله يطوع النصوص ضيقاً واتساعاً حتى تتفق مع المبادئ العامة للقانون. وغالباً ما ينتهي هذا إلى خلق قانون جديد تماماً يختلف عن القاعدة الأصلية ^(٢).

الفرع الثاني

سلطة القاضي في حال وجود غموض في النص

إن النصوص القانونية ليست كلها على درجة واحدة من وضوح الدلالة، إذ أن بعض تلك النصوص قد يعترئها الغموض، إما لأنها مقتضبة لا يساعد منطوقها القاضي عند تطبيقها لإصدار الحكم القضائي، أو لأن ألفاظها قد وردت على وجه الاجمال فتحتاج إلى تفصيل، أو إطلاق فتحتاج للتقييد، أو عموم فتحتاج للتخصيص، لذا ولكي يتمكن قاضي الموضوع من تطبيق تلك النصوص كان حتماً عليه أن يقوم بتفسير تلك النصوص الغامضة وفقاً لقواعد التفسير المتعارف عليها، ولذلك كان التفسير من مسائل القانون وليس الواقع، وكان لا بد من إخضاعه للرقابة القضائية ^(٣).

إذا كان الدور الذي يلعبه القاضي – سواء العادي أو الإداري – في حالة وضوح النص له من الأهمية ما ذكر في المطلب الأول، فإن هذه الأهمية تزداد وضوحاً وفاعلية في حالة غموض النص، هذا الغموض الذي يرجع لعدة أسباب منها:

(١) رأي الجمعية العمومية (٢٠١٤/٢٦٨) القضية رقم (٢٠١٤/١٣٤٥)، المجموعة الذهبية للأراء، ص ١٠٠.

(٢) د. عبد الحليم شوقي الخطيب، الدور السياسي للقاضي الإداري في مصر، مرجع سبق ذكره، ص ٣٣.

(٣) د. عباس قاسم الداوق، الاجتهاد القضائي، مرجع سبق ذكره، ص ١٥١.

الخلل في الصياغة، سواء كان هذا الخلل في صورة خطأ مادي أو خطأ معنوي، وقد يكون هذا الغموض ناتج عن ضرورات السياسة التشريعية لملاءمة المستجدات الحديثة والوقائع المستجدة، أو إضفاء صفة العموم أو الاجمال أو الاطلاق على النص، كما قد يكون لعامل اللغة _الألفاظ_ دور في هذا الغموض، أو تكميل ما نقص من النص ليستقيم المعنى، والتوفيق بين أجزائه إذا ما كان هناك تناقض وتعارض.

ولما كانت سلطة ودور كل من القاضي العادي والإداري تختلف تجاه النص الغامض سوف نتناول هذا الفرع إلى نقطتين :

أولاً_ سلطة القاضي العادي في حالة غموض النص.

ثانياً_ سلطة القاضي الإداري في حالة غموض النص.

أولاً_ سلطة القاضي العادي في حالة غموض النص:

إن عملية التفسير التي يمارسها القاضي يغلب عليها الطابع العملي، فنجد أن القاضي يعيش مع النصوص المجردة في تطبيقها على الحالات الفردية التي يكون بصدد النظر لمنازعاتها، الأمر الذي يكشف له حاجة النصوص للبيان والتوضيح، لكي يستطيع أن يغطي ظروف كل حالة على حدة، فيذهب للكشف عن حقيقة معنى النص ببذل جهد ذهني، مستعيناً بقواعد المنطق وأساليب اللغة العربية، لكي يصل للغاية والهدف المقصود والمتمثل في بيان النص القانوني.

وقد يكون النص غامضاً لا يدل على المعنى المراد منه دلالة واضحة، ويحتاج إلى عامل خارجي للاستعانة به في فهم المعنى المقصود منه، وقد يكون النص معيماً بخطاء قانوني، أو خطأ مادي، أو خطأ معنوي، وقد يكون النص ناقصاً، أو متعارضاً مع نصوص أخرى.

وإذا كانت الأسباب المؤدية لتفسير النص القانوني متعددة ولها أشكال، فإن أسلوب القاضي في معالجتها يختلف تبعاً لذلك، ومن أمثلة الخطأ الذي يعتري النص:

١ - **الخطأ القانوني:** وهو ما يقع من اضطراب في قانوني في حكم النص بغير قصد، وتدل على وجوده القواعد العامة، أو هو عيب في لغة النص التشريعية متعلقة بلفظ فيها أو إضافة شرط أو اختصاص بصورة تتعارض مع الواقع أو المنطق أو السياق العام للقانون^(١)، ومن أمثلة الخطأ القانوني ما ورد في المادة ١٠٨٨ من القانون المدني المصري التي نصت على أنه " لا يجوز أخذ حق الاختصاص إلا على عقار أو عقارات معينة مملوكة للمدين وقت قيد هذا الحق وجائز بيعها بالميزاد العلني " وصحة النص : "لا يجوز أخذ حق الاختصاص إلا على عقار أو عقارات معينة مملوكة للمدين وقت أخذ الحق.."، لأنه يتعين أن يكون العقار مملوكاً للمدين عند أخذ حق الاختصاص على العقار، فلا يعقل أن يأمر القاضي بإختصاص على عقار دون أن يكون هذا العقار في ملك المدين، وإن كانت العبارة توحي أنه سيدخل في ملكه فيما بعد^(٢).

٢ - **الخطأ المادي :** هو "سهو يقع فيه المشرع وينبغي تصحيحه، وهو من العيوب التي تلحق النص"^(٣)، ويكون بسقوط عدد أو حرف أو أكثر سهواً أثناء الطباعة، أو وضع لفظ مكان لفظ آخر، أو إغفال لفظ كان يجب ذكره.

وقد يأتي الخطأ المادي نتيجة إحلال لفظ محل لفظ آخر، كما ورد في نص المادة ١٢٠ من القانون المدني المصري القديم التي نصت على أنه "يجوز أن يكون التعهد معلقاً على أمر مستقبل أو غير محقق" والصحيح هو: "أمر مستقبل وغير محقق"، والخطأ في إحلال لفظ أو محل لفظ الواو"^(٤).

(١) د. علي هادي الهلالي، (تفسير قوانين الضرائب في العراق)، رسالة دكتوراه، جامعة بغداد، ٢٠٠٤، ص ٧٤

(٢) د. سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، دار الكتب القانونية، الطبعة الثالثة، بيروت، ١٩٩٥، ص ٤٢.

(٣) د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، مؤسسة الثقافة الجامعية، ط٤، مصر، ١٩٩٨، ص ٢٢٣.

(٤) د. سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، المرجع أعلاه، ص ٣٥٢.

كذلك نص المادة ٢٢٨ / ٢ من القانون المدني المصري والتي نصت على "وكل عمولة أو منفعة أيا كان نوعها..."، والصحيح هو "وكل عمولة أو نفقة" وليس منفعة وهو اللفظ الذي كان في المادة 125 مدني قديم^(١).

٣_ الخطأ اللغوي: كذلك قد يكون الخطأ لغوياً ومن أمثلة ذلك ما جاء بنص المادة ٢٥٣ من قانون العقوبات المصري: "كل من وضع نار عمدًا في مبان أو سفن أو مراكب....." يعاقب بالأشغال الشاقة مؤقتاً" وما جاء بنص المادة ٢١٣ عقوبات أيضاً من أنه: "يعاقب بالأشغال الشاقة مؤبدًا من وقعت منه سرقة مع....."، وصحة النص تكون بعبارة "بالأشغال الشاقة المؤقتة أو المؤبدة"، إذ المؤقتة أو المؤبدة صفة للأشغال وليست حالاً للفعل يعاقب^(٢).

٤_ النقص أو الإغفال: وقد يكون غموض النص من النقص الذي يصيب النص، ويكون ذلك إما من إغفال لفظ في النص بحيث لا يستقيم الحكم بدونه^(٣) أو عدم ذكر المشرع لحالات يجب ذكرها من أجل المساهمة في توضيح ومعرفة مراد المشرع من القاعدة القانونية، الأمر الذي يدفع بالقاضي إلى تفسير هذه القاعدة وإكمال هذا النقص معتمداً في ذلك على إرادة المشرع وقصده.

ومن أمثلة ذلك ما جاء في المادة ١٥٩٩ من القانون المدني الفرنسي^(٤) التي تقضي بأن: "بيع ملك الغير باطل"، فما المقصود بالبطلان هنا؟ أهو البطلان المطلق أم البطلان النسبي؟ لان أحكام كل منهما تختلف عن أحكام الآخر؛ فالبطلان المطلق يجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك به، ويكون للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ولا يزول بالإجازة ، أما

(١) المادة ١٢٥ مدني قديم معدل بموجب المرسوم رقم ٢٠ ، لسنة ١٩٣٨ .

(٢) د. عبد الفتاح الصيفي، القاعدة الجنائية دراسة تحليلية على ضوء الفقه الجنائي المعاصر، الشرقية للنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٦٧ ، ص ٣٥٧ .

(٣) د. توفيق حسن فرج ، أصول القانون، مرجع سبق ذكره، ص ٤٢٤

(٤) القانون المدني الفرنسي لعام ١٨٠٤

البطلان النسبي فلا يمكن التمسك به إلا من شرع حق طلب لمصلحته ، ويزول بالإجازة، كما يسقط حق إبطال العقد بالتقادم، وإزاء هذا الغموض حول طبيعة البطلان في هذه الحالة، يتعين على القاضي الوقوف على البطلان الأقرب للصواب وللنية الحقيقية للمشرع. ونجد المشرع السوري ذكر في نص المادة ٣٩٧ من القانون المدني، أنه إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع، فاستعمل لفظ الإبطال ولم يبين نوعه، لكن من مضمون الفقرة الثانية بينت نوع البطلان المقصود وهو البطلان المطلق على خلاف المشرع الفرنسي.

وكما يأتي الغموض لخلل في الصياغة فقد يأتي نتيجة مهارة في الصياغة أي أن الغموض يكون مقصوداً تقتضيه السياسة التشريعية، فقد تقتضي طبيعة الموضوع أن يضع المشرع قاعدة عامة ويترك للقاضي تفصيل الجزئيات ليضفي قدرًا من العدالة عند التطبيق^(١)، كالفلسفات العامة المعبر عنها بالنظام العام والآداب العامة أو الضرر غير المألوف، فالمشرع يترك أمرها للقاضي في إطار السلطة التقديرية ليستنبط من الحلول ما يكون ملائماً لكل حالة على حدة، مما يعني أن الضابط في تقدير الضرر بأنه عادي أو غير عادي؛ هو ضابط موضوعي عند التطبيق، فلا بد على القاضي والحال كذلك؛ أن يوازن بين المصالح ويأخذ بعين الاعتبار مرونة المعايير المطروحة - كطبيعة العقار، والغرض المخصص له، والأعراف، وظروف المكان والزمان - ثم الاستعانة بأصحاب الخبرة والتخصص ليستطيع أن يستنبط ما يعد ضرراً عادياً وما لا يعد كذلك^(٢).

ولرفع الغموض الذي يعتريه النص قد يلجأ القاضي العادي لوسائل مساعدة خارجة على النص مسترشداً بها كالأعمال التحضيرية؛ والتي تتمثل في مجموعة المناقشات والمذكرات التفسيرية للمجالس التشريعية، وأعمال اللجان المسؤولة على تحضير

(١) يحيى رزق الصرمي، (سلطة القاضي في التفسير في القانون المصري واليمني)، مرجع سبق ذكره، ص ٨٩

(٢) انظر: حكم المحكمة الإدارية بدمشق، الحكم رقم ٨ لعام ٢٠١٤، القضية رقم ٤٨ لعام ٢٠١٤، المجموعة الشاملة ص ٣٣٧.

التشريعات، ومحاضر الجلسات، فهذه كلها وثائق يستفيد منها المفسر لتبيين الغرض الذي قصده المشرع، وتكشف عن نيته الحقيقية عند وضع النص، إلا أنه ينبغي معرفة أنها تتضمن في بعض الأحيان آراء فردية خاصة بأصحابها الذين يثيرونها عند النقاشات المتعلقة بالقانون، ولذلك فهي تعتبر وسائل استثنائية لا إلزامية.

وإلى ذلك ذهب القضاء المصري ممثلاً في محكمة النقض إلى أن : "القاضي مطالب أولاً بالرجوع إلى نص القانون ذاته وإعماله على واقعة الدعوى في حدود عبارة النص، فإذا كانت واضحة الدلالة فلا يجوز الأخذ بما يخالفها مما يرد في الأعمال التحضيرية - ومن بينها المذكرات التفسيرية المرافقة للقانون- وتغليبها على عبارة للنص لخروج ذلك عن مراد الشارع" (١).

وأيضاً المصادر التاريخية للنص؛ وهي المصادر التي أخذ منها القانون قواعده واستمد منها أحكامه، والتشريع السوري نجد أن مصدره الأساسي يتمثل في قواعد الشريعة الإسلامية والقوانين الفرنسية كما هو حال أغلب التشريعات العربية، ورجوع القاضي إلى الأصل التاريخي للنص يساعد القاضي في الكشف عن الظروف التي كانت قائمة عند وضعه، ويعين على معرفة إرادة المشرع (٢)، فالقاضي العادي عندما يكون له نص قانوني غامض ومبهم في قانون الأحوال الشخصية مثلاً، فإنه يرجع لقواعد الفقه الإسلامي التي تعتبر المصدر التاريخي لهذا القانون وما لم يرد عليه نص يرجع القاضي إلى القول الأرجح في مذهب الاحناف (٣).

ويستطيع القاضي أيضاً أن يرجع لحكمة التشريع، فالنصوص القانونية حين توضع من طرف المشرع لا توضع اعتباطاً أو دون غاية وهدف، وإنما يضعها المشرع لهدف وحكمة يبتغيها ومصلحة اجتماعية أو اقتصادية، مما يجعل استخلاص المفسر للحكمة من وضع النص

(١) نقض جنائي، ١٩٥٩/٦/٩/، مجموعة أحكام النقض، س ١٠، رقم ١٤٣، ص ٦٣٩

(٢) د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية مرجع سبق ذكره، ص ٤٢٠

(٣) م ٣٠٥ قانون الأحوال الشخصية السوري.

القانوني يسهل تفسيره وتطبيقه، ومثال ذلك: التشدد في التعامل بغير الليرة السورية كوسيلة للمدفوعات ، حفاظا على الاقتصاد الوطني والعملية الوطنية^(١) .

وكذلك قد يأتي الغموض من تعارض للنصوص، فإذا تعارض نصان ولم يمكن الجمع بينهما أو ترجيح أحدهما على الآخر أمكن الاستعانة بالقرائن الخارجية، كما يمكن أن يقدم النص الأعلى في سلم التدرج التشريعي على النص الأدنى، فيقدم القانون العادي على الفرعي ويعتبر ذلك كأنه نسخ، فالنص اللاحق يلغي النص السابق، والنص الخاص يقيد العام؛ لأن النص الخاص يحوي فضلاً عما يحتويه النص العام، من عناصر إضافية جعلته يخصص العام، ومن الامثلة التي يمكن إدراجها في مسألة تعارض النصوص وتناقضها، الوضعية التي يجد القاضي الفرنسي نفسه فيها عندما يتعلق الأمر بالحجاب الإسلامي والذي هو من الحريات الدينية المكفولة دستورياً و لا يعارض علمانية الدولة ومبادئها أيضاً المكفولة دستوريا وقانونياً^(٢) .

ومما سبق تتجلى لنا سلطة القاضي العادي في حالة غموض النص، فنجده يتدارك الخطأ في عبارة النص، ويبحث عن إرادة المشرع الضمنية، ويهتدي ويسترشد بحكمة التشريع، ويستدرك النقص، ويحل إشكال التعارض والتناقض، حتى لا تكون هذه النصوص الغامضة أداة للتعسف في يد السلطة التنفيذية أو القضائية، لذلك تخضع هذه التفسيرات القضائية لرقابة المحكمة العليا عن طريق الطعن في تلك القرارات التي يكون مضمونها تفسير نصوص قانونية، وهي تقوم بتوحيد الاجتهادات القضائية على مستوى القضاء العادي، والهدف من كل ذلك هو تحقيق للعدالة والانصاف.

(١) المرسوم التشريعي رقم ٣ لعام ٢٠٢٠.

(٢) د نور الدين اشحاشاح، محاضرات في تفسير النصوص القانونية، مطبعة أسبار ط١، المغرب، ٢٠٠٦، ص ١٠٥.

ثانياً_سلطة القاضي الإداري في حالة غموض النص:

إن الدور الذي يضطلع به القاضي الإداري في التعامل مع نصوص القانون الإداري الغامضة والمبهمه أصعب مساراً و مشقة، وأكثر حتمية ومصيرية من أي فرع من فروع القانون، وذلك إذا أخذنا في الاعتبار الوضع الخاص للقانون الإداري، كونه قانوناً غير مقنن، ولا تربط بين نصوصه وأحكامه المتفرقة مبادئ ونظريات عامة تجمع شتاتها، وتبعث فيها روحاً من الانسجام والوحدة^(١).

فالنصوص القانونية كثيراً ما تكون في شكل من الصياغة، وتركيب الجمل، واستعمال المصطلحات، ما يجعل عملية تطبيقها يحتاج إلى عناية خاصة، ومهارة عالية، تسعى للتوفيق بين إدارة لها امتيازات السلطة العامة وتسعى لتحقيق المنفعة العامة، وبين حقوق تقوم على المصلحة الخاصة، في إطار مبدأ الشرعية، هذه العناية تكون من ناحية تفسيرها، والوصول بشأنها إلى نية المشرع الحقيقية، الأمر الذي يجعل عملية التفسير لا تتم بطريقة أو بأسلوب واحد، بل تتنوع الأساليب والإجراءات بحسب نوع الغموض وأسبابه.

ويعتبر التفسير من أهم وظائف القاضي دون جدال، وبالأخص عندما يجد نفسه ملزماً بإيجاد حل للنزاع المعروض عليه، وذلك برفع الغموض الذي يصادفه ليصل إلى التفسير الذي يراه متفقاً مع نية المشرع الحقيقية.

وأسباب الغموض التي تصيب النص أمام القاضي الإداري لا تختلف عن التي تكون أمام القاضي العادي، فالغموض قد يكون نتيجة خللاً في الصياغة وذلك بإحلال لفظ محل آخر، أو نتيجة ما تقتضيه السياسة التشريعية من مهارة، وقد يأتي النص غامضاً غموضاً تحتمه طبيعة اللغة، فاللغة العربية بحرٌ زاهرٌ ليس له قرار، مليء بالألفاظ والعبارات ذات الدلالات المشتركة،

(١) د. عصام عبد الوهاب البرزنجي، (السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٧١، ص ١٣٩.

فقد يطلق اللفظ و يكون له أكثر من معنى، وقد يعود الغموض لمرونة النص وجعله يتوافق مع مختلف الظروف السائدة والوقائع اللاحقة، ليطلق يد القاضي بقدر من النظر فيما يحقق الحرية والعدالة عند التطبيق.

ومن أمثلة ما يسنه المشرع من قواعد عامة ومعايير مرنة؛ معيار النظام العام^(١)، والآداب العامة^(٢)، والضرر غير المألوف^(٣) ولقد كان لمرونة هذه المعايير الدور الكبير في تمكين القاضي الإداري من مواجهة كافة المستجدات والمتغيرات التي تطرأ بتطور الزمن وازدهار الاقتصاد والتكنولوجيات الحديثة، الأمر الذي يجعل دور المشرع يكمن في وضع المصطلحات العامة والمعايير المرنة، فمن جهة يمنح السلطات الإدارية المختصة سلطة تقديرية تهدف لتكييف وملاءمة الأعمال الإدارية من الناحية الواقعية والفنية والعملية لتطبيق القانون الإداري تطبيقاً واقعياً ومرناً وفعالاً، ولتحقيق المصلحة بصورة ملائمة وسليمة وعادلة ومنطقية^(٤)، ومن جهة

(١) في الحقيقة لا يوجد إجماع حول مفهوم دقيق لمفهوم النظام العام، وذلك راجع إلى أنه فهم فهماً متبايناً، سواء من حيث التطبيق أو تبعاً لاختلاف الزمان والمكان، ولذلك تنوعت التعاريف المتعلقة بالنظام العام تنوعاً كبيراً و عرف النظام العام بأنه: "يمثل ظاهرة قانونية واجتماعية تشكل مجموعة من القواعد الأساسية في المجتمع والتي لا يجوز مخالفتها بأي حال من الأحوال، وإلا تحلل المجتمع بنفسه، وهذه القواعد تجد مصدرها، في القوانين أو العرف أو أحكام القضاء، وهي تتصف بالمرونة والنسبية، وتختلف باختلاف النظام السياسي والاجتماعي والاقتصادي السائد في الدولة"، د. عبد العليم عبد المجيد مشرف، دور سلطات الضبط الإداري في تحقيق النظام العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص ٦١

(٢) المقصود بالآداب العامة: هي الحد الأدنى من المعتقدات والأفكار والقيم الأخلاقية التي تواتر أفراد المجتمع على اتباعها، ووجوب احترامها والتقيّد بها، كونها تمثل انعكاساً للأخلاق العامة والتي تتجدد وفقاً للعادات والتقاليد والأعراف الاجتماعية وأحكام القضاء، د. سعد الشرقاوي، القانون الإداري، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ١١٢ .

(٣) تعددت الآراء القانونية والفقهية في تحديد مفهوم الأضرار الغير مألوفة في اتجاهات شتى، فمنها من عرفت الضرر غير المألوف بأنه خروج عن حدود الحق، أي حق الملكية، ومنهم من عرفه بأنه استعمال الحق على نحو يضر بالغير، ومنهم من عبر عنه بالضرر الفاحش الذي يلحق بالغير وينجم عن استعمال الحق، وفي الواقع هي مسألة موضوعية تتجلى عند التطبيق، يستنتجها القاضي من مختلف الوقائع، مستعيناً بأصحاب الخبرة، أنظر: المستشار. عز الدين الدناصور، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الجزء ١، ٢٠٠٤، مصر، ص ١٥٣، د. محمد كامل مرسى باشا، شرح القانون المدني الجديد، منشأة المعارف، الجزء ١، ٢٠٠٥، مصر، ص ٢٧٥.

(4) V. Luc P. Patras, L'interprétation en droit public interne, op.cit., p 180-212

أخرى يترك للقاضي الحرية والنظر في تقديرها وإسقاطها على الواقع، مستعيناً بأهل الخبرة والاختصاص.

ومن الأمثلة على ذلك؛ "الضرر غير المألوف" في المسائل المتعلقة بالجوار، فقد ترك المشرع للقاضي حرية واسعة في تقدير الضرر مراعيًا في ذلك العرف والظروف الخاصة، كطبيعة العقار، وموقعه، والغرض المخصص له، وتطبيقاً لذلك فإن تقدير الضرر يختلف باختلاف طبيعة العقار، فهناك من العقارات من طبيعتها تتحمل تلك الأضرار، فيكون الضرر في حقها ضرراً مألوفاً، وهناك عقارات لا تتحمل طبيعتها تلك الأضرار، فتكون في حقها أضراراً غير مألوفة، فمثلاً لو كانت طبيعة العقار معماً أو مطبعة، أو ورشة للخرطة، نجد فيها عدداً من الآلات والعمال، ويصدر عنها ضوضاء بسبب ذلك، فيكون حينها الضرر الناتج عن هذه الآلات والضوضاء ضرراً عادياً بالنسبة لهذا النوع من العقارات، ويكون غير عادياً إذا كان صادراً من مكانٍ للسكن أو مسجد أو مصحة^(١)، وفي نفس السياق يعتبر الترخيص الإداري وسيلة إدارية تستخدمها الإدارة لبط رقابتها على الأفراد سواء كانت رقابة سابقة أو لاحقة، بما له من دور وقائي يمنح الإدارة الامكانية والقدرة على تفادي المشاكل في المجتمع بصفة عامة، وتفادي الأضرار بالجوار بصفة خاصة، ومن بينها رخصة البناء التي تعتبر قراراً إدارياً يجسد إجراءات الضبط الإداري، وعملاً تقنياً وقانونياً في الوقت نفسه، بالإضافة إلى أنها رخصة عينية لكونها مرتبطة بالعقار الذي سيتم بناؤه^(٢).

وكذلك ذهب المشرع إلى ترك أمر تقدير ما يعتبر من النظام العام للعرف السائد والفلسفات التي يعتقدونها الأفراد في مجتمعاتهم، والتي تتغير من بلد إلى آخر، بل قد

(١) أنظر: د. أنور طلبة، الوسيط في شرح القانون المدني، المكتب الجامعي الحديث، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤، مصر، ص ٦٧

(٢) د. عزري الزين، قرارات العمران الفردية وطرق الطعن فيها، دار الفجر، ط١، ٢٠٠٥، القاهرة، مصر، ص ٧.

تغيير في البلد الواحد من منطقة إلى أخرى، ومن وقت لآخر، فما يعد من النظام العام في سورية قد لا يكون كذلك في فرنسا، وكذلك ما يعد من النظام العام في فرنسا في وقت ما قد لا يكون كذلك في وقت آخر.

ولقد كان مجلس الدولة الفرنسي لفترة من الزمن، يعتبر أن النظام العام الذي يسمح بتدخل سلطات الضبط هو النظام العام المادي، ذو المظهر الخارجي، وليس لهذه السلطة أي تدخل في ما يتعلق بالمعتقدات والعواطف، لكن الزمن وتغير الظروف والأذهان سرعان ما جعله يعدل عن رأيه، إذ سمح للإدارة أن تتدخل للحفاظ على النظام العام المتعلق بالآداب، فقضى بشرعية قرار الإدارة بمنع عرض المطبوعات التي تصف الجرائم والفضائح، في الأماكن العامة، وكذلك منع الأفلام ذات الطابع اللا أخلاقي، ومن أمثلة ذلك قرار مجلس الدولة الشهير في قضية⁽¹⁾ "لوتيسيا"، سنة ١٩٥٩، حين سلم مجلس الدولة في هذا القرار بسلطة الإدارة المحلية في أن تمنع عرض أفلام سينمائية سبق أن سمحت بها هيئة الرقابة على الأفلام، إذا كان من شأن عرض هذه الأفلام أن تمس بالنظام العام، بسبب طابعها اللاأخلاقي والظروف المحيطة بالبلاد حينها.

ولكن إذا حدد المشرع لمصطلح ما معنى معين، فعلى القاضي والحالة تلك أن يتقيد بهذا المعنى دون سواه، كمصطلح "المجاهد" مثال، له عدة مفاهيم يمكن أن تفهم منه، فقد يقصد به من شارك في حالة حرب، أو كل من جرح في هذه الحرب، أو من كان من قادة الجيش، أو كل من ساعد الجيش ولو بلقمة خبز... إلخ، فإذا ترك المشرع هذا المصطلح دون تعريف أو تحديد لشروطه وخصائصه فقد ترك للقاضي حرية تحديد المعنى المنطبق وفقاً لظروف الدعوى وما

(1) C.E. 18 Dec 1959, société des films LUTETIA, Grands Arrêts, 8ème éd, 1984, p 485

يخدم العدالة، أما إذا وضع المشرع لهذا الوصف شروطاً معينة حددها حصراً فينبغي أن يؤخذ هذا المصطلح بمعناه الضيق والذي حدده النص^(١).

وقد اختلف الفقه حول طبيعة الدور الذي يقوم به القاضي الإداري لكشف غموض النص القانوني، هل هو دور كاشف للمعنى المقصود في النص الغامض، أو دور منشئ لهذا المعنى؟ فذهب جناح من الفقه وعلى رأسهم والين؛ إلى أن دور القاضي في تفسير الغموض الذي يعتري النص، لا يخرج عن كونه دوراً كاشفاً عن نية المشرع الحقيقية، وذلك بالاعتماد على مختلف الوسائل الممكنة في التفسير، ويقول الاستاذ والين: أن القاضي كما يضطلع بمهمة وضع قاعدة قانونية وتطبيقها في حالة غياب النص التشريعي، فإنه ملزم كذلك برفع الغموض الذي يصادفه ووضع تفسير يراه متفقاً وكاشفاً لنية المشرع الحقيقية^(٢).

أما الفقيه دوبيسون^(٣)، فيرى أن دور القاضي في كشف غموض النص دوراً ابتكارياً إنشائياً، إذ أن القاضي إذا وجد أن النص غير واضح المعنى بسبب غموضه أو عموميته، فيذهب للاستعانة بعناصر خارجية عن النص، ليستطيع رفع الغموض أو تخصيص ما اتسع وتحديده، وهو إذ يفعل ذلك فإنه يقوم بعمل هو جزء من دوره الإنشائي بالنسبة لقواعد القانون الإداري^(٤).

إن متطلبات تأمين الضمانات القانونية للمحكومين، والموازنة بين الصالح العام والمصلحة الفردية وحقوق الأفراد، تقتضي وتفرض على القاضي الإداري موقفاً متحرراً

(١) د. عصام عبد الوهاب البر زنجي، (السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية)، مرجع سبق ذكره، ص ١٤٨

(٢) V. Waline: étendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de L'administration Conseil d'état Études et documents, n° 10, 1956, p.29.

(٣) Dubuisson : la distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de Pouvoir, thèse L.G.D.J. Paris. 1958. P31.

(٤) د. عصام عبد الوهاب البر زنجي، (السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية) مرجع سبق ذكره، ص ١٥٤.

نوعاً ما تجاه دوره وعلاقته بهذه النصوص التشريعية، وألا يكون مجرد خادم لها، ولا يتحرك إلا ضمن قيودها.

وكما ذكرنا سابقاً في تعامل القاضي الإداري مع وضوح النصوص، وأنه في بعض الحالات يخرج فيها القاضي على النصوص القانونية إلى مواقف تبدو متناقضة مع مقتضاها رغم وضوحها، فإذا كان الحال كذلك بالنسبة للنصوص القانونية التي تبدو واضحة، فمن باب أولى فإنه يستطيع صياغة الأفكار الغامضة والمبهمة، كما يستطيع أن يقوم بدور المكمل للنصوص عندما تكون ناقصة⁽¹⁾.

إلا أن ترجيح القاضي لتفسير معين على آخر، لا يتم دائماً على أساس من نية المشرع الحقيقية؛ بسبب أنه في كثير من الأحيان يجد نفسه في طريق مغلق لا يستطيع فيها الوصول إلى هذا النية، وكما يقول الاستاذ والين : إن المشرع كثيراً ما يضع ما يمكن اعتباره من قبيل الاحاجي والألغاز أمام المفسر، دون أن يكون هناك من النصوص المكتوبة ما يمكن الرجوع إليها لتحديد هذا الغموض.

وما يصدق على "النظام العام" من تساؤلات يصدق بذات الدرجة على مصطلحات أخرى مثل "الأبنية الآيلة للسقوط" و"المناطق الأثرية" و"المصلحة العامة" وغيرها من المصطلحات.

كما أننا لا نستطيع أن نلوم ونعاتب المشرع بالقصور في محاولته بوضع مثل هذه المفاهيم المرنة، لأن المشرع يسعى دائماً لتنظيم أكبر قدر من المراكز المتماثلة بنصوص عامة مجردة، والمشرع بطبعه لا يحب التعريفات والتحديد، ومن الصعب عليه أن يعطي تعاريف محددة لهذه

(1) Lino Di Qual: La Compétence Liée, Revue internationale de droit comparé, L.G.D.J ; Paris , 1996. P.138.

الأفكار العامة المرنة^(١) كما أن التفسير الذي يعطيه القاضي للنصوص الغامضة والمبهمة، لا يمكن أن يقلل من الدور الذي يلعبه المشرع في تنظيم النصوص في قالب عام ومجرد. ومن المعلوم أن لكل تصرف أو عمل من الأعمال القانونية، سواء كان تشريعاً، أو عقوداً، أو قرارات إدارية، أو قضائية، مجموعة من الوثائق التي تتضمن تحليلاً وتسجيلاً وتوثيقاً لكل الأعمال المادية والفنية والعلمية، والأعمال التي سبقت وحضرت صدور هذه الأعمال القانونية وصدورها في شكلها النهائي، فهذه الأعمال المادية والعلمية والفنية تسمى اصطلاحاً "بالأعمال التحضيرية"، هذه الأعمال التحضيرية يمكن أن يرجع إليها القاضي لتفسير إرادة المشرع لما تحتويه هذه الأعمال من وثائق مساعدة على ذلك، وتمثل في:

- ١- التقارير التي تقدم لرئيس الدولة وتكون متعلقة بإصدار مراسيم.
 - ٢- الأسباب المذكورة بمناسبة صدور الأوامر.
 - ٣- المشاريع التمهيدية للقوانين، وتقدير المقررين، واللجان الخاصة، ومحاضر جلسات المداولات وعرض الأسباب المتعلقة بالتشريعات الإدارية الصادرة من البرلمان^(٢).
- ومن السعي الذي يبذله القاضي الإداري لكشف غموض النص؛ استخدامه القياس عند توفر العلة، ومن ذلك ما أشارت إليه المحكمة الإدارية العليا في مصر بقولها: "واضح من القرار الوزاري الصادر في ١٢/١٠/١٩٤٩، أن العلة في صرف فرق العملة لأعضاء البعثات المصرية في الخارج هي الاحتفاظ بالمستوى القائم آنذاك لمعيشتهم في الخارج؛ أي في فترات وجودهم الفعلي في البلاد التي انخفض سعر الجنيه المصري بالنسبة لسعر عملتها المتداولة بها،

(١) د. عصام عبد الوهاب البرزنجي، (السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية)، مرجع سبق ذكره، ص ١٥٨

(٢) د. عمار عوابدي، قضاء التفسير في القانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٢١٧.

فإذا أمضى الموظف إجازته خارج البلد التي بها مقر عمله فإن العلة الموجبة لصرف الفرق لا تتوفر، وبالتالي لا يتعلق الموظف أي حق في هذا الفرق^(١).

كما استخدم القاضي الإداري المصري القياس عند توافر الحكمة التي ابتغاها المشرع، فجدده قاس بين حملة الشهادات العالمية النظامية القديمة من الجامع الأزهر وبين الشهادات العالمية من كليات الأزهر، من حيث أنه جمع محصل الدراسة فيها إلى مدة الأقدمية في الدرجة السادسة استهداء بالحكمة التي أرادها المشرع، وهي ألا يتقدم على الحاصلين على المؤهل العالي فوق الشهادة العالمية من كليات الأزهر إلى الدرجة التالية من هم أدنى منهم^(٢).

ومما ذكر سابقا تتجلى لنا سلطة القاضي الإداري ودوره في حالة غموض النص، بأن يقوم بالكشف عن إرادة المشرع الحقيقية، كما يقوم بدور المكمل للنصوص، ومستخدما القياس عند توفر شروطه، أو عند توفر الحكمة التي ابتغاها المشرع.

المطلب الثاني

سلطة القاضي في حال غياب النص لخلق الحل القانوني.

يقول الفقيه الفرنسي جوزيف بارثيليمي^(٣) إن أي تقنين مهما بدا كاملاً، وما يكاد ينتهي منه واضعوه حتى تثار بشأنه العديد من المسائل، وذلك لأنه لا يمكن التنبؤ بأشياء لا يستطيع الفكر وحده الوصول إليها، بسبب اختلاف حاجات الناس وتشعب مصالحهم واتساع علاقاتهم مما يعني استحالة تنبؤ المشرع بكل شيء حادث وما سيحدث، وعلى القاضي تقع مهمة سد ما يترك من فراغ.

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا، ٢٤ / ٥ / ١٩٨٠، مجموعة المبادئ من ١٩٦٠ - ١٩٨٥، ج ٢، ص ١
(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا، رقم ٢٨٠، ٠٤ أبريل ١٩٧٦، مجموعة المكتب الفني، لسنة ١٥، رقم ٢١، ص ١١٨.

(3) Joseph Barthélemy, Contribution à la théorie générale des recours contentieux, Librairie de la société générale des lois et des arrêts et du journal du palais, L. Larose, Paris, 1899, p46.

وتذهب الدكتورة سعاد الشرقاوي إلى القول بأن القاضي الإداري في مجال القانون العام إضافة إلى دوره في التوفيق بين النصوص القانونية وتفسيرها وإسقاطها على الواقع، فهو يتمتع بمهمة استخلاص القواعد القانونية في حال سكوت النصوص عن إيراد حكم يحسم الحالة المعروضة عليه، ولطالما كانت هناك قرارات عديدة من مجلس الدولة في فرنسا تستند إلى مبادئ قانونية عامة غير منصوص عليها صراحة استخلصها بإنشائه^(١)

وتنص المادة الأولى من القانون المدني السوري على ما يلي: " تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها.

٢. فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد، فبمقتضى العرف، وإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، فالمشرع السوري في هذه المادة يعترف بإمكانية وجود قصور في التشريع، وبغية انتظام العمل القضائي وعدم اضطراب أحكامه يبين للقاضي مصادر أخرى للقانون، ووضع له طريقاً ومنهجاً من أجل اتباعه والرجوع إليه عند فقدان النص، وذلك لكيلا يحتج القاضي بوجود قصور وسكوت من المشرع، الأمر الذي قد يؤدي به إلى إنكار العدالة وعدم إحقاق الحق.

وبما أن قصور النص القانوني سواء كان في القانون الإداري أو غيره من فروع القانون أصبح أمراً مسلماً به، فإنه يقع على عاتق القاضي مهمة استخلاص حلول لهذه المعضلة، عن طريق البحث في المصادر الأخرى لإكمال هذا القصور، ولكن بتوافر شرطين:

١ - فقدان التام للنص القانوني؛ بمعنى أن القانون الواجب التطبيق على المنازعة المعروضة على القاضي حالياً من نص تشريعي يعالج هذا الموضوع، أما إذا كان النص التشريعي موجود ولكنه

(١) د. سعاد الشرقاوي، المنازعات الإدارية، دار النهضة، ط١، ١٩٧٦، مصر، ص ٢٠.

غامضاً أو مبهماً لسبب من الأسباب، فإنه يتعين على القاضي أن يرفع هذا الاتهام الوارد في النص التشريعي عبر استخدام قواعد التفسير^(١).

٢- الاعتماد على هذه المصادر عند غياب النص التشريعي، وفقاً للترتيب المذكور في نص المادة، وعلى القاضي احترام هذا الترتيب، إذ أن المشرع قد نص عليه صراحة فلا يجوز تقديم مصدر على آخر.

فإلى أي مدى اضطلع كل من القاضي العادي والإداري بهذا الدور؟
هذا ما سنحاول تبينه من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: دور القاضي العادي في حالة عدم وجود نص.

الفرع الثاني دور القاضي الإداري في حالة عدم وجود نص.

الفرع الأول

دور القاضي العادي في حالة عدم وجود نص

إذا كان قصور التشريع ونقصه قد أصبح أمراً مسلماً به، وذلك راجع لكونه مجهود بشري مشوب بالنقص، فمهما بلغ الإنسان من الدقة وسعة الأفق والتطور التكنولوجي فلا يمكن أن يلم بكل ما هو كائن وما سيكون في هذه الحياة من الوقائع، وستبقى دائماً تظهر أشياء وحوادث لم يتوقعها، فما هو دور القاضي العادي إزاء هذا النص الغير موجود، مع العلم أنه مطالب على وجه الإلزام بضرورة إيجاد حل للنزاع المعروض عليه؟

وبالرجوع للقانون المدني السوري وفي مادته الأولى، نجد أنه ينص على هذه الحالة -حالة عدم وجود نص قانوني- بقوله: "تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها.

(١) وإلى ذلك ذهبت محكمة النقض المصرية، نقض مدني، رقم ١١٧١، لسنة ١٩٥٦ ق، جلسة ١٨ / ١١ / ١٩٩٠، ص ٤١، ص ٦٩١، نقلاً عن: المستشار أحمد عبيد الصادق، المرجع القضائي في شرح أحكام القانون المدني، نادي مستشاري هيئة قضايا الدولة، الطبعة الأولى، ٢٠١٠، مصر، ص ٧٠٧.

٢. فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد، فبمقتضى العرف، وإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة"، فالمادة تقرر أنه إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

وذهبت الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني المصري إلى نفس المصادر التي ذهب إليها المشرع السوري ، ولكن اختلفا من حيث ترتيب مبادئ الشريعة الإسلامية والعرف، حيث قدم القانون المدني المصري العرف على مبادئ الشريعة الإسلامية وما يمكن ملاحظته ابتداءً في نص التشريع المدني السوري، استخدامه عبارات عامة في نص المادة الأولى، ولم يورد ما يشير صراحةً أو ضمناً إلى ما اتجهت إليه إرادته، فهو اكتفى بعبارات النصوص التشريعية ومبادئ الشريعة الإسلامية والعرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

كما نخلص منه إلى أنه لا يوجد ما يمنع من شمولية المادة الأولى من القانون المدني أن تكون لجميع فروع القانون سواء كان قانون عام أو قانون خاص؛ فمعنى التشريع لا يختلف باختلاف الفروع، بل هو نفس المعنى والقانون المدني هو الشريعة العامة .

وتنص المادة على أن مبادئ الشريعة الإسلامية في مقدمة الوسائل التي يلجأ إليها القاضي العادي عند عدم وجود نص يحكم النزاع المعروض عليه، بالنظر لما تتميز به الشريعة الإسلامية من مقاصد سامية، وأحكام فقهية وفيرة، واجتهادات عديدة في المسألة نفسها.

والأمر الذي لا يمكن إنكاره هو فضل هذه الشريعة السمحاء في إظهار وإرساء كثير من المسائل في القانون المدني، فنظرية التعسف في استعمال الحق نصت عليها الشريعة الإسلامية

ولم يكتشفها الفقهاء إلا في أواخر القرن الماضي^(١) ، ونظرية الظروف الطارئة مستمدة من نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية، فقد أكد الفقيه الفرنسي لامبير في المؤتمر الدولي للقانون المقارن في لاهاي سنة ١٩٣٢ ، على أن نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي تعبر بصورة أكيدة في القضاء الفرنسي على نظرية الظروف الطارئة، وفي القضاء الإنجليزي بما أدخله من مرونة على نظرية استحالة التنفيذ تحت تأثير الأوضاع الاقتصادية الناشئة بسبب الحرب، وفي القضاء الدستوري الأمريكي في نظرية الحوادث المفاجئة^(٢) ، والبيع بخيار الرؤية، وأحكام الشفعة، والوقف، والتزامات الحوار وغير ذلك كثير^(٣)، بل استفادت من أحكام الفقه الإسلامي قوانين غربية وعلى رأسها القانون المدني الفرنسي في باب المعاملات استفادة جمة^(٤).

ولا يجوز اللجوء إلى هذه المبادئ إلا إذا لم يوجد نص قانوني يحكم النزاع، وتكون مبادئ الشريعة الإسلامية مصدراً رسمياً احتياطياً؛ مكماً لقصور التشريع في بعض الأحيان، فتكون مصدراً مكماً؛ وأحياناً أخرى مصدراً مفسراً، بسبب أن القاضي قد يلجأ لقواعد الشريعة الإسلامية من أجل تفسير نص موجود في قانون الأحوال الشخصية مثلاً، ولكن يشوبه غموض وإبهام، فيكون دوره والحالة تلك دوراً تفسيراً، لا مكماً للنصوص القانونية.

(١) انظر: د. فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، ط٤، ١٩٨٨ ، بيروت، ص ٩٣.

(٢) د. عبد السلام الترماني، نظرية الظروف الطارئة، دار الفكر، ط١، ١٩٧١ ، دمشق، ص ٣٥.

(٣) د. عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية، جسر للنشر والتوزيع، ط٤، ٢٠١٧ ، الجزائر، ص ٢٠٣.

(٤) أنظر: د. حمزة بن خدة، (أثر الفقه المالكي في القانون المدني الفرنسي عقد البيع نموذجاً) ، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، ٢٠١٧ .

فإذا لم يجد القاضي نصاً قانونياً مكتوباً لحل المسألة المعروضة عليه في التشريع، فإنه يلجأ إلى مبادئ الشريعة الإسلامية^(١) ويكون واجباً على القاضي الأخذ بها، فإن خالفها المحكمة في حكمها، فإن ذلك الحكم يكون مخالفاً للقانون متعيناً نقضه^(٢)، فإذا خلت نصوص القانون من حكم يتبعه القاضي، فليس أمامه من سبيل إلا أن يلجأ إلى ما يؤدي إليه النظر والاجتهاد، وذلك استنباطاً من مبادئ الشريعة باعتبارها المصدر الرئيسي للقانون عند غياب التشريع.

ولكن قد يتبادر إلى الذهن سؤال مفاده؛ ما المقصود بعبارة "الشريعة الإسلامية" المذكور في المادة الأولى من القانون المدني السوري؟

في الحقيقة لكل من الفقه والقضاء رأي ونظرته لمبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر من مصادر الحكم القضائي عند عدم وجود النص التشريعي، فتفسير فقهاء القانون غلب عليه الطابع النظري، والذي يعتمد على الفرضيات النظرية، أما تفسير القضاء فيغلب عليه الطابع العملي، بالنظر لطبيعة العمل القضائي الذي يعتمد على وقائع عملية.

والناظر في القوانين المدنية العربية، يجدها تتفق على اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً احتياطياً رسمياً من مصادر القانون، ومصدراً من مصادر الأحكام القضائية، إلا أن هذه القوانين العربية اختلفت في التفاصيل المتعلقة بالرجوع إلى هذه المبادئ، أي فيما يجب الرجوع إليه من الشريعة الإسلامية، فذهب جانب من الفقه المصري متأثراً بأفكار بعض واضعي القانون المدني المصري، إلى أن المقصود من مبادئ الشريعة الإسلامية هي الأصول الكلية

(١) المراد بمبادئ الشريعة الإسلامية: الأصول الكلية التي تنفرع عنها الأحكام التفصيلية وهي التي لا تختلف باختلاف المذاهب وإن ظهر للقاضي مثل هذا الاختلاف فإنه لا يتقيد بمذهب معين، بل يأخذ بما يراه ملائماً للتطبيق، أنظر: د. أحمد سلامة، المدخل لدراسة القانون، دار النهضة العربية، ١٩٧٤، مصر، ص ١٥٨.

(٢) موقع دار الافتاء الاردني المفتي الدكتور محمد يونس الزعبي يتحدث عن الطعن بالنقض ٢٠٢٠/٧/٢٣ الساعة ٣.١٠ صباحاً: <https://www.aliftaa.jo/Research.aspx?ResearchId=13#.X4HGifnXKM8>

والقواعد الأساسية المتفق عليها بين المذاهب الإسلامية ولا تختلف في جوهرها من مذهب لآخر، دون الأحكام التفصيلية الفرعية، والتي تختلف من مذهب إلى آخر، بل تجد الخلاف داخل المذهب الواحد^(١).

إلا أن هذا الاتجاه قد ينتقد ولا يسلم به إذ أن الاختلاف بين المذاهب الإسلامية ليس شيئاً معيماً، بل هو من مظاهر القوة والتنوع في الشريعة، ودليل على صلاحها لكل زمان ومكان حسب متطلباته، فالأصل أن القاضي لا يقيد بالرجوع لمدرسة أو مذهب فقهي معين، بل يترك حراً في تكوين رأي وقناعة خاصة من خلال تقليب آراء الفقهاء في مسألة معينة - مع افتراض أن هذه الحلول قد راعى فيها العلماء القواعد العامة عند الاستنباط -، فما كان منها موافقاً لمتطلبات العصر ولا يتناقض مع المبادئ العامة للشريعة ولا التشريع أخذ به.

ويذهب الدكتور عبد الرزاق السنهوري إلى تفسير مبادئ الشريعة الإسلامية بأحكام الفقه الإسلامي بقوله: "فقد استبقى التقنين الجديد ما اشتمل عليه التقنين القديم من أحكام أخذها من الفقه الإسلامي، واستحدث أحكاماً جديدة أخذها عن هذا الفقه، وجعل بعد ذلك كله الفقه الإسلامي مصدراً رسمياً للقانون المدني يأتي بعد النصوص التشريعية والعرف يتقدم مبادئ القانون الطبيعي والعدالة"^(٢).

وذهب رأي آخر في الفقه إلى أن النص كما يشير إلى الرجوع لمبادئ الشريعة الإسلامية، فإنه لا يمنع الرجوع للمذاهب الفقهية رجوعاً اجتهادياً لا تقليدياً، فصيغة النص لا تحمل إلزام القاضي باستبعاد الحلول الجزئية التفصيلية، والوقوف عند المبادئ الأساسية الكلية التي لم تختلف فيها المذاهب، والمذاهب هي مدارس اجتهادية ذات مناهج متنوعة وأساليب مختلفة،

(١) د. صلاح الدين الناهي، (معضلات التفسير القضائي)، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بغداد، العدد الثالث، ١٩٧٧، ص ٢٩.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سبق ذكره، ص ٥٦ - ٦٠.

تتفق في بعض المصادر وتختلف في البعض الآخر، وتقييد القاضي في الرجوع إليها بشرط عدم الخلاف، يناقض مبدأ الاجتهاد المتمثل في عمل دائم في البحث عن القاعدة القانونية، باتباع الأساليب التي يقرها العلم والعقل سواء كان هناك إجماع لدى المجتهدين أو لم يكن^(١)، مع أن معظم الخلاف غالباً يدور حول المصلحة العامة والسياسة التشريعية في أبعادها الشاملة والجزئية، وكل ذلك يتأثر بالبيئة والظروف الخاصة بكل زمان سواء من الناحية الاجتماعية والاقتصادية والنفسية والثقافية.

ومن الأفضل أن تفسر مبادئ الشريعة الإسلامية تفسيراً واسعاً، بما لا يخالف القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة والاعتماد فقط على الأصول والقواعد الكلية وعدم الزام القاضي بالتفصيلات الجزئية مما يؤدي الى تقييده ويكون القاضي آخذاً بعين الاعتبار حاجيات المجتمع الذي شرع النص ليطبق فيه، خاصة وأن القواعد الموجودة في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة لم تدع شأناً أو جانباً من جوانب الحياة إلا ونظمتها؛ فلا توجد واقعة ليس لله فيها حكم، سواء منصوص عليه، أو مستنبطاً من الأصول والقواعد الكلية، كما أن القاضي باستنباطه هذا لا يضع قاعدة عامة، وإنما هو يفصل في الواقعة المعروضة أمامه ومن الممكن أن يتغير نفس الحكم في واقعة لاحقة.

إذن فالمقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية في نصوص القانون المدني، هي أصول الشريعة الإسلامية الكلية، ومبادئها العامة التي تتفق عليها المذاهب، دون حلولها التفصيلية التي يطرحها الفقهاء للمسائل الجزئية كل حسب رأيه واجتهاده، وأنها قيّدت في جانب وأطلق

(١) أنظر: د. صلاح الدين الناهي، (معضلات التفسير القضائي)، مرجع سبق ذكره، ص ١٥ .

قيدها في جانب آخر، قيدت بعدم تعارضها مع المبادئ العامة الأساسية للقانون المدني ضمناً لتجانس أحكامه، وأطلق قيدها بعدم الالتزام بمذهب معين من مذاهب الفقه الإسلامي^(١). والمصادر المتفق عليها في الفقه الإسلامي أربعة؛ الكتاب والسنة والإجماع والقياس^(٢) ورجوع القاضي إلى أحكام الفقه الإسلامي في مسائل الأحوال الشخصية يكون عند عدم وجود نص في القانون الذي ينظم تلك المسائل ولا عبرة بوجود نصوص في قانون آخر كالقانون المدني مثلاً، ولو كانت تلك النصوص لها علاقة بذات المسائل .

وفي مصر تأتي الشريعة الإسلامية بعد العرف، وتصدر الإشارة أن ترتيب مبادئ الشريعة الإسلامية تكون بعد العرف عند عدم وجود نص يكون في غير مسائل الأحوال الشخصية، أما في مسائل الأحوال الشخصية فإنه إذا لم يوجد نص يحكم المنازعة يرجع القاضي إلى أحكام الفقه الإسلامي وخاصة أرحح الأقوال في مذهب الأحناف^(٣) .

ثم يأتي العرف كوسيلة ثانية يلجأ إليها القاضي في المصادر الرسمية الاحتياطية عند غياب النص الذي يطبق على المنازعة المعروضة عليه.

ويمكن تعريف العرف^(٤) بأنه: "سنة يتبعها الناس مع شعورهم بإلزامها إلزاماً قانونياً، أو هو أطراد العمل بين الناس وفقاً لسلوك معين أطراداً مقترناً بإحساسهم بوجود جزاء قانوني يكفل احترام هذا السلوك"^(١).

(١) أنظر: د. محمد فوزي نوجي، فكرة تدرج القواعد الدستورية دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، ط ١، ٢٠٠٧، القاهرة، ص ٥٦.

(٢) أنظر: أ. عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، مكتبة الدعوة الإسلامية، ط ٧، ١٩٥٧، مصر، ص ٢٤ وما يليها.

(٣) د. عصام أنور سليم، هيمنة مبادئ الشريعة الإسلامية على القانون المدني، المكتب الجامعي الحديث، ط ٢، ٢٠١٢، مصر، ص ٣ .

(٤) العرف لغة: بالضم ضد النكر، ويقال أولاه عرفاً؛ أي معروفاً، ويأتي بمعنى الجود، والعرف أيضاً عرف الفرس؛ أي شعر عنقها، محمد بن بكر الرازي، مختار الصحاح، دار اليمامة، ط ٢، ١٩٨٧، دمشق، ص ٢٧.

وباعتبار العرف سلوكاً يتواتر الناس على اتباعه، فهو واقعة أو مجموعة من الوقائع المادية، والتي تمثل الركن الأول للعرف، ولكن هذا الركن وحده لا ينشئ قاعدة من قواعد السلوك، ولذلك لا بد من وجود ركن آخر وهو الركن المعنوي؛ الذي يعني الشعور بضرورة اتباع هذا السلوك، وهذا الشعور بالإلزام هو الذي يجعل من الواقعة أمراً، ومن التواتر قاعدة قانونية، والجمع بين الركنين يكوّن لنا قاعدة قانونية عرفية^(١).

ولا يستطيع القاضي الاعتماد على العرف إلا عند عدم وجود نص تشريعي يحكم المنازعة المعروضة عليه، ويكون العرف في هذه الحالة عرفاً مكملًا، أو كأن يحيل المشرع تنظيم بعض المسائل على العرف، وإن كان هناك من ذهب إلى اعتباره عرفاً معاوناً لا مكملًا^(٢)، مثل نص المادة ٦٢٢ من القانون المدني السوري عند الحديث عن التزامات رب عمل المقولة بأن: " يستحق دفع الأجر عند تسلم العمل. إلا إذا قضى العرف أو الاتفاق بغير ذلك ".

كذلك أيضاً ما نصت عليه المادة ٩٦ من القانون المدني السوري من أنه "إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد قد تم وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة^(٣) وذهبت المادة ٩٥ من القانون المدني المصري إلى نفس الحكم^(٤)

وبما أن العرف يعتبر مصدراً من المصادر الرسمية الاحتياطية إعمالاً لنص المادة الأولى من القانون المدني السوري ، فإن القاضي إذا أخطأ في تطبيقه يخضع لرقابة محكمة النقض، وذلك

(١) د. سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، ١٩٨٦، مصر، ص ٤٢٤.

(2) Hans Kelsen, Théorie pure du droit, L.G.D.J, 1999, p 304.

(٣) د. أحمد سلامة، المدخل لدراسة القانون، مرجع سبق ذكره، ص ١٥٠.

(٤) القانون المدني السوري.

(٥) القانون ١٣١، لسنة ١٩٤٨، المتضمن القانون المدني، مصدر سبق ذكره.

خلافًا للعادة الاتفاقية التي هي ليست قاعدة قانونية بل تعتبر مجرد واقعة مادية، ومن عناصر الواقع التي لا تخضع لرقابة قضاء النقض^(١) على أن العرف سواء كان مكملًا أو معاونًا يفترض علم القاضي بوجوده دون حاجة لطلب الخصوم، لأن إثبات القواعد القانونية - أي العلم بها - هو عمل الشراح والفقهاء، كما أنه واجب القضاء؛ فالقضاة يقومون بحكم وظيفتهم بتطبيق هذه القواعد، أما الخصوم فلا يلزمهم إثبات القواعد القانونية، ليس من باب الاستحالة، ولكن لتعارض ذلك مع النظام القضائي الذي يفترض علم القاضي بالقانون ويجب عليه تطبيقه من تلقاء نفسه.

ولكن بالنظر لصعوبة التعرف على العرف من الناحية العملية، فلا بأس من معاونته القاضي من طرف الخصوم في مسألة التحقق من وجود العرف وتحديد مضمونه، خاصة في المسائل المتعلقة بالعرف المهني والتجاري، حين يلجأ القاضي لأهل الخبرة والاختصاص في أمر معين، أو إلى الوثائق التي تمنحها الغرف التجارية مثلاً، ولكن بالرغم من كل ما قيل يبقى القاضي هو السيد في تقدير الأدلة التي تقدم له^(٢).

وأما العرف أمام القاضي الجزائي فإنه يحتبى خلف القاعدة القانونية "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص"، مما يعني أنه لا يجوز اللجوء إليه كمصدر للتجريم والعقاب بحسب الأصل، ولكنه قد يكون مصدراً غير مباشر ومحدود في بعض الأحيان في مجال رفع العقاب، والعرف في هذه الحالة لا يعطل القواعد الجزائية تعطياً كاملاً، وإنما يمنع تطبيق القاعدة التي تتعلق بها الظروف الخاصة طالما ظلت هذه الظروف قائمة، وتظل القاعدة سارية في غير هذه الظروف، أو عند تجاوز القيود التي يشترطها نص الإباحة للاستفادة من الظرف المبيح^(٣)، وفي مجال رفع العقاب

(١) د. سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، مرجع سبق ذكره، ص ٤٤٦

(٢) Marty et Raynaud, Droit Civil, Tome 1, L'étude Générale Du Droit, Paris, 1972, P26.

(٣) د. رمسيس بهنام، الجريمة والمجرم والجزاء، منشأة المعارف، ١٩٧٢، مصر، ص ٩٦.

يضرِب البعض^(١) أمثلة من مجال الإباحة، حيث بادرت السلطة التشريعية في كثير من الدول إلى إقرار بعض المسالك العرفية؛ وسبب ذلك أن المصلحة الاجتماعية تعلو على الفائدة التي تعود على المجتمع من اعتبار هذه التصرفات جرائم، ومن أمثلة ذلك ضرب الوالد ولده تأديباً، والجراحة، والألعاب الرياضية.

وإذا يخفت ضوء العرف أمام القاضي الجزائي فإنه ينشط في المعاملات التجارية ومن أمثلة العرف التجاري افتراض التضامن بين المدينين بديون تجارية إذا تعددوا، خلافاً للقاعدة العامة المنصوص عليها في القانون المدني السوري بنص المادة ٣٧٩، والتي تقضي بأن التضامن لا يفترض وإنما يكون بناءً على اتفاق أو نص في القانون.

وذهبت محكمة النقض في مصر إلى أن ممارسة التجار عادة معينة في معاملاتهم مدة معينة بحيث صارت هذه العادة سنة مستقرة اعتبرت ذلك عرفاً تجارياً^(٢).

أما إذا خلا التشريع من نص يحكم المنازعة ولم يجد القاضي حكماً في الشريعة الإسلامية أو في العرف، فإنه يلجأ كحل أخير إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، ولا يمكنه أن يرد المنازعة على أساس أنه لا توجد قاعدة قانونية، وإلا وقع تحت طائلة التجريم والعقاب وهذا المصطلح - القانون الطبيعي^(٣) وقواعد العدالة^(٤) يعتبر من الأفكار الغامضة والمبهمة وليس له مضمون واضح ومحدد^(٥)، فلقد تعددت الرؤى بشأنه، وكل عرفه من منظاره الخاص

(١) د. رمسيس بهنام، مرجع سبق ذكره، ص ٩٩ وما بعدها.

(٢) قرار محكمة النقض رقم ١٣٢، مدني، مجموعة أحكام النقض س ١٤، ص ٩٤٦.

(٣) القانون الطبيعي: هو مجموعة من القواعد القانونية التي ليست من صنع الإنسان، وإنما هي قواعد أبدية ثابتة أودعها الله في الكون، والمشرع مطالب بالاعتداء بها عند وضع التشريع، أنظر: د. مصطفى فاضل الخفاجي، القانون الطبيعي، مقال منشور في مجلة آداب الكوفة، كلية الآداب، جامعة الكوفة، ٢٠١٣، العراق، ص ١٢٨.

(٤) قواعد العدالة: "شعور في النفس يوحي به الضمير الإنساني ويهدف إلى تحقيق المساواة بين الحالات المتماثلة مع مراعاة ظروفها وملابساتها"، فهي إذن أمر معنوي يختلف باختلاف وجهات النظر، أنظر:

د. إسماعيل نامق حسين، العدالة وأثرها في القاعدة القانونية، دار الكتب القانونية، ٢٠١١، مصر، ص ١.

(٥) د. حمدي عبد الرحمن، مبادئ القانون، الجزء الأول، المكتب المصري الحديث، ١٩٧٤، مصر، ص ٩٢.

منطلقاً من العقيدة أو الايديولوجية التي يؤمن بها، فهو فلسفة عند اليونان، وقانونا عند الرومان، وديناً روحياً عند رجال الكنيسة في العصور الوسطى، وعقلاً في العصور الحديثة، فهو إذن مصطلح كان محل جدل بين المفكرين وفي مختلف العصور الثقافية التي مرت بها البشرية^(١) والسبب في ذلك هو أن العدالة هي مطلب بشري على مر الأزمنة المتعاقبة، بل نجد حتى المستبدون والطغاة كانوا يرفعون شعارات العدالة ويجعلونها مبتغاهم.

لذلك من الطبيعي الا نجد تعريفاً جامعاً مانعاً للقانون الطبيعي وقواعد العدالة عند فقهاء القانون^(٢)، وهو ما انعكس على الصعيد التشريعي، فالتشريع السوري لم يعرف القانون الطبيعي وقواعد العدالة، ولكنه وجه القاضي عند غياب النص التشريعي ومبادئ الشريعة الاسلامية والعرف أن يرجع للقانون الطبيعي وقواعد العدالة، وفي ذلك إيجاء للقاضي بأنه قد ترك له تحديد ما يدخل ضمن قواعد القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

فمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة إذن تمثل الانشاء، فغاية الأمر في المادة الاولى من القانون المدني السوري، أنه دعوة من المشرع للقاضي أن ينشئ وييدي رأيه، من أجل إيجاد الحكم الملائم للمسألة المطروحة أمامه، بشرط ألا يصدر حكمه ويبتكره عن رأي شخصي أو فكر ذاتي.

حيث يجب أن تبنى على اعتبارات موضوعية عامة^(٣)، تقوم على الأخذ بمبادئ القانون الطبيعي الذي يمثل القيم العليا للضمير البشري، ومبادئ العدالة التي تقضي بأن يطبق القاضي القانون مع مراعاة ظروف وملابسات كل منازعة على حدى تحقيقاً للعدل والانصاف، وذلك باستخدام العقل في الانشاء عن طريق البحث العلمي الحر للوصول إلى حل للمنازعة المعروضة

(١) د. غالب الداودي، المدخل إلى علم القانون، دار الثقافة، ط ١، ٢٠١١، عمان، ص ٢٤

(٢) أنظر: د. إسماعيل نامق حسين، العدالة وأثرها في القاعدة القانونية، مرجع سبق ذكره، ص ٥١

(٣) أنظر: د. يحيى رزق الصرمي، سلطة القاضي في التفسير في القانون المصري واليمني مرجع سبق ذكره، ص ٣٣٨.

عليه، مراعيًا في ذلك المبادئ التي تسود النظام القانوني بأكمله^(١)، مما يجعله قد رجع إلى نفس الجوهر الذي يستهدي به المشرع نفسه في وضع القواعد العامة للتشريع، حيث أن العدل الذي يصل إليه المشرع هو عدل مصنوع، وليس هو جوهر العدل وذاته، وكذلك العدل الذي يصل إليه القاضي هو عدل مصنوع هو أوجدته، فلا ينبغي الخلط بين العدل المصنوع والعدل المطلق^(٢).

وعلينا أن نؤكد دائما أن القاضي عندما يوجد حلاً عادلاً للنزاع المعروض عليه عند غياب النص القانوني، لا ينشئ بذلك قاعدة قانونية، وإنما ينشئ حلاً قضائياً فردياً، وحيثه تقوم في مواجهة أطراف هذا النزاع فقط، ويمكن لقاضي آخر أن يخالفه الحكم في قضية مشابهة.

وفي ظل القانون المدني المصري القديم، كانت مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة تحتل مكانة مرموقة، وقد استندت المحاكم قديماً إلى فكرة القانون الطبيعي وقواعد العدالة في كثير من أحكامها لحالات لم تجد لها نصاً في القانون المدني أو القواعد العرفية أو الشريعة الإسلامية، ومن ذلك حماية الملكية الأدبية والفنية والصناعية، والتعسف في استعمال الحق، والتزام رب العمل، ونظرية الحوادث الطارئة^(٣)، وإن كانت هذه القواعد قد تم إدراجها في القانون المدني الحالي^(٤)، كما نشير إلى أن المسائل التي لا يوجد فيها نص تشريعي، ولا يحكمها أي مصدر من المصادر الاحتياطية الأخرى، وتوجد فيها أحكام قضائية مختلفة، صدرت وفق متطلبات قواعد العدالة، وبمرور الوقت تستقر هذه الأحكام على نسق معين، ويتم تأييدها من طرف المحكمة العليا مثل محكمة النقض في سورية، فإنه ينشأ بذلك اجتهاداً قضائياً، يمكن اعتباره

(١) أنظر: د. نزيه محمد الصادق المهدي، المدخل لدراسة القانون، دار النهضة العربية، ١٩٨١، مصر، ص ١٨٥.

(٢) أنظر: د. سمير تناعو، النظرية العامة للقانون، مرجع سبق ذكره، ص ٤٩٠ - ٤٩١.

(٣) أنظر: د. عمار بوضياف، المدخل للعلوم القانونية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٢٤.

(٤) د. حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية مرجع سبق ذكره، ص ٩٧.

مصدراً عملياً واقعياً من مصادر القانون، ولا أدل على ذلك من المرسوم الفرنسي المتعلق بالقانون المدني الصادر في ٢٠١٦، والذي هو في حقيقته محصلة اجتهادات قضائية لمدة من الزمن^(١).

الفرع الثاني

دور القاضي الإداري في حالة عدم وجود نص

إن وظيفة القاضي الأصلية هي الفصل بين الناس بالعدل طبقاً لقواعد القانون، ولم يكن ليتصور أحد إنشاء القضاء لمادة قانونية موضوعية، لو أن التشريع كان كاملاً ولا يعترضه أي نقص، ولكن التشريع لا يتصور أن يكون كاملاً، لأنه من عمل الإنسان، وعمل الإنسان يشوبه النقص والقصور لا محالة.

وعلى وفق ما يقوله الفقيه كاريه دو ما لبيرك : فإن وظيفة القاضي لا تقتصر على تطبيق التشريع النافذ إذا كان صامتاً، وإنما يجب عليه أن يضع أو يخلق القاعدة المطبقة على النزاع وإلا ارتكب جريمة إنكار العدالة، أي أن مهمة القاضي هي أن يقول كلمة القانون سواء وجدت في نص أم لم توجد^(٢).

فالقاضي الإداري قد يجد نفسه في مواجهة الكثير من المنازعات التي لا يجد بصدها سوى مجموعة من النصوص التشريعية الموسومة بالعموم والشمول القانوني، وخالية في العادة من المبادئ العامة الأساسية، مكثفية بتقرير الحلول الجزئية، وعلى نفس النهج الذي سلكه القاضي المدني عند عدم وجود النص القانوني - طبقاً لنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني السوري باعتباره الشريعة العامة - فإن القاضي الإداري يلجأ عند عدم وجود نص يحكم

(١) L'ORDONNANCE de Code civil - Dernière modification le 01 janvier 2017 - Document généré le 05 janvier 2017 .

(٢) د. رائد ناجي الجميلي، (القضاء الضريبي ومجالاته)، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، ٢٠٠٤، ص ٤٩.

النزاع المعروض عليه إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، فالعرف، ثم إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

ولكن أمام ضيق المجال الذي يعتمد فيه القاضي الإداري على هذه المصادر الاحتياطية من جهة، وما يتمتع به من حرية في التقدير، وأسلوبه المميز في التفسير، والطريقة التي يتبعها في إصدار أحكامه من جهة أخرى، كل ذلك جعل دور القاضي الإداري في إنشاء المبادئ وابتكار النظريات واضحاً وجلياً وبعيد المدى بالمقارنة مع دور القاضي المدني.

وبالعودة لنص المادة الأولى من القانون المدني السوري، نجد أن هذا النص يغطي جميع النطاق القانوني، على أساس أن هذا النص يسري على كل فروع القانون الخاص، فبإراته جاءت وارد في الأحكام العامة، ولأن القانون المدني يعتبر الشريعة العامة، كما أننا نلاحظ أن الخطاب الوارد في النص خطاب عام موجه للقاضي بصفة عامة، ولم يرد فيه ما يشير صراحةً أو ضمناً إلى ما اتجهت إليه إرادة المشرع، وبناء على ذلك نستخلص أنه لا يوجد مانع من أن يكون نص هذه المادة شاملاً لجميع فروع القانون؛ سواء كان خاصاً أو عاماً، لأن معنى التشريع أو مبادئ الشريعة أو العرف لا يختلف باختلاف فروع القانون، بل هو نفس المعنى، والذي يختلف ويتغير هو طبيعة العلاقات التي ينظمها كل واحد من هذه المصادر.

كما نلفت النظر إلى أن الترتيب الذي ذكره المشرع والجمع الذي جمعه لهذه المصادر، ليس صدفة بل هو معتبر؛ وذلك لبيان تدرجها في التطبيق.

ويمكن العودة إلى الشريعة والفقهاء الإسلامي كما فعل القضاء الإداري المصري فنجد القاضي الإداري المصري لم يجد حرجاً في أن يقتفي أثر القاضي المدني ويأخذ بمبادئ الشريعة

الإسلامية، فقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر إلى قولها : "... لما كان الدستور في مادته الثانية يقضي بأن مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع، كما تنص المادة الحادية عشرة منه؛ بأن تكفل الدولة المساواة بين المرأة والرجل في ميادين الحياة السياسية والاجتماعية والثقافية والاقتصادية دون إخلال بأحكام الشريعة الإسلامية، وإن كان قانون مجلس الدولة لم يتضمن نصا صريحا يمنع تعيين المرأة في وظائفه الفنية، إلا أنه كذلك لم يورد نصا بوجوب مساواتها بالرجل في شغل هذه الوظائف، ولما كانت مذاهب الفقه الإسلامي فيما يتعلق بوظائف القضاء على التحديد لا تجيز تقليد المرأة القضاء ومنها من يجيزه، ولكل من الرأيين حججه وأسانيده، فإنه يجوز لجهة الإدارة في هذه الحالة، وإعمالا لسلطتها التقديرية - في هذا المجال أن تترخص في الأخذ بأي من الرأيين المذكورين بما تراه أكثر ملائمة لظروف الحال في الزمن الذي أصدرت فيه قرارها^(١).

كما قضت محكمة القضاء الإداري في مصر بإلغاء قرار وزير الصحة، بتفويض وكالة وزارة الصحة بمنع المدعية أمال محمد إبراهيم من ارتداء النقاب أثناء ممارستها لعملها كممرضة، وما يترتب على ذلك من أثار، كما ألزمت وزارة الصحة بتمكين المدعية بأداء عملها مرتدية النقاب كحرية شخصية، مع التزامها الجوهري بالزي الموحد للممرضات على مستوى الجمهورية، مستندة في ذلك على أن الشريعة الإسلامية مصدر من مصادر القانون الإداري^(٢) وبعد المصدر الاحتياطي الأول وهو مبادئ الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي يعتبر القاضي الإداري العرف الإداري الذي استقر عليه العمل بمثابة القاعدة التنظيمية التي لا ينبغي مخالفتها.

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن ٦٣، في ٣ يونيو ١٩٧٩، السنة ٢٠ ق. ص ١١٦
(٢) حكم المحكمة الإدارية رقم ١٣١٦ و ١٩٠٥، لسنة ٣٤ ق، في ١/ ٧ / ١٩٨٩، نقلا عن: د. كمال دريد، الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ١٥٨
١٥١

والمقصود بالعرف الإداري: "مجموعة القواعد القانونية الناشئة عن سلوك السلطة الإدارية بخصوص أمر ما على نحو معين، واطراد سلوكها على هذا النحو، حتى يسود اعتقاد بأن هذا السلوك أصبح ملزماً لها ^(١) أو "هو اتباع السلطة الإدارية لسلوك معين، بوتيرة منتظمة، خلال فترة من الزمن، توحي بوجود شعور بالإلزام ينشئ قاعدة قانونية عرفية ^(٢) أو "هو القاعدة التنظيمية الناشئة من تكرار السلطة الإدارية المختصة، لأعمال إدارية فردية، واقتتان هذه القاعدة بالتزام الإدارة بها وقبول الأفراد لحكمها" ^(٣).

وقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر إلى تعريف العرف الإداري بأنه: "تعبير أصطلح على إطلاقه على الأوضاع التي درجت الجهات الإدارية على اتباعها في مزولة نشاط معين، وينشأ باستمرار الإدارة في التزامها بهذه الأوضاع والسير على سننها في مباشرة هذا النشاط إلى إن تصبح بمثابة القاعدة القانونية الواجبة للإتباع، ما لم تعدل بقاعدة أخرى ماثلة ^(٤).

ولم أجد تعريفاً للعرف في القضاء الإداري السوري فيما اطلعت عليه من أحكام، ولعل ذلك راجع إلى أن كثير من رجال القانون يحكمون على العرف في المجال الإداري بأنه يمارس دوراً ثانوياً في الكشف عن قواعد القانون الإداري، على خلاف الدور الفعال والبارز الذي يلعبه العرف في المجال المدني والتجاري.

ولقد سلم الفقه ^(٥) والقضاء ^(٦) في مصر على اعتبار العرف الإداري يأتي في المرتبة الثانية بعد التشريع مباشرة، وذلك تطبيقاً للقاعدة التي أوردتها المجموعة المدنية في بابها التمهيدي، على

(١) د. سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، منشأة المعارف، ٢٠٠٤، مصر، ص ٦٨.
(٢) د. حسين الدوري، القضاء الإداري ومبدأ المشروعية، ندوة القضاء الإداري، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، ٢٠٠٧، المغرب، ص ١٨.

(٣) د. برهان خليل زريق، (نحو نظرية عامة في العرف الإداري)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة دمشق، مطبعة عكرمة، ١٩٨٦، سورية، ص ٢٨.

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٧٧، مجموعة الأحكام القضائية الصادرة عن المحكمة الإدارية العليا في مصر، مجلس الدولة، المكتب الفني، السنة السابعة، ١٩٦٢، ص ٣٥٥.

(٥) د. محمود محمد حافظ، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، ١٩٩٣، مصر، ص ٣٦.

(٦) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٤٢، مجموعة الأحكام القضائية، السنة الثانية، ص ٦٣.

أساس أن هذا الباب قصد به أن تسري أحكامه على كل فروع القانون ^(١) أما التشريع الفرنسي فلم يتضمن نصوصاً تتعلق بمشروعية العرف ^(٢)، ويجب ألا يخالف العرف نصاً وإلا كان عرفاً غير قائم ^(٣) و لكن مجلس الدولة الفرنسي، ذهب إلى إقرار هذه المشروعية استناداً على الضرورة العملية ^(٤)، لأن عدم رؤية هذه الضرورة كمبرر لإنشاء العرف الإداري؛ معناه توقف سير الحياة الإدارية المتطورة، كما أن مجلس الدولة الفرنسي تعرض للعرف الإداري في أحكامه القديمة والمتعلقة بتنظيم حقوق الارتفاق ^(٥).

والقاضي الإداري وهو ينشئ الحل القضائي بالنظر للوقائع المعروضة عليه، قد تختلط المبادئ العامة إلى حد ما مع العرف، فالمبادئ العامة تستخلص من العلاقات الاجتماعية ومن التقاليد الموروثة، مثلها مثل العرف، لكن تختلف عن العرف من حيث الركن المادي، فالعرف يتكون من ركن مادي وركن معنوي، أما المبدأ فهو يختلف معه في مسألة التكرار، فلا يشترط في المبدأ أن يكون قديماً، فهناك بعض المبادئ التي لم يطبقها مجلس الدولة إلا مرة واحدة، ومع ذلك أصبحت من المبادئ العامة للقانون ^(٦).

ويطلق الفقه على العرف في هذه الحالة - حالة غياب النص التشريعي "بالعرف المكمل" ^(٧) لأنه لأنه يسد نقصاً في النصوص الإدارية وذلك بهدف تنظيم مسألة لم تتناولها هذه النصوص،

(١) د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية القانون، دار النشر للجامعات المصرية، ١٩٥٤، مصر، ص ١٣٤
(٢) V. François Géný, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, L.G.D.J, 2 Edition, 1954, Tome 2, p 330

(٣) د. طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون، مرجع سبق ذكره، ص ١٠٠.

(٤) أنظر: د. بكر القباني، العرف كمصدر للقانون الإداري، دار النهضة العربية، ١٩٩٦، مصر، ص ٦٠.

(٥) C.E.F, 16/11/1894, Encyclopédie juridique droit administratif, Dalloz, paris, Vol 03, p 5

(٦) د. برهان خليل زريق، (نحو نظرية عامة في العرف الإداري)، مرجع سبق ذكره، ص ١٨٥.

(٧) ولا يوجد مثل هذا الحكم في التشريع الفرنسي، وذهب الفقه لتقرير مشروعيته بالاستناد على فكرة الضرورة العملية

ويكون ذلك إذا اعتادت الإدارة اعتياداً ملزماً على تنظيم وضع لم يعالجه النص بتنظيمه^(١)، ويسميه البعض بالعرف المنشئ^(٢) لأنه يستحدث قواعد تنظيمية.

ولعل ما ذهب إليه الدكتور برهان زريق هو الصواب؛ في أنه لا يمكن أن يرتقي العرف في القانون الإداري إلى مرتبة الإنشاء الذي فيه إبداع، والذي تميز به القضاء الإداري، فإ إنشاء العرف ناتج ومستند عن معطيات تقدمها النصوص، وربما في غير نظرية حماية المال العام والتي هي من إنشاء العرف، لا تذكر مسألة أخرى ابتدعها العرف، وإنما قدّم حلولاً جزئية وتفصيلية في الكثير من المسائل^(٣).

وترجع أهمية العرف المكمل للتشريع، إلى تعذر إحاطة المشرع بتنظيم كافة الأمور^(٤) أو إيراد كافة التفاصيل خاصة مع التقدم التكنولوجي وتعقد الحياة الإدارية، الأمر الذي يستلزم أن يترك للاعتيادات الإدارية الملزمة مسؤولية سد ما قد يشوب التشريع من نقص^(٥) الأمر الذي جعل المشرع ينص على العرف في أولى مواد القانون المدني، وكذلك فعل المشرع المصري.

وللعرف الإداري المكمل في مصر تطبيقات قضائية كثيرة نذكر منها على سبيل المثال؛ ما قضت به محكمة القضاء الإداري حين قالت: "إن قضاء هذه المحكمة قد استقر على أن العرف الإداري قد جرى منذ عهد بعيد على تحويل وكيل المديرية حق مباشرة اختصاصات المدير أثناء غيابه، ما لم ينص صراحة على منعه من مباشرتها، ولما كانت لائحة الترع والجسور

(١) د. عبد المنعم البدر اوي ، المدخل للعلوم القانونية، دار الكتاب العربي، ١٩٦٦ ، مصر، ص ٣٣٢ ، ويرى أن العرف المكمل للتشريع ينشأ في القانون الخاص والعام على السواء ما عدا القانون الجنائي.

(٢) د. عبد الفتاح حسن، القانون الإداري الكويتي، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، ١٩٦٩ ، لبنان، ص ٢٦

(٣) أنظر: د. برهان زريق، (نحو نظرية عامة في العرف الإداري)، مرجع سبق ذكره ، ص ١٩٣

(٤) Lefebvre : la Coutume Comme source du droit française contemporaine, thèse, Lille, 1906, .p.62

(٥) أنظر: د. بكر القباني، العرف كمصدر للقانون الإداري، مرجع سبق ذكره ، ص ٥٩.

قد حلت من أي نص يحرم وكيل المديرية من مباشرة اختصاص المدير في رئاسة لجان مخالفات الرئي، فإن حلوله محله في رئاسة هذه اللجان جائز ولا مخالفة فيه لأحكام القانون^(١).

كما ذهبت إلى أنه "إذا ثبت أن المصلحة قد تخطت المدعي في الأقدمية، وكانت مستندة على عدم تمضيته ستة أشهر في المصلحة التي نقل إليه، وأن العرف كان قبل العمل بقانون نظام موظفي الدولة قد جرى في هذه المصلحة على وجوب تمضية هذه الشهور الستة، فإذا ثبت ذلك فإن هذا لا يبرر تجاوز المدعي في الترقية عند حلول دوره في الأقدمية، إذ أن هذه القيود لا سند لها من قرار مجلس الوزراء الصادر بقواعد الترقية، فيكون قرار الترقية قد خالف القانون بتخطي المدعي في الترقية ويتعين إلغاؤه"^(٢).

ويشترط لاعتبار العرف ملزماً للإدارة أن يتوافر شرطان؛ أن يكون العرف عاماً وتطبقه الإدارة بصفة دائمة وبصورة منتظمة، ثم ألا يكون العرف مخالفاً للنصوص القانونية القائمة، وإلى ذلك ذهبت محكمة القضاء الإداري المصري بقولها: "إنه إذا كان محظوراً على العرف الإداري أن يخالف تشريعاً، فإنه "ينجر عن ذلك أن العرف الناشئ عن خطأ في فهم القانون لا يمكن التعويل عليه"^(٣).

ودور القضاء الإداري مع العرف الإداري يتأرجح بين التفسير والإثبات، ولا يمتد إلى التكوين كأصل عام، ولكن إذا رأينا الدور المادي لا القانوني الذي يلعبه القاضي الإداري في توضيح

(١) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ١٨٨ ، في ٢٦ فبراير ١٩٥٣ ، مجموعة محكمة القضاء الإداري، المكتب الفني، السنة السادسة، ص ٥٥٤.

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٢٢٣ ، في ٢٤ يناير ١٩٥٥ ، مجموعة محكمة القضاء الإداري ، السنة التاسعة، ص ٢٥٧.

(٣) حكم الإدارية العليا رقم ٤٢ ، في ٢٣ فبراير ١٩٦٢ ، مجموعة السنة السابعة، ص ٣٥٥.

العرف وتنقيته، وتطبيق أحكامه، مما يدفع الأفراد إلى اتباعه، كل ذلك يجعلنا نقول إنه يساهم بصورة غير مباشرة في تكوين العرف^(١).

ومن المعلوم أن العرف ينشأ من الوقائع^(٢) وهذه الوقائع لا تنشئ القاعدة، وإنما تقتصر على إنشاء مضمونها دون صياغتها في ألفاظ واضحة تعبر عن وجودها وتبين معناها، الأمر الذي يترتب عليه صعوبة في التحقق من وجود العرف، ومعرفة الوقت الذي بدأ فيه، وتعدد المناهج القانونية التي فسرت العرف، مما يجعل هذه المسألة بالغة الصعوبة والتحديد، وهذه الصعوبة تقع على عاتق القاضي الإداري، فنجد أحد الفقهاء يعبر عن هذه الحقيقة بقوله: "كيف يتسنى للقاضي معرفة القاعدة العرفية، وكيف يتأكد أن حكمها لا زال قائماً ولم يتطور، فعليه أن يتغلغل في سلوك الناس ليصل إلى ما اعتادوا عليه، وعليه أن يغوص في نفوسهم وضمايرهم ليستقصي مدى شعورهم بالزام ما اعتادوا عليه، وعلى القاضي أن يتحرى منتهى الدقة عند قيامه بهذه المهمة، لأن التساهل في ذلك قد يفتح الباب على مصرعيه بوجود قواعد قانونية تنسب خطأ للعرف، لمجرد اعتياد قلة من الناس أو الإدارة على حكم معين، أو لمجرد ميل القاضي إلى هذا الحكم^(٣).

وإذا لم يجد القاضي الحل لا في مبادئ الشريعة الإسلامية ولا في العرف الإداري فإنه يلجأ إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة؛ أي يكون الحل القضائي الذي يضعه القاضي الإداري من إنشائه، ولا يعتمد في وضعه على مصادر محددة واضحة، بل يستند في استنباطه على الأسس العامة التي يستقر عليها النظام القانوني للدولة، بمعنى

(١) د. سليمان الطماوي، الوجيز في القضاء الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٣٣.

(٢) د. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، ١٩٩٨، مصر، ص ٣٥٢.

(٣) د. نعمان خليل جمعة، المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، ١٩٧٧، مصر، ص ٧٣.

أنه يستمد من جوهر القانون الذي هو القانون الطبيعي أو قواعد العدالة، وذلك حسب المادة الأولى من القانون المدني.

وهنا علينا أن لا نخلط بين جوهر القانون، ومصدر القانون؛ فالقانون الطبيعي أو قواعد العدالة هما جوهر القانون الذي يستلهمه المشرع، وهو بصدد وضع القاعدة القانونية، وهما أيضاً جوهر القانون الذي يستلهمه القاضي بصفة عامة وهو بصدد الفصل في المنازعات المعروضة عليه والتي لم يجد بشأنها نصاً قانونياً في مصادر القانون ليطبقه عليه، فالحل هنا حل قضائي بحت، والقاضي الإداري حين لا يجد مصدراً من المصادر التي حددها المشرع وفق المنهج الذي رسمه، فيرجع هنا إلى الضمير القانوني العام للجماعة، وما يحتويه من مبادئ القانون الطبيعي والمبادئ العليا للعدالة، وما يقدره القاضي الإداري من موازنة تجعله يحقق التوازن بين المصلحة العامة والمصالح الفردية^(١).

وقد استخدم هذا المصطلح في القضاء الإداري المصري بتعبيرات متعددة؛ مثل المبادئ العليا الدستورية، والمبادئ القانونية المسلم بها، ومبادئ العدالة والإنصاف، ومبدأ المساواة، وعدم الإخلال بواجبات الوظيفة أو الخروج على مقتضياتها^(٢).

ومن الأمثلة على ذلك ما ذهبت إليه محكمة القضاء الإداري في مصر من أنه: "لا تشرب على الموظف في إبداء رأيه إن كان معتداً بنفسه، واثقاً من سلامة نظره، شجاعاً في إبداء رأيه، صريحاً في ذلك أمام رئيسه، لم يجانب ما تقتضيه وظيفته من تحفظ ووقار، ذلك أن الصراحة

(١) أنظر: د. مراد بدران، (القرار المبني في المجال الإداري)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد الثالث، ٢٠٠٩، ص ١٦٩.

(٢) أنظر: المستشار. وجدي عبد الصمد، (دور القاضي في تطبيق وخلق القانون)، مجلة المحاماة، لسنة ٥٦، العددان ٩ - ١٠، مصر، ص ٧٩.

في إبداء الرأي بما فيه وجه المصلحة العامة مطلوبة؛ حتى لا تضيق المصلحة في تلافيف المصانعة والرياء، إذ الحقيقة دائماً هي وليدة الرأي لا يجليها إلا مقارعة الحجة بالحجة^(١).

وكذلك قولها أيضاً: "لا مشاحة في أن المبادئ العليا الدستورية تقتضي مساواة المرأة والرجل في الحقوق والواجبات ومقتضى هذه المساواة عند تطبيقها على الوظائف والأعمال العامة، هو عدم جواز حرمان المرأة على وجه مطلق من تولى هذه الأعمال والوظائف وإلا كان في ذلك تعارض مع مبدأ المساواة وإخلال بهذا المبدأ الجوهري من المبادئ العليا الدستورية"^(٢).

ومنها أيضاً قولها: "أن ثمة قدراً من الضمانات الجوهرية يجب أن تتوفر كحد أدنى في كل محاكمة تأديبية، وهذا القدر تمليه العدالة المجردة، وضمير الإنصاف، والأصول العامة في المحاكمات وإن لم يرد به نص"^(٣).

وكذلك " لا يجوز معاقبة الموظف عن الذنب الواحد مرتين وهذا من البديهييات التي تقتضيها العدالة الطبيعية ومن الأصول المسلمة في القوانين الجزائية"^(٤).

فالقاضي الإداري لا تتوقف مهمته عند تطبيق القواعد المقننة فقط، وإنما تمتد إلى حد إنشاء القواعد القانونية، على خلاف الدور الذي يلعبه القاضي المدني، وقد أكدت المذكرة الإيضاحية لقانون مجلس الدولة في مصر رقم (١٦٥) لسنة ١٩٥٥ على الدور الإنشائي للقاضي الإداري فجاء فيها: "أن القانون الإداري يفترق عن القوانين الأخرى كالقانون المدني والتجاري في أنه قانون غير مقنن وأنه ما زال في مقتبل نشأته وما زالت طرقه وعرة وغير معبدة،

(١) حكم محكمة القضاء الإداري ، في ٢١ يونيو ١٩٥٠ ، مجموعة محكمة القضاء الإداري، المكتب الفني، السنة ٤ ، ص ٩١٦ .

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري ، في ٢٣ ديسمبر، ١٩٥٣ مجموعة محكمة القضاء الإداري، المكتب الفني، السنة ٧ ، ص ٣٠٤ .

(٣) حكم الإدارية العليا، في ٢١ مارس ١٩٥٩ ، مجموعة أبو شادي، ص ٢٨٨ ، وحكم الإدارية العليا، في ٠١ فبراير ١٩٦٢ ، مجموعة محكمة القضاء الإداري، المكتب الفني، السنة ٥ ، رقم ٩٥٨ .

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا، في ١٢ يناير ١٩٦٣ ، مجموعة محكمة القضاء الإداري، السنة ٨ ، ص ٤٣٩ .

لذلك يتميز القضاء الإداري بأنه ليس مجرد قضاء إنشائي يتدع الحلول المناسبة للروابط القانونية التي تنشأ بين الإدارة في تسييرها للمرافق العامة وبين الأفراد، وهي روابط تختلف بطبيعتها عن روابط القانون الخاص ومن ثم ابتدع القضاء الإداري و نظرياته التي استقل بها بهذا الشأن.

ومن المنطقي أنه حينما يقوم القاضي بإيجاد حل قانوني على النزاع المعروض عليه، والذي لم يجد له حال في المصادر القانونية، فإن القاضي الإداري يكون هو المصدر الوحيد للقانون فيما يخص هذا النزاع.

ولذلك نجد أن المبادئ العامة للقانون تجد مصدرها المباشر في أحكام مجلس الدولة الفرنسي، والذي يرجع له وحده الفضل في استنباطها كقواعد قانونية ملزمة، لتكون مصدراً هاماً مستقلاً من مصادر المشروعية، مصدراً مستقلاً عن التشريع بل ويتعداه في بعض الأحيان، تتدخل عند تحلّف قواعد القانون؛ إما لعدم وجودها، أو لعدم فاعليتها في هذا الميدان أو ذاك، فكانت نتيجة تميز وتطور كبير للقاضي الإداري في فرنسا، كما أنها لم تولد مرة واحدة، بل وجدت بعد تطور طويل ومضني، قبل أن تستقر كنظرية متكاملة ^(١)

فهذه النظرية القضائية بالمعنى الكامل للكلمة، عرفت تعريفات عديدة، ولعل أهم تعريف لها، هو تعريف مفوض الحكومة Letourneur في تقريره عن قضية " جمعية الحفلات الموسيقية " ^(٢)، مخاطباً مجلس الدولة بقوله:

(١) د. محمد أحمد رفعت عبد الوهاب، المبادئ العامة للقانون مصدر للمشروعية في القانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٧.

(2) C.E, 09/03/1951, Société des concerts du conservatoire, Rec. 151.

"إن قضاءكم قد قبل منذ مدة طويلة أنه إلى جانب القوانين المكتوبة، توجد مبادئ كبرى يعتبر الاعتراف بها كقواعد قانونية أمر ضرورياً لتكملة الإطار القانوني الذي في ظله يجب ان تتطور الأمة بما لها من تنظيمات سياسية واقتصادية وأن مخالفة هذه المبادئ الكبرى لها ذات النتائج التي ترتبها مخالفة القانون المكتوب، أي إلغاء القرار الصادر على خلافها والتزام السلطة التي أصدرته بالتعويض عن قرارها الخاطئ"^(١).

وعرفها الفقيه ديلوبادير بأنها: "عدد من المبادئ التي لا تظهر مصاغة في نصوص مكتوبة، ولكن يعترف بها القضاء باعتبارها واجبة الاحترام من الإدارة، وأن مخالفتها تمثل انتهاكا للمشروعية"^(٢)، كما تم تعريفها في قاموس المصطلحات القانونية الفرنسي بأنها: المبادئ العامة للقانون: "المصدر الرئيسي غير المكتوب للقانون الإداري ، ممثلة بقواعد قانونية ملزمة للإدارة والتي يتم تأكيد وجودها من قبل القاضي ، حيث تفرض احترامها على جميع السلطات الإدارية"^(٣).

وعرفها الدكتور محمد أحمد رفعت عبد الوهاب: "مجموعة من القواعد القانونية الأساسية أو الجوهرية التي تلزم الإدارة بمراعاتها في قراراتها الفردية واللائحية في كل مظاهرها، وتكون لها قوة قانونية تماثل التشريع العادي، ولكنها مع ذلك غير مكتوبة فهي لا تستند مباشرة لنص قانوني مكتوب وإنما تجد مصدرها المباشر في قضاء مجلس الدولة الفرنسي"^(٤).

ونذكر مثلاً لهذه المبادئ الجوهرية الكثيرة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي؛ مبدأ خضوع كل قرار إداري للطعن بالإلغاء لتجاوز السلطة، فهذا المبدأ قد قرره مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الشهير "دام لاموت" الذي سبقت الإشارة إليه عند الحديث عن أحد قوانين حكومة

(١) études et document, conseil d'état, imprimerie nationale, 1951, p24.

(٢) André de- laubadère, traité élémentaire de droit administratif, 8ème édition, 1980, P. 259.

(٣) lexique des termes juridiques, 2014, 21 éditions, Dalloz, p 736.

(٤) د. محمد أحمد رفعت عبد الوهاب، المبادئ العامة للقانون مصدر للمشروعية في القانون الإداري ، ص ١٥.

فيشي سنة ١٩٤٣ فذكر المجلس بكل وضوح أن الطعن لتجاوز السلطة يبقى مفتوحاً وممكناً حتى دون وجود نص ضد كل قرار إداري^(١).

ونفس الموقف يتخذه مجلس الدولة السوري وذلك بإلغاء القرارات الإدارية المشوبة بعيب الانحراف بالسلطة فمثلاً نجد أن محكمة القضاء الإداري بدمشق، الغت قرار المدير العام للجمارك بحق الوكيل القانوني لشركة، وهذا القرار يتضمن منع دخول المدعي الى مديرية الجمارك العامة وكافة المديريات الاقليمية حيث دفعت الادارة سبباً هذا المنع وجود عدد من قرارات الغاء منع السفر وقرارات رفع الحجز الاحتياطي المزورة والتي ثبت بعد التحقيق ان شقيق المدعى عليه من المتورطين فيها، مع العلم ان المدعي لم ينسب اليه أي فعل جرمي او مخالفة قانونية و تطبيقاً للمبادئ القانونية العامة بعدم معاقبة شخص بجريرة غيره فتغلبت الادارة قد انخرفت عن السلطة التي منحها اياها القانون^(٢).

(١) د. محمد أحمد رفعت عبد الوهاب، مرجع سبق ذكره، ص ١٢١.
(٢) حكم محكمة القضاء الإداري بدمشق ، رقم ٢/٣٣٠ لسنة ٢٠١٤، المجموعة الشاملة، ص ٢١٢.
١٦١

المبحث الثاني

القضاء الإداري والرقابة على السلطة التقديرية للإدارة

موضوع السلطة التقديرية للإدارة يعتبر من أكثر موضوعات القانون الإداري إثارة للنقاش والجدال بين الفقهاء والقضاة، فهو موضوع مثير للحيرة، شائك ودقيق، ومن الصعب صياغة نظرية شاملة ومحكمة بشأنه، تضع له قواعد واضحة ومحددة، حيث أنه من مستلزمات دور ووظيفة السلطة التنفيذية هو مجرد تنفيذ القوانين التي تسنها السلطة التشريعية، مما ينتج عنه أن ترتبط وظيفة السلطة التنفيذية بصفة عامة والإدارة بصفة خاصة على مجرد التعبير تعبيراً صادقاً عن إرادة المشرع بلا نقص أو زيادة، وبهذا المفهوم تكون سلطات الإدارة مقيدة باستمرار، ولكن ضروريات الحياة الإدارية ومقتضيات النشاط الإداري تحول دون الأخذ بالمنطق السابق على إطلاقه، بسبب أن الإدارة ليست آلة محددة النظام والبرنامج، بل هي تضطلع بمهمة النشاط الإداري الذي هو في تغير متزايد، مما يجعله في حاجة إلى معاملة متغيرة دائماً بين التنفيذ والتقدير، وذلك كله لتحقيق المصلحة العامة والمحافظة عليها^(١).

إن المبدأ المستقر عليه في معظم الدول الديمقراطية هو خضوع الإدارة للرقابة القضائية، لأن هذه الرقابة تستهدف حماية الحريات الفردية، ولكن هذا لا يجعلنا نحجب الأبصار عن حاجة الإدارة إلى قدر من الحرية تضمن به حسن السير لنشاطاتها، وإذا كان من اللازم تقييد الإدارة فيجب ألا يؤدي ذلك إلى ربط أيدي

(١) V. Michel Fillion, Le pouvoir discrétionnaire de l'administration exercé sous forme de normes administratives : les directives, Un article de la revue Les Cahiers de droit, volume 20, numé-ro 4, 1979, p.855

رجالها وقتل روح الابتكار فيهم، ولهذا منح المشرع الإدارة قدراً من الحرية يتمثل في السلطة التقديرية.

وتدخل الدولة الحديثة في مجالات عديدة وكثيرة، فرض على المشرع أن يقرر للإدارة السلطة التقديرية لكي تستطيع أن تواجه مهامها ومسؤولياتها بكفاءة وحسن تصرف، ولكن علينا التأكيد بأن هذه السلطة يجب أن تمارس في إطار رقابة القضاء الإداري، وأن تتسم بالموضوعية وتراعي روح المصلحة العامة، مهما كانت حاجة الأفراد إلى وضع قيود على حرية الإدارة في تصرفاتها، فان موجب ذلك لا يجعلنا نسرف في هذا التقييد، لما سوف يترتب عليه في النهاية من عواقب كبيرة، تتمثل في شل حركة الإدارة وبالتالي لا تستطيع أن تواجه المتغيرات المستمرة بين فترة وأخرى في النشاط الإداري، الأمر الذي سيؤدي إلى كبت نشاطها وإعدام روح الابتكار لديها، فكانت السلطة التقديرية ضرورة لازمة للإدارة لضمان حسن تسييرها للعمل الإداري وذلك لتحقيق المصلحة العامة وتلبية حاجيات المواطنين^(١).

وبناء على ما سبق فإن السلطة التقديرية إنما تستند إلى اعتبارات عملية ضرورية، تمنح الإدارة بموجبها عدة اختيارات لمواجهة الواقع الذي لا نستطيع أن نتصوره مسبقاً ولا يمكن للقاضي معاشته ملابساته وتفصيله^(٢).

وللسلطة التقديرية للإدارة تعريفات فقهية عديدة، فقد عرفها الفقيه هوريو بقوله: "إن الإدارة تقوم بممارسة صلاحياتها في تقديم خدمات للأفراد، وفقاً لما ينص عليه القانون، ولكن أحيانا يترك لها القانون مجالاً من الحرية في اختيار القرار والوقت الملائم لاتخاذ^(٣)، ويرى الأستاذ

(١) د. حمدي علي عمر، السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها، الرياض، ط١، ٢٠٠٣، ص ٣٥

(٢) د. محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، ٢٠٠٥، الجزائر، ص ١٧

(3) Maurice HAURIOU, Précis de droit administratif et de droit public, 12eme éditions, Dalloz, pa-ris, 2002, p 221.

دي لوبادير أن: "أن الإدارة تتمتع بالسلطة التقديرية إذا كان لها حرية اتخاذ القرار الإداري، وذلك حينما تكون في مواجهة ظروف واقعية معينة، وعليها أن تختار القرار المناسب من بين عدة قرارات إذا لم يفرض القانون المسلك الواجب إتباعه مسبقاً^(١).

أما العميد بونار فيرى أن السلطة التقديرية للإدارة: "تكون عندما يترك لها القانون بصدد علاقاتها مع الأفراد الحرية في أن تتدخل، أو تمتنع، ووقت هذا التدخل وكيفية، وكذلك مضمون القرار الذي تتخذه، فالسلطة التقديرية هي التي يتركها القانون للإدارة لتحديد ما يصح عمله وما يصح تركه^(٢).

ويذهب الدكتور سليمان الطماوي لتأييد العميد بونار في رأيه بالسلطة التقديرية للإدارة، والذي يتفق أيضاً مع قرارات مجلس الدولة الفرنسي، والذي مفاده أن: "القرار المبني على سلطة تقديرية يقوم على أساسين؛ يتضمن الأول: عدم وجود قرار تقديري بشكل كلي، والتي كانت تسمى سابقاً بطائفة الأعمال التقديرية فلم يبق هذا النوع من القرارات سوى ما تعلق بأعمال السيادة، أما الثاني: فإن التقدير أو التقييد في القرارات الإدارية، يرد على عنصر بعينه من العناصر التي يتكون منها القرار الإداري^(٣).

وعرف الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب السلطة التقديرية أو كما يسميها "بالسلطة الاستثنائية": "بأنها تلك السلطة التي تتمتع بها الإدارة بناء على ما يسمح لها به القانون من حرية في تقدير الظروف الواقعية واتخاذ القرار الذي تراه ملائماً لهذه الظروف^(٤).

(١) André de Laubadere et Jean-Claude Venezia et Yves Gaudemet, Traité de droit administratif, tome1, L.G.D.J, Paris, 1999, p.690 .

(٢) نقلاً عن: د. سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٤٦.

(٣) د. سليمان محمد الطماوي، المرجع أعلاه، ص ٥٠.

(٤) د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، مرجع سبق ذكره ص ١٩٧.

وهذه السلطة التقديرية ظلت لوقت طويل خارج نطاق الرقابة القضائية تطبيقاً لمبدأ فصل السلطات وعدم تدخل القضاء في ملاءمة أعمال الإدارة وذلك قبل أن يتدخل القاضي الإداري مانحاً لنفسه حيزاً من الرقابة ومحافظةً في نفس الوقت على حرية الإدارة في ممارسة نشاطها من خلال وضع بعض الضوابط على هذه السلطة دون أن يكون القاضي رئيساً على جهة الإدارة ، وعليه سنتناول مسألة السلطة التقديرية للإدارة وما يتعلق بها، وعلاقة ودور القاضي الإداري في ذلك في مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: الاتجاهات التقليدية في رقابة القاضي الإداري من خلال الانشاء على السلطة التقديرية للإدارة.

المطلب الثاني: الاتجاهات الحديثة في رقابة القاضي الإداري من خلال الانشاء على السلطة التقديرية للإدارة.

المطلب الأول

الاتجاهات التقليدية في رقابة القاضي الإداري من خلال الانشاء على السلطة التقديرية للإدارة:

مما لا شك فيه أن للإدارة حرية في اتخاذ التصرفات التي تراها مناسبة وملائمة وهي تمارس سلطتها التقديرية، حيث منحها القانون حيزاً من حرية التصرف عندما تمارس اختصاصاتها القانونية في تقدير القيام بالعمل القانوني أو عدم القيام به؛ وذلك بسبب أن وظيفتها تتمثل في القيام بالأعباء الإدارية، وبالتالي سيكون لها اختيار الوسائل اللازمة، ووقت القيام بها ما دامت لم تخرج عن نطاق المشروعية، وهذا ما دفع الفقه والقضاء للقول بأن الاعتراف بهذا القدر للإدارة من حرية التصرف يعد بمثابة الشرط لحياة وبقاء الإدارة، خاصة بعد أن تعاضم الدور الذي أصبحت تضطلع به جهة الإدارة وتشعب مجالاتها، وأيضاً بعد أن أصبحت فكرة الدولة الحارسة، مفهوماً ليس له فاعلية في الوقت الحالي.

وبناءً على ما سبق فإنه مهما قيل عن فكرة السلطة التقديرية للإدارة، ومهما قيل عن تبريرها، فإن هذه السلطة ترتبط وتتلائم والدولة القانونية؛ بمعنى أنه لا يمكن ظهور فكرة السلطة التقديرية في نظام لا يسوده مبدأ سيادة القانون^(١).

وإن كانت هناك رقابة إدارية ذاتية، ورقابة سياسية، تلعب دوراً مهماً في هذه الرقابة، إلا أن الرقابة القضائية على أعمال الإدارة التقديرية تمثل ضرورة ملحة لحماية حقوق الأفراد وحررياتهم ضد تعسف الإدارة واستبدادها، فهي بحق تعتبر المظهر العملي والفعل لحماية مبدأ المشروعية^(٢).

(١) أنظر: د. سامي جمال الدين، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٤، مصر، ص ١٧

(٢) أنظر: د. العربي زروق، (التطور القضائي لمجلس الدولة الفرنسي في رقابة السلطة التقديرية)، مجلة مجلس الدولة، العدد الثامن، ٢٠٠٦، ص ١١٨ مصر، ص ١٧

لكن سرعان ما تغيرت الأوضاع ولم يعد الوضع على ما كان عليه، حيث كان في القرن الذي مضى رقابة القاضي الإداري على أعمال الإدارة تنحصر في رقابة مدى مشروعية تلك الأعمال، فنجد مجلس الدولة قد بدأ كخطوة أولى بالاعتراف لنفسه بالحق في الرقابة على الوجود المادي للوقائع التي ادعتها الإدارة وأسست قراراتها بناء عليها، ثم تحوّل مجلس الدولة بعد ذلك إلى رقابة التكييف القانوني لتلك الوقائع؛ أي هل تتفق وقصد المشرع منها أم لا؟

وتبين لنا الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة في العناصر الداخلية للقرار الإداري، وذلك من حيث السبب الذي استند عليه القرار لصدوره، سواء تعلق بالوقائع المادية، أو بالتكييف القانوني له، ونقصد بالسبب؛ الحالة الواقعية التي تحدث بعيداً عن رجل الإدارة، وتبرر اتخاذ القرار بناء على نص قانوني يتناسب ووقائع الحالة المادية، والإدارة من حيث العموم ليست ملزمة بذكر سبب اتخاذها للقرار إلا إذا نص القانون على ذلك.

كما إن وجوب توافر السبب الصحيح في القرار الإداري يختلف عن تسبب القرار الإداري كإجراء شكلي قد يتطلبه القانون، وهو ما يدخل في عيب الشكل، وأما السبب في القرار الإداري؛ هو حالة واقعية أو قانونية تحمل الإدارة على التدخل بقصد إحداث أثر قانوني هو محل القرار، تحقيقاً للمنفعة العامة والتي هي غاية القرار.

وبناء على ما سبق يمكن القول؛ أنه يشترط في القرار الإداري أن يقوم على أسباب واقعية حقيقية وأن تكون هذه الأسباب سليمة من الناحية القانونية، فتكون رقابة القضاء على الشرط الأول تتمثل في الرقابة على الوجود المادي لعنصر السبب؛ في حين أن الرقابة على الشرط الثاني؛ هي الرقابة على الوجود القانوني للوقائع، مما يعني التأكد من صحة انطباق الوصف القانوني على الوقائع المادية^(١).

(١) د. محمد حسنين عبد العال، (فكرة السبب في القرار الإداري ودعوى الإلغاء)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٧١، ص ٥

ولقد ذهب مجلس الدولة السوري في كثير من أحكامه إلى الاعتراف بالسلطة التقديرية للإدارة، موافقاً في ذلك الأحكام التي قررها القضاء الإداري المقارن، فنجد أن القاضي الإداري يمتنع عن إخضاع المجالات التي تخضع للسلطة التقديرية للإدارة لرقابته، فمثلاً رفضت المحكمة الإدارية بدمشق موضوع دعوى العامل (ج. د) للمطالبة بتعديل وضعه لحصوله على شهادة أعلى بقولها "إن تثبيت العامل الوكيل إنما يخضع للسلطة التقديرية للإدارة ولا إلزام على الإدارة بتثبيت العامل الوكيل وأن مرور مدة سنتين هي شرط لاكتمال حق الإدارة العامة بممارسة سلطاتها بالتثبيت إذا ارتأت ذلك دون إلزام عليها حتى مع مرور السنتين، كما أن تعديل وضع العامل الذي حصل على شهادة أعلى إنما يخضع أيضاً لسلطة الإدارة التقديرية ولا إلزام على الإدارة بتعديل وضع العامل بنقله إلى فئة أعلى تمارس الإدارة هذه السلطة دون التقيد بمدة زمنية طالما أن صلاحية التعديل من الأمور الجوازية المنصوص عنها قانوناً"^(١).

لذلك ستناول في هذا المطلب الاتجاهات التقليدية في الرقابة على الوجود المادي والتكييف القانوني للوقائع والمتعلقة بالسلطة التقديرية للإدارة في فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول: دور القاضي الإداري الانشائي في الرقابة على الوجود المادي للوقائع التي ادعتها الإدارة.

الفرع الثاني: دور القاضي الإداري الانشائي في الرقابة على التكييف القانوني للوقائع التي ادعتها الإدارة والاستثناءات الواردة عليها.

(١) حكم المحكمة الإدارية بدمشق رقم ٢/٦ لعام ٢٠١٥ القضية رقم ٢/١٧٥ لعام ٢٠١٥ المجموعة الشاملة ص ٦٥٩.

الفرع الأول

دور القاضي الإداري الانشائي في الرقابة على الوجود المادي للوقائع التي ادعتها الإدارة :

بدأت الرقابة على الوجود المادي للوقائع التي تدعيها جهة الإدارة من طرف القضاء الإداري الفرنسي عام 1907^(١) ، أي بعد إنشاء مجلس الدولة الفرنسي بخمسة وثلاثين عاماً، حيث ظهرت تلك الرقابة بمقتضى قضية السيد Monod^(٢) ، عام 1907، حيث تتلخص وقائع القضية في أن السيد المدعو "Monod" كان يشغل منصب محافظ، ثم أحيل للتقاعد من طرف الإدارة، إلا أن السيد "Monod" رفع دعوى إلغاء ضد هذا القرار أمام مجلس الدولة الفرنسي، وعللت الإدارة إصدارها لمثل هذا القرار، بأن السيد "Monod" قد سبق له وأن تقدم بطلب إليها إحالته على التقاعد، إلا أن المدعي قد طعن على ادعاء الإدارة هذا على أساس عدم صحة ما ادعته جهة الإدارة بأنه قد سبق التقدم إليها بطلب الإحالة للتقاعد، وبالتالي فإن قرار الإحالة الصادر من الإدارة ينطوي على جزاء تأديبي في صورة فصل إداري، فأصدر المجلس حكماً بإلغاء قرار الإدارة لعدم وجود الوقائع التي تدعيها جهة الإدارة وكانت سبباً في إصدار قرارها، وأصبح هذا الحكم نقطة البداية في التطور اللاحق لقضاء مجلس الدولة الفرنسي في هذا المجال، حيث بموجبه انكسرت نظرية القرارات التقديرية كما كانت مألوفة في القرن الماضي، حيث لم تعد أسبابها مما تقدره الإدارة بسلطة مطلقة من كل

(١) وذلك راجع لأسباب سياسية ودستورية، جعلت مجلس الدولة الفرنسي يمتنع عن ممارسة هذه الرقابة حتى لا يوقف ذلك توسع وظيفة القضاء وتطوره، بعد أن أصبح يقال إن ممارسة القاضي الإداري لهذه الرقابة هو إحلال لتقديره الشخصي محل تقدير الإدارة، الأمر الذي يخرج على دوره كقاضي مشروع ليصبح رئيساً على الإدارة، أنظر: د. العربي زروق، التطور القضائي لمجلس الدولة الفرنسي في رقابة السلطة التقديرية للإدارة، مرجع سبق ذكره، ص ١١٨

(2) C.E 18/06/1907, Monod, par Nadine poulet-Gibot, droit administratif, 3eme édition, Bréal, Paris, 2007, p.248

قيد، بل يجب أن تكون لتلك القرارات أسباب قوامها القانون والواقع^(١)، مما يجعلنا نقول أن القرن التاسع عشر هو عصر السلطة التقديرية المطلقة للإدارة، والقرن العشرين هو عصر تقييد هذه السلطة.

فتدخل القاضي الإداري في فرنسا لبحث مدى وجود الوقائع التي تدعيها جهة الإدارة والتي تمنحها الحق في التدخل لإصدار قراراتها الإدارية^(٢).

وعليه فإن الواقعة التي يعتمد عليها القرار، يجب أن تكون سبباً قانونياً لهذا القرار، وإلا سيكون سبب هذا القرار منعدماً ويجب إلغاؤه إذا كانت الواقعة غير صحيحة مادياً^(٣) كما ذهب مجلس الدولة الفرنسي في كثير من أحكامه إلى بيان الرابطة التي تكون بين القرار الصادر من الإدارة والوقائع السابقة عليه، وهذا ما عبر عنه بمصطلح السبب القانوني^(٤).

أما عن موقف الفقه الفرنسي فنجده إزاء هذا الموقف الجريء من مجلس الدولة الفرنسي قد انتهى إلى ضرورة إلغاء القرارات الإدارية التي لا تعتمد على وقائع صحيحة حتى ولو كانت هذه القرارات قد اتخذت من الإدارة وهي بصدد ممارسة سلطتها التقديرية، وهناك من الفقهاء الفرنسيين من أسس تلك الرقابة على فكرة "الانحراف بالسلطة"، كالعميد هوريو^(٥)، والفقيه فيديل^(٦)، حيث ذهبوا إلى أن مجلس الدولة بالإضافة إلى مهمته في رقابة مدى احترام النصوص القانونية، فإنه أيضاً يراقب مدى احترام الإدارة لقواعد الأخلاق الإدارية التي

(1) V. La Ferrière : Traité de la juridiction administrative, op.cit., P.424.

(2) د. عصام عبد الوهاب البرزنجي، (السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية)، مرجع سبق ذكره، ص ٢٣٣

(3) أنظر: د. السيد محمد إبراهيم، رقابة القضاء الإداري على الوقائع في دعوى الإلغاء، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، ١٩٦٣، الإسكندرية، ص ٥٤

(4) André de Laubadere, Traité de droit administratif, op.cit., p565

(5) Maurice Hauriou «le Pouvoir discrétionnaire et sa justification. Mélange carre de Malbergs, 1933.P. 233 et 314.

(6) Vedel «Essai sur la notion de cause en droit administratif »Librairie du Recueil Sirey, Société anonyme, 1934, p 285.

يشهدنا التطبيق العملي داخل المرافق الإدارية، وذهب الفقيه Bonnard إلى القول بأن: "أي عمل تقوم به جهة الإدارة يجب أن يكون له سبب قانوني يستند إليه وإلا عدّ ذلك عملاً ناشئاً عن نزوة"^(١).

ويتضح من تلك الآراء الفقهية؛ أنها تؤكد على رقابة مجلس الدولة الفرنسي على الوقائع التي تدعيها جهة الإدارة، وتبرر بها ما يصدر عنها من قرارات إدارية، تجعلها خاضعة لنطاق رقابة المشروعية^(٢).

هذا وقد استعمل مجلس الدولة الفرنسي مصطلح السبب القانوني في العديد من الأحكام وعلى سبيل المثال؛ Zeltanr^(٣) ، Guibert^(٤) ، Aliber^(٥) ، وهي قضايا تتعلق بالإحالة إلى التقاعد، وتزعم الإدارة فيها أن قراراتها قد صدرت بناءً على سبق تقدم من المدعين بطلبات الإحالة إلى التقاعد، وكانت رقابة مجلس الدولة تنصبّ على التأكد من مجرد الوجود المادي لواقعة معينة -سبق تقديم الطلب من الموظف-، كما كان سعيه بالبحث عن إيجاد رابطة بين هذه الواقعة والقرار المرتبط بها، مستخدماً في ذلك صيغة واحدة هي: "أن تأسيس القرار على واقعة مادية غير صحيحة، يجعله قائماً على سبب غير موجود، مما يستوجب إلغاؤه لمجاوزة السلطة"^(٦).

(1) V. Bonnard ، «Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et Recours pour excès de pouvoir, R.D.P, 1923, P 388.

(٢) أنظر: د. أشرف عبيد الفتاح أبو المجد، موقف قاضي الإلغاء من سلطة الإدارة في تسبب القرارات الإدارية، الشركة العربية المتحدة، ٢٠٠٩ ، مصر، ص ٩٦.

(3) C.E, 18/01/1929, Zeltanr, Rec., 73.

(4) C.E, 03/08/1927, Guibert, Recueil des arrêts du Conseil d'état, 2eme" SÉRIE, 1927, paris, paris, im-primerie contant-Laguerre, p 1399.

(5) C.E, 18/11/1929, Alibert, Rec, 39, V. aussi, C.E, 04/05/1945, leher, Rec., p 80.

(٦) أنظر: د. محمود سلامة جبر، (رقابة مجلس الدولة على الغلط البين للإدارة في تكيف الوقائع وتقديرها في دعوى الإلغاء) ، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٩٢ ، ص ٢٢

وبناء عليه؛ سواء أمر القانون جهة الإدارة أن تذكر السبب الذي يبرر إصدارها للقرار الإداري أو لم يشترط ذلك، فعلى الإدارة أن تبني قرارها على أسباب صحيحة تكون أساساً له، وإلا كان قرارها باطلاً محكوماً عليه بالإلغاء، ويستوي في ذلك أن تكون الإدارة نيتها حسنة أو سيئة^(١).

وبالنسبة لمجلس الدولة المصري فقد باشر رقابته على الوقائع التي استندت إليها جهة الإدارة في قراراتها الإدارية منذ إنشائه على عكس نظيره الفرنسي، لذا فقد ذهب المشرع المصري في المادة الثالثة من قانون إنشاء مجلس الدولة، إلى تحديد أوجه الطعن بالإلغاء في القرار الإداري بقوله: "ويشترط في الطلبات المنصوص عليها... أن يكون مرجع الطعن عدم الاختصاص أو عيب الشكل ومخالفة القوانين واللوائح والخطأ في تطبيقها أو تأويلها أو إساءة استعمال السلطة"^(٢)، ثم ذهب القضاء الإداري إلى إضافة عيب "السبب" إلى هذه العيوب، فنجد أن مجلس الدولة المصري قد استقر قضاؤه على رقابة الوقائع التي تدعيها جهة الإدارة على أساس أنها كانت سبباً في إصدارها للقرارات الإدارية، فكان يلغي كل قرار إداري ثبت عدم صحة الوقائع التي استندت عليها الإدارة في إصداره، بل حتى في الحالات التي لا يلزم المشرع الإدارة فيها بمراعاة وقائع معينة^(٣).

ومن المبادئ التي استقر عليها القضاء الإداري في فرنسا ومصر وسورية؛ أن القرار الإداري إذا لم يشتمل على ذكر لأسبابه، فإنه يفترض فيه أنه قائم على أسباب مستهدفة المصلحة العامة، ومع ذلك فإن الأحكام الصادرة في مصر بخصوص هذا الشأن كانت مضطربة؛ فمنها من

(١) انظر: أ. مصطفى مخاشف، (رقابة القضاء الإداري للقرار في مجاله التقديرية)، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد الثامن، جامعة سيدي بلعباس، ٢٠١١، ص ١٢٦.

(٢) القانون رقم ١١٢، في ١٥ / ٨ / ١٩٤٦، والمتعلق بإنشاء مجلس الدولة.

(٣) د. محمود سلامة جبر، (رقابة مجلس الدولة على الغلط البين للإدارة في تكييف الوقائع وتقديرها في دعوى الإلغاء) مرجع سبق ذكره، ص ٢٣.

اعتبر تلك القرينة قاطعة تدل على قيامها على أساس سبب قانوني، ويقع عبء الإثبات على من يدعي العكس، ومنها ما اعتبر هذه القرينة بسيطة، وبالتالي فإنها تصحب كل قرار إداري لم تذكر أسبابه، وتبقى قائمة إلى أن يثبت المدعي أن هذه الأسباب غير مشروعة ولا تحقق المصلحة العامة^(١).

وذهبت محكمة القضاء الإداري في حكم لها إلى القول: "أن قرار الفصل غير المسبب يفترض فيه أنه قام على أسباب صحيحة، ولكن لما كان ملف الموظف هو الوعاء الصادق لتصوير حالته، وتبين أن ملفه نظيف وعمله سليم لا تشوبه شائبة، فإن هذا يكون دليلاً على عدم وجود سبب لفصله، فينتقل بذلك عبء الإثبات على عاتق الإدارة، وإذا لم تفصح عن هذا السبب اعتبر القرار غير صحيح، وبالتالي يجوز للمحكمة إلغاؤه"^(٢).

ونشير إلى أن الإدارة في القضاء الإداري السوري من حيث العموم غير ملزمة بذكر وإعطاء أسباب لقرارها ما لم ينص القانون على ذلك، وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية بدمشق بقولها: "ومن حيث إنه من المستقرّ فقهاً واجتهاداً أنه ولئن كانت الإدارة غير ملزمة بتسبيب بعض قراراتها، بيد أن ذلك لا يمنحها حرية إصدار قرارات لا تستند إلى أسباب متوافقة مع الواقع والقانون تسوغ إصدارها، بل إن القرار الذي يستند إلى أسباب مبنية على وقائع لم تثبت صحتها وإلى أسباب لا يسوغ قانوناً أن يستند إليها في إصدار ذلك القرار يكون مشوباً بعيب اللا مشروعية"^(٣).

(١) حكم محكمة القضاء الإداري، القضية رقم ٥٥٠، في ٨ / ٣ / ١٩٥٩، السنة الخامسة قضائية، ص ٦٢٢.

(٢) أنظر: حكم محكمة القضاء الإداري، القضية رقم ٥٢٥، في ١٦ / ٦ / ١٩٦٢، السنة السادسة قضائية، ص ١٥٨.

(٣) حكم المحكمة الإدارية بدمشق رقم (١/١٨٤) لعام ٢٠١٦، القضية رقم (٢/٢٠٦) لعام ٢٠١٦ المجموعة الشاملة ص ٤٩٤.

وإن كانت الإدارة لا تلتزم بتضمين قرارها الأسباب التي اعتمدت عليها، ما لم يلزمها المشرع بذلك، فإن الرقابة التي يمارسها القضاء للتحقق من الوجود المادي والقانوني للسبب، تستلزم أن يكون القاضي عالماً وملمّاً بسبب القرار ليتمكن من بسط رقابته عليه.

كما أننا يجب ألا نغفل على الدور الإيجابي الذي يلعبه القاضي الإداري في توجيه الإجراءات ومن المعلوم أن من مميزات المنازعة الإدارية في القضاء الإداري السوري أن إجراءاتها ذات طابع تحقيقي ومكتوب، يلعب فيه القاضي الإداري نفس الدور الذي يلعبه قاضي التحقيق في الدعوى الجزائية.

فلا يكفي القاضي الإداري بما يقدمه له الأطراف، كما هو الحال بالنسبة للقاضي المدني مثلاً بل نجده يوجه طرفي الدعوى، ويستطيع أن يأمر بأي إجراء يراه ضرورياً، من أجل إدارة النزاع المعروض عليه، كما يجهز الملف للفصل فيه طبقاً لقواعد القانون. فالسلطة التقديرية للإدارة في إصدار القرارات الإدارية، لا يفهم منها اعتبار القرارات الإدارية الصادرة منها سليمة في كل الأحوال، فقد صدر حكم لمجلس الدولة المصري يقضي بأنه: "إذا أصدرت جهة الإدارة على المدعى قراراً إدارياً أدى إلى تجاوزه في الترقية، دون أن تعين جهة الإدارة الأسباب التي استند عليها القرار، واستطاع الموظف تقديم قرائن تدل على أن تخطيه في الترقية لم يبن على أسباب صحيحة من القانون، فإن هي امتنعت عن الرد ولم تقدم الدلائل الكافية، فللمحكمة والحالة تلك أن تعتبر امتناعها هذا قرينة على صدور القرار على أسباب غير صحيحة من القانون، وتصدر حكماً بإلغاء القرار لأنه مخالف للقانون"^(١).

(١) أنظر: حكم مجلس الدولة، القضية رقم، ٥٢٥، في ١٦/٦/١٩٥٣، السنة السادسة قضائية، ص ١٥٨٢
١٧٤

وعليه فإن الإدارة ليس لها سلطة تقديرية مطلقة فيما يتعلق بصحة الوقائع والأسباب التي تستند عليها في إصدار قراراتها^(١)، إذ ليس لها أن تدعى وقائع ليس لها وجود مادي على أرض الواقع، وانطلق القاضي الإداري من تلك الرقابة على الوجود المادي للوقائع التي تدعيها جهة الإدارة، إلى إضافة دور جديد له؛ وهو مراقبة الوقائع، فإنه إذا كانت الإدارة تستقل بوزن مناسبات قرارها وبتقدير ملائمة أو عدم ملائمة إصدارها له دون أن يكون للقاضي أن يعقب عليها في ذلك، إلا أنها تكون ملزمة بأن تستند في قرارها إلى وقائع صحيحة مؤدية إلى النتيجة التي انتهت إليها^(٢).

كذلك الحال في مصر فقد استقر القضاء الإداري المصري على أن أساس الرقابة على ماديات الوقائع التي تندرج بها جهة الإدارة يرجع إلى افتراض أن لهذه القرارات سبباً دفع الإدارة إلى إصدار القرار الإداري بموجبه، وأن هذا السبب فضلاً عن ذلك يجب أن يكون حقيقياً وصحيحاً، وإلا عدت القرارات التي صدرت بناء عليه مشوبة بالبطلان جديرة بالإلغاء لفقدائها لركن السبب، وهذا ما ذهبت إليه محكمة القضاء الإداري بقولها "حيث أن الإدارة يجب عليها إذا أرادت أن تتخذ قرار أن تلتزم دائماً بضرورة الاستناد إلى سبب يحمل قرارها أو أنه من المفروض في كل قرار حتى ولو صدر خالي من ذكر أسبابه، أن يكون مستنداً في الواقع إلى دواعي قامت لدى الإدارة حين أصدرته، وإلا عدا القرار باطلاً لفقدانه ركناً أساسياً وهو سبب وجوده ومبرراً صادر..."^(٣)

وكذلك أيدت المحكمة الإدارية العليا تلك الفكرة وهي بصدد تبريرها للرقابة على ماديات للوقائع حيث قضت بقولها "أن القرار الإداري سواء كان لازماً تسببه كإجراء شكلاً أو لم يكن

(١) أنظر: د. السيد محمد إبراهيم، رقابة القضاء الإداري على الوقائع في دعوى الإلغاء، مرجع سبق ذكره، ص ١٢٧

(٢) د. ر أفت فودة، أصول وفلسفة قضاء الإلغاء، دار النهضة العربية، ٢٠١١، مصر، ص ٦٣٨.

(٣) أنظر: حكم محكمة القضاء الإداري، القضية رقم ١٧٦، في ١٩ / ٢ / ١٩٥٢، المجموعة الثالثة، ص ٦٨٣.

هذا السبب لازماً، يجب أن يقوم على سبب يدره صدقاً وحقاً أي في الواقع أو القانون، وذلك كركن من أركان انعقاده، باعتبار القرار تصرفاً قانونياً ولا يقوم أي تصرف قانوني بغير سبب يبرره^(١).

واستقر القضاء الإداري في سورية على أن الرقابة على الوجود المادي للسبب، سواء كانت سلطة الإدارة بصدده مقيدة أو تقديرية، فيكون القرار موسوماً بعيب السبب ومنعماً ، إذا ثبت أن الإدارة قد استندت في تبريره إلى وقائع غير صحيحة من الناحية المادية فنجد أن محكمة القضاء الإداري في حلب قد اعلنت انعدام القرار الصادر بحق عضو هيئة تدريسية في كلية الهندسة الكهربائية والالكترونية في جامعة حلب باعتبار فترة معينة من خدمته اجازة خاصة بلا اجر ومطالبته برد النفقات والرواتب المصروفة خلال تلك الفترة وقد تم فعلا استرداد الرواتب عن الفترة المذكورة.

ومن المعروف ان الاجازة الخاصة بلا اجر تستوجب انفكاك وانقطاع وهذا لم يحصل بحق المدعي؛ وأن نصابه التدريسي خلال فترة اعتباره مجازاً مغطى بالإشراف على رسائل الماجستير ومشاريع التخرج .

ومن حيث إن اعتبار المدعي إجازة خاصة بلا أجر عن فترة زمنية معينة رغم إشغال الوظيفة بشكل مستمر وفق الوضع القانوني المقرر لها يجعل القرار الصادر بهذا الشأن مشوباً بأحد عيوب الانعدام لفقدانه ركن السبب^(٢).

واشترط القضاء لصحة الوقائع التي تعتمد عليها الإدارة في إصدار قرارها، أن تكون محققة الوجود وقائمة حتى تاريخ صدور القرار الإداري، فيجب أن تكون الوقائع التي استندت إليها

(١) أنظر: حكم محكمة الإدارية العليا، القضية رقم ١٧٣٨/ ، في ٨ / ٢ / ١٩٥٦ ، السنة الثانية قضائية، ص ١٦١ .

(٢) محكمة القضاء الإداري بحلب، الحكم رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ ، القضية رقم (١) لسنة ٢٠١٤ المجموعة الشاملة ، ص ٢٣٨ .

الإدارة في إصدار قرارها قد وقعت فعلاً، وبمعنى آخر أن يكون سبب القرار صحيحاً من الناحية المادية والواقعية، وإلا كان القرار معيباً وبالتالي مشوباً بالبطلان. وأخيراً يشترط في الوقائع المادية لركن السبب أن تكون مشروعة وصحيحة قانوناً وجدية، فإذا تبين أن الوقائع التي اعتمدت عليها الإدارة في إصدار قرارها هي وقائع غير صحيحة، كان قرارها غير صحيح ومشوب بالبطلان، لانتفاء السبب وعدم جدية الوقائع التي استندت إليها الإدارة من الناحية المادية^(١).

الفرع الثاني

دور القاضي الإداري في الرقابة على التكييف القانوني للوقائع التي ادعتها الإدارة

والاستثناءات الواردة عليها.

يقصد بعملية التكييف القانوني؛ "إدراج واقعة قانونية داخل فكرة قانونية"^(٢)، وتعتبر الوقائع مدار كل منازعة، وتدور حولها الرقابة الموضوعية على القرار الإداري، لذلك فإنه من الضروري إعطاء الواقعة أو الوقائع الثابتة لدى رجل الإدارة، اسماً أو عنواناً يحدد وصفها داخل نطاق القاعدة القانونية التي يراد تطبيقها^(٣)، أو أنه: "إلحاق حالة واقعية بمبدأ قانوني، وذلك بتصنيف هذه الواقعة وردها إلى الفئة القانونية التي تنطبق عليها"^(٤).

(١) انظر: أ. رياض عيسى، (دعوى الإلغاء في الجزائر)، مجلة كلية الحقوق، جامعة الكويت، العدد الرابع، ١٩٨٩، الكويت، ص ٨١.

(٢) Vénézia, Le pouvoir discrétionnaire, Thèse, LGDJ, 1959, paris, p 25.

(٣) انظر: د. عصام عبد الوهاب البرزنجي، (السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية) مرجع سبق ذكره، ص ٣٥٤.

(٤) Marie-Christine Rouault, Droit administratif. Gualino éditeur, Paris, 2001. P.269

فالقاضي الإداري في فرنسا وسورية ومصر، إضافة إلى الرقابة على الوجود المادي للوقائع التي تجعلها جهة الإدارة كأساس لقراراتها الإدارية، فقد وسع رقابته أيضاً لتشمل الرقابة على التكييف القانوني لتلك الوقائع أو إنزال حكم القانون عليها.

ومعنى هذه الرقابة؛ أن القضاء الإداري لا يقف في رقابته على ركن السبب عند التحقق من الوجود المادي للوقائع التي ادعتها جهة الإدارة، فإنه من الممكن وجود مثل تلك الوقائع وتكون ثابتة وصحيحة، وفي الوقت نفسه يكون القرار الصادر غير صحيح، وذلك عندما تخطئ الإدارة في إخضاع تلك الوقائع للتكييف القانوني الصحيح^(١).

وبالتالي فبعد أن يتحقق القاضي من صحة قيام الواقعة ووجودها المادي، ينتقل إلى بحث صحة الوصف القانوني الذي أسبغ على هذه الواقعة، فيقوم القاضي بتجريد الحالة الواقعية والعمل على رفع الواقعة المادية الفردية إلى مستوى عمومية نص القانون، وذلك عن طريق إغفال كل العناصر عديمة الجدوى، وهكذا فإنه عن طريق تخصيص القاعدة القانونية وتجريد الواقعة المادية يمكن التوصل إلى قيام التطابق بينها؛ وهو بذلك يضع الواقع والقانون على صلة وهذا ما شجع القول بأن رقابة تحقق الوقائع تعد رقابة قانونية، وذلك لأنها تحل مشكلة قانونية^(٢).

وكان بداية رقابة مجلس الدولة الفرنسي على التكييف القانوني في مجال السلطة التقديرية للإدارة، حكمه عام 1914، في قضية "Gomel"، حيث تلخص حيثيات القرار في أن السيد Gomel تقدم بطلب له بالبناء في موقع على ميدان، ولكن الإدارة رفضت طلبه تأسيساً على أنه يحق للمدير قانوناً رفض التصريح بالبناء، إذا كان هذا البناء سوف يضر بمنطقة أثرية، إلا أنه رفع دعوى يطلب فيها إلغاء قرار الإدارة برفض التصريح له بالبناء وذلك

(١) د. زكي محمد النجار، موجز القضاء الإداري، دار الأزهر للطباعة، ٢٠٠٩، مصر، ص ١٩٦.

(٢) انظر: د. سامي جمال الدين، الدعاوى الإدارية، منشأة المعارف، الطبعة الثانية، ٢٠٠٣، مصر، ص ٢٦٣.

لتجاوز السلطة، وقد قرر المجلس إلغاء قرار الإدارة، لما تبين له من أن الواقع التي اعتمدت عليها الإدارة ليست صحيحة من الناحية القانونية، فالميدان المذكور لا يعتبر كله بمثابة موقع أثري، ومن ثم فإن الإدارة بعدم منحها هذا الترخيص، يعتبر تطبيقاً خاطئاً لما ورد بصريح القانون^(١).

ومنذ حكم السيد Gomel، ومجلس الدولة الفرنسي يجري رقابة التكييف القانوني للوقائع، فكان القاضي الإداري في فرنسا يراقب بطريقة مستمرة، الطبيعة الفنية والجمالية للمنشآت التذكارية والمواقع والطابع اللا أخلاقي للأفلام، وما إذا كان أحد الأطباء حدد أتعابه بذوق ولياقة أم لا.... إلخ.

إلا أن مجلس الدولة الفرنسي في تحديده لشرعية التصرف لا يتخذ أسلوباً أو شكلاً واحداً، بل تتعدد هذه الأشكال والأساليب تبعاً لما قد يضعه المشرع من شروط وأوصاف للعمل الإداري، أو عدم وضعه لها، فقد تكون رقابة التكييف عند وجود نص قانوني يستلزم وصفاً أو شرطاً معيناً في الوقائع، كقرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية السيد Gomel سألقة الذكر، والتي تعتبر نقطة تحول هامة في رقابة مجلس الدولة للإدارة، حيث اطردت أحكام المجلس في الكثير من المسائل لتتقرب الإدارة في صحة تكييفها للوقائع وإنزال حكم القانون عليها، وذلك في الحالات التي تفرض فيها القوانين العادية أو الفرعية شرطاً أو وصفاً معيناً يجب أن يتوافر في الواقع لإنزال حكم القانون عليه، كوصف الخطأ بأنه وظيفي^(٢)، أو وصف المواد المنشورة بأنها إباحية^(٣)، أو وصف واقعة بأنها مخلة بالشرف، إلى غير ذلك من الأوصاف والشروط التي

(١) موقع مجلس الدولة الفرنسي يتحدث عن قضية جومل ٢٩/٦/٢٠٢٠ الساعة ٢٣.٣٠: <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/les-grandes-decisions-du-conseil-d-etat/conseil-d-etat-4-avril-1914-gomel>

(2) C.E, 05 décembre 1951, Macon, Rec., 1951, p596.

(3) C.E. 18 Dec 1959, **société des films LUTETIA**, Grands Arrêts, 8ème éd, 1984, p 485.

يتطلبها القانون في الواقعة لكي تكون سبباً صحيحاً للقرار، ففي كل تلك الحالات يراقب المجلس رقابة تكييف الوقائع التي تدعيها الإدارة^(١).

كما أن هناك حكم آخر يوضح المدى الذي بلغه مجلس الدولة الفرنسي في هذه الرقابة، وهو المتعلق بقضية أفلام " Lutetia " حيث أصدر عمدة مدينة " نيس " الفرنسية، مجموعة من القرارات الإدارية التي منعت عرض بعض الأفلام السينمائية لما تحتويه من بعض المسائل التي تخالف القيم الأخلاقية، إلا أن الشركة مالكة هذه الأفلام قدمت طعناً في قرارات الإدارة على أساس خطأ الإدارة في تكييف هذه الأفلام على أساس أنها تحوي ما ينافي الأخلاق والقيم، لذلك فقد قام أعضاء المجلس بمشاهدة هذه الأفلام في عرض خاص بحضور أطراف النزاع وذلك للوقوف على مدى قانونية الادعاء الذي وصفته جهة الإدارة بمنافاة الأفلام للأخلاق والقيم^(٢).

وقد تكون رقابة التكييف عند عدم وجود النص القانوني الذي يتطلب وصفاً معيناً في الواقع، ولكن لا بد أن يوجد سبب، وتختلف هذه الحالة عن سابقتها في أن القانون لم يشترط وصفاً معيناً للوقائع التي ادعتها جهة الإدارة، وإنما ترك للقاضي مجالاً لتفسير نية المشرع، مؤسساً ذلك على الأسباب التي يتعين أن يقوم عليها القرار الإداري^(٣).

ومن ذلك أن المجالس البلدية في فرنسا، كان لا يجوز حلّها إلا بقرار مسبب يتّخذ مجلس الوزراء، ولكن المشرّع لم يحدد الأسباب التي يجوز بناء عليها الحل، كما أن مجلس الدولة لم

(١) أنظر: د. يحيي الجمل، (رقابة مجلس الدولة الفرنسي على الغلط البين للإدارة في تكييف الوقائع)، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول، ١٩٧١، ص ٤٠٥.

(٢) C.E. 18 Dec 1959 , société des films LUTETIA, Grands Arrêts, 8ème éd, 1984, p 485

(٣) د. محمود سلامة جبر، رقابة مجلس الدولة على الغلط البين للإدارة في تكييف الوقائع وتقديرها في دعوى الإلغاء مرجع سبق ذكره، ص ٥٥.

يشأ أن يترك هذا الاختصاص مطلقاً للسلطة التقديرية للإدارة، وانطلاقاً من المصلحة العليا استطاع أن يقرر أن هذا الحل لا يكون صحيحاً ومشروعاً إلا بقدر ما يؤدي إلى حسن سير الإدارة، كما أن عجز المجلس عن العمل ووجوده في حالة شلل يكون سبباً لإنهائه وحله^(١). وقد تكون أيضاً رقابة التكييف عند عدم وجود نص يطلب شرطاً معيناً في الوقائع، ولا يتطلب أيضاً أن يكون هناك سبب، فيكون دور القاضي الإداري في هذه الحالة أن يراقب التكييف القانوني للوقائع التي ادعتها جهة الإدارة، ولكن دون أن يحدد السبب الذي ينبغي أن يؤسس عليه القرار الإداري، ومثال ذلك في مجال النشر والاعلانات سواء كانت صحف أو مجلات، فيجوز لوزير الداخلية أن يمنع بيع هذه المجلات والجرائد والاعلان عنها للأشخاص الذين تقل أعمارهم عن ثماني عشرة سنة، وذلك عندما يثبت مخالفة تلك الوسائل للأخلاق والآداب العامة، فيقوم مجلس الدولة في كل حالة يمارس الوزير فيها هذه السلطة، بالبحث في مدى توافر صفة الاباحية في ما ينشر في هذه الجرائد، ومن تطبيقاته في هذا الشأن نجد قراره في قضية "Thibault" عام 1956، حيث حظر وزير الداخلية عرض وبيع إحدى المجلات بناء على السلطة المخولة له، فقام المجلس بالتحقيق في مدى انطباق وصف الاباحية على المواد التي نشرتها تلك المجلة، وانتهى إلى إقرار مسلك الإدارة وصحت ما توصل إليه وزير الداخلية، بسبب ثبوت احتواء تلك المجلة على مواد مخالفة للآداب^(٢).

وبناء عليه نلاحظ أن مجلس الدولة الفرنسي يقتصر دوره في هذه الرقابة على مجرد الوقوف على معرفة الغرض بصورة عامة، أو الجوانب المتعددة لهذا الغرض، دون أن يلزم نفسه في تحديد الوقائع المبررة للقرار الإداري، ثم يتحول بعدها للبحث فيما ادعته جهة الإدارة لذاتها من وقائع وأسباب لها طبيعة مبررة للقرار الصادر عنها، أو طبيعة تؤدي بهذا القرار إلى تحقيق

(1) C.E, 15 Mars 1939, Dubin, R.D.P, 1939, p 341.

(2) C.E, 5 Décembre 1956, Thibault, p 20.

أي جانب من جوانب الغرض الغير محدد بشكل دقيق وكاف^(١)، كالتراخيص المتعلقة بالتجارة الخارجية مثلاً، فهو أمر يدخل في سلطة الإدارة التقديرية، وذلك بسبب أن هذا الاجراء قد ينطوي على العديد من الأهداف، منها ما يتعلق بالمحافظة على الميزان التجاري داخل الدولة، ومنها ما يتعلق بحماية الانتاج والاقتصاد الوطني، وبالنظر لمرونة هذه الاغراض وعدم دقتها ووضوحها، فإن القاضي لا يستطيع مسبقاً أن يحدد الاسباب التي يجب أن يقوم عليها قرار الإدارة في هذا الشأن، فيترك للإدارة تحديد المبررات التي أصدرت قرارها بمناسبتها، ثم يراقب تلك المبررات ومدى تحقيقها لجانب من تلك الجوانب المتعددة، وإلا واجه قرارها بعدم المشروعية، للانحراف في استعمال السلطة^(٢).

ولقد تبنى القضاء الإداري في سورية هذه الرقابة على مدى صحة التكييف القانوني لهذه الوقائع، وذلك في معظم الحالات التي تخضع فيها سلطة الإدارة عند اتخاذ قرار معين إلى ضرورة توافر شروط واقعية معينة ينص عليها القانون، فيحق للقاضي الإداري في هذه الحالة أن يراقب إلى جانب الوجود المادي لهذه الوقائع، التكييف القانوني الذي تعطيه الإدارة لهذه الوقائع، وذلك ليتحقق من أنها تندرج فعلاً داخل إطار الفكرة القانونية التي تضمنها النص.

ومن تطبيقات الرقابة على التكييف القانوني للوقائع في القضاء الإداري السوري، نجد أن محكمة القضاء الإداري قد الغت قراراً يتضمن فصل طالبة ماجستير في معهد التنمية الإدارية بعد تكييفها للوقائع ووزنها بعدم ثبوت الغش بشكل يقيني حيث تتلخص الوقائع: تقدمت المدعية للامتحان وأثناء الامتحان وجدت المراقبة دفتراً في الدرج وقد فوجئت المدعية بوجوده وقامت المراقبة بأحذه و اخراج المدعية من القاعة وبناء على ذلك استدعى نائب العميد

(١) أنظر: رمضان بطيخ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقديرية وموقف مجلس الدولة المصري منها، دار النهضة العربية، ١٩٩٤، مصر، ص ٣٥٣.

(٢) د. السيد محمد إبراهيم، رقابة القضاء الإداري على الوقائع في دعوى الإلغاء، مرجع سبق ذكره، ص ٣٥٣.

المراقبة وأفادت أمامه بأن الدفتر كان بالدرج، ولم تكن المدعية تنقل منه و تم تنظيم ضبط غش وبموجب اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم الجامعات بالنسبة لطلاب الماجستير في حالة ثبوت الغش في الامتحانات فتكون العقوبة هي عقوبة الفصل النهائي من الجامعة وبتحري مقصد المشرع من عبارة ثبوت الغش يجب أن يكون ثبوتياً يقينياً قاطعاً لا ريبة ولا شك فيه ولا يجوز تطبيق عقوبة الفصل في حالة الشك والاحتمال والتخمين^(١).

وإذا كان القضاء الاداري في فرنسا وسورية ومصر قد استقر على رقابة القرارات الادارية عند تكييفها القانوني، فقد أورد استثناءات وامتنع عن إجراء رقابة التكييف القانوني للوقائع، وقصر رقابته على الوجود المادي للوقائع، وذلك لاعتبارات فرضتها الطبيعة الخاصة لتلك القرارات، وبالتالي فقد تعددت الحالات التي أخرجها مجلس الدولة الفرنسي من الخضوع للرقابة على التكييف القانوني للوقائع ومنها:

أولاً_ القرارات المتعلقة بإجراءات الضبط الاداري الخاصة بالأجانب :

ف نجد أن مجلس الدولة الفرنسي لم يتناول إجراءات الضبط الاداري الخاصة بالأجانب من حيث الرقابة إلا على الوجود المادي للوقائع، وذلك بمناسبة دخول الاجانب إلى الاراضي الفرنسية وتقييد إقامتهم، وكذلك القرارات الخاصة بمنع الدعاية وتوزيع وبيع الصحف والمحررات الاخرى التي تصدر من أجنبي على الاراضي الفرنسية ، وكذلك القرارات الخاصة بعدم الترخيص لأجنبي بممارسة الاعمال التجارية داخل فرنسا^(٢).

وسار مجلس الدولة الفرنسي على نفس الموقف من الرقابة على قرارات الإدارة عند رفضها استصدار جواز سفر للمواطنين الفرنسيين، وتعليقه لذلك بأن السلطة المختصة هي التي تقدر ما إذا كان سفر الفرنسي إلى خارج البلاد سيضر بالأمن العام أم لا، وعلى هذا الأساس لها

(١) محكمة القضاء الاداري بدمشق. الحكم رقم/ ١٥١ / لسنة ٢٠١٥. القضية رقم(١/٢١٧٧) لسنة ٢٠١٥، المجموعة الشاملة ص ٢٣٠.

(٢) C.E, 12 juin 1953, Dama de saitch-Tichgorsky, Rec., p 281

أن توافق على إصدار جواز السفر أم لا، وليس لمجلس الدولة هنا إلا أن يبحث من خلال أوراق الملف ما إذا كان القرار المطعون فيه قد أقيم على أساس صحيح لوقائع موجودة أو منعدمة^(١).

وفي سورية و مصر استقر القضاء الإداري على عدم نظره للمسائل التي تتعلق بدخول الأجانب إلى البلاد وإقامتهم فيها، طالما أنها بنيت على أسباب صحيحة، وصدرت من سلطة مختصة بإصدارها ووفق ما نص عليه القانون، فقد حكمت المحكمة الإدارية المصرية في هذا المعنى بقولها: "أن الصلة في إقامة الأجنبي بإقليم الدولة، وفي حق الدولة في إبعاده، هو أن الدولة إذا ما سمحت لأجنبي بالدخول إلى إقليمها، وكان من حقه أن يتمتع خلال المدة المصرح له بها بالإقامة والتنقل، غير أن هذا الحق يرد عليه قيد أساسي، وهو مستمد من حق الدولة في البقاء والحفاظة على كيانها، وهو الحق الذي يخول الدولة سلطة إبعاد كل أجنبي يهدد سلامتها، وبالرغم من عدم انقضاء مدة الإقامة المصرح بها^(٢).

كما استقر مجلس الدولة المصري على أن قرارات الترخيص بالسفر من عدمها للمصريين خارج البلاد، هو من الأمور التي تدخل في صميم السلطة التقديرية لجهة الإدارة، متى كانت متفقة مع المصلحة العامة، وفي هذا المعنى ذهبت المحكمة الإدارية العليا بقولها: "أن الدولة بما لها من سيادة على رعاياها؛ فإن لها الحق في مراقبة سلوكهم داخل البلاد وخارجها، للتبثيت من التزامهم بالقيم الأخلاقية، وذلك حتى تتمكن من اتخاذ الاجراءات التي تحول دون انحرافهم أو الاساءة إلى سمعة بلادهم، وأنه إذا كانت حرية التنقل داخل البلاد وخارجها أمراً مسلماً به فينبغي التسليم بأن هذه الحرية تجدد حدها الطبيعي في ألا تتحول تلك الممارسة إلى الاساءة إلى سمعة المجتمع المصري بأسره، ويتعين تقييدها بما يتفق ومصلحة البلاد، فاذا ما رأت السلطة

(١) د. عادل السعيد محمد أبو الخير، الضبط الإداري وحدوده، شركة مطابع الطبجي التجارية، القاهرة، مصر، ١٩٩٣، ص ١٠٨.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٦٧٩، الصادر في ٤ / ٨ / ١٩٥٦، السنة الثانية قضائية، مجموعة أبو شادي، ص ١٠٠.

المختصة أنه لا سبيل إلى تقويم سلوك الطاعنة والحد من تصرفاتها المشينة خارج البلاد إلا بمنعها من السفر إلى الخارج، وكان تقديرها في ذلك قائماً على أسباب مبررة، فلا تثريب عليها أن هي أصدرت قرارها بمنعها من السفر إلى الخارج^(١).

ثانياً_ القرارات المتعلقة بالوظيفة العامة :

مما لا شك فيه أن مجلس الدولة سواء في فرنسا أو سورية ومصر يراقب القرارات الصادرة عن الإدارة، والمتعلقة بالوظيفة العامة سواء من ناحية الوجود المادي للوقائع، أو التكييف القانوني لها، إلا أننا نجد أنه قد استثنى من ذلك عدة مسائل لم يتطرق فيها إلا للرقابة على الوجود المادي للوقائع فقط ومثالها؛ حالة التعيين بالوظيفة العامة، حيث نجد أن طريقة التعيين بالوظيفة العامة في فرنسا تتم عن طريق التقدم إلى المسابقة التي تجريها الإدارة لهذا الغرض، ويشترط للالتحاق بها أن يتوفر في الشخص الشروط القانونية التي تتطلبها المسابقة، ولكن ذلك لا يعني أنه بمجرد توافر تلك الشروط في الشخص المتقدم للمسابقة، فسيكون هناك التزام على عاتق الإدارة بإدراجه في كشف المتسابقين ، إذ تتمتع الإدارة هنا بسلطة تقديرية واسعة، تجعلها تبحث عن توافر الضمانات اللازمة لحسن أداء وسير تلك الوظيفة في المتقدم إليها، وبالتالي فليس على الإدارة هنا متابعة ومعقب إذا هي استندت على وقائع موجودة بالفعل، ولا يتطرق القاضي في هذه الحالة لبحث التكييف القانوني لتلك الوقائع^(٢).

وفي مصر نجد نفس الأمر، حيث أن التعيين في الوظائف العامة متروك لجهة الإدارة، كما أن لها حرية اختيار الشخص الأكثر ملاءمة، وإن كان أقل كفاءة من أقرانه، على أساس أن

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣٩١٩٣ ، الصادر في ٢٨ / ٣ / ١٩٩٤ السنة الثامنة عشر قضائية ، مجموعة أبو شادي، الطبعة الثالثة، مصر، ص ١٠ .

(٢) Dominique Lagasse, L'erreur manifeste d'appréciation en droit administratif: Essai sur les limites du pouvoir discrétionnaire de l'administration, 1986, P.319.

الإدارة هي المسؤولة والأمانة على حسن سير المرافق العامة على أكمل وجه، إلا أنها تبقى مقيدة بضرورة توافر الشروط التي نص عليها القانون، وإلا عدا عملها مخالفاً للقانون^(١).

وفي هذا المجال ذهبت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها إلى: "أن درجة الكفاءة هي إحدى النواحي التي تقدرها جهة الإدارة عند التعيين، ولكنها لا تستغرق كل ما تطلبه فيمن يصلح للوظيفة العامة من شروط وأوضاع، فإلى جانب هذه النتيجة تستلزم الإدارة نواحي أخرى كالحالة الاجتماعية والجنس وظروف البيئة وأحكام العرف التي لا رقابة عليه، مادام تقديرها بعيداً عن الانحراف بالسلطة"^(٢).

وفي سورية أيضاً نجد أن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في تعيين الموظف العام من عدمه إذا نجح في المسابقة فالنجاح يحد ذاته لا يكسبه حقاً بالتعيين حسب المبدأ المستقر، بل يبقى للإدارة السلطة التقديرية الكاملة في إصدار قرارات التعيين من عدمها^(٣).

ثالثاً_ القرارات المتعلقة بمسائل فنية وعلمية :

امتنع مجلس الدولة في فرنسا عن إجراء الرقابة على التكييف القانوني للوقائع التي ادعتها جهة الإدارة إذا كانت تتعلق بمسألة فنية أو علمية، وذلك بسبب أن القضاء يجد نفسه إزاء طابعها العلمي البحت، عاجزاً عن مباشرة الرقابة بنفسه دون الاستعانة برأي أهل الاختصاص ممن لهم الخبرة الكافية للوقوف على حقيقتها، الأمر الذي جعلها تخضع لتقدير جهة الإدارة بما لها من إمكانيات وقدرات تمكنها من القيام بتلك المهمة^(٤)، ولذلك يفضل الفقهاء عدم قيام القضاء بالرقابة على تكييف الإدارة للوقائع في خصوص هذا النوع من القرارات، بدلاً من التظاهر

(١) أنظر: د. رمضان بطيخ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقديرية وموقف مجلس الدولة المصري منها مرجع سبق ذكره، ص ١٣١

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٢٥٣٦، الصادر في ٣١/٣/١٩٦٣، السنة السادسة قضائية، مجموعة أبو شادي، ص ٦٨٦

(٣) رأي مجلس الدولة رقم ٣٢٢/ لعام ١٩٦٦. نقلا عن: <http://arab-ency.com.sy/law/detail/164992>

(٤) أنظر: د. رمضان بطيخ، مرجع سبق ذكره، ص ١٣١.

الفصل الثاني: القاضي الإداري وتعامله مع القانون الإداري المبحث الثاني: القضاء الإداري والرقابة على السلطة التقديرية للإدارة.

بممارسة هذه الرقابة مع أن دوره في هذه الحالة من الناحية الفعلية سيقصر على مجرد اعتماد رأي الخبراء العلميين فقط^(١).

وتطبيقاً لذلك امتنع مجلس الدولة الفرنسي عن رقابة التكييف القانوني لرفض لجنة القراء بمسرح "الكوميدي" عرض مسرحية أدبية، وذلك لأن مثل هذه الأعمال تدخل في اختصاص السلطة التقديرية لجهة الإدارة، وذلك لما لها من مسائل فنية تكون الإدارة أقدر في بحثها من القاضي الإداري^(٢).

(١) د. خليفة عبد العزيز، أوجه الطعن بإلغاء القرار الإداري في الفقه وقضاء مجلس الدولة، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٢، مصر، ص ٢٣٩

(٢) C.E, 19 Janvier 1954, Rec, p 118.

المطلب الثاني

الاتجاهات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة .

إن رقابة القاضي الإداري على ممارسة الإدارة لسلطتها التقديرية لم تقف عند حد الرقابة على الوجود المادي للوقائع التي ادعتها الإدارة لقرارها الإداري، ولا الرقابة على التكييف القانوني لتلك الوقائع فحسب، بل مارس نوعاً حديثاً من الرقابة هدفه التضييق من حدود السلطة التقديرية للإدارة وعدم الإفراط في استخدامها، والقول بأن يترك للإدارة سلطة إدارية مطلقة في تقدير الوقائع دون رقابة عليها، على أساس أنها الأقدر على القيام بهذه المهمة، وأن القاضي الإداري يجانبه التوفيق في بعض حالات التقدير، فهو قول يحتاج لتمحيص علمي دقيق، إذ أن النظر في تقدير الوقائع وأهميتها وخطورتها، ليس بالأمر المستعصي على القاضي الإداري الخبير والمتمرس في رقابة سلوك الإدارة وتصرفاتها، بل قد يكون مسانداً ومعاوناً لها في ذلك وهذا من جهة، ومن جهة أخرى عند تقدير الإدارة للوقائع وتجاوزها الحد المعقول، هذا الحد الذي يصبح فيه الخطأ بيناً وواضحاً يصبح الأمر سهلاً إدراكه للإنسان العاقل، فما بالك بهذا القاضي الخبير، فرجل الإدارة والقاضي كلاهما يعيش في مجتمع واحد، ناهيك عن الصلات الخاصة والتميزة بين السلطة الإدارية والقضاء^(١).

كما أن المشرع نحده أحياناً لا يحدد للسلطة الإدارية الاثر الذي يجب أن يرتبه القرار الإداري الذي ستصدره، مكثفياً بتحديد الغاية أو الهدف من القرار الإداري، وفي هذه الحالة تستطيع الإدارة أن تحدد بحريّة محل القرار الذي منحها القانون حق إصداره، على أساس أن كل الحلول التي يمكن أن تختارها السلطة الإدارية تعد جائزة ومشروعة.

(١) أنظر: د. زكي محمد النجار، موجز القضاء الإداري مرجع سبق ذكره، ص ٦٩.

فالقانون إذا قرر مثلاً أن للإدارة سلطة اتخاذ الإجراءات اللازمة لحماية الآداب العامة، إذا ما تعرضت لأي تهديد، فهذا يعني إذن أن القانون ترك للإدارة سلطة تقديرية كاملة في ترتيب الآثار القانونية الكفيلة بحماية الآداب العامة من أي تهديد أو اعتداء^(١).

لذلك فقد فظهرت طرق وأساليب جديدة للرقابة القضائية على السلطة التقديرية، يعود فضل خلقها وإيجادها لمجلس الدولة الفرنسي، والتي تحولت واستقرت فيما بعد على شكل مبادئ قانونية عامة في البناء القانوني.

وعملت هذه الأساليب الجديدة على ألا يبقى المجلس مكتوف الأيدي تجاه السلطة التقديرية المتزايدة للإدارة، والتي إن تركت على إطلاقها قد تؤدي بها إلى سلطة تحكمية استبدادية، وبناء عليه ولمواجهة تكييف الإدارة وتقديرها للوقائع-واللذان يخرجان ويتحصنان في كثير من الأحيان ضد الرقابة القضائية-مستندة في ذلك على مبدأ الفصل بين السلطات، وفكرة السلطة الرئاسية، ابتدع القاضي الإداري بعض الطرق والأساليب للحد من سلطات الإدارة التقديرية وإعادة لها إلى نطاقها الطبيعي فظهرت الرقابة التناسبية^(٢) للقرارات الصادرة من جهة الإدارة، والمتعلقة بسبب القرار ومحله، وبذلك أصبحت الملاءمة إحدى جوانب الرقابة القضائية على السلطة التقديرية بالإضافة للمشروعية^(٣).

وظهرت الرقابة على الغلط البين الذي يصيب القرار الإداري، وذلك لمواجهة الحالات التي أخرجها القضاء من نطاق رقابته على التكييف القانوني للوقائع، كما ابتدع القضاء الإداري نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار، والتي تتفق مع النظريات السابقة في أنها رقابة ملاءمة، إلا

(١) د. علي خنجر شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، الجزء الثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط٢، ٢٠٠٨، الأردن، ص ٨٠٤.

(٢) C.E, 19 mai 1933, benjamin, Rec. 541, les grands arrêts, V. Marceau Long., et Autres, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 19eme édition, Dalloz, Paris, 2013, p 280.

(٣) Rouault, Marie-Christine, Droit administratif. Gualino éditeur, Paris, 2001, p 271.

أنها تعد درجة أشد في مجال هذه الرقابة، إذ يركز إليها القضاء الإداري في الحالات التي يصعب فيها رقابة الغلط البين، أو رقابة التناسب.

وعليه سنحاول بيان ذلك في الفروع التالية:

الفرع الأول: دور القاضي الإداري في الرقابة على تقدير أهمية وتناسب الوقائع التي ادعتها الإدارة "الرقابة التناسبية".

الفرع الثاني: دور القاضي الإداري في الرقابة على الغلط البين للوقائع التي ادعتها الإدارة "الخطأ الظاهر في التقدير".

الفرع الثالث: دور القاضي الإداري في الرقابة على مسألة التوازن بين المنافع والأضرار.

الفرع الأول

دور القاضي الإداري في الرقابة على تقدير أهمية وتناسب الوقائع التي ادعتها الإدارة "رقابة التناسبية".

من المفترض أن تقف رقابة القاضي الإداري على قرارات السلطة الإدارية، عند حد التحقق من الوجود المادي للوقائع التي اعتمدتها هذه السلطة أساساً لقراراتها، وصحة التكييف القانوني لهذه الوقائع، وأن يكون محل القرار غير مخالف للقانون، دون أن يتعدى ذلك إلى البحث في أهمية وخطورة السبب وتقدير مدى التناسب بينه وبين الاجراء المتخذ على أساسه؛ أي محل هذه القرار ومضمونه، لأن القاضي الإداري بذلك يكون قد خرج عن دور وظيفته وتدخل في أصل العمل الإداري، ومن ثم يكون قد نصب نفسه رئيساً على الجهة الإدارية^(١).

(١) انظر: د. محمد محمد عبد اللطيف، قانون القضاء الإداري، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، مصر، ص ٣٣٢

ولذلك نجد أن مجلس الدولة الفرنسي منذ ممارسته للرقابة على الوقائع، اتجه إلى رفض الرقابة على خطورة الجزاء التأديبي ونسبته إلى الخطأ المرتكب، وذلك في الوظيفة العامة، واستقرت أحكامه على إقرار هذا المبدأ زمنياً طويلاً.

إلا أن التطور الذي تعرفه الحياة الإدارية والنظريات القضائية، دفع بمجلس الدولة الفرنسي إلى إعادة النظر في هذا المبدأ، بحيث اتجهت أحكامه تدريجياً نحو إقرار الرقابة على التناسب، التي أقرها المجلس نهائياً في قضية ليون سنة (١) ١٩٨٧ ، وتوالت بعده التطبيقات القضائية على نحو يمكن معه القول بإستقرار مجلس الدولة الفرنسي على إقرار حقه في رقابة تقدير التناسب بين الخطأ والجزاء التأديبي المقرر له (٢) .

فامتد نطاق رقابة المجلس ليشمل مراجعة الإدارة في تقديرها الأهمية وخطورة كل من تلك الوقائع والاجراءات التي أسست عليها قراراتها الادارية، وذلك للوقوف على مدى التناسب والتلاؤم بينهم، وكانت البداية بمجال الضبط الإداري، وكان الأمر المساعد للمجلس في ذلك؛ أن حماية الحقوق والحريات العامة داخل المجتمع الفرنسي تتمتع بقدسية وأهمية خاصة تمنع الاعتداء عليها إلا للضرورة القصوى.

ثم بعد ذلك اتجه المجلس إلى مجال هام وحيوي وهو مجال التأديب في الوظيفة العامة، وجعل المجلس مقتضى هذا المبدأ أن القاضي الإداري الفرنسي لا يتعرض هنا لتقدير قرار الإدارة في ذاته، ولكنه يتعرض للظروف التي أحاطت به، فإذا ما تبين له أن تلك الظروف لا يمكن معها إجراء تقدير سليم تكون الإدارة هنا قد خرجت عن التزامها القانوني، بمعنى أن تضع الإدارة

(١) C.E, section du 9 juin 1978, Lebon, rec. n° 05911, Publié au recueil Lebon 245.

(٢) محمد محمد عبد اللطيف، قانون القضاء الإداري، الجزء الثاني، مرجع سبق ذكره، ص ٣٣٢.

نفسها في أفضل الظروف والاحوال للقيام بهذا التقدير وان تجرّيه بروح موضوعية وبعيداً عن البواعث الشخصية، وبشرط أن تكون لديها العناصر اللازمة لإجرائه^(١).

وفي سبيل البحث عن تبرير الرقابة المتقدمة التي يمارسها القاضي الإداري في تلك الحالات، هي أن رقابة التناسب بين محل القرار والظروف التي دفعت إليه إنما تستند إلى مبدأ عام في القانون وهو "مبدأ التناسب"، وأن القاضي وهو يمارس تلك الرقابة يظل في مجاله الاصيل وهو أنه قاضي مشروعية، لان عمله حينئذ يتعلق بمدى مطابقة محل القرار لمبدأ عام في القانون وهو من مصادر المشروعية^(٢).

وانطلاقاً مما سبق سوف نتناول رقابة التناسب في نقطتين على النحو التالي:

أولاً_ رقابة التناسب في مجال التأديب :

كان مجلس الدولة الفرنسي يرفض أن يبحث مدى التناسب بين العقوبة التأديبية والمخالفة التي يرتكبها الموظف، على أساس أن ذلك يعد من الملاءمة الواجب تركها للجهة التأديبية، وأنه ليس للقاضي أن يقدر شدة الجزاء الموقع بالنسبة لخطورة المخالفة المرتكبة^(٣) ولكنه سرعان ما عدل عن موقفه هذا في قضية السيد ليون سنة ١٩٨٧، حيث اعترف لنفسه برقابة التناسب بين العقوبة والمخالفة التي نسبت للموظف وان كان قد أسندها إلى فكرة الخطأ الظاهر في التقدير^(٤).

وتتلخص وقائع القضية ؛ في أن السيد ليون رفع دعوى قضائية أمام المحكمة الإدارية بتولوز، طالباً إلغاء قرار إداري من رئيس أكاديمية تولوزو ، والمتعلق بإحالة على التقاعد دون طلب

(١) د. محمد محمد بدران، رقابة القضاء على أعمال الإدارة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ١٩٨٥، مصر، ص ٩٨

(٢) . أحمد أحمد الموفي، بعض ملامح الاتجاهات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨، مصر، ص ٩

(٣) Voir : C.E, 29 octobre 1948, Sieur Maussac, Lebon, p 3970, et C.E, 11 septembre 1952, Dam veuve Montluc, Lebon, p 378 .

(٤) C.E, 9 juill 1978, Vinolay, Labon, p 315.

منه، وكانت مستندات الأكاديمية في إصدار هذا القرار هي ارتكاب المدعي لأفعال مخلة بالحياء مع تلميذاته في الفصل والثابتة من خلال التحقيق معه، وكان قرار مجلس الدولة عندما تم الطعن أمامه، أن الأفعال التي ارتكبها المدعي وقام عليها قرار إحالته على المعاش كافية لتبرير القرار، وأن تقدير الإدارة بشأنها لم يشبه غلط بين^(١).

وهذا التطور في قضاء مجلس الدولة الفرنسي تثبت بعدها في قضية Vinolay سنة 1978، وكان تدخل المجلس إيجابياً بأن ألغى ولأول مرة الجزء التأديبي الموقع على مدير بغرفة الزراعة، وذلك لعدم تناسبه والمخالفة المرتكبة^(٢).

ثم توالى بعدها قرارات مجلس الدولة الفرنسي المتعلقة برقابته للإدارة وهي بصدد توقيعها للعقوبات التأديبية على موظفيها، ومدى وجود تناسب بين تلك العقوبات وحجم الجرم الذي ارتكبه الموظف^(٣).

وقد سار القضاء الإداري في مصر في البداية على نهج مجلس الدولة الفرنسي نفسه فقد كانت أحكامه مستقرة على أن السلطات التأديبية تستقل في تقدير الجزاء الذي يستحقه الموظف، وبلا معقّب عليها في ذلك ما دامت تلك السلطات لم تخالف القوانين والانظمة^(٤).

إلا أن القضاء الإداري المصري قد تراجع عن هذا المسلك، وكان سبباً لمجلس الدولة الفرنسي، بأن قررت المحكمة الإدارية العليا: "أن عدم الأخذ بمبدأ التناسب بين المخالفة التأديبية والجزاء الموقع على مرتكبها هي مخالفة تشوب القرار التأديبي، وتوجب إلغائه، استناداً لمقتضيات العدالة وإقامة التوازن بين اعتبارات الصالح العام وصالح الموظف، ومناطق مشروعية السلطة

^(١) André De laubadère, Yves Gaudemet, Traité droit administratif. Tome 01, L.G.D.J, 16eme édi-tion, Paris, 1999, P 584.

^(٢) C.E, 9 juill 1978, Vinolay, Labon, p 315, Voir : Jacqueline Morand-Devoli, Cours de droit ad-ministratif, Montchrestien, 6eme édition, Paris, 1999, P.283.

^(٣) Françoise Tiphine, Le Pouvoir disciplinaire de l'administration, paris, 1998, p 113.

^(٤) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ١٠٩٧ ، في ٧ / ٥ / ١٩٥٣ ، السنة السادسة قضائية، المجموعة السابعة، ص ١١١٢.

التأديبية شأنها شأن أية سلطة تقديرية أخرى، ألا يشوب استعمالها غلو، ومن صور هذا الغلو عدم الملاءمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الإداري وبين نوع الجزاء ومقداره، ومعيار عدم المشروعية هو معيار موضوعي قوامه أن درجة خطورة الذنب الإداري لا تتناسب البتة مع نوع الجزاء ومقداره^(١)، وأكدت المحكمة على أن الغلو يتحقق سواء أكان عدم التناسب في العقوبة ناتجاً عن الشدة أو المبالغة فيها، أو كان ناتجاً عن التهاون في العقوبة^(٢).

إن مبدأ التناسب وإن كان لم يستقر بعد وتتضح الصورة بشأنه في القضاء الإداري السوري، إلا أننا نجد أن القاضي الإداري قد أخذ ببعض أحكام نظرية التناسب في مجال الأحكام التأديبية أسوة بالقضاء الفرنسي والمصري فقد أكد مجلس الدولة السوري صراحة على ضرورة تناسب الجزاءات التأديبية مع الوقائع، "إنما تتعدى الرقابة إلى حد البحث في أهمية وخطورة السبب وتقدير مدى التناسب بينه وبين الإجراء المتخذ على أساسه أي محل هذا القرار ومضمونه"^(٣).

ثانياً_ رقابة التناسب على قرارات الضبط الإداري :

بدأ مجلس الدولة الفرنسي مع بداية القرن العشرين يوسع من نطاق رقابته على ممارسة الإدارة العامة لسلطات الضبط الإداري، وذلك بالبحث في مدى ضرورة الإجراء الضبطي الذي تتخذه الإدارة لحفظ النظام العام، ولتحقيق ذلك فإنه يفحص الظروف المحيطة بالإجراء الذي اتخذته الإدارة، بعد أن كان يسمح لها بسلطات تقديرية واسعة في ذلك المجال، دون أن يسمح لنفسه بحق إلغاء القرارات الصادرة منها في هذا الشأن.

(١) حكم محكمة الإدارية العليا رقم ٢٠٥، في ١٩ / ٥ / ١٩٩٠، السنة الخامسة والثلاثون قضائية، مبدأ رقم ١٧٠، ص ١٧٧٤

(٢) انظر: د. محمد ميرغني خيرى، (المغالات في التساهل والتفريط)، مجلة العلوم الإدارية، العدد الثاني، السنة السادسة عشر، ١٩٧٤، مصر، ص ١٦٧

(٣) حكم المحكمة الإدارية بدمشق، القرار رقم (١/٨٧٩) لسنة ٢٠١٥ القضية رقم (١/١٤٧٦) لسنة ٢٠١٥. المجموعة الشاملة ص ٣٨٢.

ففي نطاق قرارات الإدارة المتعلقة بالضبط الإداري ونظراً لمساسها الشديد بحريات الأفراد فإن القضاء الإداري الفرنسي يكاد لا يعترف للإدارة بسلطة تقديرية في شأن تقييد حريات الأفراد، وإنما يخضعها القاضي غالباً لرقابته، ليحدد مدى المواءمة والتناسب بين شدة القرار الإداري وبين الوقائع المادية التي حدثت ودفعت الإدارة إلى اتخاذ هذا القرار للحد من ممارسة حرية من الحريات العامة ليتأكد أيضاً من أن الظروف الواقعية كانت تمثل إخلالاً بالنظام العام مما جعل إجراء الإدارة ضرورياً لدفع ذلك الخطر أو التهديد الحقيقي^(١).

وقد صدر العديد من الأحكام الهامة لمجلس الدولة الفرنسي في هذا المجال تتضمن حماية قضائية رائعة لحقوق وحريات الأفراد في مواجهة سلطات الضبط الإداري^(٢)، ومنها قرار مجلس الدولة الفرنسي، والمتعلق بإلغاء القرار البلدي لمدينة ليون، والمتضمن منع الباعة الجائلين من البيع في غير اليوم المخصص للسوق الإيسوعي، إلا أن المحكمة الإدارية بمدينة ليون رأت وأيدها مجلس الدولة، أنه لا يوجد بأوراق الدعوى ما يثبت صحة ادعاء البلدية والتي مفادها احتياجات المرور، كما استشفت المحكمة من ظروف الدعوى أن الهدف الحقيقي من قرار الإدارة هنا هو مجرد حماية مصالح تجار المنطقة، وبالتالي فالقرار يعتبر مشوباً بعيب الانحراف بالسلطة، مما يكون جديراً بالإلغاء، والحكم على البلدية بدفع تعويض لصالح المدعي^(٣).

ونجد أيضاً حكمه بإلغاء قرار المحافظ برفض الاعتراف بشرعية إقامة السيدة "Montcho" في فرنسا وإلزامها بمغادرة البلاد، حيث رفعت المذكورة دعوى انحراف بالسلطة ضد قرار المحافظ مطالبةً بإلغائه، وقد قضى مجلس الدولة بإلغاء قرار المحافظ استناداً على أن زوج الطاعنة فرنسي الجنسية ومقيم مع زوجته في فرنسا، وهو الوصي الشرعي على أطفالها القصر^(٤).

^(١)Voir, C.E, 14 Mai 1982, Assoc. International pour la conscience de Krisna, 31102, Lebo, p 179, C.E, 16 jan 1984, Sté. Eurybia, A.J.D.A, 1985, p 110.

^(٢) د. أحمد حافظ عطية نجم، (السلطة التقديرية للإدارة ودعاوي الانحراف بالسلطة)، مجلة العلوم الإدارية، العدد الأول، السنة الثالثة والعشرون، ١٩٨٢، مصر، ص ٢٠٨

^(٣)C.E, 22 jan 1975. Vallon pont d'Arc, 91135, publié au recueil Lebon, et R.D.C.E, p 43.

^(٤)C.E, 11 juill 1980, Montcho, publié au recueil Lebon, et R.D.C.E, 1981, p 315

كذلك مدّ مجلس الدولة الفرنسي رقابته على قرارات الاستثناء من قواعد التخطيط العمراني، لترك فضاءات في مشروعات تقسيم الأراضي، أو افتراض اشتراطات معينة في البناء، فاشتراط مجلس الدولة الفرنسي ليكون الاستثناء مشروعاً ومحققاً للمنفعة العامة، ألا تكون الاضرار الناجمة عنه لمنفعة التخطيط العمراني مفرطة بالنسبة للمنفعة التي يحققها الاستثناء^(١).

وبالنسبة للقضاء الإداري المصري، فنجد أنه قد اقتدى بنظيره الفرنسي وأخضع ملائمة القرارات المتصلة بالحريات العامة لرقابته، وإن كانت في البداية اقتصرت على قرارات الضبط الإداري الصادرة في الظروف الاستثنائية، حيث إن تعرض الدولة لظروف استثنائية تتميز بطابع الفجائية وعدم التوقع مثل حدوث فيضانات أو انقلاب عسكري، أو انتشار وباء معين يؤدي إلى حدوث تهديد حقيقي لكيان الدولة وأمنها، فكل هذا يبرر، حيث يتسع نطاق المشروعية عن الحدود المعروفة في الظروف العادية، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة القضاء الإداري بقولها: "أن إجراءات الاعتقال وتحديد الإقامة يجب ألا يلجأ إليها إلا عند الضرورة القصوى التي يستعصى فيها اللجوء إلى إجراءات عادية، لما في ذلك من مساس بالحرية الشخصية، وأن يكون ذلك بالقدر الضروري اللازم للمحافظة على الأمن، ولا يتجاوز ذلك إلى غيره من الأغراض"^(٢).

وكذلك ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى إلغاء قرار الجامعة بحظر ارتداء الطالبات للنقاب، مؤكدة أن هذا المنع ينطوي على مساس بالحرية الشخصية، وتقييد للحرية العقائدية، ولا يمكن إباحته تحت ستار الحيلة من دخول عناصر دخيلة للجامعة وعدم التحايل، فهذه الضرورة تقدر بقدرها ويلزم مواجهتها بالقدر اللازم لسد الذرائع مثل؛ تكليف المنقبة بالكشف عن

(١) C.E, Assemblée, 18 juill 1973, Ville de limoges, 86275, A.J.P.I, 1974, p 808.

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ١٤٢٧، جلسة ١٣ / ١٢ / ١٩٧٧، مجموعة السنة الحادية والثلاثون، ص ٤٣١

وجهها عند اللزوم أو وضع مختصة من بنات جنسها للتحقق منها، حيث لا مبرر لها للامتناع^(١).

أما القاضي السوري فرغم إخضاعه لملاءمة القرارات التأديبية لرقابته إلا أنه امتنع عن مد هذه الرقابة إلى مجال الضبط الإداري، ولعل حساسية هذا النوع من القرارات وحذر مجلس الدولة السوري، كانت أسباباً في امتناع المجلس عن مد رقابته إلى هذا النوع من القرارات، فالقضاء السوري رغم تسليمه بالرقابة على الوجود المادي والتكييف القانوني للوقائع، إلا أنه يقف عند هذا الحد ولا يراقب مدى تناسب الاجراء الضبطي مع الظروف والملابسات الواقعية.

الفرع الثاني

دور القاضي الإداري في الرقابة على الغلط البين للوقائع التي ادعتها الإدارة "الخطأ الظاهر في التقدير".

تناولنا فيما سبق الحالات التي امتنع فيها مجلس الدولة الفرنسي عن إجراء الرقابة على الوقائع من حيث تكييفها القانوني مكتفياً نحوها بالرقابة على وجودها المادي، إلا أن المجلس سرعان ما عدل عن هذا الاتجاه، بتطبيقه لفكرة "الغلط البين" والتي أتاحت له الرقابة على الوقائع التي ادعتها جهة الإدارة من الناحية القانونية معتمدة على فكرة الغلط البين، وهذا ما سنفصله على النحو التالي:

أولاً _ مفهوم الغلط البين: تدخل الفقه الفرنسي بوضع العديد من التعريفات لفكرة الغلط البين، ويعد الفقيه "Kronprobest" أول من وضع تعريفاً لهذه الفكرة بقوله: "أنها أداة تحليل تسمح برقابة أكثر فاعلية للتقديرات التي تقوم بها الإدارة في المسائل الفنية والدقيقة، وأنه

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (١٣١٥ - ١٩٠٤) ، في ١٩٨٩/ ٧/١ ، ، نقلاً عن الموقع الإلكتروني لمجلس الدولة المصري، <http://news.ecs.eg> .

يقع على وصف الوقائع وليتعلق بماديتها، وقد ابتكرها القاضي الإداري لكي توسع من رقابته على وصف الوقائع، ولكي يراجع الإدارة في تقديراتها التي كانت تتهرب بها من الرقابة القضائية^(١).

غير أن هذا التعريف يؤخذ عليه أنه تناول الغلط البين من جهة أثاره وموضعه في الرقابة، ولم يحدد مضمونه ولا خصائصه، ويذهب الفقيه "برايانت" إلى أن المقصود من فكرة الغلط البين تكمن في الحد الأدنى من الرقابة على أعمال السلطة الإدارية، والذي يرتبط بالمنطق والحدود المعقولة في العمل الإداري، واعتمد هذا الرأي على فكرة عدم المعقولة في العمل كأساس لوجود غلط بين يشوب عمل الإدارة^(٢).

ونجد اتجاه آخر يقوده الفقيه فيديل يربط بين الغلط البين وفكرة الغلط الجسيم، حيث كلما كان الغلط جسيماً وواضحاً كنا بصدد حالة غلط بين من قبل الإدارة^(٣).

وهناك أيضاً من ربط بين الغلط البين والخلل في التقدير الذي قد تقع فيه جهة الإدارة، فوفقاً لهذا الرأي فإن فكرة الغلط البين ترتبط جوهرها بعدم الانضباط وعدم الكفاية بالنسبة للعوامل التي اعتمدت عليها الإدارة لتقديرها للوقائع التي بنت عليها قرارها الإداري^(٤).

وباستعراض جميع تلك الآراء يمكن أن القول: إن الغلط البين هو ذلك الغلط التي تقع فيه الإدارة مخالفة الفطرة السليمة والعقول السوية في تقديرها للوقائع بما يخالف القانون بمعناه العام مما يجعل قرارها جديراً بالإلغاء.

وسنجد بعد استعراضنا لتطبيقات فكرة الغلط البين للوقائع التي ادعتها الإدارة في القضاء الإداري الفرنسي ، أن تلك الرقابة كانت مرحلة حاسمة في تاريخ منازعات أسباب العمل

(١) Voir. Kronprobest Bruno, l'erreur manifeste, Dalloz, 1965, p121

(٢) د. محمود سلامة جبر، رقابة مجلس الدولة على الغلط البين للإدارة في تكييف الوقائع وتقديرها في دعوى الإلغاء مرجع سبق ذكره، ص ٨٣

(٣) Voir, Georges Vedel, droit administratif, P.U.F, Paris, 1973, p 286.

(٤) د. محمد فريد الزهري، (الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ١٩٨٩، مصر، ص ١٤٥

الإداري الذي تضطلع به الإدارة، مرحلة دفعت مجلس الدولة الفرنسي دفعة للأمام كضامن للمشروعية الإدارية، عن طريق توفير ضمانات حقوق الأفراد وحرياتهم من جانب، وحق الإدارة في تسيير أعمالها الإدارية من الجانب الآخر.

فبعد التطور الذي عرفته نظرية الخطأ البين، أصبحت نظرية عامة يمكن للقاضي الإداري أن يعتمد عليها وهو بصدد ممارسته لدوره الرقابي على أعمال السلطات الإدارية في كافة المجالات ^(١) حتى فيما يتعلق بمجال التأديب؛ فأنا نجد أحكاماً كثيرة أدخل فيها القاضي الإداري رقابة الخطأ البين، ومنها قضية "Lebon" والذي كان يعمل مدرسا بأكاديمية "تولوز" واتهم بارتكابه أفعالا مخلة بالآداب مع تلميذاته، فصدر قرار إحالته للمعاش، إلا أنه طعن أمام مجلس الدولة على أساس عدم التناسب بين الجزاء التأديبي والفعل المنسوب إليه، إلا أن المجلس رفض الطعن قائلاً "أنه لا يتضح من الأوراق ما يفيد أن هذا الجزاء يقوم على خطأ بين في التقدير" ^(٢)

ولقد سبق ورأينا أن رقابة الخطأ البين كانت لا تتضمن في البداية سوى حالات محدودة من المنازعات الإدارية، حيث كانت مقتصرة على بعض الحالات التي كان يمتنع على القاضي الإداري أعمال رقابة التكليف القانوني بشأنها، وعليه فالغاية التي من أجله استحدث القضاء الإداري تلك الفكرة؛ هي سد الفراغ المتروك في الرقابة القضائية العادية، بمد الرقابة على الحالات التي كان يمتنع فيها رقابة التكليف القانوني لها، وبمراجعة الأحكام التي صدرت عن مجلس الدولة الفرنسي نجد أنها دلت على اتساع نطاق نظرية رقابة "الخطأ البين" بأن أصبحت تشمل كافة أوجه المنازعات الإدارية، ونذكر في ذلك بعض المجالات مثل:

(١) رمضان بطيخ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقديرية وموقف

مجلس الدولة المصري منها، مرجع سبق ذكره، ص ٢٢١
(٢) C.E. 9 juin 1978, Sieur Lebon, REC. 245, A.J.D.A., 1978, P 575.

١- **منازعات الوظيفة العامة:** مع أن نظرية رقابة الخطأ البين قد ظهرت لأول مرة في مجال الوظيفة العامة، إلا إنها لم تكن تتناول كافة المنازعات التي تثور في هذا الشأن، إذ بقي تأديب الموظف حتى وقت قريب نسبياً خارج نطاق تطبيقها، وذلك عندما يكون للإدارة سلطة تقديرية واسعة، ففيما يتعلق بالتعيين بالوظيفة العامة، كان مجلس الدولة يرفض مناقشة مدى صحة تقدير الإدارة لشروط القبول في المسابقات التي تحدد لشغل تلك الوظائف^(١)، إلا أن قضائهم قد تطور وامتدت رقابته خاصة فيما يتعلق بالكفاءة المطلوبة في المترشح لكي يدرج على قائمة المقبولين لدخول المسابقة^(٢)، كما امتدت رقابته أيضاً لتشمل تقييم الإدارة للكفاءة المطلوبة في المترشح لشغل الوظيفة العامة بعد اجتيازه المسابقة، كذلك فيما يتعلق بتقارير كفاية الموظفين حيث كان يرفض المجلس في البداية ممارسة الرقابة على الإدارة في هذا الشأن معترفاً لها بسلطة تقديرية واسعة، إلا أنه عدل عن هذا الاتجاه في بعض أحكامه بإلغاء تقارير الإدارة المتعلقة بكفاية موظفيها متى كانت مشوبة بخطأ بيّن في التقدير^(٣)، كذلك نبذه في المنازعات المتعلقة بتأديب الموظفين، كان يرفض ممارسة الرقابة على خطورة الجزاء التأديبي ونسبته إلى الخطأ المرتكب من الموظف^(٤)، وكان يعترف للإدارة في ذلك بسلطات واسعة، تمثلت في تحديدها لنطاق التأثيم، فلها أن تحدد ما يمثل جريمة تأديبية أو ما لا يعتبر، لأن ذلك راجع إلى أن السمات المميزة للجريمة التأديبية تفتقر لتعريف قانوني محدد، كما أن لها الحرية في اختيار العقوبة الملائمة للجريمة التأديبية من تلقاء نفسها^(٥).

^(١) C.E. 6 Avril. 1973. Jacques, REC. 1973..P 288 .

^(٢) C.E. 19 juin 1981, Regnault de la Mouthe, Tables, P 777 .

^(٣) C.E. 13 Mars. 1987. Bauhain.Rec. P.95 .

^(٤) د. محمود سلامة جبر، رقابة مجلس الدولة على الغلط البين للإدارة في تكييف الوقائع وتقديرها في دعوى الإلغاء مرجع سبق ذكره، ص ٤٢٩ .

^(٥) Modern (F) , L'extension du contrôle juridictionnel a la Corrélation faute disciplinaire, mesure disciplinaire dans le droit de la fonction publique. Administrative 1978. P 634.

وهذا ما فسر الاتجاه التقليدي لمجلس الدولة الفرنسي في هذا الشأن حيث قضى في أكثر من موضع أن نطاق رقابته يقف عند حد التحقق من صحة الوجود المادي للوقائع فقط دون الخوض في درجة الجزاء المطبق^(١)، ومن ثم فقد رفض مجلس الدولة الفرنسي وحتى عام 1987 رقابة تقدير الإدارة لمدى تناسب الجزاء التأديبي الواقع على الموظف مع الجرم المنسوب إليه، وقد كان تفسير ذلك أن الإدارة لها دور في تطبيق الظروف المخففة والظروف المشددة التي عادة ما تصاحب الأخطاء التي تمثل جريمة تأديبية، ولأن الإدارة يمكن أن يكون في حسابها وهي بصدد توقيع الجزاء التأديبي بعض الاعتبارات غير القانونية والتي لا يستطيع القاضي أن يلم بها، بسبب بعده عن الظروف المحيطة بالمرفق العام والتي كانت سبباً في ارتكاب تلك الأخطاء التأديبية^(٢).

كل ذلك كان من الأسباب التي أسّس عليها مجلس الدولة الفرنسي رفضه لرقابة الملاءمة في المجال التأديبي، وكذلك تقريره لرقابة الخطأ البين، لكن منذ عام ١٩٧٨ وخاصة بعد قضية Lebon السابق ذكرها، أصبح من حق مجلس الدولة الفرنسي مراقبة مدى تناسب وخطورة الجزاء التأديبي المطبق على الموظف مع الجرم الذي ارتكبه، حيث حاز هذا الموقف من قبل مجلس الدولة الفرنسي على الكثير من الترحيب والتأييد من جانب كبير من فقهاء القانون الإداري، حيث أن هذا الحكم لم تصبح بعده الإدارة حرة طليقة من كل قيد، وهي بصدد ممارستها لتوقيع الجزاء التأديبي الذي يحلو لها دون أن تضع في حسابها مناسبة هذا الجزاء وتناسبه مع ما نسب إلى الموظف من أخطاء تأديبية، وهذا ما أكدته مجلس الدولة الفرنسي في

^(١) C.E. 12 Mars. 1958. Acquava, REC. P. 156.

^(٢) Auby. (M), le contrôle juridictionnel du degré de gravité d'une sanction disciplinaire. 1979. P. 149.

حكمه في قضية "Joy" برفض الطعن المقدم من وزير الاقتصاد على حكم المحكمة الإدارية بباريس، بإلغاء قراره بفصل السيد "Joy" لوقوع الوزير في غلط بين في التقدير^(١).

لم تعرف هذه النظرية تطبيقها في القضاء الإداري السوري بشكل ظاهر، كما أن العمل بها لا زال متأخراً في مختلف المجالات، إلا أننا نجد لها بعض التطبيقات هنا وهناك، ولعل ما قضى به مجلس الدولة السوري في أحد أحكامه حيث ذهب إلى تبني مفهوم جسامه الخطأ للحكم بإلغاء القرارات الإدارية^(٢).

فالإدارة تتمتع بسلطة تقديرية بخصوص اختيار الجزاء الملائم للجرم الذي ارتكبه الموظف، غير أن القاضي يمارس رقابته عندما يتوصل إلى وجود خطأ واضح ناجم عن تعسف الإدارة في حرية التصرف الممنوحة لها، وعن تجاوزها حدود المعقول في الحكم الذي تبنته بخصوص عناصر الملاءمة.

غير أن هذا التطبيقات مازالت قاصرة على مجارة التطورات الحاصلة في القضاء الإداري المقارن، الأمر الذي يفرض على القاضي التزاماً ضرورياً بمواكبة وتطوير رقابته لمواجهة هذه التطورات.

٢_ إجراءات الضبط الخاصة بالأجانب: سبق وأن ذكرنا بعض قرارات الضبط الإداري التي أخرجها مجلس الدولة الفرنسي من نطاق رقابة تكييفها القانوني، واكتفى حيالها بمجرد الرقابة على الوجود المادي لتلك الوقائع، وكانت في مقدمة تلك القرارات التي امتنع مجلس الدولة الفرنسي عن ممارسة الرقابة عليها؛ هي قرارات الضبط الخاصة بالأجانب فيما يتعلق بدخولهم الأراضي الفرنسية أو الإقامة فيها، وكذلك إمكانية طردهم رغماً عن إرادتهم، إن كانوا يمثلون

^(١) C.E, 23 Avril 1987, Joy, Rec. P 157.

^(٢) نقلاً عن: د. محمد العموري، (الرقابة القضائية على السلطة التقديرية وأساليب الحد منها). مقالة مجلة جامعة تشرين، ٢٠١٥، ص ٦١

إخلاقاً بالنظام العام داخل الدولة، وأيضا إمكانية القيام بحل الجمعيات المؤسسة في فرنسا من طرف الأجانب، ومنع عرض وبيع المجلات والصحف الأجنبية داخل الأراضي الفرنسية. إلا أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي في هذا المجال قد تطور، إلى أن امتد دوره إلى رقابته لملاءمة إجراءات الضبط، حيث نجده قد أصبح يبحث في ما اذا كانت المحافظة على النظام العام تتطلب بضرورة الحال التضييق على الحريات الفردية^(١)، حيث نجد قد ألغى قرار وزير الداخلية، الداخلية، على أساس الخطأ البين في التقدير، وذلك في حكمه الشهير في قضية "Library François Maspero" والتي تلخص وقائعها في قيام وزير الداخلية بإصدار قرار منع نشر وتداول الطبعة الفرنسية من مجلة القارات الثلاث، فقامت الشركة التي تقوم على طباعة تلك المجلة بالطعن أمام مجلس الدولة الفرنسي بإلغاء قرار وزير الداخلية، وذلك لقيام قراره على وقائع مادية غير صحيحة، ولصدوره معيياً بخلط بين في التقدير وانحراف بالسلطة، وبناء عليه لم يتردد المجلس في إقرار رقابته على تقدير الإدارة هنا، والمتمثل وفقاً لادعائها في الخطر والتهديد الذي برر قرار المنع والتدبير الضبطي، وحكم بإلغاء قرار وزير الداخلية القائم على خطأ بين في التقدير^(٢).

ونجد كذلك القرارات التي تتعلق بطرد الاجانب وإقامتهم على الأراضي الفرنسية، فقد أخضعها القاضي الإداري الفرنسي لرقابة الخطأ البين، حيث قضى مجلس الدولة الفرنسي ببطالان قرار وزير الداخلية بطرد أحد الاجانب من الاراضي الفرنسية، لقيامه على خطأ بين في التقدير، وذلك لعدم صحة الوقائع التي أسندت للطاعن^(٣) كذلك فقد رفض مجلس الدولة

(١) أنظر: د. عصام عبد الوهاب البرزنجي، (السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية) مرجع سبق ذكره، ص ٤٩

(٢) C.E. 2 Nov 1973. Libraire François Maspero, Rec. p. 611.

(٣) C.E. 3 fév. 1975, pardov, A.J. D.A. 1975. P. 131.

الفرنسي إلغاء قرار وزير الداخلية الخاص بطرد أحد الأفراد، وذلك لعدم توافر خطأ بين في التقدير^(١).

وبذلك يمكن القول إنه قد بات من المؤكد أن القاضي الإداري الفرنسي أصبح يسيط رقابته من خلال تبنيه لنظرية الخطأ البين على الوقائع والاسباب المتعلقة بإجراءات الضبط الخاصة بالأجانب، مما يسمح بحماية واسعة لحقوق الأفراد الأكثر ضعفاً، في مواجهة السلطات العديدة والمتسعة للسلطات الإدارية^(٢).

٣_ القرارات المتعلقة بالمسائل العلمية والفنية: استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي وسائره في ذلك مجلس الدولة السوري، على عدم خضوع تقدير القرارات التي تكون ضمن المسائل العلمية والفنية لرقابة القضاء الإداري، وذلك لتمتع الإدارة فيها بسلطة تقديرية واسعة، وذلك بما لديها من إمكانيات فنية وبشرية تمكنها من القيام بتلك المهام، ونجد العديد من الأحكام لمجلس الدولة الفرنسي التي تؤكد هذا المعنى، وأذكر منها على سبيل المثال، حكم مجلس الدولة في الدعوى التي تلخص وقائعها في تقدم إحدى شركات الادوية Laboratoires "Sariens" بطلب إلى وزارة الصحة لاستصدار تصريح بإنتاج دواء لعلاج حالات الضعف الجنسي، إلا أن اللجنة الفنية المختصة بالوزارة رفضت هذا الطلب، مبررة ذلك بأن إنتاج هذا الدواء قد يسبب تأثير على الناحية الجنسية والمعنوية للأفراد، الا أن الشركة أقامت دعوى تطلب فيها إلغاء هذا القرار الإداري، فذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى رفض هذه الدعوى، على أساس أن تقدير اللجنة لا يمكن مناقشته قضائياً أمامه^(٣).

وظل مجلس الدولة الفرنسي لفترة طويلة يرفض خضوع تلك القرارات لرقابته، إلا أن خطى خطوة جريئة كعادته وقرر رقابته للقرارات التي تصدرها جهة الإدارة حتى وإن كانت تتضمن

^(١) C.E. 7 Nov. 1990, Berges, A.J. D. A. 1991..P. 49

^(٢) Odent Raymond, la politique immobilière et le juge administratif. Thèse. Paris. 1974. P. 157 .

^(٣) C.E, 16 Mars 1955, laboratoires Sariens, Rec. P 806.

مسائل فنية وعلمية، حيث قضى بإلغاء قرار وزير الشؤون الاجتماعية برفض السماح بافتتاح مختبر للتحليل، استثناء من القواعد المنظمة لمثل هذه المسائل، حيث باشر في ذلك تقييماً شخصياً لكافة الظروف الاقتصادية التي استندت إليها الإدارة لتبرير هذا الرفض، ومنها عدد الافراد الذين لهم حق الاستفادة من هذا المختبر، وكذلك مساحة القرية المراد بناء المختبر فيها، إضافة إلى المسافة بين تلك القرية وأقرب مختبر تحليل لها، وانتهى المجلس في قضائه إلى القول بأن تقييم الوزارة هذه الوقائع الاقتصادية كان مشوباً بخطأ بين ومن ثم كان قرارها قابلاً للإلغاء^(١)، وكذلك باشر مجلس الدولة رقابة الخطأ البين في تقدير الإدارة فيما يتعلق بمنح رخص البناء، وكذلك اختيار المواقع وحمايتها^(٢)، وبالتالي فقد وضع هذا التطور من قبل مجلس الدولة الفرنسي قاعدة أصولية تمثلت في أن التقدير الذي تقوم به جهة الإدارة في نطاق المسائل الفنية والعلمية لا يمكن أن يكون مشروعاً إلا إذا قام على ضوابط وأسس معقولة وصحيحة، متفادية كل خطأ بين في التقدير^(٣).

وبناء على ما سبق نجد أن نظرية الخطأ الظاهر أو البين هي قيد على السلطة التقديرية للإدارة، ونتمنى من القاضي الإداري السوري أن يحذو حذو مجلس الدولة الفرنسي وأن يخضع جل أو غالب القرارات الإدارية المبنية على سلطة تقديرية لرقابة الخطأ الظاهر في التقدير.

(١) C.E. 16 Mars.1955.. Laboratoires Sarins.Rec. P.806 .

(٢) C.E. 30 Sep. 1987. COCHE.rec. P. 296 .

(٣) موقع خدمة نشر القانون الفرنسي يتحدث عن حكم لمجلس بلدية غاردون ٢٠٢٠/٩/٢ الساعة ٨.١٠ :

[/https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007755877](https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007755877)

الفرع الثالث

دور القاضي الإداري في الرقابة على مسألة التوازن بين المنافع والأضرار

لقد كانت نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار نتيجة لما لاحظته مجلس الدولة الفرنسي من تمتع الإدارة بسلطة تقديرية واسعة في مجال الأموال والعقارات، خاصة فيما يتعلق بفكرة المنفعة العامة وتحديدھا؛ لأن هذه الفكرة تعتبر من المصطلحات المرنة التي تتسم بعدم الوضوح والتحديد، الأمر الذي ساعد الإدارة على استغلال هذه الفكرة لتغطية المصالح الشخصية. وكانت رقابة القضاء الإداري تتوقف عند وجود فكرة المنفعة العامة، دون قيامه بالبحث عن واقعية هذه المنفعة العامة وضرورتھا، والظروف المصاحبة لعملية نزع الملكية، ومدى تحقق المزايا والمنافع من خلال هذه العمل، في مقابل الأضرار التي قد تنجم عنها^(١).

ولقد كان مجلس الدولة الفرنسي يرفض الرقابة على قرارات نزع الملكية للمنفعة العامة تاركاً أمر تقدير المنفعة العامة للسلطة التقديرية التامة للإدارة، فمثلاً موضوع نزع ملكية من أجل فتح طريق خارجي، فإن دور القاضي يتمثل في التحقق من أن إنشاء الطريق يشكل في حد ذاته منفعة عامة، رافضاً البحث في مسار الطريق المقرر من الإدارة ومدى كونه أنفع بهذا المسار من غيره، بمعنى أن القاضي الإداري يحدد مشروعية إعلان المنفعة العامة بصورة مجردة، دون البحث في الظروف المصاحبة لهذا العمل، والتأكد من خلال معايير تحدد وجود وصحة المنفعة العامة من عدمها^(٢).

وأمام عجز وسائل الرقابة التي يملكها القضاء الإداري لمواجهة هذه الحالة وحالات أخرى، استطاع مجلس الدولة الفرنسي في نهاية المطاف أن يبتكر هذه النظرية ، والتي أتاحت للقضاء

(١) د. أحمد أحمد الموفي، بعض ملامح الاتجاهات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، مرجع سبق ذكره ، ص. ٣٢

(٢) د. مصلح الصرايرة، (مدى تطبيق المحكمة العليا للمبادئ التي أقرها القضاء الإداري في رقابته على السلطة التقديرية للإدارة)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٥ ، العدد ١، دمشق، ٢٠٠٩، ص ١٨١.

في واقع الامر أن يأخذ في اعتباره عند تقييم مضمون قرار ما لكافة الجوانب المتعلقة بهذا المضمون أو على الأقل كل ما له أهمية في هذا الصدد سواء فيما يتعلق بالأضرار الناجمة عنه أو المزايا المترتبة عليه حتى يتمكن بعد ذلك من إجراء عملية الموازنة بين هذه وتلك من جهة، وبين الغاية أو الهدف ومن ذلك القرار من جهة أخرى، فإذا انتهت عملية الموازنة هذه إلى ترجيح الأضرار تعين على القضاء الحكم بإلغاء هذا القرار، أما إذا كانت المزايا هي الراجحة حكم بصحة ومشروعية هذا القرار^(١).

ولقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بنظرية الموازنة بين المنافع والأضرار في القضية المعروفة والشهيرة ville nouvelle-Est، حيث قرر المجلس أن تقدير المنفعة العامة يقوم على أساس التوازن ما بين الفوائد والأضرار التي تنتج عن الأعمال التي تتولى الإدارة إنجازها، حيث جاء في حيثيات القرار: "بأن أية أعمال لا يمكن أن يعلن عنها للمنفعة العامة بصورة مشروعة، إلا إذا كانت الأضرار على الملكية الفردية، والتمن المالي، والأضرار المحتملة على النظام الاجتماعي، غير مفرطة مراعاة للمنفعة التي تحققها"^(٢) وفي هذا القرار أكد مجلس الدولة على مشروعية قرار إعلان المنفعة العامة لمشروع إنشاء مدينة جديدة في شرق مدينة ليل؛ لأن فوائد هذا المشروع كانت أكثر من أضراره.

وبعد هذا القرار أصبحت هذه النظرية تؤكد على مدى اتساع رقابة القاضي الإداري لأعمال الإدارة، فهي وإن اتفقت مع نظرية الغلط البين في الرقابة على ملاءمة القرارات الإدارية، إلا أنها تعد درجة أشد في مجال هذه الرقابة، إذ يعتمد عليها القاضي الإداري في الحالات التي يصعب فيها رقابة الغلط البين، وهو ما يعني أن الاختلاف بين النظريتين هو اختلاف في مدى الرقابة؛ أي درجتها، وليس اختلافاً في الطبيعة، ولأن القاضي لا يلغي تصرف الإدارة،

(١) د. العربي زروق، (مبدأ الموازنة بين التكاليف والمزايا)، مجلة مجلس الدولة، العدد الثامن، ٢٠٠٦، ص ١٣٣.

(٢) موقع خدمة نشر القانون الفرنسي يتحدث عن حكم إنشاء المدينة الجديد ٢٠٢٠/٩/١٨ الساعة ٢٣.٢٠:

[/https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007643558](https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007643558)

إلا إذا كانت الأضرار المترتبة عليه لا تتناسب -وبشكل واضح- مع المزايا أو المنافع الناجمة عنه، وهذا هو جوهر نظرية الغلط البين^(١).

ولقد كانت هناك مجموعة من المعايير يستعين به القاضي الإداري كي يتمكن من تقدير مزايا ومضار عملية ما، أو نتائج تصرف إداري معين، ولكل منها تأثيره على عملية الموازنة بين المنافع والأضرار الناجمة عن العمل الذي تباشره الإدارة ونذكر من أهمها؛ المعيار الاقتصادي، ومعيار التكاليف المالية للعملية، ومعيار حق الملكية الخاصة، ومعيار الآثار الاجتماعية والبيئية للقرار.

أما القضاء الإداري السوري لم يساير التطور الراهن فيما يخص الأساليب الحديثة في الرقابة القضائية على أعمال السلطة التقديرية للإدارة، لأنه لا زال يتجنب رقابتها أو بالأحرى لا يتدخل في الجوانب المتعلقة بالاختصاص التقديري وفقاً للأساليب التقليدية في الرقابة، إلا أنه لا يمكن القول أو نجزم بأن استعمال هذه الوسائل والنظريات الحديثة منعدمة في جميع الأحكام القضائية.

ولقد أكدت العديد من الأحكام القضائية على النهج أو المسار الذي ينتهجه، من خلال امتناع القاضي عن التدخل في رقابة الملاءمة المتعلقة بوجود أو انعدام المنفعة العامة، مكتفياً برقابة الوجود المادي والتكييف القانوني للوقائع .

من خلال محاولة البحث عن إمكانية وجود أحكام قضائية متعلقة بتطبيق نظرية الموازنة، للأسف لم أجد فيما اطلعت عليه إلا بعض الحثثيات الاستثنائية والخجولة، كالقرار الذي ذهب إليه محكمة القضاء الإداري حين رجحت المصلحة الفردية على المصلحة العامة كون التعدي على الأملاك العامة لا يبرر الهدم^(٢).

(١) د. زكي محمد النجار، فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، ١٩٩٧، القاهرة، ص ٥٧.

(٢) د محمد العموري، (الرقابة القضائية على السلطة التقديرية و أساليب الحد منها)، مرجع سبق ذكره، ص ٦٣.

حيث يتأكد القاضي، من مدى ضآلة المصلحة العامة التي من الممكن ان يحققها والنتائج المترتبة عنها، ولكن يتوجب على القاضي أن يبيّن قراره على أساس تقرير الخبير لتوضيح وتأكيد موازنته بين المصلحة الخاصة و المصلحة العامة ، ونفي المصلحة الشخصية الصرفة . كما أنه يجب على القاضي أن يبين النتائج المترتبة على الموازنة؛ أي يوازن بين منفعة الطريق وضرورته من جهة؛ وحماية المتضررين من جهة أخرى، بالإضافة إلى ذلك أنه لم يطبق معايير نظرية الموازنة المتعلقة بتقدير الضرر الاجتماعي والتكلفة المالية للمشروع، كما هو الشأن في القضاء الفرنسي.

وفي نهاية حديثنا عن هذه الأساليب الحديثة في الرقابة، نستطيع القول أن هذه الإتجاهات في الرقابة على سلطة الادارة التقديرية في حقيقتها ما هي الا رقابة مشروعية وليست رقابة ملائمة كونها استثناء على استثناء بالتالي عودة للأصل، وهو المشروعية لان المخالفة الجسيمة للإدارة للسلطة التقديرية الممنوحة لها دفع القاضي الإداري للتدخل للحد من تعسف الادارة و التزامها حدود القانون ولا يكون عندها رئيساً على جهة الادارة .

وفي سورية إن الحديث عن الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة مرتبط بدور القاضي، هذا الدور المنحصر غالباً في تطبيق النصوص القانونية، وعدم محاولة التحرر وأن تكون له جرأة كالقاضي الإداري الفرنسي أو القضاء الإداري المقارن، ولعل ذلك راجع لأسباب أهمها:

- ١ - تخوف القاضي من تجاوز الدور المنوط به، على اعتبار هذه النظرية تنسم بالجرأة في الرقابة على ملائمة القرارات الادارية.
- ٢ - التسليم بأن السلطة التقديرية للإدارة لا تخضع للرقابة القضائية.

٣- دور القاضي الاداري السوري محدود فهو يكفي بتطبيق القانون عكس القاضي

الاداري الفرنسي فهو في حركة وإنشاء دائمين.

كما أن حذر القاضي الاداري السوري خشية من الصدام مع الادارة تارةً وعدم رغبته بالخروج عن الدور التطبيقي للقانون فهو لا يؤمن بأن دوره هو الانشاء وصناعة القانون.

خاتمة

في نهاية هذه البحث ، يتبين لنا أن القانون الاداري بمعناه الضيق قضائي النشأة وأن القاضي الاداري يساهم في خلق القاعدة القانونية ولا يقتصر على اتباع إرادة المشرع ، بل إنه من المعلوم للجميع أن معظم القواعد ومبادئ القانون الإداري تعتبر من صنع هذا القضاء، وأن المشرع عمل على تدوين الكثير من هذه القواعد التي استقر عليها القضاء.

وأن مساهمة القضاء في خلق وابتداع القواعد القانونية لم تأت من محض الصدفة، ولكن جاءت بعد أن قطع القضاء مراحل متعددة، استطاع من خلالها أن يرسخ أقدامه، ويفرض إرادته على الساحة والواقع العملي.

وانطلاقاً من ذلك نجد أن القاضي الاداري من خلال دوره الانشائي قد ساهم بشكل رئيسي في ابتداع وتطوير القانون الاداري، من خلال بحثه عن الحلول المناسبة ، وذلك بسبب عدم جمع القانون الإداري في مجموعة متكاملة واحدة، مما فتح معه الباب للقاضي الاداري الذي يضع النظريات والمبادئ والاحكام التي تفصل في موضوع النزاع تطبيقاً للعدالة وحمايةً لمبدأ المشروعية وتحقيقاً للتوازن المنشود بين مصلحة الإدارة في حسن تسيير المرافق العامة وقيامها بمختلف نشاطها الاداري من جانب، وحماية حقوق الافراد وحررياتهم من جانب آخر.

واذا لم يجد القاضي الاداري نصاً معيناً، وهذا أمر كثير الورد لحدثة القانون الاداري النسبية ومرونته ، كان لزاماً على القاضي أن ينشئ قاعدة آمرة لتسوية النزاع المعروض عليه بما يتفق والعدالة ومصالح الاطراف، ومن مجموع هذه الحلول، تتكون القواعد القضائية التي تكون المعيار الذي تقاس عليها مشروعية سلوك الإدارة وتصرفاتها.

وهذا الأمر يدفعنا بالقول أن دور القاضي الاداري في إنشاء القاعدة القانونية يتمثل في دورين؛ دور منشئ من عدم حيث يكون القاضي الاداري ملزم بابتكار وإيجاد حلول مناسبة للمنازعة

التي تعرض عليه، ويكون فيها في حالة عدم وجود قاعدة قانونية في مصادر القانون الاداري المكتوبة وغير المكتوبة ليعالج هذه المنازعة، ودور ثانٍ يكون فيه القاضي كاشفاً ومبيناً لحلول قانونية كانت موجودة في التشريعات الجزئية الادارية وغير الادارية، وفي الأسس العامة للنظام القانوني، والضمير العام للمجتمع، فيدلنا على مبادئ عامة ذات قيمة تشريعية تفرض احترامها على الادارة والأفراد، كونها تسعى لتحقيق التوازن بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، وهو الدور الذي لعبه مجلس الدولة الفرنسي بحكمة فكسب تأييد رجال الثورة والافراد على حد سواء فحافظ على خصوصية روابط القانون العام من جانب، ولم يغيب عنه حماية حقوق الافراد وحرياتهم من جانب آخر.

وبالتالي يقوم القاضي الاداري اعوجاج العمل الاداري لا بالاستناد إلى النص فهو غير موجود في بعض الأحيان ، ولكن بالاستناد لقاعدة ومعياري هو وحده مبدعها ومنشئها، أي هو مصدرها، وتعتبر هذه القاعدة مصدراً لتقويم وتصحيح العمل الاداري.

وبعد دراسة موقف الفقه التقليدي والفقه المعاصر من الدور الانشائي للقاضي الاداري، ورأينا أن الفقه التقليدي نفى على القاضي أن يكون له دور إنشائي للقانون، فهو عضو منفذ لإرادة المشرع، ويقتصر دوره على تطبيق القانون، مستندا في ذلك على فكرة كمال النظام القانوني، ولكن هذا الطرح من جانب الفقه التقليدي سرعان ما اصطدم بالواقع العملي للقاضي الاداري الذي أكد أنه لا يوجد ما يمنع من الاعتراف للقاضي بسلطته الطبيعية، والمتمثلة في إنشاء القانون بحكم ارتباطه واقعه العملي اليومي بالأحداث والوقائع.

فحاول الفقه المعاصر أن يأتي بالبديل، عن طريق الانطلاق من الواقع العملي ودور القاضي الاداري الفعّال في ذلك، هذا الواقع الذي أصبح ملموساً وحقيقياً ، وإذا كنا قد عرفنا أن تفسير القانون يعني توضيح معنى النص من أجل استنباط واستخراج حل يطبق على المنازعة المعروضة على القاضي، فإن القاضي يسلك في ذلك مسلكين؛ التفسير الضيق للنص،

بالتحليل اللفظي للنص القانوني اعتماداً على قواعد اللغة، وتفسير واسع يتمثل في البحث عن المعنى الحقيقي الذي أراده المشرع للنص، وهذا البحث في حد ذاته ابتكار خاص، قد يصل إلى غاية خلق قواعد قانونية جديدة .

النتائج

-يتبين لنا ان القاضي الاداري يتمتع بدور انشائي لحل المنازعات المطروحة امامه لعدم وجود نص لقانونٍ اداري يفصل على اساسه وعن طريقة ميزة الانشاء الممنوحة له قد انشأ غالبية مبادئ ونظريات القانون الاداري لذا فهو قانون قضائي.

-يلاحظ أن عمل القاضي الاداري شأنه شأن القاضي العادي يتمثل في إيجاد حل ملزم للمنازعة المعروضة عليه، ولكن هذا الحل قد يجده القاضي الاداري في مصدر قانوني آخر غير النص ، فيعتبر هذا المصدر المستقى منه هو المنبع للقاعدة القانونية التي نطق بها القاضي الاداري.

-بالرغم من كل ما قيل من نظريات في الفقه المعاصر ،عن حقيقة الدور الانشائي، فإن القاضي الاداري قد أكد بأنه العلم العملي للقانون، وبأنه هو الذي يضمن حماية الافراد من تعسف الادارة .

- التطبيق العملي قد يظهر احياناً قصوراً في النص حيث أن المشرع يضع قواعد عامة قد تكون واضحة فلا تحتاج من القاضي الى بذل جهد في التفسير أو التأويل وقد تكون غامضة مما تحتاج معه إلى تفسير وبذل الجهد في التحليل والاستنباط وهنا يتدخل القاضي الاداري ليتمم هذا النقص، وقد يعطي القاضي للنص صلاحيات أوسع من تلك التي منحها المشرع، ودلت على ذلك بأمثلة تعلقت ببعض القرارات المشوبة بأحد أوجه عدم المشروعية، أو المساس بمبدأ من المبادئ العامة للقانون، وذلك لأن المشرع مهما كانت آفاقه ومعلوماته ومداركه، فإنه لا يستطيع الإلمام والتنبأ بكل شيء يستجد في الحياة العملية.

- يتبين لنا أن الدور الانشائي للقاضي الإداري يتميز ببعد خاص من حيث مصدره وخصوصية مواقفه عند فصله للمنازعات الإدارية المطروحة عليه، ويعود مصدر الدور الانشائي إلى القاضي الإداري نفسه عند فصله في الدعاوى والطعون الإدارية لضرورة التوفيق بين متطلبات المرفق العام واحترام حقوق المواطنين.

- يتضح لنا الدور الإنشائي الذي يتميز به القاضي الإداري عن القاضي العادي، سواء عند تحديد النص التشريعي أو التنظيمي الواجب التطبيق، أو حينما يفسر إرادة أو نية المشرع، وما له من سلطة تقديرية تمكنه من استعمال حرية البحث عن القاعدة الملائمة ليطبقها.

- إن الدور الانشائي للقاضي الإداري استناداً إلى مبدأ عدم انكار العدالة كان السبب إلى وجود و تكريس القانون الإداري بمعناه الضيق ، لكن مع تقنين بعض مفصل القانون الإداري وان كانت لا تشمل جميع أوجه نشاط الإدارة أدى إلى بعض التراجع المنطقي لدور القاضي الإداري الانشائي ، رغم الأهمية التي لا يمكن انكارها لهذا الدور .

- حسب ايجابية دور القاضي الإداري نستنتج أن الحدود السياسية والقضائية التي تصادفه، تبقى حاجزاً يجب أن يتجاوزه المشرع من خلال تقييد وتنظيم هذه الحدود بقواعد قانونية تضبطها، فقد يكون سبب تحوّل القاضي الإداري من قيامه بدوره هو الجانب السياسي مثلاً، كالمنازعات الانتخابية التي يتجنب إعمال دوره في الإثبات فيها غالباً.

- لم يتم تفعيل دور القاضي الإداري بشكل كافٍ في سورية مقارنة بالدول الأخرى التي سارت بنفس النظام المتبع كفرنسا مثلاً ، إذ غالباً ما يعد دوره سلبياً اتجاه النزاع القائم من خلال الأحكام و القرارات التي يتوصل لها

التوصيات

*فيما يخص الدور الانشائي للقاضي ،وجب فتح المجال للقاضي الاداري للقيام بهذا الدور بتخصيص رواتب وتعويضات مالية مناسبة تزيد من استقراره الإجتماعي مما يساعده على الزيادة في البحث العلمي الذي حتماً سينعكس على جودة أحكامه.

من المهم على القاضي الإداري السوري الاعتناء باللغة العربية لثرائها وكثرة مشتقاتها، للاستفادة من ذلك عند إعطاء معنى للمصطلحات القانونية وتحديدتها بشكل أكثر دقة.

ولا بد من القول أنه قد حان الوقت من أجل العمل على تفعيل دور مجلس الدولة كي يتسنى له ضمان احترام القانون ، وما يستتبع ذلك من زرع ثقة المواطنين في القضاء لتحقيق الأمن القضائي، وفي سبيل ذلك لا بد من تحقيق ما يلي:

__نشر جميع الاحكام التي تصدر عن مجلس الدولة السوري، وتسهيل عملية التعرف على كافة الحلول الممكنة للمشاكل القانونية ، ويكون ذلك عن طريق إعداد بنك للمعلومات القانونية والقضائية، وإيجاد تنسيق كامل في الاحكام القضائية ورافقها بالعناصر التي تسهل فهمها.

__اختيار أساتذة الجامعات الأكفاء المتخصصين في مختلف التخصصات والسهر على عقد ندوات وملتقيات علمية قصد معالجة ومناقشة وإيجاد الحلول للمشاكل القانونية التي تطرح على القضاء، بشرط عدم استعمال تلك الملتقيات لفرض التعليمات وصرف الميزانيات دون أي جدوى عملية.

__يتعين عدم اعتبار توحيد الاحكام القضائية المنشأة غرضاً في ذاته، بل وسيلة للتطبيق السليم للقانون وملء الفراغ الذي يعتريه وتفسير الغموض الذي يشوبه، ولا يتحقق ذلك بصفة فعالة سوى عن طريق مواكبة التشريع للوقائع المستجدة.

-ضرورة أن يتم التركيز على المبادئ العامة للقانون الإداري وخاصة أمام قضائنا الإداري السوري، حيث لا يزال قضائنا الإداري متأخراً كثيراً عن نظيره الفرنسي والمصري، ويوصف بأنه تطبيقي أكثر من كونه إنشائي.

-حبذا لو أن مجلس الدولة السوري يعتمد على الأساليب الحديثة في الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة لما فيها من ضمانات وحماية لحقوق الأفراد .

وأخيراً يبقى تساؤل المطروح: هل أن الدور الذي يلعبه القاضي في حل المنازعات وتكملة النقص التشريعي والاجتهاد الذي يقوم به يعد خرقاً لمبدأ فصل السلطات أم أن ذلك هو النتيجة الطبيعية والمنطقية كون التشريع يبقى عملاً بشرياً ويشوبه النقص لا محالة .

وفي النهاية أرجو أن أكون قد وفقت في عرض وتقديم شيء مفيد في هذا البحث وإن أكون قد استفدت من النصائح والمعلومات التي أفادنا بها أساتذتنا -جزاهم الله عنا كل خير - ليكون هذا البحث لبنة صغيرة في عالم القانون الكبير والواسع .

والحمد لله رب العالمين.

قائمة المراجع.

أولاً _ الكتب والمؤلفات القانونية العامة:

- د. أحمد محيو، المنازعات الادارية، ترجمة فائز أنجق وبيوض خالد، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة السابعة، الجزائر، ٢٠٠٥.
- د. أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الادارية، ترجمة الدكتور محمد عرب صاصيلا، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ٢٠٠٩.
- د. أحمد سلامة، المدخل لدراسة القانون، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٧٤.
- د. ابراهيم عبد العزيز شيخا، مبادئ وأحكام القضاء الإداري اللبناني، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، بدون سنة النشر.
- د. إبراهيم عبد العزيز شيخا، القضاء الإداري، مبدأ المشروعية، تنظيم القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٦.
- أحمد الوزير، المصطفى في أصول الفقه، دار الفكر المعاصر، لبنان، ٢٠٠٢.
- د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الطبعة الرابعة، مصر، ١٩٩٨.
- د. توفيق شحاته، مبادئ القانون الإداري، الجزء الأول، ط١، ١٩٥٥.
- جورج فودال، بيارد لفولفية، القانون الإداري، ترجمة منصور القاضي، الجزء الأول، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، لبنان، ٢٠٠١.
- د. حسن السيد بسيوني، منهجية العمل القضائي، مطابع روز اليوسف الجديدة، مصر، ٢٠٠٠.
- د. حسين الدوري، القضاء الإداري ومبدأ المشروعية، ندوة القضاء الإداري، المنظمة العربية للتنمية الإدارية المغرب، ٢٠٠٧.
- د. حسين عثمان محمد عثمان، أصول القانون الاداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٤.
- د. حمدي عبد الرحمن، مبادئ القانون، الجزء الأول، المكتب المصري الحديث، مصر، ١٩٧٤.

- د خالد رشيد الجميلي، المدخل في دراسة الشريعة الإسلامية والقانون ، دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٨٩ .
- د. خليفة عبد العزيز، أوجه الطعن بإلغاء القرار الإداري في الفقه وقضاء مجلس الدولة، دار الفكر الجامعي،، مصر ٢٠٠٢
- د. طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة ، ١٩٦٣ ، مصر
- رمضان محمد أبو السعود، مبادئ القانون و المدخل إلى العلوم القانونية والالتزامات، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٥
- د. رأفت فودة ، مصادر المشروعية الادارية ومنحياتها-دراسة مقارنة __، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢ .
- رينيه كاسين مارسيل والين، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، ترجمة: أحمد يسري، ١٩٥٦ ،
- زكي محمد النجار، موجز القضاء الإداري، دار الأزهر للطباعة ، مصر، ٢٠٠٩
- د. سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف ، مصر ١٩٨٦
- د. سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، منشأة المعارف ، مصر، ٢٠٠٤
- د. سعاد الشرقاوي، المنازعات الإدارية، دار النهضة، الطبعة الأولى ، مصر ١٩٧٦
- د . سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دار الفكر العربي، مصر، ١٩٩٦ ،
- د . سليمان الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول، قضاء الإلغاء، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ١٩٨٦
- د. سليمان الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ١٩٩١
- د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج ١ ، المدخل للعلوم القانونية، الطبعة السادسة، مطبعة السلام، مصر، ١٩٨٩

- د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية القانون ، دار النشر للجامعات المصرية ، مصر، ١٩٥٤
- د.عبد الباقر البكري وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون، دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل، دون تاريخ طبعة
- د. عبد المنعم البدر اوي ، المدخل للعلوم القانونية، دار الكتاب العربي ، مصر١٩٦٦
- د. عمار بوضياف، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون ، جسور للنشر و التوزيع، الطبعة الثالثة، الجزائر، ٢٠٠٧
- عمار بوضياف، الوجيز في القانون الاداري، جسور للنشر و التوزيع، الطبعة الثانية، الجزائر، ٢٠٠٧
- د. عبد السلام الترماني، نظرية الظروف الطارئة، دار الفكر، الطبعة الأولى ، دمشق، ١٩٧١
- د. عبد الفتاح حسن، القانون الإداري الكويتي، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، لبنان١٩٦٩
- د. عباس قاسم الدافوقي، الاجتهاد القضائي، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط١ ، مصر٢٠١٥
- د. عصام أنور سليم، هيمنة مبادئ الشريعة الإسلامية على القانون المدني، المكتب الجامعي الحديث، الطبعة الثانية، مصر٢٠١٢
- د. علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، الجزء الثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، الأردن٢٠٠٨
- د. عمار عوابدي، القانون الإداري النظام الإداري الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، ط٣، الجزائر، ٢٠٠٢
- د. عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء الأول ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ٢٠٠٥
- د. عمار عوابدي، قضاء التفسير في القانون الإداري، دار هومة، الطبعة الثانية ، الجزائر٢٠٠٤
- عبد الجليل محمد علي، مبدأ الشرعية في النظام الإسلامي والأنظمة القانونية المعاصرة، دراسة مقارنة، عالم الكتاب، القاهرة، مصر، ١٩٨٤.

- د. عبد المنعم فرج، أصول القانون، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٧٨.
- د. عبد الودود يحيى، دروس في مبادئ القانون، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٨٦.
- د. غالب الداودي، المدخل إلى علم القانون، دار الثقافة، الطبعة الأولى، عمان. ٢٠١١
- د. فؤاد العطار، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، مصر. ١٩٨٢
- فهد عبد الكريم أبو العثم، القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، ٢٠٠٥.
- د. محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، مطبعة وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، بغداد، ١٩٨٤.
- محمد محمد عبده إمام، القضاء الإداري، مبدأ المشروعية وتنظيم مجلس الدولة، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٨.
- د. محمود عاطف البناء، الوسيط في القضاء الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، بدون سنة النشر
- د. محمد محمد بدران، رقابة القضاء علي أعمال الإدارة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، مصر، ١٩٨٥
- د. محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر ٢٠٠٥
- د. محمود محمد حافظ، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، مصر. ١٩٩٣
- د. محسن خليل، مبدأ المشروعية وتنظيم القضاء الإداري، جامعة الاسكندرية، ١٩٩٣
- د. محمد شافعي أبوراس، القضاء الإداري، مطبوعات مكتبة النصر، مصر ١٩٨١.
- محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون المدني والشرعية الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٧٩
- د. محمد عبد الحميد ابو زيد، القانون الإداري، مطبعة العشري، مصر، ٢٠٠

- د. محمد حسن قاسم، المدخل لدراسة القانون، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٧
- د. محمد وجيه شحادة، المدخل إلى القانون ونظرية الالتزام، منشورات جامعة حلب، سورية، ١٩٨٠
- د. مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الأنظمة القضائية المقارنة والمنازعات الإدارية، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، الجزائر، ٢٠٠٥
- د. مصطفى العوجي، القاعدة القانونية في القانون المدني، مؤسسة بحسون للنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الثانية، ١٩٩٨
- د. مصطفى منصور، مبادئ القانون، طبعة دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٣
- د. مجدي الدسوقي محمود، المبادئ القضائية مصدر ذاتي للمشروعية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الإسكندرية، ٢٠٠١
- د. مهذب نجما، المدخل إلى علم القانون، دار الشمال للطباعة، لبنان، الطبعة الأولى، ١٩٩٠.
- د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، الكتاب الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٢
- د. محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٢
- د. محمد رفعت عبد الوهاب، المبادئ العامة للقانون مصدر للمشروعية في القانون الإداري، دار الكتاب الحديث، مصر. بدون سنة نشر.
- د. نجم الأحمد، القانون الإداري ٣، منشورات الجامعة الافتراضية السورية. سورية
- د. نور الدين اشحشاح، محاضرات في تفسير النصوص القانونية، مطبعة أسبار ط ١، المغرب، ٢٠٠٦
- د. نعمان خليل جمعة، المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، ١٩٧٧، مصر،
- د. وفاء سيد رجب محمد، مستقبل القانون الإداري، دراسة مقارنة، مطبعة العشري، مصر، ٢٠٠٧.

ثانياً_ الكتب والمؤلفات القانونية المتخصصة:

- أحمد أحمد المواني، بعض ملامح الاتجاهات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨
- د. جابر جاد نصار، دائرة توحيد المبادئ وفقاً للمادة - ٥٤ مكرر من قانون مجلس الدولة المصري
- د. حمدي علي عمر، السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها، ط ١، الرياض ٢٠٠٣
- د. خالد سيد محمد حماد، حدود الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة. ٢٠١٣ ،
- د. رمسيس بهنام، الجريمة والمجرم والجزاء، منشأة المعارف، . مصر ١٩٧٢
- رأفت فودة، أصول وفلسفة قضاء الإلغاء، دار النهضة العربية، مصر ٢٠١١
- د. زكي محمد النجار، فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٧
- د. عبد الحليم شوقي الخطيب، الدور السياسي للقاضي الإداري في مصر، دراسة مقارنة، أسبوط، ١٩٨٨
- د. عزري الزين، قرارات العمران الفردية وطرق الطعن فيها، دار الفجر، ط ١، القاهرة، مصر ٢٠٠٥
- د. عبد الفتاح الصيفي، القاعدة الجنائية دراسة تحليلية على ضوء الفقه الجنائي المعاصر، الشرقية للنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٦٧.

ثالثاً_ الفتاوى والأحكام القضائية :

- _ الحكم ١٦ ف.ط في الطعن ٨٠ لسنة ١٩٦٨ الهيئة من المستشارين السادة: قولي والخاني والحلي.
- المحكمة الادارية بدمشق ،الحكم رقم (٢/٦٩٦) لسنة ٢٠١٥ القضية رقم(٢/٢٠٢٣)، المجموعة الشاملة.ص ٤١٨.
- رأي الجمعية العمومية (٢٠١٤/٢٦٨) القضية رقم (٢٠١٤/١٣٤٥)، المجموعة الذهبية للآراء، ص ١٠٠

- حكم محكمة القضاء الاداري بحلب، القرار رقم /١٨/ لعام ٢٠١٥ القضية رقم /٥٠/ لسنة ٢٠١٥ المجموعة الشاملة.ص٢٨٦.
- محكمة القضاء الاداري بدمشق ، القضية رقم ٩٤٤(٢/) لعام ٢٠١٣، القضية رقم (٢/٢٠٠٥) لعام ٢٠١٣، المجموعة الشاملة ص٢٠٢.
- حكم المحكمة الادارية بدمشق، رقم ١/٨١ لسنة ٢٠١٦. القضية رقم (٢/٤٠) لعام ٢٠١٦ المجموعة الشاملة ص ٣٨٥
- محكمة القضاء الاداري بدمشق، حكم رقم(٢/١٠٤١) لسنة ٢٠١٤، القضية رقم(٢/١٠٧٨) المجموعة الشاملة، ص١٣٣.
- هيئة عامة قرار ٤٩ أساس ٢٠٤ تاريخ ٢٠١٨/٢/٢٠٢ - مجموعة الآلوسي لاجتهادات الهيئة العامة - الجزء الرابع - صفحة ١١٢ - قاعدة ٤٠.
- نقض جنائي، - ١٧ / ١١ / ١٩٦٩ ، مجموعة أحكام النقض، رقم ٢٦٥ ، ص ١٣٠٧
- المحكمة الادارية بدمشق ، الحكم رقم(١/٨٧٩) لسنة ٢٠١٥ ، القضية رقم (١/١٤٧٦) لسنة ٢٠١٥ ، المجموعة الشاملة ص ٣٨٢.
- حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٥١٣ ، ١١ / ٦ / ١٩٨٣ ، لسنة ٢٧ ق، نشرة المكتب الفني لسنة ٢٨ ، الدائرة الأولى، ص ١١.
- حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٣٤٢ ، في ٢٦ / ١٢ / ١٩٨١ ، لسنة ٢٣ ق، النشرة للمكتب الفني، لسنة ٢٩ ، الدائرة الرابعة، ص ٣.

- حكم المحكمة الإدارية العليا، في ١١ / ٢ / ١٩٨٤ ، رقم ٥١١ ، لسنة ٢٦ ق، نشرة المكتب الفني المؤقتة،
السنة ٢٩ ، الدائرة الأولى، ص ٦٤٢.
- حكم المحكمة الإدارية العليا، ٢٤ / ٥ / ١٩٨٠ ، مجموعة المبادئ من ١٩٦٠ - ١٩٨٥ ، ج ٢، ص ١
- حكم المحكمة الإدارية العليا، رقم ٢٨٠ ، ٠٤ أبريل ١٩٧٦ ، مجموعة المكتب الفني، لسنة ١٥ ، رقم ٢١
ص، ١١٨
- قرار محكمة النقض رقم ١٣٢ ، مدني، مجموعة أحكام النقض س ١٤ ، ص ٩٤٦ .
- حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن ٦٣ ، في ٣ يونيو ١٩٧٩ ، السنة ٢٠ ق. ص ١١٦
- حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٧٧ ، مجموعة الأحكام القضائية الصادرة عن المحكمة الإدارية العليا في
مصر، مجلس الدولة، المكتب الفني، السنة السابعة، ١٩٦٢ ، ص ٣٥٥
- حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٤٢ ، مجموعة الأحكام القضائية، السنة الثانية، ص ٦٣
- حكم محكمة القضاء الإداري رقم ١٨٨ ، في ٢٦ فبراير ١٩٥٣ ، مجموعة محكمة القضاء الإداري، المكتب
الفني، السنة السادسة، ص ٥٥٤
- حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٢٢٣ ، في ٢٤ يناير ١٩٥٥ ، مجموعة محكمة القضاء الإداري ، السنة
التاسعة، ص ٢٥٧.
- حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٤٢ ، في ٢٣ فبراير ١٩٦٢ ، مجموعة السنة السابعة، ص ٣٥٥.
- حكم محكمة القضاء الإداري ، في ٢٣ ديسمبر ١٩٥٣ مجموعة محكمة القضاء الإداري، المكتب الفني،
السنة ٧ ، ص ٣٠٤.

- حكم الإدارية العليا، في ٢١ مارس ١٩٥٩ ، مجموعة أبو شادي، ص ٢٨٨ ، وحكم الإدارية العليا، في ٠١ فبراير ١٩٦٢ ، مجموعة محكمة القضاء الإداري، المكتب الفني، السنة ٥ ، رقم ٩٥٨ .
- حكم المحكمة الإدارية العليا، في ١٢ يناير ١٩٦٣ ، مجموعة محكمة القضاء الإداري، السنة ٨ ، ص ٤٣٩ .
- حكم محكمة القضاء الاداري بدمشق ، رقم ٢/٣٣٠ لسنة ٢٠١٤ ، المجموعة الشاملة.ص٢١٢
- حكم المحكمة الادارية بدمشق رقم٢/٦ لعام ٢٠١٥ القضية رقم ٢/١٧٥ لعام ٢٠١٥ المجموعة الشاملة ص٦٥٩ .
- حكم محكمة القضاء الإداري، القضية رقم ٥٥٠ ، في ٨ / ٣ / ١٩٥٩ ، السنة الخامسة قضائية، ص ٦٢٢ .
- حكم المحكمة الادارية بدمشق رقم(١/١٨٤) لعام ٢٠١٦ ، القضية رقم(٢/٢٠٦) لعام ٢٠١٦ المجموعة الشاملة ص ٤٩٤
- محكمة القضاء الاداري بجلب، الحكم رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ ، القضية رقم (١) لسنة ٢٠١٤ المجموعة الشاملة، ص٢٣٨
- محكمة القضاء الاداري بدمشق .الحكم رقم/١٥١/ لسنة ٢٠١٥ .القضية رقم(١/٢١٧٧) لسنة ٢٠١٥ ، المجموعة الشاملة ص٢٣٠ .
- حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٦٧٩ ، الصادر في ٤ / ٨ / ١٩٥٦ ، السنة الثانية قضائية، مجموعة أبو شادي، ص ١٠٠
- حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣٩١٩٣ ، الصادر في ٢٨ / ٣ / ١٩٩٤ السنة الثامنة عشر قضائية ، مجموعة أبو شادي، الطبعة الثالثة، مصر، ص ١٠ .

- حكم المحكمة الادارية العليا رقم ٢٥٣٦، الصادر في ٣١/٣/١٩٦٣، السنة السادسة قضائية، مجموعة أبو شادي، ص ٦٨٦

- حكم محكمة القضاء الإداري رقم ١٠٩٧، في ٧ / ٥ / ١٩٥٣، السنة السادسة قضائية، المجموعة السابعة، ص ١١١٢.

- حكم محكمة الإدارية العليا رقم ٢٠٥، في ١٩ / ٥ / ١٩٩٠، السنة الخامسة والثلاثون قضائية، مبدأ رقم ١٧٠، ص ١٧٧٤

- حكم المحكمة الادارية بدمشق، القرار رقم (١/٨٧٩) لسنة ٢٠١٥ القضية رقم (١/١٤٧٦) لسنة ٢٠١٥. المجموعة الشاملة. ص ٣٨٢.

- حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ١٤٢٧، جلسة ١٣ / ١٢ / ١٩٧٧، مجموعة السنة الحادية والثلاثون، ص ٤٣١

رابعاً_ رسائل الماجستير والدكتوراه:

- إيمان محمود عبيد، (شروط القياس دراسة تطبيقية على النوازل المعاصرة)، رسالة دكتوراه، جامعة لاهاي، هولندا، ٢٠١٤

- د. برهان خليل زريق، (نحو نظرية عامة في العرف الإداري)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة دمشق، مطبعة عكرمة، ١٩٨٦، سورية

- د. عبد المهدي سعيد العجلوني، (قواعد التفسير وتطبيقاتها)، رسالة دكتوراه، الجامعة الأردنية، ٢٠٠٥

- د. علي هادي الهلالي، (تفسير قوانين الضرائب في العراق)، رسالة دكتوراه، جامعة بغداد، ٢٠٠٤.

- د. عصام عبد الوهاب البرزنجي، (السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية) ، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٧١
- د. صاش جازية، (نظام مجلس الدولة في القضاء الجزائري)، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، ٢٠٠٧
- د. كمال دريد، .الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون الإداري)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، ٢٠١٢
- نبيلة عائشة ، (سلطات القاضي الإداري في مواجهة الإدارة في قانون الاجراءات المدنية والإدارية) ،رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق ، ٢٠١٤
- د. محمد جابر محمد عبدالعليم، (مفوض الدولة بين القضاء الإداري المصري والفرنسي)، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ٢٠٠٥
- د. محمد حسنين عبد العال، (فكرة السبب في القرار الإداري ودعوى الإلغاء)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٧١
- د. محمد فريد الزهري، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، (رسالة دكتوراه)، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ١٩٨٩ ، مصر

خامساً_المجلات العلمية والقانونية:

- د. أحمد حافظ عطية نجم، السلطة التقديرية للإدارة ودعاوي الانحراف بالسلطة، مجلة العلوم الإدارية، العدد الأول، السنة الثالثة والعشرون، ١٩٨٢ ، مصر
- أ.س.ف. كاناريز، سد الفراغ في القانون وموقف النظام القانوني الألماني منه، ترجمة د.عبد الرسول، مجلة القضاء العراقية، العدد الأول، ١٩٧٣

- د. رائد ناجي الجميلي، القضاء الضريبي ومجالاته، مجلة كلية الحقوق ، جامعة النهرين،العراق ، ٢٠٠٤
- د. صلاح الدين الناهي، معضلات التفسير القضائي، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بغداد، العدد الثالث، ١٩٧٧
- عادل السعيد أبو الخير، (اجتهاد القاضي الإداري في مجال الحقوق و الحريات)، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الثاني، الجزائر، نوفمبر ٢٠٠٥
- د. غوتي مالحه، ، "أفكار حول الاجتهاد القضائي"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، العدد الثالث، سنة ١٩٩٨
- د. عبد العزيز نويري ، المنازعات الإدارية في الجزائر، تطورها وخصائصها دراسة تطبيقية، مجلة مجلس الدولة، العدد ٠٨ ، ٢٠٠٦
- د. العربي زروق، مبدأ الموازنة بين التكاليف والمزايا، مجلة مجلس الدولة، العدد الثامن، ٢٠٠٦
- د. محمد العموري ، (الرقابة القضائية على السلطة التقديرية و أساليب الحد منها) . مجلة جامعة تشرين، ٢٠١٥
- د. مصلح الصرايرة، مدى تطبيق المحكمة العليا للمبادئ التي أقرها القضاء الإداري في رقابته على السلطة التقديرية للإدارة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٥ ، العدد ١ العدد الاول، ٢٠٠٩، دمشق

سادساً_القوانين :

- القانون المدني السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ٨٤ بتاريخ ١٩٤٩.
- __قانون الأحوال الشخصية في الجمهورية العربية السورية الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ٥٩ تاريخ ١٩٥٣.
- قانون مجلس الدولة السوري رقم ٣٢ لعام ٢٠١٩.

سابعاً _ المراجع باللغة الفرنسية :

- André de- laubadère, traité élémentaire de droit administratif 8ème édition, 1980.
- Anne panneau. La sécurité juridique à travers le processus de normalisation, Volume 9, Edition spéciale, 2004.
- Auby. (M), le contrôle juridictionnel du degré de gravité d'une sanction disciplinaire. 1979.
- Encyclopédie juridique droit administratif, Vol 03, Dalloz, Paris.
- François Gény, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, L.G.D.J, 2 Edition, Tome 2, 1954.
- Françoise Tiphine, Le Pouvoir disciplinaire de l'administration, Paris, 1998.
- G. Ripert, " Les forces créatrices du droit ", L.G.D.J, 2ème Edition, 1994.
- Georges Vedel, Essai sur la notion de cause en droit administratif, Librairie du Recueil Sirey, Société anonyme, 1934.

- H.Bouchahda, R.Khelloufi, Recueil d'arrêts jurisprudence ad-ministrative. Office publications Universitaire .Alger, 1979.
- Jean Pradel, Droit pénal général, Cujas Paris, 12eme édition,1999.
- Joseph Barthélemy, Contribution à la théorie générale des re-cours contentieux, Librairie de la société générale des lois et des arrêts et du journal du palais, L. Larose, Paris, 1899.
- Kronprobest Bruno, l'erreur manifeste, Dalloz, 1965
- La Ferrière : Traité de la juridiction administrative, 2eme édi-tion, Berger-Levrault, Paris. 1896.
- le rapport de M. Paul Esmein " revue internationale de droit comparé ", v 09, numéro 2, 1957.
- l'ordonnance de Code civil - Dernière modification, le 01 jan-vier 2017 - Document généré le 05 janvier 2017.
- Luc P. Patras, L'interprétation en droit public interne, Athènes, Theod. & Athan. N. Joannides, 1962.

- Marceau Long, et Autres, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 19eme édition, Dalloz, Paris, 2013.
- Marcel waline, Traite élémentaire de droit administratif, li-braire de recueil, paris, 1950.
- Marie-Christine Rouault, Droit administratif .Gualino éditeur, Paris, 2001.
- Marty et Raynaud, Droit Civil, Tome 1, L'étude Générale Du Droit, Paris, 1972
- Maurice HAURIUO, Précis de droit administratif et de droit public, 12eme éditions, Dalloz, paris, 2002
- Maurice Hauriou «le Pouvoir discrétionnaire et sa justification.Mélange carre de Malbergs, série 1933. liberté du commerce et de l'industrie ,1956.
- Olivier Gohin, Contentious administrative, 7ème Edition, lexis Nexis, 2012.
- Ordonnance du 6 décembre 1943, rétablissement de l'arron-disse ment administratif et de la sous – préfecture, JORF du 16 décembre 1943.
- Rouault, Marie-Christine, Droit administratif .Gualino éditeur, Paris, 2001.

- Traité de droit administratif, Tome 01,
L.G.D.J, 16eme édition, Paris, 1999.

ثامناً_المراجع الالكترونية:

—مراجعة عامة للقانون الفرنسي يتحدث عن حكم "وينكل وروزيه:

<https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2015/12/23/revocation-de-fonctionnaires-publics-se-mettant-en-greve-et-communication-prealable-du-dossier-conclusions-du-commissaire-du-gouvernement-tardieu-dans-laffaire-winkell-et-rosier/>

—المنتدى القانوني السوري يتحدث عن القضاء الإداري في سورية:

<http://www.syrianlegalforum.net/publications/view/100>

—الجمعية الوطنية الفرنسية يتحدث عن الفترة بين (١٧٨٩-١٧٩٩):

<http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/dudh/1789.asp>

الموسوعة العربية د. مهدي نوح: التقادم في القانون الإداري:

<http://arab-ency.com.sy/law/detail/164787>

—الموسوعة العربية نورس بيطار يتحدث عن البطلان:

<http://arab-ency.com.sy/detail/647>

—موقع مجلس الدولة الفرنسي يتحدث عن اختصاص مجلس الدولة فيما يتعلق بالنظم المهنية:

<https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/les-grandes-decisions-du-conseil-d-etat/conseil-d-etat-2-avril-1943-bouguen>

—الخدمة العامة لشعر القانون الفرنسي يتحدث عن حكم انشاء المدينة الجديد :

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007637156>

—دار الافتاء الاردني يتحدث عن الطعن بالنقض :

<https://www.aliftaa.jo/Research.aspx?ResearchId=13>

الفهرس

الموضوع	الصفحة
مقدمة	١
الفصل الأول ماهية دور القاضي الاداري في انشاء القاعدة القانونية	١٠
المبحث الأول مفهوم دور القاضي الاداري في انشاء القاعدة القانونية	١١
المطلب الأول التعريف بدور القاضي الاداري في انشاء القاعدة القانونية	١٢
الفرع الاول : الجانب الموضوعي للقاضي الاداري في انشاء القاعدة	١٢
الفرع الثاني : خصوصيات واسس الدور الانتشائي للقاضي الاداري	٢٦
المطلب الثاني: القاضي الاداري و دوره في ظهور مجموعة قواعد قانونية	٣٥
الفرع الاول : أثر النشأة القضائية للقانون الاداري	٣٧
الفرع الثاني: خصوصية الحكم المنشأ من قبل القاضي الاداري	٤٢
الفرع الثالث: مراحل تطور القضاء الاداري في فرنسا وظهور الازدواجية القضائية	٤٨
المبحث الثاني دور القاضي الاداري في انهاء المبادئ العامة للقانون	٦٠
المطلب الأول: ماهية المبادئ العامة للقانون كنظرية قضائية	٦١
الفرع الاول: مفهوم المبادئ العامة للقانون	٦١
الفرع الثاني: خصائص المبادئ العامة كعامل لتقوية الدور الانتشائي للقاضي الاداري	٦٧
المطلب الثاني: مكانة المبادئ العامة للقانون بالنسبة للقاضي الاداري وكيفية إنشائها	٧٣
الفرع الاول : تمييز المبادئ العامة للقانون عن غيرها من القواعد المنشأة ومصدر قوتها الالزامية	٧٣
الفرع الثاني: إسهام القضاء الاداري السوري في تبني المبادئ العامة للقانون	٨١
الفصل الثاني: القاضي الاداري وتعامله مع القانون الاداري	٩٤
المبحث الاول : دور القاضي الاداري بين القانون والسلطة التقديرية للإدارة.	٩٦
المطلب الاول: دور القاضي وتعامله مع النص لخلق الحل القانوني.	٩٨
الفرع الاول: سلطة القاضي في حال وضوح النص	١٠٣

١٢١	الفرع الثاني: دور القاضي الإداري في حالة عدم وجود نص
١٣٥	المطلب الثاني سلطة القاضي في غياب النص لخلق الحل القانوني.
١٣٧	الفرع الأول: دور القاضي العادي في حالة عدم وجود نص
١٤٩	الفرع الثاني دور القاضي الإداري في حالة عدم وجود نص.
١٦٢	المبحث الثاني : القضاء الإداري والرقابة على السلطة التقديرية للإدارة
١٦٦	المطلب الأول: الاتجاهات التقليدية في رقابة القاضي الإداري من خلال الانشاء على السلطة التقديرية للإدارة
١٦٩	الفرع الأول: دور القاضي الإداري الانشائي في الرقابة على الوجود المادي للوقائع التي ادعتها الإدارة.
١٧٧	الفرع الثاني: دور القاضي الإداري الانشائي في الرقابة على التكييف القانوني للوقائع التي ادعتها الإدارة والاستثناءات الواردة عليها.
١٨٨	المطلب الثاني الاتجاهات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة .
١٩٠	الفرع الأول: دور القاضي الإداري في الرقابة على تقدير أهمية وتناسب الوقائع التي ادعتها الإدارة "الرقابة التناسبية".
١٩٧	الفرع الثاني: دور القاضي الإداري في الرقابة على الغلط البين للوقائع التي ادعتها الإدارة "الخطأ الظاهر في التقدير".
٢٠٦	الفرع الثالث: دور القاضي الإداري في الرقابة على مسألة التوازن بين المنافع والأضرار.
٢١١	خاتمة
٢١٧	قائمة المراجع
٢٣٣	الفهرس

كلمات مفتاحية : سلطة تقديرية _ سلطة مقيدة _ تفسير _ تأويل _ مبادئ

عامة للقانون _ قاعدة قانونية عامة _ غموض النص _ قانون قضائي _ الفصل بين

السلطات _ اجتهاد